

المطلب الثاني

الشفعة

وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: حرمة الأخذ بالشفعة.

المسألة الثانية: ثبوت الشفعة للشريك ولو علم بها فلم يطالب.

المسألة الثالثة: جريان الشفعة في كل شيء مشاع بين الشركاء في جميع الأشياء، من حيوان وعروض... الخ.

المسألة الرابعة: وجوب الشفعة في جميع ما ضمنته الصفة سواء أكان مما لو أفرد وجبت فيه الشفعة أم لا، إذا كان في الصفة ما تجب فيه الشفعة.

المسألة الأولى: حرمة الأخذ بالشفعة.

الفرع الأول: ويشتمل على:

أولاً: التمهيد.

اختلف العلماء في الشفعة هل هي أصل شرعي غير مستثناة من الأصول ولم تخرج عن القياس؟، فهي بذاتها باب مستقل أقرته الشريعة دون استثناء، وهذا مذهب البعض من العلماء رحمهم الله، واختاره الإمام ابن القيم^(١) وغيره، وذهب جمهور العلماء إلى أن الشفعة مستثناة من الأصول، والمراد بالاستثناء من الأصل أن الأصل يقتضي أن من باع ما يملكه إلى مشترٍ أو إلى آخر بعوض بيعاً صحيحاً تام الشروط فإنه لا ينتزع هذا المملوك الذي بيع ممن اشتراه وهو الأجنبي إلا بحق، واستثنت الشريعة الشفعة من هذا الأصل لأنه من باب تعارض مفسدتين، روعي دفع أعظمهما بارتكاب أخفهما.

من هنا قد يظن البعض عدم مشروعية الشفعة لمخالفتها الأصول الشرعية.

ثانياً: تصوير المسألة.

يمكن تصوير المسألة بأن يكون العقار -ربع أو دار، أي: أرض أو بيت أو بستان- مملوكاً لاثنين هما شريكان فيه، وتلك الشركة على الإشاعة، كل له النصف أو الربع أو ثلاثة أرباع، أو الثلث أو الثلثان، بدون قسمة ولا تمييز، أو له ثلاثون أو ستون في المائة من عين العقار، فيبيع أحد الشريكين حصته إلى شخص ثالث، فيأتي الشريك الذي لم يبيع ويخشى مضرة الذي اشترى بأن يسيء معه الشراكة أو يكون رجل سوء أو يرغب في استقلاله بالعقار؛ فهل للشريك الذي لم يبع حصته أن يشفع على المشتري وينتزع منه الحصة التي اشتراها من شريكه ويضمها إلى حصته هو، فيكون قد شفع حصة شريكه إلى حصته بضمها إليه، أو لا يملك الشريك ذلك؟.

(١) يُنظر: إعلام الموقعين ١٥٥/٢.

ثالثاً: تحرير محل النزاع.

اتفقوا في الجملة على أن الشفعة لا تثبت إلا فيما ينتقل بعوض وعليه فلا تثبت الشفعة فيما انتقل بمبة لغير الثواب أو بوقف ونحو ذلك^(١).
واختلفوا في ثبوت الشفعة فيما انتقل بعوض هل تثبت فيه الشفعة، أم لا؟ على ما سيأتي بيانه في الأقوال.

(١) يُنظر: بدائع الصنائع ١١/٥، شرح مختصر خليل للخرشي ١٧٠/٦، المهذب ٣٧٧/١، المغني ١٨٢/٥، المحلى ٨٨/٩.

الفرع الثاني: ويشتمل على:

أولاً: نص من حكم عليه بالشذوذ.

قال الماوردي: ((والحكم بالشفعة واجب بالنص والإجماع، إلا من شذ عن الكافة من الأصم وابن علي، فإنهما أبطلها رداً للإجماع، ومنعاً من خبر الواحد))^(١).
وجاء في المجموع: ((ولا يحتاج إلى حكم حاكم في الأخذ بها، لأنها ثبتت بالنص الصحيح المرفوع وبالإجماع، ولم يشذ إلا الأصم))^(٢).

ثانياً: تحرير الرأي المحكوم عليه بالشذوذ، ونسبته، وأدلته.

القول بعدم مشروعية الشفعة هو قول الأصم^(٣) وابن علي^(٤) وبعض الحنفية^(٥).
وقد نسب هذا القول للتابعي جابر بن زيد جاء في كفاية الأخيار: ((ونقل ابن المنذر الإجماع على إثبات الشفعة وهو ممنوع، فقد خالف في ذلك جابر بن زيد من كبار التابعين وغيره))^(٦).

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: أن القياس يأبى ثبوت حق الشفعة؛ لأنه يتملك على المشتري ملكاً صحيحاً له بغير رضاه، وذلك لا يجوز؛ فإنه من نوع الأكل بالباطل^(٧) وتأيد هذا بقوله ﷺ: ((لا يحل مال امرئ مسلم، إلا بطيب نفس منه))^(٨).

(١) الحاوي ٢٢٧/٧.

(٢) المجموع ٣٤١/١٤.

(٣) يُنظر: المعني ١٧٨/٥.

(٤) يُنظر: الحاوي ٢٢٧/٧.

(٥) يُنظر: المبسوط ٩٠/١٤.

(٦) كفاية الأخيار ٢٨٤/١. جاء في حواشي الشرواني ٥٤/٦: ((وحكى ابن المنذر فيها الإجماع لكن نقل الرافعي عن جابر بن زيد من التابعين إنكارها قال الدميري: ولعل ذلك لم يصح عنه)).

(٧) يُنظر: المبسوط ٩٠/١٤.

(٨) أخرجه البيهقي في كتاب الغصب باب من غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بنا عليه جدار، السنن ١٠٠/٦. صحح إسناده النووي في المجموع (٥٤/٩)، وقد أورد ابن الملقن في البدر المنير (٦٩٣/٦) لهذا الحديث طرقاتاً =

ونوقش من ثلاثة أوجه:

الأول: أن هذا التوجه لا ينظر إليه لمخالفته الأحاديث الثابتة عن رسول الله ﷺ ولمعارضته للإجماع المنعقد قبله^(١).

الثاني: قال ابن القيم: ((من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة ولا يليق بها غير ذلك فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه بقاءه على حاله وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب فإن الخلطاء يكثر فيهم بغى بعضهم على بعض شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه وبالشفعة تارة وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي ويزول عنه ضرر الشركة ولا يتضرر البائع لأنه يصل إلى حقه من الثمن وكان هذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد ومن هنا يعلم أن التحيل لإسقاط الشفعة مناقض لهذا المعنى الذي قصده الشارع ومضاد له^(٢).

الثالث: أنه ليس في التمسك بقوله ﷺ: ((لا يحل مال امرئ مسلم، إلا بطيب نفس منه))^(٣). ما يمنع من الشفعة؛ لأن المشتري يعاوض عليهما بما بذله فيصل إليه، ولا يستحل منه^(٤).

الدليل الثاني: أن الشفعة لم تثبت بالتواتر^(٥).

ونوقش: بأن ما روي في الشفعة وإن لم يكن متواتراً فالعمل به مستفيض، يصير به الخبر

سنة.

(١) يُنظر: المعني ١٧٨/٥.

(٢) إعلام الموقعين ١٥٦/٢.

(٣) أخرجه البيهقي في كتاب الغصب باب من غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بنا عليه جدار السنن ١٠٠/٦.

(٤) يُنظر: الحاوي ٢٢٧/٧.

(٥) يُنظر: الحاوي ٢٢٧/٧.

كالمُتَوَاتِر، ثم الإجماع عليه منعقد، والعلم بكونه شرعاً واقعاً^(١).

الدليل الثالث: أن في القول بالشفعة إضرار بأرباب الأملاك فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك بذلك^(٢).

ونوقش من وجهين:

الأول: أنا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء^(٣).

الثاني: أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة^(٤).

الدليل الرابع: أنه بالأخذ بالشفعة يدفع الشريك الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشتري في إبطال ملكه عليه، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره^(٥).

(١) يُنظر: الحاوي ٢٢٧/٧.

(٢) يُنظر: المعني ١٧٨/٥.

(٣) يُنظر: الشرح الكبير ٤٦٠/٥.

(٤) يُنظر: المعني ١٧٨/٥.

(٥) يُنظر: المبسوط ٩٠/١٤.

الفرع الثالث: ويشتمل على:

أولاً: القول الثاني وأدلتها.

القول الثاني: أن الشفعة ثابتة وعليه المذاهب الأربعة^(١)، وهو قول الكافة عدا من سمينا من أصحاب القول الأول.

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة^(٢).
قال ابن حجر: ((وهذا الحديث أصل في ثبوت الشفعة))^(٣).

ولمسلم بسنده إلى جابر قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة ما لم تقسم ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، وإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به^(٤).

ونوقش: بأن الأفعال وما نزل منزلتها لا عموم فيها و(ما) من صيغ العموم لأنها من كلام الراوي إخبار عن فعله ﷺ والعموم إنما هو من جهة الألفاظ ولم يعلم ما وقع منه ﷺ لاحتمال أن شخصاً باع حصته من دار فقضى لشريكه بالشفعة ويحتمل خلاف ذلك فلم يصح الاستدلال بالعموم الذي في (ما)^(٥).

وأجيب: بأن الراوي فهم العموم مما وقع منه ﷺ فأخبر عما فهمه من حاله ﷺ وأقر عليه فصار إجماعاً على أنه ﷺ قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم أو يقال نزل القضاء منزلة الإفتاء أي أفق رسول الله ﷺ^(٦).

(١) يُنظر: بدائع الصنائع ٤/٥، الفواكه الدواني ١٥١/٢، المجموع ٣٠٢/١٤، المغني ١٧٨/٥.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب بيع الأرض والدور والعروض مشاعاً غير مقسوم برقم (٢١٠٠).

(٣) فتح الباري ٤/٤٣٦.

(٤) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة باب الشفعة برقم (٤٢١٣).

(٥) يُنظر: حاشية الجمل ١٤٧/٧.

(٦) يُنظر: حاشية الجمل ١٤٧/٧.

الدليل الثاني: حديث أبي هريرة رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال: ((إذا قسمت الأرض وحددت فلا شفعة فيها))^(١).

الدليل الثالث: حديث ابن عباس رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ قال: ((الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء))^(٢).

ونوقش من وجوه:

الأول: أن الحديث أعل بالإرسال^(٣).

الثاني: أن في سنده انقطاعاً فإن ابن أبي مليكة^(٤) قيل: إنه لم يلق ابن عباس^(٥).

الثالث: أنه لم يرد في كتب الحديث الموثوق بها^(٦).

الدليل الرابع: حديث عمرو بن الشريد^(٧) قال: وقفت على سعد بن أبي وقاص ف جاء المسور بن مخرمة^(٨) فوضع يده على إحدى منكبي، إذ جاء أبو رافع مولى النبي ﷺ قال: يا سعد، اتبع مني بيتي في دارك، فقال سعد: والله ما أبتاعهما، فقال المسور: والله لتبتاعهما،

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الإجارة باب في الشفعة برقم (٣٥١٥) .

قال البوصيري في مصباح الزجاجة (٥٧/٢) : ((إسناده صحيح))، ومثله قال ابن القيم في إعلام الموقعين

(٢/١٦٥) ، وقال الألباني في السلسلة الصحيحة (٤٥٩/٢) : ((هذا إسناده رجاله ثقات رجال الشيخين)) .

(٢) أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام باب ما جاء أن الشريك شفيع برقم (١٣٧١) . والبيهقي في كتاب الشفعة

باب لا شفعة فيما ينقل ويحول السنن (١٠٩/٦) .

(٣) يُنظر: معرفة السنن والآثار ٤/٤٩٥ .

(٤) عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة التيمي المكي. قاض. من رجال الحديث الثقات. ولأه ابن الزبير قضاء الطائف.

ينظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء: [٨٨/٥] ، تهذيب التهذيب: [٣٠٦/٥] .

(٥) يُنظر: الحاوي ٧/٣٤٠ .

(٦) يُنظر: المغني ٥/١٨٠ .

(٧) عمرو بن الشريد الثقفي، أبو الوليد الطائفي. ثقة. من الثالثة. ينظر ترجمته في: تهذيب التهذيب: [٤١/٨] ،

تقريب التهذيب: [٤٢٣] .

(٨) المسور بن مخرمة بن نوفل بن أهيب القرشي الزهري، أبو عبد الرحمن: من فضلاء الصحابة وفقهائهم. أدرك النبي

ﷺ وهو صغير وسمع منه. روى عن الخلفاء الأربعة وغيرهم. من أكابر الصحابة. شهد فتح إفريقية مع عبد

الله بن سعد، وهو الذي حرّض عثمان على غزوها. كان مع ابن الزبير، فأصابه حجر من حجارة المنجنيق في

حصار مكة فقتله في سنة ٦٤هـ. ينظر ترجمته في: أسد الغابة: [٣٦٥/٤] سير أعلام النبلاء: [٣٩٠/٣] .

فقال سعد: والله لا أزيدك على منجمة أو مقطعة، فقال أبو رافع: لقد أعطيت بها خمسمائة دينار، ولولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((الجار أحق بسقبه)) ما أعطيتها بأربعة آلاف، وأنا أعطى بها خمسمائة دينار فأعطاه إياها^(١).

الدليل الخامس: حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: ((الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها، وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً))^(٢).

الدليل السادس: أن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال: ((إذا وقعت الحدود في الأرض فلا شفعة فيها، ولا شفعة في بئر ولا في فحل النخل)). قال مالك: وعلى هذا الأمر عندنا^(٣).

الدليل السابع: حديث ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: ((الشفعة كحل العقال))^(٤). فجميع الأحاديث السابقة تدل على ثبوت الشفعة وإن حصل خلاف فيمن تثبت له الشفعة.

الدليل الثامن: الإجماع: فقد أجمع أهل العلم على القول بها، ولم يعرف فيها مخالف إلا

(١) أخرجه البخاري في كتاب الشفعة باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع برقم (٢١٣٩) .

(٢) أخرجه أحمد في المسند ١٥٥/٢٢، وأبو داود في كتاب الإجارة باب في الشفعة برقم (٣٥١٨) ، والترمذي في كتاب الأحكام باب الشفعة للغائب برقم (١٣٦٩) ، وابن ماجه في كتاب الشفعة باب الشفعة بالجوار برقم (٢٤٩٤) .

قال الترمذي السنن (٦٥١/٣) : ((هذا حديث غريب ولا نعلم أحداً روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر وقد تكلم شعبة في عبد الملك بن أبي سليمان من أجل هذا الحديث وعبد الملك هو ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث وقد روى وكيع عن شعبة عن عبد الملك بن أبي سليمان هذا الحديث وروي عن ابن المبارك عن سفيان الثوري قال عبد الملك بن أبي سليمان ميزان يعني في العلم والعمل على هذا عند أهل العلم أن الرجل أحق بشفعته وإن كان غائباً فإذا قدم فله الشفعة وإن تطاول ذلك))، وقال الحافظ في بلوغ المرام (٣٤٧/١) : ((رجاله ثقات))، وقال ابن عبد الهادي في المحرر (٥٠٩/١) : ((وقد تكلم فيه شعبة وغيره بلا حجة، وهو حديث صحيح ورواته أثبات))، وقال ابن القيم في إعلام الموقعين (١٦١/٢) : ((وهذا حديث صحيح فلا يرد)).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ ١٠٣٧/٤ .

إسناده حسن، من أجل محمد بن عمار، وهو ابن عمرو بن حزم الأنصاري، صدوق يخطئ. يُنظر: تقريب التهذيب (٤٩٨/٢) .

(٤) أخرجه ابن ماجه في كتاب الشفعة باب طلب الشفعة برقم (٢٥٠٠) .

ما نقل عن أبي بكر الأصم من إنكارها^(١).

قال الماوردي: ((والحكم بالشفعة واجب بالنص والإجماع))^(٢).

وجاء في المجموع: ((وفي ذلك يقول بعضهم: لا عبرة بقول الأصم فإنه عن الحق أصم))^(٣).

(١) يُنظر: الإجماع لابن المنذر ٩٥/١. المغني لابن قدامة ١٧٨/٥.

(٢) الحاوي ٢٢٧/٧.

(٣) المجموع ٣٠٢/١٤.

الفرع الرابع: ويشتمل على:**أولاً: مدى صحة الحكم على الرأي بالشذوذ.**

بعد دراسة القول بعدم ثبوت الشفعة وإيراد الأدلة التي استدلت بها لهذا القول يتبين لنا ضعفها ووهنها وعدم الاعتداد بها وعليه فيثبت لنا جلياً الحكم بثبوت شذوذ هذا القول ولا أدل على ذلك من مخالفته الإجماع المنعقد على مشروعية الشفعة ومناقضته للأحاديث النبوية الصحيحة الصريحة الدالة على ثبوت الشفعة.

ثانياً: الترجيح.

بعد ثبوت شذوذ القول بعدم مشروعية الشفعة لم يتبق إلا القول بمشروعيتها وهذا القول هو الذي دلت عليه الأدلة الصحيحة وانعقد إجماع العلماء عليه.

ثالثاً: ثمرة الخلاف.

على القول بعدم مشروعية الشفعة لا يكون للشريك الذي لم يبيع حقاً في تملك ما باعه شريكه، أما على القول بمشروعيتها فتؤخذ الشفعة قهراً، وليست اختيارية؛ فليس للأجنبي الخيار في قبول البيع أو عدم قبوله بل تؤخذ منه بالقوة، ولذلك يذكرها الفقهاء عادة بعد باب الغصب؛ لأن الغصب هو: الاستيلاء على الأموال قهراً؛ لكن الفرق بينهما أن الغصب بدون عوض، والشفعة بعوض، والغصب غير مشروع، والشفعة من المشروع.

المسألة الثانية: ثبوت الشفعة للشريك ولو علم بها فلم يطالب.

الفرع الأول: ويشتمل على:

أولاً: التمهيد.

المطالبة بالشفعة شرط لاستدامة ثبوت الشفعة وليست شرطاً لثبوت الشفعة وذلك أن في جعل الطلب شرطاً لثبوت الشفعة إشكال؛ وهو أن المطالبة بالحق فرع ثبوت ذلك الحق ورتبة ذلك الشرط تقدمه على المشروط فكيف يقال بتقدم المطالبة على ما هو أصل له؟ وهذا خلف.

ثم إن اشتراط المطالبة يوجب توقف الثبوت عليها ولاشك في توقف المطالبة على الثبوت فيكون دوراً.

والصحيح: أن الطلب شرط لاستدامة الشفعة لا لأصل ثبوت الشفعة.

ثانياً: تصوير المسألة.

مما هو معلوم أن الشفعة لا تجب بدون طلب الشفيع لها. وصورة المسألة إذا باع شريك نصيبه في ملك وعلم الشفيع ببيع الشريك فما هي المدة التي يمكن للشفيع أن يطالب فيها بالشفعة؟

ثالثاً: تحرير محل النزاع.

أجمع العلماء على أن الشفيع الغائب الذي لم يعلم بالبيع فهو على شفيعته قال ابن رشد: ((فأما الغائب فأجمع العلماء على أن الغائب على شفيعته ما لم يعلم ببيع شريكه))^(١). وقال ابن عبد البر: ((أما شفعة الغائب فإن أهل العلم مجمعون على أنه إذا لم يعلم ببيع الحصة التي هو فيها شريك من الدور والأرضين ثم قدم فعلم فله الشفعة مع طول مدة غيبته))^(٢).

(١) بداية المجتهد ٢/٢١٢.

(٢) الاستذكار ٧/٧٣.

واتفقوا أنه إذا أحر الشفيع المطالبة عن وقت العلم لعذر فإن شفيعته باقية ولا تبطل.
جاء في تبين الحقائق: ((ولو كان التأخير بعذر من مرض أو حبس أو عدم قاض يرى
الشفعة بالجوار في بلده لا تسقط بالإجماع))^(١).
واختلفوا فيما إذا علم الشفيع ببيع شريكه ما الوقت الذي يمكن للشفيع أن يطالب
بالشفعة وإلا اعتبر البيع صحيحاً؟.

(١) تبين الحقائق ٥/٢٤٤.

الفرع الثاني: ويشتمل على:

أولاً: نص من حكم عليه بالشذوذ.

قال الطحاوي: ((قال الأوزاعي والحسن بن حي^(١) والليث^(٢) والشافعي: إذا لم يطلب حين علم بطلت وقال شريك إذا علم فلم يطلب فهو على شفيعته أو سكت حتى يطلب أو يقول قد تركت قال أبو جعفر: قول شريك خارج من أقاويل الفقهاء وقال الشعي: من بيعت شفيعته وهو شاهد لا ينكر فلا شفعة له وكان قول شريك شاذاً))^(٣).

ثانياً: تحرير الرأي المحكوم عليه بالشذوذ، ونسبته، وأدلته.

القول بأن طلب الشفعة على التراخي، ولا تسقط ما لم يوجد من الشفيع ما يدل على الرضا من عفو أو مطالبة بقسمة أو نحو ذلك، وهو قول شريك^(٤) ومذهب مالك^(٥) وقول الشافعي في القديم^(٦) ورواية عن أحمد^(١) وهو مذهب الظاهرية^(٢).

(١) الحسن بن حيّ بن صالح بن صالح بن حيّ - وهو حيّان - بن شُفَيّ، الهمداني، الثوري. ثقة فقيه عابد رُمي بالشيعة. من التاسعة. مات سنة ١٦٩هـ. وكان مولده سنة ١٠٠هـ. ينظر ترجمته في: تهذيب التهذيب: [٢٦١/٢] تقريب التهذيب: [١٦١].

(٢) الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي: بالولاء، أبو الحارث: إمام أهل مصر في عصره حديثاً وفقهاً. أصله من خراسان، ومولده في قلعشندة. قال عنه الإمام الشافعي: الليث أفقه من مالك. له تصانيف. توفي بالقاهرة سنة ١٧٥هـ. ينظر ترجمته في: حلية الأولياء: [٣١٨/٧] وفيات الأعيان: [٤٣٨/١].

(٣) مختصر اختلاف العلماء ٢٤٦/٣.

(٤) يُنظر: مختصر اختلاف العلماء ٢٤٦/٣. وشريك هو: شريك بن عبد الله بن الحارث النخعي الكوفي، أبو عبد الله: عالم بالحديث، فقيه. اشتهر بقوة ذكائه وسرعة بديهته. استقضاه المنصور العباسي على الكوفة سنة ١٥٣هـ، ثم عزله، وأعاد المهدي، فعزله موسى الهادي. كان عادلاً في قضائه. مولده في بخارى، وتوفي بالكوفة سنة ١٧٧هـ. ينظر ترجمته في: وفيات الأعيان: [٢٢٥/١] تذكرة الحفاظ: [٢١٤/١].

(٥) يُنظر: منح الجليل ٢١٤/٧، فوقت طلب الشفعة عند مالك متسع واختلف قوله في هذا الوقت هل هو محدود أم لا؟ فمرة قال: هو غير محدود وأما لا تنقطع أبداً إلا أن يحدث المبتاع بناء أو تغييراً كثيراً بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت ومرة حدد هذا الوقت فروى عنه السنة وهو الأشهر وقيل أكثر من سنة وقد قيل عنه إن الخمسة أعوام لا تنقطع فيها الشفعة. ينظر: بداية المجتهد ٢١٢/٢.

(٦) يُنظر: المهذب ٣٨٠/١. وقد اختلف علماء الشافعية في مدة التراخي فمنهم من قال: ألّا لا تتقدر بمدة بل يتأبد

واستدلوا على بالأدلة التالية:

الدليل الأول: حديث جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: ((الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع فإن أبي فشريكه أحق به حتى يؤذنه))^(٣).

وجه الاستدلال: أن قوله: ((حتى يؤذنه)) يعم جميع الأوقات^(٤).

الدليل الثاني: حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: ((قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم))^(٥).

وجه الاستدلال: هذا الحديث يدل على ثبوت الشفعة في جميع الأحوال والأوقات. ونوقش: بأن وقت الشفعة لم يتعرض له الحديث إنما تعرض لثبوت الشفعة فيما لم يقسم.

الدليل الثالث: أن عمر بن عبد العزيز قضى بالشفعة بعد بضع عشرة سنة^(٦). ونوقش: أن هذا اجتهاد منه لا حجة فيه على غيره، ثم لم يعلم ملابسات الحادثة فلعل الشفيع كان غائباً ولم يعلم ببيع شريكه.

الدليل الرابع: أن الشفعة حق ثبت للشفيع لا ضرر على المشتري في تأخيرها فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص فلا يسقط إلا بالعفو وبيان عدم الضرر أن النفع للمشتري باستغلال

حق طلب الشفعة لأنه لا ضرر على المشتري في التأخير ومنهم من قال: إن طلب الشفعة وإن كان على التراخي لكنه محدود بمدة محددة واحتلف هؤلاء فمنهم من قال: أنه يمتد مدة تتسع لتأمل المصلحة في الأخذ ومنهم من قال: أنه يمتد إلى التصريح بإسقاطها ومنهم من قال: أنه يمتد إلى التصريح أو ما يدل عليه كقوله بع لمن شئت أو هبه وكذا قوله بعنيه أو هبه لي. يُنظر: روضة الطالبين ١٨٨/٤، شرح الوجيز ٤٩١/١١.

(١) يُنظر: المغني ١٨٦/٥.

(٢) يُنظر: المحلى ٨٩/٩.

(٣) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة باب الشفعة برقم (٤٢١٤).

(٤) يُنظر: الحاوي ٢٤١/٧.

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الشفعة باب الشفعة في ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة برقم (٢١٣٨).

(٦) أخرجه ابن حزم في المحلى ٩٠/٩.

المبيع فإن أحدث فيه عمارة من بناء أو غراس فله قيمته^(١).

ونوقش: بما ورد في استدلال القائلين بالفورية من أن إثبات حق الشفعة على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارته خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها^(٢).

الدليل الخامس: أن ما ملك من الحقوق لا يبطل بالتأخير كالديون^(٣).

(١) يُنظر: الشرح الكبير لابن قدامة ٤٧٣/٥.

(٢) يُنظر: المغني ١٨٧/٥.

(٣) يُنظر: الحاوي ٢٤١/٧.

الفرع الثالث: ويشتمل على:

أولاً: القول الثاني وأدلته.

القول الثاني: أن حق طلب الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة علمه بالبيع وإلا بطلت الشفعة وهذا مذهب الحنفية^(١) والشافعي في الجديد^(٢) وهو المذهب عند الحنابلة^(٣).

واستدلوا على هذا بالأدلة التالية:

الدليل الأول: حديث ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: ((الشفعة كحل العقل))^(٤).
وجه الاستدلال: أن الشفعة تفوت بترك المبادرة كما يفوت البعير الشرود عند حل

(١) يُنظر: المبسوط ٩٢/١٤.

(٢) يُنظر: المذهب ٣٨٠/١. واستثنى بعض الشافعية عشر صور من اشتراط الفورية في الشفعة وهي:

الأولى: لو شرط الخيار للبائع أو لهما فإنه لا يأخذ بالشفعة ما دام الخيار باقياً.

الثانية: له التأخير لانتظار إدراك الزرع وحصاده على الأصح.

الثالثة: إذا أخبر بالبيع على غير ما وقع من زيادة في الثمن فترك ثم تبين خلافه فحقه باق.

الرابعة: إذا كان أحد الشفيعين غائباً فللحاضر انتظاره وتأخير الأخذ إلى حضوره.

الخامسة: إذا اشترى بمؤجل.

السادسة: لو قال: لم أعلم أن لي الشفعة وهو ممن يخفى عليه ذلك.

السابعة: لو قال العامي: لم أعلم أن الشفعة على الفور فإن المذهب هنا وفي الرد بالعيب قبول قوله.

الثامنة: لو كان الشقص الذي يأخذ بسببه مغصوباً.

التاسعة: الشفعة التي يأخذها الولي لليتيم.

العاشرة: لو بلغه الشراء بثمن مجهول، فأخر ليعلم لا يبطل. يُنظر: مغني المحتاج ٣٠٧/٢.

(٣) يُنظر: المغني ١٨٦/٥.

(٤) أخرجه ابن ماجة في كتاب الشفعة باب طلب الشفعة برقم (٢٥٠٠).

قال ابن أبي حاتم في العلل (٢٩٧/٤): ((قال أبو زرعة: هذا حديث منكر ولم يقرأ علينا في كتاب الشفعة، وضربنا عليه))، وضعفه البوصيري في المصباح (٥٧/٢) وابن الملقن في البدر المنير (١٢/٧)، وقال ابن حجر في التلخيص (١٣٧/٣): ((وإسناده ضعيف جداً وقال البزار في رواية محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني مناكيره كثيرة وأورده ابن عدي في ترجمة محمد بن الحارث راويه عن ابن البيلماني وحكى تضعيفه وتضعيف شيخه وقال ابن حبان: لا أصل له وقال أبو زرعة: منكر وقال البيهقي: ليس بثابت)).

العقال إذا لم يبادر إليه^(١).

ونوقش: بأن الحديث ضعيف كما في التخريج.

الدليل الثاني: حديث: ((إنما الشفعة لمن واثبها))^(٢).

الدليل الثالث: أنه حق ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القياس؛ إذ الأخذ بالشفعة تملك مال معصوم بغير إذن مالكة؛ لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم فلا يستقر إلا بالطلب على الموائمة^(٣).

الدليل الرابع: أنه خيار فسخ ثبت لدفع الضرر فكان على الفور كخيار العيب وخيار الحلف^(٤).

ونوقش: بأن القياس على الرد بالعيب قياس مع الفارق لأن ما فيه عيب قد علم عيبه فوجب رده مباشرة لثلا يتزايد ويعظم ضرره، أما هذا فمجهول لدى الشفيع فلا بد أن يكون هناك زمن للتروي حتى يأخذه الشفيع على بصيرة.

الدليل الخامس: أن إثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارته خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لأن خسارتها

(١) يُنظر: حواشي الشرواني ٧٨/٦.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في كتاب البيوع باب الشفيع يأذن قبل البيع وكم وقتها، المصنف ٨٣/٨.

ويروى في كتب الفقهاء على أنه حديث من قول النبي ﷺ وهذا خطأ قال في تلخيص الحبير ٥٦/٣: ((قوله روي أنه ﷺ قال الشفعة لمن واثبها ويروى الشفعة كنشط عقال إن قيدت ثبتت وإلا فاللوم على من تركها هذا الحديث ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي هكذا بلا إسناد وذكره ابن حزم من حديث ابن عمر بلفظ الشفعة كحل العقال فإن قيدها مكانه ثبت حقه وإلا فاللوم عليه ذكره عبد الحق في الأحكام عنه وتعقبه ابن القطان بأنه لم يره في المحلى وأخرج عبد الرزاق من قول شريح إنما الشفعة لمن واثبها وذكره قاسم بن ثابت في دلائله))

وقال الزيلعي في نصب الراية (٢٣٣/٤): ((غريب)) وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه من قول شريح: ((إنما الشفعة لمن واثبها))، وقال ابن حزم في المحلى (٩١/٩): ((وأما لفظ لمن واثبها فهو لفظ فاسد لا يحل أن يضاف مثله إلى رسول الله ﷺ)).

(٣) يُنظر: بدائع الصنائع ١٧/٥.

(٤) يُنظر: شرح الوجيز ٢٣٤/١٠، المغني ١٨٦/٥.

في الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها^(١).

ونوقش من وجهين:

الأول: بأن في إيجاب الشفعة على الفور ضرر بالشفيع لأن الشفيع يحتاج إلى تأمل ونظر في أخذ المبيع بالشفعة، فقد يستعجل فيأخذ المبيع والمصلحة في تركه وقد يتركه والمصلحة في أخذه.

الثاني: أن إثباته على التراخي لا ضرر فيه لأن المشتري إذا علم أن للشفيع أن يأخذ فالظاهر أن يتمتع من البناء والغرس خوفاً من النقص والقلع فلئن فعل فهو الذي أضرب نفسه فلا يضاف ذلك إلى الأخذ بالشفعة ولهذا لم يبطل حق الشفعة بغية الشفيع^(٢).

الدليل السادس: أنه إذا سكت عن الطلب، فذلك منه دليل الرضا بمجاورة الجار الحادث ودليل الرضا كصريح الرضا^(٣).

ثانياً: القول الثالث وأدلته.

القول الثالث: أن طلب الشفعة مقدر بثلاثة أيام وقد روي عن ابن أبي ليلى^(٤) وهو قول عند الشافعية^(٥) استحساناً وليس بأصل^(٦).

واستدلوا على بالأدلة التالية:

الدليل الأول: أن الشفعة موضوعة لارتفاق الشفيع بها في التماس الحظ لنفسه في الأخذ أو الترك، وإلجبار المشتري في حسن المشاركة فيقر أو في سوء المشاركة ليصرف، فلو روعي فيه الفور ضاق على الشفيع، ولو جعل على التأيد أضرب بالمشتري فاحتيج إلى مدة يتوصل بها الشفيع إلى التماس حظه، ولا يستضر المشتري بتأخيره فكان أولى الأمور في

(١) يُنظر: المغني ١٨٦/٥.

(٢) يُنظر: بدائع الصنائع ١٩/٥.

(٣) يُنظر: المبسوط ١٣٨/١٤.

(٤) يُنظر: المبسوط ١٣٨/١٤.

(٥) يُنظر: المهذب ٣٨٠/١.

(٦) يُنظر: الحاوي ٢٤٠/٧.

تقديرها بثلاثة أيام^(١).

الدليل الثاني : أن الثلاث أقصى حد القلة وأدنى حد الكثرة، وهي حد في الشرع ألا ترى أن الله تعالى قضى بهلاك قوم صالح بعد أن أنظرهم ثلاثة أيام قال تعالى: ﴿يَجْزِيكَ يَوْمَئِذٍ آلُكَ أَتَى﴾ هود: ٦٥.

وقد أذن النبي ﷺ للمهاجر أن يقيم في مكة بعد قضاء نسكه ثلاثة أيام فقال ﷺ: ((يقيم المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثاً))^(٢).

الدليل الثالث: قياساً على خيار الشرط^(٣) وخيار المصراة فهي ثلاثة أيام قال ﷺ: ((من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر))^(٤)، وغيره في الشرع كثير.

ونوقش من وجهين:

الأول: أن التحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه^(٥).

الثاني: أنه باطل بخيار الرد بالعيب^(٦).

وأجيب بأنه لا دليل على الفورية والتراخي أيضاً وعليه تتساوى الأقوال فيلزم الأخذ بأقرب الأقوال إلى تحقيق المصلحة ولا شك أن الأقرب إلى تحقيق المصلحة هو تقدير المدة بثلاثة أيام ففيه مراعاة لجانب الشفيع والشريك على حد سواء.

ثالثاً: القول الرابع وأدلته.

القول الرابع: أن طلب الشفعة مقدر بالجلس وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية^(٧)

(١) يُنظر: الحاوي ٢٤١/٧.

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الحج باب جواز الإقامة بمكة للمهاجر منها بعد فراغ الحج والعمرة ثلاثة أيام بلا زيادة، برقم (٣٣٦٤).

(٣) يُنظر: شرح الوجيز ٤٩٠/١١.

(٤) أخرجه مسلم في كتاب البيوع باب حكم بيع المصراة برقم (٣٩٠٨).

(٥) يُنظر: المغني ١٨٦/٥.

(٦) يُنظر: المغني ١٨٦/٥.

(٧) يُنظر: البحر الرائق ١٤٦/٨.

واختيار ابن حامد من الحنابلة^(١).

واستدلوا على هذا بالأدلة التالية:

الدليل الأول: أن حق الشفعة ثبت للشفيع دفعاً للضرر عنه فيحتاج إلى التأمل أن هذه الدار هل تصلح بمثل هذا الثمن؟ وأنه هل يتضرر بجوار هذا المشتري فيأخذ بالشفعة؟ أو لا يتضرر فيترك؟ وهذا لا يصح بدون العلم بالمبيع؟ والحاجة إلى التأمل شرط المجلس في جانب المخيرة والقبول كذا ها هنا، وبيان ذلك أن الشرع أوجب للشفيع حق التملك ببدل ولو أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه فهذا مثله^(٢).

ونوقش: بأن هذا تحديد بزمن معين والناس يتفاوتون في إدراك الأشياء والبت فيها فمنهم من يكفيه ساعة ومنهم من لا يكفيه ذلك فيكون تحديد مدة معينة بلا دليل غير سائغ شرعاً والمقيس عليه مخالف للمقيس فإن المشتري مع البائع قد أقدم على بصيرة من أمره بخلاف الشفيع فهو محتاج للتأني والمشاورة وربما يكون من يريد مشورته غير حاضر في المجلس فيحصل الضرر إن أبطلنا ذلك الحق الثابت شرعاً وهذا خلاف المشروع.

الدليل الثاني: أن المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالقبض حالة العقد^(٣).

ونوقش: بأن ما ذكر يبطل بخيار الرد بالعيب^(٤).

رابعاً: القول الخامس وأدلتة.

القول الخامس: أنه بالخيار بين أن يرفعه المشتري إلى الحاكم ليجبره عن الأخذ أو العفو

(١) يُنظر: الشرح الكبير ٤٧٤/٥. وابن حامد هو: الحسن بن حامد بن علي بن مروان البغدادي، أبو عبد الله: إمام الحنابلة في زمانه ومدرسه ومفتيهم. من أهل بغداد، عاش طويلاً. له مصنفات، منها: الجامع في فقه ابن حنبل، وشرح أصول الدين، وتهذيب الأجوبة. كان ينسخ الكتب ويقتات من أجرها. توفي سنة ٤٠٣ هـ. ينظر ترجمته في: طبقات الحنابلة: [١٧١/٢] النجوم الزاهرة: [٢٣٢/٤]

(٢) يُنظر: المبسوط ١١٧/١٤.

(٣) يُنظر: الشرح الكبير ٤٧٠/٥.

(٤) يُنظر: المغني ١٨٦/٥.

وهو قول عند الشافعية^(١).

واستدل له بأنه لو قلنا إنه على الفور أضررنا بالشفيع لأنه لا يأمن مع الاستعجال أن يترك والحظ في الأخذ أو يأخذه والحظ في الترك فيندم وإن قلنا على التراخي إلى أن يسقط أضررنا بالمشتري لأنه لا يقدر على التصرف والسعي في عمارته خوفاً من الشفيع فجعل له إلى أن يرفع إلى الحاكم ليدفع عنه الضرر^(٢).

ونوقش بأنه ليس للقاضي أن يقطع خياره إذا رفع إليه؛ لأن الحاكم لا يملك إسقاط الحقوق كالديون^(٣).

وأجيب بأن القاضي مندوب إلى فصل الخصومات، وقطع المنازعات^(٤).

(١) يُنظر: المهذب ٣٨٠/١.

(٢) يُنظر: المهذب ٣٨٠/١.

(٣) يُنظر: الحاوي ٢٤١/٧.

(٤) يُنظر: الحاوي ٢٤١/٧.

الفرع الرابع: ويشتمل على:**أولاً: مدى صحة الحكم على الرأي بالشذوذ.**

بعد إيراد أدلة القول بأن طلب الشفعة على التراخي وما ورد عليها من مناقشات يتضح لنا قوة أدلته واعتبارها، وعليه فلا يصح وصفه بالشذوذ.

ثانياً: الترجيح.

عند النظر في الأقوال وأدلتها يتضح لنا أن هذه المسألة اجتهادية لا دليل قطعي فيها فيجب أن يراعى فيها حق الشفيع والمشتري وذلك بتطبيق القاعدة الشرعية لا ضرر ولا ضرار والقول بأن طلب الشفعة مقدر بثلاثة أيام هو القول المتماشى مع هذه القاعدة الشرعية ذلك لأن القول بالفورية فيه تضيق على الشفيع وإضرار به والقول بالتراخي فيه إضرار بالمشتري لطول المدة أما القول بتحديد المدة بالمجلس فلا يمنح الشفيع مدة للتروي والمشاورة وأما القول بالتحاكم فقد يكون فيه تطويل المدة لطول فترة المحاكمة فلذلك كان الراجح والله أعلم هو القول بأن طلب الشفعة مقدر بثلاثة أيام.

ثالثاً: ثمرة الخلاف.

تظهر ثمرة الخلاف من خلال ما يلي:

- أنه على القول بالفور فإذا علم وهو غائب فيلزمه أن يُشهد وهذا المذهب عند الحنفية^(١) والأظهر عند الشافعية^(٢) ومذهب الحنابلة^(٣).

أما على القول بالتراخي فلو علم وهو غائب فلا يلزمه الإشهاد.

- وعلى القول بالفور أيضاً فمتى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفيعته.

قال ابن قدامة: ((متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفيعته))^(٤).

(١) يُنظر: تبين الحقائق ٢٤٠/٥.

(٢) يُنظر: مغني المحتاج ٣٠٧/٢.

(٣) يُنظر: مختصر الخرقى ٧٥/١.

(٤) المغني ١٨٦/٥.

- وعلى القول بالفور تسقط الشفعة إذا نهي الشفيع المشتري عن التصرف ولم يطالبه بها قال ابن رجب في القاعدة الثالثة والخمسون: ((فإن نهي الشفيع المشتري عن التصرف ولم يطالب بها لم يصير المشتري ممنوعاً، بل تسقط الشفعة على قولنا هي على الفور))^(١).
- وعلى القول بالثلاثة أيام قال ابن أبي ليلى إن ترك الطلب ثلاثة أيام بطلت شفيعته^(٢).
- وعلى القول بأنها على المجلس يكون الشفيع على شفيعته ما لم يقيم أو يتشاغل بغير الطلب^(٣).

(١) قواعد ابن رجب ٨٧/١.

(٢) يُنظر: الفتاوى الهندية ٣٠٥/٦.

(٣) يُنظر: مجمع الأئمة ١١/٣.

المسألة الثالثة: جريان الشفعة في كل شيء مشاع بين الشركاء في جميع الأشياء، من حيوان، وعروض. . . الخ.

الفرع الأول: ويشتمل على:

أولاً: التمهيد.

الشفعة هي: استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقل عنه من يد من انتقلت إليه^(١).

ويقسم المال إلى عقار ومنقول.

فالعقار هو الثابت الذي لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، مثل الأرض والدار^(٢).

والمنقول هو الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات^(٣).

ثانياً: تصوير المسألة.

هذا المسألة يمكن تصويرها فيما إذا اشترك اثنان في سيارة أو بعير كل واحد منهما دفع نصف قيمتها ثم أراد أحدهما أن يبيع نصيبه إلى شخص ثالث فهل يحق للشريك الآخر أن يطلب الشفعة ويأخذ نصيب شريكه بنفس المبلغ الذي تم الاتفاق عليه مع المشتري أم لا يحق له ذلك؟.

ثالثاً: تحرير محل النزاع.

لا خلاف بين العلماء في جريان الشفعة في العقار قال شيخ الإسلام ابن تيمية: ((اتفق الأئمة على ثبوت الشفعة في العقار الذي يقبل القسمة قسمة الإجماع كالقريّة والبستان))^(٤).

(١) يُنظر: المغني ١٧٨/٥، المطلاع على أبواب المقنع ٢٧٨/١.

(٢) يُنظر: الموسوعة الفقهية مادة عقار ١٨٦/٣٠، التعريفات ١٩٦/١، التعاريف ٥١٩/١.

(٣) يُنظر: الموسوعة الفقهية مادة عقار ١٨٦/٣٠.

(٤) مجموع الفتاوى ٣٨١/٣٠.

وقال النووي: ((واجمع المسلمون على ثبوت الشفعة للشريك في العقار ما لم يقسم))^(١).
واختلفوا فيما سوى العقار هل تثبت الشفعة للشريك في الملك المشاع منه أم لا؟ على
ما سيأتي بيانه مفصلاً.

(١) شرح صحيح مسلم ٤٥/١١.

الفرع الثاني: ويشتمل على:**أولاً: نص من حكم عليه بالشذوذ.**

قال النووي: ((واجمع المسلمون على ثبوت الشفعة للشريك في العقار ما لم يقسم قال العلماء: الحكمة في ثبوت الشفعة إزالة الضرر عن الشريك وخصت بالعقار لأنه أكثر الأنواع ضرراً واتفقوا على أنه لا شفعة في الحيوان والثياب والأمتعة وسائر المنقول قال القاضي^(١): وشذ بعض الناس فأثبت الشفعة في العروض^(٢) .

قال ابن عبد البر: ((أجمع العلماء على أن الشفعة في الدور والأرضين والحوانيت والرباع كلها بين الشركاء في المشاع من ذلك كله وأنها سنة مجتمعة عليها يجب التسليم لها ولم يجمعوا أنها لا تكون إلا بين الشركاء لأن منهم من أوجبها للجار الملاصق وهم أكثر أهل العراق ومنهم من أوجبها إذا كانت الطريق واحدة ومنهم من أوجبها في كل شيء مشاع بين الشركاء من جميع الأشياء من الحيوان والعروض والأصول كلها وغيرها وهو قول شاذ قاله بعض أهل مكة^(٣) .

قال ابن بطال بعدما ساق حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: ((قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة))^(٤) فقال ابن بطال: ((وفيه أيضاً ما ينفي الشفعة في كل ما لا يحتمل قسمة ولا تضرب فيه الحدود، وذلك ينفي الشفعة في العروض والحيوان، وهو قول شاذ يروى عن عطاء^(٥) .

ثانياً: تحرير الرأي المحكوم عليه بالشذوذ، ونسبته، وأدلته.

القول بثبوت الشفعة في كل جزء بيع مشاعاً غير مقسوم من عقار ومنقول هو مذهب

(١) المراد القاضي عياض.

(٢) شرح صحيح مسلم ٤٥/١١.

(٣) الاستذكار ٦٧/٧.

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الشفعة باب الشفعة في ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، برقم (٢١٣٨) .

(٥) شرح ابن بطال ٣٧٦/٦.

الظاهرية^(١) ورواية عن مالك في الثمرة المشتركة إذا بيعت دون الأصل^(٢) وكذا في العنب^(٣) وقول أحمد^(٤).

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: حديث ابن عباس عن النبي ﷺ قال: ((الشريك شفيع والشفعة في كل شيء))^(٥).

وجه الاستدلال: أنه عام تناول المنقول وغير المنقول.

ونوقش من وجوه:

الأول: أن الحديث أعل بالإرسال^(٦).

الثاني: أن في سنده انقطاع؛ لأن ابن أبي مليكة قيل: إنه لم يلق ابن عباس^(١).

(١) يُنظر: المحلى ٣٧٧/٨.

(٢) يُنظر: الشرح الكبير ٤٨٠/٣.

(٣) يُنظر: التاج والإكليل ٣١٨/٥، وعن مالك ثلاث روايات: إحداهما: إثبات الشفعة في كل منقول باع أحد الشفيعين نصيبه منه والثانية: إثباتها في السفن خاصة والثالث: أنها إن بيعت وحدها فلا شفعة فيها وإن بيعت مع الأرض ففيها الشفعة كيلا تتفرق الصفقة على المشتري. يُنظر شرح فتح العزيز ٣٦٥/١١.

(٤) يُنظر: المغني ١٨٠/٥.

(٥) أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام باب ما جاء أن الشريك شفيع برقم (١٣٧١). والبيهقي في كتاب الشفعة باب لا شفعة فيما ينقل ويحول السنن (١٠٩/٦).

قال البيهقي في معرفة السنن والآثار (٤٩٥/٤): ((لم يثبت وصله، إنما رواه موصلاً أبو حمزة السكري، وقد خالفه شعبة، وإسرائيل، وعمرو بن أبي قيس، وأبو بكر بن عياش، فرووه عن عبد العزيز بن رفيع، عن ابن أبي مليكة، مراسلاً، وهو الصواب، ووهم أبو حمزة في إسناده قاله أبو الحسن الدارقطني فيما أخبرنا أبو عبد الرحمن السلمي، وغيره، عنه قال أحمد: وروي من وجه آخر ضعيف لا يحتج بمثله))، وقال ابن حجر في الدراية (٢٠٣/٢): ((رجال هذا الإسناد ثقات))، وقال ابن القيم في إعلام الموقعين (١٥٨/٢): ((تفرد به أبو حمزة السكري عن عبد العزيز بهذا الإسناد. . . فهذا علة هذا الحديث على أن أبا حمزة السكري ثقة احتج به صاحبنا الصحيح وإن قلنا: ((الزيادة من الثقة مقبولة)) فرفع الحديث إذا صحيح وإلا فغايبته أن يكون مراسلاً عضدته الآثار المرفوعة والقياس الجلي))، وقال الشوكاني في نيل الأوطار (٦٦/٦): ((ورجاله ثقات إلا أنه أعل بالإرسال. وأخرج الطحاوي له شاهداً من حديث جابر بإسناد لا بأس براويه كما قال الحافظ))، وقال الألباني في السلسلة الضعيفة والموضوعة (٦٠/٣): ((منكر)).

(٦) يُنظر: معرفة السنن والآثار ٤٩٥/٤.

الثالث: أنه لم يرد في كتب الحديث الموثوق بها^(٢).

الرابع: أنه قد روي عن ابن عباس ما يخالفه فقد روي عنه أنه قال: ((لا شفعة في الحيوان))^(٣) فوجب أن يحمل العموم على الخصوص.

الخامس: أنه على فرض التسليم بصحته فيحمل على الشفعة في كل شيء من العقار^(٤) فهو عموم مخصوص بالأدلة التي تثبتها في العقار خاصة.

الدليل الثاني: حديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال: ((الشفعة في العبيد وفي كل شيء))^(٥).

ونوقش بأنه محمول على الشفعة في العبد إذا كان ثمنًا في أرض، أو عقارًا، ولا يكون ابتياع ذلك بالعبد مانعًا من ثبوت الشفعة فيه^(٦).

وقد تقدم ما روي عن ابن عباس أنه قال: لا شفعة في الحيوان مما يوجب أن يكون المراد في كل شيء من العقار لأن الراوي أدري بما روى.

الدليل الثالث: حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: ((قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة))^(٧).

وجه الاستدلال: أن الحديث دل على ثبوت الشفعة في كل ما لم يقسم وهذا عام يشمل المنقول وغيره.

(١) يُنظر: الحاوي ٣٤٠/٧.

(٢) يُنظر: المغني ١٨٠/٥.

(٣) أخرجه الطحاوي في كتاب الشفعة باب الشفعة بالجوار برقم (٥٥٦٥) .

قال ابن حزم في المحلى (٨٧/٩) في سنده: ((محمد بن عبد الرحمن مجهول))

(٤) يُنظر: الحاوي ٣٤٠/٧.

(٥) أخرجه البيهقي في كتاب الشفعة باب لا شفعة فيما ينقل ويحول السنن (١١٠/٦) .

وقال البيهقي في السنن (١١٠/٦) : ((تفرد به عمر بن هارون البلخي عن شعبة وهو ضعيف لا يحتج به))، وقال

الألباني في السلسلة الضعيفة (٦٥/٣) : ((ضعيف جدًا)) .

(٦) يُنظر: الحاوي ٣٤٠/٧.

(٧) أخرجه البخاري في كتاب الشفعة باب الشفعة في ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، برقم (٢١٣٨) .

ونوقش: بأن وقوع الحدود وتصريف الطرق لا يكون إلا فيما هو عقار^(١).

وأجاب ابن حزم على هذا بقوله: ((لا حجة لهم فيه لأنه ليس في هذا اللفظ نص ولا دليل على أن ذلك لا يكون إلا في الأرض والعقار والبناء بل الحدود واقعة في كل ما ينقسم من طعام، وحيوان، ونبات، وعروض وإلى كل ذلك طريق ضرورة كما هو إلى البناء وإلى الحائط ولا فرق، وكان ذكره عليه السلام للحدود والطرق إعلامًا بحكم ما يمكن قسمته وبقي الحكم فيما لا يقسم على حسبه فكيف وأول الحديث بيان كاف في أن الشفعة واجبة في كل مال يقسم وفي كل ما لم يقسم وهذا عموم لجميع الأموال ما احتمل منها القسمة وما لم يحتملها، ومن الباطل الممتنع أن يكون رسول الله ﷺ يريد بهذا الحكم الأرض فقط ثم يجمل هذا الإجمال حاش لله من هذا، وهو مأمور بالبيان لا بالإيهام والتلبس هذا أمر لا يتشكل في عقل ذي عقل سواء وبالله تعالى التوفيق))^(٢).

الدليل الرابع: أن الشفعة وضعت لدفع الضرر عن الشريك فالعلة بذلك موجودة في غير العقار كما هي موجودة في العقار بل أكثر^(٣).

ونوقش: بالفرق بين المنقول وغيره أن الضرر في غير المنقول يتأبد بتأبده وفي المنقول لا يتأبد فهو ضرر عارض فهو كالمكيل والموزون قالوا: والضرر في العقار يكثر جدًا فإنه يحتاج الشريك إلى إحداث المرافق وتغيير الأبنية وتضييق الواسع وتخريب العامر وسوء الجوار وغير ذلك مما يختص بالعقار فأين ضرر الشركة في العبد والجوهرة والسيف من هذا الضرر^(٤).

وأجيب: بأن ما ذكرتم من تأبد الضرر وعدمه فرق فاسد فإن من المنقول ما يكون تأبده كتأبد العقار كالجوهرة والسيف والكتاب والبئر وإن لم يتأبد ضرره مدى الدهر فقد يطول ضرره كالعبد والجارية ولو بقي ضرره مدة فإن الشارع يريد لدفع الضرر بكل طريق ولو قصرت مدته.

وأما تفريقكم بكثرة الضرر في العقار وقلته في المنقول فلعمر الله إن الضرر في العقار

(١) يُنظر: سبل السلام ٧٤/٣.

(٢) المحلى ٨٦/٩.

(٣) يُنظر: المحلى ٨٤/٩.

(٤) يُنظر: إعلام الموقعين ١٥٩/٢.

يكثر من تلك الجهات ولكن لا يمكن رفعه بالقسمة وأما الضرر في المنقول فإنه لا يمكن رفعه بقسمته على أن هذا منتقض بالأرض الواسعة التي ليس فيها شيء مما ذكرتم^(١).

(١) يُنظر: إعلام الموقعين ١٥٩/٢.

الفرع الثالث: ويشتمل على:

أولاً: القول الثاني وأدلتها.

القول الثاني: عدم ثبوت الشفعة في المنقولات وهذا مذهب جماهير العلماء من الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والمذهب عند الحنابلة^(٤).

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: حديث جابر بن عبد الله قال: قال: رسول الله ﷺ ((الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع فإن أبي فشريكه أحق به حتى يؤذنه))^(٥).

وجه الاستدلال: أنه قصر الشفعة على المذكور دون غيره^(٦).

ونوقش بأنه ليس فيه أنه لا شفعة إلا في هذا فقط وإنما فيه إيجاب الشفعة في الأرض والربع والحائط وليس فيه ذكر هل الشفعة فيما عداها أم لا؟ فوجب طلب حكم ما عدا هذه في غير هذا اللفظ وقد وجدنا خبر جابر هذا نفسه من طريق عطاء بن الشفعة في كل شيء^(٧).

وأجيب عن هذا الاعتراض بأنه جاء ما يدل على الحصر كما في حديث أبي هريرة الآتي.

الدليل الثاني: حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: ((لا شفعة إلا في دار أو عقار))^(٨).

(١) يُنظر: المبسوط ٩٣/١٤.

(٢) يُنظر: حاشية العدوي ٣٢٥/٢.

(٣) يُنظر: المجموع ٢٩٩/١٤.

(٤) يُنظر: الروض المربع ٤٠١/٢.

(٥) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة باب الشفعة برقم (٤٢١٤).

(٦) يُنظر: سبل السلام ٧٤/٣.

(٧) يُنظر: المحلى ٨٥/٩.

(٨) أخرجه البيهقي في كتاب الشفعة باب لا شفعة فيما ينقل ويحول السنن (٤٠١/٢).

وجه الاستدلال: أنه قصر الشفعة على الدار والعقار دون ما سواهما، وقصر الشفعة عليهما يفهم منه عدم جوازها فيما عداهما.

ونوقش من وجهين:

الأول: أن في سند الحديث ضعف فقد قال البيهقي بعد إيراد هذا الحديث: ((والإسناد ضعيف))^(١).

الثاني: أن دلالة المفهوم في حديث أبي هريرة لا تقاوم دلالة المنطوق في حديث ابن عباس ((الشريك شفيح والشفعة في كل شيء)).

وأجيب بأن مما يدل على حصر الشفعة في العقار والدار حديث جابر الآتي.

الدليل الثالث: حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: ((إنما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة))^(٢).

وجه الاستدلال: أنه قصر الشفعة على ما هو عقار بقرينة وقوع الحدود وتصريف الطرق.

ونوقش بما ذكرنا سلفاً عن ابن حزم.

الدليل الرابع: أنه قد ذكر الإجماع على عدم ثبوت الشفعة في المنقول.

قال ابن بطال: ((وإذا اختلف فيها قول عطاء فكأنه لم يأت عنه فيها شيء، فهو كالإجماع أنه لا شفعة في العروض والحيوان، قاله ابن المنذر))^(٣).

وقال المناوي^(٤): ((الشفعة في العبيد وفي كل شيء أخذ بظاهره عطاء فأثبتها في كل

وفي المتن شيء من التخريج، وقال الألباني في السلسلة الضعيفة (٣٠٤/١٠): ((ضعيف جداً)).

(١) سنن البيهقي ٤٠٤/٢.

(٢) أخرجه البخاري كتاب الشركة باب الشركة في الأرضين وغيرها برقم (٢٣٦٣).

(٣) شرح ابن بطال ٣٣٥/٦.

(٤) محمد عبد الرؤوف بن علي بن محمد بن شرف الدين يحيى المناوي الشافعي. ولد سنة ٩٥٢هـ. لازم الرملي الشافعي، وأخذ عنه علوم الشريعة من فقه وحديث وتفسير. كان من كبار الصوفية. من مصنفاته: فيض القدير شرح الجامع الصغير، إعلام الأعلام بأصول فني المنطق والكلام، وشرح الأربعين النووية، والتوقيف على مهمات التعاريف. توفي سنة ١٠٣١هـ. ينظر ترجمته في: الخطط المقرزية: [٢٠٥/١٠] ، شذرات الذهب: [١٢٠/٨].

شيء وتبعه ابن أبي ليلي فقال: تثبت في العبد وغيره وأجمعوا على خلافهما واختصاصهما بالعقار المحتمل للقسمة^(١).

وقد ذكر العدوي^(٢) اتفاق العلماء^(٣).

وناقشه ابن حزم بقوله: ((وأما الإجماع على أن لا شفعة فيما عدا ذلك -العقار- فقد ذكرنا عموم الرواية عن عمر وعثمان والرواية عن ابن أبي مليكة وعطاء وهو قول فقهاء أهل مكة وهذا مالك يرى الشفعة في الثمرة المباعة دون الأصل^(٤))).

الدليل الخامس: أن الأخذ بالشفعة ثبت بالنص على خلاف القياس في العقار فلا يجوز إلحاق المنقول به لأنه ليس في معنى العقار وهذا لأن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام وما ينقل ويحول لا يدوم فلا يدوم الضرر فيه كما يدوم في العقار لأن المنقول يشترط للبيع ولمصلحة المعاش، ثم يخرج عن ملكه إذا قضى وطره ولا كذلك العقار^(٥).

الدليل السادس: أن ثبوت الشفعة إما أن يكون للخوف من مئونة القسم، والحيوان مما لا يقسم، أو يكون لدفع الضرر المستدام لسوء المشاركة، وهذا ضرر لا يستديم وفيه انفصال^(٦).

(١) فيض القدير ١٧٧/٤.

(٢) علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي: فقيه مالكي مصري. كان شيخ الشيوخ في عصره. ولد في بني عدي بالقرب من منفوط. من كتبه: حاشية على شرح كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني في الفقه، وحاشية على شرح القاضي زكريا على ألفية العراقي في المصطلح. توفي في القاهرة سنة ١١٨٩ هـ. ينظر ترجمته في: سلك الدرر: [٢٠٦/٣] الأعلام: [٢٦٠/٤].

(٣) يُنظر: حاشية العدوي ٣٢٥/٢.

(٤) المحلى ٨٧/٦.

(٥) يُنظر: تبين الحقائق ٢٥٢/٥.

(٦) يُنظر: الحاوي ٣٤٠/٧.

الفرع الرابع: ويشتمل على:**أولاً: مدى صحة الحكم على الرأي بالشذوذ.**

بعد دراسة القول بثبوت الشفعة في المنقول وإيراد أدلته والاعتراض عليها نتبين أن ما استدلوأ به من أدلة لها اعتبارها في الدلالة على ما ذكروا مع وجاهتها وقوتها، وعليه فيكون الحكم على هذا القول بالشذوذ حكم ليس له حظ من الصحة.

وقد قال الشيخ ابن إبراهيم: ((والقول بها - الشفعة - في المنقول فيه شيء من القوة، إلا أنه بالنسبة إلى ما عليه المفتون من قديم أنه لا شفعة إلا في الأرض))^(١).

ثانياً: الترجيح.

بعد التأمل في أدلة القولين وما ورد عليها من اعتراضات يمكن التوصل إلى أن الراجح منهما هو القول بعدم ثبوت الشفعة في المنقول واقتصارها على العقار ذلك لأن أدلة القول بثبوت الشفعة في المنقول لا تخلوا من أن تكون ضعيفة أو واردة عليها المناقشة القوية التي تبطل الاستدلال بها.

قابل ذلك أن الأصل عدم انتزاع الإنسان مال غيره إلا برضاه ولكن ترك ذلك في الأرض والعقار لثبوت الأدلة فيه والتي أوردها أصحاب القول بثبوت الشفعة في العقار خاصة.

ثالثاً: ثمرة الخلاف.

على القول الراجح لا تثبت الشفعة في المنقول كالحیوان والثیاب فلا حق للشريك في طلب الشفعة في المنقول.

أما على القول الآخر فللشريك حق طلب الشفعة ويندب للبائع إعلام شريكه بعزمه على البيع.

(١) فتاوى ابن إبراهيم ١٢٣/٨.

المسألة الرابعة: وجوب الشفعة في جميع ما ضمنته الصفقة سواء كان مما لو أفرد وجبت فيه الشفعة أو لا، إذا كان في الصفقة ما تجب فيه الشفعة.

الفرع الأول: ويشتمل على:

أولاً: التمهيد.

المبيوع صفقة واحدة مع ما تجب الشفعة فيه نوعان:

الأول: تابع للعقار وهو ما يتعلق به مما هو ثابت فيه لا ينقل ولا يحول وذلك كالبناء.

الثاني: غير تابع للعقار المبيوع معه بحيث إنه منفصل أو يمكن أن يفصل عنه بغير ضرر كالسيف ونحوه.

ثانياً: تصوير المسألة.

صورة هذه المسألة فيما إذا اشترى شخص عقاراً ومنقولاً^(١) كسيف ونحوه صفقة واحدة بعقد واحد بثمن واحد ثم جاء الشفيع وأراد أن يشفع فهل يجب على الشفيع أن يأخذ العقار والمنقول؟.

أم أنه يأخذ العقار فقط؟ أما المنقول فإنه يكون من نصيب المشتري.

ثالثاً: تحرير محل النزاع.

اتفقوا على أن الشفعة واجبة في العقار، واتفقوا على أن ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت فيه لا ينقل ولا يحول كالبناء والغراس تجب فيه الشفعة إذا بيع صفقة واحدة مع ما تجب فيه الشفعة^(٢).

قال ابن قدامة: ((البناء والغراس يباع مع الأرض فإنه يؤخذ بالشفعة تبعاً بغير خلاف في

(١) المنقول: هو الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر، فيشمل التقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات. يُنظر الموسوعة الفقهية ١٨٦/٣٠.

(٢) يُنظر: بدائع الصنائع ٢٧/٥، التلخيص ٤٥٣/٢، حاشية الجمل ١٥٤/٧، الشرح الكبير ٤٧٠/٥.

المذهب ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافاً^(١).

واختلفوا فيما يمكن أن ينفصل عن العقار بغير ضرر إذا بيع معه صفقة واحدة كالسيف ونحوه، هل تجب فيه الشفعة أم لا؟ على ما سيأتي بيانه.

(١) الشرح الكبير ٤٧٠/٥.

الفرع الثاني: ويشتمل على:**أولاً: نص من حكم عليه بالشذوذ.**

جاء في مختصر اختلاف العلماء: ((قال أصحابنا: إذا اشترى بيتاً ورحى ومتاعاً فإن الشفيع يأخذ البيت وما في البناء ولا يأخذ ما لم يكن في البناء قال أبو جعفر: وروي عن أبي حنيفة قول شاذ إن الشفعة واجبة في جميع ما ضمته الصفقة سواء كان مما لو أفرد وجبت فيه الشفعة أو لم تجب إذا كان في الصفقة ما تجب فيه الشفعة))^(١).

ثانياً: تحرير الرأي المحكوم عليه بالشذوذ، ونسبته، وأدلته.

القول بأن الشفعة واجبة في جميع ما ضمته الصفقة سواء كان مما لو أفرد وجبت فيه الشفعة أو لا، إذا كان في الصفقة ما تجب فيه الشفعة، - فعلى الشفيع أن يأخذ الكل أو يترك الكل - مروي عن أبي حنيفة^(٢) وقول عند المالكية^(٣) وعند الحنابلة احتمالاً^(٤) ومذهب الظاهرية^(٥).

واستدلوا بالأدلة التالية:

الدليل الأول: أن أخذ ما فيه شفعة فقط دون غيره يلحق الضرر بالمشتري وتتبعض الصفقة عليه، وفي ذلك إضرار به فأشبه ما لو أراد الشفيع أخذ بعض الشقص وترك البعض الآخر^(٦).

ونوقش: بأن ما يلحق المشتري من الضرر فهو ألحقه بنفسه بجمعه في العقد بين ما تثبت فيه الشفعة وما لا تثبت ولأن في أخذ الكل ضرراً بالمشتري أيضاً لأنه ربما كان غرضه في

(١) مختصر اختلاف العلماء ٢٤٣/٤.

(٢) يُنظر: مختصر اختلاف العلماء ٢٤٣/٤.

(٣) يُنظر: منح الجليل ٢١٠/٧.

(٤) يُنظر: المبدع ٢١٦/٥.

(٥) يُنظر: المحلى ٩٧/٩.

(٦) يُنظر: المغني ٢٠٢/٥.

إبقاء السيف له ففي أخذه منه إضرار به من غير سبب يقتضيه^(١).

الدليل الثاني: قال ابن حزم: ((أنه لا يخرج عن ملك البائع إلا ما رضي بإخراجه عن ملكه. . والبائع لم يرض ببيع الشقص وحده دون تلك السلعة فلا يجوز إجباره على بيع ما لا يرضى بيعه بغير نص ولو عرض عليه قبل البيع لم يكن للشريك إلا أخذ الكل أو الترك وكذلك لو حضر عند البيع ولم يجعل له رسول الله ﷺ بعد البيع من غيره إلا ما كان حقه لو أخذه إذا عرض عليه قبل البيع فقط وليس له في العرض قبل البيع تبعض ما لا يريد البائع تبعضه فإنما له الآن ما كان له حينئذ ولا مزيد))^(٢).

الدليل الثالث: أنه لا يجوز أن يلزم المشتري بعض صفقة لم يرض قط تبعضها ولا أن يفسخ على البائع بيعاً وقع صحيحاً إلا بنص وارد ولا نص في شيء من ذلك فهو باطل^(٣).

(١) يُنظر: المغني ٢٠٢/٥.

(٢) المحلى ٩٧/٩.

(٣) يُنظر: المحلى ٩٧/٩.

الفرع الثالث: ويشتمل على:

أولاً: القول الثاني وأدلته.

القول الثاني: أن للشفع الأخذ فيما تجري فيه الشفعة بقيمته من الثمن دون ما لا تجري فيه الشفعة، وهذا مذهب الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤).

واستدلوا بالأدلة التالية:

الدليل الأول: أن ما لا تثبت فيه الشفعة لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفرد^(٥).

الدليل الثاني: لوجود سبب الأخذ فيه — وهو الشفعة — دون غيره^(٦).

الدليل الثالث: أن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته^(٧).

الدليل الرابع: أن ذلك العقد بمثابة عقدين لتعدد المبيع فيقسم الثمن على قيمتهما^(٨).

ثانياً: القول الثالث وأدلته.

القول الثالث: أنه لا شفعة في مثل هذه الحالة وهذا قول عند الحنابلة احتمالاً^(٩).

واستدلوا بالأدلة التالية:

الدليل الأول: أن فيه تبعض الصفقة على المشتري وفي ذلك ضرر به أشبه ما لو أراد أخذ بعض الشقص^(١٠).

(١) يُنظر: بدائع الصنائع ٢٧/٥.

(٢) يُنظر: المدونة ٤٠٨/١٤.

(٣) يُنظر: روضة الطالبين ١٧٢/٤.

(٤) يُنظر: الإنصاف ٢٨٢/٦.

(٥) يُنظر: المغني ٢٠٢/٥.

(٦) يُنظر: حاشية الحمل ١٧٢/٧.

(٧) يُنظر: المهذب ٣٧٨/١.

(٨) يُنظر: كشف القناع ١٥٠/٤.

(٩) يُنظر: الفروع ٤١١/٤، المبدع ٢١٦/٥.

(١٠) يُنظر: الشرح الكبير ٥٠١/٥.

ونوقش: بأن تفرق الصفقة هنا لم يكن باختيار الشفيع، بل هو بمعنى حكمي^(١)، وهو أنه لم يتمكن من أخذ ما تجب فيه الشفعة لانعدام السبب فيه بخلاف ما إذا كانت الشفعة تجري فيهما.

على أن الشفعة تثبت في الشقص بلا خلاف بين العلماء^(٢).

(١) يُنظر: المبسوط ١٤/١٦٠.

(٢) يُنظر: المجموع ٩/٣٦٤.

الفرع الرابع: ويشتمل على:

أولاً: مدى صحة الحكم على الرأي بالشذوذ.

الذي يظهر بعد دراسة هذه المسألة أنه لا نص قاطع فيها يفضي إلى عدم اعتبار الأقوال الأخرى، والقول بأن الشفعة واجبة في جميع ما تضمنته الصفقة سواء كان مما لو أفرد وجبت فيه الشفعة أو لا، إذا كان في الصفقة ما تجب فيه الشفعة قول يستند على تعليقات لها حظ من النظر، وعليه فيكون هذا القول قول غير شاذ.

ثم إنه يمكن القول بأن هذا الرأي متوافق مع القاعدة الشرعية التي تنص على أن الضرر لا يزال بمثله خصوصاً إذا غالى المشتري في الصفقة بأن اشترى الصفقة بثمن عالٍ رغبة في العقار مما يترتب عليه أن يكون ثمن المنقول الذي لا تجب فيه الشفعة زائداً عن ثمن مثله، فالضرر الواقع على الشفيع جراء إلزامه بجميع الصفقة ليس بأولى بالاعتبار من الضرر الواقع على المشتري الذي ألزم ببقية الصفقة مع تفويته ما قد يكون مقصوداً له ابتداء بالعقد وهو العقار.

فيبقى هذا القول في دائرة الأقوال السائغة التي يمكن للحاكم الأخذ بها بحسب الأحوال والملابسات.

ثانياً: الترجيح.

عند النظر إلى الأقوال في هذه المسألة يمكن القول بأن القول الراجح هو القول بأن للشفيع الأخذ فيما تجري فيه الشفعة بقيمته من الثمن دون ما لا تجري فيه الشفعة. وذلك لأن المشتري هو من أضر بنفسه بجمعه في العقد بين ما تثبت فيه الشفعة وما لا تثبت.

ولأنه قد يكون الجمع بين العقار والمنقول مقصود من البائع والمشتري من أجل إكراه الشفيع على التنازل عن الشفعة وإسقاطها.

ثالثاً: ثمرة الخلاف.

من ثمرات الخلاف أنه على القول الراجح فإن المشتري يلزمه المنقول ولا خيار له في رده^(١) إلا أن هناك رأياً بجواز رد المنقول إذا كانت قيمة الشقص جل قيمة الصفقة^(٢).

ومن ثمرات الخلاف أيضاً على القول الراجح أن الشفيع يأخذ الشقص بما يخصه من الثمن بأن يقوم الشقص منفرداً ثم يقوم على أنه مبيع مع المصاحب له فإذا كانت قيمته وحده عشرة ومع المصاحب له خمسة عشر فيخصه من الثمن الثلثان فيأخذه بثلثي الثمن سواء زاد على العشرة أم لا.

(١) يُنظر: شرح مختصر خليل الخرشي ١٦٦/٦، روضة الطالبين ١٧٠/٤، مطالب أولي النهى ١٢٤/٤.

(٢) يُنظر: منح الجليل ١٩٩/٧.