

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

نيابة العمادة لما بعد التدرج

جامعة الحاج لخضر

والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

كلية العلوم الإجتماعية والإسلامية باتنة

## " قاعدة لا ضرر ولا ضرار

## وتطبيقاتها في الفقه المالكي

## والقانون المدني الجزائري

## الشفعة أنموذجا "

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص شريعة  
وقانون

إشراف الدكتور:

عبد المجيد بوكركب

من إعداد الطالِب

الطيب يعقوب

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
د / صالح بوبشيش	أستاذ محاضر	جامعة باتنة	رئيسا
د / عبد المجيد بوكركب	أستاذ محاضر	جامعة باتنة	مقررا
د / الزين عزري	أستاذ محاضر	جامعة بسكرة	مناقشا
د / مليكة مخلوفي	أستاذ محاضر	جامعة باتنة	مناقشا

السنة الجامعية: 1428-1429 هـ / 2007 - 2008 م

# شكر وتقدير:

أحمد الله عزوجل على نعمه وآلائه حمدا كثيرا على توفيقه لإكمال هذا البحث ، ثم أتقدم بالشكر إلى الوالدين الكريمين الذين قدما لي الدعم المادي والمعنوي للوصول إلى هذا المستوى من التحصيل العلمي .

كما أشكر الأستاذ المشرف الذي ساعدني وشجعني على مواصلة البحث والمثابرة فيه .

وأشكر كل من قدم لي مساعدة أو نصيحة لإنجاز البحث .

# مقدمة

الحمد لله الذي أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله وكفى بالله شهيدا ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له إقرارا به وتوحيدا وأشهد أن محمدا عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليما مزيدا أما بعد:

فإن الله عز وجل خلق الخلق وأمرهم بعبادته ، وبين لهم الطريق الموصل لمرضاته، وأكرم هذه الأمة ببعثة النبي محمد ﷺ بدين شامل لجوانب حياة الإنسان في عبادته الله وفي تعامله مع الخلق وهذا مصداقا لقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ المائدة : 3.

لقد جاءت نصوص التشريع الإسلامي تتميز بالمرونة والشمول واليسر والحيوية صالحة لكل زمان ومكان مستوعبة لكل الطوارئ والنوازل ، ولأجل بيان هذه الخاصية رأيت أنه من الأفيد أن أقوم بدراسة معمقة لقاعدة فقهية جليلة تعد من جوامع كلم المصطفى ﷺ.

فاخترت قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" وهي من بين القواعد الأساسية في الفقه الإسلامي وأصلا لغيرها من قواعد فرعية أخرى. ولهذه القاعدة الفقهية تطبيقات شتى في الفقه المالكي وأساس لمنع الفعل الضار وميزان القاضي في تقرير الأحكام المتميزة بالعدل .

وتم كان لي أن أخصص مجالا لتطبيقات هذه القاعدة في موضوع محدد فاخترت بتوفيق الله عز وجل موضوع الشفعة ، باعتبار أنها شرعت أساسا لدفع الضرر بدخول الشريك الأجنبي على الشريك الأصلي، إضافة إلى أن القانون المدني الجزائري بصفة خاصة والتشريعات الوضعية بصفة عامة قد استلهمت موضوع الشفعة من الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي خصوصا .

لذلك فقد جعلت عنوان المذكرة على النحو الآتي : قاعدة "لا ضرر وضرار"  
وتطبيقاتها في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري الشفعة أنموذجا للدراسة.

## أولا : إشكالية الموضوع :

انبنى هذا الموضوع على إشكالية محددة تتمثل في الآتي :  
- هل تعتبر الشفعة سببا لدفع ضرر الشريك الأجنبي الممتلك لمبيع الشريك  
الأصلي أم لا ؟

## ثانيا /سبب اختيار الموضوع :

- من خلال دراستي المتواضعة لموضوع الشفعة وجدت أن معظمها يتركز  
على الدراسة العامة دون إضافة جانب تطبيقي لقاعدة فقهية لهذا الموضوع فأردت  
أن أتطرق لذلك من خلال بحثي هذا فما كان صوابا فمن الله وما كان خطأ أو  
تقصيرا فمن نفسي والشيطان .

## ثالثا /الصعوبات والعراقيل :

أما الصعوبات التي واجهتني في إنجاز هذا البحث فهي كثيرة ، بداية من التفكير  
في الموضوع في حد ذاته ، ولعل أهم هذه الصعوبات تتمثل في الآتي :  
أ - انعدام المؤلفات والبحوث العلمية الأكاديمية - في حدود علمي - التي  
عالجت هذا عنوان المذكرة بصيغته ، وانسياق معظم الباحثين في دراسة الأحكام  
المتعلقة بالشفعة من حيث التعريف والشروط والأركان وهو في الحقيقة جهد معتبر  
إلا أنه لم يضاف إليه دراسة تعتمد على قاعدة فقهية .  
ب - قلة المراجع القانونية الخاصة بالقانون المدني الجزائري مما جعلني أضطر  
إلى بعض مراجع القانون المصري وغيره، ذلك أنني لم أجد فرقا كبيرا في  
المصادر التي حصلت عليها بين القانون المدني الجزائري والقانون المصري إلا  
في بعض المسائل والإجراءات .



## رابعاً/ الدراسات السابقة للموضوع :

-حسب استقرائي المتواضع للأبحاث المدروسة في الشفعة ، اطلعت على رسالة دكتوراه بعنوان: أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي من تأليف : د / عبد الله بن عبد العزيز الدرعان .  
ورسالة ماجستير بعنوان : الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري نوقشت في عام 1998 بجامعة الأمير عبد القادر من إعداد الأستاذ : الضيف كيفاجي .

## خامساً / أهداف الموضوع :

تتلخص أهداف الموضوع في الآتي :

- بيان تفوق الفقه الإسلامي وخاصة منه الفقه المالكي على القانون المدني الجزائري في تنظيم هذه المسألة .
- بيان أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري من خلال هذه المسألة .
- التعرف على المسائل التي اختلف فيها الفقهاء والتي يمكن أن نستنتج الراجح من الأقوال بالاعتماد على القاعدة الفقهية مقارنة بالقانون المدني الجزائري .

## سادساً / منهج الدراسة :

لقد اعتمدت في إنجاز هذه المذكرة على المنهج الاستقرائي المقارن، لأن طبيعة الموضوع تقتضي ذلك ، فقامت بدراسة الأحكام المتعلقة بالقاعدة الفقهية من حيث التعريف والأدلة ، وأسهب في ذكر نماذج من تطبيقات القواعد الفرعية فذكرت أقوال الفقهاء في المسألة حرصاً مني على بيان اختلاف الفقهاء في المسألة والرأي المختار فيها انطلاقاً من القاعدة.

ولجأت إلى ذكر أقوال فقهاء المذاهب الأربعة في المسألة المذكورة حيث أشرت إلى تفصيل هذه الأقوال في الهامش ، وركزت في المقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري ، وهذا حتى يتسنى للقارئ معرفة مدى موافقة المذهب

المالكي لغيره من المذاهب من جهة ، وموافقته للقانون المدني الجزائري من جهة أخرى .

وقد رتبت الأقوال حسب تاريخ الوفاة بداية من المذهب الحنفي فالمالكي ثم الشافعي فالحنبلي .

وذكرت في الفصل التطبيقي أقوال المالكية في المتن وأشرت لأقوال فقهاء المذاهب الأربعة في الهامش .

كما لجأت عند الاستدلال بنصوص السنة النبوية الشريفة وآثار الصحابة إلى عزوها مصادر السنة المشهورة .

كما شرحت بعض الكلمات لغويا ، وبيّنت بعض المصطلحات الفقهية والحديثية بالاعتماد على كتب المصطلح أو بعض الموسوعات كالموسوعة الفقهية الكويتية .

## سابعا /خطة البحث :

تمثلت في تقسيم هذا البحث إلى مقدمة وفصلين نظريين وفصل تطبيقي بالإضافة إلى خاتمة تضمنتها أهم النتائج التي تم التوصل إليها. فالمقدمة بينت من خلالها أهمية الموضوع ، وإشكالية ، وأسباب اختياره وأهدافه والمنهج الذي اعتمده في المذكرة .

أما الفصل الأول فقد عالجت فيه مفهوم القاعدة في الفقه المالكي وأدلتها من الكتاب والسنة وأقوال الصحابة .

وخصصت مبحثا بينت فيه القواعد الفرعية المندرجة تحتها ، فعرفت كل قاعدة وأعطيت نماذج تطبيقية عنها ، وذكرت ما يقابل القاعدة في الفقه القانوني حينما أشرت لمفهوم الضرر وأنواعه في القانون المدني الجزائري .

وتعرضت في الفصل الثاني لمفهوم الشفعة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، وضمنته مبحثين: الأول خاص بتعريف الشفعة وأدلتها في الفقه المالكي والثاني خاص بشروط الشفعة وإجراءات الأخذ بها .

كما يمثل الفصل الأول والثاني الدراسة النظرية للموضوع ، وأما الدراسة التطبيقية فكانت في الفصل الأخير الخاص بتطبيقات القاعدة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري من خلال موضوع الشفعة .

ويتضمن مبحثين : مبحث خاص بتطبيقات القاعدة في الفقه المالكي وآخر لتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري .

كما أنهيت هذا الموضوع بخاتمة ضمنتها أهم نتائج الدراسة ، مع ذكر فهراس المصادر والمراجع ، والآيات القرآنية ، والأحاديث النبوية الشريفة ، والآثار والأعلام ، والقواعد الفقهية والمصطلحات .

هذا ويبقى العمل جهد بشري يعتريه النقص ، فما وفقت فيه فبعون الله عز وجل وتيسيره ، ثم بفضل توجيهات الأستاذ المشرف ، وحسبي في ذلك أني كنت حريصا على أن لا أحيد عن الصواب ، ويبقى الكمال لله وحده ، و مع ذلك أعلم أن البحث الذي أنجزته عرضة للنقد والتقويم من لدن أساتذتي المحترمين فرحم الله امرئ بصرني بعيوبي .

## الفصل الأول : مفهوم القاعدة وأدلتها والقواعد المندرجة تحتها .

ويتضمن هذا الفصل مبحثين :

المبحث الأول : تعريف القاعدة في الفقه المالكي  
والقانون المدني الجزائري .

المبحث الثاني : أدلتها والقواعد المندرجة تحتها .

# المبحث الأول : تعريف القاعدة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري .

ويتضمن هذا المبحث مايلي :

المطلب الأول : مفهوم الضرر في الفقه المالكي والقانون المدني  
الجزائري .

المطلب الثاني : أنواع الضرر في الفقه المالكي والقانون المدني  
الجزائري .

# المطلب الأول : مفهوم الضرر في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري . الفرع الأول: مفهوم الضرر في الفقه المالكي . البند الأول : لغة .

قال الزمخشري : " الضرر نقصان يدخل في الشيء " (1) .  
قال ابن الأثير : " الضر ضد النفع، ضره يضره ضرا وضاراً وأضر به يضر  
إضراراً " (2).

قال ابن منظور: " المضرة خلاف المنفعة " (3).  
قال الجرجاني: " الضرورة مشتقة من الضرر وهو النازل مما لا مدفع له " (4).

## البند الثاني : اصطلاحاً .

ورد التعبير عن مصطلح الضرر بألفاظ عدة فعبّر عنه تارة بالإفساد وتارة  
بالإتلاف والاستهلاك (5) .

(1) - الفائق : 2 / 213

(2) - النهاية في غريب الأثر مادة : ضرر 3 / 81

(3) - لسان العرب : باب الضاد - مادة ضرر 4 / 482 - الرازي : مختار الصحاح  
مادة ضرر 1 / 159

(4) - التعريفات : 1 / 180

(5) - عبر المالكية عن الاستهلاك بإتلاف الشيء مباشرة كقتل الحيوان أو تحريق  
الثوب كله أو بعضه أو تخريقه وقطع الشجر وكسر الفخار .

ويكون الإتلاف بطريق التسبب كمن فتح حانوتا لرجل فتركه مفتوحا فسرق أو فتح  
قفص طائر فطار أو حفر بئرا بحيث يكون حفره تعديا فسقط فيه إنسان أو بهيمة  
أو اتخذ كلبا عقورا فمن فعل شيئا من ذلك فهو ضامن لما استهلكه أو أتلفه أو تسبب  
في إتلافه.

وكذا الإفساد وهو على نوعين : - أن يذهب المنفعة المقصودة من الشيء كمن قطع  
رجل دابة ونحوه .

قال ابن العربي: " وحقيقة الضرر عند أهل السنة كل ألم لا نفع يوازيه وحقيقة النفع كل لذة لا يتعقبها عقاب ولا تلحق فيه الندامة " (1) .  
وقال الزرقاني : " إلحاق مفسدة بالغير مطلقا " (2) .  
وذكر علي الخفيف تعريفا للضرر فقال : " كل فعل حسي نتج عنه ضرر سواء أكان بطريق المباشرة أو بطريق التسبب " (3) .

---

- أن يكون الفساد يسيرا فيصلحه ما أفسده ، ويأخذ صاحبه قيمة ما نقص .  
ابن جزى : القوانين الفقهية 251 - 252 وفي هذا المعنى : الدردير : الشرح الكبير 2 / 1457 - ابن رشد : بداية المجتهد 2/479-480 .  
قال الكاساني : " الأول - فسبب وجوب الضمان في هذا الباب إتلاف المال أو النفس بالشهادة لأن الضمان في الشرع إنما يجب إما بالالتزام أو بالإتلاف ولم يوجد الالتزام فيتعين الإتلاف فيها سببا لوجوب الضمان ، فإن وقعت إتلافا انعقدت سببا لوجوب الضمان وإلا فلا .  
... والتسبب إلى الإتلاف بمنزلة المباشرة في حق سببية وجوب الضمان كالإكراه على إتلاف المال وحفر البئر على قارعة الطريق ونحوه " .  
بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 6 / 283 .  
وقال النووي : " الإتلاف يكون بالمباشرة أو بالتسبب وماله مدخل في الهلاك، فقد يضاف إليه الهلاك حقيقة وقد لا .  
... فمن المباشرة القتل والأكل والإحراق ، ومن التسبب الإكراه على إتلاف مال الغير ومنه ما إذا حفر بئرا في محل عدوان فتدرت فيها بهيمة ، فالضمان على المباشرة المردي لأن المباشرة مقدمة على السبب " . روضة الطالبين 5 / 4 .  
وقال ابن رجب : " والمراد بالإتلاف أن يباشر الإتلاف بسبب يقتضيه كالقتل والإحراق أو ينصب سببا عدوانا فيحصل به الإتلاف ، بأن يحفر بئرا في غير ملكه عدوانا أو يؤجج نارا في يوم ريح عاصف فيتعدى إلى إتلاف مال الغير"  
القواعد في الفقه الإسلامي 204  
(1) - أحكام القرآن : 1 / 49  
(2) - الزرقاني : شرح الزرقاني على موطأ مالك 4 / 39  
(3) - الضمان في الفقه الإسلامي 34

وعرفه الزحيلي : "الأذى الذي يصيب الإنسان مسببا له خسارة في أمواله كنقصها ونقص منافعها أو زوال أوصافها، ويطلق على كل ضرر يصيب الإنسان في عرضه أو شرفه أو معنوياته كالسب والإهانة والقذف" (1) .

ويكون الضرر بطريق المباشرة إذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر كإتلاف مال الغير، وطريق التسبب إذا فصل بين الفعل والضرر فعل آخر كمن يحفر حفرة في طريق عام فيترد فيها حيوان معتبر شرعا ، فتألف الحيوان لا يمنع نسبة الضرر إلى الحفر (2) .

من خلال ما سبق يتبين أن تعريف الضرر بكونه ينحصر في الألم الجسمي أو العاطفي تعريف قاصر، لأنه قد يتحقق بالإتلاف أو الإفساد أو الاستهلاك للشيء.

وعلى ذلك فتعريف الضرر بكونه: إلحاق مفسدة بالغير أعم ، باعتبار أن المفسدة قد تكون ألما جسميا أو نفسيا أو استهلاكا للشيء أو إتلافا له بالمباشرة أو التسبب والله أعلم .

---

(1) - نظرية الضمان في الفقه الإسلامي 25 نقلا عن : سعيد مقدم : نظرية التعويض

عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية 76 .

(2) - علي الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامي 34 .



## الفرع الثاني : مفهوم الضرر في القانون المدني الجزائري .

أشارت النصوص القانونية إلى أن الضرر يوجب التعويض ولم توضح تعريفا له بل تركت ذلك لفقهاء القانون.

جاء في المادة 124: " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " (1)

عرف محمد صبري السعدي الضرر: "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له (2) .

عرفه محمد أحمد عابدين: الأذى الذي يصيب المضرور في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه (3).

إن الضرر يقتضي فضلا عن المساس بوضع قائم الإخلال بحق سواء أكان الحق عينيا أو شخصا أو كان حقا عام يكفل للإنسان حماية عناصر شخصيته في مظاهرها المختلفة كحق الحياة وسلامة الجسم والشرف والسمعة (4)

(1) - القانون المدني الجزائري 19 .

(2) - محمد صبري السعدي : النظرية العامة للالتزام 2 / 82 وأشار إلى هذا التعريف سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني 2 / 552 - همام محمد محمود و محمد حسين منصور : مبادئ القانون 332 - رمضان أبو السعود : مصادر الالتزام 240 أحمد شوقي محمد عبد الرحمان : البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية 257

(3) - محمد أحمد عابدين : التعويض بين الضرر المادي والأدبي الموروث 54 همام محمد محمود و محمد حسين منصور : مبادئ القانون 332

(4) - نقض مدني مصري : 1965/11/26، نقض مدني فرنسي : 1970/04/27 نقلا : عن العربي بلحاج : النظرية العامة للالتزام 2 / 143

وقد يكون الضرر إخلالاً بمصلحة لا ترقى إلى مرتبة الحق ، شرط أن تكون هذه المصلحة مشروعة ، وحينئذ تتمثل المصلحة في واقع قائم وقت حدوث الفعل الضار.

ولذا فإصابة شخص بسبب خطأ شخص آخر أدى إلى وفاته ، يجعل من كان يتلقى عوناً مالياً يحتاج إليه أن يرجع على المسؤول عن الوفاة بتعويض ما فقده من عون مادي ، دون أن يكون القتل ملتزماً بالإففاق عليه فله . (1)

وإذا كانت المصلحة غير مشروعة فلا حق لمن تضرر أن يرجع على المسؤول بالتعويض لأن فقدانها لا يعتبر من الأضرار المعتبرة قانوناً ، فليس لامرأة تعاشر رجلاً بلا زواج أن تطالب بالتعويض من جراء فقد خليلها ، وما خسرت من إنفاقه عليها ، فمصلحتها من بقاء خليلها مالياً للإففاق عليها مصلحة غير مشروعة . (2)

---

(1) - محمد صبري السعدي : النظرية العامة للالتزام 81/2 - عزالدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي : المسؤولية المدنية في ضوء القضاء والفقهاء 157 أحمد شوقي عبد الرحمان : مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية 260 جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام 465 .

(2) - أحمد شوقي عبد الرحمان : البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية 260

## المطلب الثاني : أنواع الضرر في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.

ينقسم الضرر بحسب طبيعته إلى ضرر مادي و غير مادي معنوي ويختلف هذا التقسيم في الفقه المالكي عنه في القانون الوضعي .

### الفرع الأول : أنواع الضرر في الفقه المالكي .

وردت عدة تقسيمات للضرر عند الفقهاء فمنهم من قسم الضرر إلى قولي وفعلي  
ضرر إيجابي وآخر سلبي، ضرر لاحق وحائق، ضرر بإتلاف المال أو تفويت  
الفرصة .(1)

#### أولاً : الضرر المادي .

وهو كل أذى يصيب الإنسان في جسمه أو ماله ، وينقسم إلى ضرر جنائي  
وضرر مالي .

#### أ / الضرر الجنائي .

يتمثل في كل أذى يصيب الشخص في جسمه من اعتداء على النفس  
أو على طرف من الأطراف أو جرح يترتب عليه تشويه في جسم الإنسان  
أو عجز عن العمل أو ضعف في كسبه .  
والضرر الجنائي يستوجب القصاص أو الدية أو الأروش(2) التي يقدرها الشارع  
أو القاضي ، ويعتبر هذا الجزاء عقوبة زاجرة للجاني ولا شأن له بالتعويض .

(1) - محمد فوزي فيض الله : نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام 89 وما بعدها.  
(2) - هو دية الجراحات ، وسمي أرشاً لأنه من أسباب النزاع .ابن منظور : لسان العرب  
مادة : أرش / 6 / 263 .

والتعويض ليس عقوبة ولكنه جبر للضرر؛ لأن الغاية من العقوبة زجر للمخطئ وتأديبه، أما الغاية من التعويض فهو محو الخطأ أو إصلاحه (1)

## ب/ الضرر المالي :

هو إلحاق مفسدة في أموال الآخرين بإتلافها كلها أو بإتلاف جزء منها أو بإزالة بعض أوصافها أو الاستيلاء عليه والتعدي على حيازة صاحبه . ويكون التعويض عن الضرر المالي بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث الضرر إن أمكن وإلا كان التعويض متمثلاً في تغريم المسؤول نظير ما أتلّفه من المال أو قيمته لجبر الضرر الواقع أو إزالته .

فيعتبر التعويض السبيل الوحيد لجبر الضرر المالي ومنه فلا يخير المضرور بين أخذ التعويض أو إتلاف مال غيره نظير ما أتلّف .

فمفسدة جنائية الإتلاف تندفع بتغريم الجاني مثل ما أتلّفه من المال ، وهذا هو الأصلح للمضرور؛ لأنه إذا أخذ مثل ماله أو قيمته ، صار كالذي لم يفتنه شيء واستفاد بما أخذه من العوض .

وأما إذا مكن بمقابلة الإتلاف بمثله ، كان زيادة في إضاعة المال ، وتوسيع لدائرة الضرر بلا فائدة . (2)

## ثانياً : الضرر الغير مادي .

هو الضرر الذي يترتب عليه إتلاف مال أو نفس أو عضو .

---

(1) - محمد فتح الله النشار : حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني 169-170- علي الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامي 44 .

(2) - محمد فتح الله النشار : حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني 174 محمد فوزي فيض الله : نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام 92 - محمد أحمد سراج : ضمان العدوان في الفقه الإسلامي 156

## أ / الضرر الأدبي :

عرفه محمد فوزي فيض الله بأنه : " إلحاق مفسدة في شخص الآخرين لا في أموالهم ، وإنما فيما يمس كرامتهم أو يؤذى شعورهم أو يخدش شرفهم أو يتهمهم في دينهم أو يسئ إلى سمعتهم " (1) .

فالضرر الأدبي يتمثل في كل أذى يصيب الشخص في شرفه أو عرضه أو عاطفته من فعل أو قول يعد مهانة له كالقذف والسب ، فيدخل فيه ما يصيب الإنسان من ألم في جسمه أو عاطفته من ضرب لا يحدث فيه أثرا أو تحقير في مخاطبته أو امتهان في معاملته .

كما أن كل ما يتعلق بالعرض ، والشرف ، والسمعة يعد من المصالح الضرورية التي قصد الشارع حفظها ، وفرض العقوبات الزاجرة عن التعدي عليها ؛ ولذلك اعتبر فقهاء الشريعة أن حفظ العرض مقدمة على حفظ المال، وهذا في ترتيب المصالح الضرورية .

باعتبار أن التعويض بالمال يقوم على جبر الضرر بإحلال مال محل المال التالف لإعادة الحال لما كان عليه قبل إزالة الضرر، وهذا غير متحقق في الضرر الأدبي، وعلى ذلك اختلف الفقهاء في التعويض عن الضرر الأدبي .

من أسس التعويض أن يبدأ بالتعويض بالمثل، فإن لم يتيسر المثل اعتبرت المساواة في القيمة المالية دون الزيادة أو النقص في التعويض عن قيمة المعوض عنه ، وهذا ليس بمتحقق في التعويض عن الضرر الأدبي لأنه بمقابل لا مال فكان أكلا لأموال الناس بالباطل وهو منهي عنه ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَكَاتَلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتَدَلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا مِمَّا حَرَّمَ مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ البقرة : 188 .

(1) - نظرية الضمان في الفقه الإسلامي 92

فإذا كان الغرض من التعويض المالي هو جبر الضرر ومحوه وإزالته، فإن أخذ المال في مقابل ذلك لا يعوض به الشعور المجروح أو الشرف المثلوم على ما كان عليه (1) .

## ب / عناية الشريعة بالأضرار الأدبية .

### أولاً : تحريم القذف والعقوبة عليه .

حرم الله عز وجل قذف الغير بتهمة الفاحشة لما فيه من إساءة معنوية لهم ورتب على ذلك عقوبة رادعة .

قال تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾  
النور : 4.

يستفاد من الآية أن الإحصان الذي يثبت الحد بموجبه على ضربين : ما يتعلق به وجوب الرجم على الزاني، وهو أن يكون حراً بالغاً عاقلاً مسلماً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً . وإحصان آخر وهو الذي يوجب الحد على القاذف ، حيث يكون المتصف به بالغاً عاقلاً مسلماً عفيفاً.

يستفاد من قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ﴾ أن المراد بالرمي في الآية القذف بالزنا ، ولما ذكر المحصنات وهن العفاف دل على أن المراد بالرمي ضد العفاف وهو الزنا .

ويدل على ذلك العدد في الشهود إذ أن المشروط في الزنا والقذف الذي يجب به الحد إنما هو القذف بصريح الزنا (2) .

اختلف الفقهاء في التعريض بتهمة الزنا هل يجب الحد فيه أم لا ؟

(1) - محمد أحمد سراج : ضمان العدوان في الفقه الإسلامي 156 - محمد فتح الله النشار :

حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني 175 - 176 .

(2) - الجصاص : أحكام القرآن 5 / 110 - 111 .

فذهب أبو حنيفة أبو يوسف<sup>(1)</sup> وزفر<sup>(2)</sup> وابن شبرمة<sup>(3)</sup> والثوري<sup>(4)</sup> ، وروى عن مالك والشافعي أنه لا حد في التعريض بالقذف<sup>(5)</sup> .

(1) - هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن خنيس بن سعد بن حبة الأنصاري، قال محمد بن جرير الطبري، قال كان أبو يوسف فقيها عالما حافظا ، كثير الحديث ، وكان قد جالس محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ثم جالس أبا حنيفة وكان الغالب عليه مذهبه ، وربما خالفه أحيانا في المسألة بعد المسألة ، ولي القضاء في بعض أيام المهدي ثم للهادي ثم للرشيدي، وكان الرشيدي يكرمه ويجله وعنده حظيا مكينا ، توفي في ربيع الآخر من سنة اثنتين وثمانين ومائة . ابن عبد البر : الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء مالك والشافعي وأبي حنيفة رضي الله عنهم 172 - 173 / 1 .

(2) - زفر بن الهذيل بن قيس من بلعبر كنيته أبو الهذيل الكوفي، وكان من أصحاب أبي حنيفة يروى عن يحيى بن سعيد الأنصاري روى عنه شداد بن حكيم البلخي وأهل الكوفة وكان زفر متقنا حافظا قليل الخطأ وكان أقيس أصحاب أبي حنيفة وكثير الرجوع إلى الحق إذا لاح له ومات بالبصرة وكان موته في ولاية أبي جعفر . محمد بن حبان : الثقات 396/6 .

(3) - الإمام العلامة فقيه العراق أبو شبرمة قاضي الكوفة قال أحمد بن عبد الله العجلي: " كان ابن شبرمة عفيفا صارما عاقلا خيرا يشبه النساك وكان شاعرا كريما جوادا له نحو من خمسين حديثا " توفي سنة أربع وأربعين ومائة أرخه أبو نعيم والمدائني . الذهبي : سير أعلام النبلاء 348/6 - 349 .

(4) - عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق بن حبيب الثوري الكوفي؛ كان إماماً في علم الحديث وغيره من العلوم، وأجمع الناس على دينه وورعه وزهده وتقته، وهو أحد الأئمة المجتهدين ، ولد في سنة خمس، وقيل ست، وقيل سبع وتسعين للهجرة .

قال سفيان بن عيينة: ما رأيت رجلا أعلم بالحلال والحرام من سفيان الثوري .

قال عبد الله بن المبارك: لا نعلم على وجه الأرض أعلم من سفيان الثوري .

وتوفي بالبصرة أول سنة إحدى وستين ومائة متوارياً من السلطان .

ابن خلكان : وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان 2 / 389 - 390 - 391 .

(5) - الجصاص : أحكام القرآن 5 / 110 - 111 .

وروى الأوزاعي<sup>(1)</sup> عن الزهري<sup>(2)</sup> عن سالم<sup>(3)</sup> عن ابن عمر<sup>(4)</sup> أن عمر كان يضرب بالحد في التعريض .

والتحقيق أن التعريض بمنزلة الكناية المحتملة للمعاني لا يوجب الحد بالاحتمال وهذا لأن الأصل القائل أن المكلف برئ الظهر من الجلد فلا نجلده بالشك فالاحتمال شبهة يدفع الحد بها<sup>(5)</sup> .

(1) - أبو عمرو الشامي عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي ، قال عنه ابن سعد كان ثقة مأمونا فاضلا خيرا كثير الحديث والعلم والفقہ ، وقال عنه إسحاق : إذا اجتمع الأوزاعي والثوري ومالك على الأمر فهو سنة ، توفي سنة سبع وخمسين ومائة رحمه الله رحمة واسعة .

صفي الدين الخزرجي : خلاصة تذهيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال 1 / 232 .

(2) - أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن الحارث بن زهرة الزهري أحد الفقهاء والمحدثين والأعلام التابعين بالمدينة ، ولد سنة إحدى وخمسين للهجرة .

وروى عنه جماعة من الأئمة: منهم مالك بن أنس وسفيان بن عيينة وسفيان الثوري. وكان يزيد بن عبد الملك قد استقضاه ، توفي ليلة الثلاثاء لسبع عشرة ليلة خلت من شهر رمضان سنة أربع وعشرين ومائة، وقيل ثلاث وعشرين، وقيل خمس وعشرين ومائة وهو ابن اثنتين - وقيل ثلاث - وسبعين سنة .

ابن خلكان : وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان 4 / 177 - 178 .

(3) - أبو عمرو - ويقال أبو عبد الله - سالم بن عبد الله بن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب العدوي، رضي الله عنهم أجمعين؛ أحد فقهاء المدينة، من سادات التابعين وعلمائهم و ثقائهم روى عن أبيه وغيره، وروى عنه الزهري ونافع. توفي في آخر ذي الحجة سنة ست ومائة وقيل سنة ثمان ومائة، وهشام بن عبد الملك يومئذ بالمدينة، فصلى عليه بالبقيع لكثرة الناس . ابن خلكان : وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان 2 / 349 - 350 .

(4) - عبد الله بن عمر بن الخطاب وأمه زينب بنت مطعون ، أسلم مع أبيه بمكة وروى عن جمع من الصحابة ، قال أحمد بن حنبل مات سنة ثلاث وسبعين . وقال ابن سعد عن الهيثم : مات بعد ابن الزبير بمكة بثلاثة أشهر وبشهرين وقد بلغ سبعا وثمانين سنة .

أبو نصر الكلاباذي: الهداية والإرشاد في معرفة أهل الثقة والسداد 1 / 383 - 384 .

(5) - الجصاص : أحكام القرآن 5 / 110 - 111



## ثانيا : تحريم الغيبة والتنابز بالألقاب .

جاءت نصوص الكتاب والسنة تدل على تحريم الغيبة ، وأنها كبيرة من كبائر الذنوب ، حماية لأعراض المسلمين من التشويه والإساءة .

قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِّن قَوْمٍ عَسَىٰ أَن يَكُونُوا خَيْرًا مِّنْهُمْ وَلَا نِسَاءٌ مِّن نِّسَاءٍ عَسَىٰ أَن يَكُنَّ خَيْرًا مِّنْهُنَّ وَلَا تَلْمِزُوا أَنفُسَكُمْ وَلَا تَنَابَزُوا بِالْأَلْقَابِ بِئْسَ الْأَسْمُ الْمُسْوَقَ بَعْدَ الْإِيمَانِ وَمَن لَّمْ يَتُبْ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ ﴾ الحجرات 11 - 12 .

يستفاد من الآية الكريمة أن الله عزوجل نهى عن تعيير من لا يستحق أن يعاب على وجه الإحتقار له وهذا معنى قوله تعالى: ﴿ لَا يَسْخَرُ قَوْمٌ مِّن قَوْمٍ ﴾ .

في قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنَابَزُوا بِالْأَلْقَابِ ﴾ أي لاتقل لأخيك يا فاسق يا منافق فقد روى عن ابن الضحاك أن هذه الآية نزلت في بنى سلمه فقال: قدّم علينا رسول الله ﷺ وليس منا رجل إلا وله اسمان أو ثلاثة ، فجعل رسول الله ﷺ يقول : يا فلان فيقولون مه يا رسول الله إنه يغضب من هذا الاسم (1) فأنزلت الآية (2).

في قوله : ﴿ اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ ﴾ النهي عن بعض الظن لا عن جميعه ، فالظن على أربعة أضرب : محظور، مأمور به مندوب إليه مباح .

(1) - أبو داود : السنن 4 / 290 كتاب الأدب - باب في الألقاب ، ح : 4962

الحاكم: المستدرک 4 / 314 كتاب الأدب - ح : 7755

أحمد: المسند ، مسند الكوفيين 30 / 221 ، ح : 18288

(2) - الجصاص : أحكام القرآن 3 / 404

الظن المحذور سوء الظن بالله فعن جابر رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول :  
﴿ لا يموتن أحدكم إلا وهو يحسن الظن بالله عز وجل ﴾ (1) .

سوء الظن بالمسلمين الذين ظاهروا العدالة محذور منهي عنه، فعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ﴿ إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ولا تجسسوا ولا تحسسوا ولا تنافسوا ولا تحاسدوا ولا تبغضوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخوانا ﴾ . (2)

أما الظن بالمأمور به في الأحكام التي لم ينصب عليها دليل يوصل إلى العلم فالإقتصار فيه على غالب الظن وإجراء الحكم عليه واجب ، وهو ما تعبدنا الله به نحو قبول شهادة العدول وتحري القبله وأروش الجنائيات ، مما لم يرد بمقاديرها توقيف .

أما الظن المباح كحال الشاك في صلاته ، فقد أمره النبي صلى الله عليه وسلم بالتحري والعمل على ما يغلب في ظنه فإن عدل عن الظن إلى البناء على اليقين كان جائزا .

---

(1) - مسلم : الصحيح 17 / 205 كتاب الجنة وصفة نعيمها وأهلها باب الأمر بحسن الظن بالله تعالى ، ح : 7158 .

ابن ماجة : السنن 4 / 453 كتاب الزهد- باب التوكل واليقين ح : 4167 .  
البيهقي : السنن 3 / 377 كتاب الجنائز- باب المريض يحسن الظن بالله عزوجل ويرجو رحمته ح : 6358 .

ابن حبان : الصحيح 2 / 404 كتاب الرقائق - باب ذكر حسن الظن بالله جل وعلا للمرء المسلم ح : 638 .

(2) - البخاري: الصحيح 5/2253 كتاب الأدب- باب ما ينهى عن التحاسد والتدابير وقوله تعالى : ﴿ ومن شر حاسد إذا حسد ﴾ الفلق : 5 - ح : 5717

مسلم : الصحيح 4 / 1985 كتاب البر والصلة والآداب - باب تحريم الظن والتجسس والتنافس و التناجش ونحوها ح : 2562

مالك : الموطأ 533 كتاب حسن الخلق - باب ما جاء في المهاجرة ح : 1634  
الترمذي : السنن 4 / 356 كتاب البر والصلة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم - باب ما جاء في ظن السوء ح : 1988 ، وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

الظن المندوب كأن تحسن الظن بأخيك المسلم ، فهذا يثاب عليه الإنسان .  
 في قوله : ﴿ وَلَا تَجَسَّسُوا ﴾ فنقل عن مجاهد قوله خذوا بما ظهر لكم ودعوا  
 ما ستر الله ، ففي الآية نهي عن سوء الظن بالمسلم الذي ظاهره العدالة ووجوب  
 تكذيب من قذفه بالظن والستر على أهل المعاصي ما لم يظهر منهم إصرار .  
 قوله : ﴿ وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُمْ بَعْضًا ﴾ فقد بين النبي ﷺ الغيبة ، فعن أبي هريرة  
 ﷺ قال قيل : يا رسول الله ما الغيبة ، قال : ذكرك أخاك بما يكره ، قيل :  
 أفرأيت إن كان في أخيك ما أقول ، قال : إن كان فيه ما تقول فقد اغتبتته  
 وإن لم يكن فيه ما تقول فقد بهته (1) .

تأكيدا لتقبيح الغيبة والزجر عنها جعل الغيبة محرمة بمنزلة تحريم أكل لحم  
 الإنسان ؛ وهذا لأن النفوس تعاف أكل ذلك اللحم من جهة الطبع فلتنكس الغيبة كذلك .  
 وتحرم الغيبة في المسلم الذي ظاهره العدالة ولم يظهر منه ما يوجب تفسيقه  
 فيجب تكذيب قاذفه ، وإن كان المقذوف فاسقا كان ذكر ما فيه من الأفعال القبيحة  
 غير محظور (2) .

(1) - مسلم : الصحيح 16 / 358 كتاب البر والصلة والآداب - باب تحريم الغيبة  
 ح : 6536 .

مالك : الموطأ 576 - 577 كتاب الكلام - باب ما جاء في الغيبة ح : 1806

أبو داود : السنن 4 / 269 كتاب الأدب - باب في الغيبة ح : 4874

الترمذي : السنن 4 / 329 كتاب البر والصلة عن رسول الله ﷺ - باب ما جاء في الغيبة  
 ح : 1934 .

(2) - الجصاص : أحكام القرآن 5 / 291 .

### ثالثا : تحريم النجوى .

حرم الله عز وجل أن يسر الرجل الكلام مع آخر بحضور ثالث بينها حتى يحافظ على مشاعر الآخرين .

قال تعالى : ﴿ أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ نُهُوا عَنِ النَّجْوَى ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا نُهُوا عَنْهُ وَيَتَنَاجَوْنَ بِالْأَيْمِ وَالْعُدْوَانِ وَمَعْصِيَةِ الرَّسُولِ وَإِذَا جَاؤُوكَ حَيَّوْكَ بِمَا لَمْ يُحَيِّكَ بِهِ اللَّهُ وَيَقُولُونَ فِيهِمْ أَنفُسِهِمْ لَوْلَا يُعَذِّبُنَا اللَّهُ بِمَا نَقُولُ حَسْبُهُمْ جَهَنَّمُ يَصَلُّونَهَا فَيَنْسِفُ الْمَصِيرُ ، يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَنَاجَيْتُمْ فَلَا تَتَنَاجَوْا بِالْأَيْمِ وَالْعُدْوَانِ وَمَعْصِيَةِ الرَّسُولِ وَتَنَاجَوْا بِالْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي إِلَيْهِ تُحْشَرُونَ إِنَّمَا النَّجْوَى مِنَ الشَّيْطَانِ لِيَحْزَنَ الَّذِينَ آمَنُوا وَلَيْسَ بِضَارِّهِمْ شَيْئًا إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ وَعَلَى اللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ الْمُؤْمِنُونَ ﴾ المجادلة 8 - 9 - 10 .

يستفاد من هذه الآية تحريم النجوى ، ذلك أن النبي ﷺ كان لا يمنع أحد من منجاته، وكانت الأرض كلها حرب على المدينة ، فيأتي الشيطان إلى أصحاب النبي ﷺ وهم حوله فيقول له : أتدرون لم ناجى فلان رسول الله ﷺ إنما ناجاه لأن جموعا كثيرة من بنى فلان وفلان قد خرجوا ليقاتلوكم قال : فيحزن ذلك المؤمنين ويشق عليهم ، فقال المنافقون : إنما محمد أذن سماعه يسمع من كل أحد يناجي فقال تعالى : ﴿ قُلْ أَذُنٌ خَيْرٌ لَّكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَيُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ وَرَحْمَةٌ لِّلَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ رَسُولَ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ التوبة 61

قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَاجَيْتُمُ الرَّسُولَ فَقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيْ نَجْوَاكُمْ صَدَقَةٌ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ وَأَطْهَرُ فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى رَحِيمٌ ﴾

المجادلة : 12 .

هذا حتى ينتهي أهل الباطل عن مناجاة رسول الله ﷺ ؛ لأن الله يعلم أن أهل الباطل لا يقدمون بين يدي نجواهم صدقة فانتهى أهل الباطل عن الصدقة ، وشق ذلك على أصحاب الحوائج والمؤمنين فشكوا ذلك إلى رسول الله ﷺ فخفف الله عنهم ونسخت (1) .

(1) - ابن العربي : أحكام القرآن 4 / 202

## رابعاً : تحريم البهتان .

حرم الله عزوجل أن يرتكب المرء خطيئة ثم يحملها غيره وهذا ما يعرف بالبهتان .

قال تعالى: ﴿ وَمَنْ يَكْسِبْ خَطِيئَةً أَوْ إِثْمًا ثُمَّ يَرْمِ بِهِ بَرِيئًا فَقَدِ احْتَمَلَ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾ النساء : 112 .

السبب في نزول الآية هو أن درعا سرق ونسب ذلك إلى يهودي فترافعوا إلى النبي ﷺ فأرادوا تخطئته ﷺ في الحكم فنزل الوحي مبيناً ذلك (1) .  
يستفاد من هذه الآية أن من اكتسب ذنباً صغيراً أو كبيراً، فيرم به بريئاً فقد تحمل برمي بهتانا، وإثماً بينا يكسبه (2) .

## خامساً: تحريم الامتنان والأذى .

رغب الله عز وجل في الإنفاق في سبيل الله ، وبشر المنفقين بعظيم الفضل والدرجات ، إلا أنه حرم الامتنان والأذى الذي يلحقه بعض الناس بالآخرين بعد التصدق عليهم .

قال تعالى: ﴿ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ثُمَّ لَا يُتْبِعُونَ مَا أَنْفَقُوا مَنًّا وَلَا أَذًى لَّهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ قَوْلٌ مَعْرُوفٌ وَمَغْفِرَةٌ خَيْرٌ مِّنْ صَدَقَةٍ يَتْبَعُهَا أَذًى وَاللَّهُ غَنِيٌّ حَلِيمٌ ﴾ البقرة : 262-263 .

نزلت هذه الآية في عثمان بن عفان ؓ، قال عبد الرحمان بن سمرة : جاء عثمان بألف دينار في جيش العسرة فصبها في حجر الرسول ﷺ فرأيته يدخل يده فيها ويقبلها

(1) - البغوي : تفسير البغوي 2 / 285.

(2) - تفسير الجلالين : 1 / 121

ويقول: ﴿ما ضر ابن عفان ما عمل بعد اليوم ، اللهم لاتنس هذا اليوم لعثمان﴾ (1) .

يستفاد من الآية عظيم ثواب الإنفاق في سبيل الله عز وجل ، وهذا الأجر ثابت لمن لا يتبع إنفاقه منا ولا أذى لأن المن والأذى مبطلان لثواب الصدقة .  
المن ذكر على معنى التعديد لها والتفريع بها ، مثل أن يقول : قد أحسنت إليك وشبهه ، وقال بعضهم المن : التحدث بما أعطى حتى يبلغ ذلك المعطى فيؤذيه والمن من كبائر الذنوب فقد روى عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ :  
﴿ ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة العاق لوالديه والمرأة المترجلة تتشبه بالرجال و الديوث ، وثلاثة لا يدخلون الجنة العاق لوالديه والمدمن الخمر والمنان بما أعطى ﴾ (2) .

الأذى هو السب والتشكي، وهو أعم من المن ؛ لأن المن جزء من الأذى لكنه نص عليه لكثرة وقوعه .

القول المعروف: الدعاء والتأنيس والترجية بما عند الله خير من الصدقة في ظاهرها وفي باطنها لاشيء ؛ لأن ذكر القول المعروف فيه أجر وهذه لا فينتلقى السائل بالبشر والترحيب ويقابل بالطلاقة ليكون مشكورا إن أعطى ومعذورا إن منع.

قوله : ﴿وَمَغْفِرَةٌ﴾ يعني تجاوز عن السائل إذا ألح وأغظ وجفى خير من التصدق عليه بالمن والأذى .

---

(1) - الترميذي : السنن 5 / 226 أبواب المناقب عن رسول الله ﷺ - باب في مناقب عثمان بن عفان ، ح : 3785 .

الحاكم : المستدرك 3 / 110 كتاب معرفة الصحابة - فضائل أمير المؤمنين ذي النورين عثمان بن عفان رضي الله عنه ح : 4553 .

أحمد : المسند 34/231 - 232 مسند البصريين ، ح:20630

(2) - أحمد : المسند 10 / 321-322 مسند عبد الله بن عمر بن الخطاب ، ح : 6180

النسائي : السنن 2 / 42 كتاب الزكاة باب المنان بما أعطى ، ح : 2343.

أبي يعلى : المسند 9 / 408 مسند عبد الله بن مسعود، ح : 5556 .

قوله تعالى : ﴿ خَيْرٌ مِّنْ صَدَقَةٍ ﴾ يعنى أن تفضل الله عليك أكبر من الصدقة التي تمن بها ، أي غفران الله خير من الصدقة التي تمنون بها .

قوله تعالى : ﴿ وَاللَّهُ تَعْنِي حَلِيمٌ ﴾ غني عن صدقة العباد فأخبر عن أمره ليثيبهم وعن حلمه فلا يعامل بالعقوبة من من وآذى بصدقته . (1)

## سادسا : تحريم الإيذاء بالهمز واللمز .

حرم الله عز وجل الهمز والإشارة للغير على سبيل السخرية حفاظا على كرامتهم .

قال تعالى : ﴿ وَلَا تُطَعِّ كُلَّ خَلَّافٍ مَّهِينٍ ، هَمَّازٍ مَّشَاءٍ بِنَمِيمٍ ﴾ القلم: 10-11 يستفاد من الآية أن الهماز الذي يهمز الناس بيده ويضربهم ، واللماز الذي يلمز باللسان وهذا ما نقل عن ابن زيد .

وقيل الهماز الذي يذكر الناس في وجوههم ، واللماز الذي يذكرهم في مغيبهم ، وقيل هما سواء .

المشاء بنميم هو الذي يمشي بالنميمة بين الناس ليفسد بينهم فيقال نم ينم نميما نميمة أي يمشي ويسعى بالفساد . (2)

ورد أن الهماز المشاء بنميم أي الوقاع في الناس، العائب لهم بما ليس فيهم وأما المشاء بنميم يعني ينقل الكلام من بعض إلى بعض على وجه التضريب بينهم لقول النبي ﷺ : ﴿ لَا يَدْخُلُ الْجَنَّةَ قَتَاتَةٌ ﴾ (3).

وقوله تعالى : ﴿ حُمُتٌ بَعْدَ ذَلِكَ زَنِيمٌ ﴾ القلم : 13 .

(1) - القرطبي : الجامع لأحكام القرآن 308 / 3 - 309 .

(2) - القرطبي : المرجع السابق 153 / 9 .

(3) - الترميذي : السنن 375 / 4 كتاب البر والصلة عن رسول الله ﷺ - باب ما جاء في المنام ح : 2026.

البيهقي : السنن 247 / 10 كتاب الشهادات - باب ما يكره من رواية الإرجاف وإن لم يقدح في الشهادة ، ح : 20949

أحمد : المسند - مسند الأنصار 283 / 38 ، ح : 23247

قيل في العتل أنه الفظ الغليظ ، والزنيمة الدّعي . (1)

عن حارثة بن وهب الخزاعي رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ﴿ألا أخبركم بأهل الجنة: كل ضعيف متضعف لو أقسم على الله لأبره ، ألا أخبركم بأهل النار كل محتل جواظ مستكبر﴾ (2) .

---

(1) - الجصاص : أحكام القرآن 5 / 366 .

(2) - البخاري : الصحيح 3 / 315 باب ﴿ محتل بعد ذلك زنيمة ﴾ - كتاب التفسير ح : 4918 .

مسلم : الصحيح 4 / 2190 باب النار يدخلها الجبارون الجنة يدخلها الضعفاء كتاب الجنة وصفة نعيمها وأهلها ح : 2853 .

ابن ماجة : السنن 4 / 430 كتاب الزهد - باب من لا يؤبه له - ح : 4116 .

الترمذي : السنن 4 / 717 أبواب صفة جهنم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ح : 2605 .



## الفرع الثاني : أنواع الضرر في القانون المدني الجزائري.

ذكر فقهاء القانون عدة أنواع من الضرر، فاتفقوا على تقسيم الضرر إلى مادي ومعنوي أو أدبي ، ومباشر وغير المباشر ومتوقع وغير متوقع ، وفيما يلي تفصيل ذلك :

### أولا / الضرر المادي .

نصت المادة 124 : " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ." .  
فعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله ويترتب عليه انتقاص حقوقه المالية أو تفويت مصلحة مشروعة له ذات مصلحة ذات قيمة مالية.

إن هذا النوع من الضرر متفق عليه من حيث وجوب التعويض عنه ، ونطاقه يقتصر على الضرر المتعلق بالذمة المالية (1).

ومن أمثلته المساس بحق الملكية أو حق الدائنية أو حقوق التأليف ، فالتعدي على الملكية إخلال بحق ويعتبر ضررا، كما لو حرق شخص منزلا لشخص آخر أو أتلف زراعته أو خرب أرضه أو أتلف مالا له كأثاث أو عروض أو غير ذلك (2).

---

(1) - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 1 / 970  
سعيد مقدم :نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية : 37  
العربي بلحاج : النظرية العامة للالتزام 2 / 143 - همام محمد محمود و محمد حسين منصور :مبادئ القانون 332 - السنهوري : الوجيز في النظرية العامة للالتزام 161- خليل مصطفى : تقدير مبلغ التعويض وحقوق المؤمن المترتبة على دفعه 161

(2) - محمد صبري السعدي : النظرية العامة للالتزام 2 / 82 .

مثال الضرر المادي الناتج عن عدم المساس بحق غير مالي، المساس بسلامة الجسم إذا نتج عنه خسارة مالية ، وكذا الإصابة التي أدت إلى عجز المصاب عن الكسب أو التسبب في نفقات للمضرور.

ومن أمثلته الضرر الذي يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ التزامه ، وكذا الضرر الحاصل من عدم تمكن المعير من استرداد الوديعة من المستعير (1).  
يكون الضرر المادي بالتبعية كالدائن بحق شخصي قبل المدين يقتضي تنفيذ التزامه تدخله ، كالتزام شخص برسم لوحة لآخر فلما قتل المدين تحقق الضرر للدائن ، فضاعت فرصته في الحصول على ذلك العمل الذي لا يجد بديلا للمدين في تنفيذ التزامه ، وهذا نظرا للطابع الشخصي للعقد ، فالدائن مطالبة القاتل بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء فقد مدينه وفوات الفرصة عليه في تنفيذ العمل ، وإن كان الدائن يستطيع الحصول على حقه من غير تدخل المدين فلا يكون ثمة ضرر (2) .

---

(1) - رمضان أبو السعود : مصادر الالتزام 241 - محمد صبري السعدي : النظرية العامة للالتزام 205 .

(2) - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان : مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية 259 - 260 السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 1 / 972 - 973 .

## شروط التعويض<sup>(1)</sup> عن الضرر المادي .

يشترط للتعويض عن الضرر المادي ما يلي: الإخلال بحق مالي ، الإخلال بمصلحة مالية مشروعة ، وكون الضرر محققا، وفيما يلي شرح لهذه الشروط .

### الشرط الأول : الإخلال بحق مالي للمضروب .

وهو التعدي على حق مالي كحق الملكية ، كمن يتعدى على ملك غيره بالتخريب أو الحرق أو يتلف عروض غيره كالسلع والأموال وغيرها<sup>(2)</sup> .

كما أن لكل شخص الحق في سلامة حياته وجسمه ، فالتعدي على الحياة أبلغ ضرر يحل بالإنسان ، وإتلاف عضو أو إحداث جروح بالجسم يعتبر ضررا وخاصة إذا ترتب عنه الإخلال بقدرة المضروب على التكسب وكلفه نفقات للعلاج<sup>(3)</sup> .

### الشرط الثاني : الإخلال بالمصلحة المالية

#### للمضروب .

هو الإخلال بمصلحة مشروعة يعد الإخلال بها ضررا يستوجب التعويض . أما المصلحة غير مشروعة فلا يعتد بها، ولا يعتبر الإخلال بها ضررا ، فليس للمرأة التي لها علاقة غير مشروعة برجل الحق في المطالبة بالتعويض عن فقد خليلها .

---

(1) - " هو دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق ضرر بالغير" الموسوعة الفقهية الكويتية 20/ 13 .

(2) - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 1 / 856 - محمد صبري السعدي : النظرية العامة للالتزام 82/2 - محمد فتح الله النشار : التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني : 204 .

(3) - علي علي سليمان : دراسات في المسؤولية المدنية 223 - 224 .

من أمثلته الإخلال بالمصلحة المالية ، أن يتسبب شخص في إصابة عامل فيستحق معاشا عند رب العمل، فالمسؤول عن ضرر العامل ، أصاب رب العمل في مصلحة مالية ، فجعله مسؤولا عن المعاش .

كذلك الضرر الذي يلحق الشخص من جراء فقد عائله ، دون أن يكون له حق ثابت في النفقة ، فالمضروور في هذا الحال أصيب في مصلحة مالية له، وإذا أثبت القريب أن فرصة الاستمرار في النفقة مستقبلا محققة ، وقد فانتته من فقد عائله قضي له بالتعويض (1) .

### الشرط الثالث : أن يكون الضرر محققا.

يشترط للضرر المادي أن يكون قد وقع فعلا أو أنه مؤكد الوقوع في المستقبل فالضرر له أنواع عدة منها :

#### أ / الضرر الواقع :

معناه أننا بصدد ضرر واقع فعلا، كإصابة شخص في جسمه نتيجة حادث أو هلاك أمواله بحريق أو إتلاف .

#### ب / الضرر المؤكد وقوعه :

هو الضرر الذي لم يقع بعد ولكن وقوعه مؤكد فبسبب الضرر تحقق ، ولكن تأخرت آثاره في المستقبل، فلو أن منزلا كان مجاورا لمصنع به ماكينات أدى نشاطها المتواصل إلى إخلال بأساس الدار، جاز للقاضي أن يحكم بالتعويض إذا تحقق من ذلك . (2)

---

(1) - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 1 / 973- 974 - محمد فتح الله النشار : التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني 205 .

(2) - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 1 / 974 - 978 - محمد صبري السعدي : النظرية العامة للالتزام 2 / 83 - 84 .

## ثانيا : الضرر المعنوي .

هو الضرر الذي يلحق الشخص في حق أو مصلحة غير مالية أو ما يصيبه في كرامته أو في شعوره أو في شرفه أو في معتقده الديني أو في عاطفته ، وما ينتج من آلام لفقدان شخص عزيز (1).

ومن أمثلته ما يصيب الشخص نتيجة الاعتداء على جسمه ، وما يلحق ذلك من نفقات العلاج ونقص في القدرة على الكسب، فيكون ضررا ماديا ينتج عنه ضرر أدبي يتمثل في التشويه الذي تتركه الإصابة .

كذا الضرر الناشئ عن الاعتداء على الشرف أو السمعة بالسب أو القذف وهتك العرض ، فهذه الأعمال تحط من كرامة الإنسان واعتباره بين الناس .

ومن أمثلته الضرر الذي يصيب العاطفة والشعور والحنان انتزاع طفل من أحضان أمه أو أبيه ، وكذا الضرر الذي يصيب الشخص نتيجة الاعتداء على حق ثابت له كاقترام منزل أو حانوت مملوك للغير رغم معارضة مالكه ، ولو لم يترتب على الانتهاك خسارة مالية (2) .

ومثاله تعاقد شخص مع طبيب على معالجته من مرض معين ، ثم قام الطبيب بإفشاء سر المريض، فأصيب بضرر أدبي من جراء ذلك ، فيسأل الطبيب عن تعويض عن هذا الضرر (3) .

وكذلك ما يذيعه الوكيل عن موكله فيؤذيه في اعتباره ، وقد يصيبه فيما يلحقه من ألم أو يحدث فيه تشويه .

---

(1) - العربي بلحاج : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري 2 / 148 محمد وحيد الدين سوار: شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام 2 / 20- السنهوري : الوجيز في النظرية العامة للالتزام 376- حسن الحنتوش الحسناوي : التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية 121 - 122 - خليل مصطفى : تقدير مبلغ التعويض وحقوق المؤمن المترتبة على دفعه 172 .

(2) - محمد صبري السعدي : النظرية العامة للالتزام 1 / 87 - 88 .

(3) - رمضان أبو السعود : مصادر الالتزام 241 - 242 .

كذا الناشر إذا نشر كتابا لمؤلف فشوهه ، فيصاب من جراء ذلك بضرر أدبي وقد يشتري الإنسان تذكارا عائليا ليست له إلا قيمة أدبية محضة بالنسبة إليه ، فإذا أخل البائع بتنفيذ التزامه كان الضرر الذي يصيب المشتري من ذلك ضررا أدبيا (1).

## أ / التعويض عن الضرر المعنوي :

انقسم فقهاء القانون إلى اتجاهين في تقرير مشروعية التعويض ، فبأي الاتجاهين أخذ القانون المدني الجزائري ؟ .

### - الاتجاه الأول :

يرى أنصاره أن الضرر المعنوي غير قابل للتعويض؛ لأنه يستعصي على التقدير، فلو منحنا المضرور ضررا معنويا مبلغا من المال كتعويض عن الألم أو الحزن أو الضرر الجمالي ، فذلك لا يقضي على الألم ولا يمحو الحزن ولا يرد الضرر الجمال الضائع .

كما أن الضرر المعنوي لا يلحق بالمضرور أية نتائج مالية ، ولا ينقص من ذمته شيء ، ولذلك يقال إن الضرر المادي هو الضرر المالي ، والضرر المعنوي هو الضرر الغير المالي .

يضاف لذلك أننا لو سلمنا أن التعويض المالي يستطيع إصلاح الضرر المعنوي فإن القاضي سيجد صعوبة مادية لتحديد مبلغ التعويض الذي يحدد على ضوء الضرر الواقع .

ومنهم من فرق بين الضرر المعنوي الذي يجر إلى ضرر مادي والأضرار الأخرى ، فأوجبوا التعويض عن الأول ولم يوجبوه عن الثاني .

---

(1) - السنهوري : الوجيز في النظرية العامة للالتزام 241 - 242 .

جوز بعضهم التعويض عن الضرر المعنوي الذي يصيب الشرف والاعتبار لأنه في العادة يجر إلى ضرر مادي ، ولم يجزوه في الضرر الأدبي الذي يصيب العاطفة والشعور؛ لأنه لا يمتزج به ضرر مادي في الغالب (1).

## - الاتجاه الثاني :

يرى أنصاره أن الضرر المعنوي كالضرر المادي فكلاهما يقبل التعويض يرى "ديمونج" أن الهدف من التعويض أصلاً رد الشيء إلى ما كان عليه ، كرد العقار قبل وقوع الضرر، أو شراء منقول مماثل للمنقول الأول ، فلا ينبغي تجاهل التعويض عن الضرر المعنوي طالما أن ذلك ممكن .

استناداً لذلك فالمسؤول عن الضرر المعنوي يجب أن يعرض طبقاً للمادة 124 من القانون المدني الجزائري ، وهذا لعموم صياغتها ، باعتبار أن صياغة النص القانوني إذا كانت في قالب عام ، وتثير الشك حول تفسيره فإن النص يفسر في صالح الطرف المضرور سواء كان الضرر مادياً أو معنوياً ومماثلة لقانون العقوبات الذي يفسر النص في صالح المتهم .

إن التعويض عن الضرر المعنوي هو الوسيلة التي تؤدي لمساءلة المسؤول عن نية الإضرار، وأما تقديره وتقسيمه فهو خاضع لسلطة القاضي .

أما ما يثار بشأن صعوبة أو استحالة تقدير التعويض ، فهو قول غير صحيح كما يراه " ترييس " لأن القاضي يمكن أن يوفر للمضرور القدر الكاف الترضية المناسبة ، وله أن يستعين ببعض الظروف التي من طبيعتها مساعدته في عملية التقدير كالحالة الاجتماعية للمضرور ومركزه المالي .

إن التعويض عن الضرر المعنوي لا يرمي في الأصل لإزالة الضرر عن الوجود واجتثاثه ، إنما القصد منه توفير نوع من العزاء عن الألم الذي أصاب المتضرر .

---

(1) - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 1 / 866 - 867 سعيد مقدم : نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية 66 وما بعدها .

لهذا يرى "ستارك" أن من الأفضل الحصول على تعويض عن الضرر المعنوي ولو كان غير ملائم أحسن من عدم الحصول عليه . (1)

أما حجة صعوبة تقدير التعويض الأدبي ، فإن كثيرا من حالات التعويض المادي تواجه نفس الإشكال ، وأن العدالة تقتضي عدم إفلات المسؤول عن الضرر المعنوي (2) .

كما تقرر أن الإرادة التشريعية الجزائرية لم تنص في التقنين المدني عن الضرر بل ورد ذلك في صياغة عامة محتملة ، ولكن نصت المادة 4/3 من قانون الإجراءات الجزائية : " تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية " (3).

يتبين أن قبول الدعوى المدنية المرتبطة بالدعوى العمومية يكون عن جميع أنواع الضرر .

قد يفهم منه أن المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي تقتصر على الضرر الناشئ عن جريمة فقط ، وهذا يستبعد أن تتجه إليه الإرادة التشريعية لأن الدعوى المدنية ترفع استثناءا أمام المحكمة الجنائية مراعاة لمصلحة المدعى المدني وللمحاكم المدنية تقرير التعويض عن الضرر الأدبي إن رأت ذلك .

ونصت المادة 1/5 من القانون 84 - 11 للأسرة على هذا المبدأ حيث قضت أن : " الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنه ، إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض " (4).

---

(1) - سعيد مقدم : نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية 77 وما بعدها

محمد وحيد الدين سوار : شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام 21 / 2 - 22

(2) - محمد صبري السعدي : النظرية العامة للالتزام 89 / 2

(3) - قانون الإجراءات الجزائية 7

(4) - قانون الأسرة 5



مما سبق يتبين أن عدم النص في التقنين المدني الجزائري بشكل واضح على الضرر المعنوي لا يعني أن الإرادة التشريعية الجزائرية استبعدت التعويض عنه وإلا لما نصت عليه في قانون الإجراءات الجزائية وقانون العمل وقانون الأسرة (1) .

يستخلص مما سبق أن قاعدة لا ضرر ولا ضرار تقتضي عموماً مطلقاً وشمولاً كلياً في نفي الضرر .

قال الونشريسي في معرض حديثه عن القاعدة: " وورود الحديث هنا بلفظ النفي ومعناه النهي عن الكافة ، ولا يخرج منه عن معنى العموم ؛ لأن النهي في الحقيقة نفي ، ولا ينكر وجود النفي بمعنى النهي ، كما لا ينكر وجود الإيجاب بمعنى الأمر " (2) .

ويمكن استخلاص معنى القاعدة : لا يجوز إيذاء الغير وإيقاع الضرر به ولا يقابل الضرر بمثله منعا من توسيع مجاله .

ومفهومها عند فقهاء القانون بأنها: وجوب دفع الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه وإقرار التعويض لذلك .

---

(1) - محمد صيري السعدي: النظرية العامة للالتزام 2 / 93 - 94

(2) - المعيار المعرب : 8 / 474

## المبحث الثاني : أدلتها والقواعد المندرجة تحتها .

يتضمن هذا المبحث المطالب الآتية :

المطلب الأول : أدلة قاعدة لا ضرر ولا ضرار .

المطلب الثاني : القواعد الفرعية المندرجة تحت القاعدة .

## المطلب الأول : أدلة القاعدة .

### الفرع الأول : أصل القاعدة .

تعتبر هذه القاعدة بلفظها حديث نبوي شريف<sup>(1)</sup> وهو من جوامع كلمه ﷺ .  
قال الصنعاني : " وتحريم الضرر معلوم عقلا وشرعا إلا ما دل الشرع على  
إباحته رعاية للمصلحة التي تربو على المفسدة ، وذلك مثل إقامة الحدود ونحوها  
وذلك معلوم في تفاصيل الشريعة " (2) .  
يدل الحديث على تحريم الضرر على أي صفة كان ولا فرق بين الجار وغيره  
ولا يجوز في أي صورة من الصور إلا بدليل ، والحديث قاعدة من قواعد الدين  
تشهد له كليات وجزئيات في الشريعة (3) .

(1)- روى عن ابن عباس وعائشة وأبي هريرة وعبادة بن الصامت وأبي سعيد  
الخدري و عمرو بن يحيى المازني وأخرجه ابن ماجه عن ابن عباس أن رسول الله  
ﷺ قال : ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾ ابن ماجه : السنن 2 / 784 كتاب الأحكام -  
باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ح : 2340 .

وأخرجه الدارقطني بزيادة فيه عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : ﴿ و للجار أن  
يضع خشبته على جداره و إن كره ، و الطريق الميتاء سبع أذرع  
و لا ضرر ولا ضرار ﴾ الدارقطني : السنن 4 / 228 ح : 84 .

وروى الدارقطني من حديث أبي هريرة بلفظ : ﴿ لا ضرر ولا ضرورة ، ولا يمنع  
أحدكم جاره أن يضع خشبته على حائطه ﴾ السنن : 4 / 228 ، ح : 86 .

أما حديث أبي سعيد الخدري فقد أخرجه البيهقي بلفظ : ﴿ لا ضرر ولا ضرار ، من  
ضار ضره الله ، ومن شاق شق الله عليه ﴾ البيهقي : السنن 6 / 69 كتاب الصلح  
- باب لا ضرر ولا ضرار ح : 11166 وأخرجه الحاكم : المستدرک على

الصحيحين 2 / 66 كتاب البيوع ح : 2345

أما حديث عمرو بن يحيى المازني فقد أخرجه الإمام مالك : الموطأ 435  
كتاب الأفضية - باب القضاء في المرافق ح : 1424 .

(2) - سبل السلام شرح بلوغ المرام 3 / 98 .

(3) - محمد بن علي الشوكاني : نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار 5 / 276 .

ونصه لفظ عام ينصرف في أكثر الأمور، والفقهاء ينزعون به في أشياء كثيرة (1) .

تمثل دليلاً أساسياً من الأدلة القائمة على تحريم المضارة ، وأساساً لقواعد فقهية أخرى تابعة لها ونابعة عنها (2) .

---

(1) - الزرقاني : شرح الزرقاني على موطأ مالك 4 / 39 .

(2) - علي أحمد الندوي : موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي 1 / 49 وما بعدها.

## الفرع الثاني : أدلتها من القرآن الكريم.

تستند القاعدة إلى آيات كثيرة أذكر منها مايلي :

### أولا : المضارة في الوصية .

تعتبر الوصية في الفقه الإسلامي حقا مشروعاً كفله الله عز وجل للموصى له حيث قال تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ ﴾ النساء : 12.

يستفاد من قوله تعالى : ﴿ غَيْرَ مُضَارٍّ ﴾ أن المضارة راجعة إلى الوصية والدين .

أما رجوعها إلى الوصية فمن وجهين : أحدهما بأن يزيد على الثلث ، والثاني بأن يوصي لوارث .

فما زاد على الثلث فإنه يرد إلا أن يجيزه الورثة ؛ لأن المنع لحقوقهم لا لحق الله تعالى، وإن أوصى لوارث فإن الورثة يحاصون أهل الوصايا في وصاياهم ويرجع ميراث .

أما رجوع المضارة على الدين كالإقرار في حالة لا يجوز فيها لشخص الإقرار له به ، كما لو أقر في مرض موته لوارث بدين أو صديق مقرب له ، فعند ذلك لا يجوز إذا تحققت المضارة بقوة التهمة أو على الظن<sup>(1)</sup>.

من أوجه المضارة أن يبيع ماله من غيره في مرضه ويقر باستيفاء ثمنه أو يهب ماله في مرضه إضراراً منه لورثته .<sup>(2)</sup>

حرم الله عز وجل الوصية للوارث دفعا للضرر عن الورثة فقال ﷺ : ﴿ إِنْ أَلَّفَ اللَّهُ قُلُوبَهُمْ كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لِّوَارِثِهِ ﴾<sup>(3)</sup> .

(1) - ابن العربي : أحكام القرآن 1 / 453 - 454

(2) - الجصاص : أحكام القرآن 3 / 35

(3) - الترميذي : السنن 4/434 كتاب الوصايا - باب ما جاء لا وصية لوارث ح : 2120

أبو داود : السنن 3 / 114 كتاب الوصايا - باب ما جاء في الوصية للوارث ح : 2870.

## ثانيا : المضارة في حضانة ورضاعة الولد .

كفل الله عزوجل حق المولود في الرضاعة ، وحرّم الامتناع عن رضاعته  
إضراراً بأبيه .

قال تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنَ كَامِلَيْنَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ  
يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ  
إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ  
فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ  
أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا  
اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ البقرة 233 .

يستفاد من الآية أحكام عدة منها ما يتعلق بنفقة الرضاع ، ومنها النهي عن  
المضارة في الحضانة .

قوله تعالى : ﴿ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا ﴾ المعنى أن لا تأبى الأم إرضاع الولد  
إضراراً بأبيه ، كما لا يحل للأب أن يمنع الأم من ذلك .

يكون هذا من وجهين : ورد ذكره عند الطلاق ، والثاني أن النكاح إذا كان باقياً  
فالنفقة واجبة لأجله ، ولا تستوجب الأم زيادة لأجل رضاعه .

إذا أراد الأب أن يرضع الابن غير الأم لتنتفرغ له جاز ذلك ، ولم يجز لها  
أن تختص به إذا كان يقبل غيرها لما فيه الإضرار بالأب ، ولما في ذلك من غيال  
الابن فاجتماع المصلحتين يوجب على الأم تسليم الولد إلى غيرها لمفهوم الآية  
من احتمال أن الحق لها أو عليها (1) .

---

البيهقي : السنن 244/6 كتاب الفرائض- باب من جعل من أهل الفرائض ولم يخلف عصبية  
ولامولى في بيت المال ولم يرد على ذي فرض شيئاً ح : 12185 .

النسائي : السنن 4 / 107 كتاب الوصايا - باب إبطال الوصية للوارث ح : 6468 .

(1) - ابن العربي : أحكام القرآن 3 / 167 .

ما يستفاد من الآية أن الرضاع حق لها ، وهي أولى من غيرها في رضاع ابنها إذا رضيت أن ترضعه بمثل ما ترضع به غيرها ، وحينئذ لا يكون للأب أن يضرها فيدفعه إلى غيرها (1) .

وعن هذا قال القرطبي : " ولا يحل أن يمنع الأم ذلك مع رغبتها في الإرضاع هذا قول جمهور المفسرين " (2) .

اختلف جمهور المفسرين في قوله تعالى: ﴿وَمَلَكَ الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾<sup>(3)</sup> يرجع هذا إلى جميع ما تقدم من تحمل النفقة أو أن الوارث يحرم عليه الإضرار بالأم ما على الأب ؟ .

فإذا قلنا إن العطف يرجع إلى كل ما سبق كان هذا خلاف للغة العربية ولا يوجد له نظير (3) .

فيظهر من ذلك أن الجصاص يذهب إلى القول الثاني وهو الراجح إن شاء الله لمخالفة القول الأول سياق العربية .

### ثالثا: رفع الضرر عن المدين المعسر.

رغب الله عزوجل في إمهال المدين المعسر أو التصدق عليه بإبرائه من الدين إزالة للضرر عنه .

قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ البقرة : 280  
يستفاد من الآية مسائل منها :

اختلف المفسرون في سبب نزول الآية أخصت بالربا أو أنها عامة ، وفي ذلك ثلاثة أقوال :

(1) - الجصاص : أحكام القرآن 2 / 106 .

(2) - أحكام القرآن : 3 / 167

(3) - الجصاص : أحكام القرآن 1 / 108 .

- أن المقصود بها ربا الدين و به قال ابن عباس وشريح القاضي<sup>(1)</sup> والنخعي<sup>(2)</sup> .
- عام في كل دين وهو قول عامة الفقهاء .
- هو نص في دين الربا وبه قال متأخروا المالكية ، وغيره من الديون يقاس عليه .
- فمن قال إنه دين الربا فضعيف لا يصح نسبته إلى ابن عباس ، فالآية وإن كان أولها خاص فإن آخرها عام ، ولا مانع من خصوص أولها وعموم آخرها خاصة إذا كان العام له استقلال بنفسه .
- وأما من قال إنها نص في الربا وغيره يقاس عليه فهذا قول به ضعف لأن العموم قد يتناول الكل ولا مدخل للقياس فيه .
- وتعلم العسرة أن لا نجد له مالا ، وإن خبأ ماله يثبت عدمه ظاهرا ويحلف باطنا أنه لا يملك والله يتولى السرائر .
- والميسرة التي يؤدي بها الدين أن يترك له ما يعيش به في الأيام من كسوة لباسه ورقاده ، ولا تباع ثيابه .<sup>(3)</sup>
- يستفاد من الآية أن الشارع رغب في إنظار المعسر .

(1) - أبو أمية شريح القاضي هو الفقيه شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، قاضي الكوفة ويقال: هو من أولاد الفرس الذين كانوا باليمن.

وعن أشعث أن شريحا عاش مئة وعشر سنين، وقال خليفة وابن نمير : مات سنة ثمانين وقيل إنه استغنى عن القضاء قبل موته بسنة رحمه الله تعالى .الذهبي : سير أعلام النبلاء 100 / 4 - 104 - 106 .

(2) - أبو عمران إبراهيم النخعي الإمام، الحافظ، فقيه العراق ، إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود بن عمرو بن ربيعة بن ذهل بن سعد بن مالك بن النخع النخعي اليماني ثم الكوفي أحد الإعلام ، وهو ابن مليكة أخت الأسود بن يزيد، روي عن الأعمش أنه قال: كان إبراهيم صيرفي الحديث ، توفي وله تسع وأربعون سنة الذهبي : سير أعلام النبلاء 520/4-521-523

(3) - ابن العربي : أحكام القرآن 1 / 325 - 326



وثبت في السنة من حديث أبي أمامه سعد بن زرارة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : ﴿ من أحب أن يظله الله في ظلّه فلينظر معسرا أو ليضع عنه ﴾ (1).

عن حذيفة حدثهم قال : قال رسول الله ﷺ : ﴿ تلتقت الملائكة روع رجل ممن كان قبلكم فقالوا : أعملت من الخير شيئا ، قال : لا قالوا : تذكر قال : كنت أداين الناس فأمر فتياي أن ينظروا المعسر ويتجاوزا عن الموسر قال : قال الله عز وجل تجاوزوا عنه ﴾ (2).

حرم الشارع الحكيم على المدين الموسر المطل في سداد الدين فعن عمرو بن الشريد عن أبيه عن رسول الله ﷺ قال : ﴿ لي الواجد يحل عرضه وعقوبته ﴾ (3).

فاللي هو المطل، والواجد هو الموسر، ويحل عرضه بأن يقول ظمني وعقوبته الحبس و التعزير (4).

---

(1) - البيهقي : السنن 27/6 كتاب البيوع - باب من عجل له أدنى من حقه قبل محله قبله ووضع عنه طيبة به أنفسهما ح : 10917  
ابن ماجه : السنن 2 / 808 كتاب الصدقات - باب إنظار المعسر ح : 2419

(2) - مسلم : الصحيح 1194/3 كتاب المساقاة - باب فضل إنظار المعسر ح : 1560  
البيهقي : السنن 365/5 كتاب البيوع - باب ما جاء في إنظار المعسر والتجاوز عن الموسر ح : 10752

الدارمي : السنن 2 / 324 كتاب البيوع - باب في السماحة ح : 2546  
(3) - البخاري : الصحيح 2 / 175 كتاب الاستقراض - باب لصاحب الحق مقال ح : 2400  
البيهقي : السنن 6 / 51 كتاب التقليل - باب حبس من عليه دين إذا لم يظهر ماله ح : 11060

النسائي : السنن 4 / 59 كتاب البيوع - باب مطل الغني ح : 6288 - 6289  
أبي داود : السنن 3 / 313 كتاب الأفضية - باب في الحبس في الدين وغيره ح : 3628

(4) - النووي : شرح النووي على صحيح مسلم 10/173 .

## الفرع الثاني : أدلة القاعدة من السنة .

### أولاً : حديث " لا ضرر ولا ضرار " .

إن حديث " لا ضرر ولا ضرار " يعتبر من أكثر الأحاديث شيوعاً بين الأمة خاصة وأن جل الفقهاء يستشهدون به رغم أنه لم تثبته روايته في صحيح البخاري ومسلم ، لذا حاولت الإشارة لبعض طرقه وروايته .

#### 1/ رواية الحديث بلفظ " لا ضرر ولا ضرار " و " لا ضرر ولا إضرار ":

روي حديث " لا ضرر ولا ضرار " عن أكثر من عشرة صحابة مرفوعاً (1) وروي عنه ﷺ في بعض الروايات بلفظ : ﴿ لا ضرر ولا إضرار ﴾ قال ابن رجب : " بل وفي بعض نسخ الموطأ " (2).

#### 2/ رواية الحديث بلفظ " لا ضرر ولا ضرار من ضار ضره الله ومن شاق

شق الله عليه " :

ورد هذا الحديث بهذه الزيادة من رواية عثمان بن محمد بن عثمان بن ربيعة حدثنا عبد العزيز بن محمد الداروردي عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ الحديث (3).

#### 3/ رواية الحديث بلفظ " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام "

ورد الحديث بهذا اللفظ من رواية جابر بن عبد الله بغير انقطاع (4).

(1) - ذكر منهم في إرواء الغليل ثمانية وهم : عبادة بن صامت ، عبد الله بن عباس أبو سعيد الخدري ، أبو هريرة ، جابر بن عبد الله ، عائشة بنت أبي بكر ، ثعلبة بن أبي بكر القرظي أبو لبابة . محمد ناصر الدين الألباني : إرواء الغليل 3 / 408 .

ولقد ذكر الألباني في آخره نقده للحديث : " فهذه طرق كثيرة لهذا الحديث قد تجاوزت العشرة ... " إرواء الغليل : 3 / 413

(2) - جامع العلوم والحكم 321

(3) - الحاكم : المستدرک علی الصحیحین 2 / 66 كتاب البيوع ح : 2345

(4) - عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي : نصب الراية لأحاديث الهداية 4 / 384

#### 4 / رواية الحديث بلفظ " لا ضرر ولا ضرورة " :

روي عن أحمد بن محمد بن زياد عن أبي إسماعيل الترميذي عن أحمد بن يونس عن أبي بكر بن عياش قال : أراه قال ، عن ابن عطاء عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرورة ، ولا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبته على حائط " (1).

وخلاصة ما سبق أن هذا الحديث روي عن أكثر من عشرة صحابة ، وأخرج هذه الأحاديث موصولة عنهم أئمة الحديث وحفاظه منهم : ابن ماجة وأحمد ورواه مالك مرسل في الموطأ والحاكم والبيهقي و الدارقطني والطبراني وابن أبي شيبة وعبد الرزاق وأبو نعيم والخطيب البغدادي والزيلعي وابن عبد البر وغيرهم . وهذه الطرق التي روي بها هذا الحديث على كثرتها لم تخل من ضعف غير أن كثيرا منها لم يشتد ضعفه وإذا ضم بعضها إلى بعض تقوى ضعف الحديث .

---

(1) - الدارقطني : السنن : 4 / 228 كتاب الأقضية والأحكام - باب المرأة تقتل إذا ارتدت ح : 86 .

## ثانيا / حديث سمرة بن جندب<sup>(1)</sup> .

عن واصل مولى أبي عيينة قال: سمعت أبا جعفر محمد بن علي رضي الله عنهم يحدث عن سمرة بن جندب أنه كانت له نخلة من رجل من الأنصار قال : ومع الرجل أهله ، قال: فكان سمرة يدخل إلى نخله، فيتأذى به ويشق عليه، فطلب إليه أن يبيعه ، فأبى فطلب إليه أن يناقله ، فأبى فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له ، فطلب إليه النبي ﷺ، أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال: فهبه له ، ولك كذا وكذا أمرا رغبة فيه فأبى فقال : أنت مضار، فقال رسول الله ﷺ للأنصاري: اذهب فاقطع نخله .<sup>(2)</sup>

يستفاد من الحديث أن النبي أراد ﷺ رفع الضرر عن صاحب البستان ، ولما تمسك الطرف الآخر برأيه ، قال له أنت مضار، وأمر بقطع نخله .

في قوله "أنت مضار" يعنى أنك تريد إضرار الناس ، ومن يرد إضرار الناس جاز دفع ضرره ، ودفع ضرره بأن يقطع شجره<sup>(3)</sup>.

فسمرة ﷺ استعمل حقه في الوصول لنخله ، ولكنه نتج عن استعماله لهذا الحق إزاء الأنصاري صاحب البستان ، فعرض النبي ﷺ عليه حلولا شتى فأبى سمرة فأمر رسول ﷺ بقطع النخل دفعا للضرر الناشئ عن استعماله لحقه ، وهذا يتم

---

(1) - سمرة بن جندب بن هلال بن حريج بن مرة بن حزن بن عمرو بن فزارة الفزاري يكنى أبا سليمان قال ابن إسحاق :كان من حلفاء الأنصار وكان زياد يستخلفه عليها إذا سار إلى الكوفة ، وكان شديدا على الخوارج فكانوا يطعنون عليه وكان الحسن وابن سيرين يثنيان عليه وروى عنه أبو رجاء العطاردي والشعبي وابن أبي ليلي وعبد الله بن سليمان وآخرون عنه ومات سمرة قبل سنة ستين قال بن عبد البر سقط في قدر مملوء ماء حارا قيل مات سنة ثمان وقيل سنة تسع وخمسين وقيل في أول سنة ستين .

ابن حجر : الإصابة في تمييز الصحابة 178/3

(2) - أبي داود : السنن 3 / 315 كتاب الأقضية - أبواب من القضاء ح رقم : 3636

البيهقي : السنن 6 / 157 كتاب إحياء الموات - باب من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم ودفع الضرر عنهم على الاجتهاد ، ح : 11663 .

(3) - العظيم آبادي : عون المعبود شرح سنن أبي داود 10 / 47 .

باستئصال سبب الحق الذي لا يكون إلا بمحاولة التوفيق بين المصلحتين فتحتم دفع أعظم الضررين بأمره ﷺ (1).

قال ابن القيم مبينا اهتمام الشارع الحكيم برفع الضرر عن المتضرر بكافة الطرق ولو توهم البعض أن فيه مخالفة للقياس: " وصاحب القياس الفاسد يقول: لا يجب عليه أن يبيع شجرته ، ولا يتبرع بها ولا يجوز لصاحب الأرض أن يقلعها ؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه ، وإجباره على المعاوضة عليه وصاحب الشرع أوجب عليه إذا لم يتبرع بها، أن يبيعها لما في ذلك من مصلحة صاحب الأرض بخلاصه من تأذيه بدخول صاحب الشجرة ، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة ، وإن كان عليه في ذلك ضرر يسير، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم ، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة وإن أباه من أباه " (2).

فيتبين من خلال النص أن الشرع راعى الموازنة بين المصالح المتعارضة ما أمكن، كما اعتبر تحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد ؛ لأن ضرر صاحب النخل بقلع نخله أخف من ضرر صاحب البستان بدخول الأجنبي إلى بيته تأذيه ورؤية ما لم يأذن الشرع برؤيته فدرء المفسد مقدم على جلب المصالح .

---

(1) - عبد الله المصلح : قيود الملكية الخاصة 503 - 504 .

(2) - الطرق الحكمية : 383 .

## الفرع الثالث : أدلة القاعدة من فقه الصحابة .

ورد معنى دفع الضرر في أقضية الصحابة رضوان الله عليهم نذكر منها  
أولا : قضاء عمربن الخطاب في أرض محمد بن مسلمة<sup>(1)</sup> .

فعن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة<sup>(2)</sup> ساق خليجا<sup>(3)</sup> له من العريض ، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد فقال له الضحاك : لم تمنعني وهو لك منفعة تشرب به أولا و آخرأ ولا يضرك ، فأبى محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة فأمره أن يخلي سبيله، فقال محمد : لا فقال عمر : لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقي به أولا و آخرأ وهو لا يضرك فقال محمد : لا والله فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به

(1) - محمد بن مسلمة بن سلمة بن خالد بن عدي الأنصاري الأوسي الحارثي أبو عبد الرحمن المدني حليف بني عبد الأشهل ولد قبل البعثة باثنتين وعشرين سنة في قول الواقدي ، كان ممن اعتزل الفتنة فلم يشهد الجمل ولا صفين وقال حذيفة في حقه إني لأعرف رجلا لا تضره الفتنة فذكره ، مات بالمدينة سنة ثلاث وأربعين وله سبع وسبعون سنة .  
ابن حجر العسقلاني : الإصابة في تمييز الصحابة 33/6 - 34 .

(2) - الضحاك بن خليفة بن ثعلبة بن عدي بن كعب بن عبد الأشهل الأنصاري قال أبو حاتم شهد غزوة بني النضير وعاش إلى خلافة عمر ، وقيل هو الذي اشترى نفسه من ربه بماله الذي يدعي مال الضحاك بالمدينة . ابن حجر : الإصابة في تمييز الصحابة 3 / 475 .

(3) - الخليج : شعبة تنشعب من الوادي تُعَبَّرُ بَعْضَ مائه إلى مكان آخر ، والجمع خُلُجٌ و خُلْجانٌ ، وقيل الخليج : نهر يُقْتَطَعُ من النهر الأعظم إلى موضع ينتفع به فيه ابن منظور : لسان العرب المحيط 2 / 257 .

## فنعلم الضحاك . (1)

في الأثر أن الضحاك بن خليفة أراد أن يمر بخليج في أرض محمد بن مسلمة فالحكم أن الأعلى أولى حتى يروى ثم يمرر لغيره وهذا كما أشار الباجي .  
ولما رفض محمد بن مسلمة ذلك شكاه لعمر بن الخطاب ، فعرض عليه حلولا شتى ولكنه أصر على رفضها ، فقال له عمر: والله ليمرن به ولو على بطنك .  
وبين الباجي أن في قول عمر احتمالان :  
الأول : يريد إن خالفت حكمي وحاربت وأدت المحاربة لقتلك وإجرائه على بطنك لفعت .

والثاني : أن العبرة في كلام عمر بالمقاصد لا بالألفاظ ، وعمر رضي الله عنه لا يستجيز أن يمرره على بطنه ، ويمين عمر للحكم عليه . (2)  
ويتبين من كلام عمر رضي الله عنه أنه قصد بقوله إلزام محمد بن مسلمة لأن اجتهاد القاضي يرفع الخلاف .  
وهذا الأثر يوضح أن من المضارة في استعمال الحق، أن يمنع صاحب الأرض إمرار الماء على أرضه ليصل الماء لجاره ، فيقضي بإمرار الماء جبرا (3) .

---

(1) - مالك: الموطأ 435 كتاب الأفضية - باب القضاء في المرفق ح رقم: 1426  
البيهقي : السنن 6 / 157 كتاب إحياء الموات - باب من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحه  
ودفع الضرر عنهم ح : 11662

(2) - الزرقاني: شرح الزرقاني على موطأ مالك 4 / 43

(3) - عبد الله المصلح : قيود الملكية الخاصة 509

## الفرع الرابع : أدلة القاعدة عند فقهاء المالكية .

يعتبر الفقه المالكي أحد المذاهب التي أعطى فقهاؤها اهتماما بالغاً للقاعدة حتى أنهم أفردوا لها أبواباً خاصة في مصنفاتهم ، ومنهم الشاطبي الذي ذكر أحكاماً للضرر حسب قصد المكلف في استعمال لحقه .

### أولاً / أقسام دفع الضرر عند الشاطبي :

#### القسم الأول :

أن يقصد الجالب أو الدافع الإضرار بغيره كالمرخص في سلعته طالباً لمعاشه قاصداً ضرر غيره .

#### حكمه :

فأما قصد الإضرار بالغير فممنوع لدلالة مضمون القاعدة ، ولكن يبقى النضر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد نفع النفس وضرر الغير أيمنع منه أم يبقى على الأصل في أنه مأذون فيه ويترتب عليه إثم القصد .

تفصيل ذلك أنه إذا أمكن رفع ذلك العمل والانتقال إلى وجه آخر يحصل به جلب تلك المصلحة أو درء المفسدة فلا إشكال في منعه منه لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لقصد إضرار غيره ، وأما إن لم يكن له سبيل سوى تلك الجهة التي يتضرر منها غيره فحقه يقدم وهو في نفس الوقت ممنوع من قصد الإضرار بالغير .

#### القسم الثاني :

أن لا يقصد إضراراً بأحد ولكن يترتب عن فعله ضرر عام كتلقي السلع وبيع الحاضر للبادي والامتناع عن بيع داره أو فدانه<sup>(1)</sup> وقد اضطر الناس إليه لمسجد جامع أو غيره .

(1) - الفدان : المزرعة ابن منظور : لسان العرب 13 / 321



## حكمه :

فيمنع الجالب إذا أقدم عليه لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة .

## القسم الثالث :

ألا يقصد إضراراً بأحد ولكن يلزم عنه إضرار بالغير كمن يسبق إلى طعام أو صيد أو ماء أو غيره عالماً أنه إذا حازه تضرر غيره بعدمه أو يدفع عن نفسه مظلمة يعلم أنها تقع بغيره .

## حكمه :

يستفاد الحكم باعتبار الحظوظ فحق الجالب أو الدافع مقدم وإن استضر غيره بذلك لأن جلب المنفعة أو دفع المضررة مطلوب للشارع ومقصود ؛ ولذا أباح الدرهم بالدرهم إلى أجل للحاجة الماسة للمقرض والتوسعة على العباد وأبيحت الميتة وغيرها من المحرمات الأكل للضرورة (1) .

## القسم الرابع :

وهو أن لا يقصد الدافع أو الجالب إضراراً بأحد ولكن أداؤه إلى مفسدة ضرر الغير قطعياً ، كحفر بئر خلف باب الدار في الظلام حيث يقع الداخل فيه بلا شك .

## حكمه :

ولهذا القسم نظران نظر من حيث أنه قاصداً لما يقصد شرعاً غير ناو للإضرار بأحد فهذا من الجهة جائز لا محذور فيه .

ونظر من حيث كونه عالماً بلزوم مضررة الغير لهذا العمل المقصود مع عدم ضرره بتركه ، فإنه في هذا الوجه مظنة لقصد الإضرار لأنه :

إما فاعل لمباح صرف لا يتعلق بمقصد ضروري ولا حاجي ولا تحسيني فلا قصد للشارع في إيقاعه .

وإما فاعل لمأمور به على وجه فيه مضررة مع إمكان فعله على نحو لا يلحق مضررة بالغير ، وليس للشارع قصد في وقوعه على هذا النحو .

(1) - الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة 2 / 296 وما بعدها .

وعلى كلا التقديرين فقيامه بالفعل على هذا الحال مع علمه بالمضرة ناتج عن تقصير في النظر المأمور به وهذا ممنوع ، أو عن قصد إلى الإضرار وهو ممنوع فيلزم بذلك المنع من الفعل ، وإذا ثبت التعدي وجب الضمان .

### القسم الخامس :

ألا يقصد الجالب أو الدافع إضراراً بأحد، ولا يلحقه ضرر إذا منع من الفعل ولكن أدأؤه إلى المفسدة نادر كحفر بئر بموضع لا يؤدي غالباً وقوع أحد فيه وأكل الأغذية التي غالبها أن لا تضر أحد وما أشبهه .

### حكمه :

فهذا القسم باق على أصله من الإذن ؛ لأن المصلحة إذا كانت غالبية فلا اعتبار بالندور في انخرامها، إذ لا توجد في العادة مصلحة عرية عن المفسدة جملة فالشارع يعتبر غالبية المصلحة ولا يلتفت لندور المفسدة ، وأدلة ذلك كثيرة منها القضاء في الشرع بالشهادة في الدماء والأموال مع إمكان الوهم والغلط ، وكذا إباحة القصر في السفر مع إمكان عدم المشقة وغيرها (1).

### القسم السادس :

ألا يقصد الجالب أو الدافع إضراراً بأحد ولا يلحقه مضرة بالمنع ، ولكن أداء الفعل إلى المفسدة ظني كبيع السلاح لأهل الحرب أو بيع العنب للخمر .

### حكمه :

فيحتمل في هذا القسم الخلاف فكما أن الأصل الإباحة والإذن فظاهر، وأما أن الضرر والمفسدة تلحق ظناً فهل يجري الظن محل العلم . إن اعتبار الظن هو الأرجح لأمر أحدها : أن الظن يجري مجرى العلم في أمور العمليات .

ثانياً : أن المنصوص عليه من سد الذرائع داخل في هذا القسم كقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَسْبُوا الَّذِينَ يَذْمُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسْبُوا اللَّهَ مَدْحًا يَغْيِرَ بِمَلِكِ كَذَلِكَ

(1) - الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة 2 / 296 - 305 .

زَيْنًا لِكُلِّ أُمَّةٍ مَمْلُومٌ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُم بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴿١٠٨﴾  
الأنعام : 108 .

ذكر ابن عباس أن الآية نزلت في كفار قريش لما قالوا للنبي ﷺ: يا محمد لتنتهين عن سب آلهتنا أو لنهجون ربك ، فنهاهم الله أن يسبوا أوثانهم (1) .  
وكقوله ﷺ: ﴿إِنْ مِنْكُمْ كَبِيرٌ شَتَمَ الرَّجُلَ وَالِدِيهِ قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ وَهَلْ يَشْتَمُ الرَّجُلَ وَالِدِيهِ ، قَالَ : نَعَمْ ، يَسْبُ أبا الرَّجُلِ فَيَسْبُ أَبَاهُ ، وَيَسْبُ أُمَّهُ فَيَسْبُ أُمَّهُ﴾ (2) .

وثالثها : أنه داخل في التعاون على الإثم والعدوان المنهي عنه .  
والحاصل من هذا القسم أن الظن بالمفسدة والضرر ، لا يقوم مقام القصد إليه فالأصل الجواز من الجلب أو الدفع ، ولما كانت المصلحة تسبب مفسدة من باب الحيل أو من باب التعاون على الإثم منعت من هذه الجهة ، لا من جهة الأصل لأن المتسبب لم يقصد إلا مصلحة نفسه ، والتعدي يكون من جهة أنه مظنة للتقصير ولذلك وقع الخلاف فيه (3) .

### القسم السابع :

ألا يقصد الجالب أو الدافع إضرارا بأحد ولا يلحقه بالمنع مضرة ، ولكن أداء الفعل إلى المفسدة كثيرا لا غالبا ولا نادرا كمسائل بيوع الآجال.

(1) - ابن كثير : تفسير القرآن العظيم 70 / 3

(2) - البخاري : الصحيح 5 / 2228 كتاب الأدب- باب لا يسب الرجل والديه ح : 5628

مسلم : الصحيح 1 / 92 كتاب الإيمان - باب بيان الكبائر وأكبرها ح : 90

الترمذي : السنن 4 / 312 أبواب البر والصلة عن رسول الله ﷺ ح : 1902 .

البيهقي : السنن 10 / 235 كتاب الشهادات - باب شهادة أهل العصبية ح : 20875

(3) - الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة 2 / 306 .

## حكمه :

هذا القسم محل نظر فالشافعي وغيره يجيزونه لأسباب منها :  
أن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفیان، إذ ليس هنا إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ، ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر، ولا احتمال لقصد المفسدة والإضرار لوجود العوارض من الغفلة وغيرها .

كذلك لا يصح أن يعد الجالب أو الدافع هنا مقصرا ولا قاصدا كما في العلم والظن ؛ لأنه ليس حملة على القصد إليهما أولى من حملة على عدم القصد لواحد منهما ، وإذا كان كذلك فالتسبب المأذون فيه قوي جدا .

اعتبره مالكا في سد الذرائع بناء على كثرة القصد وقوعا ، والقصد لا ينضبط في النفس؛ لأنه من الأمور الباطنة إلا أن له مجال هنا ، وهو كثرة الوقوع في الوجود.

وقد يشرع الحكم لعله مع كون فواتها كثيرا كحد الخمر فإنه مشروع للزجر والازدجار به كثير لا غالب ، فاعتبرت الكثرة في الحكم بما هو على خلاف الأصل ، فالأصل عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه ، والأصل في هذا القسم الإذن فخرج الأول عن الأصل هنالك لحكمة الزجر، وخرج الثاني على الأصل هنا من الإباحة لحكمة سد الذريعة إلى الممنوع فلا تكون سبيلا للتحايل على الشرع .  
ومجال سد الذرائع في الشرع واسع فمثلا حرم الشرع الخلوة بالأجنبية ، وسفر المرأة بلا محرم ، والصلاة في المساجد التي بها قبور حتى لا تكون ذريعة للشرك بالله ، فوقوع المفسدة في هذه الأشياء ليس بغالب ولكنه كثير فحرمت (1).

(1) - الشاطبي : الموافقات في أصول الشريعة 2 / 296 - 297 - 307 - 308 - 309

## الفرع الثاني: مقارنة بين الضرر في الفقه المالكي وفي القانون المدني الجزائري .

يختلف الضرر في الفقه المالكي عنه في القانون المدني الجزائري في هذه  
المسألة من نواح عديدة :

1- إن الضرر الموجب للضمان في الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي  
بالخصوص يشترط فيه أن يكون واقعا على مال ؛ لأنه لا يعوض في الفقه  
الإسلامي إلا عن مال تالف أو مغبوب بينما لا يرى التعويض عن الأضرار  
الجسمية ؛ لأنه يقرر لها عقوبة خاصة محددة من الشارع تختلف عن التعويض  
فهي وإن كانت في بعض الأحوال عقوبة مالية لكنها تخرج عن نطاق التعويض  
أما الشأن بالنسبة للقانون فالأمر يختلف ، إذ التعويض فيه يشمل جميع الأضرار  
المالية ، سواء أكان الضرر إخلالا بحق أو بمصلحة مالية ، ومن ثم فإن فقهاء  
القانون المدني يقولون بالتعويض عن الضرر الذي يصيب الأعضاء أو الجسم  
ويخضعونه لسلطة القاضي التقديرية .

إن القانون المدني وإن كان يلتقي مع الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي  
بالخصوص في وجوب التعويض عن الضرر المالي ، لكنه يختلف عنه في إيجاب  
التعويض عن الضرر المادي الذي يصيب الجسم أو الأعضاء . (1)

2- يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي بالخصوص  
في ضرورة وقوع الضرر فعلا حتى يستلزم الحكم التعويض إلا أن القانون يجوز  
التعويض عن الضرر المستقبل إن تحققت أسبابه ، وهذا ما لا يقول به الفقه  
الإسلامي فلا تعويض إلا حين وقوعه لأن الضرر قد يزيد أو ينقص عن  
التعويض المقدر له ، ولو أن القانون وضع حولا لذلك كجواز المطالبة عن

---

(1) - محمد فتح الله النشار : حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني  
210 وما بعدها .

التعويض الزائد لكان أفضل ، إلا أنه أهمل حق المسؤول عن الضرر في رد المقدار الزائد ، بحجة أن هذا ينافي حجية الأمر المقضي فيه ، و أما الفقه الإسلامي فقد تحاشى الوقوع في هذه الإشكالات ، ولم يجز أصلا التعويض عن الضرر المستقبل حسما للنزاع ؛ لأن الضرر هو السبب في التعويض فلا يتقدم المسبب عن السبب .

3- يذهب الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي خصوصا إلى عدم جواز التعويض عن الضرر الحاصل عن تفويت الفرصة ؛ لأنه لا يستقيم القول بأن مجرد تفويت الفرصة وحرمان الشخص منها يعتبر ضررا موجبا للضمان فالتضمين لا يكون إلا عن ضرر محقق وتحقق الكسب من هذه الفرصة التي ضاعت غير مؤكد ، وهذا لا يمنع من إقرار القاضي بحسب اجتهاده عقوبة تعزيرية لمن تسبب في ضياع الفرصة تحقيقا للمصلحة العامة ، وأما فقهاء القانون يرون جواز التعويض عن تفويت الفرصة وحجتهم في ذلك أن تحقق النفع وإن كان احتماليا ، فتفويت الفرصة أمر مؤكد يوجب التعويض عنها تمثيا مع عدم اشتراط المالية في الضرر ، وبالتالي فالفقه الإسلامي يلتزم بمنهج موضوعي في وجوب التضمين من اشتراط عدم التعويض بمال إلا في مقابلة مال أخذ أو أنلف .

4- أن الفقه القانوني يقتصر في فرض التعويض على الضرر المباشر ولا يتعداه إلى غيره من الأضرار التي يكون سببا فيها ، والفقه الإسلامي يؤسس التعويض على مجرد وقوع الضرر، ولا يقتصر على الضرر المباشر، فطالما وجد الضرر قام الحق في التعويض والتزم به من أوقعه أو تسبب فيه تعديا ، وهذا حتى لا تنشأ أضرار لا يوجد من يعرض عنها ، ويتحملها المضرور لوحده وبالنظر في الفقه القانوني نجد أنه لا يقيم المسؤولية على مجرد الضرر وإنما يجعله ركنا من أركان المسؤولية إلى جانب الخطأ وعلاقة السببية . (1)

---

(1) - محمد فتح الله النشار: حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني 210 وما بعدها .

## المطلب الثاني : القواعد الفرعية المندرجة تحت القاعدة .

نظرا لأهمية القاعدة فقد أدرج الفقهاء جملة من القواعد الفقهية المهمة تحت مسمى القاعدة ، والتي تدور في مجملها حول إزالة الضرر، وذلك بدفعه قبل وقوعه أو رفعه إذا حدث بشتى الوسائل والطرق، ومن هاته القواعد أذكر مايلي :

### الفرع الأول : قاعدة الضرر يزال . البند الأول : مفهوم القاعدة .

لم يورد الفقهاء في حدود علمي تعريفا للقاعدة بلفظ الضرر يزال ولكن وردت الإشارة إلى المعنى الذي تضمنته القاعدة فقد أشار الونشريسي إلى ذلك نقلا عن ابن ميسور فقال: " قطع الضرر عن محجة المسلمين واجب كيف دار الأمر والمنع من ذلك لازم" (1) .

فالقاعدة تعبر عن وجوب دفع الضرر قبل وقوعه ، وذلك بكل الوسائل الممكنة المتاحة ؛ لأن التكليف الشرعي يكون حسب الاستطاعة ، وهذا وفقا لقواعد المصالح المرسلّة والسياسة الشرعية ، وإزالته إن وقع بكل ما أمكن . (2)

---

(1) - الونشريسي : المعيار المعرب 406/8 .

(2) - أحمد الزرقا : المدخل الفقهي 2 / 933 .

## البند الثاني : نماذج من تطبيقات القاعدة .

### أولاً : رفع الضرر عن المسترسل في البيع .

تعتبر هذه المسألة إحدى المسائل التي يتبين فيها حرص الشريعة على منع الضرر بأحد المتعاقدين .

فقد يرغب شخص في شراء سلعة من السلع أو بيعها ، ولا يكون صاحب خبرة في هذا المجال فيضطر إلى استشارة من يبيع السلعة له ، ويبيّن على أقواله ثم يتبين أن هذا الذي استنصحه لم يصدقه ، وذكر له سعراً غير السعر الحقيقي فيغبن في المعاملة ، وسمى الفقهاء هذه المسألة باسم بيع الإسترسال .

### أ / تعريف المسترسل في البيع .

#### 1- تعريف المسترسل:

#### أ/ في اللغة :

قال ابن الأثير : " الاسترسال الاستئناس والطمأنينة إلى الإنسان والثقة به فيما يحدثه به وأصله السكون والثبات " (1).

قال ابن منظور: " الاسترسال هو الاستئناس والطمأنينة إلى الإنسان والثقة به فيما يحدثه وأصله السكون والثبات " (2).

(1) - النهاية في غريب الأثر : 2 / 223

(2) - ابن منظور: لسان العرب مادة : رسل / 11 / 283 .



## ب/ في الاصطلاح :

### أ / تعريف بيع الاسترسال:

ذكر المالكية صفة بيع الاسترسال أو الاستئمان فقال الحطاب: " هو أن يقول الرجل اشتر مني سلعتي كما تشتري من الناس أو يقول المشتري للبائع بعني كما تباع للناس فإني لا أعلم القيمة ، فيشتري منه بما يعطيه من الثمن ". (1)

فالاسترسال يكون في البيع والشراء ، ومن فقهاء المالكية من خالف هذا القول كابن حبيب حيث قال : " إن الاسترسال إنما يكون في البيع أن يقول الرجل للرجل بعني كما تباع الناس وأما في الشراء فلا ". (2)

### ج / أثر الاسترسال في البيع .

اختلف الفقهاء في العقد الذي وقع على الاسترسال ، أكون عقدا صحيحا لازما أم لا ، وعليه فهل يثبت خيار الرد للمسترسل المغبون فاختلّفوا على رأيين .

#### 1- الرأي الأول :

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه لا يثبت للمسترسل خيار الرد ، ويصح العقد ويصبح لازما .

وممن ذهب لهذا الحنفية في ظاهر الرواية (3) لأن الغبن في الاسترسال يسير ورأي عند الحنابلة (4) .

(1) - الحطاب : مواهب الجليل 4 / 470 .

(2) - الحطاب : المرجع السابق - الموضع نفسه .

(3) - قال ابن عابدين موضحا الغبن اليسير أنه لا تأثير له : " وذلك كما لو وقع البيع بعشرة مثلا ثم إن بعض المقومين يقول إنه يساوي خمسة وبعضهم ستة وبعضهم سبعة فهذا غبن فاحش لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد ، بخلاف ما إذا قال بعضهم ثمانية وبعضهم تسعة وبعضهم عشرة فهذا غبن يسير" حاشية ابن عابدين : 5 / 143

(4) - قال ابن أبي موسى : " وقد قيل قد لزمه البيع وليس له فسخه وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد " ابن قدامة :

## 2- الرأي الثاني :

يرى أصحاب هذا الرأي أن المسترسل إذا غبن كان مخيرا بين فسخ العقد أو إمضائه .

وممن ذهب إلى هذا المالكية<sup>(1)</sup> وفي رواية عن الحنفية<sup>(2)</sup> .

و هذا الرأي هو القول الراجح من أقوال الحنابلة<sup>(3)</sup> .

لم يحدد المالكية قدرا معيناً للغبن ، فجعلوا له الخيار ولو بأقل من الثلث<sup>(4)</sup>

---

(1) - قال الدردير: " ... أو يستأنمه بأن يقول أحدهما للآخر: ما قيمته لأشترى بها أو لأبيع بها فيقول له قيمته كذا ، والحال أنه ليس كذلك فهو تنويع ظاهري والمؤدى واحد فله الرد حينئذ قطعاً أو لا يرد مطلقاً تردد ، المعتمد منه الأول " الشرح الكبير 2 / 969 .

وقال ابن عرفة : "... وأما إن وقع على وجه الاستسلام بأن أخبره بجهله أو استأنمه فإنه يرد للرجوع للغش والخديعة.." محمد عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي 3 / 141 .

(2) - قال ابن عابدين : " ... أما في مغبون غير يكون له حق الرد استدلالاً بمسألة المراجعة أي بمسألة ما إذا خان في المراجعة فإن ذلك تغرير يثبت به الرد ... " حاشية ابن عابدين 5 / 143 .

(3) - قال ابن تيمية : " ... إذا كان المشتري مسترسلاً وهو الجاهل بقيمة المبيع لم يجز للبائع أن يغبنه غبناً يخرج عن العادة بل عليه أن يبيعه بالقيمة المعتادة أو قريب منها ، فإن غبنه غبناً فاحشاً ، فللمشتري الخيار في فسخ البيع وإمضائه . " فتاوى ابن تيمية 29 / 360 .

وقال ابن قدامة: " المسترسل إذا غبن غبناً يخرج عن العادة فله الخيار بين الفسخ والإمضاء " المغني : 4 / 17 .

وقال البهوتي : " ... الجاهل بالقيمة من بائع ومشتري... فله الخيار إذا غبن الغبن المذكور أي الذي يخرج عن العادة " كشاف القناع 3 / 212 .

(4) - وقال في ذلك ابن عرفة معلقاً على قول الدردير في شرحه : ( فله الرد حينئذ ) : " فله الرد حينئذ أي حين أخبره بجهله أو استأنمه فكذب عليه ولو كان الغبن بأقل من الثلث " حاشية الدسوقي : 3 / 140

وحد بعض الحنابلة الغبن بالثلث وبعضهم قال السدس ، ورده بعضهم للعرف<sup>(1)</sup> ويشترط لثبوت خيار الغبن المسترسل أن لا يكون عالما بقيمة السلعة حال التعاقد. (2) .

## د / الأدلة :

### 1 - أدلة أصحاب الرأي الأول :

استدل أصحاب القول الأول على أن المسترسل المغبون ليس له الخيار بمايلي :

#### أولا / الدليل من السنة :

استدلوا بما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: **« ذكر رجل لرسول الله ﷺ أنه يخذع في البيوع فقال : من بايعت فقل لا خلافة »** (3) .

#### وجه الدلالة :

يتبين من نص الحديث أن الغبن لو كان مثبتا للخيار:

---

(1) - قال ابن قدامة : " ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد ، وحده أبو بكر في التتبيه وابن أبي موسى في الإرشاد بالثلث وهو قول مالك ... وقيل بالسدس وقيل ما لا يتغابن الناس به في العادة ؛ لأن ما لا يرد الشرع بتحديدته يرجع فيه إلى العرف " . المغني 4 / 18 .

(2) - قال الحطاب : " وهل للمغبون في بيع وشراء مقال مطلقا أو لغير العارف وإن وقع على وجه الأمانة والاسترسال كبعني أو اشتر مني مثل الناس لا على وجه المكايسة وإن أخبره بجهله بالقيمة فقال له هي كذا إلا إن كان عارفا بها وإلا فقولان خلاف وشهر عدم القيام مطلقا " مواهب الجليل 4 / 471 .

قال ابن مفلح : " ويثبت الخيار على الأصح لمسترسل جاهل بالقيمة إذا غبن وفي المذهب أو جهلها لعجلته ... " الفروع 4 / 73 .

(3) - البخاري : الصحيح 2 / 745 كتاب الحيل - باب ما يكره من الخداع في البيع ح: 6563 .

مسلم : الصحيح 3 / 1165 كتاب البيوع - باب من يخذع في البيع ح : 1533

النسائي : السنن 7 / 252 كتاب البيوع - باب الخديعة في البيع ح : 4484 .

لأمر النبي ﷺ بالفسخ من غير خيار، ولكنه أمر به بشرط الثلاث (1) .

**ثانيا : الدليل من المعقول .**

إن اعتبار بيع المسترسل قد لزم وليس للمغبون فسخه ؛ سببه نقصان قيمة السلعة مع سلامتها ، فهذا لا يمنع لزوم العقد كبيع غير المسترسل وكالغبن اليسير (2) .

**2- أدلة أصحاب الرأي الثاني :**

استدل أصحاب هذا الرأي بأدلة من السنة والقياس .

**أولا : دليل السنة .**

ما روي عن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : «مخبن المسترسل ربا» (3) .  
فمنطوق الحديث يدل على أن غبن المسترسل ربا والربا حرام .

**ثانيا : الدليل من القياس .**

إن غبن المسترسل حصل لجهله بالمبيع فأثبت الخيار، كالغبن في تلقي الركبان الذين يشتري منهم بأقل من قيمة السوق مع جهلهم بذلك ، فقد نهى النبي ﷺ عن ذلك وأثبت لهم الخيار إذا قدموا السوق ، فكذلك المسترسل المغبون يثبت له الخيار إذا علم السعر الحقيقي للسلعة ، بخلاف غير المسترسل فإنه دخل على بصيرة بالغبن فهو كالعالم بالعيب، وكذلك لو استعجل فجهل ما لو تثبت لعلمه لم يكن له خيار لأنه انبنى على تقصيره وتفريطه. (4)

(1) - العمراني : البيان في مذهب الإمام الشافعي 5 / 284

(2) - ابن قدامة : المغني 4 / 17

(3) - البيهقي : السنن 5 / 349 كتاب البيوع - باب كل قرض جر منفعة فهو ربا ح: 10706 ، قال عنه الألباني : "باطل" وذلك لعله إيراد يعيش بن هشام في سنده وضعفه الدار قطني حيث قال : "هذا باطل بهذا الإسناد ، ومن دون مالك ضعفاء" السلسلة الضعيفة وأثرها السيء في الأمة : 2 / 118

(4) - ابن قدامة : المغني 4 / 17 - 18

## الرأي المختار :

بعد عرض أدلة الفريقين يتبين أن ما ذهب إليه أنصار الرأي الثاني هو الأرجح والعلم عند الله ذلك أن النبي ﷺ قال : ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾ (1).

فالحديث دل على نفي الضرر، وغبن المسترسل ضرر لأنه جاهل بالقيمة الحقيقية للسلعة ، واطمأن للجانب الآخر الذي أضر به حينما لم ينصحه ، فوجب دفع الضرر حسب ما تيسر وهذا بإقرار الخيار للمغبون أو فسخ العقد .

## ثالثا : تطبيقات أخرى للقاعدة .

ومن أمثلة تطبيقات القاعدة ما يتعلق بالمصالح العامة ، فشرع الجهاد لدفع شر الأعداء ، وشرعت العقوبات لحفظ المجتمع من شر الجرائم وصيانة الأمن الداخلي وسد الذرائع وأبواب الفساد من جميع طرقه .

في ميدان الحقوق الخاصة، شرع الحجر على السفية ؛ لدفع ضرر سوء تصرفاته عن نفسه وأسرته ، وشرعت بعض الخيارات في العقود لدفع الضرر عن المشتري كخيار الشرط وخيار الرؤية ، وكذا إجبار الشريك على المساهمة في نفقات تعمیر العقار المشترك أو ترميمه إذا توهن وكان غير قابل للقسمة . ويجوز للمضطر أن يأكل مال غيره حفاظا على حياته ؛ ولكنه يضمن ما أكل لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير (2) .

وكذلك يدفع الضرر في المال المغصوب برده إذا بقي عينه وكان سليما أو إذا لم تبقى عينه أو بقيت وكانت معيبة .

ففي الأول : يجبر الضرر برد مثله أو قيمته سواء كان عدم بقائه حقيقيا كالطعام إذا أكله الغاصب أو حكما كذبح الشاة وطبخها أو حنطة طحنت .

أما إن كان العيب فاحشا وكان المغصوب غير ربوي يتخير المالك في جبر الضرر بين أخذه وتضمين الغاصب ما نقص بالعيب أو طرحه عليه

(1) - سبق تخريجه 37 - 38

(2) - أحمد الزرقا : المدخل الفقهي 933/2 - البورنو : موسوعة القواعد الفقهية 259/6 - 260 .

وتضمنين القيمة ، وإن كان ربويا يتخير بين أخذه معيبا بلا ضمان النقصان أو طرحه عليه وتضمينه مثله أو قيمته من خلاف جنسه .  
وإن كان غير فاحش أي ما فوت الجودة ونقص المالية كالحرق اليسير فإن جبر الضرر يتعين بأخذه وتضمن النقصان، وهذا باستثناء المال الربوي فحكمه تقدم وأما إذا لم يمكن دفع الضرر بالكلية ولا جبره فإنه يترك على حاله .<sup>(1)</sup>

---

(1) - أحمد الزرقا : شرح القواعد الفقهية 207 .

## الفرع الثاني : الضرورات تبيح المحظورات.

### البند الأول : مفهوم الضرورة :

#### أولا / لغة :

قال ابن منظور : " الضرورة كالضرة والضرار المضارة ، وليس عليك ضرر ولا ضرورة ولا ضرة ولا ضارورة ولا تضرة ، ورجل ذو ضارورة و ضرورة أي ذو حاجة " (1) .

قال القاضي زكريا الأنصاري : " الضرورة ما نزل بالعبد مما لا بد من وقوعه " (2) .

قال المناوي : " الضروري ما اتصلت الحاجة إليه إلى حد الضرورة كحفظ الدين فالنفس بالعقل فالنفس فمال فالعرض " (3) .

#### ثانيا / اصطلاحا :

عرفت الضرورة كما يلي :

قال الدردير : " هي الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا " (4) .

قال محمد أبو زهرة : "هي الحالة التي يكون فيها الشخص مهددا في مصلحة ضرورية ، ولا تدفع إلا بتناول ذلك المحذور " (5) .

قال وهبه الزحيلي : " حالة من الخطر والمشقة الشديدة التي تطرأ على الإنسان بحيث يخاف لحوق ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو

(1) - لسان العرب: مادة ضرر 4 / 483.

(2) - الحدود الأنيفة 1 / 70 .

(3) - التعاريف : فصل العين 1 / 473.

(4) - الشرح الكبير : 2 / 115

(5) - أصول الفقه : 376.

بالمال وتوابعها ، ويباح عندئذ ارتكاب الحرام أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع " (1) .

ومما يلاحظ على هذا التعريف أنه شامل لكافة أنواع الضرر .

## البند الثاني : مفهوم قاعدة الضرورات

### تبيح المحضورات .

#### أولا / لغة :

باعتبار أن صيغة القاعدة مركبة من ثلاث أفعال وهي : الضرورات ، تبيح المحضورات .

فالضرورات جمع ضرورة (2) .

تبيح من الإباحة قال ابن منظور: " أَبَاحَ الشَّيْءَ؛ أَطْلَقَهُ وَالْمُبَاحُ: خِلافَ الْمَحْظُورِ " (3) .

والمحضورات جمع محذور من الحظر .

وقد عرفه ابن منظور فقال : " وَالْحَظْرُ: الْمَنْعُ ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمَطَّاءِ رَبِّكَ مَعْظُورًا ﴾ الإسراء 20 ، وكثيراً ما يرد في القرآن ذكر الْمَحْظُورِ ويراد به الحرام ، وقد حَظَرْتُ الشَّيْءَ إِذَا حَرَمْتُهُ، وهو راجع إلى المنع " (4) .

#### ثانياً / اصطلاحاً:

عبر الفقهاء عن القاعدة بأساليب مختلفة ، ولكنها متفقة من حيث الدلالة منها :  
- قال ابن عبد البر : " الضرورات تنقل المحذور إلى حال المباح " (5) .

(1) - نظرية الضرورة 64

(2) - تم تعريفها لغوياً في الصفحة 58

(3) - لسان العرب : مادة بوح 2 / 416

(4) - ابن منظور : لسان العرب 4 / 203

(5) - ابن عبد البر : التمهيد 17 / 319



- محال الاضطرار مغتفرة في الشرع ، وذلك أن إقامة الضرورة معتبرة وما يطرأ عليها من عوارض المفساد مغتفر في جنب المصلحة المطلوبة ، كما اغتفرت مفساد أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وأشباه ذلك في جنب الضرورة لإحياء النفس المضطرة ، وكذلك النطق بكلمة الكفر أو الكذب حفظاً للنفس أو المال حالة الإكراه (1).

ومن ثم فإن معنى هذه القاعدة بيّن جلي ، فهي تعني أن الضرورة هي الحاجة الشديدة الملجئة إذا حصلت للمكلف فإنها تبيح له الترخّص بفعل ما حرم الله مما يناسب ضرورته .

وليس هذا معناه أن كل محذور يبيح الضرورة ، وإنما هو مقيد بعدم إيقاع الضرر بحرّمات الآخرين سواء كان هذا الضرر مساو أو أكبر مما هو واقع فيه .  
فمثلاً لو أكره إنسان على قتل إنسان معصوم الدم ، وهدد بأنه إن لم يقتله فسيقتل إلى قتلته هو إذ أن نفسه وروحه ليست بأولى بالحفظ من أرواح المعصومين الآخرين (2) .

## البند الثاني : أدلة القاعدة .

تدل على قاعدة الضرورات تبيح المحضورات أدلة كثيرة من الكتاب والسنة نذكر منها مايلي :

### أولاً : من الكتاب .

1- قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ البقرة : 173 .

(1) - الشاطبي :المواقفات 1 / 182

(2) - إسماعيل علوان : القواعد الفقهية الخمس الكبرى والقواعد المندرجة تحتها : جمع

ودراسة من مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية 284

2- قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمِهِ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ المائدة : 03 .

3- قوله تعالى : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُررْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ ﴾ الأنعام : 191 .

ذكر الله تعالى الضرورة في هذه الآيات وأطلق الإباحة في بعضا بوجود الضرورة من غير شرط ولا صفة وهو قوله ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُررْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ فاقترضى ذلك وجود الإباحة بوجود الضرورة في كل حال وجدت الضرورة فيها (1) .

وفي قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ ﴾ أي خاف التلف فسمي مضطرا وهو قادر على التناول، فهذا الضرر الذي يلحق إما بإكراه من ظالم أو بجوع في مخمصة أو بفقر لا يجد فيه غيره ، فإن التحريم يرتفع عن ذلك بحكم الاستثناء، ويكون مباحا والإكراه يبيح ذلك كله ، وأما المخمصة فلا يخلو أن تكون دائمة ولا خلاف في جواز الشبع منها (2) .

## ثانيا : من السنة .

يستدل على هذه القاعدة بأدلة من السنة منها :

1- ما روى عن النبي ﷺ أنه قال : ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾ (3) .

فقاعدة الضرورات تبيح المحظورات تتدرج تحت هذا الأصل العظيم الذي ورد في الحديث إذ أن إباحة المحظور حال الضرورة يدفع الضرر عن المكلف .

2- ما روى عن جابر بن سمرة رضي الله عنه أن رجلا نزل الحرة (4) ومعه أهله وولده فقال رجل : إن ناقة لي ضلت فإن وجدتتها فأمسكها فوجدتها فلم يجد

(1) - الجصاص : أحكام القرآن 1 / 156

(2) - ابن العربي : أحكام القرآن 1 / 82

(3) - سبق تخريجه 37- 38

صاحبها فمرضت فقالت امرأته : انجرها ، فأبى فننفتت<sup>(1)</sup> فقالت : اسلخها حتى نقتد شعما ولعما ونأكله فقال حتى أسأل رسول الله ﷺ فأتاه فسأله فقال : ﴿ هل عندك غني يغنيك ﴾ قال : لا قال : ﴿ فكلوها ﴾ قال : فجاها صاحبها ، فأخبره الخبر فقال : هلا كنت نجرتها قال : استحييت منك<sup>(2)</sup> .

فالحديث واضح الدلالة على أنه يجوز للمضطر أن يتناول من الميتة ما يكفيه ويدل عليه قوله ﷺ : ﴿ هل عندك غني يغنيك ﴾ فيقال : لمن وجد سد رمقه مستغنيا<sup>(3)</sup> .

---

(4) - الحرّة أرض ذات حجارة سود نخرة كأنها أحرقت بالنار - الجوهري : مختار الصحاح

مادة: حرر 1 / 55

(1) - الجرّور نافقة أي ميتة من نفقت الدابة إذا ماتت . ابن منظور : لسان العرب

مادة : نفق 10 / 357.

(2) - أبي داود: السنن 3/ 358 كتاب الأطعمة - باب في المضطر إلى الميتة

ح: 3816

البيهقي: السنن الكبرى 9 / 356 كتاب الضحايا - باب ما يحل من الميتة بالضرورة

ح: 19419 .

(3) - الشوكاني : نيل الأوطار 9 / 30- 31 .

## البند الثالث : نماذج من تطبيقات القاعدة .

أولا : الظفر بالحق " مدى مشروعية أخذ المدين من مال مدينه بغير إذنه " .

أ / تعريف الظفر بالحق :

- لغة :

قال ابن منظور : " الظفر بالفتح الفوز بالمطلوب الليث الظفر الفوز بما طلبت و الفلج على من خاصمت وقد ظفر به وعليه " (1) .

قال زين الدين الرازي : " الظفر أيضا الفوز وقد ظفر بعدوه من باب طرب أيضا وظفره أيضا مثل لحق به ولحقه فهو ظفر " (2) .

قال الفيروز آبادي : " ورجل مظفر وظفر و ظفير و مظفار لا يحاول أمرا إلا ظفر به وظفره تظفيرا دعا له به " (3) .

وأما تعريف الحق فقد عرفه الجرجاني حيث قال : " الثابت الذي لا يسوغ إنكاره ، وفي اصطلاح أهل المعاني هو الحكم المطابق للواقع يطلق على الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب باعتبار اشتمالها على ذلك ويقابله الباطل " (4) .

## 2- اصطلاحاً :

لم يذكر الفقهاء تعريفا اصطلاحيا مبينا للتعريف اللغوي فهو لا يخرج عنه ومعناه يدور حول فوز الإنسان بحق على الغير .

(1) - لسان العرب : مادة ضرر 4 / 519 .

(2) - مختار الصحاح : 1 / 170 .

(3) - القاموس المحيط : 1 / 566 .

(4) - التعريفات : 1 / 120 .

## ب/ آراء الفقهاء حول جواز أخذ الدائن مال مدينه بغير إذنه.

اختلف الفقهاء في حال ظفر الدائن بغير جنس الحق الذي على مدينه ، هل يجوز  
له أن يأخذ منه أو لا ؟

أولا / الرأي الأول :

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه لا يجوز للدائن إذا ظفر بشيء من مال مدينه  
أن يستوفي منه دينه ، إذا كان الذي ظفر به غير جنس حقه .  
وممن ذهب إلى هذا الحنفية (1)، والمالكية في قول (2)، والشافعية في قول (3)  
والحنابلة (4) في قول .

(1) - قال ابن نجيم : " إذا ظفر من جنس حقه من مال المدينون على صفته فله أخذه بغير  
رضاه ولا يأخذ خلاف جنسه كالدرهم والدنانير " البحر الرائق 7 / 192 - ابن عابدين :  
حاشية ابن عابدين 7 / 408 .

(2) - قال الخرشي : " إن الإنسان إذا كان له حق عند غيره ، وقدر على أخذه ، أو أخذ  
ما يساوي قدره من مال ذلك الغير ، فإنه يجوز أخذ ذلك منه ، سواء كان ذلك من جنس شيء  
أو من غير جنسه على المشهور " حاشية الخرشي على مختصر خليل 5 / 235 .  
فمفهوم قوله : "على المشهور" يدل على أن هناك قولاً غير مشهور عند المالكية لا يجيز الأخذ  
من مال المدين إن كان من غير جنس ماله والله أعلم .

(3) - قال الشربيني : " ... وديننا استحقه على منكر له ولا بينة له به ،أخذ جوازا جنس حقه  
من ماله إن ظفر به استقلالاً لعجزه عن أخذه ... وكذا غير جنسه إن فقده ، أي جنس حقه  
واستوفى حقه منه على المذهب للضرورة، وفي قول من طريق المنع لا يتمكن من تملكه "   
مغني المحتاج : 4 / 462 . معناه أن الدائن إن وجد جنس ماله استوفى حقه منه ، وإن  
لم يجد جنس ماله جاز له الأخذ من غير جنس ماله على سبيل الضرورة على المشهور  
في مذهب الشافعية ، ويمنع من ذلك في قول آخر والله أعلم .

(4) - قال ابن قدامة : " ... وإن لم يقدر على ذلك لكونه جاحداً له، ولا بينة له به أو لكونه  
لا يجيبه إلى المحاكمة ولا يمكنه إجباره على ذلك أو نحو هذا ، فالمشهور في المذهب أنه ليس  
له أخذ قدر حقه، وهو إحدى الروايتين عن مالك قال ابن عقيل جعل أصحابنا المحدثون  
لجواز الأخذ وجهاً في المذهب ... " المغني : 10 / 275 والمعنى أن الدائن إذا لم يقدر على

## ثانيا / الرأي الثاني:

وممن قال بهذا الرأي المالكية في المشهور<sup>(1)</sup>، والشافعية في المذهب<sup>(2)</sup> والحنابلة في قول<sup>(3)</sup>، والظاهرية<sup>(4)</sup>.

استيفاء حقه من المدين عن طريق المحاكمة أو غير ذلك وظفر بحقه من مال المدين أن المشهور عند الحنابلة ليس له ذلك، وثبتت رواية عندهم أن له ذلك والله أعلم.

(1) - قال محمد عيش: " وإن كان لشخص حق عند آخر، ولم يقدر على أخذه بطريق الشرع الظاهر لعدم البينة مع إنكاره، وقدر على أخذ عين شئيه خفية فله أخذه، سواء علم غريمه بأخذه أو لم يعلم... وكذا غير عين شئيه ولو غير جنسه على ظاهر المذهب.. " شرح منح الجليل على مختصر خليل: 321 / 4.

(2) - قال أبو حامد الغزالي: " وأما الدين فإن كان على معترف مماطل أو منكر يمكن رفعه إلى القاضي فلا يجوز الإنفراد باستيفائه، إذ لا يتعين حقه من الدين إلا بتعيين من عليه أو بتعيين القاضي، فإن تعذر رفعه إلى القاضي لتعززه أو تواريه أو هربه، فإذا ظفر بجنس حقه فله أن يأخذه ويتملكه مستبداً فإن ظفر بغير جنس حقه ففي جواز الأخذ قولان... " الوسيط 7 / 399-400 النووي: روضة الطالبين 12 / 3-4.

(3) - قال ابن قدامة: " قال أبو الخطاب: ويتخرج لنا جواز الأخذ، فإن كان المقدور عليه من جنس حقه أخذ بقدره، وإن كان من غير جنسه، تحرى واجتهد في تقويمه " المغني 13 / 340.

(4) - قال ابن حزم: " ومن غصب آخر مالا أو خاتنه فيه، أو أقرضه، فمات به ولا بينة له أو له بينة فظفر للذي حقه قبله بماله أو انتمنه عليه سواء كان من نوع ماله عنده أو من غير نوعه... وفرض عليه أن يأخذه ويجتهد في معرفة ثمنه، فإذا عرف أقصاه باع منه بقدر حقه فإن كان في ذلك ضرر، فإن شاء باعه وإن شاء أخذه لنفسه حالاً، وسواء كان ما ظفر له به جارية أو عبداً أو عقاراً أو غير ذلك فإن وفى بماله قبله فذاك، وإن لم يف بقي حقه فيما لم ينتصف منه" المحلى 8 / 180.

حيث ذهبوا إلى أنه يجوز للدائن إذا ظفر بشيء من مال مدينه أن يأخذه ولو كان الذي ظفر به من غير جنسه .

### ثالثا/ محل الخلاف :

لعل سبب الخلاف بين الفقهاء يرجع إلى اعتبار أخذ الدائن من غير جنس مال مدينه حال الظفر به ضرورة تجيز له القيام بذلك ولو من غير رضاء المدين .

### ج / الأدلة :

أولا : أدلة أصحاب الرأي الأول .

استدل أصحاب الرأي الأول على عدم جواز أخذ الدائن حقه من مال مدينه بغير إذنه إذا كان الذي ظفر به من غير جنس حقه بأدلة من السنة على النحو التالي :

### أ / الدليل من السنة :

أ/ ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ﴿ أَدِ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ أَنْتَ مِنْهَا وَلَا تَخُنْ مِنْ خَانِكَ ﴾<sup>(1)</sup>.

إن أخذ الدائن من مال مدينه بغير علمه يعتبر خيانة له ، فلا يجوز<sup>(2)</sup> .

---

(1) - البيهقي : السنن الكبرى 10 / 271 كتاب العتق ح: 21092 .

أبي داود : السنن 3 / 290 كتاب الإجارة - باب في قبول الهدايا ح: 3535 .

الدارمي : السنن 3 / 343 كتاب البيوع - باب في أداء الأمانة واجتناب الخيانة ح: 2597

الترمذي : السنن 3 / 564 كتاب البيوع - باب ح: 1264 قال عنه الترمذي : حديث حسن غريب .

(2) - ابن قدامة : المغني 10 / 276 .

ب/ ماروى عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم: ﴿ لا يعل مال امرئ، مسلم إلا بطيبه نفسه ﴾ (1) .

فلا شك أن من أكل مال مسلم بغير طيبة نفسه أكل له بالباطل ومصرح به في عدة أحاديث، ومجمع عليه عند كافة المسلمين ومتوافق على معناه العقل والشرع (2) .

ومن ثم فلا يجوز للدائن أن يأخذ من مال مدينه دون رضاه .

ب/ الدليل من المعقول .

إن الدائن إذا أخذ من غير جنس حقه كان معاوضة بغير تراض (3) ومن ثم لا يتمكن من تملكه ، وليس له أخذه دون إذنه (4) .

ثانيا : أدلة أصحاب الرأي الثاني .

استدل أصحاب الرأي الثاني على أن للدائن أخذ حقه من مال مدينه إذا ظفر به سواء كان من جنس حقه أو من غير جنسه بما يلي :

أ / من الكتاب :

قال تعالى : ﴿ الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ أَخْتَدَى عَلَيْكُمْ فَانْحَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اخْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ ﴾ البقرة: 194 .

وقال تعالى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوْا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّابِرِينَ ﴾ النحل : 126 .

(1) - البيهقي : السنن 6 / 100 كتاب الغصب - باب من غصب لوحا فأدخله في سفينة ح: 11325 .

الدارقطني : السنن 3 / 26 كتاب البيوع - ح: 91 .

(2) - الشوكاني : نيل الأوطار 6 / 63

(3) - ابن قدامة : المغني 10 / 276 .

(4) - الشريبي : مغني المحتاج 4 / 462 .



وقال تعالى : ﴿وَلَمَنَ اتَّصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ الشورى : 41- 42 .

فهذه الآيات تدل على أن من ظفر بحقه من مال المدين سواء كان من نوع ماله عنده أو من غير نوعه ، كان عليه أن يأخذه .  
وأما من قسم فأباح أخذ ما وجد من نوع ماله فقط فمخالف لهذه الآثار ولغيرها (1) .

### ب / من السنة :

ماروى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : ﴿جاءت هند إلى النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت من ماله وهو لا يعلم فقال : خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف﴾ (2) .

### وجه الدلالة :

يدل الحديث على أن للدائن إن ظفر بمال مدينه أن يستوفي حقه منه ، سواء كان ما ظفر به من جنس حقه أو من غير جنس حقه ، حيث أطلق النبي ﷺ الحق في الأخذ مع أن حقوقها من مشط وكسوة وغير ذلك .  
فإذا جاز لها أن تأخذ من ماله ما يكفيها بغير إذنه جاز للرجل الذي له الحق على غيره أخذه بغير إذنه (3) .

(1) - ابن حزم : المحلى 8 / 182

(2) - البخاري : الصحيح 5/2054 كتاب النفقات - باب وعلى الوارث مثل ذلك ح : 5055

مسلم : الصحيح 3 / 1338 كتاب الأفضية - باب قضية هند ح : 1714 .

النسائي : السنن الكبرى 5 / 278 أبواب حقوق الزوج - باب أخذ المرأة نفقتها من مال زوجها بغير إذنه ح : 9191 .

ابن ماجة : السنن 2 / 769 كتاب الكفارات - باب مال المرأة من مال زوجها ح : 2293 .

(3) - ابن حزم : المحلى 8 / 180 ابن قدامة : المغني 10 / 276 .

## ج/ من المعقول :

إن امتناع المدين عن سداد دينه بغير عذر، وعدم قدرة الدائن على استيفاء حقه من طريق القضاء أو تمكنه من ذلك بمؤنة ومشقة وتضييع زمان يجعل الدائن مضطرا إلى أخذه حقه من مال مدينه متى ظفر بذلك (1) .

## د / الرأي المختار :

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم ، يتضح رجحان القول بجواز أخذ الدائن من مال غريمه إذا ظفر به ولو كان من غير جنس حقه؛ وهذا لقوله ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار» (2) .

إن امتناع المدين عن سداد دينه دون عذر إضرار بالدائن ، وتكليف الدائن برفع الدعوى أمام القضاء مع ما في ذلك من مشقة الانتظار ضرر آخر، خاصة إن كان الدائن مستعجلا وفي حاجة ماسة لهذا المال ، فإذا أمكن له استيفاء حقه من مال مدينه إن ظفر به سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لتيسر رفع الضرر عن الدائن والله أعلم .

(1) - الشريبي : مغني المحتاج 4 / 462

(2) - سبق تخريجه 37 - 38

## الفرع الثالث : الضرورة تقدر بقدرها .

### البند الأول : مفهوم القاعدة .

#### 1 - لغة :

يشمل لفظ القاعدة على مركب لفظي من : الضرورة ، تقدر ، بقدرها .  
قال ابن منظور : "الضَّرُورَةُ اسمٌ لمصدرِ الاضطرار ، تقول: حَمَأْتُني الضَّرُورَةَ على كذا وكذا" (1) .

وأما معنى بقدرها مشتقة من القدرة وعن ذلك قال ابن منظور: " والاقْتِدَارُ على الشيء: القُدْرَةُ عليه، والقُدْرَةُ مصدر قولك قَدَرْتِ على الشيء قُدْرَةً أي مَلَكَهُ، فهو قَادِرٌ وقَدِيرٌ، واقْتَدَرَ الشيءَ: جعله قَدْرًا " (2) .

قال زين الدين الرازي: " وَقَدَّرَ الشيءَ تَقْدِيرًا ، ويقال استَقْدَرِ اللهُ خيرا وتَقَدَّرَ له الشيء أي تهيأ ، والاقْتِدَارُ على الشيء القُدْرَةُ عليه، والقِدْرُ مؤنثة وتصغيرها قُدَيْرٌ بلا هاء على غير قياس " (3) .

#### 2 - اصطلاحاً :

ترتبط هذه القاعدة ارتباطاً وثيقاً بقاعدة " الضرورات تبيح المحضورات" فاعتبرت قيدياً لها .

وقد صاغ الفقهاء هذه القاعدة بتعبيرات مختلفة منها :

قال ابن العربي : " كل ما دعت إليه الضرورة من المحضورات فإنه ساقط الاعتبار حسب الحاجة ويقدر الضرورة " (4) .

(1) - لسان العرب : 4 / 484

(2) - المرجع السابق : 5 / 76

(3) - مختار الصحاح : 1 / 219

(4) - القبس شرح موطأ الإمام مالك 1 / 145

إذن مؤدى القاعدة أن : الضرورة يرخص منها القدر الذي تندفع به الضرورة فإذا اضطر الإنسان لمحذور ليس له أن يتوسع فيه ، إنما يقتصر على منها على ما تندفع به الضرورة (1) .

ومن ثم لو أن شخصا كان في حالة الهلاك من الجوع يحق له غضب ما يدفع جوعه من مال الغير لا أن يغتصب كل شيء وجده من مال الغير .  
وكذلك لو أحدث شخص نافذة تشرف على مكان اجتماع نساء الجيران، يؤمر بسد المقدار الذي يتضرر منه الجار لا أن يجبر على سد كل النافذة (2) .

### البند الثاني : أدلة القاعدة .

يستدل لهذه القاعدة بأدلة من الكتاب منها :

قوله ﷺ : ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَكُلَّمَا الْخَنزِيرِ وَمَا أَهَلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ بِغَيْرِ بَاغٍ وَلَا عَمَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ خَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾  
البقرة : 173

وقوله ﷺ : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَكُلُّ الْخَنزِيرِ وَمَا أَهَلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّبَةُ وَالنَّطِيطَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصَبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَنْسَى الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمِهِ فَإِنَّ اللَّهَ خَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ المائدة : 3 .

وقوله ﷺ : ﴿ وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُررْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ ﴾ الأنعام : 119 .

(1) - أحمد الزرقا : شرح القواعد الفقهية 212

(2) - علي حيدر : شرح مجلة الأحكام العدلية 34

علقت الإباحة بوجود الضرورة التي هي خوف الضرر بترك الأكل إما على نفسه أو على عضو من أعضائه، فمتى أكل بمقدار ما يزول عنه الخوف من الضرر في الحال فقد زالت الضرورة، ولا اعتبار في ذلك بسد الجوع؛ لأن الجوع في الابتداء لا يبيح أكل الميتة إذا لم يخف ضررا بتركه .

في قوله **﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ خَيْرَ بَأْسٍ وَلَا مَحَادٍ ﴾** المراد منه غير باغ ولا عاد في الأكل، وغير متجاوز حد الضرورة إلى حد الاختيار؛ لأن ذلك محظورا في الميتة وغيرها من المباحات، فوجب أن يكون المراد : غير باغ في الأكل منها مقدار الشبع فيكون البغي والتعدي واقعين في أكله منها مقدار الشبع حتى يكون لاختصاصه الميتة بهذا الوصف (1) .

ومن ثم فالآيات تبين أن الجائز في حال الضرورة هو مقدار ما يدفع به الضرر والإباحة ضرورة وهي تقدر بقدرها .

---

(1) - الجصاص: أحكام القرآن 160/1-161 - ابن العربي : أحكام القرآن 1 / 152

## البند الثالث : نماذج من تطبيقات القاعدة .

أولا : مدى مشروعية حبس المدين .

أ/ تعريف الحبس :

1- لغة :

قال ابن الأثير : " ويقال حبست أحبس حبسا وأحبست أحبس إحباسا أي وقفت والاسم الحبس بالضم " (1) .

قال ابن منظور : " حبس حبسه يحبسه حبسا فهو محبوس وحبيس واحتبسه وحبسه أمسكه عن وجهه، والحبس ضد التخلية واحتبسه... والحبسة بالضم الاسم من الاحتباس يقال الصمت حبسة... وقيل احتباسك إياه اختصاصك نفسك به تقول احتبست الشيء إذا اختصاصته لنفسك خاصة " (2) .

قال زين الدين الرازي : " حبس الحبس ضد التخلية ، وبابه ضرب واحتبسه بمعنى حبسه واحتبس أيضا بنفسه يتعدى ويلزم، وتحبس على كذا حبس نفسه عليه " (3) .

قال الفيروزآبادي : " الحبس المنع كالمحبس كمقعد حبسه يحبسه " (4) .

2- اصطلاحا :

من خلال اطلاعي لمؤلفات بعض الفقهاء لم أجد في حدود علمي من عرف حبس المدين تعريفا اصطلاحيا ، ويتضح هذا من خلال تعريفهم للحبس

(1) - النهاية في غريب الأثر : حرف الحاء : 1 / 328

(2) - لسان العرب : حرف الحاء : مادة حبس 6 / 44

(3) - مختار الصحاح : باب الحاء 1 / 51

(4) - القاموس المحيط: فصل الحاء 1 / 691

حسب المعنى اللغوي ومنه فيمكن تعريف حبس المدين بأنه : " حجز شخص ومنعه من التصرف مدة من الزمن عقابا له على جرم ارتكبه " .

## ثانيا / مدى مشروعية حبس المدين:

اختلف الفقهاء في مسائل ثلاث في شأن المدين الذي لم يستطع سداد ما عليه من دين ، فنظروا في حاله وفرقوا بين أحوال ثلاث : مدين موسر، مدين معسر مدين مجهول الحال .

فأما المدين الموسر والمعسر فقد اختلفوا في جواز حبسهما على قولين وأما المدين المجهول الحال فسأعرض له بالدراسة لما له من علاقة بالقاعدة.

## أ / مدى جواز حبس المدين مجهول

### الحال.

إذا كان المدين مجهول الحال غير معلوم يساره من إعساره ، فقد اتفق الفقهاء في هذه الحالة على أن المدين يحبس حتى يتضح أمره ، فإن كان معسرا وجب على القاضي إخلاء سبيله ولا مبرر حين ذاك باستمرار حبسه بل ينظره إلى ميسرة .(1)

---

(1) - قال الشافعي : " ... ولا غاية لحبسه أكثر من الكشف عنه فمتى استقر عند الحاكم

ما وصفت لم يكن له حبسه ... " الأم 212/3 - 213

قال ابن حزم : " فإن لم يوجد له مال ، فإن كانت الحقوق من بيع أو قرض ألزم الغرم وسجن حتى يثبت عدم... " المحلى 172 / 8

قال الكاساني: " ... وإن اشتبه على القاضي حاله في يساره وإعساره ولم يحم عنه حجة على أحدهما ، وطلب الغرماء حبسه فإنه يحبسه ؛ ليتعرف عن حاله أنه فقير أم غني، فإن علم أنه غني حبسه إلى أن يقضي الدين لأنه ظهر ظلمه بالتأخير وإن علم أنه فقير خلى سبيله لأنه ظهر أنه لا يستوجب الحبس فيطلقه ... " بدائع الصنائع 173/ 7

قال ابن قدامة : " ... ومتى ثبت إعساره عند الحاكم لم يكن لأحد مطالبته وملازمته ..."

المغني 290 / 4

وقد بين فقهاء المالكية أن حبس المدين مجهول الحال يكون على أوجه منها ما كان على حال التلوم والاختبار، ويكون بقدر ما يستبرأ أمره ويكشف واشتروا لذلك أن يعطي حميلاً بالوجه بمعنى أن يلتزم بإحضاره في الوقت المحدد أو يسدد عنه دينه في الميعاد المقرر لذلك (1).

## ب / الأدلة :

استدل الفقهاء على حبس المدين مجهول الحال حتى يتبين أمره ، فإن ظهر عسره وجب تخليته .

### 1- من الكتاب العزيز :

استدل الفقهاء على وجوب تخلية سبيل المدين إذا تبين أنه معسر لا مال له لقوله ﷺ : « وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ » البقرة : 280 .

## وجه الدلالة :

فإن ثبت عند القاضي أن المدين لا يملك ما لا خلى سبيله بعد مضي المدة ؛ لأنه استحق النظرة إلى الميسرة بدلالة الآية ، ويكون حبسه بعد ذلك ظلماً (2).

---

قال القرافي : " ... ويحبس من أشكل أمره في العسر واليسر؛ اختباراً لحاله فإذا ظهر حاله حكم بموجبه عسراً ويسراً " الفروق : 4 / 97

قال المرادوي : " ... إذا حبس فليس للحاكم إخراجه حتى يتبين له أمره أو يبرئه غريمه أو يرضى بإخراجه ، فإذا تبين أمره لم يسع الحاكم حبسه ، ولو لم يرض غريمه ؛ لأنه ظلم محض... " الإنصاف 5 / 275 - 276

قال ابن نجيم : " ... يسأل القاضي عن المحبوس بعد حبسه بقدر ما يراه من جيرانه ، فإن قامت بينة على إفساره أطلقه ... " البحر الرائق 6 / 311

(1) - المواق : التاج والإكليل 5 / 47 - الخرشي : حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل 5 / 276

(2) - الزيلعي : تبیین الحقائق 4 / 181 - ابن نجيم : البحر الرائق 6 / 312



## 2- من السنة :

استدل الفقهاء من السنة على عدم جواز حبس المدين المعسر .  
عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال : ﴿ لي الواجد ظلم يعمل  
معرضه ومحقوبته ﴾ (1) .

## وجه الدلالة :

هذا الحديث يدل بمفهومه أن مطل غير الواجد لا تحل عقوبته أي حبسه ، قال  
الخطابي : في الحديث دليل على أن المعسر لا حبس عليه فهو أباح حبسه إذا كان  
واجدًا والمعدم غير واجد فلا حبس عليه (2) .

## 3- الرأي المختار :

إذا تبين أن حبس المدين المعسر غير جائز، وهو ما تضافرت عليه الأدلة  
من الكتاب والسنة ، فإن الضرورة قد تقتضي حبسه إذا كان في حال الإعسار غير  
معلوما لدى القاضي ، فحينئذ يحبسه القاضي مدة حتى يظهر أمره .  
فإذا تبين حاله للقاضي أنه معسر وجب عليه أن يخلي سبيله ، ويمهل حتى  
يمن الله عليه باليسر، وهذا كله تطبيقا لقاعدة الضرورة تقدر بقدرها أي أن الحبس  
يكون بقدر معرفة الحال ولا يتجاوز ذلك .

---

المرغيباني: الهداية شرح البداية 3 / 105 - مالك بن أنس : المدونة الكبرى 13 / 204 النووي

: روضة الطالبين 4 / 136

(1) - سبق تخريجه 36 .

(2) - شرف الحق العظيم آبادي : عون المعبود شرح سنن أبي داود 10 / 41- الصنعاني:

سبل السلام شرح بلوغ المرام 3 / 55.

### ثالثا / تطبيقات أخرى للقاعدة :

من تطبيقات القاعدة أنه يباح للمضطر لأكل مال الغير أن يقتصر على ما تدفع به الضرورة بلا إثم فقط ، ولا تنفي عنه الضمان .  
ومن ذلك من أكره على اليمين الكاذبة أنه يباح له الإقدام على التلفظ مع وجوب التورية والتعريض (1) .

---

(1) - أحمد الزرقا : شرح القواعد الفقهية 188.

## الفرع الرابع : الضرر لا يزال بمثله .

أولاً : مفهوم القاعدة.

التعريف اللغوي :

قال ابن الأثير : " الضَّرُّ ضدُّ النِّفَعِ ضَرَّهُ يَضُرُّه ضَرًّا وَضَرَارٌ ، وَأَضَرَ بِهِ يُضِرُّ إِضْرَارًا فَمَعْنَى قَوْلِهِ لَا ضَرَرَ أَي لَا يَضُرُّ الرَّجُلُ فَيَنْقُصَهُ الرَّجُلُ أَخَاهُ فَيَنْقُصَهُ شَيْئًا مِنْ حَقِّهِ " (1).

قال ابن منظور : " الضَّرُّ هُوَ الضِّيْقُ " (2) .

قال زين الدين الرازي: " الضَّرُّ ضدُّ النِّفَعِ وَبَابُهُ رَدٌّ وَضَرَّاهُ بِالتَّشْدِيدِ بِمَعْنَى ضَرَّاهُ وَالاسْمُ الضَّرَرُ وَضَرَّةُ الْمَرْأَةِ امْرَأَةٌ زَوْجَهَا ، وَالبَّاسَاءُ وَالبَّسَاءُ الشَّدَّةُ وَهُمَا اسْمَانِ مَوْثِقَانِ مِنْ غَيْرِ تَنْكِيرٍ ، وَالبَّسَاءُ بِالصَّمِّ الْهَزَالُ وَسُوءُ الْحَالِ وَالمَضَرَّةُ خِلافُ المَنْفَعَةِ " (3).

وأما لفظ يزال فقال عنه ابن منظور: " وَلَا يَزَالُ الفِعْلُ مِنْ زَالٍ يَزُولُ إِذَا انصَرَفَ مِنْ حَالٍ إِلَى حَالٍ وَزَالٌ مِنْ مَكَانِهِ وَلَكِنَّهُ يَرَادُ بِهِمَا مُلَازِمَةُ الشَّيْءِ وَالحَالُ الدَّائِمَةُ " (4).

وعن لفظ "مثله" قال زين الدين الرازي: " مِثْلٌ مِثْلٌ كَلِمَةٌ تَسْوِيَةٌ يَقَالُ هَذَا مِثْلُهُ وَمِثْلُهُ كَمَا يَقَالُ شِبْهُهُ وَشَبَّهَهُ وَالمِثْلُ مَا يَضْرِبُ بِهِ مِنَ الأَمْثَالِ وَمِثْلُ الشَّيْءِ أَيضًا بِفَتْحَتَيْنِ صِفَتُهُ " (5).

(1) - النهاية في غريب الحديث : 3 / 81

(2) - لسان العرب : مادة : ضرر 4 / 486

(3) - مختار الصحاح 1 / 159

(4) - لسان العرب : مادة : زيل 11 / 317

(5) - مختار الصحاح : مادة مثل 1 / 256

## التعريف الاصطلاحي :

قال الشاطبي: " إذا تعارض الضرران فالمرتكب أخفهما وأسهلها وبعض الشر أهون من جميعه كقطع اليد المتأكلة إتلافها أسهل من إتلاف النفس"(1).  
ذكر السيوطي مفهوم القاعدة فقال : " الضرر يزال ولكن لا بضرر فشأنهما شأن الأخص مع الأعم بل هما سواء لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق الضرر يزال" (2).

ومنه فتعرف القاعدة: بأن إزالة الضرر لا تكون بضرر مساو أو أشد .  
و المعنى أن الشارع الحكيم قد أمر برفع الضرر وإزالته وهذا ليس على إطلاقه بل قيد بأن لا يترتب عليه ضرر مثله أو أكثر منه ، فالضرر إذا ترتب عنه ضرر دونه فيتحمل، أما إذا كان أعظم منه أو كان الضرر لا يتيسر رفعه إلا بإدخال ضرر على الغير بمثله ، ولا يمكن جبره فإنه يترك على حاله .  
ولذا فإن هذه القاعدة تخصيص للقاعدة العامة فالسعي لرفع الضرر وإزالته بمثله عبث ، فالمشروع إزالته بلا ضرر أصلا أو بضرر أخف منه .  
ومن الجدير بالذكر أن كثير من الفقهاء لم يراعوا قيد المثلية في كثير من الأحيان فعبروا عن القاعدة بقولهم " الضرر لا يزال بالضرر" ولاشك أن عدم تقييدها يجعلها موهمة غامضة (3).

## ثانيا / أدلة القاعدة :

يستدل لهذه القاعدة بالحديث الأصل وهو :

- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا ضرر ولا ضرار » (1) .

(1) - الاعتصام 4 / 229

(2) - الأشباه والنظائر 1 / 86

(3) - الندوي : موسوعة القواعد والضوابط الفقهية 1 / 71 - 72 - أحمد الزرقا : شرح القواعد الفقهية 196 - إسماعيل محمد علوان : القواعد الفقهية الخمس الكبرى والقواعد المندرجة تحتها دراسة من مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية 376 .

وقد دل الحديث على تحريم الضرر؛ لأنه إذا نفى ذاته دل على النهي عنه والنهي لطلب الكف عن الفعل، ففيل الضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع أنت به والضرار أن تضره من غير أن تنتفع وقيل هما بمعنى وتكرارهما للتأكيد .

فتحريم الضرر معلوم عقلا وشرعا إلا ما دل الشرع على إباحته رعاية للمصلحة التي تربو على المفسدة مثل إقامة الحدود ونحوها ، وذلك معلوم في تفاصيل الشريعة على نفي الضرر والضرار (2) .

ومن ثم فإن رفع الضرر عن المكلف مقصد من مقاصد الشريعة ، دلت عليه أدلة كثيرة ، ولكنه مقيد بأن لا يلحق ضررا بمكلف آخر ؛ لأنه لو فعل ذلك لتكرر الضرر ولما حصل المقصود من دفع الضرر (3) .

---

(1) - سبق تخريجه 37-38

(2) - الصنعاني : سبل السلام شرح بلوغ المرام 3 / 84

(3) - إسماعيل علوان : القواعد الفقهية الخمس الكبرى والقواعد المندرجة

تحتها ، جمع ودراسة من مجموع فتاوى ابن تيمية 385

## ثالثا : نماذج من تطبيقات القاعدة.

أ / مدى مشروعية إجبار صاحب السفلى على عمارة السقف المشترك .

أولا- مفهوم السفلى :

1 / لغة :

قال ابن منظور : " السفلى السفول السفال السفالة بالضم نقيض العلو والعلو والعلاء والعلوة السفلى نقيض العليا، السفلى نقيض العلو في التسفل والتعلي السفالة نقيض العالية في الرمح والنهر وغيره ، السافل نقيض العالي السفلة نقيض العلية" (1) .

قال الفيروزآبادي : " السفلى والسفول والسفالة بضمهم والسفل والسفلة بكسرهما والسفال بالفتح نقيض العلو" (2) .

2 / اصطلاحا :

عرف بعض الفقهاء السفلى بأنه ما نزل عن غيره ليشمل الأوسط بالنسبة لما فوقه غير الملاصق (3) .

### ثانيا / صورة المسألة :

إذا اشتملت دار على طابقين أو أكثر، وكان علوها لواحد وسفلها لآخر فانهدمت فطلب صاحب العلو من صاحب السفلى أن يعيد سفله ليبنى عليه ، فامتنع أيحبر على البناء أم لا ؟ .

(1) - لسان العرب : مادة سفلى 11 / 337

(2) - القاموس المحيط : فصل السين 1 / 312

(3) - النفرواني : الفواكه الدواني 2 / 235

## ثالثا / مدى جواز إجبار صاحب السفلى على العمارة .

### 1/ الرأي الأول :

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه لا يجوز لصاحب العلو أن يجبر صاحب السفلى على عمارة لسقف المشترك .

وممن ذهب إلى هذا الحنفية<sup>(1)</sup>، والشافعية في القول المتأخر<sup>(2)</sup> الحنابلة في رواية<sup>(3)</sup>.

### 2/ الرأي الثاني :

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه يجوز لصاحب العلو أن يجبر صاحب السفلى على عمارة السقف المشترك .

---

(1) - قال السرخسي : " وإذا كان السفلى لرجل والعلو لآخر فانهدم لم يجبر صاحب السفلى على بناء السفلى ؛ لأنه ملكه ، ولا يجبر صاحب الملك على بناء ملكه ، فله حق التدبير في ملك نفسه كإنشاء بيع أو بناء " المبسوط 92 / 17 - السمرقندي : تحفة الفقهاء 191 / 3

(2) - قال الشيرازي : " وهل لصاحب العلو إجبار صاحب السفلى على البناء فيه قولان ... " المهذب 1 / 377 - وقال الشرييني : " فلو كان علو الدار لواحد وسفلها لآخر وانهدمت فليس للأول إجبار الثاني على إعادة السفلى ... " مغني المحتاج 2 / 190

(3) - قال أبو محمد المقدسي : " ... وإن كان السفلى لأحدهما والعلو للآخر فانهدم السقف الذي بينهما ، فالحكم فيه كالحائط المشترك سواء ؛ لأنه ينفعهما ، فهو كالحائط بينهما ، وأيهما هدم الحائط أو السقف فعليه إعادته إلا أن يخاف سقوطه ، ويجب هدمه فيصير كالمهدم بنفسه وإن انهدمت حيطان صاحب السفلى لم يملك صاحبه إجبار صاحب العلو ... " الكافي في فقه ابن حنبل 2 / 216 - ابن قدامة : المغني 4 / 331

وممن ذهب إلى هذا المالكية<sup>(1)</sup> والشافعية في القديم<sup>(2)</sup> والحنابلة في رواية<sup>(3)</sup> .

### 3 / سبب الخلاف :

لعل الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة يرجع لسبب رئيسي وهو التعارض بين الضرر الذي يقع على صاحب السفل من إجباره على عمارة السقف ، وبين الضرر الواقع على صاحب العلو في تحمل عبء ترميم السقف والبناء عليه إذا لم يلزم صاحب السفل بذلك .

### 4 / الأدلة .

#### أ / أدلة أصحاب الرأي الأول :

استدل أصحاب الرأي الأول إلى ما ذهبوا إليه من عدم جواز إجبار صاحب السفل على العمارة بأدلة من السنة والمعقول :

---

(1) - قال مالك : " ... وكذلك أن انكسرت خشبة من سقف هذا البيت وفوقها غرف كان على رب البيت السفلى إصلاح هذه الخشبة ... ويجبر على أن يصلحها لأن فوقها غرفة " المدونة الكبرى 14 / 522

قال ابن عبد البر : " وإذا كان لرجل سفلى وآخر علو فانهدما فعلى صاحب السفلى بناؤه وتسقيفه يجبر على ذلك إن امتنع منه ... " الكافي 1 / 495 الدردير : الشرح الكبير 2 / 1137 - النفراوي : الفواكه الدواني 2 / 235 ابن جزري : القوانين الفقهية 359

(2) - قال الشيرازي : " وهل لصاحب العلو إجبار صاحب السفلى على البناء فيه قولان ، فإن قلنا يجبر ألزمه الحاكم ، فإن لم يفعل وله مال باع الحاكم عليه ماله ، وأنفق عليه ، وإن لم يكن له مال اقترض عليه .. " المهذب 1 / 337 - الشيرازي : التنبيه 1 / 104

(3) - قال ابن قدامة : " ... إذا كان بينهما حائط مشترك فانهدم فطلب أحدهما إعادته وأبى الآخر فهل يجبر الممتنع على إعادته ، قال القاضي : فيه روايتان ، إحداهما : - يجبر نقلها ابن القاسم وحرب وسندي قال القاضي : هي أصح ، وقال ابن عقيل : وعلى ذلك أصحابنا ... "

المغني 4 / 329



## 1 / الدليل من السنة :

ما رواه أنس بن مالك رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم : ﴿ لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبه نفسه ﴾ (1) .

### وجه الدلالة :

يدل هذا الحديث على أنه ليس لصاحب العلو إجبار صاحب السفلى على العمارة إذ أن مال رب السفلى معصوم بعصمة الإسلام، فلا يحل إلا بشرع يخصص هذه العصمة الثابتة بأدلة الكتاب والسنة ، لا سيما وأن هذا الإجبار واستهلاك المال لغرض يعود على الغير ونفع لا ينتفع به المالك (2) .

## 2 / الدليل من المعقول :

استدل أصحاب هذا الرأي من المعقول بما يلي :  
لا يجبر صاحب السفلى على بناء السقف المشترك لاختصاصه بملكه ؛ لأن ذلك إنفاق على ملك لو انفرد لم يجبر عليه ، كما لو أن بينهما أرضاً مشتركة فدعا أحدهما الآخر إلى البناء فامتنع الآخر فإنه لا يجبر (3) .

## ب / أدلة أصحاب الرأي الثاني :

استدل أصحاب هذا الرأي على أن لصاحب العلو أن يجبر صاحب السفلى على عمارة السقف المشترك بأدلة من السنة والمعقول :

## 1 / الدليل من السنة :

ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾ (4) .  
وجه الدلالة :

(1) - سبق تخريجه 67

(2) - الشوكاني : السيل الجرار 3 / 249

(3) - ابن قدامة : المغني 4 / 331

(4) - سبق تخريجه 37 - 38

يستدل بالحديث على جواز إجبار صاحب السفلى ، من جهة أنه ليس لصاحب السفلى أن يحدث على صاحب العلو ما يضر به ، وأنه إن أحدث عليه ضرراً لزمه إصلاحه ، كما أن ترك بنائه إضراراً ، فيجبر عليه كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما ، وعلى النقص إذا خيف سقوطه عليهما فهو وشريكه يتضرران في ترك بنائه (1) .

## 2/ الدليل من المعقول :

إن الأسفل أرض للأعلى ولذا يلزم صاحب السفلى سقفه ؛ فهو قد باع الأعلى موضوعاً على الأسفل أو باعه هواء على ظهر الأسفل ، فلا يمكن لبنيان في الهواء إلا بعد بناء الأسفل ، ولهذا إذا تنازع صاحب السفلى مع صاحب العلو في السقف فإنه يقضي به لصاحب السفلى (2) .

## 3/ الرأي المختار .

بعد بيان آراء الفقهاء يتبين أن ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من عدم إلزام صاحب السفلى على عمارة السقف المشترك هو الأقرب للصواب ، وذلك تطبيقاً لقاعدة الضرر لا يزال بمثله ، فتكليف صاحب السفلى بالعمارة ضرر يضاف إلى الضرر الذي حل بصاحب العلو ، فهو قد لجأ لإجبار صاحب السفلى بالعمارة ولكنه تضرر ، ولا يرفع الضرر الذي حل به بإحداث ضرر بالغير والله أعلم .

## رابعاً / تطبيقات أخرى للقاعدة :

ومن أمثلة تطبيقات القاعدة :

- إذا امتلك أشخاص دار صغيرة ، وأراد أحدهم أن يقسمها وهي لا تصلح للقسمة لصغرها ، فنقسيمها يؤدي للضرر ، كما أن سكنهم فيها تؤدي إلى ضرر آخر ، فلا يزال الضرر بالضرر ، إذا كان المزيل يفوت الانتفاع بها ولكن يحكم

(1) - ابن قدامة : المغني 4 / 329 - 330 - ابن حجر : فتح الباري بشرح صحيح البخاري

349 / 5 .

(2) - النفراوي : الفواكه الدواني 2 / 235

ببيعها لأحدهم أو لغيرهم أن أبوا ذلك، ويأخذ كل واحد منهم نصيبهم مع أن بيعها للجار أولى من غيره (1) .

كذلك لا يجوز لإنسان محتاج إلى دفع الهلاك عن نفسه جوعا ، أن يأخذ مال محتاج مثله .

ولا يجوز لمن أكره بالقتل أن يقتل شخصا معصوم الدم مثله ؛ لأن هذا إزالة ضرر بضرر مثله .

إذا ظهر بالمبيع عيب قديم وحدث عند المشتري عيب جديد امتنع الرد بخيار العيب لتضرر البائع بالعيب الحادث إلا أن يرضى ولكن يعود المشتري على البائع بالنقصان (2) .

إذا امتنع الراهن عن الإنفاق على العين المرهونة، فالأصل أنه لا يجبر على الإنفاق؛ لأن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على ملكه، ولكن لما تعلق حق المرتهن بها وحبست عينها وجب الإنفاق عليها حتى تبقى العين، فيأذن الحاكم للمرتهن بالإنفاق ليكون ما ينفقه ديناً على الراهن .

وكذا لو تعسرت ولادة المرأة والولد حي يضطرب في بطنها وخيف على الأم فإنه يمتنع من تقطيع الولد لإخراجه فموت الأم به أمر موهوم (3) .

---

(1) - محمد بكر إسماعيل : القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه 100

(2) - البورنو : موسوعة القواعد الفقهية 6 / 257

(3) - أحمد الزرقا : شرح القواعد الفقهية 195 - 196

## الفرع الخامس : يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام .

أولا / مفهوم القاعدة :

التعريف اللغوي:

يتحمل أصلها من حمل قال زين الدين الرازي: "تحاملَ عليه مال وتحامل على نفسه تكلف الشيء على مشقة" (1) .

الضرر الخاص فباعباره مركبا إضافيا يمكن أن نعرف الضرر لوحده (2) وكلمة الخاص لوحدها.

وأما الخاص فعرفه الجرجاني فقال : " الخاص كل لفظ وضع لمعنى معلوم على الانفراد والمراد بالمعنى ما وضع له اللفظان عينا كان أو عرضا وبالانفراد اختصاص اللفظ بذلك المعنى وإنما قيد بالإنفراد لتمييز عن المشترك " (3).

وقال القاضي زكريا: " الخاص لفظ يختص ببعض الأفراد الصالحة له " (4) .

وعرف الجرجاني العام فقال : " العام كون اللفظ موضوعا بالوضع الواحد لكثير غير محصور مستغرق جميع ما يصلح له " (5) .

التعريف الاصطلاحي :

قال شهاب الدين الحسيني الحموي مبينا معنى القاعدة : " وإذا أزيل الضرر بتحمل ضرر الخاص لم يزل بمثله ؛ لأن الخاص ليس مثل العام " (6) .

والمعنى أن لا تتناقض بين هذه القاعدة وقاعدة الضرر لايزال بمثله .

(1) - مختار الصحاح :مادة حمل 1 / 56

(2) - أنظر ص 1 و 2 من المذكرة .

(3) - التعريفات : 1 / 305

(4) - الحدود الأنثوية : 1 / 82

(5) - التعريفات : 1 / 188

(6) - غمز عيون البصائر: 1 / 290

تدل هذه القاعدة على أن أحد الضررين إذا كان لا يماثل الآخر، فإن الأعلى يزال بالأدنى وعدم المماثلة بين الضررين يكون إما لخصوص أحدهما وعموم الآخر وهو ما دلت عليه القاعدة أو لعظم أحدهما على الآخر وشدته في نفسه ، وهو ما تدل عليه قاعدة " تحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد " (1) .

وبالتالي فالضرر الذي يمس مصلحة من المصالح الاجتماعية هو أولى بالنفي والإزالة ، ولهذا نجد التشريع الإسلامي حريصا على هذا الجانب المشار إليه (2) . وعلى هذا نجد أن هذه القاعدة مقيدة لقاعدة " الضرر لا يزال بمثله " أي لا يزال الضرر بالضرر، ولكن إذا كان أحدهما عاما والآخر خاصا ، فحينذاك يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام (3) .

## ثانيا / أدلة القاعدة :

يستدل للقاعدة بأدلة من السنة النبوية منها :

- ماروي عن عبد الرحمن بن كعب ، قال : كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ، ولم يكن يمسك شيئا ، فلم يزال يدان حتى أغرق ماله في الدين ، فكلم النبي ﷺ فزماه ، فلم تركوا أحدا من أجل أحد لتركوا معاذ من أجل رسول ﷺ فباع لهم رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء (4) .

(1) - أحمد الزرقا : شرح القواعد الفقهية 197

(2) - علي أحمد الندوي : موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية 77

(3) - علي أحمد الندوي : المرجع السابق 76

(4) - البيهقي : السنن 6 / 48 كتاب التفليس - باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه

ح : 11042

عبد الرزاق : المصنف 8 / 268- كتاب البيوع - باب المفلس والمحجور عليه ح : 15177  
الحاكم : المستدرک 3 / 306- كتاب معرفة الصحابة - ذكر مناقب أحد الفقهاء الستة من الصحابة معاذ بن جبل ح : 5192 .

## وجه الدلالة :

وقد استدل بحجره ﷺ على معاذ على أنه يجوز الحجر على كل مدين ، وعلى هذا يجوز للحاكم بيع مال المدين لقضاء دينه من غير فرق بين من كان ماله مستغرقا بالدين ومن لم يكن ماله كذلك .<sup>(1)</sup> ولو أن الحجر على المدين يترتب عليه ضرر لكان غير معتبر في مقابل ضرر اللاحق بالدائن .

---

(1) - الشوكاني : نيل الأوطار 5 / 366 - ابن حجر : فتح الباري 5 / 66

## ثالثا / نماذج من تطبيقات القاعدة

### أ / دفع الأضرار الناشئة عن الاحتكار.

1- تعريف الاحتكار:

أولا/ لغة :

قال ابن الأثير: " حكر من احتكر طعاما فهو كذا أي اشتراه وحبسه ليقل فيغلو والحكر والحكرة الاسم منه(1).

قال ابن منظور : " الحَكْرُ: إِدْخَارُ الطَّعَامِ لِلتَّرْبُصِ، وَصَاحِبُهُ مُحْتَكِرٌ

قال ابن سيده: الاحتكار جمع الطعام ونحوه مما يؤكل واحتباسه انتظار وقت الغلاء به والحكر والحكر جميعاً: ما احتكر... وحكرة يحكره حكراً: ظلمه وتقصه وأساء معاشرته... ويقال: فلان يحكر فلاناً إذا أدخل عليه مشقة ومضرة في معاشرته ومعايشته والنعت حكر" (2).

قال الفيروزآبادي : " احتكر أي احتبس انتظاراً لغلائه كالحكر كرصده وفاعله حكر واللجاجة والاستبداد بالشيء حكر كفرح فهو حكر، والماء المجتمع والتحكر الاحتكار" (3).

### ثانيا / اصطلاحاً :

عرف فقهاء المالكية الاحتكار بتعريفات متقاربة :

فقال شهاب الدين النفراوي : "هو أن ينتظر بالبيع الربح ويرصد الأسواق" (4).

وعلى هذا يمكن تعريف الاحتكار بأنه : حبس السلع عن البيع قصد زيادة سعرها في السوق .

(1) - النهاية في غريب الأثر: 417/1

(2) - ابن منظور: لسان العرب 4 / 208

(3) - القاموس المحيط 1 / 484

(4) - النفراوي : الفواكه الدواني 1 / 331- ابن جزي : القوانين الفقهية 126

## 2- حكم الاحتكار:

اختلف الفقهاء في حكم الاحتكار على رأيين :

### أ / الرأي الأول :

يرى الحنفية<sup>(1)</sup> والشافعية في وجهه<sup>(2)</sup> إلى أن الاحتكار مكروه .

### ب / الرأي الثاني :

ذهب المالكية<sup>(3)</sup> والشافعية في الأصح<sup>(4)</sup>، والحنابلة<sup>(5)</sup> والظاهرية<sup>(6)</sup> إلى أن الاحتكار حرام .

---

(1) - قال الكاساني: " ... ويكره الاحتكار... " الكاساني 5 / 129 وقال المرغياني :  
" ... ويكره الاحتكار في أقوات الأدميين والبهائم إذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار بأهله.."  
الهداية شرح البداية 4 / 92

(2) - قال الشيرازي مبينا حكم الاحتكار: " ... ومن أصحابنا من قال يكره ولا يحرم وليس بشيء ... " المهذب 1 / 292

(3) - قال ابن عبد البر : " ... وقد قال مالك لا يجوز احتكار الطعام في سواحل المسلمين لأن ذلك يضر بهم ويزيد في غلاء سعرهم ومن أضر بالناس حيل بينه وبين ذلك ... " الاستدذكار 8 / 373 - وقال في موضع آخر : " ... ولا يجوز احتكار ما يضر بالمسلمين في أسواقهم من الطعام والأدام... " الكافي لابن عبد البر 1 / 360

(4) - قال الشيرازي في كلامه عن الاحتكار: " ... فدل على أنه حرام ... " المهذب 1 / 262

(5) - قال ابن قدامة : " ... والاحتكار حرام ... " المغني 4 / 153  
قال ابن مفلح : " ... ويحرم الاحتكار في المنصوص في قوت آدمي وعنه وما يأكله الناس وعنه أو يضرهم ادخاره بشرائه في ضيق ... " الفروع 4 / 38

(6) - قال ابن حزم : " ... والحكرة المضرة بالناس حرام سواء في الابتاع أو في إمساك ما ابتاع ويمنع من ذلك " المحلى 9 / 64



3- الأدلة :

أ/ أدلة أصحاب الرأي الأول :

استدل أصحاب الرأي الأول على كراهة الاحتكار بالسنة :

1- من السنة : ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :  
" الجالب مرزوق والمحتكر ملعون " (1) .

وجه الدلالة :

احتج بهذا الحديث من قال بكراهة الاحتكار لأنه تعلق به حق العامة ، وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم وتضييع الأمر عليهم ، فيكره إذا كان يضر بهم بأن كانت البلدة صغيرة (2) .

ب/ أدلة أصحاب الرأي الثاني :

استدل أصحاب هذا الرأي على أن الاحتكار حرام بأدلة من السنة  
ومن المعقول:

1- من السنة :

ما روي عن معمر بن عبد الله رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول :  
" لا يحتكر إلا خاطئ " (3) .

---

(1) - ابن ماجه : السنن 2 / 728 كتاب الإجازات - باب الحكرة والجلب ح : 2153

الدارمي : السنن 2 / 324 كتاب البيوع - باب النهي في الاحتكار ح : 2544

البيهقي : السنن 6 / 30 كتاب البيوع - باب من سلف في شيء فلا يصرفه في غيره ولا يبيعه  
حتى يقبضه ح : 10934

(2) - المرغيباني : الهداية شرح البداية 4 / 92

(3) - الحاكم : المستدرک على الصحيحين 2 / 14 كتاب البيوع ح : 2163

عبد الرزاق : مصنف عبد الرزاق 8 / 203 كتاب البيوع - باب الحكرة ح : 14889

ماروي عن معقل بن يسار رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : " من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقا على الله أن يقذفه في معظم من النار يوم القيامة " (1) .

## وجه الدلالة :

إن التصريح بأن المحتكر خاطئ كاف في إفادة عدم الجواز؛ لأن الخاطئ المذنب العاصي وهو اسم فاعل من خطئ بكسر العين وهمز اللام، خطأ بفتح العين وبكسر الفاء وسكون العين إذا أثم في فعله .  
وعليه فظاهر أحاديث الباب تدل على أن الاحتكار محرم من غير فرق بين قوت الآدمي والدواب وبين غيره (2).

## 2- من المعقول :

يعتبر الاحتكار من باب الظلم لأن ما بيع في المصر قد تعلق به حق العامة فإذا امتنع المشتري عن بيعه عند شدة حاجتهم إليه فقد منعهم حقهم، ومنع الحق عن المستحق ظلم وإنه حرام ، وقليل مدة الحبس وكثيرها سواء في حق الحرمة لتحقق الظلم (3).

## الرأي المختار :

بعد عرض أدلة الفريقين يتبين لي أن ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني من اعتبار حكم الاحتكار حرام هو الصواب ؛ وذلك لقوة الأدلة التي استدلوا بها خاصة وأن القاعدة عند أهل العلم أن كل فعل توعد عليه باللعن فهو يدخل في الكبائر .  
كما أن القول بتحريم الاحتكار تحقيق لقاعدة " لا ضرر ولا ضرار " فلا يجوز للمكلف أن ينتفع بغلاء السعر في السوق مقابل إلحاق الضرر بعامة الناس.

(1) - البيهقي : السنن 6 / 30 كتاب البيوع - باب ما جاء في الاحتكار ح : 10933

(2) - الشوكاني : نيل الأوطار 5 / 336 - 337 .

(3) - الكاساني : بدائع الصنائع 5 / 129 .

إن البائع إذا تضرر من عدم حصوله على فارق السعر الذي كان يطمح إليه بالاحتكار، فإنه يكون قد دفع ضررا عاما يحل بالمجتمع من جراء نقصان السلع في السوق وارتفاع ثمنها .

## الفرع السادس: تحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد .

### أولاً/ مفهوم القاعدة . التعريف اللغوي:

عرف فقهاء اللغة الأخف فقال ابن الأثير: " يقال أخف الرجل فهو مخف وخف إذا خفت حاله ودابته " (1) .

وعرف المناوي الخفة في مقابل الثقل فقال: " الثقل والخفة متقابلان فكل ما يترجح على ما يوزن به أو يقدر به يقال هو ثقيل، وأصله في الأجسام ثم قيل في المعاني نحو أنقله الوزر والغرم ، والثقل في الآدمي يستعمل تارة في الذم وهو أكثر في التعارف ، وتارة في المدح " (2) .

والأشد مبالغة من الشدة وقد عرفت كما يلي :

قال ابن منظور: " الشدة الصلابة وهي نقيض اللين تكون في الجواهر والأعراض والجمع شدد ... وكل ما أحكم فقد شد وشدد هو وتشاد وشيء شديد بين الشدة " (3) .

قال الفيروز آبادي: " الشدة بالكسر اسم من الاشتداد، وبالفتح الحملة في الحرب والشد العدو، وفي النار ارتفاعها والتقوية والإيثاق ، واشتد عدا والمشادة النتدد " (4) .

### التعريف الاصطلاحي :

عبر الفقهاء عن معنى هذه القاعدة فقالوا :

أولها : " إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما " (5) .

(1) - النهاية في غريب الأثر 2 / 54

(2) - التعاريف 1 / 221

(3) - لسان العرب : مادة شدد 3 / 232

(4) - القاموس المحيط 1 / 372

(5) - ابن نجيم : الأشباه والنظائر 1 / 89

ثالثا : قال فخر الدين الزيلعي في معرض كلامه عن القاعدة " الأصل في جنس هذه المسائل أن من ابتلي ببليتين ، وهما متساويتان يأخذ بأيتها شاء ، وإن اختلفتا يختار أهونها ؛ لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة ، ولا ضرورة في حق الزيادة " (1) .

ثانيا : " يختار أهون الشرين " (2) .

تعتبر قاعدة تحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد إحدى القواعد الضابطة لكثير من الأحكام المرتبطة بموضوع الضرر، فعند اجتماع الضررين ينظر في أشدهما لزواله ودفعه (3) .

وعلى ذلك فالأمر إذا دار بين ضررين أحدهما أشد من الآخر، ولا بد من ارتكاب أحدهما فيرتكب الضرر الأخف، و يدفع ارتكاب الضرر الأشد لمفسدة مباشرة الحرام ، ولما كانت الضرورة تقدر بقدرها، جاز ارتكاب الضرر الأخف لاندفاع الضرورة به ولا يرتكب الأشد ؛ لأنه لا ضرورة في حق الزيادة (4) .

## ثانيا / أدلة القاعدة :

استدل الفقهاء لهذه القاعدة بنصوص من الكتاب والسنة منها :

وردت آيات من الكتاب العزيز تدل على تتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد أو يرتكب أهون الشرين ، ومن هذه النصوص مايلي :

1- قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾

البقرة : 173 .

ونحو ذلك من آيات تحريم الميتة والدم ولحم الخنزير وإباحتها للمضطر .

(1) - ابن نجيم : الأشباه والنظائر 111

(2) - سليم رستم : شرح مجلة الأحكام : 32

(3) - علي أحمد الندوي : موسوعة القواعد والضوابط الفقهية 74 - 76

(4) - البورنو : موسوعة القواعد الفقهية 253/ 6

## وجه الدلالة :

فهذه الآية ونحوها قد تعارضت فيها مفسدتان أحدهما : الأكل مما حرم الله والثانية فوات النفس بالهلاك بسبب الجوع ، وهذه المفسدة أشد وأعظم من المفسدة الأولى ولذا فيرتكب الأخف لدفع الأعظم أو الأشد ، لاسيما وأن الحق هنا هو حق خالص لله تعالى ، وليس للمخلوق فيه دخل ، وحقوق الله تعالى مبناها على المسامحة ، وهذا من عظيم فضل الله تعالى وامتنانه على هذه الأمة .(1)

2- ويستدل على القاعدة بقصة موسى عليه السلام مع الخضر :

حيث قال تعالى : ﴿فَانْطَلَقَا حَتَّى إِذَا رَكِبَا فِي السَّفِينَةِ خَرَقَهَا قَالَ أَخَرَقْتَهَا لِتُغْرِقَ أَهْلَهَا لَقَدْ جِئْتَنَا شَيْئًا إِمْرًا﴾ الكهف : 71 .

وقال تعالى : ﴿فَانْطَلَقَا حَتَّى إِذَا لَقِيَا غُلَامًا فَقَتَلَهُ قَالَ أَقْتَلْتَنِي نَفْسًا زَكِيَّةً بِغَيْرِ نَفْسٍ لَقَدْ جِئْتَنَا شَيْئًا نُكَرًا﴾ الكهف : 74 .

وقال : ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينٍ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا وَأَمَّا الْغُلَامُ فَكَانَ أَبَوَاهُ مُؤْمِنَيْنِ فَخَشِينَا أَنْ يُرْسِمَهُمَا طُغْيَانًا وَكُفْرًا﴾ الكهف : 79 - 80 .

## وجه الدلالة :

إن خرق السفينة ضرر ظاهر وذهاب السفينة كلها غصبا من الملك الظالم ضرر أشد من الضرر الأول ، فيرتكب أخفهما وهو الأول، لدفع الأشد وهو الثاني . وكذلك قتل الغلام فإنه مفسدة وضرر ظاهر، ولكنه تعارض مع مفسدة وضرر عظيم وهو إرهاب الغلام لأبويه بالكفر وإفساده عليهما دينهما إن هو بقي وهي مفسدة وضرر أعظم ؛ لأن الفتنة أشد من الكفر كما في قوله تعالى : ﴿وَالْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ الْقَتْلِ﴾ البقرة : 91 .

(1) - إسماعيل علوان :القواعد الفقهية الخمس الكبرى والقواعد المندرجة تحتها ، جمع ودراسة من مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية 426 .

فارتكبت المفسدة والضرر الأخف لدفع الضرر الأشد وهو إيقاع أبويه في الكفر (1) .

## ب/ من السنة .

كما استدلت الفقهاء على هذه القاعدة بأدلة من السنة منها :

ماروى عن أنس رضي الله عنه: " أن أعرابيا بال في المسجد فقام إليه بعض القوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تزرهوه فلما فرغ دحا بدلو من ماء فصبه عليه " (2) .  
ففي الحديث دفع أعظم الضررين باحتمال أخفهما لقوله صلى الله عليه وسلم : « دعوهم » لمصلحتين:

- إحداهما أنه لو قطع عليه بوله تضرر، وأصل التنجيس قد حصل فكان دفع احتمال زيادته أولى من إيقاع الضرر به.  
والثانية : أن التنجيس قد حصل في جزء يسير من المسجد ، فلو أقاموه في أثناء بوله لتنجست ثيابه وبدنه ومواضع كثيرة من المسجد. (3)  
فاحتمل ضرر ومفسدة بول الأعرابي في المسجد ؛ لدفع ما هو أعظم وأشد من تضرر الأعرابي وتنجس ثيابه وبدنه ومواضع كثيرة من المسجد .

---

(1) - إسماعيل علوان : القواعد الفقهية الخمس الكبرى والقواعد المندرجة تحتها ، جمع

ودراسة من مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية 428 .

(2) - مسلم : الصحيح 1 / 236 كتاب الطهارة - باب وجوب غسل البول وغيره من النجاسات إذا حصلت في المسجد ح: 284 .

البخاري : الصحيح 5 / 2242 كتاب الأدب - باب الرفق في الأمر كله ح: 5679 .

ابن ماجه : السنن 1 / 176 كتاب الطهارة - باب الأرض يصيبها البول كيف تغسل ح: 528 .

النسائي : السنن الكبرى 1 / 74 كتاب الطهارة - أبواب المياه ح: 51 .

البيهقي : السنن 2 / 427 كتاب الطهارة - باب طهارة الأرض من البول ح: 4036 .

(3) - النووي : شرح النووي على صحيح مسلم 3 / 191 .

## ثالثا / نماذج من تطبيقات القاعدة .

أ / مدى جواز بيع المغيبات في باطن الأرض .

1- مفهوم المغيبات في الأرض :

أولا / لغة :

قال ابن الأثير عن أصل كلمة مغيب وهو من الغيب : " والإيمان بالغيب وهو كل ما غاب عن العيون وسواء كان محصلا في القلوب أو غير محصل تقول غاب عنه غيبا وغيبة " (1) .

قال ابن منظور: " غاب عني الأمر غيبا وغيابا وغيبة وغيوبة وغيوبا ومغابا ومغيبا وتغيب بطن " (2) .

قال الفيروز آبادي : " وغاب الشيء في الشيء يغيب غيابة بالكسر وغيوبة وغيابا وغيابا وغيبة " (3) .

ثانيا / اصطلاحا :

يفهم من كلام الفقهاء أن المراد بالمغيبات في باطن الأرض هي النباتات المغروسة والتي لا يظهر منها إلا ورقها فقط (4) .

(1) - النهاية في غريب الأثر: باب الغين مع الياء 3/ 399.

(2) - لسان العرب 1/ 654 .

(3) - القاموس المحيط: فصل الفاء 1/ 155

(4) - قال ابن قدامة: " ... ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الأرض كالجزر والفجل والبصل والثوم حتى يقلع ويشاهد ... " المغني 4/ 78 .

قال الشافعي : " كل ما كان من نبات الأرض بعضه مغيب فيها وبعضه ظاهر فأراد صاحبه بيعه لم يجز بيع شيء منه إلا الظاهر منه... " الأم 3/ 66 .

قال ابن تيمية : " أما بيع المغروس في الأرض الذي يظهر ورقه كاللفت و الجوز والقلقاس والفجل والثوم والبصل وشبه ذلك ففيه قولان للعلماء ... فتاوى ابن تيمية 29/ 487 .



## 2- مدى مشروعية بيع المغيبات في

### باطن الأرض :

اختلف الفقهاء في مدى جواز بيع المغيبات في باطن الأرض على قولين مشهورين.

### أ/ القول الأول :

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى جواز بيع المغيبات في باطن الأرض .  
وممن ذهب إلى هذا الحنفية إلى أنهم قالوا : بثبوت الخيار للمشتري إذا قلعه (1).

والمالكية أيضا واشترطوا رؤية ظاهره ، وأن يقلع شيء منه ويراه المشتري (2) .  
وقال بعدم الجواز بعض الشافعية (3) وبعض الحنابلة (4) .

### ب/ القول الثاني :

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى عدم جواز بيع المغيبات في باطن الأرض .

---

(1) - قال الكاساني: " إذا اشترى شيئاً مغيباً في الأرض كالجزر والبصل والفجل ونحوها أنه يجوز عندنا وعنده لا يجوز يثبت له الخيار إذا قلعه" بدائع الصنائع 5 / 164 .

(2) - قال الدردير : " ... ومغيب الأصل كالجزر والبصل والثوم والفجل واللفت ويجوز بيعه بشرط رؤية ظاهره وقلع شيء منه ويرى فإنه يعرف بذلك ولا يكون مجهولاً ... " الشرح الكبير 2/1003.

(3) - قال النووي : " ... قال الماوردي بيع الجزر والسلجم وهو الذي يقال له في دمشق اللفت والبصل ونحوها في الأرض قبل قلعه بشرط خيار الرؤية فيه طريقان: أحدهما على القولين في بيع الغائب ... " المجموع 9 / 284 - 285.

(4) - قال ابن تيمية : " ... وأما بيع القلقاس والجزر واللفت ونحو ذلك فهو جائز عند طوائف من أهل العلم وهو مذهب مالك وقول في مذهب الإمام أحمد وإن كان المشهور عنه كمذهب أبي حنيفة والشافعي أنه لا يجوز والقول الأول هو الصواب ... " فتاوى ابن تيمية 29 / 492.

وممن ذهب إلى هذا الرأي أكثر الشافعية (1) .  
والحنابلة في المشهور (2) والظاهرية (3) .

### ج/ سبب الخلاف :

ويرجع سبب اختلافهم في هذه المسألة إلى أن بيع المغيب في الأرض هل نقصان العلم المتعلق بالصفة أهو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير أم ليس بمؤثر .

ذلك أن الضرر قد يكون يسيرا وهو ما تدعو إليه الضرورة أو الحاجة وهو معفو عنه (4) .

فمن أجاز بيعها اعتبر الغرر يسير وهو غير مؤثر، أما من منعها فاعتبر الغرر فيها مؤثر .

### 3- الأدلة :

#### أدلة أصحاب الرأي الأول :

استدل أصحاب هذا الرأي على جواز بيع المغيب في باطن الأرض بأدلة من الكتاب والمعقول :

---

(1) - قال الشافعي : " كل ما كان من نبات الأرض بعضه مغيب فيها ، وبعضه ظاهر، فأراد صاحبه بيعه، لم يجز بيع شيء منه إلا الظاهر منه ،يجز مكانه، فأما المغيب فلا يجوز بيعه وذلك مثل الجزر والفجل والبصل وما أشبهه، فيجوز أن يباع ورقه الظاهر مقطعا مكانه ولا يجوز أن يباع ما في داخله..." الأم 3 / 66 .

(2) - قال ابن قدامة : " ... ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الأرض كالجزر والفجل والبصل والثوم حتى يقلع ويشاهد ... " المغني 4 / 78 .

(3) - قال ابن حزم : " ولا يحل بيع شيء من المغيبات المذكورة كلها ... ولا يبيع الجزر والبصل والكراث والفجل قبل قلعه لا مع الأرض ولا دونها؛ لأن كل ذلك يبيع غرر لا يدري مقداره ولا صفته ولا رآه أحد فيصفه ، وهو أيضا أكل مال بالباطل ... " المحلى 8 / 394 -

394

(4) - ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد 2 / 256 .

أ/ من الكتاب :

- قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِالْغَيْبِ ﴾ البقرة : 3 .

فآلية الكريمة تدل على أن الإيمان بالشيء مشروط بقيام دليل يدل عليه ، فعلم أن الأمور الغائبة عن المشاهدة قد تعلم بما يدل عليها، فإذا قال أهل الخبرة أنهم يعلمون ذلك كان المرجع إليهم في ذلك دون من لم يشاركهم في ذلك ، وإن كان أعلم بالدين منهم (1) .

ب/ من المعقول :

إن جواز بيع المغيب في الأرض كالجزر واللفت وغيره جملة ، لا ريب أن هذا هو الذي عليه عمل المسلمين منذ زمن نبيهم ، ولا تقوم مصلحة الناس بدون هذا ومن يظن أن هذا نوع غرر فمثله جائز في غيره من البيوع ؛ لأنه يسير والحاجة داعية إليه (2) .

فإن في المنع من بيعه حتى يقلع أعظم الضرر والحرص والمشقة مع ما فيه من الفساد الذي لا تأتي به شريعة ، فإنه إن قلعه كله في وقت واحد تعرض للتلف والفساد، وإن قيل له كلما أردت بيع شيء منه فاقلعه كان فيه من الحرج والعسر ما هو معلوم ، وإن قيل أتركه في الأرض حتى يفسد ولا تبعه فيها فهذا لا تأتي به شريعة .

وبالجملة فالمفتون بهذا القول لو ابتلي بذلك في حقولهم أو ما هو وقف عليهم ونحو ذلك لم يمكنهم إلا بيعه في الأرض ولا بد أو إتلافه وعدم الانتفاع به (3) .

(1) - ابن تيمية : مجموع فتاوى ابن تيمية 29 / 493

(2) - ابن تيمية : المرجع السابق 20 / 346

(3) - ابن القيم : إعلام الموقعين 4 / 4 - 5

## أدلة أصحاب القول الثاني :

استدل أصحاب القول الثاني بأدلة من الكتاب العزيز والسنة والمعقول .

أ / الدليل من الكتاب :

قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً مِّن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ النساء : 29 .

### وجه الدلالة :

وإنما يقع التراضي على ما علم وعرف ، أما ما كان في باطن الأرض فمجهول ولا سبيل إلى معرفة صفاته ولا مقداره ، فانتفى بذلك التراضي به ، فلا يحل بيعه وهو أكل للمال بالباطل (1).

ب / الدليل من السنة :

ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم : ﴿ نهى عن بيع الحصة وعن بيع الغرر ﴾ (2) .

### وجه الدلالة :

إن بيع الغرر الذي ورد النهي عنه في الأحاديث الصحيحة ينطبق على بيع المجهول بأي نوع من أنواع الجهالة ، وهو ما يفيد أقوال أئمة اللغة فالعلم بالجنس والنصيب لا يرفع الجهالة فلا يكون ذلك مسوغا للبيع (3) .

(1) - ابن حزم : المحلى 8 / 395

(2) - مسلم : الصحيح 3 / 1153 كتاب البيوع - باب بطلان بيع الحصى والبيع الذي فيه غرر ح : 1513 .

أبو داود : السنن 3 / 254 كتاب البيوع - باب في بيع الغرر ح : 3376 .

الترمذي : السنن 3 / 532 أبواب البيوع - باب ماجاء في كراهية بيع الغرر ح : 1230 .

ابن ماجه : السنن 2 / 739 كتاب التجارات - باب النهي عن بيع الحصة ح : 2194 .

(3) - الشوكاني : السيل الجرار المتدفق على الحدائق الأزهار 3 / 27

## ج/ الدليل من المعقول :

إن النبات المغيب في الأرض لم ير قط أحد، لا تدري صفته فهو بيع غرر وأكل مال بالباطل إذا بيع وحده ؛ لأنه إذا استحال عن حاله الأولى بطل أن يعرف كيف هو وما صفته فهو مجهول الصفة جملة ، ولا يحل بيع مجهول الصفة بوجه من الوجوه لأنه بيع غرر حتى يقلع ويرى (1) .

## د/ الرأي المختار :

يتبين لي مما سبق أن ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من جواز بيع المغيبات في الأرض أنه هو الراجح، وذلك تطبيقاً لقاعدة الضرر الأشد يزال بتحمل الضرر الأخف ، فالقول بعدم جواز مثل هذا البيع حتى يقلع النبات المستور في الأرض يترتب عنه ضرر عظيم بصاحب الأرض خلافاً للقول بالجواز، وإن كان في هذا البيع نوع من الجهالة في قيمة المبيع إلا أنها تخف بتقدير أهل الخبرة وهذا ضرر أخف بكثير من الضرر الذي يلحق بالتاجر فيتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد.

## 4- تطبيقات أخرى للقاعدة .

من تطبيقات القاعدة لو أن رجل عليه جرح ، لو سجد لسأل جرحه ، وإن لم يسجد لم يسأل فإنه يصلي قاعداً يومئ بالركوع والسجود ، لأن ترك السجود أهون من الصلاة مع الحدث (2) .

وكذا الإجماع على النفقة الواجبة كنفقة الزوجة غير الناشز ونفقة معتدة الطلاق ونفقة الطفل الفقير على أبيه والبنات البالغة والابن البالغ . وجواز شق بطن المرأة الميتة لإخراج الولد إذا كان ممن ترجى حياته (3) .

وكذا حبس من وجبت عليه النفقة إذا امتنع عن أدائها ولو نفقة ابنه و جواز تعزيره في الحبس بالضرب إذا امتنع عن الإنفاق .

(1) - ابن حزم : المحلى 8 / 395

(2) - ابن نجيم : الأشباه والنظائر 111

(3) - البورنو: موسوعة القواعد الفقهية 6 / 257

من بنى أو غرس في العرصة بسبب شرعي كأن يرث إنسان أرضاً فيبني ويغرس فيها ثم تستحق فإنه ينظر إلى قيمة البناء أو الغراس مع قيمة العرصة فأيهما كان أكثر قيمة يتملك صاحبه الآخر بقيمته جبراً على مالكه .  
وأما لو غصب أرضاً فبنى فيها أو غرس ثم طلبها مالكها فيؤمر الغاصب بقلع البناء أو الغرس مهما بلغت قيمته إلا إذا كان القلع يضر بالأرض فإن المالك يتملكها بالقيمة مستحق للقلع (1) .

---

(1) - أحمد الزرقا : شرح القواعد الفقهية 199

## الفصل الثاني : مفهوم الشفعة وشروطها .

يتضمن هذا الفصل مبحثين :

المبحث الأول : تعريف الشفعة وأدلة مشروعيتها .

المبحث الثاني : شروط وإجراءات الأخذ بالشفعة.

# المبحث الأول : تعريف الشفعة وأدلة مشروعيتها.

يتضمن هذا المبحث مايلي :

المطلب الأول : تعريف الشفعة .

المطلب الثاني : أدلة مشروعيتها .

المطلب الثالث : محل الشفعة .



## المطلب الأول : تعريف الشفعة .

### الفرع الأول : التعريف اللغوي .

قال ابن الأثير: " الشفعة في الملك معروفة وهي مشتقة من الزيادة لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به كأنه كان واحدا وترا فصار زوجا شافع والشافع هو الجاعل الوتر شفعا " (1) .

قال ابن منظور: " شفيع الشفع خلاف الوتر وهو الزوج تقول كان وترا فشفعته شفعا و شفيع الوتر من العدد شفعا صيره زوجا " (2).

قال زين الدين الرازي : " شفيع الشفع ضد الوتر يقال كان وترا فشفعه من باب قطع والشفعة في الدار والأرض، والشفيع صاحب الشفعة وصاحب الشفاعة والشافع الشاة التي معها ولدها " (3) .

قال الفيروزآبادي: " وصاحب الشفعة بالضم وهي أن تشفع فيما تطلب فتضمه إلى ما عندك فتشفعه أي تزيده " (4) .

---

(1) - النهاية في غريب الأثر : 2 / 485

(2) - لسان العرب: باب الشين مادة : شفيع 8/183

(3) - مختار الصحاح : باب العين ، فصل الشين مادة : شفيع 1 / 144.

(4) - القاموس المحيط مادة شفيع 1 / 984.

## الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي.

عرف فقهاء المالكية الشفعة بتعريفات متقاربة من حيث المعنى مختلفة اللفظ أحيانا :

فعرفها ابن الحاجب<sup>(1)</sup> فقال : " أخذ الشريك حصة شريكه جبرا شراء " <sup>(2)</sup>.  
"فأخذ" جنس وخرج بإضافته إلى الشريك "الجار" فإنه لا شفعة له (عند المالكية)  
و"بحصته" ما يأخذه منه كاملا مما لا شركة بينه وبينه فيه .

و"بالجبر" ما يأخذه بالشراء الاختياري .

و"بالشراء" ما يأخذه باستحقاق وهي رخصة ، والأصل أنه لا تجوز؛ لأن فيها بيع  
الرجل ملكه بغير رضاه إلا أن الشرع رخص فيها دفعا لضرر الشريك .  
وفي قوله : "حصة شريكه جبرا شراء" أي بحسب المآل وإلا فهي الآن حصة  
شريكه <sup>(3)</sup> .

وفيه طلب الشريك لأخذ مبيع شريكه بثمنه الذي باع به ، وقبل هذا فالشفعة  
معروضة للأخذ وعدمه ، لذلك اعترض على تعريف ابن الحاجب حيث عبر عنها  
بالأخذ وأجيب عن ذلك بأنه من إطلاق اسم المسبب ، وهو الأخذ على سببه  
وهو الاستحقاق ودليل ذلك استعمال الفقهاء فإنهم يطلقونها على استحقاق الأخذ <sup>(4)</sup>.

---

(1) - أبو عمرو عثمان بن أبي بكر بن يونس يكنى أبا عمر المعروف بابن الحاجب  
كان والده حاجب الأمير عز الدين موسك الصلاحي ، وكان كرديا اشتغل بالقرآن  
الكريم في صغره بالقاهرة ثم بالفقه على مذهب مالك رضي الله عنه ثم بالعربية وبرع في  
علومه وأتقنها غاية الإتقان، استوطن مصر ثم الشام ثم رجع إلى مصر فاستوطنها  
توفي بالإسكندرية عام : 646 هـ ابن فرحون :الديباج المذهب 1 / 189 - محمد بن

قايمار الذهبي : سير أعلام النبلاء 23 / 266

(2) - ابن الحاجب : جامع الأمهات 1 / 416

(3) - أبو الحسن المالكي : كفاية الطالب الرباني 2 / 324 - 325

(4) - العدوي : حاشية العدوي 2 / 324 .

وقد وردت الإشارة إلى عناصر مهمة في تعريف الشفعة وهي :

"أخذ الشريك" والمراد به الآخذ وهو الشفيع ، "ممن تجدد ملكه" وهو المأخوذ منه أي المشتري "عقارا" وهو الشقص<sup>(1)</sup> المبتاع أي الشيء المأخوذ ، "بمثل الثمن " أي الشيء المأخوذ به وهو الثمن<sup>(2)</sup> .

وعرفها ابن عرفة<sup>(3)</sup> فقال : " هي استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه" <sup>(4)</sup> .

فقوله : " استحقاق " صيره جنسا للشفعة ، والاستحقاق المعهود هو رفع ملك الشيء ولا يصح هنا أن يكون بمعنى الآخذ ، بل المراد بالاستحقاق اللغوي أي طلب الشريك بحق أخذ المبيع وطلبه أعم من أخذه ، فماهية الشفعة إنما هي طلب الشريك بحق أخذ مبيع شريكه ، وهي معروضة للأخذ وعدمه ولذا عبر بالاستحقاق لا الماهية لأنه قابل للأخذ والرد .

ويحتمل أن المراد بالاستحقاق في الشريك بمعنى أن له حالة يثبت بها حق في الشفعة ، كما تقول فلان يستحق التقديم للعدالة ، بمعنى أن له حالة توجب له الاختصاص بذلك بسبب بيع شريكه ، فالأخذ يرجع إلى طلب الفعل ، والاستحقاق يرجع لسببه ، فإذا باع شريك حصة من دار فلشريكه الشفعة .

وقوله: " شريك " خرج به غير الشريك، وقوله " مبيع شريكه " أخرج به غير مبيع الشريك .

(1) - النصيب من الشيء وفي الشفعة النصيب المعلوم غير المفروز .المرتضى الزبيدي : تاج العروس من جواهر القاموس باب الصاد ، حرف الشين 18 / 15 .

(2) - الخرشي: حاشية الخرشي 7 / 66 .

(3) - أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي ، ولد سنة 716هـ ، نشأ ابن عرفة في طلب العلم بحزم وجد أخذ عن محمد بن عبد السلام وسمع عليه موطأ الإمام مالك انتصب للتدريس ثم ولي إمامة جامع الزيتونة ثم ولي الخطابة به فالفتيا وتخرج على يده عدة مشايخ كالبرزلي والآبي والرصاع وغيرهم، توفي رحمه الله سنة 803هـ ، وقيل 848هـ ودفن بالمدينة . ابن فرحون: الديباج المذهب 1 / 337 وما بعدها .

(4) - الرصاع : شرح الرصاع على حدود ابن عرفة الفقهية 803 .

قوله " بثمنه " أخرج به ما إذا استحقه بملك ملكه به وأخذه من يده فإنه ليس بشفعة  
أو استحقه بثمن أكثر أو أقل إذا باعه له (1) .

---

(1) - الرصاع : شرح الرصاع على حدود ابن عرفة الفقهية 803 .

## الفرع الثالث : تعريف الشفعة

### في القانون المدني الجزائري .

بالنظر في نص المادة 794 من القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري عرف الشفعة على أنها: " رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ... " (1) .

والرخصة تطلق في الاصطلاح القانوني ويراد بها المكنة الواقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة أو هي إباحة يسمح بها القانون في نطاقها (2) .  
فقوله : " رخصة " أي أنها خيار للشفيع فله أن يستعمله أو لا يستعمله ، فلا يكره عليه ، ومتى ثبت الحق في تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري أو بموجب حكم من القضاء يعتبر عقدا حقيقيا حلت فيه سلطات القضاء محل إرادة أطراف النزاع (3) .

الرخصة تتولد إثر قيام مركز قانوني تنهياً لأسبابه للشفيع ، فيكون شريكا مشاعا في عقار أو مالكا لعقار وتباع حصة شائعة فيه ، وهذه الرخصة تخول للشفيع تملك العقار المشفوع فيه بإرادته المنفردة بإعلان رغبته في الأخذ بها ، فالشفعة لا تكون سببا لكسب الملك إلا بقيام مركز قانوني معين ، تنهياً لأسبابه باجتماع وقائع مادية (4) .

فيتبين من خلال التعريف أن الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية لا تكون إلا في بيع العقار ويسمى العقار المشفوع فيه ، بعقار آخر يملكه ويسمى العقار المشفوع به ، ويستلزم ذلك وجود شفيع وهو الذي يأخذ بالشفعة ، ومشفوعا منه وهو المشتري الذي يحل محله الشفيع ، وبائعا لهذا المشتري وهو الذي حل الشفيع بإزائه مشتريا محل المشتري الأصلي، وعقارا مشفوعا به وهو العقار المملوك

(1) - القانون المدني الجزائري : 146

(2) - عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي 1 / 9

(3) - أنور طلحة : الوسيط في القانون المدني 5 / 342

(4) - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 9 / 449 ومابعدها

للشفيح وقد شفع به، وعقارا مشفوعا فيه وهو العقار الذي باعه صاحبه للمشتري الأصلي وشفح الشفيح فيه (1) .

واختلف فقهاء القانون في الشفعة فمنهم من اعتبرها حقا عينيا<sup>(2)</sup> مصدره الحق العيني لملكية عقار الشفيح ، وذهب البعض إلى أنها حق شخصي<sup>(3)</sup> .

(1) - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 9 / 446 - 447 رمضان أبو السعود : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية 252.

(2) - الحقوق العينية : هي قدرات أو إمكانيات أو مزايا أو سلطات مباشرة يقرها القانون لشخص معين على شيء محدد بذاته أو أشياء محددة ، فيستطيع صاحب الحق بماله من قدرة مباشرة على الشيء أن يستعمل حقه القانوني على ذلك الشيء بدون وساطة شخص آخر لما له من سلطة مباشرة عليه . إسحاق إبراهيم منصور: نظريتا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية 291 .

وشرعا هي ما يقره الشرع لشخص على شيء معين بالذات ، ونظرا للعلاقة القائمة بين صاحب الحق والشيء المادي ، يمارس المستحق سلطة مباشرة على الشيء وهي الحق العيني ومثاله حق الملكية الذي به يستطيع المالك ممارسة أكمل السلطات على ما يملكه ، وهي التصرف بالشيء واستثماره واستعماله و كذا حق الارتفاق المقرر لعقار على عقار معين كحق المرور أو المسيل . وهبه الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته 4 / 2850 .

(3) - هو قدرة أو إمكانية مقررة قانونا لشخص على شخص آخر يكون ملتزما بقيام عمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء ، والإمكانية التي يتمتع بها صاحب الحق في كافة الحقوق الشخصية هي القدرة المباشرة على الشخص الملتزم بالحق لإجباره على نوع من العمل أو إجباره على إعطاء شيء ، فلا تكون لصاحب الحق علاقة مباشرة بالشيء محل الحق ، بل يكون اتصاله بالشيء عن طريق شخص آخر هو المدين . إسحاق إبراهيم منصور: نظريتا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية 294 .

و شرعا هو ما يقره الشرع لشخص على آخر ومحلّه إما أن يكون قياما بعمل كحق البائع في تسلم الثمن، وحق المشتري في تسلم المبيع ، وحق الإنسان في الدين وبدل المغصوبات والمتلفات أو يكون امتناعا عن عمل كحق المودع على الوديع في عدم استعمال الوديعة وللحق الشخصي عناصر ثلاثة هي صاحب الحق ومحل الحق والمكلف أو المدين . وهبه الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته 4 / 2850 .

ويصير مشتريا بالأفضلية ، ومنهم من اعتبرها حقا ترخيصيا حيث إن الحق الترخيصي في نضرهم هو الذي يتوقف نشوؤه على إعلان إرادة ممن تقرر له (1) .

فالذين اعتبروها حقا عينيا أرادوا لدعوى الشفعة أن تكون من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها العقار، ولو أنهم قالوا إن الشفعة تكسب الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه ، لكانت دعوى المطالبة بملكية العقار المشفوع فيه من اختصاص نفس المحكمة .

وللشفيع أن يطالب بحق الملكية استنادا إلى حق الأخذ بالشفعة وبملكية العقار المشفوع فيه ، والشفعة دعوى عقارية ترفع أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار (2) .

وأما الذين اعتبروا الشفعة حقا شخصيا فقصدها بذلك أن تكون حقا لصيقا بالشفيع لا تورث ولا تنتقل بالحوالة ، ولا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوها باسمه عن طريق الدعوى الغير مباشرة ، ويتبين من هذا أن المعنى الشخصي الذي قصده أنصار هذا الرأي لا يتعارض ومعنى العينية الذي ينادي به أنصار الرأي الأول (3) .

---

(1) - نبيل إبراهيم سعد : الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني 405 .

(2) - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 9 / 447 - 8 / 197 - 198

(3) - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 9 / 447 - أحمد شوقي

عبد الرحمن : الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية المتفرعة عنها " حق الملكية " 203

ويرى السنهوري أن الشفعة ليست حقاً أصلاً فضلاً أن توصف بكونها حقاً عينياً أو حقاً شخصياً ، فالشفيع يكسب بالشفعة حق ملكية العقار أو حقاً عينياً على هذا العقار كحق انتفاع أو حق رقبة أو حق حكر والفرق واضح بين الحق نفسه وسبب من أسباب كسبه ، فمثلاً الملكية حق عيني وتكسب بالاستيلاء أو الميراث أو الوصية والعقد والحيازة والشفعة وما أشبه ذلك (1).

ووصف الشفعة يبين أنها واقعة مركبة من واقعتين اثنتين هما: الواقعة المادية وهي الارتباط بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به بالشفيع مع بيع العقار المشفوع فيه ، والتصرف القانوني وهو إعلان الشفيع عن نيته في الأخذ بالشفعة وفي هذه الحال الغلبة للواقعة المادية لا للتصرف القانوني .

كما أن هناك مراكز قانونية إذا تهيأت أسبابها استطاع صاحبها أن يكسب الحق بإرادته المنفردة ، فمثلاً الذي وجه إليه إيجاب تهيأ له مركز قانوني يستطيع عن طريقه وإرادته المنفردة أن يكتسب حقاً شخصياً ، وكذا من كان شريكاً مشتاعاً في منقول ، وباع أحد شركائه حصته في المال الشائع ، تهيأ له مركز قانوني يكسبه حق استرداد مبيعته ، ومن كان شريكاً مشتاعاً في عقار ، وبيعت حصة شائعة من هذا العقار تهيأ له بذلك مركز قانوني من خلاله يستطيع له أن يشفع بإرادته المنفردة في الحصة الشائعة ويكتسب حق الشفعة .

فالشفعة تكون سبباً لكسب الملك إثر قيام مركز قانوني معين ، تتهيأ أسبابه باجتماع وقائع مادية معينة ، وبالإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة وبعد اكتمال عناصر الشفعة ، ينتقل حق الشفيع من حق التملك إلى حق الملكية ، فيحل محل المشتري (2) .

---

(1) - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : 9 / 447 - نبيل إبراهيم سعد : الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني 405

(2) - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 9 / 448 - 451 .



# المطلب الثاني : أدلة مشروعيتها .

يرى أغلب فقهاء المذاهب مشروعية الشفعة حتى حكي الإجماع إلا من شذ من العلماء في إنكار الشفعة واستدلوا بأدلة منها :

1 - ما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال : ﴿ قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفته الطرق فلا شفعة ﴾ (1).

يعتبر هذا الحديث أصلاً في ثبوت الشفعة بصفة عامة ، وبثبوتها في المشاع بصفة خاصة ، فصدره يشعر بثبوتها في المنقولات ، وسياقه يدل على اختصاصها بالعقار (2).

قوله : " فإذا وقعت الحدود " أي حصلت قسمة الحدود في المبيع واتضحت بالقسمة مواضعها .

قوله : " وصرفته " بضم الصاد وتخفيف الراء المكسورة وقيل بتشديدها أي بينت مصارفها وكأنه من التصريف والتصرف .

---

(1) - البخاري : الصحيح 2 / 787 كتاب الشفعة - باب الشفعة في ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة ح : 2138

الدارقطني : السنن 4 / 232 كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك باب في المرأة تقتل إذا ارتدت ح : 99 .

البيهقي : السنن الكبرى 6 / 103 كتاب الشفعة - باب الشفعة فيما لم يقسم ح : 11346 ورواه ابن ماجه بلفظ : " ... فإذا وقعت الحدود فلا شفعة .. " 2 / 834 كتاب الشفعة - باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة ح : 2497 .

وزاد النسائي في روايته " ... وعرفت الطرق فلا شفعة " كتاب البيوع - ذكر الشفعة وأحكامها ح : 4 / 6303 .

(2) - ابن حجر : فتح الباري شرح صحيح البخاري 4 / 533 .

فقيل معناها خلصت وبانت ، وهو مشتق من الصرف بكسر المهملة ، وهو الخالص من كل شيء ؛ سمي بذلك لأنه صرف عنه الخاط ، فعلى هذا صرف مخفف الراء.

وقوله: "فلا شفعة" استدل به من قال إن الشفعة لا تثبت إلا بالخلطة لا بالجوار (1).

واستدل به على عدم دخول الشفعة فيما لا يقبل القسمة وعلى ثبوتها لكل شريك (2).

2- عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: ﴿من كان له شريك فهي ربة أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك﴾ (3).

3- عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع قال: قال رسول الله ﷺ: ﴿الجار أحق بسقبه﴾ (4) (5).

(1) - الشوكاني : نيل الأوطار 6 / 352.

(2) - ابن حجر: فتح الباري 4 / 534 .

(3) - مسلم : الصحيح 3 / 1229 كتاب المساقاة - باب الشفعة ح : 1608

الدارقطني : السنن 4 / 224 كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك - باب في المرأة تقتل إذا ارتدت ح : 76 .

الدارمي : السنن 2 / 354 كتاب البيوع - باب في الشفعة ح : 2628 .

ورواه النسائي في السنن الكبرى بلفظ قريب من هذا : " . فإن باع فهو أحق به حتى يؤذنه " 4 / 47 كتاب البيوع - بيع المشاع ، ح : 6242 .

(4) - بالسین والصاد في الأصل أي القرب ، يقال سقبت الدار أسقبت إذ قربت ابن منظور: لسان العرب مادة سقب 468/1

(5) - النسائي : السنن الكبرى 4 / 62 كتاب البيوع - ذكر الشفعة وأحكامها ح : 6301

الدارقطني : السنن 4 / 224 كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك - باب في المرأة تقتل إذا ارتدت ح : 75

- وعن جابر رضي الله عنه قال : قال النبي ﷺ: «الجار أحق بشفعة جاره ينتظره بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا» (1).

وقد اختلف أهل العلم في شفعة الجوار لدلالة الأحاديث الواردة في الباب، فحكي عن علي وعمر وعثمان وسعيد بن المسيب (2) وسليمان بن يسار (3) وعمر بن عبد العزيز (4) ومالك والشافعي والأوزاعي (5) وأحمد أن الشفعة بالخطبة .

---

(1) - ابن ماجه : السنن 833/2 كتاب الشفعة - باب الشفعة بالجوار ح: 2494  
الترمذي : السنن 3 / 651 كتاب الأحكام - باب ما جاء في الشفعة للغائب ح: 1369  
رواه البيهقي بلفظ " الجار أحق بشفعة أخيه ... " 6 / 106 كتاب الشفعة - باب الشفعة  
بالجوار ح: : 11362

(2) - سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب بن عمرو بن عائذ بن كعب بن لؤي القرشي المخزومي المدني ، ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر بن الخطاب ، كان من أجل فقهاء التابعين ونسأكهم وخيارهم وأعلم من بقي منهم بقضاء رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر رضي الله عنهم ، مات سنة ثلاث أو أربع وتسعين وقيل إنه مات سنة خمس وقال عمرو بن علي مات سنة أربع وتسعين . الأصبهاني: رجال صحيح مسلم 1 / 237.

(3) - الفقيه الإمام عالم المدينة ومفتيها أبو أيوب مولى أم المؤمنين ميمونة الهلالية وأخو عطاء بن يسار وقيل كان سليمان مكاتبا لأم سلمة ولد في خلافة عثمان .

قال الحسن بن محمد بن الحنفية: سليمان بن يسار عندنا أفهم من سعيد بن المسيب .  
قال ابن سعد : كان ثقة عالما رفيعا فقيها كثير الحديث مات سنة سبع ومائة . الذهبي : سير  
أعلام النبلاء 4 / 444 - 445 - 446 .

(4) - عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم ، الأموي القرشي ، أمير المؤمنين ، أبو حفص بويج بالخلافة بعد موت ابن عمه سليمان بن عبد الملك بعهد عهده إليه، وكان عمر رضي الله عنه عالما صالحا ، ورعا ، زاهدا ، فقيها .

ولد بالمدينة سنة ستين - عام توفي معاوية أو بعده بسنة وأمه أم عاصم بنت عاصم بن عمر بن الخطاب رضي الله عنه. يوسف الأتابكي : رد اللطافة في من ولي السلطنة والخلافة 1/89-91.

ومال أبي حنيفة وأصحابه والثوري وابن أبي ليلى<sup>(1)</sup> وابن سيرين إلى ثبوت الشفعة بالجوار، وأجابوا عن حديث جابر بما قاله أبو حاتم أن قوله: "إذا وقعت الحدود" مدرج من قوله.

ويرد ذلك بأن الأصل أن كل ما ذكر في الحديث فهو منه حتى يثبت الإدراج بدليل، فورود ذلك في حديث غيره مشعر بعدم الإدراج، واستدل على الإدراج بعدم إخراج مسلم لتلك الزيادة، ويجاب عنه بأنه قد يقتصر بعض الأئمة على ذكر بعض الحديث، والحكم للزيادة لا سيما وقد أخرجها مثل البخاري.

وأما معنى هذه الزيادة التي ادعى أهل القول الثاني إدراجها هو معنى قوله: "في كل ما لم يقسم"<sup>(2)</sup>.

---

(5) - عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي أبو عمرو الشامي، أخذ العلم عن عطاء وابن سيرين ومكحول وقتادة ونافع وخلق، وقال ابن سعد: كان ثقة مأمونا فاضلا خيرا كثير الحديث والعلم والفقهاء قال إسحاق: إذا اجتمع الأوزاعي والثوري ومالك على الأمر فهو سنة، توفي سنة سبع وخمسين ومائة. الخزرجي الأنصاري: خلاصة تهذيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال 232/1.

(1) - عبد الرحمن بن أبي ليلى واسمه يسار مولى بني عمرو بن عوف الأنصاري. ولد لست سنين بقين من خلافة عمر بن الخطاب.

سمع علي بن أبي طالب وسهل بن حنيف وقيس بن سعد والبراء بن عازب وأم هانئ وكعب بن عجرة 459/1

روى عنه مجاهد وعمرو بن مرة والحكم وابن ابنه عبد الله بن عيسى بن عبد الرحمن في الحج والصلاة ومواضع مات غرقا بنهر البصرة في الجماجم سنة ثلاث وثمانين 459 / 1 - الكلاباذي: الهداية والإرشاد في معرفة أهل الثقة والسداد.

(2) - الشوكاني: نيل الأوطار 5 / 352.

## المطلب الثالث: محل الشفعة

### الفرع الأول: مذهب الجمهور .

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم المالكية إلى أن الشفعة تثبت في العقار<sup>(1)</sup> دون المنقول .

قال ابن عبد البر: " ولا شفعة في شيء من الحيوان والعروض كلها من الثياب والسفن وما أشبهها "<sup>(2)</sup> واستدلوا على ذلك بما يلي :

1- عن جابر رضي الله عنه قال : ﴿ قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفنت الطرق فلا شفعة ﴾ <sup>(3)</sup> .

2- وعن أبي الزبير عن جابر قال رضي الله عنه : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يطلح أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن باع فهو أحق به حتى يؤذنه <sup>(4)</sup> .

استدلوا بهذه الأحاديث على ثبوت الشفعة في العقار لقوله "فيما لم يقسم" إشعار بأنه قابل للقسمة ، فإذا دخلت إنما المفيدة للحصر اقتضت انحصار الشفعة في القابل للقسمة ، وآخره وسياقه يشعر بأن المراد به العقار وما فيه الحدود وصرف الطرق<sup>(5)</sup> .

(1) - ابن قدامة :المغني 5 / 180- الكاساني : بدائع الصنائع 5 / 28 الشيرازي : المهذب

1 / 376- القرافي : الذخيرة 7 / 304 - ابن جزى :القوانين الفقهية 308

(2) - الكافي : 1 / 437 - 438

(3)- سبق تخريجه 116

(4) - النسائي : السنن الكبرى 4 / 61 كتاب البيوع - باب الشركة في الرباع ح: 6300.

أبي داود : السنن 3 / 285 كتاب الإجارة - باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم ح: 3513 .

البيهقي : السنن 6 / 109 كتاب الشفعة - باب لا شفعة فيما ينقل ويحول ح: 11375

(5) - ابن دقيق العيد : إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام 3 / 208

وخصت بالعقار؛ لأنه أكثر الأنواع ضررا ، فعلى ذلك لا تثبت شفعة في  
الحيوان والثياب والأمتعة وسائر المنقولات ، واشترط فيما ثبت الشفعة فيه  
أن يكون قابلا للقسمة احترازا عما لا يقبلها إلا بفساد كالحمام ونحوه (1) .

---

(1) - النووي : شرح النووي صحيح مسلم 11 / 223 .

## الفرع الثاني : محل الشفعة في القانون المدني الجزائري .

نصت المادة 794 من القانون المدني الجزائري أن الشفعة تقتصر على العقار .  
وقد عرف العقار في المادة 683 من القانون المدني الجزائري : " بأنه كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ، ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول .  
غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص" (1).  
فمن خلال نص المادة يتبين أن العقار الذي ترد عليه الشفعة يكون عقار بطبيعته أو بالتخصيص .

### البند الأول : العقارات بطبيعتها .

#### أ / تعريفها :

هي الأشياء الثابتة في أماكن محددة والتي لا يمكن أن تنقل منه دون تلف أو فساد فتشمل الأرض وما يتصل بها من المباني والأشجار .

#### 1 - الأرض :

وهي أصل كل عقار سواء كانت أرضا زراعية أو فضاءا في منطقة صحراوية أو تلية ، في الريف أو في المدينة ، كما تشمل سطحها و باطنها بعناصره المختلفة من معادن وصخور وأحجار ، وأما إذا استنزفت المعادن من مناجمها وكسرت الأحجار من محاجرها ، فقد أصبحت منقولا وفقدت صفة العقار، وأما الكنوز المدفونة في باطن الأرض فهي منقولات بطبيعتها لكنها دفنت .

(1) - القانون المدني الجزائري : 126

## 2 - النبات :

وهو كل ما تنبته الأرض من ثمار وزروع ، وكذا ما يغرس فيها من نخيل وأشجار وتعتبر عقارا لاندماجها بالأرض ، فإذا قطعت أو فصلت زال عنها وصف العقار، ويستوي أن يكون قطف الثمار أو قطع الأشجار بفعل الإنسان أو بفعل غيره (1) .

## 3- المباني والمنشآت :

وهي عقارات بطبيعتها لاستقرارها على الأرض ، فالمباني كانت قبل الإنشاء عبارة عن جملة من مواد البناء وأدواته ، فهي رمل وإسمنت وحديد وغير ذلك ولما بنيت صارت ثابتة ومستقرة بحيث لا يمكن نقلها إلا إذا انهدمت كالمساكن والمصانع والمخازن والقناطر وغير ذلك مما يضاف عليها وصف العقار . كما أنه لا يشترط إقامة البناء على سبيل الدوام بل يكفي أن يندمج على سبيل الاستقرار، ولو كان مؤقتا كبناء المعارض لمدة معينة ثم تزال وتتحول إلى أنقاض وتصبح بذلك منقولا (2)

## 4- المنقول بحسب المآل :

ويقصد به كل ما يؤول إليه كل شيء ثابت مستقر فهو بطبيعته عقار ولكن يأخذ حكم المنقول بالنظر إلى ما سوف يؤول إليه في المستقبل القريب . ومثاله : البناء الذي يباع أنقاض لأنه سيصير منقولا بعد فترة ، وكذا الثمار في الأشجار التي تباع على أن تنفصل عن الأشجار بعد شهر، فهذه الأشياء في الأصل عقارات ولكنها تعتبر منقولا بحسب مصيرها (3) .

## 4- العقار بالتحصيل :

وهو منقول بطبيعته رصده صاحبه خدمة لعقار أو استغلالا له ، كالمواشي والآلات التي تستعمل لسقي الأراضي أو كان الاستغلال صناعيا كالأجهزة الخاصة

(1) - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / 8 - 20 - 22 - 23 .

(2) - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد / 8 / 24 وما بعدها

(3) - إسحاق إبراهيم منصور : نظريتنا الحق والقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية 265



بتشغيل المصانع أو للاستغلال التجاري كالكراسي والمقاعد والآلات التي توضع في المقاهي والمطاعم أو صور أخرى للاستغلال .

وهذه المنقولات فتعتبر عقارا تجرى عليه أحكامه وحتى يتميز هذا النوع من المنقولات وضعت له شروط :

### أ / الشرط الأول :

إتحد المالك وهو ما نصت عليه المادة : 683 من القانون المدني معناه أن يكون مالك العقار بالتخصيص هو نفسه مالك العقار الأصلي فلا يعد عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالك العقار في عقاره وهو غير مالك له ، فلو وضع مستأجر الدار بعض الآلات الكهربائية كالغسالات والثلاجات في الدار التي يسكنها بالأجرة لا تعتبر تلك الأشياء عقارات بالتخصيص بل تعتبر منقولات .  
ويكون العقار بالتخصيص من حق المالك أو الوصي أو القيم أو من ينوبه إذا فوض له هذا الحق (1) .

### ب / الشرط الثاني :

التخصيص ويستفاد من العبارة الثانية في الفقرة الثانية من المادة 683 من القانون المدني : " ... رصد على خدمة هذا العقار أو استغلاله ... " أي أن يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار، أما إذا كان المنقول مخصصا لخدمة مالك العقار فإنه يندم ثمة التلازم ما بين المنقول والعقار، فلو أعد صاحب الفندق لنفسه غرفة خاصة لاستراحته عند الحاجة وأثنها بأثاث خاص، بحيث لو انتقلت ملكية الفندق لغيره لحقه انتزاع هذا الأثاث الذي أعده لشخصه لأنه لم يخصص المنقول للعقار بل لخدمة صاحب الفندق شخصيا .

كما لا يشترط في التخصيص أن يكون على سبيل الدوام ، ولا أن يكون عارضا بل يكفي أن يكون ثابتا ومستقرا مع إمكان أن ينقطع انقطاعا عارضا ولا يؤثر ذلك

---

(1) - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 8 / 32 وما بعدها - إسحاق إبراهيم منصور: نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية 262 - 263 .

فيه ، فمثلا لو خصصت مواشي لأرض فلاحية فنقلت عن مكانها للعلاج فهذا لا يفقدها صفة العقار بالتخصيص .

وكذلك لا يشترط أن يكون تخصيص العقار لضرورة بل يكفي أن يكون التخصيص لخدمة العقار فحسب (1) .

فمن خلال نص المادة 794 من القانون المدني يتبين أن العقار سواء كان عقارا بطبيعته أو كان مبنى أو شجرا فالشفعة ثابتة فيه للشريك على الشيوخ أو لمن له حق الانتفاع .

أما المنقول بحسب المآل فلا شفعة فيه لأن مصيره الانفصال عن الأرض وإرادة المتعاملين تتجه لذلك .

وأما العقار بالتخصيص إذا بيع مستقلا عن العقار الذي رصد لخدمته فالبيع بيع منقول ، ولا يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، وأما إذا بيع مع هذا العقار فإنه يجوز أخذه بالشفعة تبعا له ، فلو بيعت مزرعة بما فيها من المواشي والآلات فالشفعة تثبت فيها ، أما إذا بيعت منفصلة فلا شفعة فيها لأنها بيع منقول (2) .

---

(1) - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 8 / 36 - 37 إسحاق إبراهيم

منصور : نظريتا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية 263

(2) - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 9 / 482 - 483

# المبحث الثاني : شروط وإجراءات الأخذ بالشفعة.

ويتضمن هذا المبحث مايلي :

المطلب الأول : شروط الشفعة في الفقه المالكي والقانون المدني  
الجزائري .

المطلب الثاني: إجراءات الشفعة في القانون المدني الجزائري .

# المطلب الأول : شروط الشفعة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري .

الفرع الأول :شروط الشفعة في الفقه المالكي.

البند الأول :أن يكون البيع قد تم بمقتضى عقد صحيح.

تثبت الشفعة إذا كان البيع الذي انعقد بين البائع والمشتري بيعا صحيحا (1)  
فلا شفعة في بيع فاسد(2) بل يفسخ إذا لم يفت ، ولو علم بفساده بعد أخذ الشفيع فسخ  
بيع الشفعة والبيع الأول؛ لأن الشفيع دخل مدخل المشتري وصفقته مثل صفقة  
المشتري ، ولما وقعت صفقة المشتري فاسدة فكذلك تقع صفقة الشفيع وترد .  
وإذا لم يفسخ البيع الأول حتى فات ولزم المشتري القيمة يوم قبضه ففيه الشفعة  
بتلك القيمة.

قال خليل: " وبيع فسد إلا أن يفوت فبالقيمة إلا ببيع صح فبالثمن فيه وتنازع في  
سبق ملك إلا أن ينكل أحدهما " (3).

قال الدسوقي : " يعني إذا باع أحد الشريكين حصته بيعا فاسدا فلا شفعة لشريكه فيها  
لأن ذلك البيع مفسوخ شرعا ، فالشقص لم ينتقل عن ملك بائعه فلو أخذ الشفيع من

---

(1) – البيع الصحيح: هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ، ولا خيار فيه  
وحكمه أنه يثبت أثره في الحال من تبادل الملكية في العوضين فيثبت ملك المبيع للمشتري  
وملك الثمن للبائع فور انتهاء الإيجاب والقبول إذا لم يكن في البيع خيار . وهبه الزحيلي : الفقه  
الإسلامي وأدلته 5 / 3395-3396 .

(2) – البيع الفاسد: هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه كأن يصدر في محل قابل للبيع ولكن  
عرض له أمر أو وصف غير مشروع، وعند المالكية البيع الفاسد لا يترتب عليه ملك بل يجب  
نقضه ولكن يتقرر الملك إذا طرأ عليه مفوت من مفوات البيع وهبه الزحيلي : المرجع السابق

5 / 3396-الصادق عبد الرحمن الغرياني : مدونة الفقه المالكي وأدلته 3 / 450

(3) – مختصر خليل 1 / 233 .

المشتري بالشفعة وعلم الفساد بعد أخذ الشفيع فسخ بيع الشفعة والبيع الأول؛ لأن المبني على الفاسد فاسد " (1) .

وإن باع المشتري المبيع في شراء فاسداً من غيره بيعاً صحيحاً فذلك فوت وللشفيع الأخذ بثمن البيع الصحيح ، وبتراد الأولان القيمة<sup>(2)</sup> .  
وليس للشفيع الأخذ بالقيمة في البيع الأول لأنه بيع فاسد، فالمنفق على فساده إذا فات يؤخذ بالقيمة والمختلف فيه يؤخذ بالثمن<sup>(3)</sup> .

### البند الثاني : أن يكون العقد معاوضة .

لا يثبت الحق في الشفعة إلا إذا خرج العقار عن ملك صاحبه بمعاوضة<sup>(4)</sup> وهو البيع أو ما كان في معنى المعاوضة كالهبة بشرط الثواب أو الصلح عن مال أو غير ذلك .

ففي البيع تجب الشفعة لانتقال المبيع إلى المشتري بعوض لحديث جابر رضي الله عنه الذي تقدم وكذا في الهبة<sup>(1)</sup> على عوض، كمن وهب للثواب أو تصدق على عوض أو وصى على عوض فهو بيع فيه الشفعة بقيمة العوض، فقد سئل مالك عن وهب

(1) - حاشية الدسوقي : 3 / 483

(2) - قيمة الشيء : هي ما يساويه بين الناس ، والفرق بين الثمن والقيمة أن الثمن لا يتحقق إلا في عقد تراضى عليه المتبايعان ، سواء كان أكثر من القيمة أم أقل أم مساوياً وهبه الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته 3371/5-3372 .

(3) - مالك بن أنس : المدونة الكبرى 14 / 417 - المواق : التاج والإكليل 5 / 320  
الدردير: الشرح الكبير 2 / 1226

(4) - المعاوضة في اللغة أخذ شيء مقابل شيء أو إعطاؤه ، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي والمعاوضات قسمان :

أ - معاوضات محضة : وهي ما يقصد فيها المال من الجانبين ، والمراد بالمال ما يشمل المنفعة كالبيع والإجارة ، وهذه العقود يفسد العقد فيها بفساد العوض .

ب - معاوضات غير محضة : وهي ما يقصد فيها المال من جانب واحد كالخلع .

وهذه لا يفسد العقد فيها بفساد العوض . ولكل عقد من عقود المعاوضات شروطاً وأركاناً خاصة بها. الموسوعة الفقهية الكويتية : حرف الميم - مادة معاوضة 38 - حرف الألف

مادة اعتياض 5

شقصا له في دار على عوض أو تصدق به أو أوصى به على عوض أتكون فيه الشفعة فيه ؟ .

فأجاز الشفعة فيه لأن هذا كله بيع عند مالك ، وتؤخذ الشفعة في جميع ذلك بقيمة العوض .

وأما إن وهب الدار أو الشقص على عوض قد سماه ، فللشفيع أن يأخذها بالشفعة بقيمة ذلك العوض سواء كان عرضا من دنانير أو ورقا أو ذهبا أخذها بذلك أو كان قد اشتراه بمكيل كحنطة أو ما يشبه هذا من الطعام أخذه بمثل كيله ومثل صنفه أقبض الموهوب له هبته أو لم يقبض لأن هذا بيع.

وإذا وهب الدار أو الشقص على عوض يرجوه ولم يسمه فليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة إلا بعد العوض ولرب الدار أو الشقص أن يرجع في هبته إن لم يثاب فإذا أثابه الموهوب له قيمتها لم يكن له أن يرجع فيها .

وإن هو أثابه أقل من قيمتها كان له أن يرجع فيها، فإذا تغيرت بنماء أو نقصان فليس له أن يأخذها ، ويجبر الموهوب له على قيمتها يوم قبضها وللشفيع الأخذ بالشفعة في حال القضاء على الموهوب له بالقيمة ، ويلزم بالقيمة ولو كان الموهوب له أثاب عنها أضعافا فيأخذ بجميع ذلك الثمن أو يدع (2) .

---

(1) - الهبة : هي تملك ذات من غير عوض مقصود به وجه من أعطيت إليه ، فقيد " تملك الذات" يخرج به تملك المنفعة ، وقيد "من غير عوض" يخرج به البيع وهبة الثواب ، وقيد "مقصود به وجه من أعطيت إليه" فأعطاؤها لوجه الله يخرج به الصدقة ، وإذا قصد به الأمران وجه الله ووجه من أعطيت إليه كانت صدقة . الصادق عبد الرحمان الغرياني : مدونة الفقه المالكي وأدلته 4 / 247 .

(2) - مالك بن أنس : المدونة الكبرى 14 / 438 - ابن عبد البر : الاستذكار 7 / 71 القرافي : الذخيرة 7 / 351 - المواق والإكليل 5 / 320

وأما المعاوضة الغير مالية كالذي يتزوج على شقص من دار أو يخالع<sup>(1)</sup>  
امرأته على شقص أو يصالح<sup>(2)</sup> في الدم العمد أو الخطأ فيأخذ الشفيع الشقص  
بقيمته أو بقيمة الدية فإن كان الذين وجبت عليهم الدية من أهل الإبل أخذ الشفيع  
الدار بقيمة الإبل وإن كانوا من أهل الذهب أخذ بالذهب ، وإن كانوا من أهل  
الورق أخذ بالورق ويقطع على الشفيع نحو ما كانت تقطع الدية على العاقلة<sup>(3)</sup>.

---

(1) - الخلع: لغة هو النزع والتجريد ، وأما الخلع عند الفقهاء فقد عرفوه بألفاظ مختلفة تبعاً  
لاختلاف مذاهبهم في كونه طلاقاً أو فسحاً ، فالحنفية يعرفونه بأنه عبارة عن : أخذ مال من  
المرأة بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع. وتعريفه عند الجمهور في الجملة هو :فرقة بعوض  
مقصود لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع. الموسوعة الفقهية مادة : خلع 19 / 155.

(2) - الصلح والإصلاح والمصالحة إنهاء الخصومة وقطع المنازعة ، مأخوذ من صلح الشيء  
إذا حسن وكمل خلاف الفساد . الغرياني:مدونة الفقه المالكي وأدلته 3 / 704 .

(3) - مالك بن أنس: المدونة الكبرى 14 / 442 .

## الفرع الثاني : شروط الشفعة في القانون المدني الجزائري .

### البند الأول : الشروط الخاصة بالبيع .

#### أولا / أن يكون البيع صرفا وتاما :

جاء في المادة 794 : " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية " (1) .

ومعنى ذلك أن الشفعة لا تتم حتى يسبقها عقد بيع قانوني قائم وموجود ، فعقد البيع الباطل لا وجود له ولا ينتج آثاره ، خلافا لعقد البيع القابل للإبطال فيجوز الأخذ بالشفعة فيه ، وأما بالنسبة لعقد البيع المعلق على شرط فاسخ فهو عقد كغيره من العقود الصحيحة إلا أن يتحقق الشرط الفاسخ .

ولا تثبت الشفعة في العقار الذي يوصى به أو الذي يقدم في شركة أو يقدم كمقابل للوفاء أو ما كان وفقا لعقد صلح لأنه كاشف عن الملك لا ناقل له ، والمبلغ المدفوع صلحا لا يمثل قيمة العقار .

ولا تثبت الشفعة أيضا لشريك نتيجة قسمة مال شائع أو مكتسب بتقادم طويل أو قصير أو بالاتصاق أو الهبة ولو كانت بعوض إلا أن تكون بيعا في الحقيقة فالشفعة فيها ثابتة .

ولا تجوز الشفعة في حال نزع ملكية العقار للمنفعة العامة لأنه لا يعد بيعا حتى لو حصل المنزوع ملكيته على تعويض يعادل ثمن العقار فهذا تعويض وليس ثمن والشفيع لا يستطيع أن يحل محل الدولة في تخصيص العقار للمنفعة العامة .

كما يشترط في عقد البيع أن لا يكون متضمنا على اعتبار خاص لشخصية المشتري، فإن كان التصرف من النوع الخاص الذي يكون فيه للمشتري اعتبار لم يجز الأخذ بالشفعة ، فمثلا لو أن الهيئات البلدية منحت أرضا تقع على طرف

(1) - القانون المدني الجزائري 146



النهر لمستأجر راعت حاله في كونه من صغار الفلاحين ، وقد سبق له استصلاحها لم يجز الأخذ بالشفعة .

ولا يجوز للشفيع أن يطالب بالشفعة متشبثا بالعقد الظاهر في حال كون البيع قد تم بشكل صوري وكان ساترا لهبة ، ويقع عبء إثبات ذلك على البائع أو المشتري.

إضافة لذلك يشترط أن يكون البيع تاما أي أنه قد أبرم بصفة نهائية وصار ملزما للطرفين ، وهذا لا يمنع جواز الأخذ بالشفعة في العقد الابتدائي الذي يقوم فيه المتعاقدان بإثبات رضائهما بالعقد واتفقهما على الشروط في انتظار إعادة تحريره في عقد نهائي إذا كان الاختلاف بسيطا بين العقدين، أما إذا كانت المغايرة جوهرية بين شروط العقد الابتدائي والنهائي كتعديل الثمن ونحوه فلا يستوي الحال في الأخذ بالشفعة (1) .

## البند الثاني : الشروط الخاصة بالشفيع .

### أولا/ ملكية الشفيع للعقار المشفوع به.

ورد في المادة 795 : " يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية :

- المالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.
- الشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي .
- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها " (2) .

إذا كان الشفيع يشفع بملك الرقبة أو بحق الانتفاع أو بملك حصة شائعة في عقار مملوك وجب أن يكون مالكا للعقار المشفوع به أو للرقبة أو مكتسبا لحق الانتفاع ، وتكون ملكيته سابقة على البيع ومستمرة إلى حين بيع العقار، وعلى هذا

(1) - أنور طلبه : الوسيط في شرح القانون المدني 343/5 - 344 نبيل إبراهيم سعد :

الوجيز في الحقوق العينية الأصلية 450-451-455-456

رمضان أبو السعود : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية 269 - 270 - 271

(2) - القانون المدني الجزائري 146

إذا ثبت أن الإتفاق على شراء العقار قد تم بين المشتري والبائع ولم يسجل البيع لم يكن للشفيع المطالبة بالشفعة إلا بعد التسجيل ؛ لأن مجرد المساومات والمفاوضات والوعد بالبيع غير كافية إذا لم يتم البيع ، ويلزم الشفيع إثبات ملكيته للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه .

واعتبر بعض فقهاء القانون إلى أن الشرط الأساسي للمطالبة بالشفعة أن يكون عقد ملكية الشفيع مسجلا ، فلا شفعة بعقد غير مسجل .

وتجوز الشفعة في البيع الباطل بطلانا نسبيا كالنقص في الأهلية أو العيب في الرضا كالغلط أو الإكراه أو التدليس؛ لأن مثل هذا العقد موجود حتى يقضى ببطلانه وفي جل هذه الأحوال فإن السند ينقل الملكية إلى الشفيع ، وتكون الملكية القائمة على ذلك معرضة للإبطال ، ولا يجوز للمشفوع ضده أن يتخلص من دعوى الشفعة بالدفع ببطلان سند الشفيع فحق الإبطال لم يتقرر لمصلحته .

ويلاحظ أنه إذا ثبت حق الشفيع في الشفعة ثم تقرر إبطال سند ملكيته بعد ذلك فإن الملكية تزول بأثر رجعي ، ولكن ليس لزوالها من أثر رجعي في الحق الذي ثبت للشفيع في الأخذ بالشفعة ، أما إن أبطل سند الملكية قبل ثبوت حق الشفيع في الشفعة تزول ملكيته وبالتالي فحقه في الشفعة يسقط ، لأن ملكية العقار المشفوع به لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة .

أما لو كان سند ملكية الشفيع باطلا بطلانا مطلقا أو كان صوريا فلا تثبت به الشفعة لأن سند التملك غير موجود أصلا ولو سجل .

وقد يكون سند ملكية الشفيع في تملكه للعقار المشفوع مستندا إلى التقادم المكسب للملكية ، فتصح شفيعته المستندة للتملك بهذا السبب ، فغن نازع المشفوع ضده الشفيع في تملكه بالتقادم ، كان للمحكمة أن تتحقق من توافر شروط كسب الملكية بالتقادم وإن ثبت لديها ذلك قضت بعد قبول دعوى الشفعة ، أما إن تبين لها أن المنازعة ليست على أساس صحيح قضت بالشفعة (1) .

(1) - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 9 / 581- رمضان أبو السعود :

الوجيز في الحقوق العينية الأصلية 214-215-317

## ثانيا: الشفعة رخصة تتصل بشخص الشفيع.

تقوم الشفعة على اعتبارات شخصية تخص الشفيع تتمثل في عدم اطمئنانه الشخصي للخلف الخاص لشريكه في ملكية العقار أو في حق الانتفاع ، ويرجع إليه التقدير في الأخذ بالشفعة من عدمها .

ويترتب على ذلك نتائج منها عدم جواز رفع دعوى غير مباشرة للمطالبة بالشفعة من جانب دائني الشفيع ، ذلك أن النيابة القانونية التي تتبني عليها هذه الدعوى تتمثل في المطالبة بحقوق الدائنين والشفعة رخصة وليست حقا .

ومنه أيضا عدم جواز الحوالة في الشفعة باعتبار أن الشفعة ترتبط بالعقار المشفوع به، فلا تثبت لشخص دون أن يكون صاحبا للحق العيني الوارد على العقار.

يجوز للشفيع أن يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة كما أشارت لذلك المادة 807 : " لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية :

- إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع ... " (1).

ويتم النزول عن الشفعة من جانب الشفيع في وقت لاحق على بيع العقار المشفوع فيه أو في وقت سابق على نشوء رخصته في الشفعة ، ويكون صريحا بالكتابة الرسمية أو العرفية أو شفاهة أو التصرف قانونيا و الانفرادي الدال على ذلك أو بالاستناد إلى اتفاق بين الشفيع والبائع ينصرف أثره على المشتري بناء على مبدأ الاشتراط لمصلحة الغير، وهذا في عقد البيع الذي تملك بمقتضاه الشفيع العقار المشفوع به ، والهدف من ذلك أن يكون المشتري في مأمن من الرجوع عليه بالشفعة ، فتعرض أخذ العقار المبيع للأخذ بالشفعة ينقص من إقبال الناس على شرائه لذلك حددت الإجراءات المتعلقة بالشفعة .

وقد يتنازل عن الشفعة بصورة ضمنية، كما لو أن الشفيع شهد على بيع العقار المشفوع فيه بدون أن يبدي تحفظا على ذلك أو يتوسط في إبرام العقد أو يكون وكيفا لأحد الطرفين أو يستأجر الشفيع من المشتري العقار المبيع .

(1) - القانون المدني الجزائري 149

والفرق بين النزول الصريح والضمني أن الأول يتحقق ويحدث أثره سواء علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم لأن صريح الإسقاط يستوي فيه العلم والجهل أما الثاني فيسقط حال العلم به (1) .

## ثالثا: توافر أهلية التصرف لدى الشفيع .

طالما أن الشفيع يحل محل المشتري في بيع العقار المشفوع فيه ، فله نفس حقوق المشتري وعليه التزاماته ، وبذلك يتعين تحقق الإرادة لدى الشفيع لنتجه إلى التمسك بالشفعة ، ويدخل ذلك ضمن أعمال التصرف .

ومن ذلك يلزم توافر أهلية التصرف لدى الشفيع ، فإن كانت أهليته ناقصة أو منعدمة بسبب صغر السن أو الحالة العقلية ، يجوز للولي أو الوصي أو القيم طلب الشفعة نيابة عنه بناء على إذن المحكمة بخلاف الأب فإنه لا يحتاج إلى استئذان من المحكمة .

فإذا كان للشفيع وكالة عامة للوكيل لم يجز له القانون الأخذ بالشفعة نيابة عن موكله ؛ لأن مقتضى الوكالة مقصور على أعمال الإدارة ، والأخذ بالشفعة يحتاج لوكالة خاصة، وهذا كما أشارت إليه المادة 574: " لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء " (2).

(1) - أحمد شوقي عبد الرحمن : الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية المتفرعة عنها " حق الملكية " 203 - 204- أحمد خالدي : الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري 269- رمضان أبو السعود :مصادر الالتزام : 264 .

(2) - القانون المدني الجزائري 110

وإذا كان المشتري أو المشفوع عليه قاصرا أو محجورا عليه ، ناب عنه وليه أو وصيه أو القيم عليه في الرضا بشفعة الغير أو مخاصمة نيابة عن وليه وعلى الوصي أو القيم استئذان المحكمة (1).

## رابعاً: أن لا يكون الشفيع ممنوعاً من شراء العقار المشفوع فيه.

وردت عدة حالات في القانون المدني الجزائري يمنع فيها بعض الأشخاص من شراء عقارات لأجل المصلحة العامة ، وعليه يمنع الشفيع بحكم القانون من الشفعة في هذه العقارات .

أ / ما ورد في المادة 410 : " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة ، كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى " (2) .

فيستفاد من النص أن من كان نائباً بمقتضى إتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة في بيع مال غيره كحال الوصي والقيم والوكيل عن الغائب والحارس القضائي، لم يجز له أن يشتري هذا المال لنفسه أو باسمه الشخصي أو باسم مستعار .

وكما أن النائب لم يجز له شراء العقار لنفسه ، لم يجز له كذلك أن يشفع في العقار الذي كلف ببيعه؛ لأن الأخذ بالشفعة في حكم الشراء، للتعارض بين المصلحة الشخصية ومصلحة الغير الذي ينوب عنه في البيع .

(1) - السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 9 / 589- أحمد شوقي عبد الرحمن

:الحقوق العينية الأصلية 207

(2) - القانون المدني الجزائري 72

وكذلك لو أجزت الشفعة للشفيع لتواطأ مع المشتري على ثمن رمزي ، وشروط يسيرة حتى إذا ما أخذ بالشفعة سهل عليه ذلك (1) .

ويسري نفس الحكم على السماسرة والخبراء في حكم من ينوبون عنه وهو ما أشارت إليه المادة 411: " لا يجوز للسماسرة ولا الخبراء أن يشتروا الأموال المعهودة إليهم أو تقدير قيمتها سواء بأنفسهم مباشرة أو باسم مستعار" (2) . وكذلك ما أشارت إليه المادة 402: " لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط أن يشتروا بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا " (3) .

ونصت أيضا المادة 403: " لا يجوز للمحامين وللمدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع عليها، سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة ، إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها وإلا كانت المعاملة باطلة " (4) . فالنصوص السابقة تبين أن عمال القضاء المحددين في النص القانوني يمنع عليهم شراء الحقوق المتنازع عليها ، وهذا إن كانت تدخل ضمن دائرة اختصاص المحكمة التي يعملون فيها ، وإن تم البيع فهو باطل لأنه مخالف للنظام العام وسبب ذلك خشية أن يستغل موظف القضاء نفوذه في شراء الحقوق المتنازع فيها وإن لم يقصد ذلك فإنه قد ألقى بشرائه الحق المتنازع فيه الشبهة في حياد ونزاهة القضاء ولذلك اعتبر من الإخلال بذلك من النظام العام.

ولما كان شراء العقار المتنازع فيه محضورا على عمال القضاء متى وقع النزاع في نطاق اختصاص المحكمة التي يعملون فيها ، لم يجز لهم كذلك

(1) - السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 9/ 102 وما بعدها- نبيل إبراهيم

سعد: الحقوق العينية الأصلية 469 - رمضان أبو السعود: مصادر الالتزام 313

(2) - القانون المدني الجزائري 72

(3) - القانون المدني الجزائري 71

(4) - القانون المدني الجزائري 71

أن يشفعوا في العقار إذا توافرت لهم الأسباب في الأخذ بالشفعة ، فمثلا لو باع شخص عقارا ينازعه آخر في ملكيته ، لم يجز للقاضي أو المحامي الذين يباشران عملهما في المحكمة المعروض عليها النزاع أن يأخذوا بالشفعة لأن النص السابق يمنع عنهما شراء العقار، وحكم الشفعة كحكم الشراء (1) .  
وكذلك الوكيل الذي رضي أن يكون وكيلاً في بيع العقار اعتبر ذلك بمثابة نزول ضمنى عن حقه في الأخذ بالشفعة وهو جائز (2) .

---

(1) - السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 9/ 218- 219- 592

(2) - رمضان أبو السعود: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية 313

## المطلب الثاني : إجراءات الشفعة

### في القانون المدني الجزائري .

لقد راعى التشريع الجزائري في تحديده لهذه الإجراءات اعتبار أن الشفعة قيد يرد على حرية التصرف ، ويتضمن معنى نزع الملكية جبرا من المشتري بحكم القضاء لذلك تتم هذه الإجراءات بطريقة مميزة ذات مواعيد قصيرة ، وهذا مراعاة لمبدأ استقرار المعاملات ، ورتب على عدم اتخاذ الشفيع هذه الإجراءات في مواعيدها المحددة سقوط حقه في الشفعة .

### الفرع الأول : الإنذار الرسمي للشفيع .

يعتبر الإنذار ورقة من أوراق المحضرين، يقوم البائع أو المشتري بتوجيهه إلى الشفيع لإثبات علم هذا الأخير بوقوع البيع وإلزامه باتخاذ باقي الإجراءات الخاصة بالشفعة في المواعيد المنصوص عليها في القانون المدني (1) .

فرض المشرع هذا الإجراء في المادة 799 : " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن عن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك " (2) .

ونصت المادة 800 : " يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية وإلا كان باطلا :

- بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافي ، بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799 " (3) .

(1) - نبيل إبراهيم سعد : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية 477

(2) - القانون المدني الجزائري 147

(3) - القانون المدني الجزائري 147



يتبين من خلال النصوص القانونية أن افتتاح إجراءات الشفعة يكون بالإنداز الرسمي الذي يوجه من البائع أو المشتري إلى الشفيع ، ويطلب منه إيداء رغبته في حالة ما إذا كان يريد الأخذ بالشفعة ، والغرض من هذا الإجراء تحفيز الشفيع في إيداء رغبته في الميعاد المحدد وإلا سقط حقه في الشفعة .

إذ أن المشرع الوضعي لم يقصد أن يجعل هذا الإنذار عرضاً ينعقد بموجبه عقد بين المشتري والشفيع يلتزم به الأول بنقل ملكية العين إلى الشفيع إذا رد عليه بالقبول وإنما أراد أن يقضي على كافة ضروب المنازعات التي قد تثور بشأن علم الشفيع بالبيع المثبت للشفعة ، بحيث يتخذ من هذا التاريخ بدءاً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة في حال إيداء رغبته .

أما التراضي الذي ينتج أثره في إتمام الشفعة فهو الذي يتم بعد إيداء الرغبة بقبول المشتري .

وفي حال تعدد الشفعاء سواء كانوا من طبقة واحدة أو من طبقات متعددة وجب توجيه الإنذار إلى كل واحد منه لاحتمال أن يترك أحدهم شفيعته فيأخذها الآخر (1) .  
ويجب أن تشتمل مذكرة الإنذار على ما يلي :

### أولاً / بيان العقار المشفوع فيه بيانا كافيا:

ويكون ذلك بتعيين العقار تعيينا كافيا بتحديد موقعه ومساحته وأي بيان من شأنه أن تنتفي معه الجهالة وللقاضي الحق في تقدير البيان أكان كافيا أم لا .

### ثانياً / بيان الثمن الذي بيع به العقار والمصاريف الرسمية:

يقصد بالمصاريف رسوم التوثيق والتسجيل وما يماثلها، أما المصاريف الأخرى كأتعاب المحاماة والسمسرة فليس من الواجب ذكرها، حيث يمكن أن تكون محلا

---

(1) - السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 9 / 625 - نبيل إبراهيم سعد: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية 480 - 478 أحمد شوقي عبد الرحمان: الحقوق العينية الأصلية والحقوق المتفرعة عنها 234 - 235 أنور العمروسي : الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني: 229 .

للمطالبة المستقلة ، وإذا طلبت هذه المصاريف أثناء سير الدعوى فلا تؤثر على الإنذار ولا تبطله ، ومع ذلك لا يجوز الدفع بعدم ورودها في الإنذار.

### ثالثا/ بيان شروط بيع العقار المشفوع

فيه:

وهي الشروط الأساسية التي لا بد للشفيع أن يكون على علم بها حتى يستطيع الموازنة بين الإقدام أو الإحجام عن الشفعة.

ويلزم الشفيع في كل الأحوال طبقا لأحكام المادة 801/2 " يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق ، خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة " (1).

كما أن الشفيع لا يستطيع الاستفادة من الأجل الممنوح للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع طبقا للمادة 804 من القانون المدني، فلو أن البائع وافق على ذلك لم يعف الشفيع من إيداع كامل الثمن كشرط لقيام الشفعة .  
ومن ثم فلا نفع يعود على الشفيع من علمه بشرط التأجيل ، وبالتالي فعدم اشتغال الإنذار على هذا الشرط لا يترتب عليه بطلانه.

### رابعا/ بيان اسم ولقب ومهنة وموطن المشتري

والبائع:

وهذا ليتعين للشفيع تعيينا كافيا حتى يمكنه إعلان رغبته .

### خامسا / أن يكون الإنذار بإبداء الرغبة رسميا :

يجب أن ينذر الشفيع بواسطة المحضر القضائي، ولا يغني الخطاب المسجل أو الموصى عليه مع العلم بوصوله، وكل إعلان لا يقع بهذا الشكل الرسمي لا يعد إنذارا حتى ولو اشتمل على جميع البيانات المطلوبة ، وبناء على ذلك

(1) - القانون المدني الجزائري 148

لا يصح التذرع بإعلان الشفيع بإبداء رغبته في صحيفة الدعوى ، فهذا لا يعد إنذارا بالمعنى الذي توجبه المادتان : 799 و 800 من القانون المدني (1) .

### سادسا / توجيه الإنذار الرسمي للشفيع في موطنه :

يجب أن يوجه الإنذار إلى الشفيع في المكان الذي يقيم فيه عادة لا في المكان الذي يباشر فيه تجارته أو حرفته، بحيث لا يعد هذا المكان موطننا له إلا بالنسبة إلى إدارة أعماله .

وإذا لم يشتمل الإنذار عن البيانات السابقة أو أنذر الشفيع في غير موطنه، فيعد هذا الإنذار باطلا، ولكن هذا لا يؤدي إلى سقوط حق الشفعة لأن عدم وصول الإنذار لا يحول دون الإعلان عن الرغبة بل إن للشفيع إبداء رغبته متى علم بالبيع.

### الفرع الثاني : التصريح بإعلان الرغبة في الأخذ

#### بالشفعة.

إن استعمال خيار إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة يعتبر عنصرا أساسيا في تحقيق الشفعة ولذا حددت نصوص القانون أحكاما تتعلق بإعلان الرغبة.

#### أولا : الأحكام المتعلقة بإعلان الرغبة .

#### أ - شكل إعلان الرغبة :

يشترط أن يكون الإعلان رسميا وإلا كان باطلا ، وهو ما ذكر في المادة 801 : " يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلا " (2) .

(1) - القانون المدني الجزائري 176 - 177 أحمد خالدي :الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري 205 - 206 أنور العمروسي :الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني 231 وما بعدها .

(2) - القانون المدني الجزائري 148

## ب\_ الأشخاص الذين يوجه إليهم الإعلان بالرغبة :

اشترط المشرع في المادة 799 من القانون المدني على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن عن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري ، فإذا تعدد البائعون أو المشترون وجب إعلامهم جميعا في الميعاد القانوني، فإذا وجه الإعلان إلى أحدهما أو وجه لأحدهما في الميعاد والآخر بعد فوات الميعاد ، كان الإعلان عن الرغبة باطلا ، وجاز لمن وصله الإعلان متأخرا أن يتمسك بسقوط حق الشفيع في الشفعة ، وباعتبار أن هذا الحق لا يتجزأ فإن سقوط الشفعة بالنسبة لواحد يعني سقوطها بالنسبة للآخرين وإذا كان الإعلان ناقصا جاز للشفيع إكماله بطلب لاحق يبلغ للبائع والمشتري في الميعاد (1) .

## ج - ميعاد إعلان الرغبة :

إذا علم الشفيع بوقوع البيع فله أن يبادر بالإعلان عن رغبته في الأخذ بالشفعة دون انتظار وصول الإنذار الرسمي الذي أشارت إليه المادة 799 من القانون المدني ولكن إذا أُنذر الشفيع رسميا يجب عليه أن يعلن عن رغبته خلال 30 يوما وفي حال لم يحصل إنذار وسجل البيع فله أن يعلن عن رغبته في خلال سنة من يوم تسجيل عقد البيع، وهو ما نصت عليه المادة 807 : " لا يمارس حق الشفعة :

- إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة ولو قبل البيع .
- إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون.
- وإذا لم ينذر الشفيع ولم يسجل عقد البيع ، فله الحق في الإعلان عن رغبته طالما أن شفيعته لم تسقط بالتقادم ، ويقدر تقادمها بمرور خمسة عشر سنة من يوم إتمام عقد البيع (2) .

(1) - أحمد خالدي : الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري : 206

وما بعدها - محمد حسين منصور: الحقوق العينية الأصلية 230-231

(2) - القانون المدني الجزائري 149 حسن كيرة : الموجز في أحكام القانون المدني الحقوق

العينية الأصلية : 608

إن تاريخ الإنذار الذي يبدأ منه حساب إعلان الرغبة هو تاريخ تسليم الإنذار إلى الشفيع أو إلى من يمثله على يد محضر قضائي، ويحسب ميعاد الثلاثين يوما وفقا لما تقتضيه قواعد قانون الإجراءات المدنية ، وبذلك لا يحسب اليوم الذي تسلم فيه الشفيع الإنذار الرسمي وإلا كان الميعاد ناقصا ، كما لا يحسب فيها يوم بدايتها ولا يوم نهايتها ، وإذا صادف آخر الميعاد يوم عطلة امتد على أول يوم عمل يليه كما أنه تعد من أيام العطلة الرسمية أيام الراحة الأسبوعية والأعياد الرسمية وفقا لأحكام المادتين 463 و 464 من قانون الإجراءات المدنية ومدة الثلاثين يوما تبدأ من اليوم الثاني لتبليغ الإنذار الموجه إلى الشفيع على يد المحضر القضائي وتنتهي في اليوم الذي يلي اليوم الأخير ، ويضاف إلى الميعاد مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك ، كما لو كان موطن البائع أو المشتري بعيدا الأمر الذي يتطلب وقتا إضافيا لإعلانها بالرغبة في الأخذ بالشفعة ، وإذا وقعت العطلة الرسمية خلال الميعاد فلا اعتبار بها .

والثابت في اجتهاد المحكمة العليا أنه إذا لم يوجه البائع أو المشتري الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 من القانون المدني إلى من يريد الأخذ بالشفعة فإن الميعاد المذكور لم يبدأ، وبالتالي فلا يسري الأجل في حق الشفيع ، ما دام أنه لم يعلم بالطرق القانونية وطبقا للقواعد العامة لشفيع الحق في إبداء رغبته خلال خمسة عشر سنة من تاريخ البيع وإلا سقط حقه بمقتضى النقاد (1) .

### الفرع الثالث : تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة :

باعتبار أن الشفيع يحل محل المشتري يلزم الشفيع بتسجيل إعلان الرغبة في الشفعة بعقد رسمي ويقوم الموثق بتحريره مع ما في ذلك من تسجيل وشهر ويعتبر هذا الإجراء جوهريا ؛ لأن عدم القيام به يترتب عليه خطر قيام المشتري بالتصرف في العقار المشفوع فيه ، ويصبح هذا ساريا في حق الشفيع الذي

(1) - أحمد خالدي: الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري 213-214

حسن كبيرة : الموجز في أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية 611 - عبد المنعم فرج

الصدء : الحقوق العينية الأصلية 440

لم يسجل إعلان رغبته، ولو تحصل على حكم بثبوت حقه في الشفعة ، وأما في حال التسجيل فلا يسري في حقه أي تصرف يصدر من المشتري ، وهذا ما أشارت إليه المادة 806 : " لا تكون حجة على الشفيع الرهون الاختصاصات مأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر منه ، وكل حق عيني رتبته المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم مالهم من حقوقهم الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار" (1).

والملاحظ أن القانون لم يحدد زمنا معيناً لتسجيل إعلان الرغبة فيمكن إجراء هذا التسجيل ولو بعد رفع دعوى الشفعة إلا أن الشفيع له المصلحة في التعجيل بتسجيل الإعلان حتى يأمن من الإحتجاج عليه، ومن أمثلته ما يقوم به المشتري من إعادة بيع العقار المشفوع فيه إلى مشتري آخر، وفي هذا لأمر يفرق بين حالين:

#### الحالة الأولى :

إذا باع مشتري العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة إلى مشتري ثان فإن هذا البيع الثاني لا ينفذ في حق الشفيع الذي سجل وأشهر عن رغبته ويصبح التصريح المسجل حجة ضد الغير .

#### الحالة الثانية :

إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة أو قبل الإعلان ، فيكون البيع الثاني نافذاً في حق الشفيع وهذا طبقاً لأحكام المادة 797 : " إذا اشترى شخص عقاراً تجوز الشفعة فيها قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 801 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني حسب الشروط التي اشترى بها" (2).

ومعنى هذا أن الشفيع لا يعتد بإعلان رغبته الأولى في الأخذ بالشفعة بل عليه أن يوجه إعلاناً ثانياً في البيع الثاني ضمن شروطه ، حيث يعتبر فيه المشتري

(1) - القانون المدني الجزائري 149

(2) - القانون المدني الجزائري 147

الأول بائعا في البيع الثاني، ويوجه للمشتري الثاني بوصفه مشتريا منه على شرط أن تكون الشفعة جائزة في البيع الثاني (1).

## الفرع الرابع : إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق.

أوجب المشرع على من يريد الأخذ بالشفعة أن يودع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق في الميعاد المحدد وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة ، وهذا حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 801 : " يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة" (2).

يستفاد مما سبق أن عدم قيام الشفيع بإيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق يعتبر من مسقطات الشفعة ، ويلزم الشفيع بهذا قبل رفع الدعوى ، وبهذا يكون إيداع الثمن لدى الموثق شرط لقبول دعوى الشفعة .

ويقصد بالمصاريف رسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه ، ورسوم تسجيله وشهره في المحافظة العقارية ، ورسوم استخراج الشهادات العقارية والتوثيقية ورسوم معاينة العقار المشفوع فيه إن وجدت.

ويمكن أن يتم الإيداع عند إعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة أو بعدها ولا يجوز التأخر عن أجل ثلاثين يوما من وقت وصول الإعلان إلى البائع أو المشتري ، وإذا حدث وتم إعلان البائع في يوم والمشتري في يوم أو يومين بعده فإن ميعاد الثلاثين يوما يسري من اليوم الذي يلي وصول الإعلان إلى المشتري .

(1) - أنور طلبه : الوسيط في شرح القانون المدني 418/3- أحمد خالدي : الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري 222-223.

(2) - القانون المدني الجزائري 148

ويودع الشفيع الثمن الحقيقي الذي ذكر في العقد أو علم به عن طريق سجلات الشهر العقاري، وإذا أحس الشفيع بأن المبلغ المذكور في العقد مبالغ فيه كان باستطاعته أن يثبت بكافة وسائل الإثبات أن الثمن المذكور ثمن صوري تواطأ عليه البائع والمشتري قصد التثبيط عن الأخذ بالشفعة .

ويجوز للبائع أو المشتري إثبات أن الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي المتفق عليه بينهما ، وأنهما قد فعلا ذلك تهربا من دفع رسوم التسجيل كاملة ، فإن قدرا على إثبات ذلك ألزم الشفيع بالثمن الحقيقي لا الثمن الصوري .  
وإذا تضمن العقد اتفاقا على تأجيل الثمن أو تقسيطه ، ووافق البائع على الاستفادة الشفيع من ذلك ، لما أمكن الشفيع ذلك ، ويلزم بإيداع الثمن الحقيقي وهذا طبقا لما تنص عليه المادة 804 : " يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ، إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع ... " (1) .

إن الفقرة الثانية من المادة 801 من القانون المدني تعتبر قاعدة قانونية آمرة تتعلق بإيداع الثمن الذي حصل به البيع ، وتتضمن الجزاء المترتب على مخالفتها وهو القضاء بسقوط حق الشفعة والقضاء بالسقوط هنا وجوبي ، وليس جوازي للمحكمة ولكن لهذه القاعدة استثناء أوردته الفقرة الأولى من المادة 23 من القانون رقم 02/97 المؤرخ في 1997/12/31 المتضمن لقانون المالية لسنة 1998 متعلقا بتعديل المادة 256 من الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل حيث وردت الأحكام التالية :

1- إن خمس ثمن نقل الملكية في جميع العقود الموثقة المتضمنة نقل الملكية لقاء عوض لكامل الملكية أو لملكية الرقبة أو حق الانتفاع لعقارات أو لمحلات تجارية يجب أن تدفع لزوما بمرأى وبين يدي الموثق محرر العقد .

(1) - القانون المدني الجزائري 148 السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد

664 / 9 - أنور طلبه : الوسيط في شرح القانون المدني 3 / 419



2- إذا كان الثمن أو جزء منه قابلاً للدفع ، فإن الدفع يتم عند حلول كل أجل بين يدي الموثق المحرر، ويلاحظ أن المشرع أوجب بداية إيداع الثمن ثم عدله وأوجب الخمس؛ وهذا حتى يعطى المهلة للبحث في سجلات إدارة الضرائب عما إذا كان البائع مديناً بالضرائب فتسهل جبايتها ، وأما إذا أسفر البحث عن عدم وجود دين عليه، فإن إدارة الضرائب ترفع يدها على المبلغ المودع لدى الموثق في أجل أقصاه ثلاثين يوماً وفقاً لتدابير الفقرة الثالثة من المادة 23 من نفس القانون حيث ورد فيها : " إن الموثقين والموثقين العموميين والمودعين الآخرين الذين تلقوا الأموال المماثلة لخمس ثمن نقل الملكية كإيداع لا يمكنهم التخلي عن الأموال إلا ضمن القواعد المنصوص عليها في المادة 431 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة والتي أحكامها مطبقة على جميع الحقوق والرسوم والضرائب السارية المفعول والتي تتكفل بها مصالح التحصيل المختصة ، غير أنه في حالة عدم تحصلهم على رد عن الوضعية الجبائية للبائع في أجل أقصاه ثلاثين يوماً... التخلي عن الأموال المودعة في حسابهم بدفعها للبائع " .

ويمكن القول أن تطبيق هذا النص يكون في حال ثبوت الشفعة بحكم القضاء أو بتراضي الأطراف ، فيجوز عندئذ أن يتفق البائع مع المشتري على الاستفادة من الأجل السابق منحه للمشتري أما قبل ثبوت الشفعة بحكم القضاء أو بالتراضي فإن الواجب إيداع الثمن والمصاريف حسب نص الفقرة 801 من القانون المدني<sup>(1)</sup>

(1) - أحمد الخالدي : الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري 228- 229

## الفرع الخامس: رفع دعوى الشفعة .

لبيان مراحل دعوى الشفعة يجب التطرق إلى: كيفية رفع الدعوى وميعاد رفعها والأشخاص الذين ترفع ضدهم ، والمحكمة المختصة بنظر الدعوى ، وجزاء مخالفة أحكام رفع الدعوى ، وطبيعة الحكم الصادر في دعوى الشفعة .

ولقد أشارت المادة 802: " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق " (1) .

### أولا/ كيفية رفع دعوى الشفعة

#### وميعادها.

لم يخص المشرع الجزائري دعوى الشفعة بقواعد خاصة في رفعها ، بل جعلها تخضع كغيرها من الدعاوى لقانون الإجراءات المدنية الذي ينص في المادة 12: " ترفع الدعوى إلى المحكمة إما بإيداع عريضة مكتوبة من المدعى أو وكيله ومؤرخة وموقعة منه لدى مكتب الضبط ، وإما بحضور المدعى أمام المحكمة وفي الحالة الأخيرة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعى الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع. وتفيد الدعاوى المرفوعة إلى المحكمة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء الأطراف ورقم القضية وتاريخ الجلسة " (2).

فيكون رفع دعوى الشفعة بقيام الشفيع بتحرير عريضة افتتاحية مؤرخة وموقع عليها من المدعى أو وكيله أو محاميه يضمنها بعد الديباجة الشكل والموضوع بحيث يلخص الطلب ومستنداته ، وأن تكون مصحوبة بعدد من النسخ بقدر عدد المدعى عليهم ، ويقدمها إلى كتابة ضبط المحكمة المختصة في القسم العقاري فيقوم الكاتب بقيد الدعوى في ذلك اليوم في سجل خاص مع بيان أسماء أطراف الدعوى ويعطي للقضية رقما حسب ترتيبها وتقييدها في السجل، ويحدد تاريخ

(1) - القانون المدني الجزائري 148

(2) - قانون الإجراءات المدنية 17

للجلسة ثم يؤشر عليها وينسخها ، فيحتفظ بالأصل ويسلم نسخة منها إلى المدعي من أجل أن يقوم بتسديد الرسوم القضائية مقابل وصل بذلك (1) .

ثم يكمل إجراءات التكليف بالحضور أمام المحكمة في الجلسة المحددة ويتصل بالمحضر القضائي فيسلمه نسخة العريضة الافتتاحية للقيام بتبليغ التكليف بالحضور إلى المدعى عليه أو المدعى عليهم وفقا للأحكام المبينة في المواد 22 و 23 و 24 و 26 من قانون الإجراءات المدنية .

وعندما يتسلم المحضر القضائي نسخ العريضة الافتتاحية فإنه يقوم بتحرير محضر تكليف بالحضور طبقا للمادة 13 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية التي تنص : " كل تكليف بالحضور إلى المحكمة يجب أن يتضمن مايلي :

- 1- اسم مقدم العريضة ولقبه ومهنته وموطنه .
- 2- تاريخ تسليم التكليف بالحضور ورقم الموظف القائم بالتبليغ وتوقيعه .
- 3- اسم المرسل إليه ومحل إقامته ، وذكر الشخص الذي تركت له نسخة التكليف بالحضور .

- 4- ذكر المحكمة المختصة بالطلب واليوم والساعة المحددين للمثول أمامها .
- 5- ملخص الموضوع ومستند الطلب" (2) .

وبعده يقوم المحضر القضائي بتبليغ التكليف بالحضور إلى المدعى عليه في أجل ثلاثين يوم المحددة في المادة 802 من القانون المدني .

ومما يلفت الانتباه أن عريضة دعوى الشفعة لا تخضع لعملية الشهر العقاري المنصوص عليها في المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 19/05/1993 التي تنص على أن : " دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو بإبطال أو بإلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارا لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها ... " وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها (3) .

(1) - أحمد خالدي :الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري 231 .

(2) - قانون الإجراءات المدنية 17- 18

(3) - قرار مؤرخ في 26/04/2000 في الملف رقم : 194437 المجلة القضائية سنة 2000

العدد الأول ص: 156 .

ويجب على المحضر القضائي مراعاة الميعاد المحدد لنظر الجلسة حسب نص المادة 26 من قانون الإجراءات المدنية ألا وهو عشرة أيام من تاريخ تسليم التكليف بالحضور على الأقل (1) .

وإذا لم يكن للشخص المكلف بالحضور موطن أو محل إقامة في الجزائر تكون المهلة الممنوحة له هي شهر واحد إذا كان يقيم بتونس أو المغرب وشهرين إذا كان يقيم في بلاد أخرى .

ويحسب ميعاد الثلاثين يوما الواجب رفع الدعوى فيها ابتداء من اليوم التالي الذي أعلم فيه كل من البائع والمشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة ، أما لو أعلن المشتري في يوم والبائع في يوم متأخر، فإن الميعاد يبدأ من اليوم التالي لإعلان البائع ، لا من اليوم الذي وقع فيه التصريح بالرغبة في الشفعة ، وفقا لاجتهاد المحكمة العليا (2) .

ويعد ميعاد الثلاثين يوما من مواعيد السقوط ، لا من مواعيد التقادم ، فلا يقبل الوقف، ويسري في حق الغائب وناقص الأهلية ، وهو لا يقبل الانقطاع إلا بتقديم عريضة افتتاح الدعوى إلى كتابة الضبط وعلى الشفيع مراعاة الميعاد المتقدم واحترامه (3) .

## ثانيا/ الأشخاص الذين ترفع عليهم الدعوى .

ورد في المادة 802 : " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق " (4) .

(1) - أحمد خالدي : الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري 232 - 233

(2) - قرار مؤرخ في 27/10/1999 في الملف رقم: 190.693 المجلة القضائية سنة : 2001 / 2 .249

(3) - أحمد خالدي : الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري 233 - 234

(4) - القانون المدني الجزائري 148

فيستفاد من النص القانوني أن دعوى الشفعة من الدعاوى التي يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين فيه ، وهم البائع والمشتري وإن تعددوا ، ومن ثم فمتى كانت الدعاوى غير مقبولة بالنسبة لبعض المشتريين فإنها تكون غير مقبولة بالنسبة للباقيين .

ولو أن الدعوى رفعت في أي مرحلة دون اختصام باقي الأطراف قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعد قبولها (1) .

وعلى الشفيع أن يراقب ما يطرأ على أطراف عقد البيع من تغيير في الصفة أو الحالة ليوجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذي أصبحوا عليه وقت اتخاذها .

كما أنه إذا رفع الطعن في الحكم الصادر في دعوى الشفعة من أي من هؤلاء دون أن يختصم فيه مع الأطراف الأخرى كان ذلك غير مقبول، ولأي من الخصوم التمسك بعد قبوله ، ومن ثم فإن بطلان الطعن بالنسبة للبائعين الذي لم يصح إعلانهم يستتبع بطلانه لجميع المطعون ضدهم .

وذكر فقهاء القانون حالة لا يسقط فيها حق الشفيع في الشفعة بالرغم أنه لم يخاصم كل الأطراف ، وهي الحالة التي لم يتضمن الإنذار فيها ذكر أطراف البيع فبنى الشفيع دعواه على ما ورد في الإنذار ثم تبين له وجود بائعين أو مشتريين آخرين وبالتالي لا يسقط حقه في الشفعة ، ويتعين عليه إدخالهم في الدعوى ولو بعد انقضاء ميعاد الثلاثين يوماً ، إذ أن الدعوى لا يؤثر فيها وقفها أو شطبها إذا استأنف الخصوم السير فيها بعد ذلك ولو بعد الثلاثين يوماً (2) .

وباعتبار أن الأخذ بالشفعة يعد من أعمال التصرف وليست من أعمال الإدارة فيشترط في الشفيع أهلية التصرف، فإن كان بالغ سن الرشد القانوني كامل الأهلية

---

(1) - أنور طلبه : الوسيط في القانون المدني 6 / 440- القرار المؤرخ في 19 / 11 / 1984  
ملف رقم: 34.331 المجلة القضائية لسنة 1990 العدد 52/2- السنهوري : الوسيط 9  
/ 672- معوض عبد التواب: المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني 677 .

(2) - أنور طلبه : الوسيط في القانون المدني 6 / 334-335-440 - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 9 / 673 .

جاز له أن يرفع دعوى الشفعة ، سواء كان ذلك بنفسه أو بواسطة وكيل ويشترط في الوكالة أن تكون خاصة بالشفعة طبقا لأحكام المادة 574: " لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لا سيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء ... " (1) .

أما إذا كانت الوكالة عامة ، فلا تصح لنيابة الوكيل عن الموكل في رفع دعوى الشفعة إلا إذا أجاز الموكل عمل وكيله ، فيحتج بالإجازة اللاحقة .

وإن كان الشفيع ناقص الأهلية محجورا عليه ، فترفع دعوى الشفعة من الولي أو الوصي أو المقدم فإن لم يكن للقاصر ولي أو وصي ، عين القاضي مقدما ليأخذ بالشفعة ، ويتعين على الولي أن يوضح صفته في الأخذ بالشفعة في حال إعلان الرغبة وفي عريضة الدعوى وإلا سقط حق القاصر في الأخذ بالشفعة .

والملاحظ أن الولي أو الوصي إذا طلب الشفعة لنفسه بالأصلالة ثم تبين أن العقار الذي يشفع به مملوك للقاصر التابع لولايته أو وصايته فلا يصح طلب الشفعة لنفسه طلبا نيابة عن القاصر ، بل لا بد أن ترفع دعوى الشفعة باسم القاصر وتقدم في الميعاد القانوني ، وإذا كان الوصي هو البائع وجب أن يعين رئيس المحكمة وصيا آخر يطلبها له (2) .

وقد تحدث حالة تعدد الشفعاء فتختلف مراتبهم ، وهو ما دلت عليه المادة 796 من القانون المدني ، وحينئذ لا يجوز رفع الدعوى إلا من الشفيع الأعلى مرتبة ولكن قد ترفع دعوى الشفعة من شفيع أدنى مرتبة ، وهذا في حال إنذار الشفيع الأدنى دون غيره من الشفعاء ، فيمضي في اتخاذ إجراءات الشفعة ، فإن لم يصدر حكم نهائي في دعوى الشفعة ولم يتم تسجيله أو إشهاره ، ولم ينقضي ميعاد السنة على هذا التسجيل ، جاز للشفيع الأعلى أن يتدخل هجوما طالبا أحقيته في أخذ العقار الشفعة ورفضاً للدعوى السابقة طبقا لأحكام المادة 459 و 94 من قانون الإجراءات المدنية.

(1) - القانون المدني الجزائري 110

(2) - أحمد الخالدي: الشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري: 235 - 236

فيعتبر حينئذ مدعيا في دعواه ويلتزم بكل التزامات الشفيع الذي لم ينذر بالبيع فيجب عليه إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري ، وإيداع الثمن لدى الموثق محرر البيع ، ورفع الدعوى خلال ثلاثين يوما من تمام الإعلان. ولما كانت دعوى الشفيع الأعلى ترفع بطريق التدخل الهجومي في الخصام وذلك بإثبات الطلبات بكتابة عريضة تودع لدى كتابة الضبط بعدد الخصوم مع دفع الرسوم القضائية ، فيمكن بذلك الاستغناء عن إعلان الرغبة لتحل عريضة الدعوى محله، فيقوم المتدخل في الخصام بتبليغ التكاليف بالحضور عن طريق المحضر القضائي، بناء على أحكام المادة 5 من القانون رقم 03/ 1 المؤرخ في 8 / 1 / 1991 تنفيذًا لأحكام المواد: 22 و 23 و 24 و 26 من قانون الإجراءات المدنية (1) .

ولذلك يكون الطريق الأنسب للتدخل الهجومي في الدعوى هو الطريق المعتاد لرفع الدعوى ، ويستقيم إذا سبقه إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق. فلو أن الشفيع الأعلى تدخل هجوميا مقدما لطلباته قبل أن يودع الثمن سقط حقه في الشفعة وبعد ذلك يقوم بإيداع عريضة لدى كتابة الضبط المحكمة ثم يحصل تبليغ التكاليف بالحضور لكل من البائع والمشتري والشفيع الأدنى مرتبة فحينئذ تلتزم المحكمة بالفصل في التدخل الهجومي باعتباره منفصلا عن الدعوى الأصلية.

وتسري الأحكام السابقة على ورثة من يتوفى من الخصوم ، فيجب إدخال ورثة من في الخصام مهما تعددوا ، وفقا لأحكام المواد : 81 و 22 و 23 و 26 من قانون الإجراءات المدنية ، فتمنح لهم المهلة الكافية لتقديم دفاعهم في موضوع الدعوى إذا طلبوا ذلك (2) .

---

(1) - أنور طلبه: الوسيط في القانون المدني 6 / 334 - 335 أحمد خالدي: الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري 236-237 .

(2) - أنور طلبه: الوسيط في القانون المدني 3 / 435- 436- أحمد خالدي: الشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري 237 وما بعدها .

## ثالثا/ المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة.

نصت المادة 802 : " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق " (1).

فتعتبر دعوى الشفعة من الدعاوى العينية التي يطالب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه بسبب من أسباب كسب الملكية هو الشفعة ، لذلك فالمحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة هي المحكمة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه ، وهذا طبقا للمادة 8 من قانون الإجراءات المدنية: " يكون الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه بالنسبة للدعاوي الخاصة بالأموال المنقولة و دعاوي الحقوق الشخصية العقارية وكذلك في جميع الدعاوي التي لم ينص فيها على اختصاص محلي خاص فإن لم يكن للمدعي عليه موطن معروف يعود في دائرتها محل مع ذلك ، ترفع الطلبات المتعلقة بالمواد المذكورة أدناه أمام الجهات القضائية دون سواها على الوجه التالي :

- في الدعاوى ترفع الطلبات المتعلقة بالمواد المذكورة أدناه أمام الجهات

القضائية دون سواها على الوجه التالي :

- في الدعاوى العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار أو دعاوى الإيجارات بما

فيها التجارية المتعلقة أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها " (2).

وذهب الفقه والقضاء إلى أن رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة

بنظرها لا يسقط الحق في الشفعة بمضي الميعاد .

بل إذا رفعت الدعوى خلال الثلاثين يوما أمام المحكمة المختصة ثم حكم بعدم

الاختصاص الطارئ أخرج الدعوى من دائرة اختصاص المحكمة ، فللشفيع

تجديدها أمام المحكمة المختصة .

(1) - القانون المدني الجزائري 148

(2) - قانون الإجراءات المدنية 10



كما أن رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة ، من شأنه أن يقطع ميعاد السقوط المقرر في المادة 802 من القانون المدني ، ويستمر هذا الانقطاع حتى صدور الحكم بعد الاختصاص، فيبدأ من تاريخ هذا صدور ميعاد الثلاثين يوماً الجديد يستطيع الشفيع بموجبه أن يرفع دعواه أمام المحكمة المختصة وهذا إعمالاً لنص المادة 317: " ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة " (1) .

## رابعاً/ طبيعة الحكم الصادر بثبوت حق الأخذ بالشفعة.

قضت المادة 803: " يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة سنداً لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري " (2) .  
فدعوى الشفعة تنتهي بصدور الحكم فيها فإن صدر لصالح الشفيع ، اعتبر هذا الحكم سنداً لملكيته ، وعلى ذلك يلزم الشفيع التقدم إلى المحافظة العقارية لشهر الحكم القضائي، الذي هو سند ملكيته وهو ما أكدته النص القانوني " ... دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالشهر العقاري " ولذلك جعلت العقود والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو تعديل أو انقضاء حق عيني عقاري بأن جعلها لا تنتج آثارها فيما بين العاقدين إلا من تاريخ الشهر، وهو ما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني .

فالتسجيل هو الإجراء الذي ينقل الملكية العقارية بين العاقدين ، وهو ما دلت عليه المادة 15 - 16 من قانون إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الصادر بالأمر 74 - 75 المؤرخ في 12 / 11 / 1975 ، وتعتبر القرارات والأحكام

(1) - القانون المدني الجزائري 54 السهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 675/9 - أحمد الخالدي : الشفعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري 239 وما بعدها .

(2) - القانون المدني الجزائري 148

القضائية المتضمنة حقوقا عقارية في حكم العقود إجراء الشهر حسب المادة 13-  
14 من الأمر 74 - 75 (1) .

---

(1) - الضيف كيفاجي: الشفعة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري رسالة ماجستير

الفصل الثالث :

## تطبيقات القاعدة

في الفقه المالكي و القانون المدني

الجزائري.

يتضمن هذا الفصل مايلي :

المبحث الأول : تطبيقات القاعدة في الفقه المالكي  
الشفعة أنموذجا .

المبحث الثاني : تطبيقات القاعدة في القانون المدني  
الجزائري .

المبحث الأول:

## تطبيقات القاعدة في الفقه المالكي الشفعة أنموذجاً .

يتضمن هذا المبحث ما يلي :

المطلب الأول : تطبيقات قاعدة الضرر يزال .

المطلب الثاني : تطبيقات قاعدة الضرر لا يزال بمثله

المطلب الثالث : تطبيقات قاعدة يتحمل الضرر الأخف  
لدفع الضرر الأشد .

المطلب الرابع : تطبيقات قاعدة يتحمل الضرر الخاص  
لدفع الضرر العام .

المطلب الأول : تطبيقات قاعدة  
الضرر يزال .

الفرع الأول : طبيعة الضرر المقصود  
دفعه بالشفعة .

اتفق الفقهاء على أن الشفعة قد شرعت لدفع الضرر إلا أنهم اختلفوا في نوع  
هذا الضرر وكان الخلاف بينهم كما يلي .

أ /الرأي الأول :

ذهب الحنفية إلى أن الضرر المقصود دفعه من تشريع الشفعة هو الضرر  
المترب عن سوء المشاركة أو الجوار؛ وبناء على ذلك فقد أثبتوا الشفعة للشريك  
في المبيع ثم الشريك في حقوق المبيع ثم للجار (1) .

ب/ الرأي الثاني :

ذهب المالكية في المشهور والشافعية (2)

(1) - قال الكاساني : " فسبب وجود الشفعة أحد الأشياء الثلاثة: الشركة في ملك المبيع  
والخطة وهي الشركة في حقوق الملك والجوار، وإن شئت قلت أحد الشئين : الشركة والجوار  
ثم الشركة نوعان شركة في ملك المبيع وشركة في حقوقه كالشرب والطريق وهذا عند  
أصحابنا رضي الله عنهم " بدائع الصنائع 4 / 5

قال الزيلعي : " وتجب للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق  
إن كان خاصا ثم للجار الملاصق " تبين الحقائق 239 / 5

(2) - قال الشيرازي : " ولا تثبت الشفعة إلا للشريك في ملك مشاع فأما الجار والقاسم فلا  
شفعة لهما... لأن الشفعة إنما تثبت لأنه يدخل عليه شريك فيتأذى به فتدعو الحاجة إلى  
مقاسمته فيدخل عليه الضرر بنقصان قيمة الملك وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق  
وهذا لا يوجد في المقسوم " المهذب 377 / 1

قال الشربيني : " والمعنى في دفع ضرر مؤونة القسمة واستحداث المرافق كالمصعد والمنور  
والبالوعة في الحصة الصائرة إليه " الإقناع 336 - 335 / 2

والحنابلة (1) إلى أن الضرر المقصود دفعه بالشفعة هو ضرر القسمة ولذلك فقد أثبتوا الشفعة للشريك في المبيع فقط فقالوا لا شفعة للجار .  
قال القرافي : " ولأن الشفعة وجبت لضرر القسمة وهذا لا ينقسم فلا شفعة " (2) .  
وعن ذلك قال الدسوقي : " إن قلنا إن سبب الشفعة دفع الضرر المقاسمة خصت بما ينقسم إذ لا يجاب لقسمة غيره " (3) .  
وقال شهاب الدين النفراوي : " ومنشأ الخلاف في سبب الشفعة هل هو ضرر الشركة أو ضرر القسمة إذا طلبها البعض وأبى غيره فمن قال بالأول أثبتها في الجميع .  
ومن قال شرعت لدفع ضرر القسمة منعها فيما لا ينقسم لانتفاء الضرر إذا لا يجبر الممتنع لها من طلبها عند عدم الإمكان أو مع الإمكان الذي يحصل منه فساد المقسوم الثاني " (4) .

---

(1) - قال ابن قدامة : " وجملة ذلك أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل إذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاه منه وإجبار له على المعاوضة مع ما ذكره الأصم لكن أثبتها الشرع لمصلحة راجحة ، فلا تثبت إلا بشروط أربعة : أحدها أن يكون الملك مشاعا غير مقسوم فأما الجار فلا شفعة له ... " المغني : 5 / 178 .

قال ابن مفلح : " ولا شفعة فيما لا تجب قسمته فيه كالحمام الصغير والبئر والطرق والعراض الضيقة طريقهما واحدا مشتركا لم يقتسموا ، فإذا صرفت الطرق وعرفت الحدود فلا شفعة " المبدع : 5 / 207

(2) - الذخيرة : 7 / 291

(3) - حاشية الدسوقي : 3 / 476

(4) - الفواكه الدواني : 2 / 151

## ج/ الرأي الثالث :

ذهب المالكية في قول والشافعية في قول<sup>(1)</sup>، والحنابلة في قول<sup>(2)</sup> والظاهرية<sup>(3)</sup> إلى أن الضرر المقصود دفعه بالشفعة هو ضرر الشركة في العقار أو المنقول وعلى هذا للشريك الشفعة سواء كان الشيء المشفوع به مما يقبل القسمة أو لا يقبلها.

قال ابن عبد البر: " واختلف عن مالك في الشفعة في الحمامات وفيما لا يحتمل القسمة أو يحتملها هي ضرر أحد المتقاسمين من صغار الحوانيت والدور والبيوت

---

(1) - قال النووي : " الشرط الثالث كونه منقسما فالعقار الذي لا يقبل القسمة لا شفعة فيه على المذهب وهو قوله الجديد، وقيل تثبت ومنهم من حكاه قولاً قديماً " روضة الطالبين 70 / 5 - 71 .

(2) - قال ابن القيم : "وقالت طائفة أخرى إنما شرعت الشفعة لرفع الضرر اللاحق بالشركة فإذا كانا شريكين في عين من الأعيان بإرث أو هبة أو وصية أو ابتياع أو نحو ذلك، لم يكن رفع ضرر أحدهما بأولى من رفع ضرر الآخر، فإذا باع نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبي إذ في ذلك إزالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه ، فإنه يصل إلى حقه من الثمن ويصل هذا إلى استبداده بالمبيع فيزول الضرر عنهما جميعاً وهذا مذهب من يرى الشفعة في الحيوان والثياب والشجر والجواهر والدور الصغار التي لا يمكن قسمتها وهذا قول أهل مكة وأهل الظاهر .

ونص عليه الإمام أحمد في رواية حنبل قال: قيل لأحمد : فالحيوان دابة تكون بين رجلين أو حمار أو ما كان من نحو ذلك ، قال: هذا كله أوكد لأن خليفته الشريك أحق به بالثمن وهذا لا يمكن قسمته فإذا عرضه على شريكه وإلا باعه بعد ذلك "إعلام الموقعين 140 / 2 .

(3) - قال ابن حزم بعد ذكره لأحاديث الشفعة: " فهذه آثار متواترة متظاهرة بكل ما قلنا جابر وابن عباس عن النبي ﷺ بأن الشفعة في كل مال وفي كل شيء وفي كل ما لم يقسم ورواها كذا عن جابر أبو الزبير سماعاً منه وعطاء وأبو سلمة ورواه عن ابن عباس ابن أبي مليكة فارتفع الإشكال جملة والله تعالى الحمد " المحلي 84 / 9 .

وسائر الرباع والأشهر عن مالك إيجابه الشفعة في الحمام وفي ذلك كله وهو الصحيح على أصله " (1).

وقال القرافي " قال صاحب المقدمات في شفعة ما لا ينقسم كالنخلة والشجرة قولان: الثبوت لابن القاسم في أحد قوليهِ ولأشهب لأنهما من جنس ما ينقسم . والنفي لمطرف وعلى هذا اختلاف المتأخرين في غلة الشفعة " (2).

## د/ الأدلة :

### 1- أدلة أصحاب الرأي الأول :

استدل أصحاب هذا الرأي على أن الضرر المقصود دفعه من تشريع الشفعة هو ضرر الشركة أو الجوار وعلى ذلك أثبتوا الشفعة للشريك أو الجار وفي ما ينقسم أو ما لا ينقسم .

## أ / من السنة :

1- ما روي عن جابر رضي الله عنه قال : ﴿ قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربحه أو حائط لا يطلح أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن باع فهو أحق به حتى يؤذنه ﴾ (3).

## وجه الدلالة :

يستفاد من الحديث أن الشفعة تجب للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق إن كان خاصا ثم للجار الملاصق (4).

2- عن سمرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ﴿ جار الدار أحق بالدار ﴾ (5).

(1) - الكافي : 1 / 463 .

(2) - الذخيرة : 7 / 290 .

(3) - سبق تخريجه 120

(4) - فخر الدين الزيلعي : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق 5 / 239.

(5) - الترميذي : السنن 3 / 641 كتاب الأحكام - باب ما جاء في الشفعة ح: 1368 .



## وجه الدلالة :

استدل بهذا الحديث القائلون بثبوت الشفعة للجار ويستعمل لفظ " جار الدار أحق " فيمن لا يكون غيره أحق منه، والشريك بهذه الصفة أحق من غيره ، وليس غيره أحق منه (1).

## ب/ من المعقول :

يثبت حق الشفعة بسبب الشركة لدفع أذى الدخيل وضرره وذلك متوقع الوجود عند المجاورة ، فورود الشرع هناك يكون ورودا هنا دلالة ، وتعليل النص بضرر القسمة غير سديد لأن القسمة ليست بضرر بل هي تكميل منافع الملك وهي ضرر غير واجب الدفع ؛ لأن القسمة مشروعة ولهذا لم تجب الشفعة بسبب الشركة في العروض دفعا لضرر القسمة (2) .

## 2- أدلة أصحاب الرأي الثاني :

استدل أصحاب هذا الرأي على أن الضرر المقصود من تشريع الشفعة هو ضرر القسمة بأدلة من السنة ، نذكر منها ما يلي :

أولا / الدليل من السنة :

- ما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: ﴿ قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفنت الطرق فلا شفعة ﴾ (3) .

---

أبو داود : السنن 3 / 286 كتاب البيوع - باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه ح : 3517 .

(1) - الشوكاني : نيل الأوطار 5 / 355 .

(2) - الكاساني : بدائع الصنائع 5 / 5 .

(3) - سبق تخريجه 116 .

## وجه الدلالة :

في الحديث ما ينفي الشفعة في كل ما لا يقسم ولا يحتمل قسمة ، ولا يصلح أن يصرف فيه الحدود ، وذلك ينفي الشفعة في الحيوان والعروض كلها لأنها ليست لموضع الحدود (1) .

وفي قوله : "وصرفت الطرق" أي بينت مصارفها وشوارعها بينهم أي الشركاء فلا شفعة فيه ؛ لأنه لا محل لها بعد تمييز الحقوق بالقسمة فصارت غير مشاعة . وهذا الحديث نص في ثبوت الشفعة في المشاع ، فصدره يشعر بثبوتها في المنقولات وسياقه يشعر باختصاصها بالعقار وهو مشهور مذهب مالك والشافعي وأحمد لأنه أكثر الأنواع ضرراً ، والمراد العقار المحتمل للقسمة فما لا يحتملها لا شفعة فيه لأن بقسمة تبطل منفعتة (2) .

## ثانياً / الدليل من أقوال الصحابة :

استدل أصحاب هذا الرأي بما ورد من أقوال بعض الصحابة .

1- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : ﴿ إذا صرفت الحدود وعرفه الناس حدودهم فلا شفعة بينهم ﴾ (3) .

(1) - ابن عبد البر : الاستنكار 7 / 68 .

قال ابن مفلح : " وقوله (الشفعة فيما لم يقسم) معناه أن الشفعة حاصلة أو ثابتة أو مستقرة في كل ما لم يقسم فما قسم لا تحصل فيه ولا تثبت ويؤكد هذا رواية الحصر" المبدع : 5 / 206 .

(2) - الزرقاني : شرح الزرقاني على موطأ مالك 3 / 462 .

(3) - ابن أبي شيبة : المصنف 4/520 كتاب البيوع و الأقضية - باب في الشفعة للأعرابي ح: 22745

البيهقي : السنن 6/105 كتاب الشفعة - باب الشفعة بالجوار ح: 11355

3- ما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: ﴿ لاشفعة في بئر ولا فحل ، والأرفع <sup>(1)</sup> يقطع كل شفعة ﴾ <sup>(2)</sup> .

وجه الدلالة :

قول عمر وعثمان رضي الله عنهما يدلان بوضوح على أن الشفعة تثبت للشريك دون الجار، وأن الحدود إذا بينت بين العقارات لم تثبت الشفعة فيها.

ثالثا / من المعقول :

فالشفعة تثبت في موضع أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطالب الداخل المقاسمة ، فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحدائه من المرافق وهذا لا يوجد في المقسوم <sup>(3)</sup> .

3- أدلة أصحاب الرأي الثالث :

استدل أصحاب هذا الرأي بأدلة من السنة وأقوال الصحابة والمعقول على أن الضرر المقصود دفعه بتشريع الشفعة هو ضرر الشركة ، ومن ثم تجب الشفعة في كل شيء مما يقبل القسمة أو لا يقبلها .  
أولا: الدليل من السنة .

- ما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه قال : قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم : ﴿ الشريك شفيع والشفعة في كل شيء ﴾ <sup>(4)</sup> .

(1) - الأرف: الحد والفصل ما بين الدور والضياح- ابن منظور: لسان العرب مادة أرف 4/9

(2) - البيهقي : السنن 6 / 105 كتاب الشفعة - باب الشفعة بالجوار ح : 14428  
عبد الرزاق : المصنف 8 / 88 كتاب البيوع - باب هل في الحيوان أو البئر أو النخل أو الدين شفعة ح : 14428

(3) - ابن قدامة : المغني 5 / 179

(4) - البيهقي : السنن 6 / 109 كتاب الشفعة - باب لا شفعة فيما ينقل ويحول ح : 11378  
الترمذي : السنن 3 / 654 كتاب الأحكام -باب ماجاء أن الشريك شفيع ح : 1371

- ما روي عن جابر بن عبد الله رضي عنه أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :  
﴿ من كان له شريك في ربة أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه  
فإن رضي أخذ ، وإن كره ترك ﴾ (1) .

### وجه الدلالة :

قال ابن حزم : " فهذه آثار متواترة متظاهرة بكل ما قلنا جابر وابن عباس  
عن النبي صلى الله عليه وسلم بأن الشفعة في كل مال وفي كل شيء وفي كل ما لم يقسم " (2) .

### ثالثا / من المعقول :

إن الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ من الضرر بالعقار الذي يقبل القسمة  
وإذا كان الشارع مريدا لرفع الضرر الأدنى فالأعلى أولى بالرفع ، ولو كانت  
الأحاديث مختصة بالعقار والعروض المنقسمة ، فإثبات الشفعة فيها تنبيه على  
ثبوتها فيما لا يقبل القسمة (3) .

### الرأي المختار :

بعد عرض آراء الفقهاء تبين لي أن ما ذهب إليه القائلون بثبوت الشفعة في كل  
شيء هو الراجح ، ذلك أن الشفعة شرعت لدفع ضرر الشريك الأجنبي أو ضرر  
القسمة أو ضرر الجوار إن كان طريق مشتركا بينهم ويستوي هذا في العقار  
أو المنقول، إذ أن الضرر ثابت في كليهما انطلاقا من قوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ لا ضرر  
ولا ضرار ﴾ (4) .

---

الدارقطني : السنن 4 / 222 كتاب في الأفضية والأحكام - باب ما جاء في المرأة تقتل إذا

ارتدت ح : 69

(1) - سبق تخريجه 117

(2) - المحلى : 4 / 82

(3) - ابن القيم : إعلام الموقعين 2 / 141

(4) - سبق تخريجه 37-38

## الفرع الثاني: الأخذ بالشفعة عند توالي البيع .

أولاً : تعريف توالي البيع .  
أ/ لغة :

- يعرف توالي البيع باعتباره مركب من لفظين هما توالي والبيع .  
قال ابن منظور: " تَلَا إِذَا اتَّبَعَ، فَهُوَ تَالٍ أَيْ: تَابِعٌ ، قَالَ ابْنُ الْأَعْرَابِيِّ: تَلَا اتَّبَعَ وَتَلَا إِذَا تَخَلَّفَ .

قال: تَتَلَّى تَتَّبَعُ وَيَتْلُوُ الشَّيْءَ: الَّذِي يَتْلُوهُ ، وَهَذَا تَلُوٌ هَذَا أَيْ: تَبَعُهُ ، وَوَقَعَ كَذَا تَلِيَّةً كَذَا أَيْ: عَقِبَهُ ، وَنَاقَةٌ مُتَلِيَةٌ: يَتْلُوهَا وَلَدَهَا أَيْ يَتَّبِعُهَا " (1) .  
قال زين الدين الرازي: " تَلَا تَلُوُ الشَّيْءَ الَّذِي يَتْلُوهُ وَتَلُوَ النَّاقَةُ وَلَدَهَا الَّذِي يَتْلُوهَا وَتَلَا الْقُرْآنَ يَتْلُوهُ تِلَاوَةً ، وَتَلَوْتُ الرَّجُلَ تَبَعْتَهُ ، وَبَابُهُ سَمَا وَجَاءَتْ الْخَيْلُ تَتَالِيًا أَيْ مُتَابِعَةً " (2) .

- وأما اللفظ الثاني وهو البيوع جمع بيع ، قال عنه ابن منظور: " البَيْعُ: ضِدُّ الشَّرَاءِ، وَالبَيْعُ: الشَّرَاءُ أَيْضًا، وَهُوَ مِنَ الْأَضْدَادِ ، وَبَعْتُ الشَّيْءَ: شَرَيْتُهُ، أَبَيْعُهُ بَيْعًا وَ مَبَيْعًا، وَهُوَ شَاذٌ وَقِيَاسُهُ مَبَاعًا وَالْإِبْتِيَاغُ: الْإِشْتِرَاءُ " (3) .

قال زين الدين الرازي: " بَاعَ الشَّيْءَ يَبِيعُهُ بَيْعًا وَمَبَيْعًا شَرَاهُ وَهُوَ شَاذٌ وَقِيَاسُهُ مَبَاعًا وَبَاعَهُ أَيْضًا اشْتَرَاهُ فَهُوَ مِنَ الْأَضْدَادِ " (4) .

## ب / اصطلاحاً .

باعتبار أن لفظ توالي البيع مركب إضافي فمعناه لا يخرج عن الجمع بين معنى التوالي أي التتابع والبيع بمعنى تتابع البيع .

(1) - لسان العرب : مادة : تلا 14 / 102

(2) - مختار الصحاح مادة : تلا 1 / 33

(3) - لسان العرب مادة : بيع 8 / 23

(4) - مختار الصحاح : مادة بيع 1 / 29

وعرف ابن عرفة البيع فقال: "عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة فتخرج الإجارة والكراء والنكاح وتدخل هبة الثواب والصرف والمراطلة والسلم" (1).

وبذلك يعلم أن توالي البيع هو تكرار عقود المعاوضة بصفة متماثلة من شخص لآخر.

## ثانيا : الأخذ بالشفعة حال توالي البيوع.

إذا اشترى شخص عقارا ثم باعه لآخر وأراد الشفيع أخذه بالشفعة ، فمن أين يأخذها يأخذها من المشتري الأول الذي أصبح بائعا أو من المشتري الثاني ؟ . وبأي الثمنين يلزم بألثمن الأعلى أو بالثمن الأدنى ؟ .

اتفق الفقهاء (2) على أن المشتري إذا تصرف بالعين قبل المطالبة بالشفعة اعتبر تصرفه صحيحا ومن ذلك تصرفه بالبيع .

ففي رواية ابن القاسم قال: قال مالك : " في الرجل يشتري الشقص من الدار فيبيعه من غيره ويبيعها ذلك أيضا من غيره ثم يأتي الشفيع أن له أن يأخذ أي صفقة شاء من ذلك " (3).

وبذلك يكون الشفيع حال علمه بالبيع مخير في الأخذ بثمن أي البيعتين . قال ابن عبد البر: " ولو أن أربعة نفر كان بينهم ربع (4)، فغاب أحدهم وباع الباقيون حصصهم من الربع من رجل واحد في ثلاث صفقات صفقة بعد صفقة لكل

---

(1) - الخطاب :مواهب الجليل شرح مختصر خليل 4 / 225 - الدردير :الشرح الكبير 867 / 2

(2) - قال ابن قدامة : " ولا نعلم بهذا خلافا وبه يقول مالك والشافعي والعبري وأصحاب الرأي ، وما كان في معنى البيع مما تجب به الشفعة فهو كالبيع في ما ذكرنا " المغني : 5 / 334

(3) - مالك بن أنس : المدونة الكبرى 14 / 454

(4) - الربع : قال الأصمعي: يريد في ربع من أهلي أي في مسكنهم بعد ربع . وقال أبو مالك: الربع مثل السكن وهما أهل البيت ، والرباع: الرجل الكثير شراء الرباع وهي المنازل . ابن منظور : لسان العرب 8 / 102

واحد منهم فقدم الغائب فقام بالشفعة، فله أن يأخذ أي صفقة شاء من الثلاث صفقات " (1) .

ففي هذه الحالة يكون الشفيع مخير في الأخذ بثمن بأي صفقة تمت إذا حدث البيع في حال غيابه .

وقال القرافي : " إذا تكررت البيعات أخذ بأي صفقة شاء ونقض ما بعدها لتقدم أخذه عليها ، وإن أخذ بالأخيرة ثبتت البياعات كلها " (2).

وقال في موضع آخر : " إذا اشترى حظ ثلاثة رجال في ثلاث صفقات فللشفيع أخذ ذلك بأي صفقة شاء ، فإن أخذ بالأولى لم يكن للمشتري الأول شفعة لعدم بقاء شركته أو بالثانية ، فالأول في الثانية وما بعدها بقدر حصته فيما اشتراه أو بالثالثة استشفع بالأولى والثانية ، فإن كانت الصفقة واحدة فليس له أخذ بعضهما لتضرر المشتري بتفريق الصفقة " (3) .

قال الحطاب : " ... من اشترى حظ ثلاثة رجال من دار في ثلاث صفقات فللشفيع أن يأخذ ذلك أو يأخذ أي صفقة شاء ؛ فإن أخذ الأولى لم يشفع معه فيها المبتاع ، وإن أخذ الثانية كان للمبتاع معه الشفعة بقدر صفقته الأولى فقط ، وإن أخذ الثالثة خاصة شفع فيها بالأولى والثانية " (4) .

### الرأي المختار:

من خلال عرض الأقوال السابقة يتبين أن للشفيع أحوال ذكرها فقهاء المالكية منها أنه إذا كان بمقدوره الأخذ بالشفعة في صفقة دون غيرها ، خرج منها المشتري المخصوص بالشفعة في حظه ، وكان غيره من المشتريين شركاء بالنسبة إليه .

(1) - الكافي : 1 / 441

(2) - الذخيرة : 7 / 352

(3) - المرجع السابق 7 / 357

(4) - مواهب الجليل : 5 / 327

وباعتبار أن الفقه الإسلامي عموماً والفقه المالكي خصوصاً يراعي قاعدة الضرر يزال فقد ذكر القرافي في المسألة السالفة أن الصفة إذا ترتب عن تفريقها ضرر بالمشترى ، ألزم الشفيع بالأخذ جملة أو أن يتنازل عن الشفعة حتى لا يتسبب ذلك في إلحاق الضرر بالغير، وهذا تطبيق لقاعدة الضرر يزال ، فمتى أمكن دفع الضرر وجب المصير إليه ما لم يكن ذلك معارضا لأدلة من الكتاب أو السنة .



## الفرع الثالث : إرث الشفعة .

إذا مات الشفيع بعد استحقاقه للشفعة فهل يثبت لورثته حق المطالبة بها بحكم إرثها عنه ، فاختلف العلماء في هذه المسألة إلى ثلاثة أقوال :  
القول الأول: تسقط مطلقا سواء طالب بها الشفيع قبل موته أم لم يطالب .

القول الثاني: تسقط إذا مات قبل المطالبة بها .

القول الثالث : لا تسقط مطلقا سواء طالب بها أم لم يطالب .

### أ / القول الأول :

ذهب الحسن وابن سيرين والشعبي وسفيان الثوري وإسحاق والنخعي والحنفية<sup>(1)</sup> إلى القول بسقوط حق الشفعة بموت الشفيع .  
وقالوا إن حق الشفعة لا ينتقل إلى الورثة مطلقا سواء طالب بها الشفيع قبل موته أم لم يطالب .

### وجه هذا القول :

- إن الأخذ بالشفعة يقترن برأي ومشية الشفيع بين أن يأخذ أو يترك ومجرد الرأي والمشية لا يتصور فيه الإرث لأنه لا يبقى بعد موت الشفيع ليخلفه الوارث فيه<sup>(2)</sup> .

---

(1) - قال السغدي : " ولو طلب الشفعة ثم مات الشفيع قبل الأخذ فليس لورثته أن يأخذوها لأن الشفعة حق ، والحقوق لا تورث ولا توهب في قول أبي حنيفة وأصحابه " فتاوى السغدي 1 / 503 - 504

قال الكاساني : " وأما الضروري فنحو أن يموت الشفيع بعد الطالبين قبل الأخذ بالشفعة فتبطل شفيعته " بدائع الصنائع 5 / 22

قال السمرقندي : " ولو مات الشفيع بعد طلب الشفعة والإشهاد على المشتري قبل أن يقضى له بالشفعة تبطل الشفعة عندنا ولا تثبت للورثة " تحفة الفقهاء 3 / 61

(2) - السرخسي : المبسوط 14 / 116

ب/ إن السبب الذي به كان الشفيع يأخذ بالشفعة زال بموته وهو ملكه وقيام السبب إلى وقت الأخذ شرط لثبوت حق الأخذ له ، ذلك أنه لو أزاله باختياره بأن باع ملكه قبل أن يأخذ البعض المشفوع لم يكن له أن يأخذ بالشفعة ، فكذا إذا زال بموته لأن استحقاق الشفعة يكون بسبب يبنبي على صفة الملكية (1) .

### القول الثاني :

ذهب الحنابلة في الصحيح من المذهب عندهم (2) ، والظاهرية (3) إلى أن حق الشفعة لا يورث إذا مات الشفيع قبل المطالبة به ، أما إذا طالب الشفيع بالشفعة قبل موته فيثبت ذلك الحق لورثته .

### وجه هذا القول :

أ / إن مات الشفيع بطلت شفيعته لأنه نوع خيار للتملك أشبه خيار القبول كما أننا لا نعلم بقاؤه على الشفعة لاحتمال رغبته عنها وبذلك لا ينتقل إلى الورثة ما يشك في ثبوته (4) .

(1) - السرخسي : المبسوط 14 / 116

(2) - قال ابن قدامة : " وجملة ذلك أن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها لم يخل من حالين أحدهما : أن يموت قبل الطلب بها فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة ... الحال الثانية إذا طالب بالشفعة ثم مات فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً " المغني 5 / 216

قال البهوتي : " وإن مات الشفيع قبل الطلب بطلت الشفعة ؛ لأنه خيار للتملك أشبه خيار القبول ، وإن مات بعده أي بعد الطلب ثبتت لوارثه لأن الحق قد تقرر بالطلب " الروض المربع 412/2 - 413

(3) - قال ابن حزم : " وإن مات الشفيع قبل أن يقول أنا أخذ شفيعتي فقد بطل حق لورثته في الأخذ بالشفعة أصلاً ؛ لأن الله تعالى إنما جعل الحق له لا لغيره والخيار لا يورث " المحلى 9 / 96

(4) - ابن مفلح : المبدع 5 / 222

ب/ إن الشفعة حق للشفيع فلا تثبت بدون مطالبته (1) .

### القول الثالث :

ذهب المالكية<sup>(2)</sup> والشافعية<sup>(3)</sup> وأهل الحجاز وقول عند الحنابلة<sup>(4)</sup> إلى القول بميراث حق الشفعة مطلقا إذا مات الشفيع سواء طالب بها قبل موته أو لم يطالب .

### وجه هذا القول :

- أن الشفعة خيار ثبت لدفع الضرر عن المال فيورث عن الشفيع كالرد بالبيع (5) .

### منشأ الخلاف :

إن أصل الخلاف في المسألة ينبني على مسألة إرث الحقوق هل تورث عن الميت كالأموال أولا تورث .  
فالحنفية ومن وافقهم لا يرون ميراث الحقوق إلا ما قام الدليل على إلحاقه بالأموال ، وأما المالكية والشافعية فيرون ميراث الحقوق قياسا على الأموال إلا ما قام الدليل على عدم إلحاقه بالأموال (6) .

(1) - المرداوي : الإنصاف 6 / 297

(2) - قال ابن عبد البر : " فأما ميراث الشفعة فذهب الثوري وسائر الكوفيين إلى أنها لا توهب ولا تورث لأنها لا ملكه ولا ماله ، وأما مالك والشافعي وسائر أهل الحجاز فإنهم يرون الشفعة موروثا لأنها حق من حقوق الميت يرثه عنه ورثته " الإستذكار : 7 / 74

(3) - قال الغزالي : " ومأخذه أن الوارث يأخذ بشركته الناجزة أو يرث حق الشفعة والأصح أنه يرث ويتفاوتان للتفاوت في الإرث " الوسيط : 4 / 94

(4) - قال ابن قدامة : " ويتخرج أن يورث لأنه خيار ثبت لدفع الضرر عن المال فيورث كالرد بالعيب " الكافي في فقه ابن حنبل 2 / 433 والمعنى أنه يتخرج على القول السابق ثبوت الشفعة للورثة بعد المطالبة الشفيع قبل وفاته.

(5) - ابن قدامة : المغني 5 / 216

(6) - ابن رشد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد 2 / 159 - 160

## الرأي المختار:

إذا كانت الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشفيع من سوء شركة الأجنبي، فالوارث يحل محل المورث في استحقاقه دفع الضرر عن نفسه من الشريك الأجنبي، فالضرر يزال سواء عن الشفيع أو عن المورث أو سائر أنواع الضرر الأخرى، وعن هذا قال الشوكاني: " فالظاهر أن الشفعة لا تبطل بموت الشفيع مطلقاً من غير فرق بين قبل الطلب وبعده لأنه حق يورث عنه كما تورث سائر الحقوق، ودفع الضرر غير مختص لمن كان موجوداً عند الشراء لأن وارثه يتضرر كما يتضرر وإذا مات الشفيع قبل أن يعلم بالبيع أو قبل أن يتمكن من الطلب فلوارثه ما كان له وهكذا " (1).

---

(1) - السيل الجرار : 3 / 177

## الفرع الرابع : حكم الشفعة في حالة إقرار البائع بالبيع وإنكار المشتري.

اختلف العلماء في ثبوت الشفعة إذا أقر البائع بالبيع وأنكره المشتري .

### القول الأول :

ذهب المالكية والشافعية في وجه عندهم<sup>(1)</sup> والحنابلة في أحد الوجهين<sup>(2)</sup>  
وعن ابن شريح<sup>(3)</sup> إلى القول بعدم ثبوت حق الشفعة للشريك .  
قال سحنون رواية عن مالك : " قلت : رأيت أن أقر البائع بالبيع ووجد  
المشتري البيع وقال: لم أشتري شيئاً ثم تحالفاً وتفاسخا البيع ، فقام الشفيع  
فقال: أنا آخذ بالشفعة بما أقررت لي أيها البائع ، قال: ما سمعت من مالك  
فيه شيئاً ولا أرى فيه شفعة ؛ لأن عهده على المشتري فإذا لم يثبت  
للمشتري ما اشتري فلا شفعة له " (4) .

(1) - قال الشيرازي : " وإن أقر أحد الشريكين في الدار أنه باع نصيبه من رجل ولم يقبض  
الثلث وصدقه الشريك وأنكر الرجل فقد اختلف أصحابنا فيه ... وذهب عامة أصحابنا إلى أنه  
تثبت الشفعة وهو جواب المزني فيما أجاب فيه على قول الشافعي رحمه الله ؛ لأنه أقر للشفيع  
بالشفعة وللمشتري بالملك فإذا أسقط أحدهما حقه لم يسقط حق الآخر ، كما لو أقر لرجلين بحق  
فكذبه أحدهما وصدقه الآخر" المهذب 384/1

(2) - قال ابن قدامة : " وإن أقر البائع بالبيع وأنكره المشتري ففيه وجهان أحدهما لا تثبت

الشفعة لأن الشراء لم يثبت فلا تثبت الشفعة التابعة له " الكافي في فقه ابن حنبل 2 / 428

(3) - الحارث بن سريج البغدادي أبو عمرو النقال وهو الذي حمل كتاب الرسالة  
إلى عبد الرحمن بن مهدي توفي سنة 236 هـ وقد تكلموا فيه وضعفوه نقل عنه  
الرافعي في باب حد السرقة وباب قاطع الطريق - أبو بكر بن القاضي شهبة :

طبقات الشافعية 2 / 60

(4) - المدونة الكبرى 14 / 423

## وجه هذا القول :

- إن الشفعة فرع للبيع ، وإذا لم يثبت البيع وهو الأصل لم يثبت فرعه وهي الشفعة (1) .

## القول الثاني :

ذهب الحنفية<sup>(2)</sup> والشافعية في أحد الوجهين<sup>(3)</sup> والحنابلة في أقوى الوجهين عندهم<sup>(4)</sup> إلى القول بثبوت حق الشفعة .

## وجه هذا القول :

أن البائع حينما أقر بالبيع تضمن ثبوت حقين :

- حق للشفيع في الأخذ بالشفعة .

- حق للمشتري في الشراء .

فإذا سقط حق المشتري بإنكاره ثبت حق الشفيع في الشفعة (5) .

## الرأي المختار :

من خلال عرض القولين يتبين لي أن ما ذهب إليه من قال بثبوت الشفعة في حال إنكار المشتري هو الراجح ، ذلك أن الشفعة شرعت لدفع

(1) - ابن قدامة : المغني 5 / 186

(2) - قال السرخسي : " وإن أنكر المشتري الشراء وأقر به الشركاء جميعا فشهادتهم أيضا باطلة لأنهم يشهدون على فعل أنفسهم ويثبتون الثمن لهم في ذمة المشتري ، وللشفيع أن يأخذ الدار كلها بالشفعة لثبوت البيع في جميعها عند إقرارهم بذلك " المبسوط : 14 / 121

(3) - قال الشربيني : " فإن اعترف الشريك القديم وهو البائع بالبيع للمشتري المنكر للشراء والمشفوع بيده أو بيد المشتري وقال : إنه وديعة له أو عارية أو نحو ذلك فالأصح ثبوت الشفعة لطالب الشقص ؛ لأن إقراره يتضمن إثبات حق المشتري وحق الشفيع ، فلا يبطل حق الشفيع بإنكار المشتري كما لا يبطل حق المشتري بإنكار الشفيع " مغني المحتاج 2 / 304

(4) - قال المرادوي : " وإن أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري فهل تجب الشفعة على وجهين ... أحدهما تجب وهو المذهب " الإنصاف 6 / 309

(5) - ابن قدامة : المغني 5 / 186

ضرر سوء المشاركة أو غيره ، فإن كان الشفيع في حاجة ماسة لدفع هذا الضرر عن نفسه ، كان له أن يأخذ بالشفعة ولو أن المشتري أنكر ذلك وتكون عهده على البائع الذي أقر بخروج المبيع عن ملكه ؛ لأن مقصود البائع هو الثمن وقد حصل له من الشفيع ، ومقصود الشفيع جمع شتات ملكية العقار والله أعلم.

## الفرع الخامس : حكم الشفعة للصغير.

إذا كان الشفيع صغيراً لم يبلغ سن الرشد فقد اختلف العلماء في حكم شفعته على قولين :

### القول الأول :

وهو ما ذهب إليه ابن أبي ليلى والمروى عن النخعي حيث قالوا بعدم ثبوت الشفعة للصغير وليس له حق في انتظاره بها حتى البلوغ ولا يحق لوليه الأخذ بها له .

### وجه هذا القول :

أن الصبي لا يمكنه الأخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الإضرار بالمشتري وليس للولي الأخذ لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ<sup>(1)</sup> .

### القول الثاني :

وهو قول جمهور العلماء منهم الحسن البصري<sup>(2)</sup> وعطاء بن أبي رباح<sup>(3)</sup> والأئمة الأربعة<sup>(4)</sup> قالوا جميعاً بثبوت حق الشفعة للصغير ويتولى

(1) - ابن قدامة :المغني 5 / 195

(2) - هو الحسن بن أبي الحسن يسار، أبو سعيد، مولى زيد بن ثابت الأنصاري ولد الحسن رحمة الله عليه لسنتين بقيتا من خلافة عمر واسم أمه خيرة ثم نشأ الحسن بوادي القرى وكانت تخرجه أمه إلى أصحاب رسول الله ﷺ وهو صغير، فكانوا يدعون له فأخرجته إلى عمر فدعا له قال: اللهم فقهه في الدين وحببه إلى الناس . كان سيد أهل زمانه علماً وعملاً روى عن خلق من الصحابة . الذهبي : سير أعلام النبلاء 4 / 563- 564 .

(3) - أبو محمد عطاء بن أبي رباح بن صفوان مولى بني فهر أو جمح المكي، كان من أجلاء الفقهاء وتابعي مكة وزهادها، سمع جابر بن عبد الله الأنصاري وعبد الله بن عباس وعبد الله بن الزبير وخلقاً كثيراً من الصحابة رضوان الله عليهم، وقال إبراهيم بن عمر ابن كيسان: أذكرهم



الأخذ بها وليه ، سواء كان أبا أو جدا أو وصيا أو حاكما فإن لم يكن له ولي فهو على حقه في الشفعة حتى يبلغ سن الرشد فإن شاء أخذ وإن شاء ترك (1) .

## وجه هذا القول :

إن الصغير يكون مساويا للكبير في الاستحقاق بالشفعة ، ومن ثم فهو محتاج إلى الأخذ بها لدفع الضرر عن نفسه (2) .

---

في زمان بني أمية يأمرون في الحج صائحاً يصيح: لا يفتي الناس إلا عطاء بن أبي رباح ، توفي سنة خمس عشرة ومائة، وقيل أربع عشرة ومائة، وعمره ثمان وثمانون.  
ابن خلكان : وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان . 3 / 261 - 262 .

(4) - قال ابن نجيم : " وصح تسليمهم الشفعة من الأب والوصي والوكيل يعني أن الحمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهما في سببه ، فيقوم بالطلب والأخذ والتسلم من يقوم مقامهما وهو الأب ثم وصيه ثم أب الأب ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي فإن لم يكن أحد فهو على شفעתه حتى يدرك وهذا قول الأمام وأبي يوسف " البحر الرائق : 8 / 166

قال سحنون : " قلت : رأيت شفعة الصغير أن سلمها الأب أو الوصي أيجوز ذلك على الصغير في قول مالك قال: نعم قلت : فإن لم يكن له وصي ، قال: القاضي ينظر له قلت: فإن سلم القاضي شفעתه ، قال :إذا رأى القاضي أن يسلم شفעתه فذلك جائز على الصغير في رأيي " المدونة الكبرى : 14 / 447

قال الشريبي : " الشفعة التي يأخذها الولي لليتيم ليست على الفور بل في حق الولي على التراخي قطعا حتى لو أخرها أو عفا عنها لم يسقط لأجل اليتيم صرح به الإمام وغيره " مغني المحتاج 2 / 307

قال ابن تيمية : " ولو ترك الوصي شفعة الصبي فهي له إذا بلغ نص عليه " المحرر في الفقه : 1 / 365

(1) - مالك بن أنس: المدونة الكبرى 14 / 403

(2) - السرخسي: المبسوط 14 / 99

## الرأي المختار :

من خلال عرض رأي الفريقين يتضح لي أن القول بأحقية الصغير في الشفعة هو الراجح ، وهذا لاعتبارات منها أن الأحاديث الواردة في مشروعية الشفعة تناولت الحفاظ على أموال الشركاء وعدم الإضرار بهم سواء كان الشريك كبيرا أو صغيرا ، فلا فرق بين الصغير والكبير في حق الأخذ بالشفعة ، والتفريق يحتاج إلى دليل ، إذ أن كليهما يحتاج لدفع الضرر عن نفسه من خلال حقه في الشفعة والله أعلم .

# المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة الضرر لايزال بمثله .

## الفرع الأول: الشفعة في الطريق.

اتفق الفقهاء على أن الأرض إن كانت ملكا مشاعا وباع أحدهم حصته من الأرض والطريق ، فلشريكه أن يشفع في الأرض والطريق وهذا بالاتفاق .  
اختلف الفقهاء في الشفعة في الطريق الخاص بين الشركاء إذا بيعت الدار أو الأرض أو قسمت وبقي الطريق الموصل للدار مشتركا ، فهل تثبت الشفعة في الطريق أو لا ؟ .

### أولا/ القول الأول :

ذهب الحنفية<sup>(1)</sup>والشافعية<sup>(2)</sup>والحنابلة<sup>(3)</sup> إلى ثبوت الشفعة في الطريق على تفصيل في الطريق التي تثبت بها الشفعة .

---

(1) - قال محمد بن الحسن الشيباني : " أخبرنا محمد قال : قال أبو حنيفة الشريك في الدار أحق بالشفعة من غيره ، وإن سلم الشفعة أو لم يكن فيها شريك فالشريك في الطريق أحق بالشفعة من غيره بعد الشريك في الدار فإن سلم أو لم يكن فيها شريك في الطريق فالجار الملاصق للدار أحق بالشفعة من غيره " الحجة 3 / 67  
وقال السرخسي : " والشريك في الأرض أحق بالشفعة من الشريك في الشرب كما أن الشريك في نفس المنزل أحق بالشفعة من الشريك في الطريق " . المبسوط 14 / 132  
ويشترط في الطريق أن يكون خاصا وعن ذلك قال ابن نجيم : " والطريق وإن لم يكن خاصا لا يستحق به الشفعة .

والطريق الخاص : أن يكون غير نافذ ، وإن كان نافذا فليس بخاص ، وإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة ، فبيعت دار في السفلي فلاهلها الشفعة لا غير، وإن بيعت في العليا كان لهم وللعليا جميعا لأن في العليا حقا " .

(2) - قال الشيرازي : " وأما الطريق المشترك في درب مملوك ينظر فيه :

## ثانيا / القول الثاني :

وهو قول للمالكية حيث لم يثبتوا الشفعة في الطريق .

فإن كان ضيقا إذا قسم لم يصب كل واحد منهم طريقا يدخل فيه إلى ملكه فلا شفعة فيه .  
وإن كان واسعا نظرت فإن كان للدار المبيعة طريق آخر وجبت الشفعة في الطريق لأنه أرض  
مشتركة تحتل القسمة ، ولا ضرر على أحد في أخذه بالشفعة فأشبهه غير الطريق .  
وإن لم يكن للدار طريق غيره ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا شفعة فيه ؛ لأننا لو أثبتنا الشفعة فيه أضررنا بالمشتري ؛ لأنه يبقى ملكه بغير طريق  
والضرر لا يزال بالضرر .

والثاني : تثبت فيه الشفعة لأنه أرض تحتل القسمة فتثبت فيها الشفعة كغير الطريق .  
والثالث : أنه إن مكن الشفيع المشتري من دخول الدار ثبت له الشفعة ، وإن لم يمكنه فلا شفعة  
لأنه مع التمكين يمكن دفع الضرر من غير إضرار ، ولا يمكن مع عدم التمكين إلا بالإضرار "   
المهذب 377 / 1

(3) - وأما الحنابلة فقد ميزوا بين الطريق النافذ وغير النافذ في ثبوت الشفعة حيث  
قال ابن قدامة : " فأما الطريق فإن الدار إذا بيعت ، ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة  
في تلك الدار ولا في الطريق لأنه لا شركة لأحد في ذلك وإن كان الطريق في درب غير نافذ  
ولا طريق للدار سوى تلك الطريق فلا شفعة أيضا؛ لأن إثبات ذلك يضر بالمشتري لأن الدار تبقى  
لا طريق لها .

وإن كان للدار باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها إلى طريق نافذ نظرنا  
في طريق المبيع مع الدار :

فإن كان ممرا لا تمكن قسمته فلا شفعة فيه ، وإن كان تمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لأنه أرض  
مشتركة تحتل القسمة فوجب في الشفعة كغير الطريق " المغني 181 / 5

وإلى هذا أشار ابن مفلح فقال : " قوله وإن بيعت دار لها طريق في درب لا ينفذ فليل لا شفعة فيه  
بالشركة فيه فقط ، وقيل بلى والأشهر يجب إن كان للمشتري طريق غيره أو أمكن فتح بابه  
الشارع " الفروع 398 / 4

قال الحطاب : " ولا شفعة بالجوار والملاصقة في سكة أو غيرها ولا بالشركة في الطريق ومن له طريق في دار فبيعت الدار فلا شفعة له فيها " (1) .  
ويستثنى من ذلك الطريق إذا كان الأصل غير مقسوم حيث قال أبو الحسن المالكي : " وكذا لا شفعة في طريق خاص بين الشركاء إلى الدار أو إلى الجنان .  
وأما الطريق العام : فلا يجوز بيعه ... هذا إذا كان الأصل مقسوما .  
يدل على ذلك قوله : (ولا) في عرصة دار قد قسمت بيوتها .  
وأما إذا كان الأصل غير مقسوم وباع أحد الشريكين حصته من الأصل والطريق فلشريكه الشفعة في الأصل والطريق باتفاق " (2) .

### ثالثا : الرأي المختار .

من خلال ما سبق من عرض آراء الفريقين يتضح لي أن ما ذهب إليه من فصل في مسألة الشفعة في الطريق هو الراجح في حدود علمي ، وهذا تطبيقا لقاعدة الضرر لا يزال بضرر مثله ، فلو أثبتنا الشفعة على الإطلاق ولو لم يكن مشتري الأرض إلا هذا الطريق لنتج عن ذلك أننا دفعنا الضرر عن الشفيع وأوقعنا ضررا مساويا له أو أشد منه على المشتري وذلك بقطع الطريق عنه، والضرر لا يزال بمثله.

وعلى ذلك ينظر إلى حال الطريق المشفوع فيه بين كونه عاما أو خاصا ، فإن كان عاما لم تثبت الشفعة فيه لأن إثبات الشفعة فيه ينجم عنه ضرر عام أشد من الضرر الذي لحق بالشفيع .

وإن كان الطريق خاصا وللأرض المشفوع فيها غير ذلك الطريق تثبتت الشفعة فيه وأما إن لم يكن للأرض إلا ذلك الطريق لم تثبت الشفعة فيه والله أعلم .

(1) - مواهب الجليل : 312 / 5

(2) - كفاية الطالب الرباني : 326 / 2

## الفرع الثاني : الشفعة في البيع على الخيار .

اتفق الفقهاء<sup>(1)</sup> على عدم وجوب الشفعة إذا كان شرط الخيار للبائع لعدم لزوم البيع وخيار البائع يمنع زوال ملكه عن المبيع ، فإذا انتهت مدة الخيار لزم البيع وحينئذ تثبت الشفعة ، وكذلك الحال إذا كان الخيار للبائع والمشتري معا .  
أما إذا كان الخيار للمشتري وحده فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة على قولين :

### أولا / القول الأول :

ذهب الحنفية<sup>(2)</sup> والشافعية<sup>(3)</sup> إلى ثبوت الشفعة في بيع الخيار إذا كان الخيار للمشتري لخروج الملك عن البائع ، وأما إن كان الخيار للبائع فلا تثبت الشفعة لتعلق حق البائع به .

---

(1) - نقل الاتفاق ابن رشد فقال: " واتفق العلماء على أن المبيع الذي بالخيار أنه إذا كان الخيار فيه للبائع أن الشفعة لا تجب حتى يجب البيع " بداية المجتهد 2 / 195  
(2) - قال ابن نجيم: " وإن بيعت بخيار البائع لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة لأن شرط وجوبها الخروج عن ملكه ... ووجوب الشفعة تتبني على انقطاع حق الملك بالبيع وهو ينقطع حينئذ " البحر الرائق 8 / 158  
قال السرخسي: " وإذا كان المشتري شرط الخيار لنفسه ثلاثا في الشراء فللشفيع الشفعة .  
أما عند أبي يوسف ومحمد لأنه صار مالكا للدار وعندهما خيار الشرط كخيار الرؤية والعيب للمشتري فلا يمنع وجوب الشفعة .

وعند أبي حنيفة المشتري أن لم يملك الدار بشرط الخيار فقد خرجت الدار من ملك البائع وانقطع حقه عنها لكون البيع باقي في جانبه ووجوب الشفعة تعتمد انقطاع حق البائع لا ثبوت الملك للمشتري " المبسوط 14 / 142

(3) - قال الشافعي : " وإذا باع الرجل شقفا في دار على أن البائع بالخيار والمبتاع فلا شفعة حتى يسلم البائع المشتري ، وإن كان الخيار للمشتري دون البائع فقد خرجت من ملك البائع برضاه وجعل الخيار للمشتري ففيها الشفعة " الأم 4 / 4

## ثانيا / القول الثاني :

ذهب المالكية والحنابلة (1) إلى عدم ثبوت الشفعة في البيع الذي يكون فيه الخيار سواء كان الخيار للبائع أو المشتري لأن البيع غير لازم .

قال مالك : ومن ابتاع شقصا بالخيار له أو لبائعه فلا شفعة حتى ينفذ البيع (2).

قال ابن عبد البر : " ولو باع نصف دار له بيع خيار ثم باع النصف الآخر بيعا

بتلا كان لصاحب البيع البتل الشفعة إن كان الخيار للمبتاع واختار تمام البيع .

وإن كان الخيار للبائع فاختار رد البيع فلا شفعة في ذلك " (3) .

قال القرافي : " لا شفعة في بيع الخيار حتى يتم البيع " (4) .

ونكر خليل بيع الخيار ضمن الحالات التي لا تجب الشفعة فيها فقال : " وخيار

إلا بعد مضيه " (5) .

قال المواق " من أركان الشفعة المأخوذ منه وهو كل من تجدد ملكه اللازم

اختيارا احترزنا بالمتجدد من رجلين اشتريا دارا معا فلا شفعة لأحدهما على الآخر

واحترزنا باللازم عن الشراء في زمن الخيار " (6) .

---

(1) - قال ابن قدامة : " ولا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لهما

أو لأحدهما وحده أيهما " المغني 5 / 185

قال ابن مفلح : " ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضاؤه نص عليه ؛ لأن في الأخذ إلزام

المشتري بالعقد قبل رضاه بالتزامه وإيجاب العهدة عليه وتقويت حقه من الرجوع في عين

الثمن ولا فرق فيه بين خيار المجلس أو الشرط وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما "

المبدع 5 / 229

(2) - ابن أبي زيد القيرواني : النوادر والزيادات 11 / 179

(3) - الكافي : 1 / 439

(4) - الذخيرة : 7 / 307

(5) - مختصر خليل : 1 / 233

(6) - التاج والإكليل : 5 / 315

## ثالثاً/ الرأي المختار:

باعتبار أن الشفعة شرعت في الأصل لرفع الضرر عن الشريك من دخول الشريك الأجنبي، إضافة إلى أن حق الخيار ثابت للمشتري ، فإثبات الشفعة في زمن الخيار يؤدي إلى تجاوز حق المشتري في الخيار الذي كفله الشرع له وفي هذا ضرر له ، لذلك فإن ما ذهب إليه المالكية ومن وافقهم في عدم إثبات حق الشفعة في زمن الخيار إلا بعد صيرورة البيع لازماً وانقضاء مدة الخيار هو القول الراجح في حدود علمي؛ وهذا لأن الضرر عن الشفيع لا يزال بإحداث ضرر آخر للمشتري وهو منعه من الحق المخول له شرعاً أي حق الخيار، لذا فإن إثبات الشفعة بعد لزوم البيع إزالة للضرر عن الشفيع من جهة وكفالة لحق المشتري في الخيار من جهة أخرى .



## الفرع الثالث : عجز الشفيع عن دفع الثمن .

إذا علم الشفيع بالبيع الذي تم بين المشتري والبائع ، وأراد أن يأخذ بالشفعة ولكنه عجز عن دفع الثمن ، فهل يبطل حقه في الأخذ بالشفعة أو لا ؟ .  
اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاث أقوال :

### الرأي الأول :

ذهب جمهور الحنفية (1) والظاهرية (2) إلى أن حق الشفيع لا يسقط بعجز الشفيع عن سداد الثمن ولكنه إن ماطل وكان موسرا جاز للقاضي حبسه .

### الرأي الثاني :

ذهب المالكية إلى أن الشفيع تلزمه الشفعة إذا قال أخذت أو تملكيت ويشهد على ذلك أو عن طريق القضاء أو بدفع الثمن .

---

(1) - قال الكاساني: " إذا قضي بالشفعة يثبت الملك للشفيع ، ولا يقف ثبوت الملك له على التسليم لأن الملك للشفيع يثبت بمنزلة الشراء ، والشراء الصحيح يوجب الملك بنفسه .  
وأما وقت القضاء بالشفعة فوقته وقت المنازعة والمطالبة بها فإذا طالبه بها الشفيع يقضي القاضي له بالشفعة سواء حضر الثمن أولا في ظاهر الرواية ، وللمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن من الشفيع " بدائع الصنائع 5 / 24

(2) - قال ابن حزم : " ومن وجبت له الشفعة ولا مال له لم يجب أن يهمل الشقص عليه فإن وفى بالثمن بذلك وإن فضلت فضلة دفعت إليه ، وإن لم يف أتبع بالباقي وأنظر فيه أن يوسر وذلك لأنه ذو مال بذلك الشقص الواجب له، ومن كان له مال فليس ذا عسرة لكن يباع ماله في الدين الذي عليه فإن لم يف فهو حينئذ ذو عسرة بالباقي فنظرة إلى ميسرة حينئذ كما أمر الله تعالى وقال قوم يبطل حقه في الشفعة وهذا باطل لأنه إخراج حقه الذي جعله الله تعالى أحق "

قال سحنون: " رأيت أن أراد الشفيع الأخذ بالشفعة ولم يحضره نقده أينلوم له القاضي في قول مالك قال : قال مالك: رأيت القضاة عندنا يؤخرون الأخذ بالشفعة في النقد اليوم واليومين والثلاثة ورأيت مالكا استحسنته وأخذ به وراه " (1) .

قال الحطاب: " من ابتاع شقصا وله شفعا فيهم أقرب وأبعد فليس للأبعد أن يأخذ بالشفعة حتى يوقف الأقرب، فإما أخذ أو ترك فإذا قال أنا آخذ ولم يحضر نقده أجل اليومين والثلاثة فإن لم يأت بالمال لم يكن له شفعة " (2) .

قال أبو الحسن المالكي : " ويوقف الشفيع فإما أخذ أو ترك: يعني أن للمشتري أن يقوم على الشفيع ويلزمه بالترك أو الأخذ بالثمن الذي اشترى به إن كان مما له مثل أو قيمته ، إن كان من ذوات القيم مثل أن يشتري بشيء من الحيوان والعروض فإن امتثل أحد الأمرين فلا كلام وإلا رفعه للحاكم على المشهور، وإذا طلب التأخير ليختار أو ليأتي بالثمن آخر ثلاثة أيام " (3) .

وقال صالح عبد السميع الأبى الأزهرى : " ويوقف الشفيع فإما أخذ أو ترك يعني أن للمشتري أن يقوم على الشفيع ويلزمه بالترك أو الأخذ بالثمن الذي اشترى به إن كان مما له مثل أو قيمته إن كان من ذوات القيم فإن امتثل أحد الأمرين فلا كلام وإلا رفعه للحاكم وإذا طلب التأخير ليختار أو ليأتي بالثمن آخر ثلاثة أيام " (4) .

وبهذا نستنتج أن المشتري يلزم الشفيع الأخذ بالشفعة أو تركها بالثمن المثلي أو القيمي الذي تملك به المشتري المبيع ، وإن اقتضى الأمر إمهال الشفيع لإحضار الثمن فله ذلك ويبقى حقه في الأخذ بالشفعة إلى حال سقوطها .

(1) – المدونة الكبرى : 14 / 412

(2) – مواهب الجليل : 5 / 321

(3) – كفاية الطالب الرباني : 2 / 329

(4) – الثمر الداني شرح رسالة القيرواني : 1 / 551

## الرأي الثالث :

ذهب الشافعية<sup>(1)</sup> والحنابلة<sup>(2)</sup> ومحمد بن الحسن من الحنفية<sup>(3)</sup> إلى أن الشفيع إذا عجز عن توفير الثمن بعد المدة التي أعطيت له بطل حقه في الشفعة .

## الرأي المختار :

من خلال عرض آراء بعض فقهاء المذاهب يتبين لي أن الشفيع إذا أخذ بالشفعة وكان معسرا بتوفير الثمن اللازم لذلك فإنه يمهل لمدة ثلاثة أيام كما صرح بذلك المالكية ، وإذا انتظر المشتري هذه المدة فإنه لا يتضرر في الغالب .

---

(1) - قال أبو اسحاق الشيرازي : " والصحيح أنه على الفور فإن طلب وأعوزه الثمن بطلت شفيعته " التنبيه 1 / 117

قال الدمياطي : " قوله مع بذل الثمن للمشتري أي أو رضاه بكون الثمن يكون في ذمة الشفيع أو قضاء القاضي له بها إذا حضر مجلسه وأثبت حقه فيها وطلبه " إعانة الطالبين 3 / 108

(2) - قال ابن قدامة : " ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لأن في أخذه بدون دفع الثمن إضراراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر ، فإن أحضر رهنا أو ضمينا لم يلزم المشتري قبوله لأن في تأخير الثمن ضررا فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال ، فإن بذل عوضا عن الثمن لم يلزمه قبوله لأنها معاوضة لم يجبر عليها ، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن فإن كان موجودا سلمه وإن تعذر في الحال .

قال أحمد في رواية حرب: ينظر الشفيع يوما أو يومين بقدر ما يرى الحاكم فإذا كان أكثر فلا وهذا قول مالك وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي ينظر ثلاثا لأنها آخر حد القلة فإن أحضر الثمن وإلا فسخ عليه " المغني 5 / 203

(3) - قال ابن نجيم : " وقال محمد: إن أخر إلى شهر من غير عذر بطلت شفيعته لتغير أحوال الناس في قصد الإضرار بالغير، ومحل الخلاف إذا أخر بغير عذر ولو كان بعذر من مرض أو حبس ولم يمكنه التوكيل أو قاض لا يرى الشفعة بالجوار في بلدته لا تسقط بالإجماع وإن طال المدة لكونه لا يتمكن من الخصومة في مصره " البحر الرائق 8 / 148

وأما إذا طال الزمن فإن المشتري يتضرر لأن ملكه يبقى معلقاً و الضرر لا يزال بالضرر كما بين ذلك الفقهاء ، فلا يدفع الشفيع الضرر عن نفسه بالأخذ بالشفعة ويوقع الضرر بالمشتري حينما يتأخر عن سداد الثمن بحجة الإعسار .  
فإذا اقتضى الحال أن أخذ بالشفعة فليس للمشتري أن يسلمه المشفوع فيه إلا بعد سداد الدين ، وأما إبطال حق الشفيع على الإطلاق ففيه إضرار به والله أعلم .

## المطلب الثالث : تطبيقات قاعدة يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد .

أولاً: زيادة المشفوع فيه .

أ / تعريف زيادة المشفوع فيه .

- لغة :

قال ابن منظور : " زيد الزيَّادة النُّمُو " (1) .

قال زين الدين الرازي : " زاد المال درهما والبرُّ مَدًا فدرهما ومُدًا تمييذا...  
والمزِيدُ بكسر الزاي الزيادة واستزَادَهُ استقصره وتَزَيَّدَ السعر أي غلا والتَّزَيَّدُ في  
الحديث الكذب" (2).

- اصطلاحاً :

باعتبار أن المصطلح عبارة عن مركب لفظي من : زيادة والمشفوع فيه في  
حدود علمي أن اللفظ حادث لذلك لم يتعرض له الفقهاء بهذا الاسم ، بل أشاروا  
إلى معنى الزيادة التي تلحق المشفوع فيه ، وهو ما يزداد في العقار من بناء  
أو غرس بفعل المشتري أو ما ينمو طبيعياً .

ب/صورة المسألة :

وصورة هذه المسألة أن الشفيع يترك الأخذ بالشفعة لسبب من الأسباب كأن يكون  
الشفيع غائباً، فيقاسم المشتري وكيله في القسمة أو يرفع الأمر إلى القاضي فيقاسمه  
أو يظهر ثمنا كثيراً أو نحوه ثم يبني المشتري أو يغرس فيأخذ الشفيع بالشفعة .

(1) - لسان العرب : مادة زيادة 3 / 198

(2) - مختار الصحاح : مادة : زاد 1 / 118

فاتفق الفقهاء على أن الشفيع مخير حال أخذه بالشفعة بين أن يأخذ العقار مع ما أحدثه المشتري من بناء أو غرس ويعوض قيمة ما عمّر .

واختلفوا هل للشفيع أن يجبر المشتري بهدم ما أحدثه في الأرض أو ليس له ذلك ؟

## ج/ القول الأول:

يرى أصحاب هذا القول أن الشفيع مخير بين أن يأخذ الشفعة ويعوض القيمة عن البناء أو الغرس أو يترك الأخذ بالشفعة دون أن يلزم المشتري بنقض البناء أو قلع الغراس .

وبهذا قال أبو يوسف من الحنفية<sup>(1)</sup> والمالكية والشافعية<sup>(2)</sup> والأوزاعي وابن أبي ليلى .

ففي رواية ابن القاسم عن مالك قوله في الرجل يشتري الأرض فيعمرها بأصل يضعه فيها أو البئر يحفرها فيها ثم يأتي رجل فيدرك فيها حقاً، فيريد أن يأخذ بالشفعة قال: لا شفعة له فيها إلا أن يعطيه قيمة ما عمر؛ فإن أعطاه كان أحق بشفيعته وإلا فلا حق له فيها<sup>(3)</sup> .

---

(1) - قال ابن نجيم : " وعن أبي يوسف أنه لا يكلف بالقلع ولكنه بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وإن شاء ترك ، وبه قال الإمام الشافعي ومالك لأنه ليس متعدياً في البناء والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل بأحكام العدوان فصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسداً" البحر الرائق 8 / 155

(2) - قال النووي : " فإن اختار المشتري قلع البناء والغراس فله ذلك ولا يكلف تسوية الأرض؛ لأنه كان متصرفاً في ملكه فإن حدث في الأرض نقص فيأخذه الشفيع على صفته أو يترك وإن لم يختار المشتري القلع فللشفيع الخيار بين إبقاء ملكه في الأرض بأجرة وبين تملكه بقيمته يوم الأخذ وبين أن ينقضه ويغرم أرش النقص على الصفة المذكورة في المعير إذا رجع وقد بنى المستعير أو غرس بلا فرق " روضة الطالبين 5 / 95

(3) - المدونة الكبرى : 14 / 370 - ابن عبد البر : الاستذكار 7 / 77  
المواق : التاج والإكليل 5 / 331 - الزرقاني : شرح الزرقاني على موطأ مالك 465/3

و ذكر ابن عبد البر معنى القيمة فقال : " القيمة عند مالك وأصحابه في البنيان قائما لأنه بنى في ملكه وحقه ؛ لأن المشتري يملك ما اشترى ، وإن كان فيه شفعة أخبره فإن الأخذ بالشفعة ليس بلازم للشفيع وهو بالخيار إن شاء شفع ، وإن شاء لم يشفع ؛ فكأنه إذا شفع بيع حادث وعهدته على المشتري " (1) .

وبذلك فما يحدثه المشتري في الأرض إذا كان مما ينتفع به يقوم حسب نوع الشيء المستحدث ويلزم به الشفيع ؛ لأن المشتري من حقه أن يحدث في ملكه ما يشاء .  
وقال ابن عبد البر في موضع آخر : " وما بنى المشتري أو غرس أو عمر فعلى الشفيع أن يعطيه جميع نفقته من الثمن إن أراد الشفعة .

ومن اشترى أرضا فزرعها وجاء الشفيع فعليه الثمن وله مثل كراء الأرض على الزرع ولا شيء له في الزرع ، وهذا إن شفع في وقت تمكنه الزراعة فيه لو أرادها فأما إن كان وقت الزراعة قد فات فلا شيء له من كراء الأرض وعليه الثمن " (2) .

وقال ابن الحاجب : " فإن هدم وبنى فله قيمة ما بنى يوم القيام ، وللشفيع قيمة النقص (3) " (4) .

وقال الدردير : " ولا يضمن المشتري (نقصه) بالصاد المهملة أي ما نقصه الشقص عنده بغير فعله بل بسماوي أو تغير سوق أو بفعله (لمصلحة) كهدم لمصلحة من غير بناء بدليل ما بعده ، وسواء علم أن له شفيعا أم لا ؛ فإن هدم لا لمصلحة ضمن ، فإن هدم وبنى فله قيمته قائما على الشفيع لعدم تعديه وللشفيع النقص بالصاد المعجمة أي المنقوض من حجر ونحوه إذا لم يعده في البناء فإن أعاده أو باعه أو تصرف فيه بوجه سقط عن الشفيع ما قابل قيمته من الثمن " (5) .

(1) - الاستنكار 7 / 77

(2) - الكافي : 1 / 444

(3) - نقض: إفساد ما أبرمت من عقد أو بناء ، والنقض: اسم البناء

المنقوض إذا هدم ابن منظور : لسان العرب 7 / 242

(4) - جامع الأمهات 1 / 418

(5) - الشرح الكبير 2 / 1233

ويستفاد مما سبق :

من بنى أو عمّر في العقار المشفوع فيه يلزم الشفيع بدفع قيمة ذلك ، وهذا دفعا للضرر الذي حل بالمشتري ، إذ لا يعقل أن يتحملة المشتري عبء إعمار العقار ثم يستفيد منه الغير .

وبذلك للشفيع نقض البناء ، ويضمن المشتري القيمة .

إن تقدم الشفيع بشفعته في وقت زراعة الأرض ضمن المشتري قيمة كراء الأرض للزراعة ، وأخذ المشتري ثمار ما زرع ، وهذا دفعا للضرر عن كلا الطرفين، عن المشتري حيث يأخذ ثمار ما زرع فلا يضيع جهده ، وعن الشفيع حيث يضمن له قيمة استغلال الأرض قبل الأخذ بالشفعة .

أن الشفيع غير ضامن لما ينقص من الشقص عند المشتري بفعل سماوي أو ما كان لمصلحة كما لو هدم للإعمار أو للتوسعة فيأخذ الشفيع بكل الثمن أو يترك لأن المشتري تصرف في ملكه ولا مسؤولية عليه .

## د / القول الثاني :

يرى أصحاب هذا القول أن المشتري إذا بنى أو غرس في المشفوع فيه ثم ظهر للشفيع أن يأخذ بالشفعة في العقار المشفوع فيه ، فإن الشفيع يكون مخير بين أمرين إما أن يأخذ بالشفعة مع ما أحدثه المشتري في العقار فيلتزم بالثمن أو أنه يكلف المشتري بقلع الغراس أو هدم البناء .  
وقال بهذا الحنفية في المشهور (1) .

---

(1) - قال ابن نجيم : " (وقيمة البناء والغرس لو بنى المشتري أو غرس أو كلف قلعهما) يعني إذا بنى المشتري أو غرس في الأرض المشفوعة ثم قضى للشفيع بالشفعة فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعا، وإن شاء كلف المشتري قلعه فيأخذ الأرض فارغة " البحر الرائق 8 / 158

قال الحصكفي : " ولو بنى المشتري أو غرس أو كلف الشفيع المشتري قلعهما إلا إذا كان في القلع نقصان الأرض فإن الشفيع له أن يأخذها مع قيمة البناء والغرس مقلوعة غير ثابتة " .

الدر المختار 6 / 233



والحنابلة (1) .

## د/ الرأي المختار :

من خلال عرض قول الفريقين يتبين لي أن ماذهب إليه من قال بأن المشتري إذا بنى أو غرس في العقار المشفوع فيه أنه لا يكلف بقلع الغرس أو البناء المستحدث في العقار هو الراجح ، وهذا إن لم يرد ذلك لأنه قد تصرف في ملكه تصرفا مشروعاً لم يكن غاصبا فيه أو متعدياً .

ومن جهة أخرى أن ضرر الشفيع بإلزام قيمة البناء والغراس أهون من ضرر المشتري بالقلع ؛ لأن الشفيع يحصل له بمقابلة الثمن عوضان: وهما البناء والغرس فلا يعد ضرراً ، ولم يحصل للمشتري بمقابلة القلع شيء فكان الأول أهون وهو أولى بالتحمل<sup>(2)</sup> والضرر الأخف يتحمل لدفع الضرر الأشد.

---

(1) - قال ابن قدامة : " وإن لم يقلعه فللشفيع الخيار بين أن يدفع إليه قيمة الغراس والبناء فيملكه وبين أن يقلعه ويضمن نقصه " الكافي في فقه ابن حنبل 2 / 432 .  
قال البهوتي عن المشتري : " ...ثم غرس أو بنى فللشفيع تملكه بقيمته دفعا للضرر فتقوم الأرض مغروسة أو مبنية ثم تقوم خالية منهما فما بينهما فهو قيمة الغراس والبناء وللشفيع قلعه ويغرم نقصه أي ما نقص من قيمته بالقلع لزوال الضرر به فإن أبي فلا شفعة " .

الروض المربع 2 / 412

(2) - ابن نجيم : البحر الرائق 8 / 154

المطلب الرابع: تطبيقات قاعدة  
" يتحمل الضرر الخاص لدفع  
الضرر العام " .

الفرع الأول : شفعة غير المسلم  
أولا : صورة المسألة .

إذا اشترك رجلان في ملكية عقار ، وكان أحدهما مسلما والآخر كافرا ، فباع  
المسلم نصيبه لمسلم آخر فأراد الشريك الكافر أن يأخذ بالشفعة من المسلم .

ثانيا : أقوال الفقهاء .

أ / القول الأول :

ذهب الحنفية<sup>(1)</sup> والمالكية إلى القول بجواز شفعة غير المسلم على المسلم .  
فقد سئل ابن القاسم : هل لأهل الذمة شفعة في قول مالك ؟  
فقال : سألت مالكا عن المسلم والنصراني تكون الدار بينهما فيبيع المسلم نصيبه  
هل للنصراني فيه شفعة قال : نعم أرى ذلك له مثل ما لو كان شريكه مسلما<sup>(2)</sup> .

---

(1) - قال الكاساني : " وأما إسلام الشفيع فليس بشرط لوجوب الشفعة ، فتجب لأهل  
الذمة فما بينهم وللذمي على المسلم لأن هذا حق التملك على المشتري بمنزلة الشراء منه  
والكافر والمسلم في ذلك سواء ؛ لأنه من الأمور الدنيوية " بدائع الصنائع 16/5  
وقال السرخسي: بعد ذكره لأدلة الشفعة " فهو دليل على أن الشفعة للذكر والأنثى والحر  
والمملوك والصغير والكبير والمسلم والذمي " المبسوط 93 / 14

وقال علاء الدين الحصكفي : " فالشفعة للجار الملاصق فقط ثم لجار ملاصق ولو ذميا

أو مأذونا أو مكاتبا " الدر المختار 221 / 6

(2) - مالك بن أنس: المدونة الكبرى 399/14

وتأييدا لهذا القول قال ابن عبد البر : " والشفعة لكل شريك صغيرا كان أو كبيرا ذكرا أو أنثى مسلما أو ذميا وهي بين المسلم والذمي كما بين المسلمین " (1).

وقال القرافي : "الركن الآخذ وهو كل شريك في الملك وفي الكتاب للذمي والآخذ باع المسلم من مسلم أو ذمي كالمسلم ، فإن كان الشريكان ذميين لم أتعرض لهما إلا أن يترافعا إلينا ؛ لأننا لا نتعرض للذمة إلا في التظالم وهذا سبب ملك كالبيع " (2) .

ويقصد القرافي بالركن الآخذ أي الشفيع وهو أحد الأركان التي تقوم الشفعة به ويستوي في ذلك أن يكون الشفيع مسلما أو ذميا .

وقال ابن جزى : " تجب الشفعة للذمي كما تجب للمسلم خلافا لابن حنبل " (3) .

وقال الدردير : " ولو كان الشريك ذميا باع شريكه المسلم ، فالذمي الآخذ من المشتري الذمي أو المسلم وخص الذمي لأنه المتوهم ؛ لأن المسلم إذا باع نصيبه لذمي كانت المخاصمة بين ذميين فيتوهم أن لا نتعرض لهما ، وعلى هذا فما قبل المبالغة خمس صور ؛ لأن الشريكين إما مسلمان باع أحدهما لمسلم أو ذمي . وإما ذميان باع أحدهما لمسلم ، وإما مسلم وذمي باع الذمي لمسلم أو المسلم لمسلم " (4) .

فذكر الدردير أن الشريك إن كان ذميا وباع شريكه المسلم لمسلم أو ذمي تثبت له الشفعة أو كان الشريكان ذميان وتحاكموا عند المسلمين فثبت الشفعة للشريك .

(1) - الكافي: 1 / 438

(2) - الذخيرة : 7 / 262

(3) - القوانين الفقهية 309

(4) - الشرح الكبير : 2 / 1219

ووافق الشافعية (1) المالكية فيما ذهبوا إليه من ثبوت الشفعة للذمي .

**ثانيا : القول الثاني .**

ذهب الحنابلة (2) إلى القول بعدم ثبوت الشفعة للكافر على المسلم .

أ/ الأدلة .

### 1 - أدلة الفريق الأول :

- استدل بمن قال بثبوت الشفعة للذمي على المسلم بما يلي :

أ / بعموم قوله ﷺ : ﴿ فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن

رضي أخذ ، وإن كره ترك ﴾ (3) .

ب / وجه الدلالة :

---

(1) - قال الشيرازي: " وثبتت الشفعة للكافر على المسلم ... ولأنه ( يعني ثبوت حق الشفعة ) خيار جعل لدفع الضرر عن المال فاستوى فيه الكافر والمسلم كالرد بالعيب " المهذب 378 /1

وقال النووي : " تثبت الشفعة للذمي على المسلم وعلى الذمي كثبوتها للمسلم فلو باع لم نرده " روضة الطالبين 73 / 5

(2) - قال ابن قدامة : " وجملة ذلك أن الذمي إذا باع شريكه شقفا لمسلم فلا شفعة له عليه روي ذلك عن الحسن والشعبي وروي عن شريح وعمر بن عبد العزيز أن له الشفعة وبه قال النخعي وإياس بن معاوية وحماد بن أبي سليمان والثوري ومالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي " المغني 223 /5

قال ابن تيمية : " ولا شفعة لكافر على مسلم " المحرر في الفقه 367 /1  
قال ابن مفلح : " ولا شفعة لكافر على مسلم نص عليه وقيل ولا لكافر على كافر والبائع مسلم فإن تباع كافران بخمر شقفا فلا شفعة في الأصح كخنزير، بناء على قولنا هل هي مال لهم والله أعلم" الفروع 415 /4

(3) - سبق تخريجه 117

أن الشفعة خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء ، وهي من حقوق المال يستوي فيها الذمي وغيره كخيار الشرط وإسك الرهن والرد بالبيع والمطالبة بالأجل في السلم وغيره (1) .

## ثانيا : أدلة الفريق الثاني .

استدل من قال بنفي الشفعة للذمي بما يلي :

### أولا / من الكتاب العزيز :

قال تعالى: ﴿ وَكُنْ يَجْعَلِ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ النساء : 141  
وقوله تعالى: ﴿ لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ أَصْحَابُ الْجَنَّةِ هُمُ الْفَائِزُونَ ﴾ الحشر : 20 .

### ب/ وجه الدلالة :

ويحتمل أن يكون معنى الآية أن الله لا يجعل للكافرين على المؤمنين سبيل في الدنيا ، بأن يسلطوا عليهم استيلاء استئصال بالكلية ، وإن حصل لهم ظفر في بعض الأحيان على بعض الناس ، فإن العاقبة للمتقين في الدنيا والآخرة (2) .  
ومن أعظم السبيل تسليط الكافر على انتزاع أملاك المسلمين منهم وإخراجهم منها قهرا ، ويكون ذلك بإقرار الشفعة للكافر على المسلم ، وهذا يقتضي مطلق المساواة بين المسلم والكافر (3) .

### ثانيا / من السنة :

1- عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ﴿ لا شفعة لنصراني ﴾ (4) .

(1) \_ القرافي : الذخيرة 7 / 262- ابن قدامة : المغني 5 / 224

(2) - ابن كثير : تفسير القرآن العظيم 2 / 398

(3) - ابن القيم : أحكام أهل الذمة 1 / 593

(4) - قال عنه الهيثمي: رواه الطبراني في الصغير وفيه نايل بن نجيح وثقه أبو حاتم وضعفه

غيره . مجمع الزوائد : كتاب البيوع - باب مقدار الطريق 4 / 159

## أ - وجه الدلالة :

هذا الحديث يخص عموم ما احتجوا به ؛ لأنه معنى يملك به و يترتب على وجود ملك مخصوص ، كما أن الشفعة ثبتت للمسلم دفعا لضرر عن ملكه ، فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري ، 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 ؛ لأنها إذا ثبتت في حق المسلم على المسلم على عظم حرمة ورعايته حقه ؛ فلأن تثبت على الذمي مع دناءته أولى وأحرى (1) .

2- قول النبي ﷺ: ﴿ لا تبدؤوا اليهود والنصارى بالسلام وإذا لقيتموهم فيى طريق فاضطروهم إلى أضيقة ﴾ (2) .

## أ / وجه الدلالة .

وتقرير الاستدلال من هذا أنه لم يجعل له حقا في الطريق المشترك عند تزاحمهم مع المسلمين، فكيف يجعل لهم حقا إلى انتزاع ملك المسلم منه قهرا .  
وفي الحديث تنبيه على المنع من انتزاع الأرض من يد المسلم وإخراجه منها لحق الكافر لنفي ضرر الشركة عنه ، وضرر الشركة على الكافر أهون عند الله من تسليطه على إزالة ملك المسلم عنه قهرا (3) .

(1) - ابن قدامة : المغني 5 / 224

(2) - الترميذي : السنن 4 / 154 كتاب النذور والأيمان - باب ما جاء في التسليم على أهل الكتاب ح : 1602 ورواه أيضا في : كتاب الاستئذان عن رسول الله ﷺ - باب ما جاء في التسليم على أهل الكتاب 5 / 60 ح : 2700 .

عبد الرزاق : المصنف 10 / 391 كتاب أهل الكتابين - باب السلام على أهل الشرك والدعاء لهم ح : 19457 .

(3) - ابن القيم : أحكام أهل الذمة 1 / 592

- قوله ﷺ: ﴿ لا يجتمع دينان في جزيرة العرب ﴾ (1) .  
أ / وجه الدلالة .

فوجه الاستدلال من هذا الحديث أن النبي ﷺ حكم بإخراجهم من أرضهم ، ونقلها إلى المسلمين لتكون كلمة الله هي العليا ويكون الدين كله لله ، فكيف نسلطهم على انتزاع أراضي المسلمين منهم قهرا وإخراجهم منها .  
وأیضا فلو كانوا مالکین حقيقة لما أوصى النبي ﷺ بإخراجهم من جزيرة العرب وورد في أحد طرق الحديث قوله : " لئن عشت لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب " هذا مع بقائهم على عهدهم وعدم نقضهم له ، فلو كانوا مالکین لدورهم حقيقة لما أخرجهم منها ولم ينقضوا عهدها (2) .

### ثالثا : من القياس .

إن انتزاع الذمي الملك من المسلم بالشفعة فيه نوع استعلاء عليه ، وقد منعه الشارع فحرم على الكفار نكاح المسلمات ، لما فيه من الاستعلاء عليهن ولم يجز القصاص بينهم وبين المسلمين ، ولا حد القذف ، كما أنهم لا يمكنون من تملك رقيق المسلمين (3) .

فكل هذه الأحكام دالة بوضوح على أن الإسلام في تشريعه للأحكام راعى عزة المسلم على الكافر ، فكيف يقر استيلاء الكافر على مال المسلم بالشفعة .

---

(1) - البيهقي : السنن 9 / 208 كتاب الجزية - باب ما جاء في تفسير أرض الحجاز وجزيرة العرب ح : 18531 .

ابن أبي شيبة : المصنف 6 / 468 كتاب السير - باب من قال لا يجتمع اليهود والنصارى مع المسلمين في مصر ح : 32992  
عبد الرزاق : المصنف 6 / 54 كتاب أهل الكتاب - باب إجلاء اليهود من المدينة ح : 9987

(2) - ابن القيم : أحكام أهل الذمة 1 / 594

(3) - ابن القيم : المرجع السابق 1 / 593

### ثالثا / الرأي المختار :

من خلال عرض أدلة الفريقين يتبين لي أن ما استدل به الفريق الأول أدلة عامة تحتمل التخصيص بنفي الشفعة للذمي.

وأما ما استدل به الفريق الثاني يتوافق مع أصول الشرع وقواعده ، وخاصة وأنا إذا طبقنا قاعدة تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ، نجد أن إثبات الشفعة ينجم عنه ضرر عام يظهر أثره مع طول المدة ، إذ أنه يُمكن الكفار من حيازة أراضي المسلمين ، فيمكن أن يدفع هذا الضرر بتحمل الذمي الضرر الخاص الناشئ عن دخول الشريك المسلم الأجنبي ، وهو غير معتبر بالمقارنة مع ضرر توسع الكفار على حساب أراضي المسلمين .

وعن ذلك قال ابن القيم "وأیضا فالشفعة وجبت لإزالة الضرر عن الشفيع وإن كان فيها ضرر بالمشتري ، فإذا كان المشتري مسلما فسلط الذمي على انتزاع ملكه منه قهرا كان فيه تقديم حق للذمي على حق المسلم وهذا ممتنع .

كما يتضمن إقرار الشفعة للذمي مع إضراره بالمسلم إضرارا بالدين وتملك دار المسلمين منهم قهرا وشغلها بما يسخط الله بدل ما يرضيه وهذا خلاف قواعد الشرع " (1) .

(1) - ابن القيم : أحكام أهل الذمة 1 / 593



## المبحث الثاني: تطبيقات القاعدة في القانون المدني الجزائري.

ويتضمن هذا المبحث مايلي :

- المطلب الأول : تطبيقات قاعدة الضرر يزال .
- المطلب الثاني : تطبيقات قاعدة الضرر يدفع بقدر الإمكان .

## المطلب الأول: تطبيقات قاعدة "الضرر يزال" .

الفرع الأول : طبيعة الضرر المزال في تشريع  
الشفعة .

### أولا/ الشفيع في القانون المدني الجزائري .

يتبين من خلال المبحث السابق أن الشفيع عند فقهاء المالكية هو الشريك في الشيوع غير أن القانون المدني الجزائري له تكييف خاص للشفيع .  
فقد ورد في المادة 795: يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها  
الأمر المتعلق بالثورة الزراعية :

- المالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة
- الشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي  
لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها<sup>(1)</sup>.

### ثانيا / مراتب الشفعاء :

فمن خلال النص القانوني يتبين أن المشرع قد رتب الشفعاء في مراتب ثلاث .

#### 1/ مالك الرقبة .

تثبت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع المناسب للرقبة، إذ أن الشفيع  
في هذه الحالة يأخذ بالشفعة ليكتسب حق الانتفاع ، ويفترض لذلك الحالات الآتية :

#### أ/ الحالة الأولى :

لو فرض أن هناك عقارا مملوكا لشخص وقد رتب عليه حق انتفاع لآخر فإذا  
باع صاحب حق الانتفاع حقه كان لمالك الرقبة أن يشفع في حق الانتفاع المبيع

(1) - القانون المدني الجزائري 146

لجمع شتات ملكيته ، وليصير مالكا للعقار ملكية تامة ، وهذا هو المقصد الذي من أجله أعطي مالك الرقبة الحق في أن يأخذ بالشفعة حق الانتفاع (1) .

### ب/ الحالة الثانية :

إذا رتب مالك العقار حق الانتفاع لشخصين أو أكثر على الشيوع وباع أحد الشريكين حصته الشائعة من حق الانتفاع ، كان لمالك العقار أن يشفع في هذه الحصة المباعة ، ولو كانت الحصة المباعة هي النصف فقد أصبح مالكا ملكية تامة لنصف العقار ، ومالكا لرقبة النصف الآخر ، ولا يستطيع الشريك الآخر في حق الانتفاع أن يزاحم مالك الرقبة في أخذ الحصة الشائعة المباعة في حق الانتفاع بالشفعة لأن مالك الرقبة مقدم في الترتيب على الشريك في الشيوع .

### ج/ الحالة الثالثة :

أن يملك رقبة العقار اثنان في الشيوع مناصفة ويرتب الاثنان معا على العقار الشائع حق انتفاع لشخص آخر .  
اتفق فقهاء القانون على أنه إذا بيع حق الانتفاع ، جاز لمالكي الرقبة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة في حق المنفعة المباعة كلها .

### د/ الحالة الرابعة :

أن يملك رقبة العقار اثنان في الشيوع مناصفة ، ويرتبان معا حق انتفاع لمصلحة شخصين ، فإذا باع أحد صاحبي حق الانتفاع النصف الشائع الذي يمتلكه جاز لمالكي الرقبة أن يأخذا معا هذا النصف بالشفعة ، كما يستطيع أحد مالكي الرقبة وحده أن يأخذ هذا النصف ، ولا يستطيع المشتري أن يعترض لأن الصفقة لم تفترق عليه .

وإذا باع صاحبا حق الانتفاع كل الحق لمشتري واحد جاز لمالكي الرقبة أن يأخذه بالشفعة ، وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع المناسب لحقه في الرقبة ، ما لم يتمسك المشتري بعدم تفريق الصفقة ، فإذا تمسك المشتري

(1) - السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 9 / 545

بذلك تحتم على مالك نصف الرقبة أن يأخذ كل حق الانتفاع أو يترك الأخذ بالشفعة أصلاً (1).

مما سبق يتبين أن المشرع الوضعي قرر حق الشفعة لمالك الرقبة في بيع حق الانتفاع لمصلحة توكاها وهي جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة.

## 2/الشريك في الشيووع .

تثبت صفة الشفيع لمن كان شريكا في الشيووع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي وفقا للفقرة الثانية من المادة 2 /795 من القانون المدني التي جعلت من الشريك في الشيووع شفيعا في المرتبة الثانية ويشترط لذلك الشروط الآتية :

### أ/الشرط الأول :

أن يكون عقارا شائعا بين الشركاء، فلو كان مقسما إلى أجزاء مفرزة ، لكل شريك جزء مفرز اختص به لم تثبت الشفعة .

### ب/الشرط الثاني :

أن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة ، فلو باع جزءا مفرزا من المال الشائع فلا يجوز أخذه بالشفعة ؛ لأن الشفعة لا تثبت إلا إذا بيعت حصة شائعة في العقار لا جزءا مفرزا ذلك أن شراء المشتري لجزء مفرز لا يجعله شريكا في الشيووع فيعدم بذلك سبب الشفعة .

### ج/الشرط الثالث :

أن يكون بيع الحصة الشائعة لأجنبي ، فلو باع الشريك المشتاع حصته الشائعة شريك مشتاع مثله ، لما جاز للشريك المشتاع الثالث أخذ هذه الحصة الشائعة

(1) - السنهوري :الوسيط في القانون المدني الجديد 9 / 490-491-545-547

نبيل إبراهيم سعد : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها 334

محمد حسين منصور: الحقوق العينية الأصلية 206

المبيعة بالشفعة<sup>(1)</sup> وهذا ما نصت عليه المادة 3/ 395 من القانون المدني الجزائري.

وبذلك يعلم أن الحكمة من تقرير الشفعة في هذه الحالة هي منع دخول الأجنبي بين الشركاء في العقار، إذ أن الشفعة تقوم على اعتبارات اقتصادية وقانونية وهي الحد من تعدد الشركاء وما يترتب عليه من تعقيد للأمر وزيادة في المنازعة بين الشركاء مما يكون له أثر سلبي على إدارة واستغلال المال الشائع، زيادة على ذلك أن الأخذ بالشفعة في هذه الحال قد يترتب عليه إنهاء حال الشيوخ وهو هدف يسعى ويشجع عليه القانون<sup>(2)</sup>.

### 3/ صاحب حق الانتفاع .

صرحت المادة 3 / 795 أن الشفعة تثبت " لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها " <sup>(3)</sup>.

فإذا كانت الرقبة لشخص والانتفاع لشخص آخر، وبيعت الرقبة كان لصاحب الانتفاع أن يشفع فيها دون أدنى صعوبة .

وأما إذا كان حق الانتفاع شائعا بين عدة شركاء وبيعت الرقبة كلها، كان لأصحاب الانتفاع مجتمعين أن يشفعوا فيها كل منهم بقدر نصيبه ، وبالتالي ليس لكل واحد منهم أن يشفع في كل الرقبة ؛ لأن حقه لا يناسب إلا بعض المبيع<sup>(4)</sup>

(1) - السنهوري : الوسيط في القانون المدني الجديد 9 / 548 - 550 - نبيل إبراهيم سعد :

الحقوق العينية الأصلية 412 - أنور طلبه : الوسيط في القانون المدني 5 / 455

(2) - نبيل إبراهيم سعد : الشفعة علما وعملا 14 - 15

(3) - القانون المدني الجزائري 146

(4) - نبيل إبراهيم سعد : الحقوق العينية الأصلية 417 - 418

## ثالثا/المقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري .

مما يلاحظ أن المشرع الوضعي وإن كان قد راعى في تشريعه رفع الضرر إلا أنه أضاف لذلك هدفا آخر وهو جمع ما تفرق من ملكية في يد واحدة بإثبات حق الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع ، ولصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة.

وبذلك يكون القانون المدني قد خالف أحكام الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي خصوصا فيما يلي :

أن المشرع قد نص على حق مالك الرقبة في الأخذ بالشفعة إذا بيع حق الانتفاع مع أن حق الشفعة في الفقه المالكي لا يكون لمالك الرقبة إلا إذا كان شريكا في الملك أو يكون مجاورا للأرض التي بيعت، والظاهر أنه خلافا لأحكام الفقه المالكي أن الشفعة قد لا تتعلق ببيع عقار مادي إنما بحق عيني هو حق الانتفاع (1) .

إضافة لذلك فإن القانون المدني يخالف الفقه المالكي في إثبات الشفعة في الحق العيني كحق الانتفاع لمالك الرقبة بالرغم من أن الفقه المالكي لا يثبتها إلا للشريك في الشيوع أو الطريق المشترك .

وكذلك فالفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي خصوصا لم يعتبر حق الانتفاع حقا عينيا، فهو لم يقر انفصال الرقبة عن حق الانتفاع إلا في حالات نادرة واستثنائية ؛ لأنه خلاف الأصل في الملكية التي من خصائصها تبعية المنفعة للرقبة ، فلا فائدة من ملكية جردت من حق الانتفاع (2) .

(1) - محمد كامل مرسي : الملكية والحقوق العينية 61

(2) - مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام 1 / 259

## الفرع الثاني / الشفعة حال توالي البيع :

جاء في المادة 797: " إذا اشترى شخص عقارا تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبق للمادة 801 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها " (1) .

يرد على النص السابق حالتين :

### أ / الحالة الأولى :

وهي الحالة التي يتقدم فيها الشفيع بطلب شفيعته ولم يبيع المشتري الأول العقار للمشتري الثاني، فإذا لم يبيع المشتري الأول العقار للمشتري الثاني إلا بعد أن طلب الشفيع الشفعة ، وسجل هذا الطلب وفقا لما نصت عليه المادة 801 فإنه لا يسري البيع الصادر من المشتري الأول للمشتري الثاني في حق الشفيع .

إذ أن المادة 806 من القانون المدني تنص على أنه : " لا تكون حجة على الشفيع والرهن والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري، وكذلك كل بيع صدرت منه عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه ، إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان في الشفعة على أنه يبقى للدائنين المسجلة ما لهم من حقوق الأفضلية " (2) .

وبهذا يكون البيع الذي صدر بعد تسجيل الشفيع شفيعته غير نافذ في حقه وأن الذي ينفذ في حقه هو البيع الأول بالشروط الواردة فيه إلا أنه لا يمنع من طلب الشفعة في البيع الثاني إذا رأى أن شروطه أيسر وثمانه أقل(3) .

(1) - القانون المدني الجزائري 147

(2) - القانون المدني الجزائري 149

(3) - السنهوري: الوسيط 9 / 519

## ب / الحالة الثانية :

أن يكون المشتري الأول باع العقار للمشتري الثاني قبل أن يسجل الشفيع طلب الشفعة في البيع الأول، ففي هذه الحالة يكون البيع الثاني ساريا في حق الشفيع لأنه صدر قبل تسجيل طلب الشفعة ، وكل تصرف يصدر من المشتري قبل تسجيل طلب الشفعة يسري في حق الشفيع .

وعلى ذلك لا يستطيع الشفيع أن يأخذ بالشفعة في البيع الأول المنسوخ ، وكل ما يستطيعه هو أن يأخذ بالشفعة في البيع الثاني الذي يبقى وحده قائما بعد أن نسخ البيع الأول، ويكون هذا حسب مواعيد وشروط البيع الثاني.

ويترتب على ذلك أنه إذا كان البيع الثاني لا يجوز الأخذ بالشفعة فيه لأي سبب امتنع على الشفيع الأخذ بها حتى لو كان البيع الأول يجيزها باعتبار أن الشفيع يطلب الشفعة في البيع الثاني ولا شفعة فيه ولا يستطيع طلب الشفعة في البيع الأول بعد أن نسخه البيع الثاني (1) .

## ثالثا / مقارنة بين الفقه المالكي

### والقانون المدني الجزائري.

يتفق الفقه المالكي مع القانون المدني أن كلاهما أقر تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه ، ولكن الفقه المالكي أعطى الحق للشفيع في الأخذ بالشفعة وخيره بأي صفقة شاء أن يأخذ وهذا رفعا للضرر عنه ، إلا أن القانون المدني فرض قيودا على الشفيع وألزمه بإجراءات محددة ، كما أنه لم يراع جانب دفع الضرر عن الشفيع كما اهتم به الفقه المالكي لاختلاف مصدر كل منهما.

ولذلك لم يكفل القانون حق الشفيع في حال تصرف المشتري ببيع العقار المشفوع فيه إلى أحد أقاربه حتى يحمي هذا العقار من تسلط الشفيع عليه ، بل اتجه القانون لمنحى آخر حين ألزم الشفيع بإثبات صورية ذلك العقد فحمله عبئا زائدا على عبء إجراءات المطالبة بالشفعة وهو عبء إثبات صورية العقد .

(1) - السنهوري: الوسيط 9 / 520 - 521



## الفرع الثالث :علاقة المشتري بالشفيع.

إذا أعلن الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة تنشأ علاقة بين المشتري والشفيع تترتب عنها حقوق والتزامات .

### أولاً : حقوق المشتري تجاه الشفيع.

تتمثل حقوق المشتري تجاه الشفيع في ثلاث عناصر : استرداد الثمن ومصاريف البيع ، ثانياً : التعويض عن المصاريف الضرورية والنافعة ، ثالثاً : التعويض عن البناء والغراس إن حدث ذلك .

### أ / استرداد الثمن و مصاريف البيع .

إذا أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه عن طريق التراضي ، فإنه يكون ملتزماً بدفع الثمن المتفق عليه فوراً إلى المشتري .

ويسترد المشتري من الشفيع مصاريف البيع ، سواء كانت مصاريف رسمية كرسوم التوثيق والطابع والتسجيل ورسوم الإعلان العقاري ، أو غير رسمية كالسمسرة وأتعاب المحاماة ومصاريف معاينة الأرض المشفوع فيها (1) .

يؤخذ من هذا أن القانون حينما ألزم الشفيع بهذه التعويضات يكون قد دفع عن المشتري الضرر الذي يلحقه في حال لم يأخذ حقه الكامل في التعويض عن الأتعاب والمصاريف التي دفعها حتى أخذ العقار .

### ب/التعويض عن المصاريف الضرورية والكمالية.

إذا تسلم المشتري العقار المشفوع فيه صار حائزاً له ، وله أن يرجع على الشفيع بما أنفق من مصاريف ضرورية على هذا العقار ، وهذا ما أشارت إليه

(1) - السنهوري : الوسيط 9 / 763

المادة 839 : " على المالك الذي يرّد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة " (1).

و معنى ذلك أن المشتري ليس له أن يطالب الشفيع بشيء من المصاريف الكمالية على المشفوع فيه ، ويكون مخيرا بين أن يستبقي الكماليات التي استحدثها مقابل أن يدفع قيمتها أو يجبر المشتري على إزالتها وإعادة العقار إلى حالته الأولى.

## ج/ التعويض عن البناء والغراس .

إذا بنى المشتري أو غرس في العقار بعد أن تسلمه من البائع ثم استحق العقار من الشفيع ميزت المادة 805 من القانون المدني بين حالتين :

### 1- الحالة الأولى:

إذا بنى المشتري أو غرس قبل الإعلان بالرغبة يكون المشتري مخير بين أن يطالب الشفيع بالمبلغ الذي أنفقه على العقار، وما زاد في قيمته بسبب البناء أو الغراس فيدفع الشفيع للمشتري بدل أكبر القيمتين أو يترك ذلك .

### 2- الحالة الثانية :

إذا بنى المشتري أو غرس بعد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فللشفيع أن يطلب إزالة البناء أو الغراس على نفقة المشتري وإعادة العقار إلى أصله مع التعويض إن كان لذلك مبرر أو أن يستبقي ما بنى المشتري أو غرس ولا يلزم الشفيع إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقة الغراس (2) .

(1) - القانون المدني الجزائري 154

(2) - السنهوري : الوسيط 9 / 765 وما بعدها - أحمد شوقي عبد الرحمن: الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية المتفرعة عنها 249- محمد حسين منصور: الحقوق العينية الأصلية

257 - 258 - نبيل إبراهيم سعد : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية 460

## د/مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري .

ما يلاحظ أن الفقه المالكي على خلاف القانون لم يستفصل عن حال المشتري حينما بنى أو غرس في العقار أكان يعلم أن الشفيح يريد الأخذ بالشفعة أم لا كما ذهب لذلك القانون بل إن مالك<sup>(1)</sup> كما تقدم يلزم الشفيح بدفع قيمة ما أحدثه المشتري من بناء أو غرس ، بخلاف القانون الذي جعل بناء المشتري بعد إعلان الشفيح لرغبته في الأخذ بالشفعة هدرا لحقه في التعويض عن قيمة ما بنى وهو ضرر قد استدرك الفقهاء دفعه حينما لم يشترطوا هذا الشرط .

---

(1) - المدونة الكبرى : 14 / 454

## الفرع الرابع : تحمل تبعه هلاك العقار المشفوع فيه .

إذا قدر الله وهلك العقار المشفوع فيه بقوة قاهرة أو حادث فجائي ، فهل يتحمل تبعه الهلاك البائع أو الشفيع ؟ .  
لنا أن نميز بين حالتين :

### أ / الحالة الأولى : هلاك العقار أو تلفه قبل التسليم .

إذا هلك العقار أو تلف بقوة قاهرة أو حادث فجائي فإن تبعه الهلاك تكون على البائع لا على الشفيع ، ولو سجل حكم الشفعة أو أقر المشتري بالشفعة فانتقلت إليه ملكية العقار المشفوع فيه (1) طبقا لما ورد في المادة 369 : " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع ، واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع " (2).

و بذلك يثبت التبعة على البائع باعتبار أنه لم ينقل الملكية نهائيا إلى الشفيع إذ أن التسليم لم يتم بعد إلى الشفيع ، فيكون الالتزام بنقل الملكية ناقص التنفيذ وهو قد سجل فقط ، وعلى هذا إذا هلك العقار المبيع بقوة قاهرة يصبح التزام البائع بالتسليم هو التزام بتحقيق غاية مستحيل التنفيذ ، فينفسخ العقد بحكم القانون (3) .

### الحالة الثانية : هلاك العقار أو تلفه بعد التسليم .

إذا تسلم الشفيع العقار المشفوع به فإن تبعه الهلاك تكون عليه ، ولو لم يسجل حكم الشفعة أو أقر المشتري بذلك ؛ لأن تبعه الهلاك تنتقل مع الحيازة لامع الملكية فالعبرة بالتسليم الذي تم به نقل الحيازة لا بالتسجيل .

(1) - السنهوري : الوسيط 9 / 743

(2) - القانون المدني الجزائري 65

(3) - السنهوري : الوسيط 4 / 609 - 611

و يتبع حكم التسليم إعدار البائع الشفيح بتسلم العقار ، فمن وقت الإعدار يعتبر العقار في حكم المسلم إلى الشفيح ، فإذا هلك قبل التسليم الفعلي فإن هلاكه يكون على الشفيح لا على البائع وهو ما أشارت إليه المادة 369 : "... إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم البيع" (1) .

ويكون تحمل تبعة الهلاك على البائع قبل التسليم أنه إذا قبض الثمن وجب عليه رده إلى الشفيح ، وإذا لم يقبض الثمن لم يجز للشفيح أن يطالبه به .

وأما إذا تسلم الشفيح العقار ثم هلك في يده ، جاز للبائع أن يقبض الثمن إن لم يكن قد قبضه قبل الهلاك ، ولا يجوز للشفيح أن يطالب برده إن كان قد قبضه (2) .

يتبين مما سبق أن المادة 369 من القانون المدني الجزائري وضحت تحمل تبعة الهلاك لأن هلاك المشفوع ينتج عنه ضرر مادي وجب رفعه ، وبيان على من تقع مسؤولية تحمل التبعة ، وبذلك يعلم أن القانون حدد ذلك صراحة وربط تحمل التبعة بالتسليم أو إنذار البائع للشفيح ، فهذه المسألة تمثل تطبيقاً لقاعدة الضرر يزال إذ أن هلاك المشفوع فيه ضرر واقع يستوجب تحديد المسؤولية لتحمل تبعاته .

## الفرع الخامس: إرث الشفعة .

اختلف فقهاء القانون في الشريك الذي توفي بعد أن باع شريكه نصيبه من الملك أيثبت لورثته حق الشفعة أو لا ؟ .  
فلو مات الشفيح قبل بيع العقار المشفوع فيه وانتقلت ملكية العقار المشفوع به إلى الورثة ، كان لهؤلاء أن يأخذوا بالشفعة عند بيع العقار المشفوع فيه أصالة عن أنفسهم لا باعتبارهم ورثة حلوا محل مورثهم .

(1) - القانون المدني الجزائري 65

(2) - السنهوري : الوسيط 4 / 612 - 613 / 9 - 744 - 745 - محمد حسين منصور

:الحقوق العينية الأصلية 256- نبيل إبراهيم سعد : الحقوق العينية الأصلية أحكامها

ومصادرهما 461

وكذا لو مات الشفيح بعد أن محل المشتري بإعلان الرغبة أو بصدر الحكم بثبوت الشفعة على القولين ، كان للورثة أن يأخذوا بالشفعة لا أصالة عن أنفسهم إنما باعتبارهم حلوا محل مورثهم بعد أن انتقل إليهم حقه بالميراث (1) .

وأما الفرض الذي وقع فيه الخلاف فهو الذي يموت فيه الشفيح بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل الحلول محل المشتري .

فمن ناحية تطبيق المبادئ العامة للقانون المدني نجد أن الشفيح بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل حلوله محل المشتري ليس له في هذه المرحلة إلا رخصة أو هي منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق ، فهي لم تكسب بعد حقا كاملا في العقار المشفوع فيه .

ومعلوم أن الذي ينتقل إلى الورثة هي الحقوق الكاملة التي تثبت للمورث ولا ينتقل إليه رخصة أو منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق ، فهذه وتلك ليست حقوقا كاملة حتى تنتقل إلى الورثة .

وكذلك إن المقرر في القانون أن الشفيح يجب أن مالكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، وأن يبقى هذا الملك متصلا من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة ، فإذا مات الشفيح بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل الأخذ بالشفعة ، فإن ورثة الشفيح لا يستطيعون الأخذ بالشفعة باعتبارهم ورثة ، إذ لم يخلف لهم مورثهم إلا إرادة ومشينة متصلة بشخصه وهذه لا تورث ، فهم لا يستطيعون الأخذ بالشفعة أصلا عن أنفسهم باعتبارهم ملاكا للعقار المشفوع به الذي انتقلت ملكيته إليهم من مورثهم وذلك لأنهم لا يملكون العقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه فملكيتهم غير متصلة.

ولكن في المقابل نجد أن الفقه والقضاء قد استقر في بعض القوانين العربية كاللبناني والمصري على أن حق الشفيح في الأخذ بالشفعة لا يسقط بموته ، بل ينتقل إلى ورثته بانتقال العقار المشفوع به .

(1) - السنهوري: الوسيط 9 / 468

كذلك أن المقرر في موت المشتري أنه لا يسقط الشفعة مطلقا بل تمارس في مواجهة ورثته ، وكذلك الحكم بالنسبة لموت الشفيع فهو لا يؤدي إلى سقوط الحق في الشفعة سواء حدث قبل العلم بالبيع أو بعد العلم به مع عدم التمكن من الطلب أو مع التمكن منه ، فالشفعة لا تسقط في كل هذه الأحوال لأنه لم يصدر من الشفيع ما يدل على إسقاطه لها .

و أما إذا كان الشفيع قد علم بالشفعة ومات قبل أن يطلبها مع أنه كان لديه الوقت وإمكانية الطلب فإن ذلك يدل على عزوفه عن الشفعة فتسقط (1) .

أما القانون المدني الجزائري فلم يتضمن النص على اعتبار حق الشفعة ينتقل إلى الورثة بعد موت الشفيع أم لا ، ولكن بالرجوع إلى نص المادة الأولى من القانون المدني التي تنص على أنه : " وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ... " .

فعلى ذلك يمكن الرجوع إلى اجتهادات فقهاء الشريعة الإسلامية ، كما يمكن لنا أن نستعين باجتهاد محكمة النقض المصرية المقرر في حكمها الصادر بتاريخ : 8 / 6 / 1939 الذي تضمن مايلي : " وحيث أن الأصل في القوانين العربية أن من ترك مالا فلورثته ، ولهذا خلت القوانين الوضعية من النص فيها على ما ينتقل للورثة من الخيارات المختلفة ؛ لأن الأصل فيها جميعا الانتقال للورثة إلا ما كان خاصا بذات صاحب الخيار فيسقط بالموت ، وكما خلا القانون المصري من حكم خيار العيب وخيار الشرط ، و خيار التعيين ، وخيار الاسترداد الوراثي ، وخيار المدين دفع ثمن الدين لمشتريه ، كذلك خلا قانون الشفعة من النص على حكم خيار الشفيع أينقل أو لا ينتقل ، فالقول فيها جميعا أنها تنتقل قانونا إلى ورثة صاحب الخيار ؛ لأنها حقوق مالية يجري فيها التوارث مجرى الأصل (2) .

من خلال عرض القول السابق يتبين أن ما ذهب إليه السنهاوري من عدم إثبات انتقال الشفعة بالميراث هو الرأي الذي مال إليه ونصره ، إلا أن ما تقرر سابقا

(1) - السنهاوري : الوسيط 9 / 470 - محمد حسين منصور : الحقوق العينية الأصلية 250 -

أنور العمروسي : الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني : 166 - 167

(2) - أحمد الخالدي : الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري 272

أن الشفعة شرعت في الأصل لدفع ضرر سوء الشركة أو القسمة يستوي في ذلك الشفيع أو الورثة الذين حلوا محله في استحقاق دفع الضرر عن أنفسهم من الشريك الأجنبي لذلك تثبت لهم الشفعة والله أعلم .



## الفرع السادس : شفعة الصغير.

يحب أن تتوافر في الشفيع الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة ، ذلك أن الشفعة ترتكز على آلية معينة وهي حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع بما يترتب على ذلك من آثار معينة ، ولما كان الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة فإن الأهلية الواجب توافرها في الشفيع هي أهلية التصرف ولا تكفي أهلية الإدارة . وعلى ذلك إذا كان الشفيع كامل الأهلية أي بالغاً سن الرشد غير محجور عليه توافرت فيه الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة، جاز له أن يستقل بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة .

وإذا كان له وكيل وكالة عامة لم يجز للوكيل أن يأخذ بالشفعة لأن وكالته مقصورة على أعمال الإدارة ، ولا بد من وكالة خاصة لأن الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف حيث تنص المادة 574 : " لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن و التبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء .

الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات الوكالة الخاصة لا تخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها ومع ما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري " (1).

وإذا كان الشفيع قاصراً وله أب ولي عليه، فإن الأب يكون ولياً على أولاده القصر ويجوز له أن يأخذ بالشفعة ، في جميع الأفعال النافعة نفعاً محضاً عن القاصر بشرط أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص تحت إشراف القضاء إذا كان التصرف يتضمن مساساً بالذمة المالية للقاصر، وفقاً لأحكام المادة 88 من قانون الأسرة والمحال إليه من المادة 44 من القانون المدني

(1) - القانون المدني الجزائري 110

وإذا لم يكن للقاصر ولي فإن وصيه هو الذي يأخذ بالشفعة نيابة عنه ، وكالوصي  
القيم على المحجور عليه (1).

## المقارنة بين الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري :

يستفاد مما سبق أن القانون وافق قول الفقهاء الذين ذهبوا إلى أن الشفيع من حقه  
إذا كان صغيرا أن يأخذ وليه بالشفعة بدلا عنه ؛ لأنه محتاج لدفع الضرر عن ماله  
كما يحتاجه الكبير ، وخالف القانون رأي الفقهاء الذين منعوا الشفيع من الأخذ بالشفعة  
إذا كان صغيرا حتى يكبر .

---

(1) - السنهوري : الوسيط 9 / 589- محمد حسين منصور : الحقوق العينية الأصلية 251  
نبيل إبراهيم سعد : الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها 389- أنور العمروسي  
: الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني 185- أحمد الخالدي : الشفعة بين الشريعة الإسلامية  
والقانون المدني الجزائري 81

## المطلب الثاني : تطبيقات قاعدة الضرر يدفع بقدر الإمكان . ضمان التعرض .

أشارت المادة 804 من القانون المدني إلى ضمان التعرض والاستحقاق فجاء فيها : "... ولا يرجع الشفيع إلا على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة" (1) .

إذ أن الشفيع يرجع على البائع بضمان التعرض الصادر منه أو من غيره ويدخل في ذلك ضمان الاستحقاق .

### أولا / التزام البائع بضمان التعرض الصادر منه:

يتحقق هذا الالتزام إذا صدر من البائع ما من شأنه أن يحول كلياً أو جزئياً دون انتفاع الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه ، وهذا الحكم نتيجة لمبدأ حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته ومنها الالتزام بالضمان ، ولنا أن نميز بين نوعين من التعرض الذي يترتب عنه الضمان .

#### أ / التعرض المبني على سبب مادي :

وهذا النوع من التعرض يقوم على أعمال مادية محضة أو تصرفات قانونية .  
فمثال الأول أن يبيع شخص مصنعا يستهلك الكهرباء اللازم لتشغيله من مسقط مائي بقي في ملك البائع ثم أخذ هذا المصنع بالشفعة ، فلا يجوز للمالك أن يغير مسقط الماء بحيث يمنع توليد الكهرباء أو ينقص منه ، فيكون المالك بهذا ملزماً بضمان التعرض المبني على عمل صادر منه .

ومثال التعرض الذي يقوم على تصرفات قانونية أن يرهن البائع العقار بعد بيعه ويقيد الدائن المرتهن رهنه قبل تسجيل إعلان الرغبة ، فيسري الرهن في حق الشفيع

(1) - القانون المدني الجزائري 148

فيقع تعرض صادر من الغير وهو المرتهن مستمدا حقه من البائع ، وعلى هذا يكون تعرض البائع قائم على تصرف قانوني لا على عمل مادي (1) .

## ب / التعرض المبني على سبب قانوني :

وهذا النوع من التعرض يتحقق إذا ادعى البائع حقا على العقار المشفوع فيه في مواجهة الشفيع سواء كان الحق المدعى به سابقا على البيع أو لاحقا عليه .  
فمثال الحق السابق على البيع أن يبيع البائع عقارا ثم يؤخذ العقار بالشفعة ، وقبل أن يسجل الشفيع الحكم الصادر بثبوت الشفعة ، يرفع البائع على الشفيع دعوى استحقاق باعتبار أنه لا يزال مالكا للعقار ، ويدفع الشفيع ذلك برفع دعوى ضمان التعرض الصادر من البائع ، إذ لا يجوز الاسترداد لمن وجب عليه الضمان .  
ومثال الحق اللاحق للبيع أن يبيع شخص عقارا غير مملوك له ، فيأخذه آخر بالشفعة ، ثم يصبح مالكا للعقار بسبب من أسباب كسب الملكية كالإرث أو الوصية أو الشراء من المالك الحقيقي ، فيحتج على الشفيع بهذا الملك الحادث بعد البيع ويريد أن ينتزع العين منه بموجبه ، وعند ذلك يدفع الشفيع دعوى البائع بالتزامه بضمان التعرض الصادر منه (2) .

## ثانيا / التزام البائع بضمان التعرض

### الصادر من الغير:

وأما حال التعرض الصادر من الغير فإن البائع يلتزم بضمان التعرض المبني على سبب قانوني لا التعرض المبني على سبب مادي .  
وللشفيع أن يدفع هذا التعرض بالوسائل المتاحة قانونا ، فإذا لم يدع الغير حقا متعلقا بالبيع وإنما انتزع العقار عنوة من الشفيع ، كان لهذا الأخير أن يلجأ لرفع دعوى التعرض واسترداد الحيازة أو رفع شكوى إلى الجهات الإدارية المختصة .  
وأما التعرض المبني على سبب قانوني الذي يدعي فيه الغير حقا متعلقا بالعقار المشفوع فيه ، فيلتزم البائع بضمانه ويكون سابقا أو لاحقا على البيع .

(1) - السنهوري: الوسيط 4 / 660 - 626 - 627 / 9 / 746

(2) - السنهوري: الوسيط 4 / 628 - 629 / 9 / 747

فمثال الحق السابق على البيع أن يكون البائع قد باع عقارا في حيازة الغير فأخذ الشفيع بالشفعة ، ثم تبين أن الحائز للعقار قد ملكه قبل البيع بالتقادم ، فيدعي الحائز حقا على العقار سابقا على البيع ، ويكون البائع ضامنا للشفيع على هذا التعرض . وقد نصت المادة 371: " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير ، ويكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري .

ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل هذا الحق من البائع نفسه " (1).

ومثال الحق اللاحق على البيع أن يكون البائع باع عقارا فأخذه شفيع بالشفعة وبعد البيع رتب البائع على العقار رهنا قيده صاحبه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة .

فيدعى الدائن المرتهن حقا على العقار لاحقا للبيع وهو مستمد من البائع ، ويضمن البائع هذا التعرض (2) .

من خلال العرض السابق يتبين أن البائع إذا صدر منه ما يحول دون انتفاع الشفيع من العقار المشفوع فيه فإنه يضمن ؛ لأنه بهذا الفعل يضر بالشفيع فوجب إزالة الضرر من خلال الضمان ، وعلى ذلك فإن ضمان التعرض من البائع يعتبر دفعا للضرر المتوقع منه ، ويمكن اندراج هذه المسألة ضمن تطبيقات قاعدة الضرر يدفع بقدر الإمكان باعتبار أن البائع يكون ضامنا لتعرض الغير الذي يسبب ضرر للشفيع .

---

(1) - القانون المدني الجزائري 65

(2) - السنهوري : الوسيط 4 / 625 / 9 / 749- نبيل إبراهيم سعد :الحقوق العينية الأصلية

465- محمد حسين منصور:الحقوق العينية الأصلية 258 - 259

## خاتمة البحث :

- إنه بعد بيان تطبيقات قاعدة لا ضرر ولا ضرار في كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري يمكن أن أقرر بعض النتائج والتي أخصها في الآتي :
- 1 - إن دراسة هذه القاعدة من خلال عرض أدلتها من الكتاب والسنة و أقوال الصحابة تبين لنا مدى مرونة الفقه الإسلامي وصلاحيته تطبيقه لكل زمان ومكان من خلال تشريعه لأحكام أغلبية تنطبق على القضايا المستحدثة .
  - 2 - إن مضمون القاعدة يحرم إلحاق أي ضرر بالآخرين لا من جهة الابتداء ولا من جهة المقابلة ، ويتفق القانون المدني مع الفقه المالكي في هذه المسألة ، فنجد أن القانون يمنع الضرر بكل أصنافه سواء كان ضررا ماديا أو ضررا معنويا ويرتب المسؤولية على ذلك إن توافرت شروطها إلا أن الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي خصوصا قرر عقوبات ردعية على الأضرار التي تلحق بالغير سواء كانت مادية أو معنوية ، فشرع التعويض على الضرر المادي ، وكذا العقوبة الجسدية كحد قذف الغير حتى يحافظ على أعراض الناس من النيل منها .
  - 3 - دلت القاعدة الفقهية على جملة من القواعد الفرعية المندرجة تحتها وهي :
    - أ- الضرر يزال و تدل على أن الضرر واجب الدفع عن المسلمين كيفما تيسر الحال.
    - ب- الضرورات تبيح المحضورات التي تشير إلى أن الضرورة إن بلغت حدا معيناً تبيح ما كان محرماً أو ممنوعاً من قبل .
    - ت- الضرورة تقدر بقدرها ، والتي تشير إلى أن الضرورة يرخص منها القدر الذي تندفع به الضرورة .
    - ث- الضرر لا يزال بمثله ، ومعناها أنه إذا تعارض الضرران ، يرتكب أخفهما وأسهلها .

ج- يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ، ومعناها أنه إذا كان أحد الضررين لا يماثل الآخر لعموم أحدهما وخصوص الآخر؛ فإن الضرر العام يدفع بتحمل الضرر الخاص .

ح- يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد ، ومعناها أن الأمر إذا دار بين ضررين أحدهما أشد من الآخر ، ولا بد من ارتكاب أحدهما ، فيرتكب الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد .

4- عرفت الشفعة في الفقه المالكي بكونها استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري فهي رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد القانونية .

5- شرعت الشفعة لدفع الضرر عن الشريك بدخول الشريك الأجنبي عليه أو دفع ضرر القسمة أو ضرر الجار الذي يشترك مع جاره في الطريق ، ويستوي في هذا الضرر المدفوع العقار أو المنقول وتقتصر الشفعة على العقار في القانون المدني الجزائري .

6 - تطبيقات قاعدة الضرر يزال في موضوع الشفعة :

أ- يلزم الشفيع بأخذ الكل بالشفعة أو أن يدع في حال تعددت الصفقة التي ملك بها المشتري المشفوع فيه وهذا دفعا للضرر عن المشتري .

ب- موت الشفيع قبل المطالبة بالشفعة وبعد بيع العقار المشفوع فيه ، ينتقل حق الشفعة إلى الورثة ؛ لأن دفع الضرر يستوي فيه الشفيع إن كان وارثا أو موروث .

ت- حكم الشفعة في حال إقرار البائع بالبيع وإنكار المشتري ، يحق للشفيع أن يأخذ بالشفعة ؛ لأن الشفيع في حاجة ماسة إلى دفع الضرر عن نفسه ، ولذلك تكون عهده على البائع ولو مع إنكار المشتري .

ث- القول بأحقية شفعة الصغير ؛ باعتبار أن الحفاظ على أموال الشركاء وعدم الإضرار هو المقصود من تشريع الشفعة ، سواء كان الشفيع صغيرا كان أو فالضرر يزال .

7 - تطبيقات قاعدة الضرر لا يزال بمثله :

أ - إذا بيعت الدار أو قسمت وبقي الطريق مشتركا تثبت الشفعة في الطريق الخاص إن وجد للأرض المشفوع فيها طريق آخر ، لأننا لو أثبتنا الشفعة على الإطلاق ولو لم يكن للمشتري إلا ذلك الطريق ، لكانت النتيجة أننا دفعنا الضرر عن الشفيع وأوقعنا ضررا مساويا أو أشد منه على المشتري ، وإذا كان الطريق عاما فلا تثبت الشفعة فيه .

ب - إذا بيع المشفوع فيه على خيار للمشتري ، وأثبتت الشفعة في زمن الخيار أدى ذلك لتجاوز حق المشتري ؛ لأن البيع لم يصر لازما بعد ، والضرر الذي يزال عن الشفيع لا يدفع بتجاهل حق المشتري في الخيار .

8 - تطبيقات قاعدة يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد :

أ - إذا زيد في العقار بناء أو غراس ، كان الشفيع مخييرا بين الأخذ بالشفعة مع ما أحدثه المشتري في العقار ويعوض القيمة أو أن يحجم عن الأخذ بالشفعة ويلزم المشتري بنقض ما أحدثه إذا أراد الشفيع ذلك .

فيتحمل الضرر الأخف وهو إلزام الشفيع بالثمن لدفع ضرر أشد وهو تكليف المشتري بالنقض مع تضييع الانتفاع مما أحدثه المشتري .

9 - تطبيقات قاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام :

أ - يمنع الذمي من الأخذ بالشفعة على المسلم ؛ لأن حرمانه من حق الشفعة ضرر خاص به ، وأما السماح له بها ينتج عنه تملك الكفار لديار المسلمين وهو ضرر عام ، والقاعدة أن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام .

10 - تطبيقات قاعدة الضرر يزال في القانون المدني الجزائري :

أ - شرعت الشفعة لرفع الضرر عن الشريك، ويظهر هذا من خلال ذكر مراتب الشفيع فنجد أن المشرع الوضعي قد راعى في تشريعه رفع الضرر، حينما أقر للشريك في الشيوع الحق في الشفعة ، ولكنه خالف الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي خصوصا حينما أقر لمالك الرقبة في الشفعة إذا بيع حق الانتفاع فالفقه الإسلامي لم يولي أهمية لملكية جردت من حق الانتفاع فضلا أن يثبت لها حق الشفعة.



ب- مسألة توالي البيوع التي نستخلص منها أن الفقه المالكي والقانون المدني كلاهما أقر تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه إلا أن الفقه المالكي خير الشفيع الأخذ بأي صفقة شاء غير القانون فرض قيودا وإجراءات محددة ، ولم يراع جانب دفع الضرر كما اهتم به الفقه المالكي .

ت- ما يخص العلاقة بين المشتري والشفيع ، نجد أن الفقه المالكي على خلاف القانون لم يستفصل عن حال المشتري حين بنى أو غرس في العقار أكان يعلم أن الشفيع يريد الأخذ بالشفعة أم لا ، خلافا للقانون .

إذ أن فقهاء المذهب المالكي يلزمون الشفيع بدفع قيمة ما أحدثه المشتري من بناء أو غراس ، بخلاف القانون الذي جعل بناء المشتري بعد إعلان الشفيع لرغبته في الأخذ بالشفعة مهدور الحق في التعويض عن قيمة ما بنى، وهو ضرر قد استدركه الفقهاء دفعه حينما لم يضعوا هذا الشرط .

ث- تحمل تبعة الهلاك : إن هلاك المشفوع فيه ينتج ضرر مادي يستوجب رفعه فالقانون المدني بين أن مسؤولية تحمل تبعة الهلاك تقع على من بيده العين والعبارة في ذلك بحيازة المبيع لا في ملكيته ، فلو أن الشفيع لم يتسلم أولم يطالب بالعين ووقع الهلاك فيتحملة المشتري ولو كان عدم التسليم أو الهلاك خارجا عن نطاق المشتري وبذلك فالقانون لم يراع دفع الضرر عن المشتري بشكل أمثل كما اعتبره الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي خصوصا حينما ميز بين الهلاك بفعل سماوي أو بفعل الآدمي.

ج- ميراث الشفعة : شرعت الشفعة في الأصل لدفع ضرر سوء الشركة أو القسمة يستوي في ذلك الشفيع أو الورثة الذين حلوا محله في استحقاق دفع الضرر عن أنفسهم من الشريك الأجنبي لذلك تثبت لهم الشفعة والله أعلم .

ح- شفعة الصغير: نجد أن القانون وافق قول الفقهاء الذين ذهبوا إلى أن الشفيع من حقه إذا كان صغيرا أن يأخذ وليه بالشفعة بدلا عنه ؛ لأنه محتاج لدفع الضرر عن ماله كما يحتاجه الكبير، وخالف القانون المدني رأي الفقهاء الذين منعوا الشفيع من الأخذ بالشفعة إذا كان صغيرا حتى يكبر .

11- تطبيقات قاعدة يدفع الضرر بقدر الإمكان في القانون المدني الجزائري .  
ضمان التعرض: إذا صدر من البائع ما يحول دون انتفاع الشفيع من العقار المشفوع فيه فإنه يضمن ؛ لأن تعرض المشتري إضرار بالشفيع فوجب إزالة الضرر من خلال الضمان ، وعلى ذلك فضمان التعرض من البائع يعتبر دفعا للضرر المتوقع منه .

كما أن البائع يضمن تعرض الغير الذي يسبب ضرر للشفيع ، وهذا نتيجة للتصرف الذي قام به البائع ونتج عنه تسلط الغير .

بعد هذا العرض العام لنتائج البحث ليس لنا إلا أن نقرر بأن عظمة الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي خصوصا قد تجسدت في كل حكم من أحكامه سواء في المعاملات أو العبادات ، فالله عز وجل أعلم وأدرى بأحوال خلقه وما يصلح لهم في حياتهم قال ﷺ: ﴿ كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيُحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَا اختلفُوا فِيهِ وَمَا اختلف فيه إِلَّا الَّذِينَ أوتوه من بعد ما جاءتهم البينات بغيا بينهم فهدى الله الَّذِينَ آمنوا لما اختلفوا فيه من الحق بإذنه والله يهدي من يشاء إلى صراطٍ مستقيم ﴾ البقرة : 213 .

وقال ﷺ: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ النساء : 65 .

## الفهارس :

### أولا / فهرس الآيات .

الصفحة	الآية	الآيات
-	-	سورة البقرة
102	3	- الذين يؤمنون بالغيب
97	91	- والفتنة أشد من القتل
71- 60	173	- إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير
96		
67	194	- الشهر الحرام بالشهر الحرام والحرمات قصاص.
229	213	- كان الناس أمة واحدة فبعث الله النبيين
33	233	- والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين
16	263- 262	- الذين ينفقون أموالهم في سبيل الله
75- 34	280	- وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة
-	-	سورة النساء
33	12	- من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار
103	29	- يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل .
229	65	- فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم
16	112	- ومن يكسب خطيئة أو إثما ثم يرم به بريئا.
200	141	- ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا
-	-	سورة المائدة
71- 61	3	- فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم .

		<b>سورة الأنعام</b>
46 - 45	108	- ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله
71	119	- وما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه
61	191	- وقد فصل لكم ما حرم عليكم
		<b>سورة التوبة</b>
15	61	- ومنهم الذين يؤذون النبي
		<b>سورة النحل</b>
67	126	- وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به
		<b>سورة الكهف</b>
96	71	- فانطلقا حتى إذا ركبا في السفينة خرقها
96	74	- فانطلقا حتى إذا لقيا غلاما فقتله
97	80 - 79	- أما السفينة كانت لمساكين يعملون في البحر
		<b>سورة النور</b>
09	4	- والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء
		<b>سورة الشورى</b>
68	42 - 41	- ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل
		<b>سورة الحجرات</b>
12	12 - 11	- يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم

200	20	سورة الحشر - لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة
15	10-9-8	سورة المجادلة - ألم تر إلى الذين نهوا عن النجوى
15	12	- يا أيها الذين آمنوا إذا ناجيتم الرسول
18	11-10	سورة القلم - ولا تطع كل حلاف مهين
19	13	- عتل بعد ذلك زنيم

### ثانيا / فهرس الأحاديث والآثار :

الهامش	الصفحة	الحديث
		الألف
1	66	- أد الأمانة إلى من ائتمنك ...
2	19	- ألا أخبركم بأهل الجنة ...
1	91	- الجالب مرزوق والمحتكر ملعون
5	117	- الجار أحق بسقبه .
1	118	- الجار أحق بشفعة جاره
4	166	- الشريك شفيع والشفعة في كل شيء .
3	103	- أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة .
2	97	- أن أعرابيا بال في المسجد ...
3	32	- إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ....
2	46	- إن من أكبر الكبائر شتم الرجل والديه ...

		<b>التاء</b>
2	36	- تلقى الملائكة روح من كان قبلكم
		<b>الشاء</b>
2	17	- ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة
		<b>الجيم</b>
2	68	- جاءت هند إلى النبي ﷺ
5	163	- جار الدار أحق بالدار
		<b>الذال</b>
3	54	- ذكر رجل لرسول الله ﷺ
		<b>الغين</b>
3	55	- غبن المسترسل ربا
		<b>القاف</b>
1	12	- قدم علينا رسول الله ﷺ وليس منا إلا وله اسمان
1	116	- قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما يقسم
4	120	- قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم
		<b>الكاف</b>
4	87	- كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه
		<b>اللام</b>
2	201	- لا تبدؤوا اليهود والنصارى بالسلام
4	200	- لا شفعة لنصراني
1	37	- لا ضرر ولا ضرار
3	37	- لا ضرر ولا ضرار من ضرار ضره الله

4	37	- لا ضرر ولا ضرار في الإسلام
1	38	- لا ضرر ولا ضرورة ولا يمنع أحدكم جاره
1	202	- لا يجتمع دينان في جزيرة العرب
3	91	- لا يحتكر إلا خاطئ .
1	67	- لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس .
3	18	- لا يدخل الجنة قتات
1	13	- لا يموتن أحدكم إلا وهو يحسن الظن بالله
3	36	- لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته .

### فهرس الأثار :

الهامش	الصفحة	الأثار
3	165	- إذا صرفت الحدود وعرف الناس حدودهم
1	42	- أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا
2	62	- أن رجلا نزل بالحررة
2	39	- أنه كانت له عضد من نخل
2	166	- لا شفعة في بئر ولا فحل

## ثالثا : فهرس الأعلام

الهامش	الصفحة	العلم
1	35	- أبو أمية شريح القاضي
2	11	- أبو بكر محمد بن مسلم بن زهرة الزهري
2	119	- أبو بكر الأنصاري محمد بن سيرين
4	118	- أبو حفص عمر بن عبد العزيز
2	10	- زفر بن الهذيل
2	118	- سعيد بن المسيب
2	179	- أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن يسار
3	118	- سليمان بن يسار
1	39	- سمرة بن جندب
3	10	- أبو شبرمة
4	11	- عبد الله بن عمر بن الخطاب
4	10	- عبد الله سفيان بن حبيب الثوري
1	41	- أبو عبد الرحمان محمد بن مسلمة
3	110	- أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي
2	35	- أبو عمران إبراهيم النخعي
3	11	- أبو عمرو سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب
1	11	- أبو عمرو الشامي عبد الرحمان بن عمرو
		الأوزاعي
1	109	- أبو عمرو عثمان بن أبي بكر
3	176	- أبو عمرو النقال الحارث بن شريح البغدادي
3	179	- أبو محمد عطاء بن أبي رباح
1	10	- أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري



رابعاً / فهرس القواعد الفقهية :

الصفحة	القاعدة
37	- لا ضرر ولا ضرار
59-58	- الضرورات تبيح المحضورات
70	- الضرورة تقدر بقدرها
77	- الضرر لا يزال بمثله
86	- يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام
94	- يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد

خامسا / فهرس المصطلحات :

المصطلح	الصفحة	الهامش
- الأرف	166	1
- الأروش	6	2
- البيع الصحيح	127	1
- البيع الفاسد	127	2
- الحررة	62	4
- الخلع	130	1
- الخليج	41	3
- الربع	169	4
- الشقص	111	1
- الصلح	130	2
- الفدان	43	1
- القيمة	128	2
- النقض	194	3
- الهبة	129	1
- حق عيني	113	2
- حق شخصي	113	3
- سقب	117	4
- معاوضة	128	4
- نفقت	62	1

سادسا : فهرس المواد القانونية .  
أ / القانون المدني الجزائري.

المادة	الصفحة	الهامش
- إذا اشترى شخص عقارا	145	2
- إذا هلك المبيع قبل تسليمه	210	1
- الشفعة رخصة تجيز الحلول	215	2
	112	1
	131	1
- على المالك الذي يرد إليه ملكه	213	1
- على من يريد الأخذ بالشفعة	139	2
- كل شيء مستقر بحيزه وثابت	122	1
- لابد من وكالة خاصة في كل عمل	135	2
	153	1
	220	1
- لا تكون حجة على الشفيع الرهون	145	1
والاختصاصات	210	2
- لا يجوز لمن ينوب عن غيره	136	2
- لا يجوز للسماسة	137	2
- لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين	137	3
- لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية	134	1
	143	2
- يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام	132	2
	205	1

3	208	
2	142	- يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة
1	141	
2	146	
1	149	- يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري
4	151	أمام المحكمة
1	155	
3	139	- يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه
1	224	- يضمن البائع عدم التعرض للمشتري
1	156	- ينقطع التقادم بالمطالبة

### ب / قانون الإجراءات المدنية :

2	149	- ترفع الدعوى إلى المحكمة إما بإيداع
2	150	- كل تكليف بالحضور إلى المحكمة
2	155	- يكون الاختصاص للجهة القضائية

### ج / قانون الإجراءات الجزائية :

3	27	- تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر
---	----	--

### د / قانون الأسرة :

4	27	- الخطبة وعد بالزواج
---	----	----------------------

## فهرس المصادر والمراجع :

### أولا المصحف الشريف :

1- المصحف الشريف برواية الإمام حفص بن سليمان الأسدي الكوفي  
عن الإمام عاصم بن أبي النجود الكوفي .

### ثانيا المطبوعات :

### حرف الألف :

2- أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي الغرناطي المالكي :  
الموافقات في أصول الشريعة تحقيق : أحمد السيد سيد أحمد علي ط/ المكتبة  
التوفيقية القاهرة مصر .

3- أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروزآبادي الشيرازي : التنبيه في الفقه الشافعي  
تحقيق : عماد الدين أحمد حيدر ط / عالم الكتب بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1403  
هـ .

4- أبي إسحاق الشاطبي : الاعتصام تحقيق : هاني الحاج ط/ المكتبة التوفيقية  
القاهرة مصر .

5- أبو الحسن علي بن الحسن السغدي : فتاوى السغدي تحقيق : د / صلاح الدين  
الناهي ، ط/ دار الفرقان مؤسسة عمان الأردن بيروت لبنان الطبعة الثانية :  
1404هـ - 1984 م .

6- أبو الحسن المالكي : كفاية الطالب الرباني على رسالة أبي زيد القيرواني  
تحقيق : يوسف الشيخ محمد البقاعي ط/ دار الفكر بيروت لبنان ، 1412هـ .

7- أبي الحسين يحيى بن أبي الخير سالم العمراني : البيان في مذهب الإمام الشافعي  
تحقيق : قاسم محمد النوري ط / دار المنهاج .

8- أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي : الإنصاف في معرفة الراجح  
من الخلاف، تحقيق : محمد حامد الفقي ط / دار إحياء التراث بيروت لبنان .

9- أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري : النهاية في غريب الأثر تحقيق :

طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي ط/المكتبة العلمية بيروت لبنان  
1399هـ .

10- الصادق عبد الرحمن الغرياني : مدونة الفقه المالكي وأدلته ط/ مؤسسة الريان  
للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان ، 1426هـ/1427 هـ - 2006 م .

11- الضيف كيفاجي : الشفعة في الفقه الإسلامي : دراسة مقارنة بين الشريعة  
الإسلامية والقانون المدني الجزائري ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية  
ط / 1419هـ - 1420هـ / 1998م ، 1999م .

12- أبو العباس عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن تيمية : المحرر في الفقه  
ط / مكتبة المعارف الرياض السعودية ، الطبعة الثانية : 1404 هـ .

13- أبو العباس أحمد عبد الحلیم بن تيمية : كتب ورسائل وفتاوى بن تيمية تحقيق:  
عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي ط / مكتبة بن تيمية الطبعة الثانية.

14 - أبو العباس شمس الدين أحمد بن أبي بكر بن خلكان : وفيات الأعيان وأنباء  
أبناء الزمان تحقيق: إحسان عباس ، ط/ دار صادر بيروت لبنان .

15- العربي بلحاج : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري  
ط / ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر .

16 - أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي : تفسير القرآن العظيم تحقيق: عبد  
الرزاق المهدي ط / دار الكتاب العربي : بيروت لبنان الطبعة الثانية : 1423هـ -  
2002م .

17- أبي الفتح تقي الدين المعروف بابن دقيق العيد : إحكام الأحكام شرح عمدة  
الأحكام ط / دار الكتب العلمية بيروت لبنان .

18- أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي : لسان العرب ط/ دار صادر  
بيروت لبنان الطبعة الأولى .

19- أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني : الدراية في تخريج أحاديث الهداية  
تحقيق : عبد الله هاشم اليماني المدني ط / دار المعرفة بيروت لبنان.

20- أبو الفضل أحمد بن حجر العسقلاني : الإصابة في تمييز الصحابة  
تحقيق : علي محمد البجاوي ط / دار الجيل - بيروت لبنان 1412

- 21- أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي : القواعد في الفقه الإسلامي ط/ دار المعرفة .
- 22- الفيروز آبادي : القاموس المحيط ط / مؤسسة الرسالة بيروت لبنان .
- 23- أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي : المنتقى شرح موطأ إمام دار الهجرة لسيدنا مالك بن أنس ط / مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر الطبعة الأولى : 1332هـ .
- 24- إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي : المهذب في فقه الإمام الشافعي ط / دار الفكر بيروت لبنان
- 25- إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان : منار السبيل في شرح الدليل تحقيق : عصام القلجعي ، ط/ مكتبة المعارف الرياض السعودية الطبعة الثانية : 1405 هـ.
- 26- إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي : المبدع شرح المقنع ط/ المكتب الإسلامي بيروت لبنان 1400 هـ .
- 27- إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي : الديباج المذهب في معرفة علماء المذهب ط/ دار الكتب العلمية بيروت لبنان .
- 28- أحمد بن حنبل : المسند تحقيق : شعيب الأرنؤوط وآخرون ط / مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية : 1420 هـ - 1999 م .
- 29- أحمد بن حسين بن علي البيهقي : سنن البيهقي الكبرى تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، ط/ مكتبة دار الباز مكة المكرمة : السعودية 1411 هـ - 1994
- 30- أحمد بن علي بن المثنى أبو يعلى الموصلي التميمي : مسند أبي يعلى تحقيق : حسين سليم أسد ط / دار المأمون للتراث دمشق سورية الطبعة الأولى : 1404 هـ - 1984 م .
- 31- أحمد بن محمد الحنفي الحموي : غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم المصري ط / دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1405 هـ - 1985 م .
- 32- أحمد بن الشيخ محمد الزرقا : شرح القواعد الفقهية تحقيق : عبد الستار

- أبو غدة ط/ دار القلم دمشق سوريا .
- 33- أحمد بن غنيم النفراوي : الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني ط/ دار الفكر بيروت لبنان 1415 هـ .
- 34- أحمد بن يحيى الونشريسي : المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب تحقيق : محمد حجي ط / دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان طبعة : 1401هـ - 1981م .
- 35- أحمد الدردير : الشرح الكبير على مختصر خليل تحقيق : كمال الدين عبد الرحمان قاري ط/ المكتبة العصرية صيدا بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1427 هـ - 2006م .
- 36- أحمد شوقي عبد الرحمان : الحقوق العينية الأصلية حق الملكية والحقوق العينية المنفردة عنها ط / منشأة المعارف الإسكندرية 2004 م .
- 37- أحمد شوقي عبد الرحمان : البحوث القانونية في مصادر الإلتزام الإرادية وغير الإرادية ط / منشأة المعارف الإسكندرية مصر 2002 م .
- 38- إسماعيل بن حسن بن محمد علوان : القواعد الفقهية الخمس الكبرى والقواعد المندرجة تحتها جمع ودراسة من مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ط/ دار ابن الجوزي السعودية، الطبعة الأولى : 1420هـ - 2000م .
- 39- إسحاق إبراهيم منصور : نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية ط / ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر 2001 م
- 40- أنور طلبه : الوسيط في القانون المدني ط / المكتب الجامعي الحديث الأزاريطة الإسكندرية مصر 2001م .
- 41- أنور العمروسي : الملكية و أسباب كسبها في القانون المدني ط/ دار محمود للنشر والتوزيع الطبعة الأولى : 1999 م .

## حرف الباء

- 42- أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص : أحكام القرآن تحقيق : محمد الصادق القمحاوي ط/ دار إحياء التراث بيروت لبنان 1405 هـ - 1985 م



- 43- أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي : أحكام القرآن تحقيق : محمد عبد القادر عطا دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الثالثة : 1424هـ - 2003م.
- 44- أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني : مصنف عبد الرزاق تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي ط/ المكتب الإسلامي بيروت لبنان الطبعة الثانية : 1403هـ - 1986م.
- 45- أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة : المصنف في الأحاديث والآثار تحقيق : كمال يوسف الحوت ط / مكتبة الرشد الرياض السعودية الطبعة الأولى : 1409 هـ - 1988 م .
- 46- أبي بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي : المبسوط ط/ دار المعرفة بيروت لبنان .
- 47- أبي بكر بن العربي المعافري : القبس في شرح موطأ مالك بن أنس تحقيق : محمد عبد الله ولد عبد الكريم ط / دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1992م.
- 48- أبي بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي : حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرّة العين بمهمات الدين ط/ دار الفكر للطباعة بيروت لبنان .
- 49- أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة : طبقات الشافعية تحقيق : د / الحافظ عبد الحليم خان ط / عالم الكتب بيروت لبنان الطبعة الأولى: 1407هـ .

### حرف الجيم :

- 50- جلال الدين محمد بن أحمد المحلي وجمال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي : تفسير الجالين . ط/ دار الحديث القاهرة مصر الطبعة الأولى .
- 51- جميل الشرقاوي: دروس في النظرية العامة للإلتزام ، ط/ دار النهضة العربية 1977 م .

### حرف الحاء :

- 52- أبي حامد محمد بن محمد الغزالي : الوسيط في المذهب تحقيق : أحمد محمود

- إبراهيم محمد محمد تامر ط/ دار السلام القاهرة مصر الطبعة الأولى : 1417 هـ —  
53- أبو حاتم محمد بن حبان التميمي البستي : الصحيح تحقيق : شعيب الأرنؤوط  
ط / مؤسسة الرسالة بيروت لبنان الطبعة الثانية : 1414 هـ - 1993 م  
54- حسن كيرة : الموجز في أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية  
ط / منشأة المعارف الإسكندرية مصر الطبعة الثالثة : 1994 م .  
55- حسن حنتوش الحسناوي : التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية  
ط / مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن 1999 م .

### حرف الخاء :

- 56- خليل مصطفى : تقدير مبلغ التعويض وحقوق المؤمن المترتبة على دفعه  
ط/ دار الحامد للنشر عمان الأردن الطبعة الأولى : 2001 م .  
57- خليل بن إسحاق بن موسى المالكي : مختصر خليل تحقيق : أحمد علي حركات  
ط/ دار الفكر بيروت لبنان 1415 هـ .

### حرف الراء :

- 58- رمضان أبو السعود : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها  
ط/ ديوان المطبوعات الجامعية الإسكندرية مصر 2001 م .  
59- رمضان أبو السعود : مصادر الالتزام ط / دار الجامعة الجديدة للنشر  
الإسكندرية مصر الطبعة الثالثة : 2003 م .

### حرف الزاي :

- 60- أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي : شرح النووي على صحيح مسلم  
تحقيق : صلاح عويضة - محمد شحاته ط / دار المنار القاهرة مصر 1423 هـ  
- 2003 م .  
61- زكريا بن محمد الأنصاري : الحدود الأنيفة تحقيق : د/ مازن المبارك  
ط/ دار الفكر المعاصر بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1411 هـ .  
62- زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي : الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة  
النعمان ط / دار الكتب العلمية بيروت لبنان 1400 هـ - 1980 م .

63- أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي : المجموع شرح المهذب ط/ دار الفكر بيروت لبنان 1997م.

64- أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي : روضة الطالبين ط/ المكتب الإسلامي بيروت لبنان الطبعة الثانية : 1405 هـ .

65- زين الدين بن إبراهيم بن محمد نجيم الحنفي: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ط / دار المعرفة بيروت لبنان الطبعة الثانية .

### حرف السين :

66- سعيد مقدم : نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ط / المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1992 م .

67- سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني ط/ دار الكتب القانونية مصر مكتبة صادر بيروت لبنان

68- سليم رستم باز اللبناني : شرح مجلة الأحكام العدلية ط / دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، الطبعة الثالثة .

69- سليمان بن أشعث أبو داود السجستاني الأزدي: سنن أبي داود تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد دار الفكر بيروت لبنان.

### حرف الشين :

70- شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المعروف القرافي : الفروق ط / منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1418 هـ - 1998 م .

71- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي : الذخيرة تحقيق : محمد حجي ط/ دار الغرب بيروت لبنان 1994م .

### حرف الصاد :

72- صالح عبد السميع الآبي الأزهري : الثمر الداني شرح رسالة أبي زيد القيرواني ط/ المكتبة الثقافية بيروت لبنان .

73- صفي الدين أحمد بن عبد الله الخزرجي الأنصاري : خلاصة تذهيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال تحقيق : عبد الفتاح أبو غدة ط / مكتب المطبوعات الإسلامية دار البشائر حلب بيروت 1416 هـ .

### حرف العين :

74- عبد المنعم فرج الصده : الحقوق العينية الأصلية ط / دار النهضة العربية بيروت لبنان 1982 .

75- عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد تحقيق : عبد الباسط الجميعي مصطفى محمد الفقي ط / منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان الطبعة الثالثة : 1998 م .

76- عبد الرزاق السنهوري : النظرية العامة للالتزام تنقيح : أحمد مدحت المراغي منشأة المعارف الإسكندرية مصر 2004 م .

77- عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي ط / دار الفكر القاهرة .

78- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري : صحيح البخاري تحقيق : مصطفى

ديب البغا ط / دار ابن كثير اليمامة بيروت- لبنان الطبعة الثالثة : 1407 هـ - 1987 م

79- أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي : الجامع لأحكام القرآن تحقيق : هشام سمير البخاري وآخرون ط/ دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع الرياض السعودية 1423 هـ - 2003 م .

80- أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي : الفروع تحقيق : أبو الزهراء حازم القاضي ط/ دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1418 هـ .

81- أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن القيم الجوزية : إعلام الموقعين عن رب العالمين تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد ط / دار الجيل بيروت لبنان 1973 م .

82- أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن القيم الجوزية الدمشقي : أحكام أهل الذمة تحقيق : يوسف أحمد البكري- شاكر توفيق العاروري ط/ دار رمادى للنشر الدمام

- بيروت السعودية لبنان الطبعة الأولى : 1418 هـ - 1997 م .

- 83- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي : سير أعلام النبلاء تحقيق : شعيب الأرنؤوط محمد نعيم العرقسوسي ط / مؤسسة الرسالة بيروت لبنان الطبعة التاسعة : 1413 هـ .
- 84- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع : شرح الرصاع على حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية تحقيق : محمد أبو الأجنان - الطاهر المعموري ط / دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1993 م .
- 85- أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي : الأم ط / دار المعرفة بيروت لبنان الطبعة الثانية : 1393 هـ .
- 86- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي : السنن الكبرى تحقيق : عبد الغفار سليمان البندراوي سيد كسروي حسن ط/ دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1411 هـ - 1991 م .
- 87- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي : سنن النسائي ( المجتبى ) تحقيق : عبد الفتاح أبو غدة ط / مكتب المطبوعات حلب سورية ، الطبعة الثانية : 1406 هـ - 1986 م .
- 88- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني: السنن تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي دار الفكر بيروت - لبنان .
- 89- أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري : المستدرک على الصحيحين تحقيق : محمد عبد القادر عطا ط / دار الكتب العلمية - بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1411 هـ - 1990 م .
- 90- عبد الله بن عبد العزيز المصلح : قيود الملكية الخاصة ط / دار المؤيد الرياض السعودية الطبعة الثانية : 1415 هـ - 1995 م .
- 91- عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي : الأشباه والنظائر ط/ دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1403 هـ .
- 92- عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي : المسؤولية المدنية في ضوء القضاء الفقه ط / الفنية للتجليد الفني الإسكندرية مصر الطبعة السابعة 2000م .

- 93- علي علي سليمان : دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ط/ ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر الطبعة الثانية : 1984م .
- 94- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الدشراني المرغياني : الهداية شرح البداية ط/ المكتبة الإسلامية
- 95- علاء الدين السمرقندي : تحفة الفقهاء ط/ دار الكتب العلمية - بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1405 هـ - 1984 م .
- 96- علاء الدين الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ط / دار الكتاب العربي بيروت لبنان الطبعة الثانية : 1982م .
- 97- علي حيدر : شرح مجلة الأحكام العدلية تعريب فهمي حسيني ط / دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1991 م / 1411 هـ .
- 98- علي الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامي ط/ دار الفكر العربي القاهرة مصر الطبعة الأولى : 2000م .
- 99- علي أحمد الندوي : موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي تعليق : عبد الله بن عبد العزيز بن عقيل ط / دار عالم المعرفة 1419 هـ - 1999م .
- 100- علي بن محمد بن علي الجرجاني : التعريفات تحقيق : إبراهيم الأبياري دار الكتاب العربي بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1405 هـ .
- 101- علي بن أبي بكر الهيثمي : مجمع الزوائد ط / دار الريان للتراث القاهرة بيروت مصر لبنان 1407 هـ .
- 102- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري : التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد تحقيق : أسامة بن إبراهيم وحاتم بن أبو زيد ط/ دار الفاروق الحديثة للطباعة والنشر الطبعة الثالثة : 1426 هـ - 2003م
- 103- أبو عمر يوسف بن عبد البر : الكافي في فقه أهل المدينة ط/ دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1407 هـ
- 104- أبو عمر يوسف بن عبد البر : الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء مالك والشافعي وأبي حنيفة ط/ دار الكتب العلمية بيروت لبنان .

105- أبو عيسى محمد بن عيسى الترميذي السلمي : الجامع الصحيح تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون ط / دار إحياء التراث بيروت لبنان .

### حرف الفاء :

106- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي : تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ط / دار الكتاب الإسلامي القاهرة مصر 1313 هـ - 1992 م .

### حرف القاف :

107- القانون المدني الجزائري : وزارة العدل ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية بن عكنون الجزائر .

108- قانون الإجراءات المدنية النص الكامل للقانون تعديلاته ومدعم بالإجهاد القضائي ، الطبعة الثانية منشورات بيرتي الجزائر .

109- قانون الأسرة : وزارة العدل ط3 - 1999م الديوان الوطني للأشغال التربوية.

110- قانون الإجراءات الجزائية : وزارة العدل الديوان الوطني للأشغال التربوية 1991 م .

### حرف الميم :

111- المجلة القضائية : صادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا ط / الديوان الوطني للأشغال التربوية .

112- الموسوعة الفقهية الكويتية إصدار وزارة الشؤون الإسلامية الكويت الطبعة الثانية : 1408 هـ - 1988 م.

113- مالك بن أنس : المدونة الكبرى رواية سحنون بن سعيد التتوخي عن عبد الرحمن بن القاسم ط / دار صادر بيروت لبنان .

114- أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي زيد القيرواني : النوادر والزيادات على ما في المدونة وغيرها من الأمهات تحقيق : محمد الأمين بوخبزة .

ط / دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1999 .

115- محمد كامل مرسي : الملكية والحقوق العينية ط / مطبعة نوري مصر

- الطبعة الثالثة : 1355هـ / 1936م .
- 116- محمد وحيد الدين سوار: شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام ط/ 1400هـ - 1401م. / 1980-1981م .
- 117- محمد فتح الله النشار: حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ط/ دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية مصر 2002م.
- 118- محمد أحمد عابدين : التعويض بين الضرر بين المادي والأدبي الموروث ط / منشأة المعارف مصر 2000م .
- 119- محمد صبري السعدي : النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري في القانون المدني الجزائري ط / دار الكتاب الحديث 1424هـ - 2003م
- 120- محمد حسين منصور : الحقوق العينية الأصلية ط / الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت لبنان 2000م .
- 121- محمد فوزي فيض الله : نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام ط/ مكتبة التراث الإسلامي الكويت الطبعة الأولى : 1403هـ - 1983م .
- 122- محمد أحمد سراج : ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ط / دار الثقافة للنشر والتوزيع القاهرة مصر الطبعة الأولى : 1409 - 1410هـ - 1989م - 1990م .
- 123- محمد الخطيب الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ط / دار الفكر بيروت لبنان .
- 124- محمد الخطيب الشربيني : الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع تحقيق : مكتب البحوث والدراسات بدار الفكر ط/ دار الفكر بيروت لبنان 1415هـ .
- 125- محمد بن علي الشوكاني : السيل الجرار المتدفق على الحدائق الأزهار تحقيق : محمود إبراهيم زايد ط/ دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1405هـ.
- 126- محمد بن علي الشوكاني : الدراري المضية شرح الدرر البهية ط/ دار الجيل بيروت لبنان 1407هـ - 1987م .
- 127- محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني : شرح الزرقاني على موطأ مالك



تحقيق : نجيب الماجدي - أحمد عوض أبو الشباب ط / المكتبة العصرية صيدا  
بيروت لبنان 1425هـ - 2004.

128- محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي: القوانين الفقهية  
تحقيق : عبد الكريم الفضيلي ط/ المكتبة العصرية صيدا بيروت لبنان  
1426هـ - 2005 .

129- محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد  
تحقيق : أبو عبد الرحمن عبد الحكيم بن محمد ط / المكتبة التوفيقية القاهرة مصر.  
130- محمد عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير تحقيق : محمد  
عليش ط/ دار الفكر بيروت لبنان .

131- محمد بن عبد الرحمن المغربي : مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل  
ط / دار الفكر بيروت لبنان الطبعة الثانية : 1398هـ - 1977م .

132- محمد بن عبد الله بن علي الخرشي : حاشية الخرشي على مختصر سيدي  
خليل ومعه حاشية علي بن أحمد العدوي تحقيق : زكريا عميرات ط/ دار الكتب  
العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1417 هـ - 1997 م .

133- محمد عليش : شرح منح الجليل على مختصر خليل ط / دار الفكر بيروت  
لبنان .

134- محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري : التاج والإكليل لمختصر خليل  
ط/ دار الفكر بيروت لبنان الطبعة الثانية : 1398هـ - 1977 م .

135- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد الشهير بابن عابدين :  
حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار

المعروف بحاشية ابن عابدين ط/ دار الفكر للطباعة والنشر بيروت 1421هـ.

136- محمد بن الحسن الشيباني : الحجة على أهل المدينة تحقيق : مهدي حسن  
الكيلاني القادري ط/ عالم الكتاب بيروت لبنان الطبعة الثالثة : 1403هـ

137- محمد أبو زهرة : أصول الفقه بدون تاريخ طبع .

138- محمد صدقي بن أحمد البورنو : موسوعة القواعد الفقهية ط / مؤسسة الرسالة  
بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1424هـ - 2003م .

- 139- محمد بكر إسماعيل : القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ط/ دار المنار مصر الطبعة الأولى : 1417هـ - 1997 م .
- 140- محمد عبد الرؤوف المناوي : التوقيف على مهمات التعاريف تحقيق : د/ محمد رضوان الداية ط / دار الفكر المعاصر : بيروت - لبنان دمشق - سورية الطبعة الأولى : 1410هـ .
- 141- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي : مختار الصحاح تحقيق : محمود خاطر ط/ مكتبة لبنان ناشرون بيروت لبنان 1415هـ - 1995 م .
- 142- محمود بن عمر الزمخشري : الفائق في غريب الحديث تحقيق : علي محمد البجاوي - محمد أبو الفضل إبراهيم الطبعة الثانية : دار المعرفة بيروت لبنان .
- 143- محمد بن صالح العثيمين : شرح نزهة النظر في توضيح نخبة الفكر للحافظ ابن حجر العسقلاني مع تعليقات الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز تحقيق : محمد أحمد الهاللي ط / مكتبة عباد الرحمان مكتبة العلوم والحكم مصر الطبعة الأولى : 1427 هـ - 2007 م .
- 144- محمد بن علي الشوكاني : نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار، تحقيق : أحمد بن شعبان بن أحمد ط/ مكتبة الصفا القاهرة مصر 1426هـ - 2005 م .
- 145- محمد بن إسماعيل الصنعاني : سبل السلام تحقيق : محمد عبد العزيز الخولي ط/ دار إحياء التراث بيروت لبنان الطبعة الرابعة : 1379هـ .
- 146- محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري : تحفة الأحوذى شرح سنن الترميذي ط / دار الكتب العلمية بيروت لبنان .
- 147- محمد شمس الحق العظيم آبادي : عون المعبود شرح سنن أبي داود ط/ دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الثانية : 1995 م .
- 148- أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي : سنن الدارمي تحقيق : فواز أحمد زرملي خالد السبع العلمي ط/ دار الكتاب العربي - بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1407 هـ - 1990 م .

- 149- أبو محمد عبد الله بن قدامة المقدسي : الكافي في فقه ابن حنبل ط/ المكتب الإسلامي بيروت لبنان .
- 150- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي : المغني ط/ دار الفكر بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1405 هـ .
- 151- أبو محمد علي بن أحمد بن حزم الظاهري : المحلى تحقيق : لجنة إحياء التراث العربي ، ط / دار الآفاق الجديدة بيروت لبنان
- 152- أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي : معالم التنزيل تحقيق : محمد عبد الله النمر - عثمان جمعة ضميرية - سليمان مسلم الحرش ط / دار طيبة للنشر والتوزيع الطبعة الرابعة : 1417 هـ - 1997 م .
- 153- أبو محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي : نصب الراية لأحاديث الهداية تحقيق : محمد يوسف البنوري ط / دار الحديث مصر .
- 154- محمد ناصر الدين الألباني : سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيء في الأمة ، ط/ منشورات لجنة إحياء السنة أسيوط مصر الطبعة الأولى : 1408 هـ - 1997 م .
- 155- مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام ط/ دار القلم دمشق سوريا الطبعة الأولى : 1418 هـ - 1998 م .
- 156- معوض عبد التواب : المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني ط / منشأة المعارف الإسكندرية مصر الطبعة الخامسة : 2000 م .
- 157- منصور البهوتي : شرح منتهى الإيرادات ط/ عالم الكتب بيروت لبنان الطبعة الثانية : 1996 م .
- 158- منصور بن يونس البهوتي : الروض المربع بشرح زاد المستقنع ط/ مكتبة الرياض الحديثة السعودية ، 1390 هـ .
- 159- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي : كشف القناع عن متن الإقناع تحقيق : هلال مصيلحي مصطفى هلال ط / دار الفكر بيروت لبنان 1402 هـ .
- 160- أبو منصور محمد بن أحمد بن طلحة الأزهرى الهروي: تهذيب اللغة ط / دار الكتب العلمية بيروت لبنان .

## حرف النون :

- 161- نبيل إبراهيم سعد : الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها ط / منشأة المعارف الإسكندرية مصر 2001 م .
- 162- نبيل إبراهيم سعد : الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري و اللبناني ط/ منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 2003 م .
- 163- نبيل إبراهيم سعد : الشفعة علما وعملا ط / منشأة المعارف الإسكندرية مصر 1998م.

- 164- أبو نصر الكلاباذي : الهداية والإرشاد في معرفة أهل الثقة والسداد تحقيق : عبد الله الليثي ط / دار المعرفة بيروت لبنان الطبعة الأولى : 1407 هـ .

## حرف الهاء :

- 165- همام محمد محمود - محمد حسين منصور : مبادئ القانون ط / منشأة المعارف الإسكندرية مصر .

## حرف الواو :

- 166- وهبه الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ط / دار الفكر المعاصر دمشق سوريا الطبعة التاسعة : 1427 هـ - 2006 م .

## حرف الياء :

- 167- يوسف بن تغري بردي الأتابكي : مورد اللطافة في من ولي السلطنة والخلافة تحقيق : نبيل محمد عبد العزيز أحمد ط/ دار الكتب المصرية القاهرة مصر سنة النشر : 1997 م .

## رابعاً / فهرس الموضوعات :

الموضوع	الصفحة
- المقدمة.....	أ
- الفصل الأول: مفهوم القاعدة وأدلتها والقواعد المندرجة تحتها .....	ز
- المبحث الأول : تعريف القاعدة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري....ح	
- المطلب الأول : مفهوم الضرر في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري.....1	
- المطلب الثاني : أنواع الضرر في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري....6	
- المبحث الثاني : أدلتها والقواعد المندرجة تحتها .....	29
- المطلب الأول : أدلة القاعدة.....	30
- المطلب الثاني : القواعد الفرعية المندرجة تحت القاعدة.....	50
- الفصل الثاني : مفهوم الشفعة وشروطها .....	106
- المبحث الأول : تعريف الشفعة وأدلة مشروعيتها .....	107
- المطلب الأول : تعريف الشفعة .....	108
- المطلب الثاني : أدلة مشروعيتها .....	116
- المطلب الثالث : محل الشفعة .....	120
- المبحث الثاني : شروط وإجراءات الأخذ بالشفعة .....	126
- المطلب الأول : شروط الشفعة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري...127	
- المطلب الثاني : إجراءات الشفعة في القانون المدني الجزائري.....139	
-الفصل الثالث: تطبيقات القاعدة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري...158	
- المبحث الأول : تطبيقات القاعدة في الفقه المالكي الشفعة أنموذجاً.....159	
- المطلب الأول : تطبيقات قاعدة الضرر يزال .....	160
- المطلب الثاني : تطبيقات قاعدة الضرر لا يزال بمثله.....	182
- المطلب الثالث : تطبيقات قاعدة يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد.....192	

- المطلب الرابع : تطبيقات قاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام..197
- المبحث الثاني : تطبيقات القاعدة في القانون المدني الجزائري..... 204
- المطلب الأول : تطبيقات قاعدة الضرر يزال..... 205
- المطلب الثاني : تطبيقات قاعدة الضرر يدفع بقدر الإمكان.....222
- خاتمة البحث.
- فهرس الآيات .
- فهرس الأحاديث والآثار .
- فهرس الأعلام .
- فهرس القواعد الفقهية .
- فهرس المصطلحات .
- فهرس المواد القانونية.
- قائمة المصادر والمراجع .
- ملخص

## ملخص :

تعتبر قاعدة " لا ضرر ولا ضرار" من جوامع كلم النبي ﷺ فهي أساس لمنع الفعل الضار، وميزان القاضي في تقريره للأحكام .

ولهذه القاعدة تطبيقات شتى في الفقه المالكي ، ومنها الشفعة التي شرعت أساسا لدفع الضرر عن الشريك الأصلي من دخول الشريك الأجنبي وهذا الذي شجعتني على جعل العنوان بالصيغة الآتية : " قاعدة لا ضرر ولا ضرار وتطبيقاتها في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري الشفعة أنموذجا " .

انبنى الموضوع على الإشكالية الآتية :

هل تعتبر الشفعة سببا لدفع ضرر الشريك الأجنبي لمبيع الشريك الأصلي أم لا ؟

وتمثلت خطة البحث في تقسيمه إلى مقدمة وفصلين نظريين وفصل تطبيقي بالإضافة إلى خاتمة تتضمن أهم النتائج التي تم التوصل إليها .

أما الفصل الأول فقد عالجت فيه مفهوم القاعدة في الفقه المالكي وأدلتها من الكتاب والسنة وأقوال الصحابة .

و الفصل الثاني بينت فيه مفهوم الشفعة في الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري وشروط الشفعة وإجراءات الأخذ بها .

وأما بالنسبة للفصل الثالث فيمثل الدراسة التطبيقية للموضوع ويتضمن تطبيقات القاعدة والقواعد الفرعية التابعة لها في الفقه المالكي ، وكذا تطبيقات القاعدة في القانون المدني الجزائري .

وخلصت إلى أن تطبيقات القاعدة في موضوع الشفعة تتلخص فيما يلي :

- أن الشفعة شرعت لدفع الشريك الأجنبي أو لدفع ضرر القسمة .
- إذا تعددت الصفقة التي ملك بها المشتري المشفوع فيه ، يلزم الشفيع بأخذ كل الصفقة أو أن يدع ، وهذا دفع لضرر تفريق الصفقة على المشتري .
- إذا استحققت الشفعة في زمن الخيار لا يستطيع الشفيع المضي في إجراءات الشفعة إلا بعد انقضاء مدة الخيار، إذ أن رفع الضرر عن الشفيع لا يكون بالتعدي على حق المشتري في الخيار والضرر لا يزال بمثله .

- إذا أحدث المشتري في العقار المشفوع فيه بناء أو غرسا ثم أراد الشفيع العقار ألزم بدفع قيمة ما أحدث في العقار، إذ أن في نقض البناء زيادة في الضرر والضرر الأشد يزال بتحمل الضرر الأخف .

- لا تثبت الشفعة للكافر على المسلم حفاظا على ديار المسلمين من توسع الكفار فيها بالاستيطان ، إذ أن دفع الضرر العام مقدم على الضرر الخاص .

- ومن تطبيقات الضرر يزال في القانون المدني الجزائري مايلي :

- إثبات الشفعة للورثة إذ أن الشفعة شرعت في الأصل لدفع ضرر سوء الشركة أو القسمة

يستوي في ذلك الشفيع أو الورثة الذين حلوا محله في استحقاق دفع الضرر عن أنفسهم .

- إثبات الشفعة للقاصر يأخذها بدلا عنه وليه ؛ لأنه محتاج لدفع ضرر الشريك الأجنبي

كما يحتاجه الكبير .

وبذلك يوافق القانون المدني الجزائري ما ذهب إليه الجمهور ومنهم المالكية في ثبوت الشفعة

للصغير .



# Résumé de la thèse

Estimant que la théorie de "ni causer ni dommage ni préjudice et ne pas nuire à quelqu'un" est le fondement même de l'essentiel des paroles du Prophète Mohomet la paix soit sur lui.

C'est-à-dire que c'est la base pour stopper et empêcher le fait de nuire et retenue comme une règle pour les juger dans leur jugement et chez l'Imam Malek.

Cette règle a plusieurs applications et parmi lesquelles, le sujet et de droit de préemption pour prévenir les dommages et le préjudice qui peuvent être causés par quelqu'un.

Et c'est pour cette raison que j'ai choisi de prendre le thème de "ni dommage ni préjudice" et leur applications dans le Feqh de l'imam Malek et dans le code civil algérien.

Le sujet est basé sur la problématique suivante : le droit de préemption peut-il être considéré comme une raison pour prévenir le préjudice causé par l'associé étranger pour le patrimoine à vendre du propriétaire initial ?

La stratégie de recherche est composée de deux parties, deux théoriques et une partie pratique, en plus d'une conclusion comportant l'essentiel des résultats obtenus.

Quant au premier chapitre, j'ai abordé la théorie dans le Fiqh de l'imam Malek et ses preuves issues de la sunna et les paroles des compagnies du Prophète.

Est-ce qui concerne le 2ème chapitre, j'y ai démontré la notion de droit à la préemption chez l'Imam Malek et le code civil algérien et les conditions de celle-ci et les mesures de ses applications.

Quant au 3ème chapitre, il représente l'étude pratique du sujet et comporte les applications de la thèse et des bases secondaires y afférentes chez l'Imam Malek et dans le code civil algérien.

Je suis arrivé à la conclusion suivante : les applications de la thèse portant sur le thème du droit de préemption s'expliquent comme suit :

Le droit de préemption a été établi pour éviter le préjudice qui peut être causé par l'associé étranger ou de la liquidation.

Si le marché comporte plusieurs clauses par lesquelles l'acheteur bénéficie du droit de préemption obligeant le contractant de se soumettre à toutes les clauses et ceci évite les dommages inhérents à la non dispersion pour l'acheteur.

S'il y a une nécessité de préemption au choix moment du bénéficiaire du droit de préemption ne peut entreprendre les mesures sauf après écoulement du délai de l'option.

Si l'acheteur a opéré des transformations et que le propriétaire peut restituer son bien, l'acheteur doit verser des dommages au propriétaire initial.

Le droit à la préemption ne doit pas bénéficier au nom musulman.

Le droit civil algérien comporte toujours quelques applications suivantes :

La confirmation du droit à la préemption au profit des héritiers.

Il en est de même pour le mineur qui est représenté par son tuteur ainsi le droit civil algérien confirme le droit à la préemption au mineur.

## Summary of the study :

Estimating that the theory of causing no damage, no prejudice and no disturbance to any one , is one of the basis and essential speech of the Prophet Mohamed peace be upon him .

Which means the basis from to stop or to inhibit the fact of disturbing , Furthermore , it is a rule performed by judges in their judgment and also by Imam Malek .

This rule has many applications, among the subject referred to that letter , is the right of pre-emption to prevent damages and prejudice which may be made by someone.

So I have chosen this kind of theme: " no damage and no prejudice and its applications in Feqh of Imam Malek and also in the Algerian civil code pre-emption as subject of study .

The subject is based on the following problematic: Is the right of pre-emption considered as reason for prevents the prejudice made for the strange partner to a patrimony to sell for the first owner?

The research strategy is composed of two parts: two theoretical parts and practical one .

Moreover , the conclusion holds the essential results obtained :

Hence, the first chapter , I have set on the theory found throughout " the Fiqh of Imam Malek".

These argument are issued of the sunna and the speech of our Prophet's companions .

In the second chapter , I have shown the right notion of the pre-emption in" Fiqh Imam Malek" and the Algerian civil code , and its conditions , and the measures of its applications .

The third chapter , represents the practical side study of the main topic supported with the applications of the thesis itself and the secondary basis referred to " Feqh of the Imam Malek " and also Algerian civil code .

I have drawn the following conclusion:

- The thesis applications which is focuses on the theme of pre-emption right which is explained as following:

The pre-emption right has been established to prejudice which might be caused by a strange partner or liquidation.

If the market takes many clauses in which the buyer gains the right of pre-emption obligation the contracting to undertake in all clauses and this avoids inherent to non dispersion for the buyer .

If the pre-emption needs a pace of time for choice the partner can't go on proceeding for sale measures only after the necessary time is over .

If the buyer had worked on transformation, hence the owner would restore his goods , the buyer then has to pay damages to the first owner .

The non-Muslim must not benefit from this right.

Algerian civil code always includes the following applications as:

The confirmation of the right to a pre-emption to the profit of heirs.

The same for the minor person who is represented by his stake thus the Algerian civil code confirmed the right of pre-emption for minors .