كلية الشريعة والقانون

الجامعة الاسلامية العالمية باسلام آباد

البحث في

الشفعة في الشريعة الاسلامية والقانون الباكستاني

لنيل درجة الماجستير في الشريعه

اشراف

الاستاذ الدكتور محمد احمد الزرقا

الاستاذ كلية الشريعة والقانون

الجامعة الاسلامية العالمية اسلام آباد

اعداد

گل شاه ضيف

طالب ماجستير الشريعة والقانون

١٤٠٦هـ ١٩٨٦م

01/09/2010

Accession No. T-257

M.D

MS
٢٩٧٫١٤
ك ل ش
١- فقه اسلامي- شفعة
٢- عنوان

DATA ENTERED
Amz 20/01/14

توقيعات الممتحنين

١ -

٢ -

٣ -

ففي الشفعة نرى أن الشريعة الإسلامية ازالت الضرر الذى يلحق الشفيع لسبب إشتراء أجنبى ملكا مشتركا أو ملكا متصلا ومجاورا لملكه، وأن الشريعة الإسلامية قد راعت حق كل واحد من الشريك فى نفس العقار والخليط فى المرافق والجار فى جواره. فقدم الشريك على الخليط لأن الشريك أحق من الخليط وقدم الخليط على الجار، لانه أحق من الجار وقدم الجار على الأخرين، لانه أحق منهم بالشفعة - وقد قضت الشريعة الإسلامية على المنازعات فى الأمور الأخرى لكن وجود حلول لهذه المشاكل فى الشريعة لا يفيدنا اذا لم نطبقها و مسأساة المسلمين فى هذا العصر هى أنهم يعتقدون ان الدين هو الدواء الوحيد لدائهم ولكنهم فى المجال العملى يحتكمون إلى القانون الوضعى الذى ما انزل الله به من سلطان -

بسم الله الرحمن الرحيم

التقديم

الحمد لله رب العلمين، والصلوة والسلام على رسوله محمد واله واصحابه أجمعين - وبعد فإن الشريعة الإسلامية الغراء شريعة تلائم كل زمان ومكان و ترشد الناس وتهديهم فى جميع المجالات للحياة -

وقد منح الله عزوجل المسلمين هذه الشريعة ليطبقوها فى حياتهم ويهتدوا بها فى أمور دنياهم واخرتهم وجاء الإسلام كى يغلب الأديان كلها - قال الله تعالى: هوالذى أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله..... وقال فى مقام

ا

اخر: كتب الله لاَغلبن أنا و رسلى ....

ومن جهة أُخرىٰ فان القوانين السائرة فى العالم إلىٰ جانب القانون الرومانى، قد أعلنت فشلها فى تحقيق الحد الأدنىٰ من العدل الإجتماعى اللازم للتعاون و إشاعة الطمانية والإستقرار فى المجتمعات الإسلامية و غيرها.

و مع ذلك فان هناك مشكلة قانونية فى العالم الإسلامى وهى كيف يمكن إلغاء النظام القانونى القائم و إحلال نظام الشريعة الإسلامية محله، و العمل على تحقيق المقاصد الكلية التى تهدف إليها هذه الشريعة الإسلامية لمصالح الناس، و لكنهم لو أخذوا بهذه الشريعة الغراء لإستراح فؤادهم و لعاشوا سعداء امنين.

ولعل المصلحة واضحة بين ايدينا الآن فى نظام الشفعة الذى هو موضوع بحثنا إذ ان له دوراً كبيراً فى الحياة الانسانية كما ثبت بالتجارب أن الإنسان لا يمكنه أن يعيش بدون البيت أو الدار ومما لا شك فيه أن الإنسان حيوان إجتماعى لا يمكنه أن يسكن وحيداً منفرداً بدون الأقرباء والجيران. ومن طبع الإنسان أنه يحب أن يعيش بالسكون والراحة فى امان دائم بدون المخاصمات والمنازعات، ويلعب الجيران بعضهم مع بعض دوراً عظيماً فى تحقيق الأمن والسلامة وهذه هى الغاية وإذا كان الجيران يتنازعون فيما بينهم فلا يمكن للإنسان أن يعيش حياة راضية سليمة مطمئنة.

ولا شك أن نظام الشفعة يلعب دوراً عظيماً فى تماسك المجتمع وسلامته. ولذا كان هذا النظام موجوداً فى الجاهلية وأيضاً فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى

ففي الشفعة نرى أن الشريعة الإسلامية ازالت الضرر الذى يلحق الشفيع لسبب إشتراء أجنبى ملكا مشتركا أو ملكا متصلا ومجاورا لملكه، وأن الشريعة الإسلامية قد راعت حق كل واحد من الشريك فى نفس العقار والخليط فى المرافق والجار فى جواره. فقدم الشريك على الخليط لأن الشريك أحق من الخليط وقدم الخليط على الجار، لانه أحق من الجار وقدم الجار على الأخرين، لانه أحق منهم بالشفعة. وقد قضت الشريعة الإسلامية على المنازعات فى الأمور الأخرى لكن وجود حلول لهذه المشاكل فى الشريعة لا يفيدنا اذا لم نطبقها و مسأساة المسلمين فى هذا العصر هى أنهم يعتقدون ان الدين هو الدواء الوحيد لدائهم ولكنهم فى المجال العملى يحتكمون الى القانون الوضعى الذى ما انزل الله به من سلطان.

ومنهجنا فى البحث يقوم على المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعى مما يوضح خصائص الشريعة ويبرز محاسنها وترجيحها على القانون ويضع طرق تطبيقها على النهج الجديد للمحامين وأهل القانون والقضاء -

فهذا مما جعلنى أن أختار موضوع

"الشفعة فى الشريعة والقانون"

للبحث والدراسة فى قانون الشفعة الباكستانى من حيث موافقته للشريعة الإسلامية ومخالفته لها - ونظرية الشفعة فى الاسلام -

و قد قسمت هذا البحث إلى خمسة فصولٍ

الفصل الأوّل: فی تعریف الشفعة وحکمها وحکمة تشریعها فی الفقه الإسلامی والقانون الباکستانی

الفصل الثانی: فی أرکان الشفعة وشروطها فی الشریعة الإسلامیة والقانون الباکستانی ۔

الفصل الثالث: فی أسباب الشفعة فی الشریعة والقانون

الفصل الرابع: فی إجراءات الشفعة وآثارها فی الفقه الاسلامی والقانون الباکستانی۔

الفصل الخامس: فی مسقطات الشفعة فی الفقه الإسلامی و القانون الباکستانی ۔

نسأل اللهَ عزّ وجلّ أن یوفقنا للخیر و یلهمنا السداد

فی القول و الإخلاص فی العمل إنه نعم المولیٰ ونعم النصیر۔

فهرس الموضوعات

رقم السلسلة	الموضوع	رقم الصفحة
١	عنوان:- الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الباكستاني وقد قسمت هذا البحث إلى خمسة فصول	١
٢	فهرس الموضوعات	٢-١٠
٣	التقديم	٩-١٠
٤	التمهيد	١١
٥	تاريخ الشفعة	١٢
٦	أهمية الشفعة	١٣
٧	الفصل الأول: في تعريف الشفعة وطبيعتها وحكمها وحكمة تشريعها في الشريعة والقانون الباكستاني.	١٥
٨	المبحث الأول: في تعريف الشفعة وطبيعتها في الشريعة والقانون	١٦
٩	المطلب الأول: تعريف الشفعة في الشريعة والقانون	١٦
١٠	أولاً: تعريف الشفعة في الشريعة	١٦
١١	الشفعة لغةً	١٦
١٢	تعريف الشفعة في الاصطلاح الشرعي	١٨
١٣	المناقشة والترجيح	١٩
١٤	ثانيًا: تعريف الشفعة في القانون الباكستاني	٢٠
١٥	مقارنة بين الشريعة والقانون	٢١

رقم السلسلة	الموضوع	رقم الصفحة
١٦	المطلب الثانى : طبيعة الشفعة فى الشريعة والقانون-	٢٣
١٧	طبيعة الشفعة فى الشريعة	٢٣
١٨	طبيعة الشفعة فى القانون	٢٣
١٩	المبحث الثانى : حكمها وحكمة تشريعها فى الشريعة والقانون	٢٥
٢٠	المطلب الأوّل : حكمها وحكمة تشريعها فى الشريعة	٢٥
٢١	حكم الشفعة	٢٥
٢٢	أوّلاً : السنة	٢٥
٢٣	ثانيًا : الإجماع	٢٦
٢٤	الإعتراض على تشريع الشفعة	٢٨
٢٥	جواب الإعتراض	٢٩
٢٦	الرأى الراجح	٣٠
٢٧	حكمة تشريعها	٣٠
٢٨	المطلب الثانى : حكم الشفعة وتشريعها فى القانون الباكستانى	٣٢
٢٩	حكمة تشريع الشفعة فى القانون	٣٣
٣٠	المقارنة بين الشريعة والقانون	٣٤
٣١	الفصل الثانى : أركان الشفعة وشروطها فى الشريعة والقانون	٣٥
٣٢	المبحث الأوّل : أركان الشفعة فى الشريعة والقانون	٣٦
٣٣	المطلب الأوّل : أركان الشفعة فى الشريعة	٣٦

رقم السلسلة	الموضوع	رقم الصفحة
٣٤	الركن الأوّل : الشفيع	٣٨
٣٥	الرأى الراجح	٤٣
٣٦	الركن الثانى : المشفوع فيه	٤٣
٣٧	الشفعة فى غير المنقول أي العقار	٤٤
٣٨	الرأى الراجح	٥٠
٣٩	الشفعة فى المنافع	٥١
٤٠	الرأى الأوّل - (الحنفية والحنابلة)	٥٢
٤١	الرأى الثانى - (المالكية والشافعية)	٥٢
٤٢	مناقشة الآراء والترجيح و دليل الترجيح	٥٣
٤٣	الركن الثالث : المشفوع فيه عليه	٥٣
٤٤	آراء الفقهاء	٥٤
٤٥	مناقشة الآراء والترجيح	٥٥
٤٦	المطلب الثانى : أركان الشفعة فى القانون الباكستانى	٥٦
٤٧	المقارنة بين الشريعة والقانون	٥٧
٤٨	المبحث الثانى : شروط الشفعة فى الشريعة والقانون	٥٨
٤٩	المطلب الأوّل : شروط الشفعة فى الشريعة	٥٨
٥٠	الشرط الأوّل : أن يكون المشفوع فيه والمشفوع به عقارا	٥٩
٥١	أوّلاً : أن يكون المشفوع فيه عقارا	٥٩

رقم السلسل	الموضوع	رقم الصفحة
٥٢	ثانياً : أن يكون المشفوع به عقاراً	٦١
٥٣	الشرط الثاني : خروج المشفوع فيه عن ملك صاحبه خروجاً نهائياً	٦١
٥٤	اشتراط خيار ، الشرط للشفيع	٦٤
٥٥	الشرط الثالث : انتقال الملك	٦٥
٥٦	الشرط الرابع : ملك المشفوع به قبل تمام الشفعة	٦٩
٥٧	الرأى الأوّل : للحنفية	٦٩
٥٨	الرأى الثانى : جمهور الفقهاء (غير الحنفية)	٧٠
٥٩	مناقشة الآراء بين الفقهاء	٧٠
٦٠	الشرط الخامس : عدم رضاء الشفيع بالبيع	٧٣
٦١	لمن تثبت الشفعة ؟	٧٥
٦٢	شفعة الكافر على المسلم	٧٥
٦٣	شفعة الكافر على الكافر	٧٧
٦٤	الشفعة لأهل البدع	٨٠
٦٥	شفعة المرتد	٨١
٦٦	تأويل حديث - " لا شفعة للنصرانى "	٨٢
٦٧	شفعة البدوى	٨٣
٦٨	تنازل الشفيع قبل البيع	٨٤
٦٩	الرأى الراجح	٨٥

رقم السلسلة	الموضوع	رقم الصفحة
٧٠	البيع بالمزاد وحق الشفعة في الشريعة والقانون	٨٦
٧١	المطلب الثاني : شروط الشفعة في القانون الباكستاني	٨٧
٧٢	المقارنة بين الشريعة والقانون	٨٨
٧٣	الفصل الثالث : أسباب الشفعة ومراتبها في الشريعة والقانون الباكستاني .	٨٩
٧٤	المبحث الأول : أسباب الشفعة في الشريعة والقانون	٩٠
٧٥	المطلب الأول : أسباب الشفعة في الشريعة	٩٠
٧٦	المطلب الثاني : أسباب الشفعة في القانون الباكستاني	٩٤
٧٧	المبحث الثاني : مراتب الشفعة في الشريعة والقانون الباكستاني	٩٥
٧٨	المطلب الأول : مراتب الشفعة في الشريعة	٩٥
٧٩	المطلب الثاني : مراتب الشفعة في القانون الباكستاني	١٠٠
٨٠	حجب الأدنى بالأقوى واختلاف الفقهاء.....	١٠٠
٨١	الفصل الرابع : إجراءات الشفعة والآثار المترتبة عليها في الشريعة والقانون....	١٠٣
٨٢	المبحث الأول : إجراءات طلب الشفعة في الشريعة الاسلامية	١٠٤
٨٣	المطلب الأول : في طلب المشفوع فيه كله : معنى طلب الشفعة	١٠٤
٨٤	الرأي الراجح	١٠٦
٨٥	المطلب الثاني : مراحل الطلب	١٠٧

رقم السلسلة	الموضوع	رقم الصفحة
٨٦	الإجراء الأول : طلب المواثبة	١٠٩
٨٧	الرأى الراجح - الاشهاد على الطلب المواثبة	١١١
٨٨	الإجراء الثانى : طلب التقرير	١١٣
٨٩	المقارنة	١١٤
٩٠	حكم الطلب	١١٥
٩١	وقت رفع الدعوى فى القانون الباكستانى	١١٦
٩٢	المناقشة والترجيح	١١٧
٩٣	الإجراء الثالث : طلب الخصومة	١١٨
٩٤	محتويات الطلب .	١١٨
٩٥	جزاء التأخر فى هذه الطلبات	١١٩
٩٦	الخصم فى دعوى الشفعة	١٢٠
٩٧	نظر القاضى حين طلب الشفيع الشفعة	١٢١
٩٨	القانون الباكستان	١٢٣
٩٩	تزاحم الشفعاء واختلاف انصبتهم فى إجراءات الشفعة	١٢٤
١٠٠	القانون الباكستانى ..... المقارنة	١٢٨
١٠١	المبحث الثانى : فى تملك الشفيع للمشفوع فيه وحكم شفعة الغائب	١٢٩
١٠٢	بم تثبت ملكية الشفيع للمشفوع فيه ؟	١٢٩
١٠٣	الشفيع الغائب .	١٣٠

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٠٤	حكم الشفعة للشفيع الحاضر	١٣٠
١٠٥	لبقاء حق الغائب	١٣١
١٠٦	قدوم الغائب وطلبه الشفعة بعد القضاء للحاضر	١٣٣
١٠٧	من أخر القدوم	١٣٥
١٠٨	متى تسقط حق الشفعة بالنسبة للغائب	١٣٧
١٠٩	ثمرة العقار بيد الشفيع الحاضر	١٤٠
١١٠	المبحث الثالث: الآثار المترتبة على طلب الشفعة	١٤١
١١١	ما يتملكه الشفيع	١٤١
١١٢	وقت ثبوت الملكية وطريقها	١٤٢
١١٣	الرأى الراجح	١٤٤
١١٤	هل الشفعة شراء البائع أم على المشترى	١٤٤
١١٥	متى تزول ملكية البائع ؟	١٤٦
١١٦	من يضمن حق الشفيع بعد استحقاق الغير للمبيع	١٤٧
١١٧	المبحث الرابع : التصرفات الحادثة فى المشفوع فيه خلال مدة الشفعة بين الشرعية والقانون	١٤٩
١١٨	تصرف المشترى فى المبيع قبل ان يتملك الشفيع	١٤٩
١١٩	التصرفات الناقله للملكية والمقرره حقا للغير	١٥٠
١٢٠	شرط إبطال هذه التصرفات والثمن الواجب	١٥٢

رقم السلسلة	الموضوع	رقم الصفحة
١٢١	بأى البيعين يأخذ الشفيع إذا تصرف المشترى بالبيع	١٥٤
١٢٢	من الذى يخاصمه الشفيع ؟	١٥٥
١٢٣	إن إختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول لمن ؟	١٥٦
١٢٤	إن أقاما البينة فالبينة لمن ؟	١٥٨
١٢٥	الرأى الراجح	١٥٩
١٢٦	الفصل الخامس : مسقطات الشفعة	١٦١
١٢٧	بيع الشفيع ما يشفع أو الرغبة عنها بعد البيع	١٦١
١٢٨	تسليم الشفعة او الرغبة عنها بعد البيع	١٦١
١٢٩	تسليم الشفعة من الولى	١٦٣
١٣٠	الصلح عن الشفعة	١٦٥
١٣١	ضمان الدرك	١٦٥
١٣٢	تجزئة المشفوع فيه	١٦٦
١٣٣	وفات الشفيع	١٦٧
١٣٤	الخلاصة	١٦٩
١٣٥	اسقاط الشفعة بالحيلة	١٧٠
١٣٦	بعض صور الحيل	١٧٢
١٣٧		
١٣٨	اهم المراجع	١٧٤

رقم السلسلة	الموضوع	رقم الصفحة
١٣٩	أولاً : القرآن الحكيم	١٧٤
١٤٠	ثانياً : كتب السنة النبوية	١٧٤
١٤١	ثالثا : كُتب اللغة العربية	١٧٥
١٤٢	رابعاً : الفقه الاسلامى المذهبى	١٧٦
١٤٣	الفقه الحنفى	١٧٦
١٤٤	الفقه الشافعى	١٧٨
١٤٥	الفقه المالكى	١٧٩
١٤٦	الفقه الحنبلى و الفقه الظاهرى	١٨٠
١٤٧	خامسًا : كتب الفقه الحديثة	١٨٠
١٤٨	سادسًا : كتب القانون (القانون الباكستانى)	١٨١
١٤٩	دوريات	١٨٢

التمهيد

الحمد لله وكفى والصلوٰة والسلام على خاتم النّبيين وسيّد المرسلين نبي المرتضىٰ محمد مصطفىٰ صلّى الله عليه وسلّم و بعدُ: فان البحث في موضوع الشفعة يلزم له الكلام في بعض الموضوعات المتصلة به بايجاز و منها بيان اسباب المِلك و تاريخ الشفعة وأهمّيّة الشفعة ـ ونبدأ في الموضوع الأوّل و هو أسباب المِلك التام وهي اربعة:

١ ـ الاِستيلاء على المال المباح كالحيوان والصيد ـ وغير ذلك كاحياء الموات

٢ ـ العقود الناقلة للملكية كالبيع والشراء ـ

٣ ـ الميراث

٤ ـ الشّفعة ـ و من اهم هذهِ الابوابِ اَلشفعةُ

تاريخ الشفعة : وهذا النظام كان موجوداً فى الجاهلية وأيضاً فى القانون الرومانى والفرنسى.

فقد كان العرب فى الجاهلية يعرفون الشفعة - جاء فى لسان العرب[1] كان الرجل فى الجاهلية إذا أراد بيع منزله أتاه رجل فشفع إليه فيما باع فشفعه وجعله أولى بالمبيع ممن بعد سببه، فسميت شفعة وسميت طالبها شفيعاً وقد جاء فى شرح مواهب الجليل للحطاب ان الرجل فى جاهلية كان إذا إشترى حائطاً أو منزلاً أو شقصاً من حائط أو منزلٍ أتاه جاره أو شريكه. فشفع له فى أن يوليه إياه - أى يعطيه إياه بمثل ما أخذ. ليتصل ملكه أو ليندفع عنه الضرر حين يشفعه فيه. ولذا سمى شفعة. فقد

---

[1] لسان العرب لابن منظور ج ٨ ص ١٨٤

جاءت الشرائع السابقة من النظم ما يشبه تشريع الشفعة[1]

أهمية الشفعة: الفطرة الإنسانية تريد الأمن والإستقرار للمجتمع في الحيوة الدنيوية والتسهيلات المادية وسيلة من وسائل حصول الأمن والإستقراء في المجتمع ويدخل فيها طلب الممتلك ايضًا.

كل إنسان يريد أن يكون مالكا لممتلك بلا شركة غيره ولا يحب تدخل أحد فيه ويشاهد عمومًا أن كل شريك من الشركاء ليستفيد من حصته ما دام يبقى فيهم الأخوة والمودة والمحبة وإذا حدث في كل منهم أو في بعضهم هوى الإستفادة من الممتلك المشترى منفردًا، فيحدث عداوة وبغضاء فيما بينهم. فكل شريك يحاول أن يحرم شريكه من الإستفادة من الممتلك المشترك. وهذه الصورة تشتد احراجًا إذا باع أحد

---

[1] شرح مواهب الجليل ج ٥ ص ٣١٠

الفصل الأول

تعريف الشفعة وطبيعتها وحكمها وحكمة تشريعها

في الشريعة والقانون الباكستاني ويشتمل على مبحثين.

المبحث الأول: تعريف الشفعة وطبيعتها في الشريعة والقانون.

المبحث الثاني: حكمها وحكمة تشريعها في الشريعة والقانون.

المبحث الاول: ينقسم إلى مطلبين:-

المطلب الأول: تعريف الشفعة في الشريعة والقانون

المطلب الثاني: طبيعة الشفعة في الشريعة والقانون

المبحث الثاني: حكمها وحكمة تشريعها في الشريعة والقانون

يتضمن مطلبين

المطلب الاول: حكمها وحكمة تشريعها في الشريعة

المطلب الثاني: حكمها وحكمة تشريعها في القانون

المبحث الأوّل

تعريف الشفعة وطبيعتها فى الشريعة والقانون.

ويشتمل على مطلبين، المطلب الأول فى تعريف الشفعة فى الشريعة والقانون. والمطلب الثانى فى طبيعة الشفعة فى الشريعة والقانون.

المطلب الأوّل : تعريف الشفعة فى الشريعة والقانون.

أوّلًا : تعريف الشفعة فى الشريعة:-

الشفعة لغةً، الشفعة لها ثلثة معانٍ

(أ) أنهٗ تطلق على الطلب[1]

(ب) تطلق على الضم[2]

(ج) الشفعة مأخوذة من "الشفع" وهى الزوج ضد الوتر وهى

---

[1] لسان العرب ج ٨ ص ١٨٣- ١٨٤ - [2] معجم الوسيط ص ٤٨٩

الفرد لما فيه من ضم عددٍ إلى عدد، أو شيءٍ إلى شيءٍ

وعرفها صاحب المعجم: "الشفعة- حق الجار في تملك العقار جبرًا على مشتريه بشروطه التي رسمها الفقهاء."[1]

وعرفها صاحب المنجد: "الشفعة- هي تملك المجاور العقار المقصود ببيعه جبرًا على مشتريه بدفع الثمن الذي قام عليه."[2]

ومنه شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم لبعض المذنبين فانه يضمهم بها إلى العابدين وكذا الشفيع، فانه يضم المشفوع فيه إلى ملكه، فيسمى لذلك شفعة.[3] ومنه لفظ الشفاعة، وقد ورد ذكرها في القرآن الكريم: "لَهُ مَا فِي السَّمٰوٰتِ وَمَا فِي الْاَرْضِ مَنْ ذَا الَّذِيْ يَشْفَعُ عِنْدَهٗٓ اِلَّا بِاِذْنِهٖ"[4] وفي مقام اخر: مَنْ يَّشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَّكُنْ لَّهٗ نَصِيْبٌ مِّنْهَا وَمَنْ يَّشْفَعْ شَفَاعَةً سَيِّئَةً

---

[1] المعجم الوسيط ص ٤٨٩ [2] المنجد ص ٣٩٥ [3] المبسوط ج ١٤ ص ٩٠
[4] سورة البقرة آية ٢٥٥

يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا[1]۔

تعریف الشفعة فی الاصطلاح الشرعی:

للشفعة تعریف عند الجمهور وتعریف اخر عند الحنفیة۔ اختلف الفقهاء فی تعریفها علی ما یلی۔

تعریف الشفعة عند الجمهور: الجمهور عرفها بانها استحقاق شریک أخذ ما عاوض به شریکه، من عقار، بثمنه أو قیمته بصیغة[2]

تعریف الشفعة عند الحنفیة: الحنفیة عرفوها شرعاً هی تملک البقعة جبراً علی مشتری بما قام علیه[3]۔ أو هی حق تملک العقار المبیع جبراً علی مشتری بما قام علیه من ثمن وتکالیف، لدفع ضرر الشریک أو الجوار[4]۔

تعریف الشفعة عند صاحب المجلة: وعرفها صاحب المجلة بانها تملک المِلک

---

[1] سورة النساء آیة ٨٥ [2] الشرح الکبیر للدردیر ج ٣ ص ٤٧٣ ومغنی المحتاج ج ٢ ص ٢٩٦ والمغنی لابن قدامة ج ٥ ص ٣٠٧ [3] الدر المختار علی هامش رد المحتار ج ٥ ص ١٥٢
[4] تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق ج ٥ ص ٢٣٩

المشترى بما قام على المشترى من الثمن[1]

المناقشة والترجيح: إن كل فريق من الجمهور والحنفية متفق على أن أخذ المبيع بالشفعة بالعوض حق للشفيع، لكن يظهر الفرق بين تعريفها للشفعة بأن الحنفية وسعوا فى مدلول التعريف بانهم يثبتون حق الشفعة للخليط والجار أيضًا بينما الجمهور ضيق فيه وقصر حق الشفعة على الشريك فى المبيع فقط ولذلك نرجح تعريف الحنفية على تعريف الجمهور ووجه الترجيح أن القصد الشرعى من الشفعة هو رفع الضيق والحرج عن الشفيع وهذا الضيق كما يحدث للشريك، يحدث للخليط والجار ايضًا، لأنهما أيضًا يتضرران بجوار أجنبى كما يتضرر الشريك ومقصود الشارع فى رفع الضرر رفعه عن كل مكلف، لا رفعه عن مكلف دون مكلف.

فالخليط والجار ايضًا مستحقان لرفع الضرر عنهما بأخذ المبيع كما يستحقه الشريك.

---

[1] المجلة م ٩٥٠

ثانيا : تعريف الشفعة في القانون الباكستاني :-

نص القانون الباكستاني على أن الشفعة حق يكون لشخصٍ بمقابل آخر على اشتراء الممتلك الغير المنقول.

المراد من حق الشفعة حق أخذ الأرض الزراعية أو الممتلك غير المنقول القروي أو الممتلك الغير المنقول البلدي بالترجيح على الاشخاص الأخرين. وإنما يحصل هذا الحق اذ بيع ممتلك أو اذا فكّ وهذا العمل لا يمنع المحكمة من بيع المال ولو كان البيع عملا لاحقية.

وقد فرق في المادة السابقة في حق شفعة بين الأراضي والممتلك وهو أنه ان كان (الشيئ المملوك) أرضًا فحق الشفعة يكون اذا بيع كما يكون اذا فكّ.[1]

---

[1] PRE-EMPTION-ACT: 1913 (Punjab): SECTION: ٤
ACT: 1950. (N.W.F.P): section: ٤

ولكن لايوجد هذا التخصيص في الشفعة للفقه الاسلامي

ثالثاً: مقارنة بين الشريعة و القانون الباكستاني :-

اذا نظرنا إلى الشريعة والقانون الباكستاني في بيان حق الشفعة فاننا نجد أن الشريعة أفضل أي واضح من القانون الباكستاني، لأن القانون الباكستاني يوجد فيه الخطأ وهي :-

الأول :- انه فرق بين الأراضي الممتلك في قانون الباكستاني بان المشفوع فيه ان كان أرضا فلا تكون الشفعة فيها إلا اذا بيعت بينما يحصل حق الشفعة في الممتلك إذا فك ايضاً كما يحصل إذا بيع، ولكن لا يرى مثل هذا التخصيص في الشريعة الإسلامية .

الثاني :- أن القانون الموجود في باكستان يعترف بالتقليد أساسا لحق الشفعة بينما وجود الشفعة في الشريعة لايحتاج إلى التقليد بل هي حق تعطيه الشريعة[1]

[1] LAW OF PRE-EMPTION ACT 1913 Sechin: 8

الثالث : أن مدار حق الشفعة فى الإسلام الأصول الشرعية وليس بمقتصر على مصلحة أو رعاية أشخاص أو على رأى حكومة الوقت . فسلطة الحكومة الإقليمية بأنها تستطيع أن تعلق بعدم حصول حق الشفعة فى بيع أرض محلية او بالنسبة لأى أرض أو ممتلك تصادم أصول الشرعية - و هكذا إخراج الحكومة حدود المسكرات من حصول حق الشفعة فيها قابل للنظر فيه لعم يصح ان الشفعة لاتطلق على الممتلكات والأراضى الحكومية .

ألرابع : وأعطى للحكومة الإقليمية فى قانون الباكستانى حقٌ بأنها تستطيع أن يعلق أن حق الشفعة لا يحصل إذ صرحت لعدم حق الشفعة فى الارض المحلية أو فى ممتلك أو فى نوع من الأراضى أو الممتلكات ولايوجد

مثل هذا الحق فى الشرعية الإسلامية -

القانون يحاول قضاء هذا الهدف لكنه لا يستطيع أن يقضي هذه الحاجة بصورة كاملة ، لأن القانون من الناس والإنسان لا يزال يخطئ - والشريعة من الله - ولا يمكن منه صدور الخطأ - فلهذا الشريعة مقدمة على القانون فى كل حكم ، لأن الشريعة لكل زمان ومكان ، وليس القانون كذلك وهو يتغير ويتبدل بعد فترة قليله ، وليست الشريعة كذلك كما يظهر من المقارنة من الأحكام الشرعيه والقانون الوضعية.

المطلب الثانى: طبيعة الشفعة فى الشريعة والقانون الباكستانى:

الشفعة فى الشريعة حق شخصى لأنه مجرد رغبة ومشيئة لمن كان شفيعا وتوافرت فيه شروط الشفعة ، فهو عبارة عن مجرد حق طلب التملك ولذا وصفه الفقهاء بأنه حق ضعيف ، وكان من الحقوق التى لا تؤول إلى مال ولا يمكن أن يستعاض عنها بمال ، كما أنه لا ينتقل من شخص إلى وارثه كما يرى الحنفية[1] ، ولا إلى من اشترى منه كما لا ينتقل إلى الموهوب له -

---

[1] المبسوط ١١٦/١٤

وما الشفعة إلا حق شخصي للشفيع عن طريقه يصل إلى حق عيني بعد أن يقضى له بالشفعة أو يتملكها بالرضاء.

وصفوتها أن الأخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ ليستحقها الشفيع بعد البيع - حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء كالرد بخيار العيب.

أما شرح قانون الباكستاني عندهم خلافية وظهر خلافهم هذا في أحكام القضاة. فبعض المحاكم تتجه إلى انه حق شخصي وبعضها يتجه إلى انه حق عيني. وقالت: ان حق الشفعة سبب من اسباب كسب الملكية وهو أقرب إلى الحق و بأن مجموعة قانون الشفعة الصادر في ١٩١٣ لا قلم بنجاب قضى بأن حق الشفعة ينتقل إلى الوارث بوفاة الشفيع[1].

---

[1] P.L.D.1960 LAHORE. 900
P.L.D.1974 QUETTA. 18

المبحث الثاني: حكمها وحكمة تشريعها في الشريعة الإسلامية والقانون الباكستاني:

المطلب الأول: حكمها وحكمة تشريعها في الشريعة

حكم الشفعة: الشفعة جائزة عند جمهور الفقهاء لما فيها من دفع الضرر ورفع الحرج وقد أباحها الشارع الحكيم دفعا للمشاحنات والمباغضات وذهب أبو بكر الأصم إلى أنها غير جائزة لما في ذلك من الحجر على الحريات وتضييع الحقوق.

وأدلة جوازها عند الجمهور السنة والإجماع.

أولاً - السنة: (١) فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة[1].

(٢) وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة

---

[1] رواه البخاري، كتاب الشركة: ج ١ ص ٣٣٩ - أبو داؤد كتاب البيوع باب الشفعة ج ٢ ص ١٤٤
رواه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الشفعة ص ٦٣٠ - سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٨٣٥ -

أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك. فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به[1].

(٣) وما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا[2].

(٤) وما روى عن أبي سعيد الخدري أن النبي عليه السلام قال الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الجار والجار أحق من غيره[3].

ثانيا: الإجماع :- فقد قام الإجماع ممن يعتد برأيهم على مشروعية العمل به من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى الآن من غير أن ينكر أحد — جاء في نيل الأوطار للشوكاني، لم يختلف العلماء في مشروعية الشفعة إلا ما نقل عن أبي بكر الأصم[4]. فهذا إجماع من الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين

---

[1] ابو داؤد - كتاب البيوع باب الشفعة ج ٢ ص ١٤٠ [2] ابو داؤد كتاب البيوع، باب الشفعة ج ٢ ص ١٤
[3] كنز العمال - كتاب الشفعة ٩/٧ [4] نيل الاوطار ٥/٣٢١

فى كل العصور الإسلامية على مشروعية الشفعة - وفى هذا يقول إبن قدامة[١]:

فقال إبن منذر: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذى لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط، ولا نعلم أحدا خالف هذا إلا الأصم -

وقال إبن رشد[٢] فى ذلك: فأما وجوب الحكم بالشفعة فالمسلمون متفقون عليه، لما ورد فى ذلك من الأحاديث الثابتة إلا ما يتأمل على من لا يرى بيع الشقص المشاع -

وقال الحنفية[٣]: حكمها جواز الطلب عند تحقق السبب - ولو بعد سنين أى إذا لم يعلم بها -

قال أبو بكر الأصم: لا تثبت الشفعة لأن فى ذلك إضرار بأرباب الإملاك

---

[١] المغنى لابن قدامة ٥/٣٠٧، ٣٠٨ [٢] بداية المجتهد ٢/١٩٣
[٣] تبيين الحقائق ٥/٢٣٩ والشامى ٥/١٣٧

فإنّ المشترى إذا علم أنه يؤخذ منه إذا اتباعه لم يبتعه و يتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك أي ان الشفعة تصادم مبدأ حرية المتعاقدين في التصرف و رد عليه بأن قوله ليس بشئ لمخالفته الآثار الثابتة و الإجماع المنعقد قبله. والقياس ينكر مشروعية الشفعة لكن مشروعيتها قد ثبتت بالسنة والإجماع و قد اعترض أبو بكر الأصم على تشريع الشفعة باعتراضين :-

الإعتراض الأوّل : انه لا يوجد في أخذ المبيع بالشفعة رضاء من جانب آخر، مع أن أمر الرضاء قطعي نصت عليه الشريعة و الأصل في العقود التراضي كما ورد في الاية: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم"[1]. والشفعة تناقض هذا الأصل لأن الشفيع يأخذ المبيع جبرًا على مشتريه، مع أن البيع يجب أن يتم برضاء الطرفين.

---

[1] سورة النساء الاية ٢٩

الإعتراض الثاني: أن في الشفعة ضرر على المشتري بتفويت ما كان يرجوه من نفع بشرائه العقار المشفوع فيه فكيف يدفع الضرر عن الشفيع بإضرار المشتري ؟

جواب الإعتراض الأوّل: أن الشفعة إذا خالفت قاعدة التراضي في العقود فقد وافقت قاعدة دفع الضرر عن الغير، قال عليه الصّلوٰة والسلام "لا ضرر ولا ضرار"[١] -

جواب الإعتراض الثاني: أن دفع الضرر عن الشفيع أولىٰ من تحصيل نفع للمشتري عملا بقاعدة: "درء المفاسد أولىٰ من جلب المنافع"[٢] فضلاً عن أن الشفيع أحق بالمشفوع فيه من المشتري بنصّ الشارع، ومن كان أحق من غيره في شيئ فمصلحة فيه أولى بالرعاية من مصلحة ذلك الغير[٣] -

---

[١] رواه البيهقي، كتاب الصلح ٦/٦٩ - إبن ماجه، كتاب الاحكام ٢/٧٨٤

[٢] المجلة: في بيان القواعد الفقهية ص ٣١ م ٣٠ - [٣] المدخل لدكتور عبدالكريم زيدان ص ٣٦٥ وما بعدها

الرأى الرّاجح : وان رأى أبى بكر الأصم مرجوح وضعيف وشاذ إنّه استدل بالقياس فقط بينما الجمهور استدل بالأحاديث التى ذكرنا. فالرأى الراجح فى أمر الشفعة هو رأى الجمهور.

حكمة تشريعها : المقصود من تشريع الشفعة دفع الضرر اللاحق بالشفيع من البيع لأجنبى وهذا يشمل نوعين من الضرر.

١ - دفع ضرر الدخيل الأجنبى[١] :- قد تكون الحكمة دفع ضرر الدخيل الأجنبى الذى يأتى على الدوام، لسبب سوء المعاشرة والمعاملة فى استعمال و استحداث المرافق المشتركة أو إعلاء الجدار. أو ايقاد النار. أو منع ضوء النهار. وإثارة الغبار وايقاف الدواب ولعب الأولاد لاسيما إذا كان خصماً أو ضداً.

٢- دفع ضرر مُؤنة القسمة[٢] :- و قد تكون الحكمة دفع ضرر مُؤنة القسمة كما قال المالكية والشافعية والحنابلة. وكل ماذكر مظاهر للضرر والمقرر فى الاسلام

[١] تبيين الحقائق ٥/ ٢٣٩. [٢] الفقه الاسلامى وادلته لوهبه الزحيلى ٥/ ٧٩٤

انه لا ضرر ولا ضرار[1]-

وشرعت الشفعة لأن الحاجة داعية إليها لما فيها من دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق كالمصعد والمنور في كل حصة فرزت ولمنع وقوع الضرر بين الشركاء والجيران بسبب الشركة أو الجوار -

والضرر يجب أن يرفع ولهذا سنت الأحكام وشرعت الشرائع وليس هناك ضرر يعود على البائع فقد كان يقصد التخلص من عقاره ليحصل على الثمن الذي طلبه وقد توفر له هذا الغرض وألزم الشفيع بأن يأخذ المبيع بمثل الثمن وليس هناك ضرر بالمشتري أيضاً فإنه كان في غنى عن هذا المبيع قبل شرائه وفي امكانه أن يشتري غيره ما دام قد وجد من هو أحق به منه- بل ان في تركه هذا المبيع وشرائه غيره أفضل له بكثير من أن يشارك ويجاور أناساً لا يرغبون في شركته وجواره-

---

[1] رواه البيهقي، كتاب الصلح ٦/ ٦٩

أما الشفيع فهو الذى سيتضرر من هذا الطارئ عليه[1] وكل ما ذكر مظاهر للضرر والمقرر فى الإسلام انه "لاضرر ولاضرار" وهذا الضرر كما يتحقق فى الشركة فى نفس المبيع يتحقق كذلك فى الشركة فى حقوق الإرتفاق والجوار ايضا. وهذا هو رأى الحنفية. أما الائمة الأخرون فالشفعة عندهم فى الشركة فى نفس المبيع فقط.

المطلب الثانى: حكم الشفعة وتشريعها فى القانون الباكستانى:-

قال القاضى الأوربى "لاتيكن" الشفعة نتيجة للقواعد العامة التى ينظم بها أمر توريث الأرض ونقلها[2].

حكم الشفعة فى القانون: الشفعة حق مشروع، قد تولد من التقاليد القديمه وطبق قانون الشفعة بإعطاء التقاليد شكلا قانونيا[3] وحق الشفعة

---

[1] الفقه الاسلامى لمحمد سلام مدكور ص ١٤٤

[2] 39 KALKATA 915 PREVI COUNCIL.

[3] 103 PANJAB RECORD 1889

ليس حق الإشتراء المكرر بل هو حق النيابة[1]۔

حكمة تشريع الشفعة فى القانون :- وحكمة تشريع الشفعة هى إبقاء الصلة القروية وإدامتها۔ إن سكان القرية يعيشون بصورة جماعة يتصل بعضها ببعض، كالأسرة۔ ويكون لهم فيما بينهم تقاليد و مؤاخاة و صلات۔ وعدم إدخالهم أجنبيا فى جماعتهم أمر فطرى۔ وعندهم قاعدة أساسية أن الأراضى للقرية ملكهم جميعا۔ ان اراد عضو جماعتهم بيع أرضه فللأعضاء الأخرين تلك الجماعة حق أخذ تلك الأرض۔ ولا يحصلها باشتراءها أجنبي يأتى من خارج تلك القرية[2]۔ وكتبت المحكمة العليا فى قضية : إن رجلا من جماعة ملاك الأرض القروية ليس له حق بنقل حقه من الأرض إلى أجنبى بدون تراضى الشركاء الأخرين۔

---

[1] P.L.D 1975 - LAHORE 628

[2] 91 PANJAB RECORD 1875

وهذه المسئولية على الجميع من جانب كل شخص[1]۔

المقارنة بين الشريعة والقانون الباكستاني :- الشريعة والقانون يتفقان في أن الشفعة حق لا واجب بل هو حق جائز للشفيع أن يأخذه وله أن يتركه لكنهما يختلفان في مصدر الشفعة ومصدر الشفعة في الشريعة الإذن من جانب الشارع بينما مصدرها في القانون هو التقاليد القديمة والقواعد العامة ۔ وهما يشتركان في حكمة تشريع الشفعة ايضاً، وحكمة تشريعها دفع الضرر، كائنا ممن كان من الشريك أو من الخليط أو من الجار۔ وليس في القانون تخصيص الشفعة لأحد كالشريك في نفس المبيع مثلاً كما هو مذهب الجمهور في الفقه الاسلامي۔ ومن ثم مذهب الحنفية والقانون يتفقان في إعطاء حق الشفعة للخليط والجار ايضاً كما يشترك الفقه الإسلامي والقانون في إعطاء حق الشفعة للشريك في نفس المبيع۔

---

[1] 98 PANJAB RECORD: 1894

الفصل الثانى

أركان الشفعة وشروطها فى الشريعة والقانون

ويشتمل على مبحثين -

المبحث الأوّل : أركان الشفعة فى الشريعة والقانون.

المبحث الثانى : شروط الشفعة فى الشريعة والقانون.

المبحث الأوّل : ينقسم إلى مطلبين

المطلب الأوّل : أركان الشفعة فى الشريعة

المطلب الثانى : أركان الشفعة فى القانون

المبحث الثانى : يتضمن مطلبين
المطلب الأوّل : شروط الشفعة فى الشريعة
المطلب الثانى : شروط الشفعة فى القانون

المبحث الأوّل

أركان الشفعة فى الشريعة والقانون :

المطلب الأوّل : أركان الشفعة فى الشريعة.

المطلب الثانى : أركان الشفعة فى القانون.

المطلب الأوّل : أركان الشفعة فى الشريعة الاسلامية:-

إتفق الفقهاء على أن عناصر الشفعة ثلاثة وهى (١) الشفيع (٢) المشفوع فيه - (٣) المشفوع عليه[١] - ولكنهم اختلفوا فى أركانها. فعند البعض ركن الشفعة واحد، بينما عند البعض الآخر لها أركان متعددة -

فقال الحنفية[٢] ركن الشفعة، هى أخذ الشفيع من أحد المتعاقدين عند وجود سببها وشروطها وليس هى العقار الذى لسببه تطلب الشفعة المشفوع به، والعقار الذى يتملك بالشفعة المشفوع فيه، ومشترى العقار هو المشفوع عليه، والمطالب هو الشفيع.

---

[١] المغنى ٥/٣٤١ وايضًا الشرح الصغير ٣/٦٣١ تبيين الحقائق ٥/٢٣٨

[٢] البدائع ٥/ ٨ والشامى بالهامش ٥/١٣٠

أركان الشفعة عند المالكية[1] أربعة:

١- الأخذ (شفيع).

٢ - مأخوذ منه (مشفوع عليه).

٣ - مشفوع فيه.

٤ - صيغة - والمراد بالصيغة ما يدل على الأخذ لفظاً أو غيره.

ونتكلم على هذا في إجراءات الشفعة.

أركان الشفعة عند الشافعية[2] والحنابلة[3] ثلاثة:-

١- الأخذ. ٢- مأخوذ منه. ٣ مأخوذ.

وأما الصيغة فتجب في التمليك.

---

[1] الشرح الصغير ٣/٦٣١

[2] مغني المحتاج ٢/٢٩٧

[3] المغني ٥/٣٢٣

الركن الأول : الشفيع -

تعريف الشفيع : هو الذى يدعى لحقه أن يأخذ العقار،

إتفق الفقهاء[1] على من يصح أن يتملك يصح أن يكون الشفيع، سواء كان مسلماً أو ذمّياً، حرًّا أو مملوكاً، كبيرًا أو صغيرًا -

من هو الشفيع : من الذى له حق الشفعة ؟ أهو الشريك فى المبيع، أو فى حق حقوقه كالشرب والطريق الخاصين ؟ أم الجار أيضًا مع هذا الشريك ؟ هذه المسألة أثارت خلافاً شديدًا بين الفقهاء[2] من ناحية و بينهم وبين واضع القانون الباكستانى[3] من ناحية أخرى -

و لكل من أصحاب المذاهب الفقهية أدلته التى يلجأ إليها و غالب هذه الأدلة أحاديث و آثار يروونها ويجدها صحيحة - ثم

---

[1] تبيين الحقائق ٥/٢٣٨، بداية المجتهد ٢/٢٥٢ - مغنى المحتاج ٢/٢٦٦ المغنى ٥/٣٠٨

[2] المراجع السابقة [3] قانون شفعة م ١٣

يتبعها بما يبرزها من ناحية التعليل العقلي.

وعند الحنفية[1] يثبت هذا الحق للشريك في المبيع نفسه، ثم للشريك في حق من حقوق الإرتفاق الخاصة، ثم للجار ان لم يكن للبائع شريك في هذا أو ذاك. وهم يستدلون في ذلك بالأحاديث[2] التي ذكر بعضها في الفصل الأول لهذا البحث وفيها دلالة على حق الجار في الشفعة وبأن حكمة شرعية الشفعة للشريك تظهر في حق الجار ايضا دفعاً للضرر عن الإثنين.

أما جمهور الفقهاء[3] تعني الشافعية والمالكية والحنابلة وأهل الظاهر فقد أجمعت كل منهم على أن حق الشفعة ليس إلا للشريك في ذات المبيع، فلا شفعة عندهم للخليط أو الشريك في حق من حقوق الارتفاق

---

[1] تكملة الفتح القدير ٧/ ٤٠٥ [2] الفصل الاول، المبحث الثاني المطلب الاول لهذا البحث.

[3] بداية المجتهد ٢/ ٢٥٢ شرح الكبير ٣/ ٤٧٢ مغني المحتاج ٢/ ١٩٠ كشاف القناع ٤/ ١٤٩ وما بعدها المحلى لإبن حزم الظاهري ٩/ ٩٧

الخاصة بالمبيع ولا للجار أيضًا۔

وذلك بأن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل كما يقال، فلا يصح التوسع فيها، بل يجب الوقوف فيها على ما ورد به النصوص وفي هذا يروون أحاديث[1] كثيرة التي ذكرنا بعضها في الفصل الأوّل لهذا البحث۔

وفي الحديث[2]: "قضى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بالشفعة فيما لم يقسم، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"

ونذكر لإثبات هذا الرأى من علماء الشافعية الإمام الغزالي إذ يقول[3]: "فلا شفعة للجار عندنا وإن كان ملاصقًا"۔

والرملي يصرح بهذا ايضًا، فيقول[4] ولا شفعة إلا لشريك في العقار المأخوذ ولو ذميًا۔ ويوجب ذلك تأويل الأحاديث التي جاءت في إثباتها

---

[1] المراجع السابقة [2] سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٨٣٤ [3] الوجيز ج ١ ص ٢١٥
[4] نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٤٥

للجار و ذلك بجعلها على الشريك لأن ملك كل شريك مجاور لملك صاحبه، فكل منها جار للأخر[1].

ذهب مالك والشافعي وأهل المدينه، إلى أن لا شفعة إلّا للشريك مالم يقاسم، وسيأتى دليلهم فيما بعد. وقال الحنفية للشفعة مراتب، فأولى الناس بالشفعة الشريك الّذى لم يقاسم، ثم الشريك المقاسم إذا بقيت فى الطريق أو فى الصحن شركة ثم الجار الملاصق وقال أهل المدينة لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم. ودليلهم مرسل مالك عن إبن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب.

"أن رسول الله صلى الله عليه وسلّم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة"[2].

---

[1] المالكية. الشرح الصغير للدردير ج ٣ ص ٤٦٣. الخرشى على خليل ج ٦ ص ١٦١، ١٦٢ وعند الحنابلة، كشاف القناع ج ٢ ص ٣٧٥ عند الظاهرية. المحلى ج ٩ ص ٨٢، ٨٣، ١٠٣ ومابعدها اعلام الموقعين لابن القيم ج ٢ ص ٨٥ ومابعدها

[2] سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٨٣٤

وحديث جابر ايضًا: "أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قضى بالشفعة فيما لم يقسم، فاذا وقعت الحدود فلا شفعة"[1]

و وجه استدلالهم من هذا الأثر ما ذكر فيه من أنه إذا وقعت الحدود فلا شفعة وذلك أنه إذا كانت الشفعة غير ثابت للشريك المقاسم فهي أنسب أن لا تكون ثابتة للجار، وايضا فإن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم.

و دليل الحنفية، حديث أبي رافع عن النبي صلى الله عليه وسلّم أنّه قال: "الجار أحق بصقبه"[2] وهو حديث متفق عليه ورواه الترمذي[3] وأبو داؤد[4] عنه عليه الصلوٰة والسلام أنه قال: جار الدار أحق بدار الجار.

ولما كان المقصود من الشفعة دفع الضرر الحادث من الشركة وكان هذا المعنى موجودًا في الجار وجب أن يلحق به[5].

---

[1] سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٨٣٤ [2] كنز العمال ٩/٧ [3] رواه الترمذي، كتاب الاحكام، باب ما جاء في الشفعة ج ١ ص ٢٥٥
[4] رواه ابو داؤد، كتاب البيوع، باب الشفعة ١٤٠/٢ [5] بداية المجتهد ١٩٣/٢ وما بعدها

فتثبت الشفعة بالأدلة المذكورة للجار ايضاً. والأحوال ايضاً تقتضى جواز ذلك للجار. ووجهه أن النزاع الذى يحدث والذى يمكن أن يحدث كما يتوقع فى الشركة. كذلك يتوقع فى الجوار لكن لا شك فى أن النزاع اكثر حدوثا فى الشركة منه فى الجوار.

الرأى الراجح: الرأى الراجح فى هذه المسئلة هو رأى الحنفية لانه مبنى على رفع الحرج واتفق الفقهاء على هذه القاعدة[1] أن درء المفاسد أولى من جلب المنافع" وأن فى هذا الرأى يوجد التوسع لأن الجار و الشريك ايضاً يلحقان الضرر و هذا الضرر يمكن دفعه بالشفعة و رأى الفقهاء الآخرين يؤدى إلى الحرج والاختلاف بين الناس ولذا نرجح رأى الحنفية.

الركن الثانى: المشفوع فيه: الذى يشفع فيه شيئان:-

١- غير المنقول العقار - ٢ المنقول.

---

[1] المجله فى بيان القواعد الفقهية ص ٣١، م ٣٠

الشفعة فى غير المنقول: المراد من غير المنقول هنا العقار[1] والأرض

تعريف العقار:- اختلف الفقهاء فى تعريف العقار، عند المالكية[2] العقار هو الأرض، البناء، الشجر ولا يعتبرون المنقول عقارا إلا إذا كان تابعاً للعقار.

عند الجمهور[3]: العقار هو ما لا يمكن نقله وتحويله، وهو الأرض.

ألشفعة فى العقار:- إتفق فقهاء[4] الشريعة على أن الشفعة ثابتة فى الدور و العقار والأرضين كلها. واختلفوا[5] فيما سوى ذلك. فخلاصة مذهب مالك أنها فى ثلاثة ألواع. أحدها[1]: مقصود وهو العقار من الدور والحيوانات والبساتين. الثانى[2]: ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينتقل ولا يحول وذلك كالبئر و محال النخل مادام الأصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه وهو أن يكون الأصل الذى هو الأرض مشاعاً بينه وبين شريكه غير مقسوم

والثالث ما يتعلق بهذه كالثمار، وفيها عنه خلاف وكذلك كراء الأرض

---

[1] الشامى ٥/١٣٨- [2] شرح الصغير ٣/٦٣٤ - [3] شرح فتح القدير لمحمد ابن عبد الواحد ٨/٣٢٧ - الاشباه لابن نجيم ٢/٨١ - مغنى المحتاج ٢/٢٨٩ اعلام المؤقعين ٢/٨٠ - المحلى ٩/٨٦ [4] الهدايه ٤/٢٦ الشرح الصغير ٦٣٩- ٦٤٠ المهذب ١/٣٧٩ - اعلام المؤقعين ٢/١٣٥
[5] المراجع السابقة -

للزرع وكتابة المكاتب. واختلف عنه في الشفعة في الحمام والرحا، وأما ما عدا هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده و كذلك لا شفعة عنده في الطريق ولا في عرصة الدار، واختلف عنه في أكرية الدور وفي المساقاة وفي الدين.

هل يكون الذي عليه الدين أحق به؟

وكذلك الذي عليه الكتابة، وبه قال عمر بن عبد العزيز وروى:- "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في الدين"[1] وبه قال أشهب من أصحاب مالك وقال ابن القاسم: "لا شفعة في الدين ولم يختلفا في إيجابها في الكتابة لحرمة العتق"[2]. وفقهاء الأمصار على أن لا شفعة إلا في العقار فقط.

ولم يجز أبو حنيفة[3] الشفعة في البئر والنخل وأجازها في العرصة والطريق، ووافق الشافعي[4] ومالكاً[5] في العرصة وفي الطريق وفي البئر وخالفا جميعاً[6] في الثمار. ودليل الجمهور

---

[1] سنن ابن ماجه ٢/٨٣٥ [2] بداية المجتهد ٢/٢٥٣ [3] الهداية ج ٤ ص ٢٦
[4] المهذب ١/٣٧٩ [5] بداية المجتهد ٢/٢٤٦ [6] المراجع السابقة

في قصر الشفعة على العقار ما ورد في الحديث الثابت من قوله عليه الصلوٰة والسلام: "الشفعة في ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"[1]

فكأنه قال: الشفعة فيما تمكن فيه القسمة. ما دام لم يقسم وهٰذا استدلال بدليل الخطاب وقد أجمع عليه فقهاء الأمصار مع اختلافهم في صحة الاستدلال به.

واستدل أبو حنيفة على منع الشفعة في البئر بما روى: "لا شفعة في بئر"[2]. ومالك حمل هٰذا الأثر على آبار الصحارى التي تحمل في الأرض الموات لا التي تكون في أرض مملوكة[3].

حكم الشفعة في المنقول: تعريف المنقول[4]:- الذي يمكن نقله وتحويله من مكان إلى مكان آخر، كالسيارة والدراجة والأشياء الأخرىٰ من هٰذا القبيل.

---

[1] سنن ابن ماجه ٢/٨٣٤ [2] كنز العمال ٧/١١ [3] بداية المجتهد ٢/١٩٤
[4] فتح القدير ٩/٤٠٣

هل تثبت الشفعة فى المنقول؟ اختلف الفقهاء فى الشفعة فى المنقول. فالفقهاء جميعاً عدا الظاهرية[1] ورواية عن مالك[2] وأحمد بن حنبل[3] اتفقوا على أن الشفعة لا تجوز إلا فى العقار. وقالوا أن سبب الشفعة هو اتصال العقار المملوك للشفيع بالعقار المبيع عند البيع، أما المنقول فلا شفعة فيه عندهم إلا بشرطين: (١) أن يكون تابعاً للعقار ومن مستلزماته مثل البناء والشجر وآلات الرى إلى غير ذلك مما هو من مستلزمات الأرض والبناء. (٢) أن يكون المنقول قد تم بيعه مع العقار فى نفس العقد - فإذا كان المنقول غير متصل بالعقار ولا من مستلزماته كالأمتعة والمفروشات والحيوانات والزرع[4] إلى غير ذلك أو كان متصلا بالعقار ومن مستلزماته لكنه لم يدخل ضمن العقد الذى بيع به العقار وإنما بيع استقلالا فلا شفعة فيه عندهم.

واستدلوا على هذا القول النبى عليه الصلوة والسلام: "لا شفعة

---

[1] المحلى لابن حزم ٩/٨٧ [2] بداية المجتهد ٢/١٩٤ - [3] المغنى ٥/٣١١
[4] المغنى ج ٥ ص ٣١١

إلّا فی ربع أو حائط" والربع هو الدار والحائط البستان فقد نفی الحدیث[1] الشفعة فی غیر هذین وهما عقار یتصل به بناء وشجر وبذا تجوز الشفعة فیما اتصل بالعقار وبیع معه۔

وحکی عن الظاهریة[2] أن الشفعة فی کل شیئ ودلیلهم ما أخرجه الترمذی عن إبن عباس أن رسول الله صلّی الله علیه وسلّم قال: "الشریک شفیعٌ والشفعة فی کل شیئ"[3] ولأن معنی ضرر الشرکة والجوار موجود فی کل شیئ وإن کان فی العقار أظهر، واستدلوا بحدیث آخر أیضاً وهو أن رسول الله صلّی الله علیه وسلّم "قضی بالشفعة فی کل شیئ"[4]۔ کما انهم ردوا علی الجمهور بأن الشفعة إذا کان مبناها دفع الضرر عن الشفیع فهذه العلة موجودة فی المنقول کما هی موجودة فی العقار وموجودة فیما لم ینقسم کوجودها فیما ینقسم، بل هی فیما لا ینقسم أشد ضرراً۔

---

[1] رواه فی کنز العمال بمعناه ٤/٨ [2] المحلّی ٩/٨٤ [3] کنز العمال ٧/٧
[4] الزیلعی فی النصب الرأیة بمعناه۔ ٤/١٨٠

و قد جآء فی الروایة الأخری عن أحمد بن حنبل أنه یجیز الشفعة فی کل هٰذا ایضًا۔

واستندوا إلیٰ ما روی أنّ رسول الله صلّی الله علیه وسلّم:۔

"قضی بالشفعة فی کل شیٔ"[1]۔ و یحدثنا ابن القیم فی کتابه اعلام المؤقعین[2] ان الإمام أحمد بن حنبل سئل عن الدابّة من الحیوان تکون مشترکة بین إثنین فأراد واحدهما بیع نصیبه منها، هل فیها شفعة؟ فقال "الشفعة فی هٰذا أوکدَ۔ لأن خلیط الشریک أحقّ به بالثمن و هٰذا لا یمکن قسمة۔ فإذا عرضه علی شریک فذٰلك والإباعة بعد ذٰلك، و قال اسمٰعیل بن سعید:

سألت أحمد عن الرجل یعرض علی شریکه عقارا مشترکا بینه و بین شریکه أو نخلا، فقال الشریك: لا أرید، فباعه، ثم طلب الشفعة بعد: فاجاب له الشفعة فی ذلك، و أحتج لهذا القول بحدیث جابر الصحیح "قضی رسول الله بالشفعة فی کل مالم یقسم"[3] و هٰذا یتناول المنقول والعقار۔

---

[1] المراجع السابقة [2] اعلام المؤقعین ج ۲ ص ۱٤۰ [3] کنز العمال بالمعناه ۸/۷

غير إبن حزم من الظاهرية[1] وصل فى تقريره للشفعة والتوسع فى الأخذ بها إلى حد أنه يحرم على الشريك أن يبيع حصته الشائعة قبل عرضها على شريكه وجعل لهذا الشريك الحق فى امضاء العقد أو الأخذ بالشفعة وهو فى هذا يستند إلى ماروياه عن الرسول.

"كل شريك لم يقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه[2]....."

هذا هو خلاصة ما يراه الفقهاء فى الشفعة بالنسبة للمنقول.

والرأى الراجح :- ونرى أن رأى الظاهرية فى هذه المسألة راجح - لأن حجتهم أقوى ونظرهم أسد. أما ما احتج به الجمهور فلا ينهض حجة لما ذهبوا إليه. فالأحاديث التى ذكروها ليست صريحة فى الدلالة على المنع من الشفعة فى المنقول. فيكون القول بجريان الشفعة فيه هو الموافق للقياس فضلا عن الأحاديث الدالة لعمومها على أن الشفعة تكون فى المنقول والعقار على حد سواء.

---

[1] المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٨٩ [2] رواه بالمعناه كنز العمال ٧/ ٩

الشفعة فى المنافع:

معنى المنافع: المنفعة هو ضد الضرر[1]. جمع منفعة وهى ما يعيد على الإنسان بالخير فى دينه أو دُنياه أو فى كليهما.

عن جابر بن عبد الله رضى الله تعالى عنهما قال: "قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود و صرفت الطرق فلا شفعة"[2] (البخارى) وفى رواية مسلم: "الشفعة فى كل شركٍ، فى أرض أو ربع أو حائط، لا يصلح - وفى لفظ لا يحل - أن يبيع حتى يعرض على شريكه" - وفى رواية الطحاوى: "قضى النبى صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل شئ" ورجاله ثقات.

وقوله فى كل شئٍ ليشمل الشفعة فى الاجارة وقد منعها الهادوية وقالوا إنما تكون فى عين لا منفعة وضعف قوله لأن المنفعة تسمى شيئًا وتكون مشتركة، فشملها. وفى كل شركٍ أيضًا اذ لو لم تكن شيئًا ولا مشتركة لما صح التأجير فيها ولا القسمة بالمهايأة ونحو ذلك

---

[1] لسان العرب ٨/٣٥٨ [2] سنن ابن ماجه ٢/٨٣٤

وهي بيع مخصوص فيشملها[1]۔

وقد اختلف الفقهاء في حق الشفعة في دارٍ أو أرضٍ وغير ذلك، إذا انتقل ذلك بالمنافع ولعوض غير مالي، كأن يجعل الشقص مهرا أو عوضًا في الخلع أو في الصلح عن دم العمد۔ فبعضهم منع الشفعة وبعضهم أجازها۔

الرأي الأول: يرى الحنفية[2] وأحمد[3] أنه لا تثبت الشفعة في شيءٍ انتقل بالمنافع وتعليل ذلك أن المنافع ليست أموالا متقومة عندهم۔

الرأي الثاني: يرى مالك[4] والشافعي[5]، قالا تثبت حق الشفعة وان انتقل بالمنافع، ولأن المنافع عندهم اموالٌ ثم اختلفا في أنه اي قيمة يدفعها الشفيع؟۔ قال الشافعيؒ: قيمة العوض۔ أي مهر المثل والخلع أو بأجر المثل ان كان عملا أو منفعة، لأن العوض يقوم مقام الثمن والشفيع يتملك لعوض تملك به المشتري من الثمن۔ وقال مالكؒ: الشفيع يدفع قيمة العقار أو الدار أو البناء لا قيمة العوض۔ ووجه قوله

---

[1] سبل السلام شرح بلوغ المرام ٣/٩١٠ وما بعدها۔ [2] الهداية ٤/٢٧
[3] المغني ٥/٣٤٦ [4] بداية المجتهد ٢/١٩٦ [5] مغني المحتاج ٢/٣٠١

أن الطريق إلى أخذ الشيئ بقدره و لقيمته هو أن يؤخذ بالقيمة۔

الترجيح : والرأى الذى هو نوافق هو رأى الحنفية بأن الشفعة لا تثبت فى المنافع و دليله : أن المنافع ليست باموال كما تقرر و تحقق فى كتب الحنفية من مصادرها بالبسط والتفصيل وبالأدلة القاطعة المجزة عن الرد والترديد۔

الركن الثالث : المشفوع عليه : هو العقار، وتعريف العقار :۔ العقار الذى لسببه يثبت حق الشفعة كبيت الشفيع أو أرضه

اتفق الفقهاء[1] على أن المشفوع عليه من انتقل إليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أو من جار عند من يرى الشفعة للجار۔

و اختلفوا فيمن انتقل إليه الملك لغير شراء فالمشهور عن مالك[2] أن الشفعة إنما تجب إذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وأرش الجنايات وغير ذلك۔ و به قال الشافعى[3]، وعنه رواية ثانية

---

[1] الصدرية ٤/٢٧ وايضاً المغنى المحتاج ٢/٢٩٩، المغنى ٥/٣١٥

[2] بداية المجتهد ٢/٢٥٥ [3] مغنى المحتاج ٢/ ٢٩٩

أنها تجب بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض - كالهبة بغير الثواب و الصدقة ، ماعدا الميراث فانه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق.

وأما الحنفية[1] فالشفعة عندهم في المبيع فقط و دليل الحنفية ظاهر الأحاديث و ذلك أن مفهومها يقتضي أنها في المبيعات بل ذلك نص فيها لا في بعضها فلا بيع حتى يستأذن شريكه.

وأما المالكية[2] فرأت أن كل ما انتقل بعوض فهو في معنى البيع و وجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط - وأما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند أبي حنيفة ولا عند الشافعي. وأما أبو حنيفة فلأن الشفعة عنده في المبيع. وأما الشافعي فلأن هبة الثواب عنده باطلة.

وأما مالك فلا خلاف عند أصحابه في أن الشفعة فيها واجبة.

واتفق[3] العلماء على أن المبيع الذي فيه الخيار للبائع أن لا تجب الشفعة حتى يجب البيع.

---

[1] الهداية ٤/٢٧ [2] المراجع السابقة - [3] الهداية ٤/٢٧
مغني المحتاج ٢/٢٩٨ - بداية المجتهد ٢/٢٥٤

واختلفوا إذا كان الخيار للمشترى فقال الشافعي والحنفية:-
الشفعة واجبة عليه لأن البائع قد قطع الشقص عن ملكه
وأبانه منه، وقيل أن الشفعة غير واجبة عليه لأنه غير ضامن
وبه قال جماعة من أصحاب مالك[1].

مناقشة الآراء والترجيح: إتفق الفقهاء فى جعل الهبة للثواب كالبيع وأبطل الإمام الشافعي[2] فى الهبه للثواب، فصححوا الشفعة فى الموهوب للثواب. ولكن اختلفوا فى صحة الشفعة وعدم صحتها إذا كان الخيار للمشترى. لكننا نرجح ههنا رأى من قال بصحة الشفعة للشفيع ووجه ذلك أن البائع قد اخرج المبيع من ملكه ولا تصح الشفعة إلا فى ذلك الوقت. لكن الأنسب أن يتوقف الشفيع حتى يشترى المشترى أو يتركه.

---

[1] بداية المجتهد ج ٢ ص ١٩٥

المطلب الثاني :

أركان الشفعة في القانون الباكستاني :

نفهم من مطالعة قانون الشفعة ان هناك ثلاثة أركان الشفعة وهي[1]، الشفيع - المشفوع فيه - المشفوع عليه

شروط الشفيع : ويشترط ان يكون الشفيع إما الشريك وإما الخليط و إما الجار وإما صاحب العقار اذا كان المستأجر لهذا العقار يبيع حقه في الإجارة[2] -

شروط المشفوع فيه : كذلك يشترط في القانون الباكستاني بالنسبه للمشفوع فيه أن يكون عقارا[3] - فلا يجوز الشفعة في المنقول - وفي هذه المسألة يتفق القانون الباكستاني مع الفقه الإسلامي .

شروط المشفوع عليه : ومن سلبيات القانون الباكستاني أنه أهمل ذكر شروط المشفوع عليه .

---

1. The N.W.F.P PRE EMPTION ACT, 1950 Section 12.
2. " " " " " " " "
3. The PANJAB PPE-EMPTION ACT. 1913 Section 6.

المقارنة بين الشريعة والقانون :

إتفق الفقه الإسلامي والقانون الباكستاني في ذكر أركان ثلاثة للشفعة ولكن يفرق بين الفقه الإسلامي وسائر القانون الباكستاني، بأن الفقه الإسلامي قبل إصدار اي قانون يعرف كل المصطلحات المتعلقة بهذا القانون بالتفصيل، ولكن القانون الوضعي يترك معظم هذه المصطلحات بدون تعريف. ومثال ذلك أن الفقه الإسلامي عرف الدعوى والمدعى والمدعى عليه بالتفصيل وأما القانون الباكستاني لم يعرف هذه المصطلحات الهامة. فكذلك لم يعرف القانون الباكستاني للشفعة في مجموعة قانون الشفعة الصادر في سنة ١٩١٣ لإقليم پنجاب ومجموعة قانون الشفعة الصادر في سنة ١٩٥٠ لإقليم سرحد.

أركان الشفعة مع أن الفقه الإسلامي عرفها بالتفصيل كما هو مذكور سابقاً في هذا الفصل.

المبحث الثاني.

شروط الشفعة في الشريعة والقانون.

المطلب الأول: شروط الشفعة في الشريعة.

المطلب الثاني: شروط الشفعة في القانون الباكستاني.

المطلب الأول

شروط الشفعة في الشريعة:

استحقاق الشفعة يستلزم وجود شروط معينة. فاذا فات شرط منها فلا تصح الشفعة. وهذه الشروط هي:-

(١) أن يكون المشفوع فيه والمشفوع به عقاراً.
(٢) خروج المشفوع فيه عن ملك صاحبه خروجاً نهائياً.
(٣) خروجه بعوض مالي.
(٤) ملك المشفوع به قبل تمام الشفعة. (٥) عدم رضاء الشفيع بالبيع.

الشرط الأول

أن يكون المشفوع فيه والمشفوع به عقاراً :

أولاً : أن يكون المشفوع فيه عقاراً :-

قبل البدء في شرح هذا الشرط لابد من تعريف العقار - والعقار عند الجمهور[1] ما لا يمكن نقله وتحويله وهو الأرض ، وألحق به الحنفية: العلو على السفل فأعطوه حكم العقار وأثبتوا فيه الشفعة[2] .

أما العقار عند مالك فهو يشمل الأرض والبناء والشجر وروى عن مالك صحة الشفعة في المنقول الذي اتصل بالأرض ، ولو مدة[3] .

أما العقار الذي لا يقبل القسمة فان الحنفية يثبتون الشفعة فيه بخلاف غيرهم فانهم يمنعون الشفعة فيه كما ذكر وقد بينا ان سبب استحقاق الشفعة عند غير الحنفية الشركة الشائعة في نفس العقار فالشفعة عندهم لا تثبت إلا في حصة شائعة في عقار .

أما عند الحنفية فسببها الشركة في نفس العقار أو المرافقة أو الجوار الملاصق ، فيشمل ما اذا كان المبيع دارا مفرزة أو جزءاً منها شائعاً

---

[1] البدائع ج ٥ ص ١٢ - المغني ج ٥ ص ٣١١ - مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٩١
[2] المبسوط ج ١٤ ص ١٣٢ - [3] بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٥٠

ويشمل الضيعة والدار والبئر۔

واتفق الفقهاء[1] على أن المنقول إذا كان تابعاً للعقار وبيع معه فإنه تثبت فيه الشفعة تبعاً للعقار لا أصلا و بناء على هذا:-

١- لا تثبت الشفعة فى المنقول مطلقاً إلا إذا كان تابعاً للعقار و بيع معه سواءً اكان متصلا به كالبناء والشجر والنخل والزرع أم كان متصلاً بما هو متصل به كالثمر على الشجر واسلاك النور الكهربائى ومواسير المياه بالنسبة للبناء أم كان من لوازم العقار كالآلات الزراعية بالنسبه للأرض ومفاتيح الأبواب بالنسبة للدور۔

٢- العلو على السفل يأخذ حكم العقار عند الحنفية[2]۔ فتثبت فيه الشفعة إذا بيع كما تثبت به الشفعة إذا بيع السفل أو بيع عقار بجواره۔ وينطبق عليه كل ما قيل فى مراتب الشفعاء و يأخذ كل منهما حكم الجار الملاصق تماما۔ فيفضل عليه الشريك فى نفس العلو إن كان المبيع من العلو، أو الشريك فى نفس السفل إن كان المبيع منه

---

[1] المراجع السابقة على صفحة السابقة [2] المبسوط ١٤/١٣٢

لا يفسخ ولا يجيز حتى يجيز البائع أو يجوز العقد بمضي المدة فتكون له الشفعة.

وإذا كان الخيار للشفيع من جانب المشتري فلا يسقط حقه في الشفعة بمجرد القبول، ولكن اذا أجاز العقد صراحة سقط حقه اذ يعتبر بذلك راضياً وإلا بقي حق الشفعة، رفض أم مضت المدة أم أجاز المشتري نفسه أم رفض لأن العين قد خرجت من ملك صاحبها خروجا نهائيا ولا يتوقف وجوب الشفعة له على دخولها في ملك المشتري ويكون هنا موقف الشفيع كما في حالة ما اذا كان الخيار للمشتري نفسه[1].

الشرط الثالث - انتقال الملك

ويجب أن يخرج العقار عن ملك صاحبه بعوض مالي لا يثبت الحق في الشفعة إلا إذا خرج العقار عن ملك صاحبه بعقد معاوضة وهو البيع. أو ما في معناه كالهبة بشرط العوض ان تقابضا. والصلح على مال لأنه معاوضة سواء اكان العقار المبيع وقفاً أم غير وقف[2]. ففي البيع تجب الشفعة، لانتقال المبيع إلى المشتري لعوض، لحديث جابر" فان

---

[1] المدخل لدكتور زيدان ص ٢٧٣ [2] الفقه الاسلامي لمحمد سلام مدكور ص ١٧٤

باعه ولم يؤذنه، فهو أحق به[1].

باتا نهائيا. وإذا كان العقد صحيحا ولم يكن هناك خيار للعاقدين أو للبائع وصحت الشفعة. والذى يمنع خروج المبيع عن ملك صاحبه هو خيار البيع. وخيار البيع قد يكون للعاقدين كليهما. وقد يكون للبائع فقط. وقد يكون للشفيع من جانب البائع أو من جانب المشترى وتفصيل ذلك ما يلى :-

لا بد لثبوت الشفعة أن يكون البيع باتا بالنسبة للبائع ليس فيه ما يجعل للبائع حق الفسخ. فإذا كان له حق فسخ العقد فلا حق للشفيع فى طلب الشفعة طالما هذا الحق قائم فإذا اشترط البائع لنفسه خيار الشرط[1] فلا شفعة لإحتمال أن يفسخ العقد فإذا انتهت مدة الخيار أو اجاز العقد أصبح العقد بالنسبة له نهائياً.

واعتبرت العين خارجة من ملكه خروجا نهائياً فيثبت للشفيع حق الشفعة ويجب عليه أن يطلب الشفعة عند سقوط الخيار لأن البيع لم يصر نهائياً وسببا لإفادة الملك إلا فى هذا الوقت ويرى بعض الفقهاء

---

[1] المبسوط ١٤/١٤٢ وما بعدها.

وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء في المشهور عن مالك[1] فلا شفعة بناء عليه إذا زالت ملكية البائع عن ملكه بلا عوض مطلقاً كالهبة بغير شرط العوض والوقف، والوصية والميراث، لأن الشفعة حق تملك جبري - يملك به المبيع جبراً عن المشتري بمثل ما ملك (أي بالثمن والتكاليف التي دفعها) وهذه التصرفات تؤدي إلى نقل الملكية بغير عوض أي بالمجان فلا يتأتى تحقق شرط الشارع في تملك الشفعة وهو البيع بمعاوضة وما في معناه

لكن الفقهاء إختلفوا في التملك لعوض غير مالي كالمهر وبدل الخلع أو أجر طبيب أو محام مثلاً أو أجرة دار أو عوض في الصلح عن دم عمد.

فقال الحنفية[2] والحنابلة[3] يشترط أن يكون المعاوضة فلا شفعة إذا كان العوض غير مال، كما في هذه الأحوال، لأن الشيء في المعاوضة غير المالية يشبه الموهوب والموروث ولأن هذه الاعواض لا مثل لها حتى يأخذ الشفيع الشيء بمثلها. فلا يمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بما تملك به المشتري فلم يكن مشروعاً وأوضح الحنابلة أنه لا تجب الشفعة بفسخ يرجع به المبيع إلى البائع كرده بعيب أو إقالة. وقال الحنفية[4]: إذا قسم الشركاء العقار المشترك بينهم فلا

---

[1] بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٥٥ - الدر المختار ج ٥ ص ١٥٢ - المهذب ١/٢٧٩ - المغني ٥/٣٣٠

[2] تبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٣٩ - ٢٥٢-٢٥٣ - [3] المبسوط ١٤/١١٢

شفعة لجارهم بالقسمة، لأنها ليست بمعاوضة مطلقاً ولأن الشريك أولى من الجار، وإذا سلّم (تنازل) الشفيع الشفعة ثم رد المشتري ما اشتراه بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لأن هذا الرد فسخ تام. فعاد المبيع لقديم ملكه والشفعة تكون في حالة انشاء العقد. وإن كان الرد للمبيع لغير قضاء، أو تقايلا (فسخا) البيع فللشفيع الشفعة، لأن الرد فسخ في حق الطرفين. وبيع جديد في حق شخص ثالث، لوجود معنى البيع (وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي) والشفيع هنا هو الثالث[1].

وقال المالكية[2] والشافعية[3]: يكفي أن يكون العقد عقد معاوضة، سواءً كانت بمالٍ أو غير مالٍ فتثبت الشفعة بالمعاوضة على غير مال لأن الغرض من الشفعة دفع ضرر الدخيل، وهذا متحقق هنا. و لأنه عقار مملوك لعقد معاوضة فأشبه البيع وليطلب الشفيع حينئذٍ بدفع قيمة البدل، كما لو باعه لعرض تجاري. لأن هذه الأعواض

---

[1] كشاف القناع ج ٤ ص ١٥٢ - اللباب ٢/١٢٠ [2] بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٥٥
[3] مغني المحتاج ج ٢ ص ٢٩٨

أموال متقومة عندهم. فيؤخذ الشيئ بقيمته عند تعذر الأخذ بالمثل، فيدفع الشفيع مهر المثل وعوض الخلع.

الشرط الرابع :

ملك المشفوع به قبل تمام الشفعة :-

يشترط أن يكون الشفيع مالكاً للمشفوع به من وقت بيع المشفوع فيه حتى يتملكه بالشفعة والحكمة في هذا الشرط هو أن المشفوع به سبب ثبوت الشفعة فيجب أن يبقى السبب قائماً حتى حصول نتيجته، فإذا زال السبب قبل حصول النتيجة لم يعد سبباً صالحاً لتحقق أثره فلا يحصل الأثر وقد اتفق الفقهاء على شرط كون الشفيع مالكاً ما يشفع به قبل البيع واختلفوا في استمرار الملك حتى القضاء بالشفعة على رأيين.

الرأي الأول للحنفية :- فقال الحنفية[1] يشترط استمرار ملك الشفيع حتى يقضى له بالشفعة، فلو بيع عقار، فطلبه الشريك أو الجار بالشفعة ثم باع ما يشفع به سقط حقه فيها : لأن الشفعة شرعت لدفع

---

[1] البدائع ج ٥ ص ١٤

الضرر عن الشفيع (الشريك أو الجار عندهم) ولا ضرر ليصيبه من المشترى بعد بيع ملكه.

وكذا لو باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة سقط حقه، سواء كان عالماً ببيع الدار المشفوع فيها، أم لم يعلم.

وقال جمهور الفقهاء (غير الحنفية): يشترط ثبوت ملك الشفيع وقت البيع فقط، ولا يشترط استمرار الملك إلى وقت القضاء بالشفعة.

وعليه نص الشافعية على أنه لو باع الشفيع حصته، أو أخرجها عن ملكه بغير البيع كالهبة، جاهلاً بالشفعة فالأصح بطلانها لزوال سببها وهو الشركة أى حين البيع[1].

ومن الفروع المترتبة على هذا الشرط أنه لا شفعة لشخص بدار ليسكنها بالإجارة او الإعارة، ولا بدار باعها قبل بيع المشفوع فيه ولا بدار جعلها مسجداً ولا بدار جعلها وقفاً، فلا شفعة للوقف اى ليس لناظر الوقف أن يطلب تملك العقار المبيع بجوار الأراضى الموقوفة اذ لا

---

[1] بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٦٠ - مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٩٨، ٣٠٣، ٣٠٨
المهذب ج ١ ص ٣٨٣ - نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٠٨ - اعلام الموقعين ج ٢ ص ٨٥

مالك للوقف ـ

أما اذا بيع الوقف عند الحنفية[1] القائلين بجواز الاستبدال بالعين الموقوفة للضرورة أو للحاجة والمصلحة فيثبت حق الشفعة للجار، لأنه بالبيع يصبح غير موقوف، فيجوز أخذه بالشفعة ـ

كذلك تثبت الشفعة عند الحنفية فى حالة بيع العقار الموقوف غير المحكوم به، كما تثبت فى بيع الأراضى العشرية والخراجية لأنها مملوكة بخلاف الأراضى السلطانية فأنه لا شفعة فيها ـ

وأجاز المالكية[2] للسلطان الأخذ بالشفعة، لبيت المال، كما اذا مات أحد الشريكين ولا وارث له، فأخذ السلطان نصيبه لبيت المال ثم باع الشريك الآخر حصته ـ فللسلطان الأخذ بالشفعة لبيت المال وكما لو مات إنسان عن بنت مثلاً؛ فأخذت النصف، ثم باعته فللسلطان الأخذ من المشترى لبيت المال ـ

---

[1] يرى أبو حنيفة ان الوقف لا يلزم ويزول ملك الواقف عنه الا اذا حكم به الحاكم او علقه الواقف بموته ـ الهداية ج ٣ ص ٢٨ ـ [2] الشرح الصغير ج ٣ ص ٦٣٢ ـ

ويترتب على الخلاف السابق فى شرط استمرار ملك المشفوع به الخلاف فى إرث حق الشفعة.

فقال الحنفية[1]: لا يثبت للوارث حق الأخذ بالشفعة اذا مات الشفيع بعد طلب الشفعة قبل القضاء. فليس للوارث الشفعة فى عقار بيع فى حياة مورثه - لأن الوارث لم يكن مالكاً ما ورثه وقت العقد.

وقال الجمهور[2] يثبت حق الشفعة للوارث اذا طالب به الشفيع المورث بعد البيع قبل موته - بخلاف ما إذا مات قبل الطلب، لأن الوارث خليفة المورث، فله كل حقوق مورثه، ومنها حق الشفعة دفعاً لضرر الدخيل عن نفسه.

ومنشأ الخلاف فى هذه المسألة كالخلاف فى إرث خيار الشرط - هل تورث الحقوق كما تورث الأموال؟

فعند أبى حنيفة[3]، لا تورث وعند الجمهور[4] تورث - وأدلتهم قد سبقت.

---

[1] المبسوط ج ١٤ ص ١١٦ [2] الشرح الصغير ٣/٦٢٣ - مغنى المحتاج ٢/٣٠٨ كشاف القناع ٤/١٥٤ [3] البدائع ٥/١٤ [4] المراجع السابقة

الشّرط الخامس

عدم رضاء الشفيع بالبيع :-

ويشترط لثبوت الشفعة بعد ذلك ألا يظهر من الشفيع ما يدل على رضائه بدخول العقار فى ملك الآخر إذ فى رضائه هذا دليل على قبول شركته وجواره وعدم التضرر منه، وطلب الشفعة بعد اظهاره مايدل على رضائه يكون سعيًا فى نقض ما تمّ من جهته ومن سعى فى هذا فسعيه مردود عليه[1] -

والرضا يكون صراحة كأن يقول: رضيت بهذا الشريك أو الجار أو يبارك له أو بشئ من ذلك ويكون دلالةً كأن يكون وكيلا عن البائع فى بيع العقار نفسه للمشترى أو نائبًا عنه فى خيار الشرط أو يكون قد ضمن المشترى فى ثمن العقار إذ بوكالته عن البائع يكون العقار قد خرج من ملك صاحبه ودخل فى ملك المشترى بفعل الشفيع وبذا يكون قد ارتضاه شريكا أو جارا -

أما إذا كان من له حق الشفعة وكيلا عن المشترى فى الشراء

---

[1] البدائع ج ٥ ص ١٥

فلا يسقط حقه في الشفعة ولا يعتبر لقبوله الوكالة راضيا إذ تمليك المشتري للعقار جاء من جهة البائع نفسه وطلب الشفعة لا ينافي إخراج الملكية من البائع وبطلبها يكون المراد اخراجها من ملك البائع لتدخل في ملك الشفيع، وقد يكون الوكيل قبل الوكالة ليتم العقد فيطلب الشفعة إذ الشفعة لا تكون إلا نتيجة معاوضة مالية.

وكذا لو جعل المشتري خيار الشرط لمن له حق الشفعة فإن حقه لا يسقط إذا فسخ العقد. إذ البيع بات بالنسبة للبائع، أما اذا سكت و فوت المدة أو أجاز البيع فيسقط حقه ويكون هذا دليل الرضا[1].

إذا ظهر من الشفيع ما يدل على رضائه بعقد البيع واعراضه عن الشفعة وكان رضاؤه واعراضه نتيجة التدليس عليه أو خديعته في الثمن أو في الحصة المبيعة. أو في شخص المشتري كما إذا أخبر بثمن أكثر من الحقيقة فأسلم في الشفعة أو اخبر بأن المبيع هو جزء من الحصة فأعرض ثم ظهر أن المبيع هو كل الحصة أو عكس ذلك أو أخبر

[1] المدخل المذكور ص ١٨٤ - ١٨٥

بأن المشترى فلان فلم يعترض على أساس أنه يثق به ثم تبين أن المشترى شخص آخر، كل هذا لا يسقط الشفعة ولا يعتبر دليلا على اعراضه[1].

لمن تثبت الشفعة؟

إختلف الفقهاء فى أن الشفعة لمن تصح ولمن لا تصح. فنذكر فى ذلك آراء الفقهاء وأدلتهم، وبيان حكم الشفعة عند كل واحد منهم و ذلك كما يلى :-

شفعة الكافر على المسلم :- إختلف الفقهاء[2] فى صحة شفعة الكافر يهودياً كان أو نصرانيا أو مجوسياً كان أو هنوداً على المسلم فأجازها الحنفية وأنكرها الحنابلة وتفصيل ذلك كما ورد فى المغنى لإبن قدامة ما يلى[3] :- قال (المصنف) ولا شفعة لكافر على مسلم، أن الكافر اذا باع شريكه شقصا لمسلم فلا شفعة له عليه روى ذلك عن الحسن والشعبى وروى عن شريح وعمر بن عبد العزيز أن له الشفعة و به

[1] البدائع ٥/١٩ - المبسوط ١٤/١٠٥ وما بعدها [2] مغنى المحتاج ٢/٢٩٢ - المبسوط ١٤/١١٢
[3] المغنى ٢/٣٨٧ -

قال النخعي وإياس بن معاوية وحماد بن أبي سليمان والثوري ومالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي لعموم قوله عليه السلام "لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به"

ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالردّ بالعيب.

وأجاز المالكية كما ورد في جواهر الاكليل ما يلي:

الشفعة أخذ الشريك ولو ذمّياً باع المسلم لذمي كذميين تحاكموا الينا[٢] لنحكم بينهم فنحكم بها بينهم لأنه حق موضوع لازالة الضرر عن المال فاستوى فيه المسلم والكافر كالردّ بالعيب[٣].

واستدل بما روى الدارقطني في كتاب العلل بإسناده عن أنس أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال "لا شفعة لنصراني"[٤] وهذا يخص عموم ما احتجوا به ولإنه معنى يملك به يترتب على وجود ملك مخصوص فلم يجب للكافر على المسلم

---

١ رواه الترمذي ١/٢٥٥ ٢ جواهر الاكليل ٢/١٥٧ ٣ شرح جواهر الاكليل ٢/١٥٧
٤ الدارقطني، كتاب العلل وايضا ابوداؤد، كتاب البيوع ٢/١٤١

كالزكاة ولأنه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء في البنيان يحققه أن الشفعة إنما تثبت للمسلم دفعا للضرر عن ملكه فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الكافر. فإن حق المسلم أرجح ورعايته أولى ولأن ثبوت الشفعة في محل الإجماع على خلاف الأصل رعاية لحق الشريك المسلم وليس الكافر في معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الأصل وتثبت الشفعة للمسلم على الكافر لعموم الأدلة الموجبة. لأنها إذا ثبتت في حق المسلم على المسلم مع عظم حرمته ورعاية حقه فلأن تثبت على الذمي مع دنايته أولى وأحرى.

شفعة الكافر على الكافر:

تثبت الشفعة للكافر على الكافر بالاتفاق لعموم الأخبار ولأنهما تساويا في الدين والحرمة، فتثبت لأحدهما على الآخر كالمسلم على المسلم ولا نعلم في هذا خلافاً. وإن تبايعوا بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض

ما فعلوه وإن كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع و ترافعوا إلينا لم نحكم له بالشفعة وبهذا قال الشافعي وقال أبو الخطاب إن تبايعوا بخمر وهي مال لهم حكمنا لهم بالشفعة[1].

دليل: واستدل الحنابلة[2] بأنه بيع عقد بخمر تثبت فيه الشفعة كما لو كان بين مسلمين، ولأنه عقد بثمن محرم أشبه البيع بالخنزير والميتة. ولا نسلم أن الخمر مال لهم فإن الله تعالى حرمه كما حرم الخنزير واعتقادهم حله لا يجعله مالا كالخنزير وإنما لم ينقض عقدهم إذا تقابضوا لأننا لا نتعرض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم ما لم يتحاكموا إلينا قبل التقابض لفسخناه.

وقال أبو حنيفة[3]: تثبت الشفعة إذا كان الثمن خمرًا لأنها مال لهم. فأشبه ما لو تبايعوا بدراهم لكن إن كان الشفيع ذميًا أخذه بمثله وإن كان مسلمًا أخذ بقيمة الخمر.

وإذا اشترى الكافر دارا بخمر أو خنزير وشفيعها كافر أخذها بمثل تلك الخمر وبقيمة الخنزير لأن الخمر والخنزير مال متقوم في حقهم فالبيع

---

[1] المغني ج ٥ ص ٣٨٨ وأيضا مغني المحتاج ١/٢٩٣ - المبسوط ١٤/١١٤ - المغني ٨/٣٨٩

[2] تبيين الحقائق ٥/٢٣٨

بهما صحيح بينهم ثم الشفيع يأخذ بمثل ما يملك به المشتري صورة ومعنىً فيما له مثل فالخمر بهذه الصفة فهي مكيلة أو موزونة وبالمثل معنى فيما لا مثل له من جنسه والخنزير من هذه الصفة فانه حيوان ليس من ذوات الأمثال فيأخذها بقيمة وان اشتراها ببينة أو دم فلا شفعة فيها لأنها ليست بمال متقوم في حقهم فالشراء بها يكون باطلاً وبالعقد الباطل لا تجب الشفعة وان اشتراها بخمر وشفيعها مسلم وكافر فهما سواء في الشفعة لأن الأخذ بالشفعة من المعاملات وهم في ذلك يستوون بالمسلمين والمقصود دفع ضرر سوء المجاورة وحاجة الكافر الى ذلك كحاجة المسلم فيأخذ الكافر نصفها بمثل نصف الخمر والمسلم نصفها بنصف قيمة الخمر اعتبارا للبعض بالكل وهذا لانه يعجز المسلم على تمليك عن الخمر وقدر الكافر على ذلك[1] -

---

[1] المبسوط ج ١٤ ص ١٦٨

الشفعة لأهل البدع:

إختلف الفقهاء[1] في الشفعة لأهل البدع أيضاً فالذين اعتبروهم من المسلمين جعلوا لهم الشفعة. والذين لم يعتبروهم من المسلمين بل اعتبروهم مرتدين لم يجعلوا لهم الشفعة.

وقال صاحب المغني في ذلك[2]: فأما أهل البدع فمن حكم بإسلامه فله الشفعة لأنه مسلم فتثبت له الشفعة كالفاسق بالأفعال ولأن عموم الأدلة يقتضي ثبوتها لكل شريك فيدخل فيها.

وقد روى حرب أن أحمد سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ ويروى عن إبن ادريس أنه قال ليس للرافضة شفعة فضحك وقال: أراد أن يخرجهم من الإسلام، فظاهر هذا أنه أثبت لهم الشفعة. وهذا محمول على غير الغلاة منهم وأما من غلا كالمعتقد أن جبريل غلط في الرسالة فجاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم[3]. وإنما أرسل إلى علي ونحوه

---

[1] المغني ٥/٣٨٩ وايضاً بداية المجتهد ٢/١٩٤ تبيين الحقائق ٥/٢٤٠

[2] المغني ٥/٣٨٩ [3] المغني ٥/٣٨٩

و من حكم بكفره من الدعاة إلى القول بخلق القرآن فلا شفعة له- لأن الشفعة اذا لم تثبت للكافر الذى يقر على كفره فغيره أولى[1]

وعلق صاحب اعلاء السنن على هذه العبارة وقال: ينبغى أن لا تكون لهم الشفعة عندنا ايضاً لكونهم مرتدين ولا ولاية للمرتد على شيئ فافهم[1]-

شفعة المرتد:

لا تصح شفعة المرتد و ههنا صورتان و لا تصح الشفعة فى كل منهما وقال إبن قدامة فى ذلك: إن ارتد الشفيع المسلم و قتل بالردة أو مات عليها انتقل ماله إلى المسلمين، فان كان طالب بالشفعة- انتقلت أيضاً إلى المسلمين ينظر فيها الإمام أو نائبه و إن قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفعته كما لو مات على إسلامه[2].

---

[1] اعلاء السنن ج ١٧ ص ٢٤ [2] المغنى ٥/٣٧٩

تأويل حديث "لا شفعة للنصراني"[1]

هناك تأويلان لحديث :-

التأويل الأول : والحنفية أولوا هذا الحديث وقال صاحب إعلاء السنن في ذلك؛ ويمكن أن يحمل قوله "لا شفعة للنصراني" لو سلم رفعه أنه أراد به أن لا شفعة له في أرض العرب لكونهم ممنوعين من اتخاذ السكنى بها مطلقا و أن لا شفعة له في مصر من أمصار المسلمين فيما بينهم[2].

التأويل الثاني : وهناك تأويل آخر لهذا الحديث :-

وهذا أحسن ما سمعناه في الباب ولا يبعد أن يحمل قول الحسن موقوفاً أو حديث أنس مرفوعاً "لا شفعة لنصراني" و لا يهودي" على هذا المعنى ، أي لا حرمة لشفعتهما ، فيجوز الاحتيال لإسقاطها قبل الوجوب ، لأن جوار الكافر والفاسق يتأذى منه المسلمون[3].

---

[1] كنز العمال - كتاب الشفعة ج ٧ ص ١٠
[2] إعلاء السنن ج ١٧ ص ٢٤ [3] اعلاء السنن ج ١٧ ص ٢٩

شفعة البدوى:

الشفعة واجبة للبدوى :- وتثبت الشفعة للبدوى على القروى وللقروى على البدوى فى قول أكثر أهل العلم، وقال الشعبى والبتى لا شفعة لمن لم يسكن المصر، واستدل بعموم الأدلة واشتراكهما فى المعنى المقتضى لوجوب الشفعة[1] وللساكن فى غير المصر وللغائب وللصغير إذا كبر، وللمجنون إذا أفاق، وللذمى لعموم قوله عليه السلام فشريكه أحق به وقد قال قوم من السلف لا شفعة قال الشعبى لا شفعة لمن لا يسكن المصر ولا لذمى، وقال أحمد بن حنبل لا شفعة لذمى، وقال النخعى لا شفعة لغائب وقاله ايضا الحارث العكلى، وعثمان البتى قالا: إلا القريب الغيبة وقال أبو ليلى: لا شفعة لصغير وما نعلم لمن منع من ذلك حجة أصلا. فان ترك ولى الصغير أو المجنون الآخذ بالشفعة فان كان ذلك نظرا لهما لزمهما لأنه فعل ما أمر به من النصيحة لهما وإن كان الترك ليس نظرا لهما لم يلزمهما ولهما الأخذ أبدا لأنه فعل ما نهى عنه من غشهما[2] ولو كان الشريك المستحق ذميا باع شريكه المسلم

---

[1] المغنى ج ٥ ص ٣١٩ [2] المحلى ٩/٩٤

أو الذى لصيبه لذمى أو مسلم فللذمى الآخذ من المشترى بالشفعة، لكن إن كان الشريكان ذميين باع أحدهما الذمى فشرط القضاء بها أن يترافعا إلينا. فمتى كان أحد الثلاثة مسلما فهى ثابتة ترافعا أو لم يترافعا وإلا فلا تثبت إلا بالتراقع[1].

تنازل الشفيع قبل البيع:

و إذا تنازل الشفيع عن الشفعة قبل البيع فهل تكون الشفعة بعد البيع؟ - إختلف الفقهاء فى ذلك فقال فقهاء الحنفية[2] أن حق الشفيع رغم هذا لا يسقط ومن حقه بعد تمام البيع أن يطلب بالشفعة لأنه حينما رفضها أو أعرض عن طلبها كان لم يثبت له حق بعد حتى نقول أنه قد تنازل عنه فحق الشفعة لا يثبت إلا فور البيع. ولكن بعض فقهاء الأباضية يرون عكس ذلك و يقولون أن مثل هذا مسقط لحقه فى الشفعة والمشترى لم يقدم على الشراء إلا بعد ان استأذن من له حق الشفعة وإستوثق من عدم رغبته[3].

---

[1] الشرح الصغير ٣/٦٣١ [2] البدائع ج ٥ ص ١٩ [3] المدخل لمحمد سلامة مذكور ص ١٨٦

ويقول ابن قدامة: لم تسقط شفعة وله المطالبة بها متى وجد البيع. هذا ظاهر المذهب وهو مذهب مالك والشافعي وأصحاب الرأي وروي عن أحمد ابن حنبل قال ابن المنذر وعن أحمد رواية أخرى بأنها تسقط[1]

الرأي الراجح: ونرى أن رأي الأباضية راجح ومحمد سلام مدكور في كتابه "الفقه الاسلامي" الضارج هذا الرأي وعبارته في ذلك ما يلي:

"ولعل ما ذهب إليه الأباضية وما روي عن أحمد أعدل وأرفق بالناس وخصوصاً ان الشفعة قد ثبتت على خلاف الأصل لدفع الضرر الذي أصاب الشفيع من البيع لآخر من غير استئذانه والعرض عليه، إذ قد يكون في حاجة إلى هذه الحصة ليوسع بها عقاره. لكن بعد عرض المبيع على هذا الشريك أو الجار ورفضه أو إعراضه قد انعدمت الحكمة التي من أجلها شرعت لأنه يدل عدم تضرره من البيع ولم نذهب بعيداً ونتيجة ناحية الاستنتاج وها هو النص الصريح يؤيدنا فقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى بالشفعة في كل

[1] المغني للابن قدامه ج ٥ ص ٣٨٠

شريك لم يقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ و إن شاء ترك فإن باع ولم يستأذن فهو أحق به[1].

البيع بالمزاد وحق الشفعة: (فى الشريعة والقانون الباكستانى)

إذا بيع ممتلك بالمزاد هل يكون فيه حق الشفعة أم لا؟

إختلف الفقهاء فى ذلك، فأكثر الفقهاء[2] ذهبوا إلى أن حق الشفيع فى الشفعة قائم لأنه لا يظهر ولا يوجد إلا فور البيع. فأثناء المزاد يبقى حقه قائما ولكن رأى الأباضية ليسقط حق الشفيع فى طلب الشفعة فى العقار الذى بيع بطريق المزاد العلنى ما دام الشفيع قد علم بالمزاد وأعرض عنه أو لم يقبل الزيادة، اذ يكون فى هذا دليل على اعراضه وعدم رغبته فى تملك البيع.

والقانون الباكستانى[3] يقول على أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا حصل البيع بالمزاد العلنى وفقاً لإجراءات رسمها القانون.

---

[1] المدخل لمحمد سلام مدكور ص ١٨٦ [2] المدخل لمدكور ص ١٨٧ [3] قانون شفعة مادة ١٣٥

المطلب الثانی :

شروط الشفعة فی القانون الباکستانی .

یشترط القانون الباکستانی للشفعة شروطا هی :

(۱) أن یکون المشفوع فیه والمشفوع به عقارا[۱] فلا یجوز الشفعة فی المنقول۔ واستثنی من الشفعة العقارات الآتیة :

أ - العقار الذی بیع فی تنفیذ حکم القاضی[۲] ۔

ب - العقار الذی باعه أو اشتراه الحکومة[۳] ۔

ج - العقار الذی اشتراه الحکومة لأی شرکة[۴] ۔

د - العقارات التی استثناها الحکومة من الشفعة[۵] ۔

ه - ای مسجد او معبد لمنظمات الخیریة[۶]

و - دکان، سرائے، کٹرا، کلب[۷]

ز - القطعة الذی اشتراه المشفوع علیه لبناء بیته فی القریة ولیس له بیت۔ ولبشرط أن لا یزید هذا العقار من دوکنال ۔

---

[۱] قانون الشفعة الصادر فی سنة ۱۹۱۳ لاقلیم پنجاب مادہ ۸

[۲] ″ ″ ″ ″ ″ مادہ ۵

[۳] ″ ″ ″ ″ ″ مادہ ۹

[۴] ″ ″ ″ ″ ″ مادہ ۹

[۵] قانون الشفعة الصادر فی سنة ۱۹۱۳ لاقلیم پنجاب مادہ ۸

[۶] ″ ″ ″ ″ ″ مادہ ۵

[۷] ″ ″ ″ ″ ″ مادہ ۵

(٢) أن يخرج العقار عن ملك صاحبه بطريق البيع[١].

(٣) عدم رضاء الشفيع بالبيع ويلزم أن يخبر الشفيع صاحب العقار خلال ثلاثة شهور أنه يريد ان يشفيع فى العقار[٢] - وإذا شارك الشفيع فى بيع العقار فلا حق له فى الشفعة[٣].

المقارنة بين الشريعة والقانون -

الشروط للشفعة فى الشريعة الاسلاميه واضحة الدلالة و يطمئن القارىء والباحث بعد أن يطالع هٰذه الشروط ويمكن تطبيقها بطريق سهل وهٰذه مزية من مزايا النظم الإسلامية ونحن نجد فى الشريعة ترتيب سليم للشروط، والكن القانون الباكستانى لا يبين هٰذه الشروط إلّا بعد بحث طويل وعميق وايضاً هٰذه الشروط ليست بترتيب جيد اكما هو حال فى الفقهة الإسلامى ولا يمكن تطبيقها كما نحن نجد فى الشريعة الاسلامية -

---

١ PUNJAB PRE-EMPTION ACT SECTION-4
٢ PUNJAB PRE-EMPTION ACT SECTION 20
٣ PUNJAB PRE-EMPTION ACT SECTION-10

الفصل الثالث

أسباب الشفعة ومراتبها في الشريعة والقانون:

المبحث الأول: أسباب الشفعة في الشريعة والقانون

المطلب الأول: اسبابها في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: أسباب الشفعة في القانون الباكستاني

المبحث الثاني: مراتب الشفعة في الشريعة والقانون

المطلب الأول: مراتب الشفعة في الشريعة

المطلب الثاني: مراتب الشفعة في القانون الباكستاني

المبحث الأوّل : أسباب الشفعة في الشريعة والقانون .

المطلب الأوّل : أسباب الشفعة في الشريعة

أسباب الشفعة عند الحنفيّة[1] وأدلّتهم :- فعندهم الشفعة تثبت إما بالشركة في ذات العقار المبيعة حصة شائعة فيه ، أو بالشركة في الحقوق الإرتفاقية الخاصة بالعقار المبيع أو بالجوار الملاصق للعقار المبيع ونتكلم فيما يلي عن كل سبب على حدة :

أ- الشفعة لسبب الشركة في ذات العقار :-

فإذا كان العقار مشتركا بين أثنين فأكثر وباع أحد الشركاء حصته الشائعة فللشركاء الآخرين جميعا حق الشفعة في الحصة المبيعة . فإن كان مشتريها أحد الشركاء اشترك معه فيها الشركاء الآخرون ماعدا البائع ، وإن كان مشتريها أجنبيا اشترك فيها جميع الشركاء عدا الشريك البائع .

ب - الشفعة لسبب الشركة في حق من حقوق الإرتفاق :-

[1] البدائع ٥/٤ ومابعدها ، المبسوط ١٤/٩١ ومابعدها .

ويقصد بحق الشرب الخاص وحق الطريق الخاص وحق المسيل الخاص - والشرب الخاص هو ما يحصى عدد الشركاء فيه، واختلف فى هذا العدد والراجح أن يكون الشرب خاصًا أو غير خاصٍ متروك لرأى القاضى مستهديا بالعرف القائم - اما الطريق الخاص فهو الطريق الذى يكون لاصحابه الحق فى منع غيرهم من المرور فيه ، سواءً كان نافذاً أو غير نافذٍ - والقول فى المسيل الخاص ما قيل فى الشرب الخاص وعلى هذا فلا تثبت الشفعة بسبب الاشتراك فى حق الشرب العام ولا بالاشتراك بحق المرور فى طريق عام ولا بسبب الاشتراك فى مسيل عام -

ج - الشفعه بسبب الجوار :- ونعنى بالجوار هنا الملاصق للعقار المبيع فيستحق الشفعة كل جار عقاره يلاصق العقار المبيع بأى نوع من انواع الملاصقة - اى سواءً كانت الملاصقة بجميع حدود العقار المبيع أو ببعضها أو بجزء من حد منها - فجميع الملاصقين بأى صفة كانت ملاصقتهم سواء فى استحقاق الشفعة ولا امتياز لاحدهم

على الآخر ومن الجوار الملاصق اتصال العلو بالسفل فلصاحب كل منهما حق الشفعة فى ملك الآخر، وعلى هذا فالشفعة عند الحنفية يستحقها :-

أ - الشريك فى ذات العقار الشائع .

ب - الشريك فى حق ارتفاق للعقار المبيع وليس الشريك هنا بالخليط

ج - والجار الملاصق .

أسباب الشفعة عند الجمهور : وقال الشافعية[1] والمالكية[2] والحنابلة[3] فى إحدى روايتين عنهما أن سبب استحقاق الشفعة هو اتصال الملك فى العقار المشترى على الشيوع . وخالفوا الحنفية فى الاخذ بالشفعة لسبب الجوار وشركة المرافق وفيما لا يقبل القسمة وفى العلو على السفل لأنه ليس لعقار عند الشافعى[4] وأحمد[5] فوق كونه غير مشترك على الشيوع . وعند مالك[6] وإن كان عقارا إلا انه غير مشترك . واستدلوا فى معارضاتهم للحنفية بالآتى :-

---

[1] مغنى المحتاج ٢/٢٩٨ [2] الشرح الصغير للدردير ٢/٦٢٩ [3] المغنى ٥/٣٠٩
[4] [5] [6] المراجع السابقة .

١ - أن العقار الّذى يقبل القسمة تثبت فيه الشفعة للشريك مخافة القسمة التى يترتب عليها تجزئة العقار وتفويت بعض منافعه. أما الّذى لا يمكن قسمته فلا يمكن تجزئته. وتحقق بقاؤه كتلة واحدة فلا شفعة فيه. لتحقيق عدم الضرر الناتج عن احتمال القسمة.

٢ - الشفعة تشريع إستثنائى جاء على خلاف الأصل فلا يتوسع فيه.

٣ - الضرر فى الشركة على الشيوع فى العقار محقق، لأن الشريك يحق له مطالبة شريكه بالقسمة.

بخلاف شركة المرافق والجوار فلا يوجد ضرر لإنتفاء احتمال القسمة فى العقار.

وردهم الحنفية بأن تعليل النص لضرر القسمة غير سديد، لأن القسمة ليست بضرر بل هى تكميل منافع الملك، وهى ضرر غير واجب الدفع. لأن القسمة مشروعة ولهذا لم تجب الشفعة لسبب الشركة فى العروض دفعا لضرر القسمة[1].

---

[1] البدائع ٥/٥

فبالنظر إلى هٰذا نرجح رأى الحنفيه والدليل على هٰذا ما روى انه سئل رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن أرض بيعت وليس لها شريك ولها جار فقال عليه الصلوٰة والسّلام: "الجار أحقّ بشفعتها"[١] وهٰذا نص فى الباب وروى عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أنه قال "الجار أحق بصقبه"[٢] والصقب الملاصق أى أحق بما يليه وبما يقرب منه۔ وروى الجار أحقّ بشفعته[٣] وهٰذا نص فى الباب۔

ولأن حق الشفعة لسبب الشركة إنما يثبت لدفع أذى الدخيل وضرره۔ وذلك متوقع الوجود عند المجاورة، فورود الشرع هناك يكون ورودًا هنا دلالة[٤]۔

المطلب الثانى: اسباب الشفعة فى القانون الباكستانى:۔

القانون الباكستانى يوافق رأى الحنفية فى هٰذا المجال بحيث أورد اسباب الشفعه كالتالى[٥]

١۔ رواه الترمذى، كتاب الاحكام۔ ١/٢٥٣ ٢۔ كنز العمال۔ ٩/٧
٣۔ ابن ماجه۔ ٢/٨٣٣ ٤۔ البدائع۔ ٥/٥۔
٥۔ N.W.F.P. PRE EMPTION ACT-1950 SECTION 5,

(١) الشفعة بسبب الشركة فی ذات العقار۔

(٢) الشفعة بسبب الشركة فی الحقوق الارتفاق الخاصة بالعقار المبيع

(٣) الشفعة بسبب الجوار۔

ولكنه خالف الشريعة الإسلامية بحيث اعطى حق الشفعة لصاحب العقار اذا كان يبيع المستأجر حق الإجارة فی نفس العقار[1]۔

المبحث الثانی :

مراتب الشفعة فی الشريعة والقانون الباكستانی

المطلب الأوّل : مراتب الشفعة فی الشريعة۔

قد علم مما تقدم أن الشفعاء لهم مراتب۔ وهم ليسوا سواء فی استحقاق الشفعة، بل يقدم الأقوی، فالأقوی وكما ان الشفعاء يتعددون، هكذا تتعدد الاسباب كما مرّ۔ وإذا اجتمع لاستحقاق الشفعة فی مبيع واحد أكثر من سبب وتعدد الشفعاء وكان لبعضهم

---

[1] N.W.F.P PRE EMPTION ACT-1958 SECTION-5,

أكثر من سبب يثبت له الشفعة والآخر ليس له سوى سبب واحد فإذا كان المباع جزءاً من عقار مشترك، وكان يقع على شرب خاص وطريق خاص ومسيل خاص له عليهم حق ارتفاق وفي نفس الوقت له جيران ملاصقون، وتقدم الجميع وطالبوا بالشفعة فمن الذي يستحقها ؟

١- الشريك في نفس المبيع : لا شك في أن الفقهاء[١] جميعاً اتفقوا على جواز الشفعة بالنسبة للشركاء في نفس العقار الذي بيع جزء منه لقوة سببهم إذ هم شركاء في كل جزئية من أجزاء العقار جميعه فلهم أن يقاسموه في كل جزئية في العقار. فضررهم من بيعه أكثر من غيرهم وحاجتهم إليه أشد ولذا انفرد الشريك باستحقاق الشفعة عند غير الحنفية وكان هو صاحب السبب الأقوى وله المرتبة الأولى فيقدم على غيره عند الحنفيه والمشارك في حائط

---

[١] البدائع-٥/٥ - مغني المحتاج-٢/٢٩٩-بداية المجتهد ٢/٢٥٠ المغني-٥/٣٠٨ -

الدار يعتبر شريكا فى نفس العقار اذا كان شريكا فى الأرض التى عليها الحائط ويقدم على الشركاء فى المرافق والجيران لأن الشركة قد تحققت ولو فى القدر اليسير۔

٢ ـ الشريك فى المرافق : اذا لم يطلب الشركاء فى العقار الشفعة أو أسقطوا حقهم فيها أو كان المبيع مفرزا محددا لا شركة فيه وطلب الشفعة الآخرون ۔ فغير الحنفية لا يثبتون لهم حقاً فيها ، والحنفية[1] يقدمون بعد الشركاء فى العقار نفسه الشركاء فى أرض الحائط المشترك ثم الشركاء فى مرافقه وقالوا ان الاشتراك قد تحقق وتداخل الملك وهو وإن لم يكن فى نفس العقار المبيع فإنه فى منافعه الضرورية التى تمكن من تحقيق الغاية من تملكه والانتفاع به ،

والشريك فى الشرب الخاص مقدم عند الحنفيه[2] على من

---

[1] البدائع ـ ج ٥ ص ٨ [2] الهداية ٤/١٩

دونه وقالوا لأن حاجة الناس إلى الماء أشد وأكثر إذ حياة الأرض والإنسان بوفرة الماء، ثم يليه في المرتبة الشريك في الطريق الخاص وهو مقدم على دونه في استحقاق الشفعة وقالوا: لأن الحاجة إليه شديدة إذ من غيره لا يصل إلى عقاره ولا ينتفع به، ثم الشريك في المسيل الخاص بعد ذلك فهو مقدم على الجار على الراجح عند الحنفية للحاجة إلى مجرى لتصريف المياه الغير صالحة و توصيلها للمجرى العام. فحاجة العقار إلى مسيل خاص كحاجته الى شرب خاص يأخذ من الشرب العام وكحاجته إلى طريق خاص يوصله إلى الطريق العام وان كانت حاجة العقار إلى المسيل أقل ضرورة من حاجته إلى الشرب والطريق إلا أن الحاجة إليه قائمة.

٣- الجار الملاصق: وآخرًا الجار الملاصق فهو أدناهم مرتبة لعدم اشتراكه في شيء من العقار أو من مستلزماته ومنافعه

وليستحق الأخذ بالشفعة لأن مخافة الضرر الذى شرعت الشفعة لدفعه ينشأ من سوء الجوار كما ينشأ من مؤنة القسمة -

دليلهم على الترتيب: وقد أخذ الحنفية هذا الترتيب من الحديث الذى صح عندهم "الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع"[1] - ويقول صاحب الهداية[2] فى الفقه الحنفى "أن الشريك هو الشريك فى نفس العقار والخليط هو الشريك فى حقوق العقار لأنه مخالف لغيره فى هذه المرافق والشفيع هو الجار" -

هذا هو استدلال الحنفية على ما ذهبوا إليه من ترتيب بين هؤلاء الشفعاء -

مما تقدم نرى أنه إذا اجتمع أكثر من شفيع واحد فإن كانوا من مرتبة واحدة كالشركاء مثلاً قسم المبيع عليهم بالتساوى، أما إذا إختلف درجاتهم فإن صاحب السبب الأقوى هو الذى

---

[1] كنز العمال ٩/٧ كتاب الشفعة - [2] الهداية ١٩/٤

ينفرد بالاستحقاق دون من هم أقل منه فان استوفى حقه وأخذ المبيع بمفرده أو هو ومن يشاركه فى نفس السبب، لم يكن شيئ للآخرين الذين دونه فى السبب، وإن أسلم وترك حقه فيها أو لم يطلب انتقل الحق إلى من يليه فى الدرجة مادام قد طلب الشفعة واحتفظ بحقه وهكذا۔

المطلب الثانى: مراتب الشفعة فى القانون الباكستانى۔

القانون الباكستانى يوافق رأى الحنفية فى هذا المجال بحيث أورد مراتب الشفعة كالتالي۔

(١) الشريك فى نفس المبيع۔

(٢) الشريك فى المرافق۔

(٣) الجار الملاصق۔

حجب الأدنى بالأقوى واختلاف الفقهاء:

لم يقل أحد من الفقهاء[١] بحجب الأدنى بالأقوى إذا أسقط صاحب السبب الأقوى إلا أبا يوسف[٢] فانه يرى أنه لا يثبت حق الشفعة لأى شخص مع

---

[١] البدائع ٨/٥ وايضاً مغنى المحتاج ٢٩٩/٢ بداية المجتهد ٢٥٢/٢

[٢] المبسوط ٩٢/١٤ ومابعدها

[٣] قانون شفعة الصادر فى سنة ١٩٥٥ لاقليم سرحد م ١٢

وجود صاحب السبب الأقوى لأنه يحجبه لكونه صاحب السبب الأقوى وذلك لأنه يشبه ذلك بالإرث فالابن حاجب للإخوة سواء استوفى حقه فى الميراث أم لا -

فاذا اشترك اثنان فى دارٍ واحدٍ وقد باع أحد هذين لإثنين حصته ولم يطلب الشريك الآخر المبيع (اى حصة الدار) بالشفعة بل أسقط حق شفعته وأسلم فيه فليس لشركاء المرفق الخاص وجار المرفق العام حق فى الشفعة بناء على رأى أبى يوسف -

فالإمام أبو يوسف يحجب صاحب السبب الأدنى عند وجود صاحب السبب الأقوى، سواء قد تمسك صاحب السبب الأقوى بحقه وطالب به أم لم يطالب به بل أسقط -

لكننا نجد فى كتب ظاهر الرواية التى تجعل ترتيبًا كما يلى :-

فحق الشفعة ثابت لصاحب السبب الأقوى وصاحب السبب الأدنى معًا إلا أن صاحب السبب الاقوى مقدم على صاحب السبب الأدنى -
فالشريك مقدم ولكن حق الجار ايضًا ثابت مع وجود الشريك لتقرر

السبب فی حقه و لکن حق الشریک مقدم لکونه صاحب السبب الأقوی فاذا أسلم فإن للجار أن یستو فی حقه خلافاً لأبی یوسف - فانه محجوب عنده سواء أسقط الشریک حقه أم تمسک به فکتب ظاهر الروایة تشبه هذا الحق بحق غرماء الصحة وغرماء المرض فی التركة - فحق غرماء الصحة وغرماء المرض ثابت معًا، لکن یقدم غرماء الصحة لقوة السبب فانهم اذا أخذوا دیونهم، فما بقی یُعطی لغرماء المرض - أو إذا اسقط غرماء الصحة حقهم بالإبراء فلیس معنی هذا عدم اداء دیون غرماء المرض بل یُعطی لهم حقهم لأن حق غرماء المرض ثابت -

والعبرة فی التقدیم للسبب القوی ولیس لتعدد الاسباب - فاذا اجتمع لشخص لسبب واحد وهو سبب قوی وللآخر عدة أسباب لکنها لیست قویة مثل صاحب الأول - فالأول یقدم علی هذا الآخر لقوة سببه دون نظر إلی تعدد الأسباب فانه لا عبرة لها -

الفصل الرابع

(إجراءات الشفعة والآثار المترتبة عليها في الشريعة والقانون)

هذا الفصل يتضمن أربعة مباحث .

المبحث الأول - في إجراءات طلب الشفعة في الشريعة .

المبحث الثاني: في تملك الشفيع للمشفوع فيه وحكم الشفعة الغائب .

المبحث الثالث: في الآثار المترتبه على طلب الشفعة

والمبحث الرابع: في التصرفات الحادثة في المشفوع فيه خلال مدة الشفعة بين الشريعة والقانون الباكستاني .

المبحث الأول : إجراءات طلب الشفعة فى الشريعة الإسلامية

حق الشفعة رخصة أعطاها الشارع لمن قام فيه سبب هذا الحق ليدفع الضرر عن نفسه فإن شاء تمسك بهذا الحق وإن شاء تركه فالأمر متروك لتقدير صاحب الحق نفسه . فاذا أراد الأنتفاع به واستغلاله فيجب ان يصدر منه ما يدل على رغبته فى أخذ هذا الحق دفعا لما يتوقعه من ضرر محتمل لا يزول إلا بأخذ المشفوع فيه بحق الشفعة . فعليه أن يتبع إجراءات طلب الشفعه وإلا سقط حقه فيها .

و نذكر فيما يلى بايجاز الإجراءات اللازمة للتملك بحق الشفعة .

و لبيان هذه الاجراءات نقسم هذا المبحث إلى مطالب الاول: فى طلب المشفوع فيه كله . والثانى : فى مراحل الطلب .

المطلب الأوّل : فى طلب المشفوع فيه كله :- معنى طلب الشفعة :-

المراد من طلب الشفعة، هو اظهار الرغبة بأخذ المبيع بطلب المواثبة والإشهاد على ذلك .

طلب المشفوع فيه كله : ان على الشفيع أن يطلب جميع المشفوع فيه بصفة

نظر عن كونه هو الشفيع الوحيد أو أن معه شفعاء آخرين في مرتبته أو أدنى منه أو أعلى منه و سواء طلب هؤلاء الشفعة معه أو لم يطلبوها، فالشرط الجوهري إذاً أن يطلب الشفيع المشفوع فيه كله. فاذا طلب بعضه سقط حقه في الشفعة ومرجع ذلك إلى عدة امور:-

أ- أن الشفيع بطلبه بعض المشفوع فيه يكون قد رضي بشركة المشتري الجديد. أو بجواره و هذا يدل على أن لاضرر يلحقه من مشاركته أو مجاورته.

ب - أن الشفعة ما شُرعت إلّا لدفع الضرر وقد تبين أن لاضرر عليه فلا معنى لبقاء الشفعة.

ج - أن في تجويز طلب بعض المشفوع فيه تفريقا للصفقة على المشتري. وفي هذا ضرر عليه فلا يجوز و لكن لو كان معه شفعاء آخرون فطلب أحدهم الشفعة في مقدار نصيبه من المشفوع فيه فهل يسقط حقه في الشفعة أم لا ؟. ذهب الامام احمد[1] ومحمد[2] و

---

[1] المغني ٥/ ٣٢٨ [2] الهداية ٤/ ٣٧

بعض أصحاب الشافعي[1] إلى السقوط. وقال أبو يوسفؒ إن حقه ثابت لا يسقط إلا بمسقط ولم يوجد فيبقى الحق له، فإن شاء أخذ الكل بالشفعة وإن شاء ترك الكل[2].

الرأي الراجح: والأمر الأول هو الراجح، لأن الشفيع بترك بعض المشفوع قد أسقط حقه في البعض الآخر، والشفعة حق ثبت بالشرع غير قابل للتجزئه دفعا للضرر عن الشفيع فلا يبقى على وجه التجزئه فيسقط.

ولكن لو كان المبيع متحدا كدارين مستقلين فعلى الشفيع أن يطلبها جميعا على رأي أبي حنيفة وصاحبيه، وله أن يأخذ احداها بحصتها من الثمن المسمى على رأي الامام زفرؒ[3].

احتج ابو حنيفةؒ[4] بأن في اباحة الشفعة في احداها فقط تفريقا للصفقه وفيها الجيد والردى فيتضرر المشتري فلا يجوز.

واحتج زفرؒ[5] بأن تمايز أفراد المبيع ينفي التضرر لإنتفاع الشركة فلا يكون

---

[1] المهذب ١/٣٨٢ [2] المدخل لمحمد سلام مدكور ص ٤٠ [3] البدائع ٥/٢٥
[4] البدائع ٥/٢٥ [5] البدائع ٥/٢٥

تفريق الصفقه سببا للضرر فتجوز ـ

المناقشة والترجيح : أن رأى الإمام أبي حنيفة وصاحبيه هو الراجح ، وما قاله زفر من أن تمايز أفراد المبيع ينفي الضرر لانتفاء الشركة غير مسلم ، لأن الضرر ينتفي في هذه الحالة عن الشفيع ولا ينفي عن المشتري لسبب أنه يتضرر بتفريق الصفقه ـ و يلاحظ هنا ان تنازل الشفيع عن جميع حقه في الشفعة للمشتري أو لشفع آخر لا يترتب عليه سوى سقوط حقه هو فيكون كل المشفوع فيه لجميع الشفعاء الأخرين ـ

المطلب الثاني : مراحل الطلب :ـ

قلنا أن الطلب ـ يجب أن يرد على كل المشفوع فيه و بينا السبب في هذا الشرط ، و ألآن نبين كيف يجب ان يتقدم الشفيع بهذا الطلب حتى يتم له آخذ المشفوع فيه بحق الشفعة على الشفيع أولا ـ

١ ـ أن يطلب فور علمه بالبيع و هذا ما يسمى بطلب المواثبة ـ
٢ ـ ثم يؤكد هذا الطلب و هذا يسمى بطلب التقرير ـ

٣ ـ ثم يقوم برفع الأمر الى القضاء ان لم يسلم له المشترى المشفوع فيه رضاء وهذا ليسمى بطلب الخصومة ـ وتكلم فيما يلى عن كل مرحله بالاختصار:

طلب المواثبة على ذلك: معناها اللغوى[١]: المبادرة والسرعة وهو ان يطلب الشفيع فى مجلس علمه بالبيع الأخذ بالشفعة ـ

الفاظها[١]: ـ الفاظها كل ما يفهم منه طلبها مثل: أطلب الشفعة وأنا طالبها، وأنا شفيع المبيع وأطلبه بالشفعة ونحوه ـ

دليلها[٢]: لقوله صلى الله عليه وسلم "إنما الشفعة لمن واثبها" ـ

ولا يلزم الاشهاد من الشفيع على هذا الطلب، وانما هو أفضل لمخافة جحود أو إنكار الخصم ـ المشترى ـ الطلب فى ساحة القضاء ـ فالمعتبر هو الطلب، وانما الإشهاد ليثبت الطلب بالشهاده عند الانكار كالطلب والاشهاد لهدم الحائط المائل، لا ليشترط الاشهاد للضمان وإنما لإثبات سبب الضمان[٣] ـ ويلاحظ أن أصح الروايتين عند الحنفية[٤]: هو

---

[١] المجلة م ١٠٢٩ [٢] المجله م ١٠٢٩ [٣] زيلعى ٢/٢٥٨ [٤] الفقه الاسلامى وادلته لوهبة الزحيلى ٥/٨٢٨

بقاء الحق فى الطلب مادام الشفيع فى مجلس العلم بالبيع.

والأظهر عند الشافعية[١] كما بينا أن هذا الطلب على الفور وكذلك قال الحنابلة[٢]: الشفعة بالمواثبة ساعة العلم بالبيع اى على الفور واما المالكية[٣]: فوقت الطلب عندهم كما بينا التراخى لمدة سنة، على اشهر اقوال مالك،

الإجراء الأول: طلب المواثبة.

يشترط الحنفية[٤] طلب المواثبة على الفور لأنها حق ضعيف، فيتقوى بالطلب الفورى حسب المعتاد.

ولم يشترط الإمام مالك[٥] المطالبة بالشفعة على الفور. وإنما وقت وجوب الأخذ بالشفعة عنده منع وهو فى حدود السنة بعد العقد، على اشهر الأقوال عنه.

واشترط الشافعية[٦] على الأظهر: المبادرة إلى طلب الشفعة على

---

[١] المهذب ١/٣٨٣ [٢] المغنى ٥/٣٢٤ [٣] بداية المجتهد ٢/١٨٠
[٤] تكملة الفتح ٧/٤١٦ وما بعدها [٥] بداية المجتهد ٢/١٩٨ [٦] مغنى المحتاج ٢/٢٩٠

الفور اى بعد علم الشفيع بالبيع لأنها حق ثبت لدفع الضرر، فكان على الفور كالرد بالعيب، فاذا علم الشفيع بالبيع - فليبادر على العادة فلو كان الشفيع فى الصلاة أو فى الحمام أو فى حال قضاء الحاجة لم يكلف قطع ماهو فيه، وإنما له التأخير إلى الفراغ مما هو فيه والضابط فيه - ان ما عُدَّ توانياً فى طلب الشفعة أسقطها، وإلا فلا -

وان كان مريضاً أو غائباً عن بلد المشترى أو خائفاً من عدو، فليوكل إن قدر، وإلا بأن عجز عن التوكيل، فليشهد على الطلب للشفعة رجلين عدلين أو عدلاً وإمرأتين فان ترك الشفيع المقدور عليه من التوكيل والإشهاد، بطل حقه فى الأظهر -

والحنابلة[1] كالشافعية قالوا: يشترط المطالبة بالشفعة على الفور بمجرد العلم بالبيع - بأن يشهد الشفيع على طلب الشفعة، حين يعلم بالبيع، إن لم يكن له عذر يمنعه من الطلب ثم اذا أشهد على الطلب له أن يخاصم المشترى - ولو بعد أيام او أشهر أو سنين -

---

[1] المغنى ٥/ ٣٢٤

وبه يتبين ان الجمهور[1] يقولون، أن الشفعة على الفور، للحديث "الشفعة كحل العقال"[2]. ولأن ثبوتها على التراخي ربما أضر بالمشتري لعدم استقرار ملكه.

وأما المالكية[3]: فلم يشترطوا الفورية، فلو سكت الشفيع بلا مانع سنة كاملة بعد العقد، فما دونها. أو غاب وعاد في إثناء السنة. ثم طلب الشفعة، أخذها، لأن السكوت لا يبطل حق امرئ مسلم مالم يظهر من قرائن الاحوال ما يدل على اسقاطه لكن يحق للمشتري المطالبة عند الحكم للشفيع بعد الشراء بأن يحدد موقفه، اما بالأخذ بالشفعة او الترك. فإن أجاب بواحد منهما فظاهر، وإلا اسقط الحاكم شفعته.

الرأي الراجح: الرأي الراجح ههنا هو رأي الحنفية، ووجه ذلك ضعف حق الشفعة وخوف سقوطها عند عدم الطلب على الفور.

الاشهاد على الطلب الموائبة: ويجب على الشفيع أن يشهد إذا علم

---

[1] المراجع السابقة [2] بداية المجتهد ١٩٧/٢

بالبيع وإلا فتبطل شفعته - وجآء فی هٰذا فی الهدایة[1]: وإذا ترک الشفیع الإشهاد حین علم بالبیع، وهو یقدر علی ذلک بطلت شفعته لإعراضه عن الطلب و هٰذا الأن الإعراض إنما یتحقق حالة الاختیار وهی عند القدرة۔

وجآء فی هٰذا فی البحر الرائق[2]: "قال رحمه الله تعالیٰ (وتستقر بالإشهاد) لانها حق ضعیف یبطل بالاعراض فلا بد من الإشهاد بعد طلب المواثبة للاستقرار ولانه یحتاج إلی اثبات طلبه عند القاضی ولا یمکنه ذلک إلا بالإشهاد نظر إلی اثباته وهو ان الاحتیاج إلی اثباته اذا أنکر المشتری طلبه، وأما اذا لم ینکر فلا یحتاج فعلی هذا ینبغی أن لا تبطل بترک الاشهاد إذا لم ینکر مع أن الظاهر من کلامهم بطلانها بترک ذلک مطلقا، قلت وقت الإشهاد متقدم علی وقت الخصومة۔ ففی انکار وقت الإشهاد إنکار الخصم طلبه وعدم إنکاره غیر معلوم فاذا ترک الإشهاد فی

---

[1] الهدایه ٤/٢١ [2] تکملة البحر الرائق شرح کنز الدقائق ٨/١٨٢

ذلك الوقت لم تعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه، فلذا تبطل الشفعة بترك الإشهاد مطلقاً.

الرأى الراجح: الرأى الراجح فى المسئلة المذكورة هو رأى الحنفية، بدليل أن ترك الإشهاد وقت طلب المواثبة يوهم الإعراض وان لم يكن الشفيع يريد الإعراض ويمكن للمشترى المشفوع عليه ان يقدم عمل الشفيع ذلك كأن الشفيع أعرض عن الشفعة حقيقة مع أن الأمر ليس كذلك

الإجراء الثانى - طلب التقرير:

طلب التقرير والإشهاد عليه ووقته: وهذه مرحلة ثانية من مراحل طلب الشفعة، ويلزم الشفيع بعد الإشهاد طلب المشفوع فيه من المشترى أو من البائع فعليه بعد أن أظهر رغبته فى الشفعة أن يقوم بما يؤكد هذه الرغبة.

فيعود إلى طلب الشفعة مرة ثانية عند المشترى أو عند البائع إذا كان المبيع لا يزال فى يده أو عند العقار المبيع وليسمى هذا الطلب بطلب التقرير أو بطلب الإشهاد

لأن بعض الفقهاء يشترط الاشهاد عليه ، أما الآخرون فيرون الإشهاد مستحسنا حفظا لحق الشفيع عند انكار المشترى .

ويقتضى أن يكون هذا الطلب بعد طلب المواثبة وان لا يتجاوز به مدة تمكنه منه فإن لم يقم بهذا الإجراء مع القدرة عليه سقط حقه فى الشفعة هذا وإن طلب المواثبة اذا كان عند المشترى أو البائع أو العقار المبيع أغنى ذلك الطلب عن تكراره واعتبر طلب المواثبة لأنه اول طلب كما اعتبر طلب تقرير لانه حصل عند أحد هؤلاء الثلاثة المشترى او البائع ، او العقار المبيع .

المقارنة : لم يوجد طلب المواثبة و طلب الإشهاد فى قانون شفعة[1] الصادر فى سنة ١٩٥٠م لإقليم سرحد ولكن تجب ان يرفع الشفيع دعواه خلال مدة السنه

[1] قانون شفعة الصادر فى سنة ١٩٥٠ لاقليم سرحد م : ٢٠

ولكن بعد نهاية سنة واحدة ليسقط حقه. القانون الباكستاني يوافق رأي المالكية في هذا المجال.

حكم الطلب: إذا فعل الشفيع طلب التقرير استقرت شفعته، أي حقه، ولم تسقط بعده بالتأخير عند أبي حنيفة[1] وفي رواية عن أبي يوسف وهذا ظاهر المذهب وعليه الفتوى.

لأن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بالاسقاط.

وقال محمد[2] ان تركها شهرا بعد الإشهاد من غير عذر بطلت

---

[1] المبسوط ١٤/١١٧ [2] المبسوط ١٤/١١٧

شفعته، لئلا يتضرر المشترى بالتأخير، وقد قال بعض الحنفية[1] والفتوى اليوم على قول محمد، لتغير أحوال الناس فى قصد الإضرار وقد أخذت المجلة[2] بهذا الرأى.

وقال الحنابلة إذا حدث الاشهاد على الطلب فللشفيع مخاصمة المشترى ولو بعد سنين وحدد المالكية لطلب الشفعة الأول مدة سنة تامة، فإذا سكت بلا مانع سنة كاملة بعد العقد أو سكت بلا مانع مع علمه بهدم أو بناء سقطت شفعته. لأن سكوته دليل الإعراض عن أخذه بالشفعة[3].

وقت رفع الدعوى: أما متى يرفع الدعوى امام القاضى ففيه ثلاثة اقوال: قال أبو يوسف[4] يرفعه فى أول مجلس قضاء يمكنه أن يتقدم فيه بالدعوى وإن لم يرفع فى أول الوهلة سقط حقه و تعليل ذلك أن فى تاخيره ضررًا بالمشترى والتقييد بزمن لا يمكن

---

[1] بدائع الصنائع ٥/١٨ [2] المادة ١٠٣٤ [3] الفقه الاسلامى وأدلته ٥/٨٢٩ وما بعدها

رفع الدعوىٰ فيه، يكون ضررا على الشفيع۔

وقال محمدؒ وزفرؒ: أقصى مدة شهر، فإذا قضى الشهر ولم يرفعه سقط حقه ولم يُسمع دعوى له بعد ذلك۔ لأن الشهر حدٌّ فاصلٌ بين الزمن القريب والبعيد۔ وهذه رواية ثانية عن أبي يوسف ايضاً۔

وقال الإمام أبوحنيفةؒ[٢]: لا مدة هنا لرفع الدعوىٰ لا أقل ولا اقصى فمتىٰ شاء يرفعه أمام القاضي ما دام قد إستقر حقه لبطلت التقرير ولا عبرة في التاخير لأيّ عذرٍ من الاعذار، فسواءٌ تأخر بدون عذرٍ لم يسقط حقه۔

وقت رفع الدعوىٰ في القانون الباكستاني: وعند القانون الباكستاني للشفعة يجب ان يرفع الشفيع دعواه خلال مدة السنة، وإذا أخّر دعواه لا يستحق في أيّ صورة أن يدعى الشفعة[٣]۔

المناقشة والترجيح: للفقهاء في هذه المسئلة آراء مختلفة مع أدلتهم كما ذكرناها لكن الرأي الراجح عندنا هو رأيُ الإمام محمد۔ و وجه ذلك أن

---

[٢] بدائع الصنائع، ج ٥ ص ١٩ [٣] ايضاً۔

[٣] PUNJAB PRE EMPTION ACT 1913 SECTION-20

في ترك الامر للشفيع دون تقييدها بمدة ، اضرارا بالمشتري بلا مبرر ، ويمكن أن يتهدم البيت إن كان المبيع بيتا ويمكن أن تفسد الأرض إن كان المبيع أرضا زراعية -

الإجراء الثالث : طلب الخصومة

وهذا الطلب يقوم به الشفيع اذا نازعه المشتري في المشفوع فيه أو نازعه البائع ان كان المبيع بيده[1] -

ومعنى ذلك أن يرفع الأمر إلى القضاء بأن يقيم دعوى الشفعة على المشتري ويدخل البائع في الخصومة إذا كان المبيع لايزال بيده[1]

محتويات الطلب : فاذا ما تقدم الشفيع بطلب الخصومة في موعده لزم أن يكون هذا الطلب شاملا اسم البائع وأن يعين المبيع تعيينا كاملا ، واسم المشتري ، وان يبين الثمن الذي تم عليه العقد والسبب الذي يستحق هو به الشفعة ، وأنه فور علمه اظهر رغبته وقد أكد هذه الرغبة بطلب التقرير عند العقار أو عند المشتري

---

[1] البدائع ٥/١٨

أو عند البائع لأن المبيع في يده، وأن المدعى عليه ممتنع من تسليم العقار بما قام عليه من ثمن من غير حق وليطلب أخيرا الحكم له بثبوت حقه وتسليم العقار المبيع. وهذا هو ما يكتب الآن في عريضة دعوى الشفعة مع الزيادة التي أوجبها القانون كذكر ايداع الثمن بخزينة المحكمة الذي يجب ان يتم قبل رفع الدعوى وإلا سقط حقه في طلب الشفعة[1].

جزاء التأخر في هذه الطلبات: لو أخر الشفيع طلب المواثبة عن مجلس العلم علمه بالبيع، بدون عذر، كأن اشتغل بأمر آخر او بحث في أمر آخر او قام عن المجلس من دون أن يطالب الشفعة، فسقط حقه في الشفعة، فان وجد عذر مانع من طلب الشفعة مبادرة، كوجود حائل مثل سيل أو مطر أو ثلج لا تبطل شفعته حتى يزول المانع.

ولو أخر الشفيع طلب التقرير والاشهاد في مدة يمكن له طلبها بارسال مكتوب او خادم وغير ذلك من الاسباب الابلاغ ليسقط حقه. ولو أخر الشفيع طلب الخصومة بعد طلب التقرير والاشهاد شهرا من دون عذر شرعي - لكونه في ديار أخرى ليسقط حقه[2].

---

[1] المادة ٩٤٢ الفقرة الثانية [2] البدائع الصنائع ٥: ١٨ والمبسوط ١٤: ١١٩

الخصم فی دعوی الشفعة: الخصم الاصلی فی دعوی الشفعة هو المشتری لأنه هو الذی ستنزع منه الملکیة کما یجوز ان یخاصم الشفیع البائع ایضاً اذا کان المبیع لا یزال فی یده إذ به یکون خصماً فی الدعوی لکن لابد مع هذا ان کانت الدعوی ترفع ضد البائع فی هذه الحالة من دخول المشتری ایضاً فیها لسمع البینة فی مواجهته کی لا یضار باتفاق الشفیع مع البائع یقول صاحب الهدایة :-

(وان احضر الشفیع البائع والمبیع فی ید فله ان یخاصمه فی الشفعة لأن الید له وهی ید مستحقة) ولا یسمع القاضی البینة حتی یحضر المشتری فیفسخ البیع بمشهد منه ویقضی بالشفعة علی البائع ویحمل العهدة علیه۔ لأن الملک للمشتری والید للبائع والقاضی یقضی بهما للشفیع، فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا کانت الدار قد قبضت، حیث لا یعتبر حضور البائع، لأنه صار أجنبیاً اذ لا یبقی له ید ولا ملک[1] یقول الإمام ابو حنیفة هکذا، لأن الشفعة حق من

---

[1] الهدایة شرح بدایة المبتدی ٤/٢١

حقوق العقد والحقوق إنما ترجع عند الحنفية إلى الوكيل نفسه الذي باشر العقد.

وقال ابو يوسف: ان الدعوى لا ترفع على الوكيل بشخصه لأنه اشترى للموكل، وغاية الشفعة ان ينزع الشفيع الملك ممن آل إليه الملك وهو المشتري لا الوكيل[1].

نظر القاضي حين طلب الشفيع الشفعة:

إذا تقدم الشفيع امام القاضي بدعوى الشفعة بأن المدعى يريد انتزاع الملك عن المشتري لأنه اولى بشراء هذا المبيع أو أنه يتضرر لسبب هذا المبيع. فالقاضي ينظر في امورٍ عديدةٍ:

أولاً: يسأل القاضي عن المدعى عن حدود الأربعة للعقار أو الدار، من هو جاره خلفاً وأماماً.

وهل المشتري قبض المبيع أم لم يقبضه بعد؟

ثانياً: يسأل عنه سبب الشفعة، على أي أساس. هو يريد الشفعة

---

[1] البدائع ٥/٢٤

على المبيع العقار أو الدار؟ هل أنت جارهُ أم شريكه؟ وإن كان شريكاً فأيّ نوعٍ من الشركة؟ فاذا بين المدعى الشفيع حدودها واطرافها و سبب شفعة، فاذا صحت دعواه وكملت استحقاقه في نظر القاضي بعد ذلك يتوجه القاضي إلى المدعى عليه فيسأله عنه.

ثالثاً: هل دعوى الشفيع وسبب استحقاقه بالشفعة صحيح؟ إن اعترف المشترى بأن الشفيع أحق منه يأخذ المبيع، يحكم القاضي في حق الشفيع بأن يدفع إليه فيأخذه الشفيع بما اشترى به المشترى.

رابعاً: وان أنكر المدعى عليه استحقاق المدعى يكلف القاضي الشفيع بإقامة البينة على استحقاقه وأنه جارٌ له أو شريكٌ له. إن أقام البينة فبها ونعم؛ وان عجز عن اقامة البيّنة يقول القاضي للمدعى عليه، ان المدعي قد فشل عن اقامة البينه، فهل لك تحلف على انك صادقاً أنه غير مستحق لأخذ المبيع؟

إن حلف المدعى عليه (المشترى) يحكم ببطلان دعوى الشفيع لكن ان نكل المشترى عن اليمين والحلف، ثبت ملك المبيع بالنكول والانكار

في ثبت حق الشفعة به۔

ثم بعد ذلك يتوجه القاضي إلى المدعى عليه مرةً ثانية۔

خامسًا: يسأل القاضي عن المدعى عليه، هل انت اشتريت المبيع من فلان؟ إن أقر بالشراء يجري الحكم عليه وإن انكر وقال ما اشتريت شيئاً من أحدٍ أو ما اشتريته بل وهبني او تصدق على فلان، قيل للمدعي ثانياً: إقم البيّنة على شراء المشتري؟ إن أقام البيّنة فبها وإن عجز عن أقامتها إستحلف المشتري وإن استحلف لفسخ الدعوى وإن أنكر عن اليمين والحلف قضي عليه۔

القانون الباكستاني[٢]

والقانون اتجه إلى رفع الدعوى على المشتري والبائع معًا وان كان في الواقع أن وجود البائع في الدعوى أمر صوري وكما ترفع الدعوى على المشتري أو البائع ان كان المبيع في يده فكذلك ترفع على وكيل المشتري نفسه مادام لم يسلم المبيع الى موكله۔

---

[١] الدر المختار و رد المحتار ج ٥ ص ١٥٩ وما بعدها۔

[٢] قانون شفعة الصادر في سنة ١٩١٣ لإقليم پنجاب ٢ = ٢٩

تزاحم الشفعاء واختلاف انصبتهم في اجراءات الشفعة

تزاحم الشفعاء : قد يكون الذى يطلب الشفعة رجلا واحدا وقد يكون اكثر من واحد وقد يكون الشفعاء من مرتبة واحدة وقد يكونون من مراتب مختلفة ۔ فاذا كان الشفيع واحد فهو الذى يأخذ كل المشفوع فيه واذا كان الشفعاء اكثر من واحد فهنا تفصيل:

قال الحنفية[1] ووافقهم ابن حزم[2] ورواية عن احمد[3] ان المبيع يوزع على عدد الرؤس۔ لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال: "الشفعة على رؤس الرجال"۔ ولانهم جميعاً من درجة واحدة فهم شركاء فى العقار، ولو انفرد واحد منهم بطلب الشفعة لاستحقها جميعها مهما كان نصيبه ۔ فاذا طلبوها جميعا تساووا فى التقسيم ما داموا قد تساووا فى استحقاق المبيع جميعه عند الانفراد مهما كان النصيب المشفوع به ضئيلاً أو كبيراً۔

---

[1] البدائع ٥/٦ [2] المحلى ٩/٩٨، ٩٩ [3] المغنى ٥/٣٧١

غير الحنفية[1] : يرون توزيعه عليهم حسب الأنصبة في الشركة لأن استحقاقهم للشفعة حق من حقوق ملكهم فالشفعة من مرافق الملك وتثبت لتكميل منافعه فكانت على قدر الأملاك كالغلة والثمرة حينما توزع على الشركاء فإنها تكون حسب السهام فكذا هنا[2]

غير أن الحنفية[2] : لا يرون هذا التعليل وجيها لأن القياس مع الفارق - فالثمرة في نماء الملك متولدة منه ولقد طال النقاش في كتب الفقه بين النظرتين - وعلى هذا فعند الحنفية ومن تابعهم الثلث المباع هنا يوزع أثلاثا بالتساوي بين باقي الشركاء لا فرق بين من له السدس ومن له الربع وعند غيرهم حسب الأنصبة.

---

[1] شرح الصغير ٣/٦٤٦ وأيضاً مغني المحتاج ٢/٢٩١ - المغني ٢/٣٧١

[2] المبسوط ١٤/١١٠ -

وجه استدلال الحنفية :

فالعبرة عند الحنفية ومن تابعهم بالسبب الذى تثبت به الشفعة وأصله لا بقدره فمن له شركة فى العقار بمقدار قيراط فهو كالشريك الذى له النصف . وكذلك عند الحنفية من كان جاراً من جانب واحد كالذى جواره من باقى الجهات ، والذى جواره لطول متر كالذى جواره لطول مائة متر ، اذ العبرة عندهم بأصل السبب الذى يستحق به الشفعة اذا كان شركة فى نفس العقار ، أو فى مرافقه أو جواراً

فما دام الذين يطلبون الشفعة يشتركون فى سبب واحد من هذه الأسباب فهم سواء فى طلب الشفعة ولا ينظر إلى مقدار نصيبهم لأنه كما قلنا ، لو انفرد احدهم بطلب الشفعة لاستحق جميع المبيع مهما كانت حصته ولأن سبب الشفعة هو اتصال ملك الشفيع بالملك المبيع من غير نظر إلى مقدار الإتصال . فسبب الاستحقاق اذاً أصل الشركة لا قدرها ، وقد استوى الشركاء فى هذا الأصل . ولأن الشفعة شرعت لدفع أذى الدخيل وضرره والضرر لا يندفع إلا بأخذ كل المبيع بالشفعة

ولا يمكن تمييز أحدهم عن الآخر وإعطاؤه كل المبيع وحرمان الآخرين لتساويهم في سبب الاستحقاق وليستحيل عقلاً أن يأخذ كل منهم العقار جميعه في وقت واحد فلزم التوزيع بين الشركاء الذين يطلبون الشفعة في القدر المبيع بالتساوي بينهم ويقول السرخسي:

" ألا ترى لو أن أحد المدعيين أقام شاهدين وأقام الآخر عشرة من الشهداء تثبت المعارضة والمشاركة بينهما ولو أن رجلا جرح رجلا جراحة واحدة وجرحه آخر عدة جراحات، ومات الرجل من ذلك استويا في حكم ذلك القتل، وهذا لأن الترجيح بقوة العلة لا بكثرتها"[1]

أما غير الحنفية[2]: فالعبرة عندهم بمقدار النصيب كما قلنا، ولا يتأتى عندهم ان يكون الشفعاء من درجات مختلفة، لأن استحقاق الشفعة عندهم لسبب الشركة فلا يكونون عند التزاحم إلا شركاء في نفس العقار كما بينا من قبل.

---

[1] المبسوط ج ١٤ ص ٩٧، ٩٨ [2] المراجع السابقة. انظر في الصفحة السابقة

القانون الباكستاني

جاء في المادة ١٣[1]

واذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة - فاستحقاق كل منهم يكون على قدر نصيبه -

المقارنة : وبذا نجد القانون يتفق مع غير الحنفية من الفقهاء فقه الإسلامي ويرى التوزيع على السهام لا على الرؤس كما يرى الحنفية .

---

[1] قانون شفعة الصادر في سنة ١٩٥٠ لإقليم سرحد م ١٣ :

المبحث الثاني

في تملك الشفيع للمشفوع فيه وحكم شفعة الغائب

وفيه أمور: بم تثبت ملكية الشفيع للمشفوع فيه؟

تثبت دعوى الشفعة، بما تثبت به سائر الدعاوى اما باعتراف الخصم أو بشيئ من الأدلة المعتبرة شرعا فإذا ما اعترف المدعى عليه بالدعوى أو صحت البينة لدى القاضي حكم للشفيع بما طلب وبذا تثبت ملكية الشفيع. فملكية الشفيع لما يشفع فيه لا تثبت بمجرد الطلب ولكن لا بد من رضاء المشتري وتسليمه المبيع او قضاء القاضي بخلاف البيع فان الملكية فيه تثبت بمجرد التعاقد وتمام العقد.

أما إذا سلم له المشتري وتراضى معه من غير قضاء فيعتبر الشفيع مشتريا وعلى كل فاخذ الشفيع بالشفعة وملكيته للعقار بمثابة شراء جديد. فيثبت له حق خيار الرؤيا وخيار العيب[1].

---

[1] البدائع ج ٥ ص ٢٤ -

والفرق أن المشترى يتملك بتمام الايجاب والقبول، أما الشفيع فإنما يتملك بالرضاء والتسليم أو بالقضاء۔

وفى هذا يقول صاحب الهداية: وتملك البقعة المتنازع عليها للشفيع بالأخذ إذا سلمها المشترى أو حكم بها الحاكم لأن الملك للمشترى قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضى أو قضاء القاضى۔[1]

الشفيع الغائب:

إذا كان بعض من يستحق الشفعة حاضراً والبعض الآخر غائباً مما الذى يجب أن يتبع بالنسبة لكل منها؟

حكم الشفعة للشفيع الحاضر

أما بالنسبة للحاضر فإنه يلزمه ان يطلب كل المبيع فإن سلم له المشترى تملك بالرضاء مع التسليم، وإلا تقدم بدعوى الشفعة۔ فاذا أثبت دعواه حكم له القاضى بكل المبيع سواءً اكان الغائب اعلى درجة من الحاضر أم كان من درجته وسواءً اكان الغائبون

---

[1] الهداية شرح بداية المبتدى ج ٤ ص ٢٦

أكثر عدداً واستحقاقاً من الحاضرين أم دونهم، فلا سبيل الى القول بالإنتظار حتى يحضر الغائب ولا يترك له مقدار نصيبه وذلك لأن الغائب لم تظهر رغبته ولم يتأكد حقه بالطلب لاحتمال اعراضه، و قد ثبت للشفيع الحاضر سبب استحقاق الشفعة كاملاً و قد تأكد حقه بالطلب و أصبح متيقناً[1].

بقاء حق الغائب

وأما بالنسبة للغائب فالفقهاء اتفقوا على أن له أن يطالب بالشفعة عند علمه بالبيع وإن طالت غيبته، و ذلك لأن الشفعة حق يثبت لكل من اكتمل له سبب الاستحقاق وما دام عقار الغائب متصل بعقار المبيع فإنه يتحقق الضرر وتوجد الحاجة التي من أجلها شرعت الشفعة. ويدل على ذلك من الأحاديث قال النبي صلى الله عليه وسلم: "الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً"[2].

---

[1] البدائع ج ٥ ص ٦ [2] رواه الخمسة الا النسائي (نيل ٥: ٢١٩)

فهو صريح فى ثبوت حق الشفعة للغائب ويقول صاحب العناية[١].

"أن الشفيع اذا كان غائبا لم تبطل شفعته ولا فرق فى حق المشترى بين الحضر والسفر فى لزوم الضرر".

غير أن ابن قدامة فى كتابه المغنى يروى لنا أن هناك من فرق بين الغائب فى مكان قريب والغائب فى مكان بعيد و أثبتوا حق الشفعة للأول دون الثانى كى لا يضار المشترى (.... الغائب له شفعة فى قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن شريح الحسن وعطاء و به قال مالك و الليث والثورى و الأوزاعى والشافعى والعنبرى والحنفية. وروى عن النخعى ليس للغائب شفعة و به قال الحارث العكلى والبتى إلا للغائب القريب لأن اثبات الشفعة له يضر بالمشترى ويمنع من استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفا من أخذه[٢].

---

[١] العناية بهامش تكملة فتح القدير ٤٢٥/٧

[٢] المغنى ٣٣٠/٥ ، ٣٣١

قدوم الغائب وطلبه الشفعة بعد القضاء للحاضر:

لو قضى للشفيع الحاضر بكل المبيع ثم جاء الغائب وطلب الشفعة طلباً صحيحاً فإما أن يستوى مع الحاضر فى السبب الذى قضى له من أجله بأن كانا شركاء فى نفس العقار أو فى مرافقه أو كان كل منهما جاراً ملاصقاً بملكه للمبيع، ففى هذه الحالة يقسم المبيع بينهما مناصفة كما يقول الحنفية وبحسب نصيب كل كما يقول غيرهم أما اذا كان الغائب اقوى سببا بأن كان شريكا والحاضر جارا فان كان الحاضر قد تملك المشفوع فيه بالرضاء نزع منه واستحقه الغائب وان كان تملكه بالقضاء فليس لهذا الشريك أن يأخذ إلا النصف فيها لأن القاضى بينهما صار كل واحد منهما مقضياً له و مقضياً عليه و قد تعلق حق الأول بالمبيع و أيده حكم القضاء.

أما إذا كان الغائب أقل سببا من الشفيع الأول فلا شئ له لأنه أحق منه بها. وهكذا لو تعدد الشفعاء الغائبون والشفعاء الحاضرون فإنه يقضى للحاضرين وتقسم بينهم ثم تنقض القسمة عند حضور

أحد الغائبين الذين يستحقون الشفعة فإذا كان عقار مشترك بين خمسة اشخاص ثلاثة حاضرون واثنان غائبان فباع احد الحاضرين حصته واستحقها الحاضران بالشفعة وقسمت بينهما ثم حضر أحد الغائبين نقضت القسمة السابقة و وزع المبيع على الثلاثة فاذا جاء الشريك الغائب الآخر وطلب الشفعة نقض ما تم ثانيا وقسم المبيع بين الأربعة على عددهم أو حسب أنصبتهم وهكذا لو غاب كل الشفعاء وقت المبيع ثم حضر أحدهم لزمه أن يطلب كل المبيع ويقبض له به فاذا حضر الباقون وكانوا من درجته نقض ما سبق وقسم بينهم[1].

---

[1] البدائع الصنائع ٥/ ٦ العناية على هامش تكملة فتح القدير ٧/ ٤١٥

من أخر القدوم

حق الغائب فى الشفعه ثابت ويلزمه بمجرد العلم أن يبادر إلى إظهار رغبته بالمواثبة والإشهاد مثله فى ذلك مثل الحاضر لانتفاء العذر.

يقول صاحب البدائع[١]: الغائب إذا علم بالشفعة فهو مثل الحاضر فى الطلب والإشهاد لأنه قادر على الطلب الذى يتأكد به الحق وعلى الإشهاد الذى يتوثق به الطلب. فإذا أهمل فى ذلك من غير عذر سقط حقه فى الشفعة بعد أن يتأكد حقه بالإشهاد لزمه أن يذهب إلى المشترى أو يرسل إليه أو يوكل عنه أحدًا ليعلمه برغبته فى الشفعة.

ويقول صاحب البدائع: إذا طلب الغائب طلب المواثبة وأشهد فله بعد ذلك من الأجل مقدار المسافة التى يأتى إلى حيث البائع أو المشترى أو الدار لا زيادة عليه لأن تأجيل هذا القدر للضرورة.

لكن ابن قدامة[٢] يقول إذا أشهد على المطالبة ثم أخر القدوم مع امكانه فظاهر كلام الخرقى أن الشفعة بحالها وقال القاضى تبطل شفعته وهو مذهب الشافعى[٣]

---

[١] بدائع ٥/٨ [٢] مغنى ٥/٣٠٦، ٣٠٨ [٣] المهذب ج ١ ص ٣٨٠

من كان مريضاً :

إذا كان مستحق الشفعة مريضاً فهل مرضه يُسقط حقه للشفعة؟

فيه تفصيل : ان كان المرض مانعاً عن الذهاب والمجيئ ، ولا يمكن في مثل هذا المرض أن يتمشى ويعمل عمل الحياة الدنياوية ، يعتبر مرضه مانعاً عن دعوى الشفعة فيكون حكمه حكم الغائب اى يجب عليه في هذه الصورة ان يشهد ويوكل على دعوى الشفعة و وكالتها لانه يمكن له ، فإذا لم يشهد أو لم يوكل أحداً حين سمع سبب الشفعة ، أى شراء الأرض و بيعها ، سقط حقه للشفعة .

أما إذا كان المرض عادياً بحيث يؤدى اعمال الحياة ووظائفها كالألم اليسير والصداع القليل فمثل هذا المرض لا يمنعه عن المطالبة فإذا تأخر فيها ولم يسرع الى الدعوى ليسقط حقه لسبب تاخيره بدون عذر شرعي مقبول .

والمعيار الذى يكون معتبراً في المرض هو المعيار الذى يجوز الرخصة

ـ المغنى ٥/٣٣٣ البدائع ٥/١٣

فإذا كان المرض على حدٍّ يرخّص الشارعُ صاحبَ المرض فى التيمم للصلوة والافطار فى الصوم يكون معتبرًا شرعًا ولا يُسقط حقه للشفعة. أما إذا كان المرض أقل من مرحلة الرخصة، بحيث لا يعفو عنه الفرائض والواجبات الدينية، فلا يكون مانعًا عن طلب الشفعة ويكون مُسقطًا لحقه إذا تأخّر لسبب هذا المرض.

متى تسقط حق الشفعة بالنسبه للغائب

اتفق الفقهاء على أن للغائب حق الشفعة وغيابهُ لا يسقط حقه إلا انهم إختلفوا فى عدة جزئيات.

١- اذا قدم من السفر وعلم بالبيع فلهُ ان يطالب على الفور ويتقدم إلى القاضى أو يشهد على دعواه إن لم يمكن التقديم إليه على الفور، والا سقط حقه وهو فى هذا مثل الحاضر.

٢- وإذا علم بالبيع وهو فى حالة السفر فلم يشهد على ارادة الشفعة فهل يسقط حقهُ بعد قدومه من السفر لسبب عدم الإشهاد؟ فيه خلافٌ:-

يرىٰ فقهاء الحنابلة[1] انهٗ اذا علم فی السفر وكان قادرا علی الاشهاد الصحيح ولا مانع له منه، لسقط حقه وليس له ان يطالب بعد رجوعه من السفر لأنه مسقط حقه باختياره يرىٰ فقهاء الحنفية[2] و رأى الحنابلة[3] أن حقه باقٍ ولا يسقط بسبب عدم الاشهاد فقط بل يمهل إلى وقت يمكن له أن يطالب أو يرجع إلى البلد مهما مضت المدة، مثلاً اذا علم بالبيع فی اسلام آباد وهو فی كراتشی فلم يشهد علی ارادته، فلا حرج، فيمهل ثلاثة أيام أو أربعة ايام حتی يحضر بنفسه أو يرسل رسولاً ونائباً فی حق المطالبة، فاذا انتهت المدة المناسبة للذهاب والمجیٔ ولم يطالب اولم يحضر، بطل حقه اذا، بسبب عدم مجيئه وطلبه لا سبب عدم إشهاده۔

قد قيدنا اسقط الشفعة بسبب عدم الاشهاد فی حالة السفر اذا كان قادرًا علی الاشهاد الصحيح، فاذا ما كان قادرًا علی الاشهاد أو قادرًا علی اشهاد الصبيان - فلا عبرة إذاً لعدم الإشهاد

---

[1] المغنی ٥/ ٣٣٠ ومابعدها [2] البدائع ٥/ ١٨ [3] المغنی ٥/ ٣٣٠ ومابعدها

ولا يسقط حقه عند الحنابلة أيضًا. جاء في المغني: "من لم يقدر إلا على إشهاد من لا تقبل شهادته - كالصبي والمرأة والفاسق - فترك الإشهاد لم تسقط شفعته بتركه لأن قولهم غير معتبر فلم يلزم إرشادهم كالاطفال والمجانين".

٣ وإن اشهد في السفر على إرادة الشفعة ثم تأخر قدومه فهل يؤثر تاخير القدوم على مطالبة حق الشفعة؟ فيه رأيان: رأي يقول: "أن التاخير في القدوم يسقط حقه إذا كان بدون عذر" ورأي يقول: أن التاخير بعد الاشهاد لا يسقط حقه إلى مدة مناسبة معقولة لأن ربما يكون للمسافر حوائج ضرورية سافر لسببها الى بعيد فكيف يكلف بتركها؟ غاية الأمر الذي يمكن له أن يجعل الشهود على الشفعة وقد فعل بها فلا يكلف فوق ما طاقته[1].

فالخلاصة: أن الغائب يراعى سفره وسبب السفر وأسباب الوسائل للذهاب والمجيء لا يحكم بمجرد غيابه بل ينظر هل كان لا يمكن له أن يطلب

---

[1] المغني لابن قدامة ٥/ ٣٣٠ — ٣٣٣

أو يتخذ وسائل لا يؤدي إلى الطلب أم لا ؟ فإذا ظهر مطله يحكم بأنه لا يريد الشفعة، أما إذا لم يظهر أي إمارة دالة على مطله وتأخيره فلا يحكم ببطلان حقه - وعبء الإثبات على طالبه وتأخيره بدون عذر مانع على المشتري لا على الغائب بنفسه هل يكفي له أن يدعي أنه كان غائبا لم يمكن له طلبها على الفور.

ثمرة العقار بيد الشفيع الحاضر:

فلو كان المبيع أرضا زراعية أو دارا انتفع بها الشفيع الحاضر بأن زرعها أو سكن فيها أو استثمرها ثم جاء الشفيع الغائب واستحق المبيع جميعه أو بعضه فليس له أن يطالب الشفيع الأول بثمرة العقار التي حصدها قبل الحكم له أو المنفعة التي استفادها قبل ذلك لأنها كلها ثمرة جهده ونتيجة نفقاته وهو لم يكن متجنيا أو مغتصبا وقت أخذه العقار بالشفعة لأنه كان حقه وقتها وقد تأكد بالطلب وحق الغائب في ذلك الوقت لم يتأكد بل لم يظهر، ومن حق الشفيع المتملك أن يستثمر ما تملكه بالشفعة في هذا يقول ابن قدامة: "فإن ثمرة الشقص في يد الأول نماء منفصلا لم يشاركه فيه واحد منهما لأنه انفصل في يد الأول قبل أخذ الثاني بالشفعة"[1]

---

[1] المغني ٥/٣٦٨

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على طلب الشفعة

بعد أن يطلب الشفيع الشفعة فى المبيع على الوجه السابق بيانه إذا توفر له سببها وشروطها، فما الذى يتملكه الشفيع ومن أى وقت تثبت ملكيته. وهل يعتبر العقد الذى بين البائع والمشترى قائما أم منقضيا. كل هذا من آثار طلب الشفعة واليك التفصيل.

ما يتملكه الشفيع:

يتملك الشفيع كل ما تملكه المشترى بعقد الشراء من عقار وما اتصل به وقت البيع من بناء وشجر وكذا ما كان من زرع وثمر. إذا نص عليهما فى العقد إذ الزرع والثمر لا يدخلان فى عقد البيع من غير نص عليهما فيه لأنهما لا يتبعان الأرض والشجر عادة عند التعاقد على البيع ولا يقصدان بالبيع. وكان القياس يقتضى بعدم ثبوت الشفعة فيما عدا العقار عند من قصرها على العقار فقط لكن الفقهاء جميعا أثبتوا الشفعة تبعا إستحسانا لأنها تابعة للعقار إما بنفسها

وأما بتبعية أصلها والتابع يأخذ حكم المتبوع - يقول الكاساني[1] :

"القياس أن لا يؤخذ البناء والغرس والزرع والثمر بالشفعة لأن الشفيع إنما يتملك ما يثبت له فيه حق الشفعة وهو يثبت في العقار وهذه منقولة وخاصةً الزرع والثمر لأنهما مبيعان ومقصودان لذاتهما لا يدخلان في العقد من غير تسمية فلا يثبت الحق فيهما لا أصلا ولا تبعا ولكن الإستحسان اقتضى ثبوت الشفعة فيه وتملكه الشفيع تبعًا لأن الحق إذا ثبت في العقار يثبت فيما هو تبع له لأن حكم التبع حكم للأصل وهذه الأشياء تابعة للعقار حالة الاتصال فيبقى فيها الحق[2].

وقت ثبوت الملكية وطريقها

ملكية الشفيع للمشفوع فيه تثبت إما برضاء المشتري مع تسليم المبيع للشفيع إذ مجرد رضاء المشتري في الشفعة لا يكفي لنقل الملكية لأن الشفعة حق ضعيف فكان لابد من التسليم - وإما أن تثبت ملكية الشفيع عن طريق القضاء - إذ عارض المشتري في حق الشفيع للمشفوع فيه -

---

[1] البدائع ٥/٢٧ وما بعدها [2] البدائع ج ٥ ص ٢٨

بمجرد صدوره من غير توقف على الإستلام -

وعلى كل فملكية الشفيع للمشفوع فيه تبدأ من وقت ثبوتها سواءً كان ذلك بحكم قضائي أم بالتراضي مع التسليم إذ التمليك بالشفعة يعتبر شراء جديدا في حق الشفيع - أما قبل ذلك فهو ملك للمشتري ثبت له عن طريق عقد شراء صحيح ويترتب على هذا أن ما جد لهذه العين المشفوع فيها من منافع وغلات لم تكن موجودة وقت العقد فإنها تكون للمشتري إذ هي نماء ملكه وثمرة مجهوده - غير أنه دفعا لإحتمال الضرر منع المشتري من إحداث شيء في المبيع حتى يتبين موقف الشفيع وقد إختلف الفقهاء في ملك الشفيع المشفوع فيه فقال لبعضهم: أنه يملك بدون حكم الحاكم - وقال البعض الآخر: أنه لا يملك إلا بحكم الحاكم -

فقال إبن قدامة من الحنبلية[1]: يملك الشفيع المشفوعَ فيه بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذته بالثمن أو تملكته بالثمن ما دام معلومين ولا يفتقر إلى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي[2] وقال أبو حنيفة[3] يحصل بحكم الحاكم لأنه نقل للملك عن مالكه إلى غيره قهرا فافتقر إلى حكم الحاكم

---

[1] المغني ٥/٣٢١ [2] المهذب - ١/٣٧٧ [3] الهداية ٤/٢٦

ومن هذا يتبين أن إعتبار الشفعة سببا للملكية في مقابلة العقود هو عند غير الحنفية فالشفعة شراء جديد في حق الشفيع فهي من قبيل التملك بالعقود ويكون إفرادها بالذكر لخفاء هذا المعنى وعدم وجود عقد ظاهر.

والرأي الراجح:

الرأي الراجح في هذه المسئلة عندنا هو رأي الامام أبي حنيفة ووجه ذلك أن جعل الشفيع مالكا للمشفوع فيه بدون حكم الحاكم ليسبب النزاع والجدال بين الفريقين. فيجب للقضاء على الجدال والنزاع بين الفريقين أن يترك الأمر على حكم الحاكم.

هل الشفعة شراء البائع أم على المشتري:

مادام الفقهاء[1] قد قالوا إن الشفعة تعتبر شراء جديدا في حق الشفيع فعلى من يقع هذا الشراء؟ هل على البائع أم على المشتري وما حكم العقد الذي بين المتبايعين؟

---

[1] المبسوط ١٤/١٠١ وما بعدها

قالوا إذا كان المبيع فى يد المشترى تملكه الشفيع منه سواء كان طريق التملك القضاء أم الرضاء مع التسليم ولزمه أن يدفع الثمن إلى المشترى إذ التملك وقع عليه فيعتبر أنه قد إشترى إذا ظهر للمبيع مالك آخر ليستحقه غير بائعه الأوّل وهو يدوره يرجع على البائع بالثمن لأن العقد الّذى بينهما صحيح لم ينقض -

أما إذا كان المبيع فى يد البائع لم يسلمه بعد وقضى للشفيع بالشفعة عليهما - فبعض الفقهاء يقول[1] : إن العقد الأوّل الذى بين البائع والمشترى قائم لم ينقض بل تتحول الصفقة من المشترى إلى الشفيع كى لا يتعذر الأخذ بالشفعة إذا قلنا ينقض العقد الأوّل إذ الشفعة لا توجد إلا تبعاً لوجود هذا العقد وقال الآخرون :

ينقض هذا البيع وينعقد للشفيع ، بيع آخر ويفترضون البائع كأنه قد صدر منه إيجابان أحدهما مع المشترى والآخر مع الشفيع وحكم القاضى هو الّذى ينقض أحد الايجابين - وقالوا : إنه لو حكم القاضى للشفيع

---

[1] المبسوط ج ١٤ ص ١١٨

مع إعتبار العقد الأول قائماً لترتب عليه عجز المشترى عن تملك المبيع وهذا مبطل لعقد البيع إذ من شروطه القدرة على تسليم المبيع. وفوق ذلك فانهم قالوا من المتفق عليه أن للشفيع الحق فى أن يرد المبيع للبائع ما دام قد تسلمه منه من غير أن يراه - كما أن إبراء المشترى للبائع من كل عيب لا يلتزم به الشفيع ومن حقه رده بالعيب الذى يظهر فيه[1] -

متى تزول ملكية البائع:

فإذا ثبت ملكية الشفيع للمشفوع فيه على أى وجه كان ثم ظهر أن ملكية البائع للمشفوع فيه باطلة وقد نازعه آخر فى ملكيته وإستحقه بحكم قضائى فما موقف من حكم له بالإستحقاق إزاء الشفيع وإلى من يرجع الشفيع إذا إنتزعه من إستحقه منه -

يقول الفقهاء: إن الذى حكم له بإستحقاق العقار مخير بين أن يجيز هذه التصرفات التى حدثت من بيع و شفعة و يأخذ الثمن ممن تحت يده العقار لأنه خصمه وعقاره تحت يده فتعلق به

[1] المبسوط ج ١٤ ص ١١٨

حقه وإما أن يبطل هذه التصرفات وليسترد عقاره ممن هو تحت يده بائعا أم مشتريا أم شفيعا أم غيرهم -

من يضمن حق الشفيع بعد إستحقاق الغير للمبيع

والأئمة مالك والشافعي وأحمد يجعلون العهدة على المشتري مطلقا وهو بدوره يرجع على البائع وهناك من الفقهاء غير أصحاب المذاهب من قال :

أن العهدة على البائع مطلقا وعلى كل فالخلاف في هذا يرجع إلى الخلاف السابق فالذين يقولون برجوع الشفيع على المشتري يعللون بأن الشفعة إنما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشتري فوجب أن تكون العهدة عليه لأن الشفيع إنما تملك عليه هو والآخرون يرون أن الشفعة إنما وجبت للشريك بنفس البيع وقد طرأ أن الشفعة فنقضت عقد البيع وثبت الحق للشفيع بإيجاب مقدر صدوره من البائع فالتملك إنما كان على البائع فلزم أن يرجع عليه -

ويقول إبن قدامة[1]: أن الشفيع إذا أخذ المشفوع فيه فاستحقه غير بائعه فإنه يرجع بالثمن على المشترى ويرجع المشترى على البائع سواءً كان الاستلام من البائع أو من المشترى وبهذا قال الشافعي[2]، يقول أبو حنيفة[3]: إن أخذه من المشترى فالعهدة عليه وإن أخذه من البائع فالعهدة عليه.

هذا البحث نتكلم فيه عن التصرفات التى يحدثها المشترى فى المبيع قبل أن يتملك الشفيع وهكذا نتكلم فيه عن التصرفات الناقلة للملكية كبناء المساجد والهبة وما أشبه ذلك. ولا نذكر فيه أن الشفيع بأى البيعين يأخذ إذا تصرف المشترى بالبيع، وإن من الذى يخاصمه الشفيع؟.

---

[1] المغنى ٥/٣٣٤ [2] المهذب ١/٣٨٤ [3] رد المختار ٥/١٦٢

المبحث الرابع

التصرفات الحادثة فى المشفوع فيه خلال مدة الشفعة بين الشريعة والقانون:

تصرف المشترى فى المبيع قبل ان يتملك الشفيع :

قد يتصرف المشترى فى المشفوع فيه بأنواع التصرفات القولية والفعلية لأنه مالك ومن حق المالك أن يتصرف فى ملكه كما يشاء فله أن يستعمله ويزيد فيه أو ينقص منه أو يبيعه أو يهبه أو يقفه. ولكن ما حكم هذه التصرفات بالنسبة للشفيع إذا تملكه بحق الشفعة ؟

وهذا الحكم ما يلى :

إذا كان لهذا العقار شفيع غائب أو حاضر أعرض عن الشفعة على أساس خبر ظهر كذبه ولما علم بالبيع والحقيقة طالب بالشفعة وقضى له وإنتقلت الملكية إليه فماذا يكون موقف الشفيع مع المشترى؟ فإن ملكية الشفيع لما يشفع فيه لا تثبت إلا من وقت الحكم له بالشفعة أو من

وقت تسليم المشترى له وقد تصرف المشترى فى شئ مملوك له تصرفا صحيحا نافذا وبذا تكون أمام عاملين متناقضين ملكية المشترى تبيح له حق التصرف المطلق . وحق الشفعة يثبت للشفيع حق تملك المبيع إذا رغب فى ملكيته ولو جبرا عن المشترى مادام قد توفر له سبب الاستحقاق وتحققت معه الشروط ، لهذا كانت تصرفات المشترى وإن وقعت صحيحة نافذة من وقت إتمامها إلا أنها لا تبطل حق الشفيع الثابت على العقار ولا تمنع من طلبه الشفعة وإبطال ما تم من التصرفات لأن حق الشفيع أسبق وجانبه أقوى .

التصرفات الناقلة للملكية والمقررة حقا للغير

فاذا كان المشترى قد تصرف فى المشفوع فيه تصرفا ناقلا للملكية ببيعه أو جعله مهرا أو نظير أجر عمل أو وقفه أو هبته أو جعله مسجدا أو مقبرة للناس أو غير ذلك أو كان غير ناقل للملكية وإنما قد قرر حقا للغير على العقار كرهنه ضمانا لدين أو تأجيره أو أعارته فالأحناف والمالكية و الشافعية ورواية أحمد يرون نقض كل هذه التصرفات من تاريخ تملك

الشفيع ، فله عند تملكه أن يخلص ملكه من ملك الغير أو يرفع عنه الحق الذى تعلق للغير به ليتخلص له إذ هو ملكه ويقول صاحب تنوير الأبصار فى ذلك : " ينفض الشفيع جميع تصرفات المشترى حتى الوقف والمسجد والمقبره والهبة ..... " ويروى لنا إبن قدامة أن احمد بن حنبل ليسقط الشفعة إذا كان تصرف المشترى فى العقار يجعله غير قابل لحق الشفعة وعبارته فى ذلك ما يلى :

" إن تصرف المشترى فى الشقص بما لا تجب به الشفعة كالوقف والهبة والرهن وجعله مسجدا فيرى مالك والشافعى والحنفية أن من حق الشفعة فسخ ذلك التصرف وأخذه بالثمن الذى وقع البيع به لأن حق الشفيع أسبق وجانبه أقوى ولا مانع من إبطال الوقف لأجل حق الغير كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين فإنه إذا مات رد الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على الثلث . وفى رواية أخرى عن أحمد تسقط الشفعة فيما إذا تصرف بالوقف والهبة لأن الشفعة إنما تثبت فى المملوك وقد خرج هذا عن كونه

مملوكا ولأن فى الشفعة هنا اضرار بالموهوب له والموهوب عليه لأن ملكيته تزول عنه لغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر. ويقول إبن أبى موسى "من إشترى دارًا فجعلها مسجدًا فقد استهلكها وسقط حق الشفيع" وهذه المسألة مختلف فيها بين الحنفيه اذ يقول السرخسى: لو إتخذ المشترى الدار مسجدا كان للشفيع أن ينقض المسجد ويأخذ الدار بالشفعة لأن حق الشفيع فى هذه البقعة مقدم على حق المشترى فلم يكن المسجد خالصًا لله فهو فى معنى مسجد الضرار لأنه قصد الإضرار بالشفيع وهو ظاهر الرواية وروى عن أبى حنيفة أنه ليس له ذلك وهو مذهب الحسن لأن المسجد يتحرر عن حقوق العباد فيكون بمنزلة إعتاق العبد فحق الشفيع لا يمنع صحة جعل الدار مسجدًا هذه هى أقوال الفقهاء فيما إذا اتخذ المبيع محل عبادة ثم طلب بالشفعة.

شرط إبطال هذه التصرفات والثمن الواجب:

قد ذكر إن الشفيع من حقه إبطال تصرفات المشترى الناقلة للملكية والمقررة حقا للغير لكن لما كان حق الغير قد تعلق بالعقار، وحق الشفيع ثابت

عليه ايضًا. فيكون قد تعلق بالمبيع حقان حق الشفيع وحق الغير لذلك.
قال الفقهاء إن الشفيع لا يملك نقض هذه التصرفات إلا إذا كان تملك المشفوع فيه بحكم قضائي اذ يكون حكم القاضي قد أظهر أن حق الشفيع في المبيع أقوى من حق المشتري، وأن تصرف المشتري فيه. مع تعلق حق الشفيع به مضر بالشفيع، والقاضي لا يحكم إلا بعد أن يثبت له ان حق الشفيع قائم. أما إذا كانت ملكية الشفيع للمشفوع فيه جاءت عن طريق التسليم و التراضي بينه وبين المشتري فإنه لا يملك نقض ما تم من هذه التصرفات مخافة التواطؤ بينهما للإضرار بأصحاب الحق. ولا فرق بين حدوث هذه التصرفات قبل علم الشفيع بالبيع أو بعد علمه لأنه كان من واجب المشتري إخطاره ليتبين رأيه، ويخلص له ملكه إذا ما أعرض عن الشفعة أو ليسلمه إليه من غير إحداث تصرف فيه إذا ما تمسك بحقه، غير أنه يستفاد مما رواه لنا ابن قدامة عن رواية أحمد بن حنبل الثانية بسقوط حق الشفيع بالوقف والهبة والتصدق. أنها ترد على ما إذا كان التصرف قبل علم الشفيع أما بعد طلب الشفيع فلا شك في إبطالها لأنه إعتداء صريح.

بأى البيعين يأخذ الشفيع إذا تصرف المشترى بالبيع :-

الشفيع بالخيار إن شاء فسخ البيع الثانى و أخذ بالبيع الأول بثمنه لأن حقه فى الشفعة متعلق بالعقار من قبل التصرف وبمجرد تملكه و إن شاء أمضى تصرفه و أخذ بالشفعة من المشترى الثانى لأنه شفيع فى العقدين فكان له الأخذ بما شاء منهما و هكذا لو تم التبايع فى المشفوع فيه عدة مرات فاذا باع شخص لآخر دارا بمبلغ ألف روبية ثم باعها هذا المشترى لآخر بالف و مائتين و كان لهذا العقار شفيع طالب بالشفعة فى العقار فإنه مخير فى أن يأخذ العقار بالشفعة بمقتضى البيع الأول أو البيع الثانى لأن سبب الشفعة ثابت له فى كلا العقدين فان طالب بالشفعة بمقتضى العقد الأول لزمه ما قام على المشترى الأول من ثمن و مؤنة و بهذا يبطل البيع الثانى إذ الملك إنما ثبت المشترى الثانى بناء على ملكية بائعه المشترى الأول، وقد زالت هذه الملكية بالحكم للشفيع، وإن أخذ الشفيع العقار بمقتضى عقد البيع الثانى لزمه أن يرفع ما قام على المشترى الثانى من ثمن و مؤنة و لزم الأول إذ أن الشفيع بهذا يعتبر مقرًا له و يصير طلب

الشفعة هنا طلبا عاريا أى أن المشترى لا يعتبر متصرفا فى العقار تصرفا ناقلا للملكية و لذا فإنه يصح للشفيع أن يتملكه بالقضاء أو التسليم مع الرضاء و يقول إبن قدامة فى ذلك: "ولا نعلم فى هذا خلافا و به يقول مالك والشافعى و الحنفية و ما كان فى معنى البيع مما تجب به الشفعة فهو كالبيع فيما ذكر و إن كان مما لا تجب فيه الشفعة فهو كالهبة و الوقف"[1].

فإذا أخذ الشفيع بمقتضى العقد الآخير وكان لا يعلم بالبيع الأول ثم بعد أن تملك بالشفعة علم بالبيع الأول فليس له أن ينقض ما أخذه و إعتبر مقراً للبيع الأول و بطلب شفعته فيه[2].

مَن الذى يخاصمه الشفيع؟

قد ذكرنا إن الشفيع إما أن يتملك بمقتضى العقد الأول أو الثانى فإن طلبها على أساس العقد الأخير فالأمر ظاهر لأنه سيخاصم المشترى الأخير وهو فى نفس الوقت واضع اليد و بذا يكون العقد الأول لا شفعة فيه البتة

---

[1] المغنى ج ٥ ص ٣٣٤ - بداية المجتهد ٢/٢٠٣ - المهذب ١/٣٨٦ - الفتاوى الهندية ٥/١٨١

ويصبح المشترى الأول أجنبيا عن النزاع لاصلة له إلا باعتباره بائعا فقط فيمثل في الدعوى فقط إن كان المبيع في يده كما قلنا من قبل أما إذا أراد الشفيع أن يتملك بمقتضى العقد الأول فمن يكون الخصم في الدعوى يقول أبو يوسف[1]: يخاصم من في يده العقار سواء كان المشترى الأول أم الثاني. ويدفع الثمن له وهو يرجع على الأول بالنقصان، وعند ابي حنيفة ومحمد[2] يخاصم المشترى الأول لأنه سيتملك عليه هو بالعقد الذي اشترى به واعتبر العقد الثاني باطلا لا وجود له وفي هذا القول إبن قدامه[3]: "وان أخذ بالبيع الاول دفع إلى المشترى الأول، الثمن الذي اشترى به. وانفسخ عقد الآخرين ورجع الثاني على الأول بما أعطاه فإذا كان الأول اشتراه بعشرة ثم إشتراه الثاني بعشرين رجع الثاني على الأول بالعشرين مع أن الشفيع سيتملكه بالعشرة.

إن اختلف الشفيع والمشترى في الثمن فالقول لمن؟

وإن اختلف الشفيع والمشترى في الثمن فالقول قول المشترى لأن الشفيع يدعي إستحقاق الدار عليه عند نقد الأقل. وهو ينكر والقول قول المنكر مع

---

[1] الفتاوى الهندية ٥/١٨١ [2] المبسوط ١٤/١٠٨ [3] المغني ج ٥ ص ٣٣٤

يمينه. ولا يتحالفان، لأن الشفيع إن كان يدعي عليه إستحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئاً لتخييره بين الترك والأخذ ولص ههنا فلا يتحالفان[1].

إن إبن رشد المالكي[2] ذكر بعد أركان الشفعة عدة مسائل الشفعة المختلفة. و ذكر منها اختلاف الفقهاء إذا اختلف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن. فقال المشتري: اشتريت المبيع بكذا وقال الشفيع: بل إشتريته بأقل. ولم يكن لواحد منهما بينة، فهذا الإختلاف بعبارة إبن رشد ما يلي:

فقال الجمهور الفقهاء[3]: القول قول المشتري، لأن الشفيع مدع و المشفوع عليه مدعى عليه. وخالف في ذلك بعض التابعين فقالوا: القول قول الشفيع، لأن المشتري قد أقر له بوجوب الشفعة و إدعى عليه مقداراً من الثمن لم يعترف له به. و أما أصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسئلة، فقال إبن القاسم: القول قول المشتري إذا أتى بما

---

[1] الهداية شرح بداية المجتهد ج ٤ ص ٣٠ [2] بداية المجتهد ١٩٩/٢
[3] الهداية ٣٠/٤، المهذب ٣٨٦/١، المغني ٣٥٥/٥

يشبه باليمين، فإن أتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع، وقال أشهب: إذا أتى بما لا يشبه فالقول قول المشتري بلا يمين وفيما لا يشبه باليمين، وحكى عن مالك أنه قال: إذا كان المشتري ذا سلطان يعلم بالعادة أنه يزيد في الثمن قبل قول المشتري لغير يمين، وقيل إذا أتى المشتري بما لا يشبه رد الشفيع إلى القيمة، وكذلك فيما أحسب إذا أتى كل واحد منهما بما لا يشبه واختلفوا إذا أتى كل واحد منهما ببينة وتساوت العدالة، فقال ابن القاسم يسقطان معًا ويرجع إلى الأصل من أن القول قول المشتري مع يمينه، وقال أشهب: البينة بينة المشتري لأنها زادت علمًا.[1]

إن أقاما البينة فالبينة لمن؟

إختلف الفقهاء إذا أقام كل من الشفيع والمشتري ببينة في أنه لمن تكون البينة؟ فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله[2] وقال أبو يوسف رحمه الله[3]: البينة بينة المشتري، لأنها أكثر إثباتا، فصار كبينة البائع والوكيل

---

[1] بداية المجتهد ج ٢ ص ١٩٩ [2] الهداية ٤/٣٠ - [3] الفتاوى الهندية ٥/١٨١

و المشترى من العدو ، ولهما أنه لا تنافى بينهما فيجعل كأن الموجود بيعان، وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء ، وهذا بخلاف البائع مع المشترى. لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول وههنا الفسخ لا يظهر فى حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل، لأنه كالبائع والمؤكل كالمشترى منه كيف وأنها ممنوعة على ما روى عن محمد رحمه الله[١] ،

وأما المشترى من العدو فذكر فى السير الكبير: أن البينة بينة المالك القديم، قلنا أن نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثانى هنالك إلا بفسخ الأول، أما ههنا فبخلافه، ولأن بينة الشفيع ملزمة و بينة المشترى غير ملزمة والبينات للالزام[٢] -

ألرأى الراجح : فالرأى الراجح عندى أيضًا هو أن قول المشترى هو المعتبر بدليل أن الشفيع مدع . والمشفوع عليه مدعى عليه. وإذا لم يكن عند المدعى بينة يكون القول قول المدعى عليه بيمينه -

---

[١] المبسوط ١٤/١٠٨ [٢] الهداية شرح بداية المبتدى ج ٤ ص ٣٠

الفصل الخامس

مسقطات الشفعة

إن حق الشفعة يسقط بواحد من الاسباب الآتية وهي بالاختصار مايلي:-

(١) ببيع الشفيع ما يشفع به من عقار قبل أن يقضى له بالشفعة -

(٢) بتسليم الشفعة أو الرغبة عنها بعد البيع -

(٣) لضمان الدرك -

(٤) بتجزئة المشفوع فيه -

وفي تفصيل هذه الأسباب خلاف بين الفقهاء - وتفصيلها مايلي :

١ - بيع الشفيع ما يشفع به من عقار قبل أن يقضى له بالشفعة:-

إذا باع الشفيع ما يشفع به قبل العلم بالشفعة، أو بعد العلم بالشفعة وقبل الحكم بها، سقطت شفعته، بإتفاق الفقهاء[١] ماعدا إبن حزم الظاهري[٢]

---

[١] الهداية مع تكملة الفتح ٤٤٦/٧ المهذب ٢٨٠/١ بداية المجتهد ٢٥٩/٢ كشاف القناع ١٥٩/٤ [٢] المحلى ٩٥/٩

لزوال السبب الذى ليستحق به الشفعة. وهو الملك الذى يخاف الضرر بسببه.

فبطلان هذه الشفعة أمر منطقى بديهى لإنتفاء الضرر عن الشفيع الذى شرعت الشفعة من أجل دفعه عن الشريك باتفاق الفقهاء[١]، أو عن الجار.

أن الجمهور قالوا بسقوط الشفعة عند بيع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة وقال إبن حزم الظاهرى بعدم سقوط الشفعة و لكن رأى الجمهور راجح على رأى ابن حزم ووجه ذلك قوة دليلهم.

٢ - تسليم الشفعة أو الرغبة عنها بعد البيع، إذا سلم الشفيع الشفعة او رغب عنها فتسقط الشفعة، سواء كان عالماً بحقه فيها، أم غير عالم، صراحةً، أم دلالةً وضمناً. لأن الشفعة حق ضعيف يسقط بأوهى الأسباب وذلك فى المذاهب الأربعة[٢].

أما تسليم الشفعة صراحة، فمثل أن يقول الشفيع، لا أرغب فيها،

---

[١] الهداية ٤/٢٦ بداية المجتهد ٢/٢٥٥ مغنى المحتاج ٢/٢٩٥ كشاف القناع ٤/١٦٠

[٢] المراجع السابقة.

أو لا أريدها. أو أسقطها أو أبطلتها او إبرأتك عنها أو عفوت عنها أو سلمتها ونحوها على أن يكون تسليمها بعد البيع وقبل الحكم بها، لأنه لاحق له قبل البيع فيسقط، ولأنه بعد الحكم لا يملك إسقاطها إلا بعقد ناقل للملكية.

وأما تسليم الشفعة دلالة، فهو أن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري، وهو ثبوت الملك له. مثل ترك طلب المواثبة أو طلب التقرير بعد العلم بالبيع مع القدرة عليه بأن يترك الطلب على الفور من غير عذر. أو قام عن المجلس الذى علم فيه بالبيع. أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر، لأن ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالعقد وحكمه للمشتري الدخيل، ومثل أن يساوم الشفيع المشتري على شراء ما إشتراه أو إيجاره له. لأن مساومة دليل على اعراضه عن الأخذ بالشفعة. ومثل، أن يكون الشفيع وكيلا عن البائع فيما باعه، لأنه يسعى فى نقض ما تم من جهته أما إذا كان الشفيع وكيل المشتري فيما إبتاع أى إشترى لموكله فله الشفعة.

لأنها مثل الشراء وهذا التفصيل عند الحنفية[١] وبعض الحنابلة[٢] وبعض الشافعية[٣].

وقال الشافعية[٤] والحنابلة[٥] في الأرجح - إذا وكل الشفيع في البيع لم تسقط شفعته بالتوكيل - سواءً كان وكيل البائع أو وكيل المشتري لأنه وكيل فلا تسقط شفعته كالآخر - أما التهمة فلا تؤثر، لأن الموكل وكّله مع علمه بثبوت شفعته راضياً بتصرفه مع ذلك فلا يؤثر، كما لو أذن لوكيل في الشراء من نفسه -

وهناك أمران في تسليم الشفعة (أ) وهما تسليم الولي شفعة الصبي (ب) والصلح عن الشفعة -

أ - تسليم الشفعة من الولي - أوضح هذا الموضوع في بحث طلب الشفعة ويشار إليه هنا بإيجاز يتصل بأمر سقوط الشفعة -

قال أبو حنيفة[٦] وأبو يوسف[٧]: تسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز، فيسقط حقه فيها حينئذٍ، لأن الأخذ بالشفعة في معنى التجارة، بل عين التجارة -

---

١ المبسوط ١٤/١٥٥ ٢ المغني ٥/٣٨٠ ٣ مغني المحتاج ٢/٣٠٦ ٤ مغني المحتاج ٢/٣٠٦
٥ المغني ٥/٣٨٠ ٦ تبيين الحقائق ٥/٢٦٣ ٧ تكملة الفتح ٧/٤٥١

لأنه مبادلة المال بالمال، وترك الأخذ بها ترك التجارة. فيملكه الولى كما يملك ترك التجارة برد بيع شيئ للصبى، عندما يقال للأب مثلاً : بعتك هذا المال لإبنك الصغير، ولأنه أى الأخذ بالشفعة تصرف دائر بين النفع والضرر وقد تكون المصلحة فى ترك الشراء للصبى، رعاية لمصلحته، ليبقى الثمن على ملكه، والولاية نظر بحسب المصلحة.

وفصل المالكية[1] فى الأمر. فقالوا : إن كان ترك الشفعة لمصلحة القاصر، صح إسقاطها من الأب أو الوصي، وإلا فلا يصح. وللقاصر حينئذٍ طلبها متى بلغ وقال زفر[2] ومحمد[3] والحنابلة[4] : ليس للولى إسقاط شفعة الصغير. سواءً لمصلحة اولغير مصلحة وبطل الصغير على شفعته متى بلغ، لأن هذا حق ثابت للصغير، فلا يملك الولى إبطاله، كالتنازل عن دينه، وقوده - حقه فى القصاص - ولأنه نزع لدفع الضرر، فكان إبطاله إضرارا به.

---

[1] الشرح الكبير ٣/٤٨٦ - الشرح الصغير ٣/٦٤٥ [2] تبيين الحقائق ٥/٢٦٣
[3] تكملة الفتح ٧/٤٥١ [4] المغنى ٥/٣٢٩ - كشاف القناع ٤/١٦١ وما بعدها

ب - والصلح عن الشفعة ، قال الحنفية[١] :

إن صالح الشفيع عن حقه فى الشفعة بأخذ عوض عنه ، سقطت شفعته لتضمن فعله الإعراض عن الشفعة وعليه رد العوض الذى أخذه - لبطلان الصلح وبيع الحق ، لأن الشفعة مجرد حق فى التملك ، وقد شرعت لدفع الضرر عن الشفيع ، فلا تصح المعاوضة عن هذا الحق ، ويكون الإعتياض عنه رشوة -

والخلاصة : أن الصلح وإن لم يصح فإسقاط حق الشفعة صحيح ، لأن صحته لا تتوقف على العوض ، بل هو شيئ من الحقوق المالية لا تصح المعاوضة عنه ، فصار الشفيع كأنه سلم الشفعة بلا عوض[٢] -

٣ - ضمان الدرك : تسقط الشفعة عند الحنفية[٣] إذا ضمن الشفيع الدرك عن المشترى للبائع أى ضمن له الثمن عند المشترى

---

[١] البدائع ج ٥ ص ١١ - تبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٥٧

[٢] الفقه الاسلامى وادلته ج ٥ ص ٨٤٣

[٣] تبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٥٨ ، الهداية مع التكملة ج ٧ ص ٤٤٧ -

لأن هذا دليل على الرضا بالبيع الحادث للمشترى كما أن البائع اذا اشرط الخيار - هو الشفيع - البيع؛ لأن البيع تم بإمضائه. وهذا فى تقدير هو الأحق بالإتباع. وقال الشافعية[1] والحنابلة[2] : لا تسقط الشفعة ان ضمن الشفيع العهدة - المطالبة بالثمن عند استحقاق المبيع أو عيبه - للمشترى، أو شرط له الخيار، فاختار إمضاء العقد، لم تسقط شفعته، لأن المسقط لها هو الرضا بتركها بعد وجوبها بالبيع، وهذا لم يوجد، فإنه سبب سبق وجوب الشفعة، فلم تسقط به الشفعة - كالإذن بالبيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع -

٤- تجزئة المشفوع فيه : اتفق الفقهاء[3] على أن الشفعة حق لا يقبل التجزئة، فاذا تنازل - سلم - الشفيع عن بعض المشفوع فيه كالنصف مثلاً : سقط حقه فى كل المبيع، لأنه لما سلم فى النصف لبطل حقه فيه بصريح الاسقاط، ولبطل حقه فى الباقى : لأنه لا يملك حق تفريق الصفقة على المشترى

---

[1] مغنى المحتاج ٢/٣٠٦ [2] المغنى ٥/٣١٨ كشاف القناع ٤/١٨٢
[3] البدائع ٥/٢١ بداية المجتهد ٢/٢٥٨ مغنى المحتاج ٢/٣٠٦
المحلى ٩/٨٤، ٨٥ - كشاف القناع ٤/١٨٢

فسقطت شفعته في الكل، منعًا من اضرار المشتري في تفريق الصفقة عليه، والضرر لا يزال بالضرر، لكن كما قال ابو يوسف، ورأيه هو الراجح عند الحنفيه. ولا تسقط الشفعة في حال طلب نصف المشفوع فيه ويظل الحق للشفيع في أخذ الكل او ترك الكل[1].

واذا تعدد الشفعاء، فليس لبعضهم ان يهب حصته لبعض، وان فعل احدهم اسقط حق شفعته - م (١٠٤٢) مجلة

وإن اسقط احد الشفعاء حقه قبل حكم الحاكم، فللشفيع الآخر أن يأخذ تمام العقار المشفوع، وإن اسقطه بعد حكم الحاكم، فليس للآخر أن يأخذ حقه - م (١٠٤٣) مجلة

٥ - وفاة الشفيع: تسقط الشفعة عند الحنفية[2] بوفاة الشفيع سواء بعد الطلب - أي الطلبين الموائبة والتقرير - أو قبله، قبل الأخذ بالقضاء له أو تسلم المشتري إليه، لأن حق الشفعة لا يورث كخيار الشرط، إذ الحقوق لا تورث عندهم، ولأنه بالموت يزول ملك الشفيع عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع والمطلوب تحقق الملك وقت البيع.

---

[1] البدائع ج ٥ ص ٢١، ٢٢ - الدر المختار ج ٥ ص ١٧٣ - البدائع ج ٥ ص ٢٢ تبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٥٧ - اللباب ج ٢ ص ١١٣ - تكملة الفتح ج ٧ ص ٤٤٦ الدر المختار ج ٥ ص ١٧٠ - م (١٠٣٨) مجلة -

ولا تبطل الشفعة بموت المشتري لبقاء المستحق، أي أن المستحق باق، ولم يتغير سبب حقه وفصل الظاهرية والحنابلة[1] في الأمر فقالوا: إن مات الشفيع قبل ان يطلب الشفعة، سقطت شفعته ولا حق لورثته في الأخذ بالشفعة أصلاً، لأن الله تعالى إنما جعل الحق له لا لغيره والخيار لا يورث.

وتورث الشفعة إن أشهد الشفيع على مطالبته، ثم مات وللورثة المطالبة بها. لأن الإشهاد على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه.

وهذا التفصيل يؤدي إلى الاتفاق مع مذهب الحنفية في عدم إرث الشفعة قبل الطلب. وقال المالكية والشافعية[2]: يورث حق الشفعة إذا مات الشفيع بعد الطلب قبل الأخذ، فالشفعة موروثة عندهم، لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال، فيورث كخيار العيب.

والظاهر مما نقل عن هذين المذهبين في كتب غيرهم أن حق الشفعة يورث، ولو قبل طلبها من الشفيع أيضاً. لإطلاق عباراتهم، لكن الحق أنه

---

[1] المحلى ج ٩ ص ٩٦ - المغني ج ٥ ص ٣٧٥ [2] بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٦٠
المهذب ج ١ ص ٣٨٣، نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٥٨

لا بد عند الشافعية من الطلب وإلا سقط حق الشفيع نفسه فيكون مذهبهم كالحنابلة.

والخلاصة[1]: أن الشفعة لا تورث عند الحنفية بعد الطلب وتورث بعد الطلب في المذاهب الثلاثة وعند الظاهرية والخلاف محصور فيما اذا مات الشفيع قبل القضاء بالشفعة له فاذا مات بعد القضاء قبل نقد الثمن وقبض المبيع، فالبيع لازم لورثته بالاتفاق.

ومن كلامنا في مسقطات الشفعة يتبين لنا الحقائق التالية:

١- الشفعة حق ضعيف يجب أن يقوى ويتأكد بالطلب.

٢- وقد شرعت لدفع الضرر عن صاحبها من شريك أو جار.

٣- أنها لا يصح أن تكون سبباً لضرر المشتري بتفريق الصفقة عليه، إذا طلب الشفيع أخذ بعض المبيع فقط.

---

[1] الفقه الاسلامي وأدلته ج ٥ ص ٨٤٦.

إسقاط الشفعة بالحيلة :

وأخيرا تحتتم الشفعة بما لاحظناه من أن الفقهاء[1] في كتبهم يذكرون صورا يرون أنها من الحيل التي يمكن بها اسقاط حق الشفيع في الشفعة فلزم لذلك أن نبين حكم هذا التحايل من ناحية إجازة الشرع له ومنعه ثم نتبع ذلك ببعض الصور التي ذكرها الفقهاء.

رأي الفقهاء في استعمال الحيلة :

يرى الامام أبو حنيفة[2] والشافعي[3] أنه يجوز الاحتيال لإسقاط الشفعة لأن الأصل في شرع الاحتيال ويقول صاحب العناية[4]:

"وضعت هذه الحيلة لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفي استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج إلى بيانه".

وفي الهداية[5] انها مكروهة عند محمد لكن صاحب البدائع[6] فرق بين

---

[1] المبسوط ١٤/١٦٠، المهذب ١/٢٨٢، بداية المجتهد ٢/٢٦٠، المغني ٥/٣٨٢
[2] الهداية ٤/٢٥ [3] المهذب ١/٣٨١ [4] العناية على هامش تكملة الفتح ٧/٤٣٢
[5] الهداية ٤/٢٦ [6] البدائع ٥/٢١.

الاحتيال قبل وجوبها وبعده وقال انها مكروهة بعد وجوبها اتفاقاً كان يقول المشتري للشفيع صالحتك على مبلغ كذا على أن تتنازل عن حقك في الشفعة فيقبل الشفيع فيسقط حقه ولا يستحق المشتري بدل الصلح او يقول اشتريت مني - المشفوع فيه - بكذا فيقبل فتبطل شفعته، وإن كان استعمال الحيلة قبل وجوبها فيروى عن أبي يوسف لا تكره لأن ابطال الشئ بعد ثبوته ضرر وحق الشفعة لم يثبت بعد فلا تكون الحيلة إبطالاً له بل هو منع من الثبوت بمباشرة سبب الامتناع شرعاً، لكن محمد بن الحسن قال بكراهة التحايل بعد الوجوب وقبله ايضاً احتياطاً لأن جواز الحيلة يؤدي إلى سد باب الشفعة وفيه ابطال هذا الحق وقد جاء به الشرع - أما الإمام السرخسي صاحب المبسوط[1] فإنه يقول :

و الاشتغال بهذه الحيل لإسقاط حق الشفيع لا بأس به - أما قبل الوجوب فظاهر وأما بعد الوجوب فكذلك اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار

---

[1] المبسوط ١٤/١٣١

بالشفيع وإنما قصد حماية ملكه والدفاع عن نفسه، وقيل هذا قول أبي يوسف وأما عند محمد فيكره - وعلى كل فلم يقل أحد من الحنفية بتحريم إستعمال الحيلة ولكن بعضهم يحتاط مخافة قصد الإضرار بالشفيع لكن الإمام أحمد[١] والإمام مالك[٢] يريان أنه لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة وإن إحتال فلا يسقط حق الشفيع مادام قد ظهر أن ما حدث للتحايل لأن التحايل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها لأنها شرعت لدفع الضرر الذى قصد رفعه وهم يستدلون بما روى عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

"لا ترتكبوا ما إرتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل"[٣]

بعض صور الحيل: هناك صور يحتال بها فى الشفعة لإبطالها، وهى كما يلى:

١- أن يبيع داراً إلا ذراعاً منها فى طول الحد المجاور للشفيع، فلا يستحق الشفيع فيها شفعة لإنعدام التلاصق.

---

[١] المغنى ٥/٣٨٢ [٢] بداية المجتهد ٢/٢٦٢ [٣] الزيلعي فى نصب الراية بالمعناه ٤/١٧١

٢- أن يهب شخص لاخر ذراعا بطول الحد الذى بينه و بين الجار ويسلمه إليه ثم بعد أن يتملكه بالهبة يبيعه باقى العقار فلا شفعة للجار فى الموهوب لأنه خرج بغير عوض ولا فى المبيع لأنه ليس له سبب للشفعة -

٣- أن يبيع مقدار ذراع فى طول حد الجار بثمن مرتفع لا يقبله به الشفيع ثم يبيع باقى العقار بثمن مراعيًا فيه الزيادة السابقة إلى غير ذلك[1] -

---

[1] المدخل لمحمد سلام مدكور ص ٢٤٢

أهم المراجع

أولاً : القرآن الحكيم

ثانياً : كتب السنة النبوية :-

البخاري : محمد بن إسمٰعيل - توفى سنه ٢٥٦ هـ

(الجامع الصحيح) الطبعة : الثانية ، نور محمد أصح المطابع كراتشى باكستان

التهانوى : ظفر احمد العثمانى (اعلاء السنن) نشر إدارة القرآن والعلوم الاسلامية كراتشى باكستان

الشوكانى : محمد بن على بن محمد توفى ١٢٥٥ هـ (نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار)

الطبعه مصطفى البابى الحلبى - نشر المكتبة التوفيقية ، مصر

الصنعانى : محمد بن اسمٰعيل الأمير توفى ١١٨٢ هـ (سبل السلام شرح بلوغ المرام)
صححه وعلق عليه : محمد عبد العزيز الخولى - نشر مكتبة عاطف
بجوار ادارة الأزهر ، مصر

السجستانى : أبى داؤد سليمان بن اشعث (سنن ابو داؤد) - الطبعة الأولى
نشر مكتبة امداديه - ملتان - باكستان

البيهقى : ابى بكر أحمد بن الحسين بن على . توفى ٤٥٨ (السنن الكبرى)
الطبعة الاولى - نشر دار الفكر - دمشق

الدار قطنى : الامام الحافظ على بن عمر الدار قطنى (سنن الدار قطنى)
طبع فى المطبع الانصارى الواقع فى الدهلى

الترمذی : أبی عیسی محمد بن عیسی ۔ (الجامع الترمذی) الطبعة الاولی ۔
نشر سعید ایچ ۔ ایم کمپنی ۔ کرتشی پاکستان
القزوینی : أبی عبد الله محمد بن یزید توفی ۲۷۵ ھ (سنن ابن ماجه)
حققه محمد فؤاد عبد الباقی ۱۳۷۲ ھ
الطبعة الاولی ۔ نشر دار أحیاء الکتب العربیة ۔ بیروت ۔ لبنان

مالک : مالک ابن أنس (المؤطا) الطبعة الاولی ۔ نشر نور محمد ۔ اصح المطابع
کرتشی پاکستان

فوری : علاء الدین علی المتقی بن حسام الدین الهندی ۔ البرهان فوری ۔ توفی ۹۷۵ ھ
(کنز العمال) صححه الشیخ صفوة السقاء ۔ الطبعة الأولی نشر مؤسسة الرسالة بیروت لبنان
الزیلعی : جمال الدین ابی محمد عبد الله بن یوسف الحنفی ۔ توفی ۷۶۲ ھ (نصب الرایة لأحادیث الهدایة)
الطبعة الاولی ۔ نشر دار الحدیث ، مصر
الطحاوی : العالم العلامة الشیخ احمد الطحاوی ۔ (الطحاوی) الطبعة الأولی ۔ الناشر نور محمد
کارخانہ تجارت کتب آرام باغ کرتشی ۔

ثالثاً : کتب اللغة العربیة

منظور : محمد بن مکرم بن منظور الافریقی المصری (لسان العرب) الطبعة الاولی
دار صادر ۔ بیروت ۔ لبنان
المنجد : اللغة العربیة والأعلام ۔ الطبعة الأولی ۔ دار المشرق و المکتبة الشرقیة بیروت ۱۹۷۸ م

المعجم الوسیط : مجمع اللغة العربیة ۔ الطبعة الاولی ۔ دار احیاء التراث العربی
بیروت لبنان

رابعًا : الفقه الاسلامى المذهبى

١ - الفقه الحنفى :-

ابن البزار : حافظ الدين محمد بن محمد شهاب - توفى ٨٢٧ (الفتاوى البزازيه - بهامش الفتاوى الهندية) المطبعة الاميرية سنة ١٣١٠ هـ

البابرتى : أكمل الدين محمد بن محمود - توفى سنة ٧٨٦ هـ (العناية شرح الهداية)

الزيلعى : عثمان بن على (تبيين الحقائق، شرح كنز الدقائق) وبهامشه حاشية احمد الشلبى - الطبعة الاولى - المطبعة الأميرية - بولاق مصر

السرخسى : شمس الأئمة ابو بكر محمد، توفى سنة ٤٨٢ هـ (المبسوط) الطبعة الثانية - دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان -

ابن عابدين : محمد أمين - توفى ١٢٥٢ هـ (رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار) الطبعة الثانية - مطبعة مصطفى البابى الحلبى ١٣٨٩ هـ

حاشية ابن عابدين : مطبعة دار سعادت (باكستان) سنة ١٣٢٥ هـ

(الشامى المسماة) الناشر : مكتبة نعمانيه ديوبند - يوپى -

قرة عيون الاخيار تكملة لرد المحتار : محمد علاء الدين بن محمد أمين بن عمر عابدين سنة ١٣٠٦ هـ مطبعة القاهرة -

المرغينانى : ابو الحسن على بن ابى بكر بن عبد الجليل الرشدانى - المرغينانى - توفى سنة ٥٩٢ هـ (الهداية شرح بداية المبتدى) الناشر المكتبة الاسلامية بالرياض الطبعة الاخيرة ١٣٨٤ هـ ١٩٦٥ م مطبعة مصطفى البابى الحلبى -

ابن نجيم : زين العابدين إبراهيم بن نجيم - توفى ٩٧٠ هـ

(الاشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان) تحقيق وتعليق: عبد العزيز محمد الوكيل - مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع (١٣٨٧هـ ١٩٦٨م)

(البحر الرائق شرح كنز الدقائق) وبهامشه منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين - المكتبة الماجدية - باكستان

ابن الهمام: كمال الدين محمد عبد الواحد السيواسي - توفي ٦٨١هـ

(شرح فتح القدير على الهداية، ومعه شرح العناية على الهداية لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتي - حاشية سعدي جلبي
مطبعة مصطفى الباب الحلبي

إبن الهمام: شمس الدين احمد بن وقود (كمال إبن الهمام الحنفي توفي ٥٩٣هـ

(تكملة فتح القدير في كشف الرموز والإسرار) الناشر: دار الفكر - دمشق

شيخ زاده: عبد الرحمن ابن محمد در سعادت (مجمع الأنهر في شرح ملتقى الابحر)
مطبعة إدارة صائم بك - مطالع عثمانية ١٣٢٧هـ

الكاساني: علاء الدين بن ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي - توفي ٥٨٧هـ
(بدائع الصنائع) الطبعة الثانية ١٣٩٤هـ
الناشر: دار الكتب العربي، بيروت - لبنان

المنبجي: أبي محمد علي بن زكريا المنبجي - توفي ٦٨٦هـ
(اللباب في الجمع بين السنة والكتاب) الطبعة الاولى -
الناشر: دار الشروق، للنشر والتوزيع
والطباعة العربية السعودية -

٢- الفقه الشافعي:

الرافعي: أبو القاسم عبد الكريم بن محمد (فتح العزيز شرح الوجيز)

الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزه بن شهاب الدين
الشهير بالشافعي الصغير توفى سنة ١٠٠٤ هـ
(نهاية المحتاج الى شرح المنهاج) - الطبعة: مصطفى البابي الحلبي
القاهرة ١٣٥٧ هـ - الناشر: المكتبة الاسلامية - رياض

الشربيني: محمد الشربيني الخطيب - توفى سنة ٩٧٧ هـ
(مغني المحتاج الى شرح المنهاج)
الطبعة: مصطفى البابي الحلبي سنه ١٣٧٧ هـ
الناشر: دار احياء التراث العربي، بيروت

الشيرازي: الإمام الزاهد الموفق أبي اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف
الفيروز آبادي الشيرازي - (المهذب) ناشر: طبع
بمطبعة عيسى البابي الحلبي - مصر -

النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف النووي توفى سنة ٦٧٦ هـ
(مغني المحتاج شرح محمد الشربيني الخطيب)
الناشر: دار المعارف - بمصر سنة ١٣٩٣ هـ

النووي: أبو زكريا محي الدين بن شرف - توفى سنة ٦٧٦ هـ
(المجموع شرح المهذب) وبهامشه فتح العزيز شرح الوجيز -
الناشر: بمطبعة البابي الحلبي - مصر -

٣- الفقه المالكي :-

ابن رشد : محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي
توفى ٥٩٥ هـ (بداية المجتهد ونهاية المقتصد)
الطبعة : خامسة سنه ١٤٠١ هـ
الناشر : شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى مصر

شيخ خليل : علامة الشيخ خليل شرح للشيخ صالح عبد السميع الأزهرى
(جواهر الأكليل) الناشر: مطبعة داراحياء الكتب العربية
يمنى البابى الحلبى وشركاه - مصر

الخرشى : ابى عبد الله محمد بن عبد الله بن على الخرشى المالكى -
(الخرشى على مختصر سيدى خليل)
الناشر: دار الفكر - دمشق

الدردير : ابى البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير المالكى -
- (الشرح الصغير) الناشر: دار المعارف سنة ١٣٩٣ هـ مصر
- (الشرح الكبير) الناشر: دار المعارف - مصر

مالك : امام دار الهجرة الامام مالك بن انس الأصبحى
(المدونة الكبرى) الناشر: الحاج محمد آفندى
ساس المغربى التونسى - طبعت بمطبعة السعادة
بجوار محافظة مصر - سنه ١٣٢٣ هـ

٤ - الفقه الحنبلي:

البهوتي: منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، توفى ١٠٤٦ هـ
(كشاف القناع عن متن الاقناع)
راجعة: الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال.
مكتبة النصر الحديثه بالرياض

ابن قدامة: أبو محمد عبد الله بن احمد بن محمد. توفى ٦٢٠ هـ
(المغنى) على مختصر ابى القاسم عمر بن حسين بن عبد الله ابن احمد الخرقى
تحقيق وتعليق: محمد سالم محيسن. شعبان محمد إسمعيل.
الناشر: مكتبه الرياض الحديثة بالرياض
(المقنع فى فقه أحمد بن حنبل الشيبانى) مع حاشية، المطبعة السلفية بالقاهرة.

الجوزية: شمس الدين ابى عبد الله محمد بن ابى بكر المعروف بابن قيم الجوزية توفى ٧٥١ هـ
(اعلام الموقعين عن رب العلمين. الناشر: دار الجيل. بيروت لبنان سنة ١٩٧٣ م

٥ - الفقه الظاهري:-

ابن حزم: ابو محمد على بن احمد بن سعيد. توفى ٤٥٦ هـ (المحلى)
تحقيق: احمد محمد شاكر. دار لفكر. كتب قانونيه واقتصاديه.

خامسًا: كتب الفقه الحديثة

مذكور: د/ محمد سلام مذكور. (المدخل فى الفقه الاسلامي)
الطبعه: اولى سنه ١٩٥٤ م
الناشر: مكتبة عبد الله وهبة، بشارع الصحافة ببولاق. مصر

موسىٰ : د/ محمد يوسف موسىٰ

(المدخل فى الفقه الاسلامى) الطبعة الثالثة ١٣٧٧ هـ

الناشر: دار الكتاب العربي ـ مصر

زيدان د/ عبد الكريم زيدان ـ (المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية)
الطبعة: ثالثة المنقحة ١٣٨٦ هـ
الناشر: المطبعة العربية ـ بغداد

الزحيلى: د/ وهبة الزحيلى (الفقه الاسلامى وادلته)
الطبعة: أولى
الناشر: دار الفكر ـ دمشق

إبراهيم بك : أحمد إبراهيم بك (المعاملات الشرعية المالية)
الناشر: دار الفكر ـ دمشق

سادساً: كتب القانونية (القانون الباكستانى)

تنزيل الرحمٰن: د/ تنزيل الرحمٰن (مجموعة قوانين إسلام)
الناشر: إدارة تحقيقات إسلامى
إسلام آباد ـ باكستان

PRE-EMPTION, ACT : 1913 (PUNJAB).

PRE-EMPTION, ACT : 1950 (L. M. F. P.).

P.L.D., 1974— QUETTA, 18.

P.L.D., 1960— LAHORE, 900

P.L.D., 1975— LAHORE, 623

PUNJAB RECORD— 1880.

39 CALCUTTA, 915— PRIVY COUNCIL.

۱۸۲

Accession No.....

دوریات

مجلة الأحكام العدلية: لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين

الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب
آرام باغ - كرتشى