



المبحث الثالث

تصرفات المشتري في العقار قبل ثبوت الشفعة

إذا تصرف المشتري في العقار قبل الأخذ بالشفعة أو قبل علم الشفيع ببيع أو غيره من التصرفات فتصرفه صحيح^(١)؛ لأنه تصرف فيما يملكه وكون الشفيع يملك أخذه بالشفعة لا يمنع من تصرف المشتري فيه، كما لو كان أحد العوضين في البيع معيباً، فإنه لا يمنع من التصرف في الآخر، وكالموهوب له يجوز له التصرف في الهبة، وإن كان الواهب له الرجوع فيه^(٢).

وهذا هو مذهب جماهير أهل العلم.

وقيل: إن تصرفات المشتري باطلة، وهو قول شاذ في مذهب

(١) مختصر الطحاوي، ص ١٢٣، المبسوط، ج ١٤، ص ١١٣، فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٥٤١، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٣٣، الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ١٨١، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٨٥٧، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٣٧، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٦، المنهاج، ج ٢، ص ٣٣، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٧٣، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٠٣، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٨، المغني، ج ٥، ص ٣٣٤، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٥، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧٢، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤١، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٥٣.

(٢) تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٧٣، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠٣، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٨، المغني، ج ٥، ص ٣٣٤، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٥، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٥٣.

الشافعية^(١)، وذكره بعض الحنابلة في تصرفه بالبيع^(٢)؛ لأن ملكه غير تام، لتعلق حق الشفيع به^(٣).

وقيل: إن تصرف المشتري في العقار يصح ويقف على إجازة الشفيع، ذكره أبو الخطاب من الحنابلة^(٤).

ويترجح القول الأول لقوة ما استدل به له، ولأنه تصرف صدر من أهله، وصادف محلاً صالحاً له فصح ذلك التصرف، وكونه قد تعلق به حق الشفيع لا يمنع من صحة تصرف المشتري.

وبناء على ترجيح القول بصحة تصرفات المشتري في العقار قبل الأخذ بالشفعة، سيكون التفريع عليه في المطالب التالية:

* * *

المطلب الأول: تصرف المشتري بالبيع:

إذا تصرف المشتري ببيع العقار المشفوع فيه قبل الأخذ بالشفعة، فللشفيع الخيار بين أن يفسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الأول بثمنه؛ لأن الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري، وللشفيع أن يمضي تصرف المشتري ويأخذ بالشفعة من المشتري الثاني، لأنه شفيع في العقدين فكان له الأخذ بما شاء منهما، ولأن سبب الشفعة الشراء، وقد وجد من كل منهما.

وإن تباع ذلك ثلاثة أشخاص فله أن يأخذ المبيع بالبيع الأول وينفسخ العقدان الأخيران، وله أن يأخذ بالثاني وينفسخ الثالث وحده، وله أن يأخذ بالثالث ولا يفسخ شيء من العقود.

(١) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٦.

(٢) القواعد لابن رجب، ص ٣٣، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٧.

(٣) القواعد لابن رجب ص ٣٣.

(٤) القواعد لابن رجب، ص ٨٩.

فإذا أخذه من الثالث دفع إليه الثمن الذي اشترى به، ولم يرجع على أحد، لأنه وصل إليه الثمن الذي اشترى به.

وإن أخذ من الثاني دفع إليه الثمن الذي اشترى به، ورجع الثالث عليه بما أعطاه، لأنه قد انفسخ عقده وأخذ الشقص منه، فيرجع بثمنه على الثاني، لأنه أخذ منه.

وإن أخذ بالبيع الأول دفع إلى المشتري الأول الثمن الذي اشترى به، وانفسخ عقد الآخرين، ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه، ورجع الثاني على الأول بما أعطاه.

قال ابن قدامة في «المغني»^(١) بعد ذكر الكلام السابق:

ولا نعلم في هذا خلافاً، وبه يقول مالك^(٢)، والشافعي^(٣)، والعنبري، وأصحاب الرأي^(٤).

(١) ج ٥، ص ٣٣٤، وينظر في حكم بيع المشتري العقار المشفوع فيه قبل الشفعة في مذهب الحنابلة الكتب التالية: العمدة، ص ٢٧٨، المقنع، ج ٢، ص ٢٦٨، الكافي، ج ٢، ص ٤٢٩، المحرر، ج ١، ص ٣٦٦، العمدة، ص ٢٧٨ - ٢٧٩، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٥ - ٢٥٦، المبدع، ج ٥، ص ٢١٨ - ٢١٩، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧٢، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤٢، الروض المربع، ج ٥، ص ٤٤٤ - ٤٤٥، كشف القناع، ج ٤، ص ١٣.

(٢) ينظر في ذلك: المدونة، ج ٥، ص ٤١٠، البيان والتحصيل، ج ١٢، ص ١٠٠، الكافي، ج ٢، ص ٨٥٨، إرشاد السالك، ص ١٣٦، مختصر خليل، ج ٧، ص ٢٣٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٩٣، الشرح الصغير، ج ٣، ص ٥٨ - ٥٩، قوانين الأحكام الشرعية، ص ٣١٥، الفواكه الدواني، ج ٢، ص ١٦٧، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٣٦، حاشية علي الصعيدي العدوي على كفاية الطالب الرياني، ج ٢، ص ٢٠٢.

(٣) ينظر في ذلك: التنبيه، ص ١١٨، المهذب، ج ١، ص ٣٨٩، الوجيز، ج ١، ص ٢١٨، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٦، الأنوار لأعمال الأبرار، ج ١، ص ٥٦٠، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٧٣، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠٣، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٨.

(٤) ينظر في حكم بيع المشتري العقار المشفوع فيه في المذهب الحنفي الكتب التالية: =

وما ذكره ابن قدامة من أن الشفيع له الأخذ بثمن أيّ البيعين شاء، فله أن يأخذه من الأول أو من الثاني أو من الثالث، وهلم جراً، قد خالف فيه ابن أبي موسى حيث قال: يأخذه ممن هو في يده.

قال في «الفروع»^(١):

«وإن باعه ونحوه أخذه بثمن، أيّ البيعين شاء، وقال ابن أبي موسى: ممن هو في يده».

وقال في «الإنصاف»^(٢) عند قول ابن قدامة في المقنع: «وإن باع فللشفيع الأخذ بأيّ البيعين شاء» ما نصه: «هذا المذهب بلا ريب، والمشهور عند الأصحاب وقطع به كثير منهم».

وقال ابن أبي موسى: يأخذه ممن هو في يده، وهو ظاهر كلام ابن عقيل في «التذكرة»، لأنه قال: إذا خرج من يده وملكه، كيف يسلم؟».

المطلب الثاني: تصرف المشتري برهن العقار أو إجارته:

إذا تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه قبل الأخذ بالشفعة فرهنه أو أجره فهل تسقط الشفعة أو لا؟ اختلف في ذلك على قولين:

=مختصر الطحاوي، ص ١٢٣، فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٥٤١، المبسوط، ج ١٤، ص ١١٣، فتاوى ابن نجيم بهامش الغياثية، ص ١٧١، المعاملات في الشريعة الإسلامية لأحمد أبو الفتوح، ج ١، ص ٨٦.

(١) ج ٤، ص ٥٥٠.

(٢) ج ٦، ص ٢٨٧.

القول الأول: لا تسقط الشفعة، وبه قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، وهو المذهب عند الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

وعلّلوا لذلك فقالوا:

إنّ العقار المؤجر أو المرهون هو باقٍ في ملك المشتري، وحق الشفيع سابق على حق المرتهن والمستأجر^(٥)، ولأنّ إجارة المشتري لا تمنع نقل الملك، بدليل أنه يصح بيع المؤجر^(٦).

-
- (١) فتاوى قاضيخان، ج٣، ص٥٤١، المبسوط، ج١٤، ص١٠٩، ١١٣، الهداية، ج٧، ص٤٣١، الدر المختار، ج٦، ص٢٣٣، واقعات المفتين، ص١٠٦، الفتاوى الهندية، ج٥، ص١٨١.
- (٢) مختصر خليل، ج٧، ص٢٣٧، الشرح الكبير، ج٣، ص٤٩٣، الشرح الصغير، ج٣، ص٥٩، مواهب الجليل، ج٥، ص٣٣١، وبهامشه التاج والإكليل نفس الجزء والصفحة، بلغة السالك، ج٣، ص٥٩، منح الجليل، ج٧، ص٢٣٦، الفقه الواضح، ج٢، ص١٥٩.
- (٣) المهذب، ج١، ص٣٨٩، روضة الطالبين، ج٥، ص٩٦، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٥٦٠، تحفة المحتاج، ج٦، ص٧٣، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٠٣، نهاية المحتاج، ج٥، ص٢٠٨، حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج، ج٦، ص٧٣، حاشية أبي الضياء على نهاية المحتاج، ج٥، ص٢٠٨، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج٣، ص٥٠٨.
- (٤) المقنع، ج٢، ص٢٦٩، المحرر، ج١، ص٣٦٦، الإقناع، ج٢، ص٣٧٢، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٤٢، الروض المربع، ج٥، ص٤٤٥، كشف القناع، ج٤، ص١٥٢، حاشية المقنع، ج٢، ص٢٦٨.
- (٥) المهذب، ج١، ص٣٨٩، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٠٣، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٢، كشف القناع، ج٤، ص١٥٢.
- (٦) المبدع، ج٥، ص٢٢٠.

القول الثاني: تسقط الشفعة، وهو وجه عند الشافعية^(١)، وقول عند الحنابلة، ذكره في الكافي^(٢)، وجزم به في الوجيز^(٣)، والمبدع^(٤).

قال الحارثي:

أحق المصنف الرهن بالوقف والهبة، وهو بعيد عن نص الإمام أحمد رحمته الله، فإنه أبطل في الصدقة والوقف بالخروج عن اليد والملك، والرهن غير خارج عن الملك، فامتنع الإلحاق. انتهى^(٥).

ويمكن إلحاق الإجارة بالرهن في ذلك؛ لأن العقار المؤجر غير خارج عن ملك المؤجر فيمتنع إلحاقه بالوقف والهبة.

وعلى هذا يترجح القول الأول، وهو أن الشفعة لا تسقط بتصرف المشتري برهن أو إجارة. والله تعالى أعلم.

وإذا كان القول الراجح هو أن الشفعة لا تسقط فقد اختلف الفقهاء في فسخ عقد الرهن أو عقد الإجارة.

هل يفسخ عقد الرهن أو عقد الإجارة إذا أخذ الشفيع بالشفعة أو لا؟

اختلف فيه، وبيانه على النحو التالي:

-
- (١) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٦.
 - (٢) ج ٢، ص ٤٢٩.
 - (٣) نقله عنه في الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٦، ونقله عنه في حاشية المقنع أيضًا، ج ٢، ص ٢٦٨.
 - (٤) ج ٥، ص ٢١٨.
 - (٥) الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٦.

القول الأول: أنه يجوز للشفيع فسخ الرهن والإجارة، وبه قال الحنفية^(١)، وهو مقتضى مذهب المالكية^(٢)، وهو المذهب عند الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

وعللوا لذلك:

بأن الشفيع يأخذ بالشفعة بحق تقدم ثبوت تصرف المشتري فهو بمنزلة الاستحقاق في إبطال تصرف المشتري فيه^(٥).

القول الثاني: أنه يفسخ الرهن بالأخذ بالشفعة، وأما الإجارة فإن فسخها الشفيع انفسخت، وإن قررها فالأجرة للمشتري، وهذا ظاهر كلام صاحب «العباب» من الشافعية حيث قال:

«إذا تصرف المشتري بما لا يزيل ملكه كرهن وإجارة فإن آخر الأخذ لزوالهما بطل حقه، وإن شفع بطل الرهن لا الإجارة، فإن فسخها فذاك، وإن قررها فالأجرة للمشتري»^(٦).

(١) فتاوى قاضيخان، ج٣، ص٥٤١، المبسوط، ج١٤، ص١١٣، الهداية، ج٧، ص٤٣١، الدر المختار، ج٦، ص٢٣٣، واقعات المفتين، ص١٠٦، الفتاوى الهندية، ج٥، ص١٨١.

(٢) ينظر في ذلك: مختصر خليل، ج٧، ص٢٣٧، الشرح الكبير، ج٣، ص٤٩٣، الشرح الصغير، ج٣، ص٥٩، فقد نصوا فيها على الإجارة، ويمكن إلحاق الرهن بها بجامع أنه قد خرج العقار فيهما عن يده دون ملكه، وفي المغني، ج٥، ص٣٣٥، نص على الرهن عند المالكية، وأنه يجوز للشفيع أن يفسخه، وكذلك نص في الفقه الإسلامي وأدلته، ج٥، ص٨٣٤، على مذهب المالكية في الرهن.

(٣) روضة الطالبين، ج٥، ص٩٦، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٥٦٠، تحفة المحتاج، ج٦، ص٧٣، نهاية المحتاج، ج٥، ص٢٠٨.

(٤) الإقناع، ج٢، ص٣٧٢، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٤٢، الروض المربع، ج٥، ص٤٤٥، كشاف القناع، ج٤، ص١٥٢.

(٥) المبسوط، ج١٤، ص١١٣.

(٦) حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج، ج٦، ص٧٣، حاشية أبي الضياء على =

وفصل المالكية والحنابلة في الإجارة:

فقال المالكية:

هل للشفيع نقض الكراء الذي عقده المشتري أو ليس له ذلك؟ فيه تردد منشأه: هل الشفعة كالبيع أو الاستحقاق، والأرجح أنها كالبيع وعليه فلا فسخ؛ لأن المشتري قد باع شيئاً مكتري، ويكون الكراء بعد الأخذ بالشفعة للمشتري لا للشفيع، وهذا ظاهر فيما إذا كان وجيبة أو مشاهرة، ونقد المكري الكراء، ولو طالت المدة لعشرة أعوام. وقيل: إن كانت المدة قليلة كالسنة والستين فلا فسخ، بخلاف الطويلة، لما في الطويلة من الضرر بالشفيع.

ومقابل الأرجح: له فسخه مطلقاً بنوه على الأخذ بالشفعة كالأستحقاق، فإن أمضاه الشفيع، فالأجرة في المستقبل له.

قال بعضهم: والخلاف فيما إذا علم المشتري أن له شفيعاً وإلا فلا فسخ مطلقاً^(١).

وأما الحنابلة فقالوا:

أنه إذا تصرف المشتري بالإجارة، وأخذ الشفيع بالشفعة ففي الإجارة أوجه:

أحدها: تنفسخ من حين أخذه^(٢)، وهو المذهب^(٣)؛ لأن الشفيع حقه ثابت في العين والمنفعة، فيملك انتزاع كل منهما ممن هو في يده، وحق الشفيع ثابت قبل إيجار المشتري، فينفسخ بأخذه لسبق حقه^(٤).

=نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٨، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج ٣، ص ٥٠٨.

(١) الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٩٣ - ٤٩٤، الشرح الصغير، ج ٣، ص ٥٩، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٣٣١، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٤٩٣ - ٤٩٤، بلغة السالك، ج ٣، ص ٥٩، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٣٦ - ٢٣٧، الفقه الواضح، ج ٢، ص ١٥٩.

(٢) الفروع، ج ٤، ص ٥٥٠، القواعد لابن رجب، ص ٤٦.

(٣) الإنصاف، ج ٦، ص ٢٩١.

(٤) القواعد لابن رجب، ص ٤٦ - ٤٧.

الثاني: أن الإجارة لا تنفسخ، ويستحق الشفيع الأجرة من يوم أخذه بالشفعة^(١).

لأن ملك المؤجر ثابت، ويستحق الشفيع الأجرة من يوم أخذه؛ لأنه يستحق انتزاع العين والمنفعة، فإذا فات أحدهما رجع إلى بدله، وهو الأجرة ها هنا كما نقول في الوقف إذا انتقل إلى البطن الثاني، ولم تنفسخ إجارته: إنهم يستحقون الأجرة من يوم الانتقال^(٢).

الوجه الثالث: أن الشفيع بالخيار بين أن يفسخ الإجارة أو يتركها^(٣).

قال ابن رجب:

«وهو أظهر، فإن الإجارة بيع المنافع، ولو باع المشتري العين أو بعضها كان الشفيع مخيراً بين الأخذ ممن هو في يده، والفسخ ليأخذ من المشتري»^(٤).

قال الحارثي:

«ويتخرج من الوجه الذي نقول: تتوقف صحة الإجارة على إجازة البطن الثاني في الوقف، إجازة الشفيع هنا، إن أجازته: صحَّ، وإلا بطل في حقه بالأولى، قال: وهذا أقوى»^(٥).

-
- (١) الفروع، ج ٤، ص ٥٥٠، القواعد لابن رجب، ص ٤٦، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٩١.
 (٢) القواعد لابن رجب، ص ٤٦.
 (٣) القواعد لابن رجب، ص ٤٧، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٩١.
 (٤) القواعد لابن رجب، ص ٤٧.
 (٥) الإنصاف، ج ٦، ص ٢٩١.

المطلب الثالث: تصرف المشتري في العقار بوقفه أو هبته:

إذا تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه قبل الأخذ بالشفعة بوقفه أو هبته فهل تسقط الشفعة أو لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

القول الأول: لا تسقط الشفعة بالوقف ولا بالهبه، وهو المذهب عند الحنفية^(١)، وبه قال المالكية^(٢)، وهو المذهب عند الشافعية^(٣)، وبه قال أبو بكر من الحنابلة^(٤). واختاره في الفائق، وقال عنه الحارثي هو قوي جداً^(٥)، ونقله ابن عقيل في الفصول: رواية عن الإمام أحمد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٦).

(١) فتاوى قاضيخان، ج٣، ص٥٤١، المبسوط، ج١٤، ص١١٣، ١١٦، الهداية، ج٧، ص٤٣١، الاختيار لتعليل المختار، المجلد الأول، ج٢، ص٤٩، العناية شرح الهداية، ج٧، ص٤٣١، البحر الرائق، ج٨، ص١٥٥، الدر المختار، ج٦، ص٢٣٣، مجمع الأنهار، ج٢، ص٤٧٩، وبهامشه الدر المنتقى نفس الجزء والصفحة، الفتاوى الهندية، ج٥، ص١٨١.

(٢) المدونة، ج٥، ص٤١٠، قوانين الأحكام الشرعية، ص٣١٥، مختصر خليل، ج٧، ص٢٢١، الشرح الكبير، ج٣، ص٤٨٧، التاج والإكليل، ج٥، ص٣٢٦، بلغة السالك، ج٣، ص٥٤، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٦٧، حاشية علي الصعيدي العدوي على كفاية الطالب، ج٢، ص٢٠٢، منح الجليل، ج٧، ص٢٢١، الفقه الواضح، ج٢، ص٥٤.

(٣) التنبيه، ص١١٨، المهذب، ج١، ص٣٨٩، الوجيز، ج١، ص٢١٨، روضة الطالبين، ج٥، ص٩٦، الأنوار لأعمال الأبرار، ج١، ص٥٦٠، المنهاج، ج٢، ص٣٠٣، شرح الجلال المحلي، ج٣، ص٤٨، تحفة المحتاج، ج٦، ص٧٣، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٠٣، نهاية المحتاج، ج٥، ص٢٠٨، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج٣، ص٥٠٩.

(٤) المقنع، ج٢، ص٢٦٨، الكافي، ج٢، ص٤٢٩، المغني، ج٥، ص٣٣٥، المحرر، ج٢، ص٣٦٦، الشرح الكبير، ج٣، ص٢٥٤ - ٢٥٥، الفروع، ج٤، ص٥٥٠، المبدع، ج٥، ص٢١٨.

(٥) الإنصاف، ج٦، ص٢٨٥.

(٦) الفروع، ج٤، ص٥٥٠، المبدع، ج٥، ص٢١٨، الإنصاف، ج٦، ص٢٨٥.

حتى وإن جعله مسجداً ونحوه يؤمر المشتري برفع البناء ونحوه^(١).

وعلى هذا القول فللشفيع فسخ ذلك التصرف، ويأخذه بالثمن الذي وقع البيع به^(٢).

القول الثاني: تسقط الشفعة بالوقف، وبالهبه، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣)، ووجه عند الشافعية^(٤).

- (١) فتاوى قاضيخان، ج٣، ص٥٤١، النتف في الفتاوى، ج١، ص٤٩٩، العناية، ج٧، ص٤٣١، البحر الرائق، ج٨، ص١٥٥، فتاوى ابن نجيم مع الغياثية، ص١٧٠، ١٧١، الدر المختار، ج٦، ص٢٣٣، مجمع الأنهر، ج٢، ص٤٧٩، الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر نفس الجزء والصفحة، الفتاوى الهندية، ج٥، ص١٥١، الفواكه الدواني، ج٢، ص١٦٧، حاشية علي الصعيدي العدوي على كفاية الطالب الرباني، ج٢، ص٢٠٢، منح الجليل، ج٧، ص٢٢٢، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٠٣، نهاية المحتاج، ج٥، ص٢٠٨، الفروع، ج٤، ص٥٥٠، المبدع، ج٥، ص٢١٨، الإنصاف، ج٦، ص٢٨٥.
- (٢) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج٢، ص٤٣٠، المغني، ج٥، ص٣٣٥، الشرح الكبير، ج٣، ص٢٥٥، المبدع، ج٥، ص٢١٨.

تنبية: مقتضى هذا القول أن الشفيع مخير بين أن يقرَّ المشتري على تصرفه وأن ينقض التصرف، لكن الحارثي من الحنابلة قال: إن قول أبي بكر صريح في بطلان أصل التصرف، وبينهما من الفرق ما لا يخفى، هذا خلاصة ما ذكره صاحب الإنصاف، ج٦، ص٢٨٥، وقد رأيت نحو هذا في المحرر ج١، ص٣٧٧، حيث قال فيه ما نصه: «وإن وقفه أو وهبه سقطت الشفعة، نصَّ عليه، وقال أبو بكر: لا تسقط، وينقض تصرفه، ولا يصح تصرف المشتري بحال».

- (٣) المقنع، ج٢، ص٢٦٧، الكافي، ج٢، ص٤٢٩، المغني، ج٥، ص٢٣٥، المحرر، ج١، ص٣٦٦، الشرح الكبير، ج٣، ص٢٥٤ - ٢٥٥، الفروع، ج٤، ص٥٥٠، المبدع، ج٥، ص٢١٨، الإنصاف، ج٦، ص٢٨٥، الإقناع، ج٢، ص٣٧٢، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٤١، الروض المربع، ج٥، ص٤٤٣، كشاف القناع، ج٤، ص١٥٢، وفيه: ولو تصرف المشتري في الشقص المبيع قبل الطلب بوقف أو بهبة أو صدقة أو جعله عوضاً في عتق أو طلاق أو خلع أو صلح عن دم عمد ونحوه مما لا شفعة فيه ابتداء سقطت الشفعة.

وورد مثل هذا في: شرح منتهى الإرادات.

- (٤) الوجيز، ج١، ص٢١٨، روضة الطالبين، ج٥، ص٩٦.

القول الثالث: تسقط الشفعة بالوقف، وبهذا قال أبو حنيفة في رواية الحسن بن زياد عنه^(١)، وهو مذهب الحسن^(٢)، ونقله في «النتف في الفتوى»^(٣) عن أبي يوسف^(٤).

وبهذا قال مالك في إحدى الروايتين عنه على ما ذكره صاحب «الإفصاح»^(٥).

وهو وجه عند الشافعية^(٦)، وقول عند الحنابلة.

قال في «الفائق»: وخصَّ القاضي النص بالوقف، ولم يجعل غيره مسقطًا، اختاره شيخنا - يعني شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله^(٧) -.

الأدلة

أدلة القول الأول:

استدل من قال: إنَّ الشفعة لا تسقط بتصرف المشتري بالوقف ولا بالهبة بالأدلة التالية:

الدليل الأول: أن حقَّ الشفيع أسبقُ من حق المشتري، فلم يملك

(١) المبسوط، ج ١٤، ص ١١٣.

(٢) المبسوط، ج ١٤، ص ١١٣، النتف في الفتاوى، ج ١، ص ٤٩٩.

(٣) ج ١، ص ٤٩٩.

(٤) يلاحظ أن صاحب المبسوط: صور الخلاف فيهما إذا جعل العقار المشفوع فيه مسجدًا، وساق الأدلة على أساس ذلك، وأما غيره فقد جعل الخلاف في الوقف مسجدًا كان أو غير مسجد.

(٥) ج ٢، ص ٣٨.

(٦) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٦، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٥، ٢٨٦.

(٧) المبسوط، ج ١٤، ص ١١٣، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٢٩، المغني، ج ٥، ص ٣٣٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٥٥، المبدع، ج ٥، ص ٢١٨.

المشتري أن يتصرف تصرفاً يبطل حق الشفيع، فحق الشفيع سابق للتصرف، ومع بقاء التصرف لا يمكن الأخذ بالشفعة فملك الشفيع الفسخ^(١).

الدليل الثاني: أن الشفيع ملك فسخ البيع الثاني والثالث مع إمكان الأخذ بهما، فلأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به من باب أولى^(٢).

الدليل الثالث: أنه «لا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير، كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين، فإنه إذا مات ردّ الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه، بل لهم إبطال العتق، فالوقف أولى»^(٣).

الدليل الرابع: ما ذكره أبو بكر في «التنبيه»؛ حيث قال:

ولو بنى حصته مسجداً كان البناء باطلاً، لأنه وقع في غير ملك تام له^(٤).

ويقرب من هذا ما علّل به ابن عقيل في «الفصول»؛ حيث قال: وعنه لا تسقط، لأنه شفيع، وضَعَفَهُ بِوَقْفِ غَضْبٍ، أو مَرِيضٍ مَسْجِدًا^(٥).

أدلة القول الثاني:

استدل من قال: بسقوط الشفعة بالوقف أو الهبة بما يلي:

الدليل الأول: أن الشفعة إنما تثبت في المملوك، وقد خرج بهذا عن كونه مملوكاً^(٦).

- (١) المهذب، ج ١، ص ٣٨٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠٣.
- (٢) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٢٩ - ٤٣٠، المغني، ج ٥، ص ٣٣٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٥، المبدع، ج ٥، ص ٢١٨.
- (٣) المغني، ج ٥، ص ٢٣٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٥.
- (٤) الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٥.
- (٥) الفروع، ج ٤، ص ٥٥٠، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٦.
- (٦) المغني، ج ٥، ص ٣٣٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٥، المبدع، ج ٥، ص ٢١٨.

المناقشة:

قد يناقش هذا بأن الشفعة تثبت في العقار المشترك، وتصرف المشتري بالوقف أو الهبة فيما اشتراه من الشريك هو تصرف قابل للفسخ لتعلق حق الشفيع به، فلم يخرج ما وقفه المشتري أو وهبه عن الملك.

الدليل الثاني: أن في الشفعة هنا أضرارًا بالموقوف عليه، والموهوب له، لأن ملكه يزول عنه بغير عوض، ولا يزال الضرر بالضرر، بخلاف البيع، فإنه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه، فلا يلحقه الضرر^(١).

المناقشة:

قد يناقش ما ذكره من أن في القول بالشفعة ههنا إلحاق الضرر بالموقوف عليه، والموهوب له، لأن ملكه يزول عنه بغير عوض. قد يناقش: بأن ملك الموقوف عليه والموهوب له لم يستقر، لأنه مبني على تصرف المشتري بذلك، وتصرف المشتري مسبق بحق الشفيع، فلم يستقر ملكهما حتى يقال: إنه زال عنهما بغير عوض، وفي ذلك ضرر بهما.

دليل القول الثالث:

استدل في «المبسوط» لمن قال: تسقط الشفعة بالوقف فقال:

«ووجهه: أن المسجد يتحرر عن حقوق العباد، فيكون بمنزلة إعتاق العبد، وحق الشفيع لا يكون أقوى من حق المرتهن في المرهون، ثم حق

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٢٩، المغني، ج ٥، ص ٣٣٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٥، المبدع، ج ٥، ص ٢١٨، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤٢، كشف القناع، ج ٤، ص ١٥٢.

المرتهن لا يمنع حق الراهن، فكذلك حق الشفيع لا يمنع صحة جعل الدار مسجداً».

المناقشة:

قد يناقش هذا الاستدلال بما سبق في الدليل الثالث لأصحاب القول الأول، وهو أنه «لا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير، كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين، فإنه إذا مات ردَّ الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه، بل لهم إبطال العتق، فالوقف أولى».

الترجيح:

لعلَّ الأرجح - والله أعلم - هو قول الجمهور، وهو أن الشفعة لا تسقط بتصرف المشتري بالوقف أو الهبة، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: قوة ما استدل به لهذا القول، ووجاهة تلك الأدلة، وقد سلمت من المناقشة مما يجعلها صالحة لبناء الحكم عليها.

السبب الثاني: أن أدلة القولين الآخرين قد تناقش بما سبق إيراده عليهما عند ذكرهما، مما يجعل أدلة القول الأول أقوى منهما.

السبب الثالث: أن الشارع أثبت الشفعة لدفع الضرر عن الشريك في العقار، فلا يسقط ما أثبته الشارع إلا بما يدل على إسقاطه.

السبب الرابع: أن القول بسقوط الشفعة إذا وقف المشتري العقار أو وهبه، قد يفتح باب الحيلة لإسقاط الشفعة.

السبب الخامس: أن البائع قد خالف أمر رسول الله ﷺ في عدم عرض العقار المبيع على الشريك قبل البيع، فإذا باعه ولم يخبر شريكه، كان الشريك أحق به، وإن تصرف فيه مشتريه بوقف أو هبة، كما دلَّ على ذلك ما رواه مسلم عن جابر رضي الله عنه قال:

«قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم: ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به».

فقوله ﷺ في هذا الحديث: «فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به»، هو عام يدخل فيه تصرف المشتري في العقار بوقف أو هبة. والله تعالى أعلم.

المطلب الرابع: تصرف المشتري بردّ أو إقالة أو تحالف:

إذا تصرف المشتري قبل طلب الشفعة برد العقار المبيع لأجل عيب فيه، أو إقالة البائع، أو اختلفا في قدر الثمن فتحالفا وفسخ العقد، فهل هذا التصرف يسقط الشفعة أو لا؟

لإيضاح ذلك أفرد كل مسألة منها في فرع مستقل:

الفرع الأول: الرد بالعيب:

إذا تصرف المشتري بردّ العقار المبيع لعيب فيه قديم، ثم علم الشفيع وطالب بالشفعة مقدّمًا على العيب، فهل له شفعة أو تسقط شفيعته؟ فيه قولان:

القول الأول: له الشفعة، وبه قال الحنفية^(١)، والمالكية في أحد

(١) مختصر القدوري، ج٢، ص١٢١، الهداية، ج٧، ص٤٤١، البحر الرائق، ج٨، ص١٥٩، الدر المختار، ج٦، ص٢٣٨، مجمع الأنهر، ج٢، ص٤٨١، الفتاوى الهندية، ج٥، ص١٩٤.

القولين^(١)، وهو المذهب عند الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، وعلى هذا القول فللشفيع أن يفسخ الرد بالعيب، ويأخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد^(٤).

القول الثاني: تسقط الشفعة، وبه قال زُفر^(٥)، وهو أحد قولي المالكية^(٦)، ووجه عند الشافعية^(٧)، وقول في مذهب الحنابلة^(٨).

(١) حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٤٩٦.

(٢) التنبيه، ص ١١٨، المذهب، ج ١، ٣٨٩، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٧٥، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٦١ - ٦٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٩٩، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٩٩، حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي، ج ٣، ص ٤٤، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج ٣، ص ٥٠٣.

(٣) المقنع، ج ٢، ص ٢٦٨، الكافي، ج ٢، ص ٤٢٩، المغني، ج ٥، ص ٣٣٦، المحرر، ج ١، ص ٣٦٧، الفروع، ج ٤، ص ٥٥١، المبدع، ج ٥، ص ٢١٩، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٨، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤٢.

(٤) المذهب، ج ١، ص ٣٨٩، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٧٥ - ٧٦، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٦٢، مغني المحتاج، ص ٢٩٩، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٩٩، الكافي، ج ٢، ص ٤٢٩، المغني، ج ٥، ص ٣٣٦، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧٣، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٥٤.

قال الشافعية: وهل يفسخ الشفيع الرد بالعيب أو يتبين أنه كان باطلاً؟ وجهان: صحح السبكي الأول، وفائدتهما: الفوائد والزوائد من الرد إلى الأخذ، فعلى القول بالبطلان تكون للمشتري. (روضة الطالبين، ج ٥، ص ٧٦، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٦٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٩٩، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٩٩ - ٢٠٠).

(٥) البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٩، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٨١.

(٦) حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٤٩٦.

(٧) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٧٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٩٩، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٩٩، حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي، ج ٣، ص ٤٤.

(٨) الفروع، ج ٤، ص ٥٥١، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٨، في الفروع ذكره وجهًا، وفي المستوعب والتلخيص جعلاه رواية، وقال في الإنصاف: وأكثرهم حكاه قولاً، ومال إليه الحارثي.

الأدلة

ما استدل به للقول الأول: استدل له بما يلي:

الدليل الأول: أن ردَّ المشتري للمبيع على البائع، هو: «فسخ في حقهما لولايتهما على أنفسهما، وقد قصدا الفسخ، وهو بيع جديد في حق ثالث، لوجود حد البيع، وهو: مبادلة المال بالمال بالتراضي، والشفيع ثالث»^(١)، فيتجدد له به حق الشفعة^(٢).

الدليل الثاني: أن حق الشفيع سابق على الفسخ، فإنه ثابت بالبيع، وحق المشتري ثابت بالاطلاع^(٣)، ولا يمكن الشفيع الأخذ مع الرد بالعيب فملك فسخ تصرف المشتري^(٤).

دليل القول الثاني:

أن الشفيع يأخذ بالشفعة إذا استقرَّ العقد وسلم عن الرد^(٥)، والرد بالعيب هو نقض للبيع^(٦)، فتبين أن شفيعته بطلت بتسليم المبيع وإعادته لبائعه؛ حيث إن الرد بالعيب إقالة، والإقالة فسخ لقصدهما ذلك، والعبارة بقصد العاقدين^(٧).

(١) الهداية، ج ٧، ص ٤٤١.

(٢) البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٩.

(٣) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٧٥، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٦١، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٩٩، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ١٩٩.

(٤) المذهب، ج ١، ص ٣٨٩، المغني، ج ٥، ص ٣٣٦.

(٥) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٧٥، شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، ج ٣، ص ٤٤، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٩٩.

(٦) حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٣٩٦.

(٧) البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٩.

وقد ناقش هذا ابن نجيم فقال:

«قلنا: الإقالة سبب للملك بتراضيهما كالبيع، غير أنهما قصدا الفسخ، فيصح فيما لا يتضمن إبطال حق الغير، لأن لهما ولاية على أنفسهما فيكون فسحاً في حقهما، ولا ولاية لهما على غيرهما، فيكون بيعاً جديداً في حق الشفيع فيتجدد له به حق الشفعة»^(١).

الترجيح:

يترجح القول الأول لقوة ما استدل به له ووجهة تلك الأدلة، وأن ما استدل به للقول الآخر قد نوقش فلا يقوى على إثبات ما ذهبوا إليه، ولا على معارضة أدلة القول الأول.

ولأن غرض المشتري في الرد بالعيب استدراك الظلامة وتحصيل الثمن، والبائع غرضه الحصول على الثمن، وذلك حاصل لهما بأخذ الشفيع بالشفعة مع وجود العيب إذا رضي به. ولأن في إسقاط الشفعة إلحاق الضرر بالشفيع بإبطال حقه بالكلية، وفي إثباتها حفظ لحقه وحق البائع والمشتري فكان القول بإثبات الشفعة أولى.. والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: «الرد بالإقالة»:

إذا فسخ البيع بالإقالة، ثم علم الشفيع، فهل له فسخ تصرف المشتري بالإقالة، والأخذ بالشفعة، أو أن تصرف المشتري بالإقالة يسقط الشفعة؟ اختلف في ذلك الفقهاء على قولين:

القول الأول: للشفيع الأخذ بالشفعة، وبه قال الحنفية^(٢)،

(١) المصدر السابق، نفس الجزء والصفحة.

(٢) مختصر القدوري، ج٢، ص١٢١، الهداية، ج٧، ص٤٤١، البحر الرائق، ج٨، ص١٥٩. الدر المختار، ج٦، ص٢٣٨، مجمع الأنهر، ج٢، ص٤٨١، الفتاوى الهندية، ج٥، ص١٩٤.

والمالكية^(١)، وهو مذهب الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

القول الثاني: تسقط الشفعة، وبه قال زفر^(٤)، وهو وجه عند الشافعية^(٥)، ورواية عن الإمام أحمد^(٦).

وأما أدلة القولين: فهي ذات الأدلة السابقة في الرد بالعيب، فلا داعي لإعادتها هنا.

ويترجح هنا: ما ترجح هنالك، وهو أن الشفعة لا تسقط، بل هنا أولى بالترجيح لأمرين:

- (١) المدونة، ج ٥، ص ٤١١، الكافي، ج ٢، ص ٨٥٧، مختصر خليل، ج ٧، ص ٢٣٠، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٩١، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٣٢٩، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٤٩١، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٣٠.
- (٢) التنبيه، ص ١١٨، المهذب، ج ١، ص ٣٨٩، تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٦٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٩٩، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٠، حاشية عميرة، ج ٣، ص ٤٤، حاشية الجمل، ج ٣، ص ٥٠٣.
- (٣) المقنع، ج ٢، ص ٢٦٨، الكافي، ج ٢، ص ٤٢٩، المغني، ج ٥، ص ٣٣٦، المحرر، ج ١، ص ٢٦٨، الكافي، ج ٢، ص ٤٢٩، المغني، ج ٥، ص ٣٣٦، المحرر، ج ١، ص ٣٦٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٦، الفروع، ج ٤، ص ٥٥١، المبدع، ج ٥، ص ٢١٩، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٧، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٤٢، كشف القناع، ج ٤، ص ١٥٤.
- (٤) البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٩، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٨١.
- (٥) تحفة المحتاج، ج ٧، ص ٦٢، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٢٩٩، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٠، حاشية قلوب علي شرح جلال الدين المحلي، ج ٣، ص ٤٤، حاشية الجمل، ص ٥٠٣، ج ٣، ص ٥٠٣.
- (٦) الفروع، ج ٤، ص ٥٥١، المبدع، ج ٥، ص ٢١٩، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٨، وقال فيه: «وقد نصَّ الإمام أحمد - رحمته - في رواية ابن الحكم على بطلان الشفعة. وحمله القاضي على أن الشفيع عفا ولم يطالب، وتبعه ابن عقيل، قال في المستوعب: وعندي أن الكلام على ظاهره، ومتى تقايلا قبل المطالبة بالشفعة: لم تجب الشفعة، وكذا قال صاحب التلخيص، وزاد: فيكون على روايتين. قال الحارثي: والبطلان هو الذي يصح عن الإمام أحمد رحمته».

أولهما: أننا إذا قلنا: الإقالة ببيع، فهو ظاهر في الأخذ بالشفعة.
وثانيهما: اتهام البائع والمشتري إذا تقايلا بالتحايل على إبطال حق الشفيع. والله أعلم.

وبناء على القول الأول، وهو أن الشفعة لا تسقط بالإقالة، فكيف يأخذ الشفيع بالشفعة؟

في ذلك تفصيل عند الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.

فقال الحنفية: الرد بالإقالة «بمنزلة بيع مبتدأ»^(١).

وأما المالكية، فقد قال صاحب «التاج والإكليل»:

«.. وأما مسألة الخلاف إذا أقاله هل تكون عهده على البائع؟ ففي «المدونة»^(٢) قال مالك: مَنْ اشترى شقْصًا ثم استقال منه فللشفيع الشفعة بعهدته البيع، وتبطل الإقالة، وليس له الأخذ بعهدته الإقالة. والإقالة عند مالك ببيع حادث إلا في هذا.

ابن المواز: وجعله كأن المشتري هرب من العهدة، وقال أشهب: القياس عندي: أن يأخذ من أيهما شاء، ولو قاله قائل لم أعبه، ولكن الاستحسان أن لا تكون له شفعة إلا على المشتري لفراره من العهدة»^(٣).

وقال الشافعية: «وإن قاله قبل علم الشفيع بالشفعة، فإن قلنا: الإقالة ببيع، فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ بها، وبين أن ينقضها حتى يعود الشقص إلى المشتري، فيأخذ منه.

(١) الدر المختار، ج ٦، ص ٢٣٩، قال ابن عابدين عند شرح هذا النص: «وكون الإقالة بمنزلة بيع مبتدأ إذا كانت بلفظ الإقالة، فلو بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد لم تجعل بيعاً اتفاقاً». (حاشية ابن عابدين على الدر المختار، ج ٦، ص ٢٣٩).

(٢) ينظر المدونة، ج ٥، ص ٤١١.

(٣) التاج والإكليل، ج ٥، ص ٣٢٩، وينظر في ذلك: الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٨٦٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٩١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير نفس الجزء والصفحة، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٣٠ - ٢٣١.

وإن قلنا: فسخ، فهو كطلب الشفعة بعد الردّ بالعيب»^(١).

وقال الحنابلة: نحو هذا؛ حيث قالوا:

«إن قلنا: الإقالة بيع، فله الأخذ من أيهما شاء، فإن أخذ من المشتري نقض الإقالة ليعود الشقص إليه، فيأخذه منه.

وإن قلنا فسخ: فله الشفعة أيضاً، على الصحيح من المذهب.. قال الحارثي: ثم ذكر القاضي وابن عقيل.. أنه يفسخ الإقالة، ليرجع الشقص إلى المشتري فيأخذ منه.

وقال ابن أبي موسى: للشفيع انتزاعه من يد البائع، قال الحارثي: والأول أولى؛ لأن الاستشفاع: الانتزاع من يد المشتري»^(٢).

الفرع الثالث: اختلاف المشتري مع البائع في قدر الثمن:

إذا اختلف البائع والمشتري في قدر ثمن العقار المبيع، ولا بينة تحالفا وفسخ العقد، فهل هذا التصرف يسقط الشفعة أو لا؟ فيه قولان:

القول الأول: لا تسقط الشفعة، وبه قال الحنفية^(٣)، وهو المذهب عند الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

(١) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٧٧ - ٧٨.

(٢) الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٧ - ٢٨٨.

(٣) الهداية، ج ٧، ص ٤٢٦، العناية بهامش الهداية نفس الجزء والصفحة، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٢، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٢٩، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٧، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٢٣٠.

(٤) التنبيه، ص ١١٨، المهذب، ج ١، ص ٣٨٩، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٧ - ٩٨، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠٤، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٧٤، حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي، ج ٣، ص ٤٤.

(٥) المقنع، ج ٢، ص ٨٦٨، المغني، ج ٥٦، ص ٣٣٦، المحرر، ج ١، ص ٣٦٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٦، الفروع، ج ٤، ص ٥٣٦، المبدع، ج ٥، ص ٢١٩، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤٢، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٥٤.

وعلى هذا يأخذ الشفيع العقار بالثمن الذي حلف عليه البائع^(١)؛ لأن البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه، ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك، فإذا بطل حق المشتري بإنكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك، وله أن يبطل فسخهما؛ لأن حقه أسبق^(٢).

القول الثاني: تسقط الشفعة، وبه قال المالكية^(٣)، وهو وجه عند الشافعية^(٤)، وقول عند الحنابلة^(٥)؛ لأن الأخذ بالشفعة لا يكون إلا بعد ثبوت الملك للمشتري واستقراره، وهنا قد نقض العقد فلا شفعة، ولا يلزم من إقرار البائع بالبيع ثبوت الشفعة؛ لأنه قد نقض البيع الذي تستند إليه الشفعة^(٦).

ولعل القول الأول هو الراجح:

لأن الشفعة قد ثبتت للشفيع حين انعقد البيع، وفسخ المشتري لا يزيل حق الشفيع الثابت، لأن حق الشفيع أسبق، ولا ولاية للمشتري عليه.

(١) الهداية، ج٧، ص٤٢٦، البحر الرائق، ج٨، ص١٥٢، الدر المختار، ج٦، ص٢٣٠، مجمع الأنهر، ج٢، ص٤٧٧، الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر، نفس الجزء والصفحة، التنبيه، ص١١٨، المهذب، ج١، ص٣٨٩، روضة الطالبين، ج٥، ص٩٨، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٠٤، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج٦، ص٧٤، المقنع، ج٢، ص٢٦٨، المغني، ج٥، ص٣٣٦، المحرر، ج١، ص٣٦٧، الشرح الكبير، ج٣، ص٢٥٦، الفروع، ج٤، ص٥٣٦، المبدع، ج٥، ص٢١٩، الإنصاف، ج٦، ص٢٩٠، الإقناع، ج٢، ص٣٧٣، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٤٢، كشاف القناع، ج٤، ص١٥٤.

(٢) المهذب، ج١، ص٣٨٩، المغني، ج٥، ص٣٣٦، الشرح الكبير، ج٣، ص٢٥٦، المبدع، ج٥، ص٢١٩، كشاف القناع، ج٤، ص١٥٤.

(٣) الشرح الكبير، ج٣، ص٤٨٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، نفس الجزء والصفحة، منح الجليل، ج٧، ص٢١٩، ٢٤٤.

(٤) روضة الطالبين، ج٥، ص٩١، ٩٧.

(٥) الفروع، ج٤، ص٥٣٦، الإنصاف، ج٥، ص٢٩٠.

(٦) حاشية الدسوقي، ج٣، ص٤٨٦.

ولأن الفسخ لا يوجب بطلان حق الشفيع^(١)، ألا ترى أن الدار إذا ردت على البائع بعيب لا يبطل حق الشفيع بذلك، فكذلك الرد بالإقالة^(٢). والله تعالى أعلم.

المطلب الخامس: تصرف المشتري بالزيادة في العقار قبل الأخذ بالشفعة:

إذا أحدث المشتري في العقار المشفوع فيه زيادة بأن زرع أو غرس أو بنى ثم طالب الشفيع بالشفعة، فهل هذا التصرف يسقط الشفعة أو لا؟ وإذا كان لا يسقطها فماذا يجب على الشفيع دفعه حتى يأخذ بالشفعة؟ قبل بيان الحكم في ذلك يحسن ذكر الإجابة على سؤال أورده الفقهاء هنا مفاده:

كيف يتصور بناء المشتري وغرسه وزرعه في العقار المشفوع فيه على وجه مباح؟

وقد أجابوا عن ذلك بأنه يتصور في مسائل:

منها: أن يظهر المشتري أنه وهب له، أو أنه اشتراه بأكثر من ثمنه، أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الأخذ بها، فيتركها ويقاسم ثم يبني المشتري ويغرس فيه، ثم تتضح الحقيقة بعد ذلك.

(١) الهداية، ج٧، ص٤٢٦، البحر الرائق، ج٨، ص١٥٢، مجمع الأنهر، ج٢، ص٤٧٧، الدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر نفس الجزء والصفحة، حاشية ابن عابدين، ج٦، ص٢٣٠.

(٢) البحر الرائق، ج٨، ص١٥٢، مجمع الأنهر، ج٢، ص٤٧٧.

ومنها: أن يكون الشفيح غائبًا فيقاسمه وكيله، بغير علم الشفيح، أو يكون صغيرًا فيقاسمه وليه، ثم يقدم الغائب، أو يبلغ الصغير، فيأخذ بالشفعة.

ومنها: أن يكون الشفيح غائبًا، أو صغيرًا، فطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقاسم، ثم قدم الغائب، وبلغ الصغير، فأخذ بالشفعة^(١)، إذا علم هذا بقي بيان الحكم، وذلك على النحو التالي:

(أ) ففي حالة الزرع الذي له نهاية معلومة: اتفق الفقهاء على أن للشفيح الأخذ بالشفعة، ويكون الزرع للمشتري على أن يبقى في الأرض إلى الحصاد^(٢). وهل عليه أجره في هذه المدة؟

(١) مختصر خليل، ج ٧، ص ٢٣٨ - ٢٣٩، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٩٤ - ٤٩٥، بلغة السالك، ج ٣، ص ٦٠، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٤ - ٩٥، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٧٣، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج ٣، ص ٥٠٩، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٣٠، المغني، ج ٥، ص ٣٤٤، المبدع، ج ٥، ص ٢٢٠ - ٢٢١، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٢٦٩.

(٢) المبسوط، ج ١٤، ص ١١٤، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٩، الهداية، ج ٧، ص ٤٣١، الاختبار لتعليل المختار المجلد الأول، ج ٢، ص ٤٩، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٣٣، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٩، الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٨٦٥، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠٤، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٩، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٧٣، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج ٣، ص ٥٠٩، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٣٠، المغني، ج ٥، ص ٣٤٦، الفروع، ج ٤، ص ٥٤٦.

ويلاحظ أن الحنفية قالوا: إن القياس أن يقلع الزرع لكن استحسنا أن يبقى في الأرض بالأجرة، لأن له نهاية فلا ضرر فيه، وأما صاحب البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٥ فقد نقل عن المحيط: أن الزرع كالبناء يؤمر المشتري بقلعه، والذي في مصادر الحنفية السابقة أنه لا يؤمر بالقلع، بل إن صاحب بدائع الصنائع نقل إجماع الحنفية على ذلك.

قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، عليه الأجرة في هذه المدة، رعاية لجانب المشتري والشفيع^(٣).

وقيّد المالكية ذلك: بأن يشفع في وقت تمكنه الزراعة فيه، لو أرادها، فأماً إن كان وقت الزراعة قد فات، فلا شيء له من كراء الأرض^(٤).

وقال الشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦):

ليس للشفيع أجرة في هذه المدة؛ لأن المشتري زرع فيما يملكه فلم يكن متعدداً^(٧).

ولأنه زرعه بحق، فوجب إبقاؤه له كما لو باع الأرض المزروعة^(٨).

-
- (١) الاختيار لتعليل المختار، المجلد الأول، ج ٢، ص ٤٩، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٣٣، المعاملات، ج ٥، ص ٨٣٦، وقد ذكر ابن عابدين في حاشيته اختلاف الحنفية في الأجرة فينظر فيها، ج ٦، ص ٢٣٣.
- (٢) الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٨٦٥.
- (٣) حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٢٣٣.
- (٤) الكافي في فقه أهل المدينة، ج ٢، ص ٨٦٥.
- (٥) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠٤، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٩، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٧٣، حاشية الجمل على المنهج، ج ٣، ص ٥٠٩، وفي الأجرة عند الشافعية خلاف، فينظر في روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٥.
- (٦) الكافي، ج ٢، ص ٤٣٠، المغني، ج ٥، ص ٣٤٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٨، الفروع، ج ٤، ص ٥٤٦، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٩١، الإقناع، ج ٢، ص ٢٧٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٤٣، وفيه قول آخر عند الحنابلة، وهو: أن للشفيع الأجرة في هذه المدة كمنهـب الحنفية والمالكية. ينظر في ذلك: الإنصاف، ج ٦، ص ٢٩١ - ٢٩٢، المبدع، ج ٥، ص ٢٢٠.
- (٧) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٥، المغني، ج ٥، ص ٣٤٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٨.
- (٨) الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٣٠، المغني، ج ٥، ص ٣٤٦، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٨، كشف القناع، ج ٤، ص ١٥٦.

(ب) وأما في حالة البناء والغرس: فللشفيع الأخذ بالشفعة، لكن الفقهاء اختلفوا فيما يجب عليه من دفع قيمة البناء والغراس على أقوال:

القول الأول: للشفيع الخيار بين الأخذ بالثمن، وقيمة البناء والغراس مستحقي القلع^(١)، وبين تكليف المشتري بالقلع، وهذا هو المذهب عند الحنفية^(٢). واستثنا من ذلك حالتين:

إحدهما: إذا كانت الزيادة متصلة لا قيمة لها بعد فصلها كالدهن بالألوان، والنقوش بشيء كثير، فالشفيع مخير بين أن يترك العقار للمشتري، وأن يأخذه بالثمن الذي اشترى به، وقيمة الزيادة^(٣).

الثانية: إذا كان قلع البناء والشجر يضر بالأرض أجبر المشتري على إبقائهما، وأخذ قيمتهما مستحقو القلع^(٤).

(١) عبر بعض الحنفية بمقلوعين، وعبر بعضهم بمستحقي القلع، وبينهما فرق وهو: أن قيمتها مستحقي القلع أقلع من قيمتهما مقلوعين بقدر أجرة القلع. حاشية ابن عبادين، ج٦، ص٢٣٢.

(٢) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلي، ص٣٦، الحجة على أهل المدينة، ج٣، ص٨٦، مختصر الطحاوي، ص١٢٣، مختصر القدوري، ج٢، ص١١٨، النتف في الفتاوى، ج٢، ص٥٠٠، المبسوط، ج١٤، ص١٤، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٦٠، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٩، الهداية، ج٧، ص٤٣٠، المختار، المجلد الأول، ج٢، ص٤٩، البحر الرائق، ج٨، ص١٥٤، الدر المختار، ج٦، ص٢٣٢، الدر المنتقى، ج٢، ص٤٧٨، العقود الدرية، ج١، ص١٦٧.

(٣) فتاوى قاضيخان، ج٣، ص٥٤١، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص٢٨٠، البحر الرائق، ج٨، ص١٥٥، غمز عيون البصائر، ج٣، ص١٨٥، الفتاوى الهندية، ج٥، ص١٨٠، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك، ص٦٥، المعاملات في الشريعة الإسلامية لأحمد أبو الفتوح، ج١، ص٨٨.

(٤) بدائع الصنائع، ج٥، ص٢٩، الدر المختار، ج٦، ص٢٣٣، الدر المنتقى، ج٢، ص٤٧٨، حاشية ابن عبادين، ج٦، ص٢٣٣، الفتاوى الهندية، ج٥، ص١٧٩ - ١٨٠، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك، ص٦٥، المعاملات في الشريعة الإسلامية لأحمد أبو الفتوح، ج١، ص٨٨.

القول الثاني: للشفيع أن يأخذ بالثمن، وقيمة البناء أو الغراس قائماً، أو يترك الشفعة، وهذا قول ابن أبي ليلى^(١)، وبه قال أبو يوسف في رواية عنه^(٢)، وهو قول المالكية^(٣)، وهي الرواية المشهورة عن الإمام أحمد، على ما نقله صاحب «الإنصاف» عن الحارثي^(٤).

قلت: وهذا هو قول الشافعي الذي رأيت في «الأم»^(٥)؛ حيث جاء فيها ما نصه:

«قال الشافعي: وإذا اشترى رجل نصيباً من دار ثم قاسم فيه وبني ثم

= ومعنى هذا: أنه إذا كان القلع لا يضر بالأرض: لا يجبر المشتري على ترك البناء أو الغرس، كما صرحوا به في الكتب السابقة.

- (١) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ص ٣٦.
- (٢) مختصر الطحاوي، ص ١٢٣ - ١٣٤، النتف في الفتاوى، ج ١، ص ٥٠٠، المبسوط، ج ١٤، ص ١١٤، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٦٠، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٩، الهداية، ج ٧، ص ٤٣١، شرح متن الوقاية، ج ٢، ص ٢٠٢، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٨.
- (٣) بداية المجتهد، ج ١، ص ٢٦٤، إرشاد السالك، ص ١٣٦، مختصر خليل، ج ٧، ص ٢٣٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٣٩٤، الشرح الصغير، ج ٣، ص ٦٠، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٣٣١، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٤٩٤.
- (٤) نقل المرداوي في «الإنصاف»، ج ٦، ص ٣٩٣، عن الحارثي أنه قال: «إذا لم يقلع المشتري: ففي الكتاب: تخيير الشفيع بين أخذ الغراس والبناء بالقيمة، وقلعه وضمن ناقصه، وهذا ما قاله القاضي وجمهور أصحابه، قال: ولا أعرفه نقلاً عن الإمام أحمد رضي الله عنه، وإنما المنقول عنه روايتان: التخيير من غير أرش، والأخرى - وهي المشهورة عنه - : إيجاب القيمة من غير تخيير، وهو ما ذكره الخرقى، وابن أبي موسى، وابن عقيل في التذكرة، وأبو الفرج الشيرازي، وهو المذهب، زاد ابن أبي موسى: ولا يؤمر المشتري بقلع بنائه. انتهى».

قال في الفروع، ج ٤، ص ٥٤٥ - ٥٤٦ بعد أن ذكر أن للشفيع أخذ البناء والغراس بالقيمة أو قلعه وضمن ناقصه أو أقره بأجرة على ما ذكره صاحب الانتصار، ما نصه: «ونقل الجماعة: له القيمة ولا يقلعه، ونقل سندي: أله قيمة البناء أم قيمة النقص؟ قال: لا، قيمة البناء، وقال: إنهم يقولون قيمة النقص، وأنكره ورده وقال: ليس هذا كغاصب»، وقد جاء هذا النص في المبدع أيضاً، ج ٥، ص ٢٢١.

(٥) ج ٤، ص ٧.

طلبه الشفيح، قيل: إن شئت الشفعة فأدّ الثمن الذي اشتراه به، وقيمة البناء اليوم، وإن شئت فدع الشفعة، لا يكون له إلا هذا؛ لأنه بنى غير متعد، ولا يكون عليه هدم ما بنى».

القول الثالث: إن اختار المشتري قلع البناء والغراس فله ذلك، وإن لم

يختار المشتري القلع، فيدفع الشفيح الثمن، ويتخير بين ثلاثة أشياء:

١ - إبقاء ملكه في الأرض بأجرة.

٢ - وتملكه بقيمته قائماً.

٣ - وأن ينقضه، ويغرم أرش النقص، فإن أبى فلا شفعة له.

وهذا هو المذكور في أكثر كتب الشافعية^(١)، وذكره صاحب الانتصار من الحنابلة^(٢).

القول الرابع: إن اختار المشتري قلع البناء والغراس فله ذلك، وإن لم

يختار القلع، فيدفع الشفيح الثمن، ويتخير بين شيئين:

١ - تملكه بقيمته قائماً.

٢ - وأن ينقضه، ويغرم أرش النقص.

فإن أبى فلا شفعة له.

وهذا ما ذكره الشيرازي من الشافعية، في كتابيه: «التنبيه»^(٣)،

و«المهذب»^(٤)، وبه قال أكثر الحنابلة^(٥).

(١) الوجيز، ج ٢، ص ٢١٨، روضة الطالبين، ج ٥، ص ٩٥، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠٤، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٩، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج ٦، ص ٧٣، حاشية أبي الضياء الشيرازي على نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٩، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج ٣، ص ٥٠٩.

(٢) الفروع، ج ٤، ص ٥٤٥، المبدع، ج ٥، ص ٢٢١، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٩٣.

(٣) ص ١١٨.

(٤) ج ١، ص ٣٨٩.

(٥) المقنع، ج ٢، ص ٢٦٩، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٣٠، المغني، ج ٥، =

قال عنه في «الإنصاف»^(١).

«على الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، وقطع به كثير منهم».

هذه أقوال الفقهاء على وجه التفصيل، ويمكن إجمالها وإرجاعها إلى قولين في الجملة:

القول الأول: للشفيع الخيار بين تكليف المشتري بالقلع، وأخذ الأرض بالثمن الذي دفعه المشتري، على أن يدفع قيمة البناء والغرس مقلوعًا، أي: مستحق القلع إنقاضيًا، وهذا هو المذهب عند الحنفية، إلا أنهم استثنوا الزيادة المتصلة التي لا قيمة لها بعد الفصل، فقالوا: يدفع الشفيع قيمتها إن أراد الشفعة، وإذا كان القلع يضر بالأرض فيجبر المشتري على تبقيته.

القول الثاني: إن اختار المشتري قلع البناء والغراس فله ذلك، وإن لم يخر القلع، فالشفيع بالخيار، بين دفع قيمة البناء والغراس مستحق البقاء، وترك الشفعة، وهذا هو قول الجمهور على وجه العموم.

الأدلة

ما استدل به للقول الأول:

الدليل الأول: أن المشتري بنى أو غرس في محل تعلق به حق متأكد، وهو حق الشفيع، من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن إذا

=ص٣٤٤، المحرر، ج١، ص٣٦٦، الشرح الكبير، ج٣، ص٢٥٩، الفروع، ج٤، ص٥٤٥، المبدع، ج٥، ص٢٢١، الإقناع، ج٢، ص٣٧٤، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٤٤، الروض المربع، ج٥، ص٤٤٧ - ٤٤٨. كشف القناع، ج٤، ص١٥٧، حاشية المنقح، ج٢، ص٢٦٩، وقال فيها: «وهو المذهب».

(١) ج٦، ص٢٩٢.

بنى في المرهون^(١)، وكالغاصب إذا بنى فيما غصبه أمر بالنقض، فكذلك المشتري يؤمر بالنقض إذا بنى أو غرس فيما فيه شفعة^(٢).

المناقشة:

قد يناقش الاستدلال بأنه بنى أو غرس في محل تعلق به حق متأكد، وهو حق الشفيع بأن المشتري بنى أو غرس فيما له فيه حق، لأنه تصرف فيما ملكه بالشراء، والتكليف بالقلع من أحكام العدوان، وهو غير معتد في ذلك، وأما القياس على الغاصب فناقشه ابن قدامة، فقال:

«وفارق ما قاسوا عليه، فإنه بنى في ملك غيره، ولأنه عرق ظالم، وليس لعرق ظالم حق، بخلاف مسألتنا فإنه غير ظالم، فيكون له حق»^(٣).

الدليل الثاني: أن المشتري يؤمر بقلع بنائه وغراسه قياساً على جميع تصرفاته، كالبيع والوقف، فإن للشفيع نقضها فكذلك البناء والغراس له نقض ذلك^(٤)، والبناء مضر بالشفيع من حيث إنه يلزمه زيادة في الثمن لم يرضَ هو بالتزامها، وهو مبطل للحق الثابت للشفيع من الأخذ بأصل الثمن، فلا ينفذ ذلك منه كما لا ينفذ سائر التصرفات^(٥).

(١) المبسوط، ج ١٤، ص ١١٤، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٣٠، الهداية، ج ٧، ص ٤٣١، العناية بهامش الهداية نفس الجزء والصفحة، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٥، شرح صدر الشريعة على متن الوقاية، ج ٢، ص ٢٠٢، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٩، اللباب في شرح الكتاب، ج ٢، ص ١١٨ - ١١٩.

(٢) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٣٠، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٩، المغني، ج ٥، ص ٣٤٥، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك، ص ٦٦.

(٣) المغني، ج ٥، ص ٣٤٥.

(٤) المبسوط، ج ١٤، ص ١١٤، الهداية، ج ٧، ص ٤٣١، العناية بهامش الهداية نفس الجزء والصفحة، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٥، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٩، الدر المختار، ج ٦، ص ٢٣٣، كشف الحقائق، ج ٢، ص ٢٠٣.

(٥) المبسوط، ج ١٤، ص ١١٤.

المناقشة:

قد يناقش هذا القياس بأن سائر التصرفات ليس في إبطالها ضرر على المشتريين، بخلاف مسألة البناء والغراس فإن في الأمر بقلعهما ضرراً ظاهراً بالمشتري، والشفعة ثبتت لإزالة الضرر، فلا تثبت على وجه فيه ضرر ظاهر مع إمكان دفعه، وإلزام الشفيع بالثمن مع قيمة البناء والغراس قائماً ليس فيه ضرر بالشفيع، لأنه يمتلك البناء والغراس مقابل القيمة التي يدفعها.

وأما الزيادة المتصلة التي لا قيمة لها بعد فصلها:

فقد علل الحنفية لإجبار الشفيع فيها بدفع قيمتها أو ترك الشفعة:

بأنه لا يجبر المشتري على النقص لتعذر النقص على وجه يكون له قيمة، بخلاف البناء^(١)، لأنه إذا قلع له قيمة في الجملة بخلال الزخرفة^(٢)، فراعوا جانب المشتري حتى لا يضيع ماله بدون مقابل^(٣).

وأما ما استثنوه من أن القلع إذا كان يضر بالأرض يجبر على تركه ويأخذ قيمة البناء والغراس مستحقو القلع:

فلعلَّ السبب فيه: أن في القلع إلحاق الضرر بأرض الشفيع، فوجب إجبار المشتري على تبقيته بقيمته مستحقاً للهدم، وإن كان فيه ضرر على المشتري، لكنه يتحملة؛ لأنه بنى أو غرس على محل تعلق به حق غيره.

ويناقش هذا بأن فيه دفع الضرر بضرر أعلى منه، والضرر لا يدفع بضرر أعلى منه.

(١) الدر المختار، وحاشية ابن عابدين عليه، ج٦، ص ٢٣٢ - ٢٣٣.

(٢) البحر الرائق، ج٨، ص ١٥٥.

(٣) المعاملات في الشريعة الإسلامية لأحمد أبو الفتوح، ج١، ص ٨٨.

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(١). رواه أحمد، وابن ماجه.

قالوا: ولا يزول الضرر عن المشتري والشفيع إلا بذلك^(٢).

الدليل الثاني: أنه بنى وغرس في ملكه فلم يكلف قلعه مع الإضرار، كما لو لم يكن مشفوعاً^(٣).

الدليل الثالث: ما ذكره صاحب «بدائع الصنائع»^(٤)؛ حيث قال:

«إن في الجبر على النقص ضرراً بالمشتري، وهو إبطال تصرفه في ملكه، وفيما قلنا مراعاة الجانبين:

أما جانب المشتري فظاهر؛ لأن فيه صيانة حقه عن الإبطال، وأما جانب الشفيع فلأنه يأخذ البناء بقيمته، وأخذ الشيء بقيمته لا ضرر فيه على أحد».

المناقشة:

ناقش الكاساني الاستدلال بأن في النقص ضرراً بالمشتري، فقال: «قلنا: إن كان فيه ضرر به فهو الذي أضرّ بنفسه؛ حيث بنى على محل تعلق به حق غيره»^(٥).

-
- (١) الحديث أخرجه أحمد في «المسند»، ج ١، ص ٣١٣، ج ٥، ص ٣٢٦، وابن ماجه في سننه، ج ٢، ص ٧٨٤، وصححه الألباني في إرواء الغليل، ج ٣، ص ٤٠٨.
- (٢) المهذب، ج ١، ص ٣٨٩، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج ٢، ص ٤٣٠، المغني، ج ٥، ص ٣٤٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٩.
- (٣) المغني، ج ٥، ص ٣٤٥، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٩.
- (٤) ج ٥، ص ٢٩.
- (٥) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٣٠.

الإجابة عن هذه المناقشة:

قد يجاب عن هذه المناقشة بأن:

المشتري حين بنى كان محققاً في بنائه؛ لأنه بنى في ملكه، ولم يكن يعلم أنه سيؤخذ منه بالشفعة، وفي إيجاب القلع إلحاق الضرر به، ولم يكن معتدياً حتى يتحمل الضرر، ولا ضرر ولا إضرار في الإسلام.

الدليل الرابع: أن المشتري محق في البناء والغراس، وليس بمتعد؛ إذ بنى وغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء، والمحق في شيء لا يكلف قلعه؛ لأن التكليف بالقلع من أحكام العدوان، فصار كالموهوب له، والمشتري شراء فاسداً^(١)، عند أبي حنيفة^(٢)، فإن كل واحد منهما لا يكلف القلع لتصرفه في ملكه.

وكذلك المشتري، إذا زرع الأرض المشفوعة لا يكلف بالقلع باتفاق الفقهاء - كما سبق قريباً - فكذلك إذا بنى المشتري أو غرس لا يكلف بالقلع قياساً عليه^(٣).

المناقشة:

نوقش بأن تصرف المشتري بالبناء والغراس كان من غير تسليط من له الحق، وهو الشفيع بخلاف الموهوب له، أو المشتري شراء فاسداً، فإنه فعل بتسليط من المالك.

(١) المبسوط، ج ١٤، ص ١١٤، الهداية، ج ٧، ص ٤٣١، العناية شرح الهداية بهامش الهداية نفس الجزء والصفحة، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٥، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٨ - ٤٧٩.

(٢) البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٥.

(٣) المبسوط، ج ١٤، ص ١١٤، الهداية، ج ٧، ص ٤٣١، العناية شرح الهداية بهامش الهداية، نفس الجزء والصفحة، البحر الرائق، ج ٨، ص ١٥٥، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٨ - ٤٧٩.

وكذلك الزرع فإن القياس فيه أن يقلع لكن ترك القياس للاستحسان؛ لأن لإدراكه نهاية معلومة، وليس في الانتظار كثير ضرر على المشتري بخلاف الغراس والبناء^(١).

الترجيح:

لعلّ الراجح هو قول الجمهور، وهو أن المشتري لا يكلف بقلع البناء والغراس، وذلك للأسباب التالية:

السبب الأول: قوة ما استدل به لهذا القول، ووجاهة تلك الأدلة، فقد سلم بعضها من المناقشة، وأجيب عن مناقشة بعضها، مما يجعلها صالحة لبناء الحكم عليها.

السبب الثاني: أن ما استدل به للقول الآخر، قد أمكن مناقشته، ولا يقوى على معارضة ما استدل به لقول الجمهور.

السبب الثالث: أن في العمل بقول الجمهور مراعاة لقاعدة: لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، وفيه مراعاة القاعدة: الضرر لا يزال بالضرر، وفيه دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى. والله تعالى أعلم.

وبقي هنا مسألتان:

إحدهما: إن اختار الشفيح أخذ البناء والغراس بقيمته قائمًا، فأراد المشتري قلعه، فله ذلك؛ لأنه ملكه^(٢).

لكن هل له قلعه مطلقًا، أو إذا لم يكن فيه ضرر؟ اختلف فيه على قولين:

(١) نفس المرجع السابق.

(٢) المهذب، ج ١، ص ٣٨٩، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٠٤، نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٠٩.

أحدهما: له قلعه مطلقًا، وبه قال الشافعية^(١)، والصحيح من المذهب عند الحنابلة^(٢)؛ لأنه غرس وبنى في ملكه، وما حدث من النقص، إنما حدث في ملكه، وذلك مما لا يقابله ثمن^(٣)، ففي ذلك تخليص لعين ماله.

الثاني: للمشتري قلع بنائه وغرسه إذا لم يكن فيه ضرر، وهو وجه عند الحنابلة^(٤).

قال ابن قدامة في «المغني»^(٥):

«وظاهر كلام الخرقى أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع، لأنه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر.

وذلك لأنه نقص دخل على ملك غيره، لأجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه، كما لو كسر محبرة غيره، لإخراج ديناره منها.

وقولهم: إن النقص حصل في ملكه، ليس كذلك، فإن النقص الحاصل بالقلع، إنما هو في ملك الشفيع».

المسألة الثانية: في وقت التقويم وكيفيته:

إذا اختار الشفيع تملك البناء والغراس بالقيمة، فما الوقت الذي يعتبر فيه التقويم، وكيف يتم التقويم؟

-
- (١) الإنصاف، ج٦، ص٢٩٤، الإقناع، ج٢، ص٣٧٤، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٤٤، الروض المربع، ج٥، ص٤٤٨، كشف القناع، ج٤، ص١٥٧، حاشية المقنع، ج٢، ص٢٧٠.
- (٢) المغني، ج٥، ص٣٤٤، الشرح الكبير، ج٣، ص٢٥٨.
- (٣) المبدع، ج٥، ص٢٢٢، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٤٤، كشف القناع، ج٤، ص١٥٧.
- (٤) المقنع، ج٢، ص٢٧٠، المغني، ج٥، ص٣٤٤، الفروع، ج٤، ص٥٤٥، المبدع، ج٥، ص٢٢٢، الإنصاف، ج٦، ص٢٩٤.
- (٥) ج٥، ص٣٤٤.

أما الحنفية، فقد سبق بيان مذهبهم، وهو أنه يقوم مستحق القلع أنقاضاً كالمغصوب، فلا داعي لإعادته هنا.

وأما الجمهور، فقد اختلفت أنظارهم:

فقال المالكية فيما إذا هدم وبني ما نصه:

«وإن هدم وبني فله قيمته قائماً وللشفيع النقض». من المدونة: لو هدم المشتري ثم بني، قيل: للشفيع خذ بجميع الثمن وقيمة ما عمر فيها. قال أشهب: يوم القيام.

وله قيمة النقض الأول منقوضاً يوم الشراء، يحسب كم قيمة العرصة بلا بناء، وكم قيمة النقض مهدوماً، ثم يقسم الثمن على ذلك، فإن وقع منه للنقض نصفه أو ثلثه، فهو الذي يحسب للشفيع على المشتري، ويحط عنه من الثمن، ويقوم ما بقي مع قيمة البناء قائماً.

ابن المواز: وهو قول مالك وأصحابه، قال مالك: فإن لم يفعل فلا شفعة له^(١).

وقد ورد مثل هذا في كثير من كتب المالكية^(٢).

ويفهم منه: أن وقت التقويم هو: يوم الأخذ بالشفعة.

وأما كفيته: فإن الأرض تقوم بدون البناء والغراس، ثم تقوم وفيها البناء والغراس قائماً، والفرق بين القيمتين هو: قيمة البناء والغراس.

وأما ابن عبد البر فقد نصَّ في كتابه «الكافي في فقه أهل المدينة

(١) التاج والإكليل، ج ٥، ص ٣٣١.

(٢) ينظر في ذلك: مختصر خليل، ج ٧، ص ٢٣٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٩٤، الشرح الصغير، ج ٢، ص ٦٠، بلغة السالك على الشرح الصغير نفس الجزء والصفحة، منح الجليل، ج ٧، ص ٣٣٧ - ٣٣٨.

المالكي»^(١) على أن الشفيح يعطي المشتري جميع نفقته إن أراد الشفعة حيث قال فيه:

«وما بنى المشتري، أو غرس، أو عمر، فعلى الشفيح أن يعطيه جميع نفقته من الثمن إن أراد الشفعة».

وقال الشافعية:

تعتبر القيمة يوم الأخذ بالشفعة، كما صرح به الشافعي في «الأم»^(٢)، والنووي في «روضة الطالبين»^(٣).

وأما الحنابلة:

فقد قالوا: إذا أخذ الشفيح بالشفعة يدفع قيمة الغراس والبناء للمشتري حين تقويم الغراس والبناء.

وصفة تقويمه:

أن الأرض تقوم مغروسة أو مبنية، ثم تقوم خالية من الغراس والبناء، فيكون من ما بينهما قيمة الغراس أو البناء؛ لأن ذلك هو الذي زاد بالغراس أو البناء.

فيدفعه شفيح لمشتري إن أحب، أو ما نقص منه إن اختار القلع سواء كانت تلك القيمة موافقة لما أنفقه المشتري أو أكثر أو أقل.

هذا ما ذكره صاحب «الإقناع»^(٤)، و«شرح منتهى الإرادات»^(٥)، و«الروض المربع»^(٦)، و«كشاف القناع»^(٧).

(١) ج ٢، ص ٨٦٥.

(٢) ج ٤، ص ٧.

(٣) ج ٥، ص ٩٥.

(٤) ج ٢، ص ٣٧٤.

(٥) ج ٢، ص ٤٤٤.

(٦) ج ٥، ص ٤٤٧ - ٤٤٨.

(٧) ج ٤، ص ١٥٧.

ونقله الحارثي عن الأصحاب حيث قال: يعتبر بذل البناء أو الغراس بما يساويه حين التقييم، لا بما أنفق المشتري، زاد على القيمة أو نقص، ذكره أصحابنا^(١).

وهو ما استظهره ابن قدامة في «المغني»^(٢)، ونقل احتمالاً غيره؛ حيث قال فيه:

«لا يمكن إيجاب قيمته مستحقاً للبقاء في الأرض، لأنه لا يستحق ذلك، ولا قيمته مقلوعاً، لأنه لو وجبت قيمته مقلوعاً، لملك قلعه ولم يضمن شيئاً، ولأنه قد يكون مما لا قيمة له إذا قلعه. ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة.

فالظاهر: أن الأرض تقوم وفيها الغراس والبناء، ثم تقوم خالية منهما، فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء، فيدفعه الشفيع إلى المشتري إن أحب، أو ما نقص منه إن اختار القلع، لأن ذلك هو الذي زاد بالغرس والبناء. ويحتمل: أن يقوم الغرس والبناء مستحقاً للترك بالأجرة أو لأخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه».

المطلب السادس: تصرف المشتري بالنقص في العقار قبل الأخذ بالشفعة:

إذا هدم المشتري البناء، أو قطع الشجر، أو جدد الثمر، أو حصد الزرع، ثم حضر الشفيع مطالباً بالشفعة، فما الحكم في ذلك؟ للفقهاء تفصيلات في هذه المسألة أوردها على النحو التالي:

(١) الإنصاف، ج٦، ص٢٩٣.

(٢) ج٥، ص٣٤٥.

المذهب الحنفي:

إذا هدم المشتري البناء، أو قطع الشجر، أو جذّ الثمر، أو حصد الزرع، ثم حضر الشفيع، فلا سبيل للشفيع عليه، وإن كانت عينه قائمة. لأن حق الشفعة في هذه الأشياء إنما ثبت بالتبعية، وقد زالت التبعية بزوال الاتصال^(١).

إذا علم ذلك فهل يسقط عن الشفيع حصته من الثمن؟ وكيف يتم تقويم ذلك؟ وما الحكم إذا بيعت هذه الأشياء ثم طالب الشفيع بالشفعة؟

والجواب: أن الحنفية قد فصلوا حيث قالوا:

إن كان مما يدخل في العقد من غير تسمية كالبناء والشجر، وكان زوال الاتصال بفعل المشتري بأن هدم، أو قطع الشجر، تسقط حصته من الثمن^(٢).

لأنه صار مقصودًا بالإتلاف، فصار له حصة من الثمن^(٣). ويقسم الثمن على البناء، وعلى الأرض، لأنه إنما يسقط حصة البناء، فصار مضموناً عليه بفعله، وهو الهدم، والهدم صادفه وهو مبني، فتعتبر قيمته مبنياً^(٤).

ولو لم يهدم المشتري، لكنه باعه بغير الأرض، ثم حضر الشفيع كان أحق بالبناء والأرض، فيأخذ، وينتقض البيع في البناء^(٥).

لأنه باع البناء وحق الشفيع متعلق به تبعاً للأرض لوجود الاتصال، كما

(١) بدائع الصنائع، ج ٦، الهداية ج ٧، ص ٤٣٤.

(٢) تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٥٩، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٨، الهداية، ج ٧، ص ٤٣٤، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٩.

(٣) المصادر السابقة.

(٤) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٨.

(٥) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٨، حاشية ابن عابدين، ج ٦، ص ٢٣٤.

لو باع الأصل، وهو الأرض، ثم حضر الشفيح، له أن يأخذ، وينتقض البيع، كذا هذا^(١).

ولو اشترى أرضًا بمائة درهم، ورفع منها التراب، وباع التراب بمائة درهم، ثم جاء الشفيح وطلب الشفعة:

قال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل رحمته الله:

يأخذ الشفيح الأرض بنصف الثمن، وهو خمسون درهمًا، يقسم الثمن على قيمة الأرض قبل رفع التراب وعلى قيمة التراب المرفوع، ثم يطرح عن الشفيح قيمة التراب.

وقال القاضي علي السغدي رحمته الله:

لا يطرح عن الشفيح نصف الثمن، وإنما يطرح عنه بحصة النقصان.

فلو أن المشتري كبس الأرض بعد ما رفع منها التراب، فأعادها كما كانت قبل أن يحضر الشفيح، ثم حضر الشفيح، قال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل رحمته الله: يقال للمشتري ارفع من الأرض بقدر ما أحدثت فيها، ثم يكون الجواب فيه على ما قلنا^(٢).

ولو اشترى قرية فيها بيوت وأشجار ونخل، ثم باع الأشجار والبناء، فقطع المشتري بعض الأشجار، وهدم بعض البناء، ثم حضر الشفيح: كان له الأرض، وما لم يقطع من الأشجار، وما لم يهدم من البناء، وليس له أن يأخذ ما قطع، ويطرح عن الشفيح حصة ما قطع من الشجر، وما هدمه من البناء، لأنه صار مقصودًا فأخذ قسطًا من الثمن^(٣).

(١) بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٨.

(٢) فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٥٤٨.

(٣) فتاوى قاضيخان، ج ٣، ص ٥٥١، ونقله عنه أيضًا ابن نجيم في البحر الرائق، ج ٨،

وأما إن كان ممَّا لا يدخل في العقد إلا بالتسمية: كالثمر والزرع فإنه يسقط عن الشفيع حصته من الثمن، لأنه مقصود بالبيع، وقد أخذه المشتري^(١).

وتعتبر قيمته يوم العقد، لأنه أخذ الحصة بالعقد فتعتبر قيمته يوم العقد فيقسم الثمن على قيمة الأرض، وعلى قيمة الزرع وقت العقد. وهل تعتبر قيمته يوم العقد مجزوداً أو قائماً؟

رُوي عن أبي يوسف: أنه تعتبر قيمة الزرع، وهو بقل مجزود؛ لأن حق الشفيع إنما سقط بعد زوال الاتصال، فتعتبر قيمته منفصلاً لا متصلاً. وروي عن محمد: أنه تعتبر قيمته قائماً، فتقوم الأرض وفيها الزرع، والثمر، وليس فيها: الزرع، والثمر، فيسقط عن الشفيع ما بين ذلك، لأن الزرع دخل في العقد، وهو متصل، ويثبت الحق فيه وهو منفصل، وكذا الثمر فتعتبر قيمتها على صفة الاتصال، على أن في اعتبار حالة الانفصال إضراراً بالشفيع؛ إذ ليس للمفصول، والثمر المجزود، كثير قيمة، فيتضرر به الشفيع^(٢).

المذهب المالكي:

إذا بيع الأصل مع ثمرته قبل أخذ الشفيع بالشفعة، ثم جدَّ المشتري الثمرة، أسقط عن الشفيع حصة الثمرة من ثمنها مع أصلها، يوم العقد، إن كانت أزهرت، أو أبرت، يوم شرائها مع أصلها، لأن لها حصة من الثمن^(٣).

(١) تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٥٩، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٨، الهداية، ج ٧، ص ٤٣٤، الاختيار لتعليل المختار، المجلد الأول، ج ٢، ص ٥٠، مجمع الأنهر، ج ٢، ص ٤٧٩، اللباب في شرح الكتاب، ج ٢، ص ١٢٠.

(٢) تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ٥٩ - ٦٠، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٨.

(٣) الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٨٠، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٣١٩، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٠٤ - ٢٠٥.

ومن ابتاع أرضًا مع زرعها، ثم طلب الشفيع بالشفعة، فإنما له الشفعة في الأرض دون الزرع، بما ينوبها من الثمن، يوم العقد؛ لأن الزرع وقع له حصة من الثمن في الصفقة^(١).

ولا يضمن المشتري نقص الشقص إذا هدمه لمصلحة، فإن هدمه لا لمصلحة ضمن.

فإن هدم وبني: فله قيمته قائمًا على الشفيع، لعدم تعديده. وللشفيع النقص، أي المنقوض من حجر ونحوه، فإن أعاده، أو باعه، أو تصرف فيه بوجه: سقط عن الشفيع ما قابل قيمته من الثمن، فيغرم قيمة البناء قائمًا مع ما قابل قيمة الأرض من الثمن، ويسقط عنه ما قابل قيمة النقص من الثمن، فيقال: ما قيمة العرصه بلا بناء، وما قيمة النقص مهدومًا، ويقسم الثمن الذي اشترى به المشتري عليهما، فما قابل العرصه من ذلك دفعه الشفيع للمشتري زيادة على قيمة البناء قائمًا، وما قابل النقص من ذلك، فإنه يحط عنه، وتعتبر قيمة النقص يوم الشراء^(٢).

هذا حاصل مذهب المالكية، لكن ابن رشد في «البيان والتحصيل» نقل اختلافهم في هذه المسألة:

فقد نقل عن ابن القاسم: في رجل باع دارًا بعشرة دنانير فباع المشتري مصراعي الدار بعشرة، ثم جاء الشفيع، قال: لا شيء له في المصراعين، لأنهما قد فاتا بالبيع.

(١) الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٨١، التاج والإكليل، ج ٥، ص ٣١٩، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٠٨.

(٢) الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٩٤، الشرح الصغير، ج ٣، ص ٦٠، حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٤٩٤، بلغة السالك، ج ٣، ص ٦٠، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٣٧ - ٢٣٨، الفقه الواضح، ج ٢، ص ١٥٩.

ثم قال ابن رشد:

«وقوله: ولا شيء له في المصراعين، لأنهما قد فاتا بالبيع، خلاف ما نصَّ عليه في «المدونة» من أن نقض الدار إذا هدمه المشتري فباعه، لا يفوت بالبيع، وللشفيع أن يأخذ بالشفعة من يد مشتريه من المشتري.

وهذا الاختلاف جارٍ على اختلافهم في الشفعة، هل يحكم لها بحكم البيع، أو بحكم الاستحقاق؟

فعلى القول: بأنه يحكم لها بحكم البيع تفوت الأنقاض بالبيع، ويأخذ الشفيع البقعة بما ينوبها من الثمن.

وعلى القول بأنه يحكم لها بحكم الاستحقاق لا تفوت الأنقاض بالبيع، ويأخذها الشفيع من يد المشتري بالشفعة، ويرجع المشتري على الذي باعه إياها بالثمن الذي دفع إليه فيها، وإن شاء أن يجيز البيع ويأخذ الثمن كان ذلك له.

وفي «المدونة» أيضاً: ما يدل على فواتها بالبيع.

واختلف إذا فاتت إما بالبيع على هذه الرواية، وإما بفوات عينها بعد البيع على ما نصَّ عليه في «المدونة».

فقليل في ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: وهو قوله في «المدونة»، وفي هذه الرواية: إنه يأخذ البقعة بما ينوبها من الثمن.

ووجه العمل في ذلك:

أن تقوم البقعة مهدومة والنقض مطروحاً بها يوم وقعت الصفقة، ثم ينظر ما يقع للنقض من الجميع، فإن كان الثلث مثل أن يكون قيمته مقلوعاً مطروحاً بالأرض مائة، وقيمة البقعة مهدومة مائتين، قيل للشفيع إن شئت أن تأخذ البقعة بالشفعة فخذها بثلثي الثمن كان أقل من قيمة البقعة أو أكثر إن

كان الثمن ثلاثمائة وستين أخذها بالشفعة بمائتين وأربعين، وإن كان الثمن مائتين وأربعين، أخذ الشفيع البقعة بالشفعة بمائة وستين.

وهذا القول على قياس القول بأنه يحكم للأخذ بالشفعة بحكم البيع.

والقول الثاني: أنه يأخذ البقعة والثلث الذي باع به الأنقاض كان أقل من قيمته أو أكثر، ويؤدي جميع الثمن، فإن كان ثمن الأنقاض من جنس الثمن الذي اشترى به المشتري النقض قاصه منه بثلث النقض، ودفع إليه البقية.

والقول الثالث: أنه ليس للشفيع إلا الأقل من قيمة النقض أو الثمن الذي بيع به، وهو اختيار محمد بن المواز.

وهذان القولان على قياس القول بأنه يحكم للأخذ بالشفعة بحكم الاستحقاق.

وقد رأيت لسحنون أنه قال: في هذه المسألة لمالك ثلاثة أقوال، وقد قستها فلم يعتدل عندي منها شيء، وأشهب يقول فيها أيضًا قولاً، وفيها تنازع شديد، ولا أذكر في وقتي هذا قول أشهب، ويحتمل أن يريد سحنون: أن النقض تفوت بالهدم، وهذا الذي يأتي في المسألة على حقيقة القياس بأن الأخذ بالشفعة بيع من البيوع. وبالله التوفيق»^(١).

المذهب الشافعي:

قال النووي رحمته الله:

«وإن بيعت الأبنية والأشجار مع الأرض، إما صريحاً، وإما على قولنا: تستبعبها، ثبتت الشفعة فيها تبعاً للأرض، فلو كان على الشجرة ثمرة مؤبرة،

(١) البيان والتحصيل، ج ١٢، ص ١٠١ - ١٠٢.

وأدخلت في البيع بالشرط، لم تثبت فيها الشفعة، لأنها لا تدوم في الأرض فيأخذ الشفيع الأرض والنخيل بحصتها، وإن كانت غير مؤبرة، دخلت في البيع شرعاً، وهل للشفيع أخذها؟ وجهان أو قولان، أصحابهما: نعم، فعلى هذا، لو لم يتفق الأخذ حتى تأبرت، أخذها أيضاً على الأصح، والثاني: لا يأخذها، فعلى هذا، فيما يأخذ به الأرض والنخل وجهان، أصحابهما: بحصتها من الثمن كالمؤبرة، والثاني بجمع الثمن، تنزيلاً له منزلة عيب يحدث»^(١).

وقد بينَّ النووي رحمته الله في موضع آخر: أنه إذا اشترى شقصاً من دار، ثم نقضت، أن لذلك أحوالاً فذكر منها:

«أن يتلف بعضها، فينظر إن تلف شيء من العرصة... أخذ الباقي بحصته من الثمن، وإن بقيت العرصة، وتلفت السقوف والجدران... فيبنى على الخلاف السابق في كتاب البيع: أن سقف الدار المبيعة وجدارها كأحد العبدین المبيعين، أم كطرف من أطراف العبد وصفة من صفاته؟ فإن قلنا بالأصح: أنه كأحد العبدین، أخذ العرصة بحصتها من الثمن، وإن قلنا كطرف العبد، أخذها بكل الثمن»^(٢).

ثم بينَّ أن من تلك الأحوال:

«أن لا يتلف شيء منها، لكن ينفصل بعضها عن بعض بالانهدام، فهل يأخذ الشفيع النقض، فيه قولان، ويقال: وجهان، أظهرهما: نعم، فعلى هذا يأخذه مع العرصة بكل الثمن، أو يتركهما، وإن قلنا: لا يأخذه، بنى على أن السقف والجدار كأحد العبدین، أو كطرف العبد.

إن قلنا بالأول، أخذ العرصة، وما بقي من البناء بحصتها من الثمن،

(١) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٦٩.

(٢) روضة الطالبين، ج ٥، ص ٨٩.

وإلا، فوجهان، أحدهما: يأخذ بالحصّة، والثاني: وهو قياس الأصل المبنى عليه: يأخذ بتمام الثمن^(١).

مذهب الحنابلة:

بيّن الحنابلة - رحمهم الله تعالى - أن الغراس والبناء يؤخذان بالشفعة تبعًا للأرض، ولا يؤخذ بالشفعة تبعًا ولا مفردًا ثمرة ولا زرع، لأنهما لا يدخلان في البيع، فلا يدخلان في الشفعة، لأن الشفعة بيع في الحقيقة، لكن الشارع جعل للشفيع سلطان الأخذ بغير رضا المشتري.

فإن بيع الشجر مع أرض فيها شفعة، وفي الشجر ثمرة غير ظاهرة، كالطلع غير المتشقق دخل الثمر في الشفعة تبعًا، فإن لم يأخذه حتى تشقق بقي الثمر لمشتري إلى أوان أخذه^(٢). ولو كان الطلع موجودًا حال الشراء غير مؤبر، ثم أبر عند المشتري، فهو له، لكن يأخذ الشفيع الأرض والنخل بحصتهما من الثمن، لأنه فات عليه بعض ما شمله عقد الشراء، وهو الطلع الذي لم يؤبر حال العقد، فهو كما لو اشتمل الشراء الشقص وعرضًا معه^(٣).

وإن تلف بعض المبيع بفعل المشتري كهدم بيت من الدار التي بيع منها الشقص، فللشفيع أخذ الباقي من الشقص بحصته من ثمن جميع الشقص^(٤)، فلو كان الشقص المشفوع نصفًا من الدار، والبيت الذي

(١) المصدر السابق، نفس الجزء والصفحة.

(٢) الإقناع، ج ٢، ص ٣٧٣، شرح منتهى الإيرادات، ج ٢، ص ٤٤٣، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٥٦.

(٣) شرح منتهى الإيرادات، ج ٢، ص ٤٤٣، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٥٦.

(٤) المقنع، ج ٢، ص ٢٦٦، المغني، ج ٥، ص ٣٤٦ - ٣٤٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٣، الفروع، ج ٤، ص ٥٤٦، المبدع، ج ٥، ص ٢١٦، الإنصاف، ج ٦، ص ٢٨٢، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧١.

شرح منتهى الإيرادات، ج ٢، ص ٤٣٩، كشاف القناع، ج ٤، ص ١٥٠، الروض المربع، ج ٥، ص ٤٤٠.

انهدم منها نصف قيمتها أخذ الشفيع الشقص فيما بقي من الدار بنصف ثمنه^(١).

فإن كانت الأنقاض موجودة أخذها الشفيع مع العرصه والباقي من البناء بحصتهما من الثمن^(٢)، لأن استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيع، وفي تلك الحال كان متصلًا اتصالًا ليس مألّه إلى الانفصال، وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة^(٣). وإن كانت الأنقاض معدومة أخذ الشفيع العرصه وما بقي من البناء بحصته من الثمر^(٤).

لأنه تعذر عليه أخذ كل المبيع بتلف بعضه، فجاز له أخذ الباقي بحصته، كما لو تعذر عليه أخذ الكل لكون معه شفيع آخر^(٥).

خلاصة الأقوال:

إذا جذَّ المشتري الثمرة الداخلة في البيع، أو حصد الزرع يسقط عن الشفيع حصة ذلك عند الحنفية، والمالكية والحنابلة، والأصح عند الشافعية. والوجه الآخر عند الشافعية: يأخذ الشفيع الأرض بجميع الثمن، وأما إذا هدم المشتري البناء، فإنه يسقط عن الشفيع ما يقابل ذلك عند الحنفية،

-
- (١) شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٣٩، كشف القناع، ج ٤، ص ١٥٠.
 (٢) المغني، ج ٥، ص ٣٤٧، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧١، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٣٩، كشف القناع، ج ٤، ص ١٥٠، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٢٦٧.
 (٣) المغني، ج ٥، ص ٣٤٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٣.
 (٤) المغني، ج ٥، ص ٣٤٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٣، الإقناع، ج ٢، ص ٣٧١، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٣٩، كشف القناع، ج ٤، ص ١٥٠، حاشية المقنع، ج ٢، ص ٢٦٧.
 (٥) المغني، ج ٥، ص ٣٤٧، الشرح الكبير، ج ٣، ص ٢٥٣، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٤٣٩، كشف القناع، ج ٤، ص ١٥١، الروض المربع، ج ٥، ص ٤٤٠.

والمالكية إن هدمه من غير مصلحة، وهو الأصح عند الشافعية، وبه قال الحنابلة.

والوجه الآخر عند الشافعية: يأخذ الدار بكل الثمن.

وأما الأنقاض ونحوها فهل يأخذها الشفيع إذا كانت موجودة؟ فيها قولان:

أحدهما: لا يأخذها، وبه قال الحنفية، وهو أحد قولي الشافعية.

الثاني: يأخذها الشفيع، وبه قال المالكية، وهو الراجح عند الشافعية، وبه قال الحنابلة.

لكن اختلف أصحاب هذا القول، هل يأخذها بالحصّة، أو بكل الثمن. فالمالكية والحنابلة قالوا: يأخذها بالحصّة من الثمن. والشافعية قالوا: يأخذها بكل الثمن.

وأما إذا باع الأنقاض ونحو ذلك فما الذي يسقط عن الشفيع؟ اختلفوا فيه على أقوال:

أحدها: يأخذ الباقي بالحصّة من الثمن، وهو أحد قولي الحنفية، والمذهب عند المالكية والأصح عند الشافعية، وبه قال الحنابلة.

الثاني: يأخذ الباقي، والثمن الذي باع به المشتري الأنقاض، ويدفع للمشتري جميع الثمن، وهو قول عند الحنفية، والمالكية.

الثالث: للشفيع الأقل من قيمة النقص أو الثمن الذي بيع به، وهو اختيار محمد بن المواز من المالكية.

الرابع: يأخذ الشفيع بكل الثمن، وهو وجه عند الشافعية. والله تعالى أعلم.

الترجيح:

لعلّ أرجح المذاهب فيما تقدم هو مذهب الحنابلة، ومن وافقهم، لقوة ما علّل به لذلك، ووضوح هذا القول، ولأن ذلك أعدل الأقوال، وأقربها لمراعاة جانب المشتري، وجانب الشفيع، والله تعالى أعلم.