١٢ ـ كتاب: الشفعة [١]

١ ـ باب: مختصر الشفعة من الجامع من ثلاثة كتب متفرقة من بين وضع وإملاء على موطأ مالك ومن اختلاف الأحاديث ومما أوجبت فيه على قياس قوله، والله الموفق للصواب

قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: أخبرنا مالك، عن الزهري، عن سعيد، وأبي سلمة، أن النبي ﷺ قال: «**الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، فلا شفعة**» [٢] ووصله من غير حديث مالك أيوب، وأبو الزبير، عن جابر، عن النبي ﷺ مثل معنى حديث مالك، واحتج محتج بما روي عن أبي رافع: أن النبي ﷺ قال: «**الجار أحق بصقبه**» [٣]. وقال: فأقول للشريك الذي لم يقاسم: وللمقاسم شفعة، كان لصيقاً أو غير لصيق، إذا لم يكن بينه وبين الدار طريق نافذة، قلت له: فلم أعطيت بعضاً دون بعض، واسم الجوار يلزمهم، فمنعت من بينك وبينه ذراع، إذا كان نافذاً، وأعطيت من بينك وبينه رحبة أكثر من ألف ذراع، إذا لم تكن نافذة؟ فقلت له: فالجار أحق بسقبه، لا يحتمل إلا معنيين، لكل جار، أو لبعض الجيران دون بعض، فلما ثبت عن النبي ﷺ: «**لا شفعة**

---

(١) روضة الطالبين: ٥/ ٦٩، حاشية الجمل: ٣/ ٤٩٧، التنبيه: ص ٧٢، حاشية الشرقاوي: ١/ ١٤٢، غاية البيان: ص ٢١٧، المجموع: ١٤/ ٢٩٨، فتح الوهاب: ١/ ٢٣٧، الإقناع: ٢/ ٢، حاشية بجيرمي: ٣/ ١٤٥، السراج الوهاج: ص ٢٧٤، كفاية الأخيار: ١/ ١٨٤، حاشية الشرواني: ٦/ ٥٣، حاشية العبادي: ٦/ ٥٣، إعانة الطالبين: ٣/ ١٠٧، المهذب: ١/ ٣٧٦.

(٢) أخرجه البيهقي في كتاب: الشفعة، باب: الشفعة فيما لم يقسم (الحديث: ٦/ ١٠٣)، وأخرجه البغوي في «شرح السنة» (الحديث: ٨/ ٢٤٠)، وذكره ابن عبد البر في «التمهيد» (الحديث: ٧/ ٣٩) و(الحديث: ٧/ ٤٠) و(الحديث: ٧/ ٤١) و(الحديث: ٧/ ٥٠)، وذكره الساعاتي في «بدائع المنن» (الحديث: ١٣٦٢) و(الحديث: ١٣٦٣)، وذكره ابن عساكر في «تهذيب تاريخ دمشق» (الحديث: ٤/ ١١٨)، وذكره الألباني في «السلسلة الصحيحة» (الحديث: ٣/ ٣٧٤)، وذكره الألباني في «إرواء الغليل» (الحديث: ٥/ ٣٧٥)، وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير» (الحديث: ٣/ ٥٦).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: الحيل، باب: في الهبة والشفعة (الحديث: ٦٩٧٨) و(الحديث: ٦٩٨١)، وأخرجه الإمام أحمد في «مسنده» (الحديث: ٦/ ٣٩٠)، وذكره ابن حجر في «فتح الباري» في كتاب: الحيل، باب: في الهبة والشفعة (الحديث: ١٢/ ٣٤٥)، و(الحديث: ١٢/ ٣٤٨) و(الحديث: ١٢/ ٣٤٩)، وذكره الألباني في «إرواء الغليل» (الحديث: ٥/ ٣٧٦)، وذكره الهندي في «كنز العمال» (الحديث: ١٦٧١٧) و(الحديث: ١٧٧٠٠) و(الحديث: ١٧٧١٥)، وذكره ابن عبد البر في «التمهيد» (الحديث: ٧/ ٤٦).

فيما قسم» [١]. دل على أن الشفعة للجار الذي لم يقاسم، دون الجار الذي قاسم، وحديثك لا يخالف حديثنا؛ لأنه مجمل، وحديثنا مفسر، والمفسر يبين المجمل، قال: وهل يقع اسم الجوار على الشريك؟ قلت: نعم، امرأتك أقرب إليك أم شريكك؟ قال: بل امرأتي؛ لأنها ضجيعتي، قلت: فالعرب تقول امرأة الرجل جارته، قال: وأين؟ قلت: قال الأعشى:

أجارتنا بيني فإنك طالقة ... وموموقة ما كنت فينا ووامقة
أجارتنا بيني فإنك طالقة ... كذاك أمور الناس تغدو وطارقة
وبيني فإن البين خير من العصا ... وأن لا تزالي فوق رأسك بارقة
حبستك حتى لامني الناس كلهم ... وخفت بأن تأتي لدي ببائقة
وذوقي فتى حي فإني ذائق ... فتاة لحي مثل ما أنت ذائقة

فقال عروة: نزل الطلاق موافقاً لطلاق الأعشى.

قال الشافعي رحمه الله: وحديثنا أثبت إسناداً، مما روى عبد الملك، عن عطاء، عن جابر، وأشبههما لفظاً، وأعرفهما في الفرق، بين المقاسم وبين من لم يقاسم؛ لأنه إذا باع مشاعاً، باع غير متجزىء، فيكون شريكه أحق به؛ لأن حقه شائع فيه، وعليه في الداخل سوء مشاركة، ومؤنة مقاسمة، وليس كذلك المقسوم.

قال الشافعي رحمه الله: ولا شفعة إلا في مشاع، وللشفيع الشفعة بالثمن الذي وقع به البيع، فإن علم، فطلب مكانه، فهي له، وإن أمكنه، فلم يطلب، بطلت شفعته، فإن علم، فأخر الطلب، فإن كان له عذر، من حبس أو غيره، فهو على شفعته، وإلا فلا شفعة له، ولا يقطعها طول غيبته، وإنما يقطعها أن يعلم، فيترك، فإن اختلفا في الثمن، فالقول قول المشتري مع يمينه، وإن اشتراها بسلعة، فهي له بقيمة السلعة، وإن تزوج بها، فهي للشفيع بقيمة المهر، فإن طلقها قبل الدخول، رجع عليها بنصف قيمة الشقص، وإن اشتراها بثمن إلى أجل، قيل للشفيع: إن شئت فعجل الثمن، وتعجل الشفعة، وإن شئت فدع، حتى يحل الأجل.

قال الشافعي رحمه الله: ولو ورثه رجلان، فمات أحدهما، وله ابنان، فباع أحدهما نصيبه، فأراد أخوه الشفعة دون عمه، فكلاهما سواء؛ لأنهما فيها شريكان. **قال المزني** رحمه الله: هذا أصح من أحد قوليه، إن أخاه أحق بنصيبه، **قال المزني**: وفي تسويته بين الشفعتين، على كثرة ما للعم، على الأخ قضاء، لأحد قوليه على الآخر، في أخذ الشفعاء بقدر الأنصباء، ولم يختلف قوله: في المعتقين نصيبين من عبد، أحدهما أكثر من الآخر، في أن جعل عليهما قيمة الباقي منه بينهما سواء، إذا كانا موسرين، قضى ذلك من قوله، على ما وصفنا.

قال الشافعي رحمه الله: ولورثة الشفيع أن يأخذوا ما كان يأخذه أبوهم بينهم، على العدد امرأته، وابنه في ذلك سواء. **قال المزني**: وهذا يؤكد ما قلت أيضاً.

قال الشافعي رحمه الله: فإن حضر أحد الشفعاء، أخذ الكل بجميع الثمن، فإن حضر ثان، أخذ منه

---

(١) ذكره الهندي في «كنز العمال» (الحديث: ١٧٧٠٧)، وذكره القرطبي في «تفسيره» (الحديث: ٥/ ٤٧).

النصف، بنصف الثمن، فإن حضر ثالث، أخذ منهما الثلث، بثلث الثمن، حتى يكونوا سواء، فإن كان الاثنان اقتسما، كان للثالث نقض قسمتهما، فإن سلم بعضهم، لم يكن لبعض إلا أخذ الكل، أو الترك، وكذلك لو أصابها هدم من السماء، إما أخذ الكل بالثمن، وإما ترك، ولو قاسم وبنى، قبل للشفيع: إن شئت فخذ بالثمن، وقيمة البناء اليوم أودع؛ لأنه بنى غير متعد، فلا يهدم ما بنى، **قال المزني** رحمه الله: هذا عندي غلط، وكيف لا يكون متعدياً، وقد بنى فيما للشفيع فيه شرك مشاع، ولولا أن للشفيع فيه شركاً، ما كان شفيعاً، إذ كان الشريك إنما يستحق الشفعة، لأنه شريك في الدار، والعرصة بحق مشاع، فكيف يقسم، وصاحب النصيب، وهو الشفيع غائب، والقسم في ذلك فاسد، وبنى فيما ليس له، فكيف يبني غير متعد، والمخطىء في المال والعامد سواء عند الشافعي، ألا ترى لو أن رجلاً اشترى عرصة، بأمر القاضي، فبناها، فاستحقها رجل أنه يأخذ عرصته، ويهدم الباني بناءه، ويقلعه في قول الشافعي رحمه الله، فالعامد والمخطىء في بناء ما لا يملك سواء.

قال الشافعي رحمه الله: ولو كان الشقص في النخل، فزادت، كان له أخذ زائده. **قال**: ولا شفعة في بئر لا بياض لها؛ لأنها لا تحتمل القسم، وأما الطريق التي لا تملك، فلا شفعة فيها، ولا بها، وأما عرصة الدار، تكون محتملة للقسم، وللقوم طريق إلى منازلهم، فإذا بيع منه شيء، ففيه الشفعة. **قال**: ولولي اليتيم، وأبى الصبي أن يأخذا بالشفعة، لمن يليان، إذا كانت غبطة، فإن لم يفعلا، فإذا وليا مالهما أخذاها، فإن اشترى شقصاً، على أنهما جميعاً بالخيار، فلا شفعة حتى يسلم البائع. **قال**: ولو كان الخيار للمشتري دون البائع، فقد خرج من ملك البائع، وفيه الشفعة، ولو كان مع الشفعة عرض، والثمن واحد، فإنه يأخذ الشفعة بحصتها من الثمن، وعهدة المشتري على البائع، وعهدة الشفيع على المشتري. **قال المزني** رحمه الله: وهذه مسائل أجبت فيها، على معنى قول الشافعي رحمه الله: **قال المزني**: وإذا تبرأ البائع من عيوب الشفعة، ثم أخذها الشفيع، كان له الرد على المشتري، فإن استحقت من الشفيع، رجع بالثمن على المشتري، ورجع المشتري على البائع، ولو كان المشتري اشتراها بدنانير، بأعيانها، ثم أخذها الشفيع بوزنها، فاستحقت الدنانير الأولى، فالشراء والشفعة باطل؛ لأن الدنانير بعينها تقوم مقام العرض بعينه، في قوله، ولو استحقت الدنانير الثانية، كان على الشفيع بدلها. **قال**: ولو حط البائع للمشتري بعد التفرق، فهي هبة له، وليس للشفيع أن يحط. **قال المزني** رحمه الله: وإذا ادعى عليه، أنه اشترى شقصاً له فيه شفعة، فعليه البينة، وعلى المنكر اليمين، فإن نكل، وحلف الشفيع، قضيت له بالشفعة، ولو أقام الشفيع البينة، أنه اشتراها من فلان الغائب، بألف درهم، فأقام ذلك الذي في يديه البينة، أن فلاناً أودعه إياها، قضيت له بالشفعة، ولا يمنع الشراء الوديعة، ولو أن رجلين باعا من رجل شقصاً، فقال الشفيع: أنا آخذ ما باع فلان، وأدع حصة فلان، فذلك له في القياس قوله، وكذلك لو اشترى رجلان من رجل شقصاً، كان للشفيع أن يأخذ حصة أيهما شاء، ولو زعم المشتري أنه اشتراها بألف درهم، فأخذها الشفيع بألف، ثم أقام البائع البينة، أنه باعه إياها بألفين، قضى له بألفين على المشتري، ولا يرجع على الشفيع؛ لأنه مقر أنه استوفى جميع حقه، ولو كان الثمن عبداً، فأخذه الشفيع بقيمة العبد، ثم أصاب البائع بالعبد عيباً، فله رده، ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص، وإن استحق العبد، بطلت الشفعة، ورجع البائع، فأخذ شقصه، ولو صالحه من دعواه على شقص، لم يجز في قول الشافعي، إلا أن يقر المدعى عليه بالدعوى، فيجوز، وللشفيع أخذ الشفعة، يمثل الحق الذي وقع به

الصلح، إن كان له مثل، أو قيمته، إن لم يكن له مثل، ولو أقام رجلان كل واحد منهما بينة، أنه اشترى من هذه الدار شقصاً، وأراد أخذ شقص صاحبه بشفعته، فإن وقتت البينة، فالذي سبق بالوقت له الشفعة، وإن لم تؤقت وقتاً، بطلت الشفعة؛ لأنه يمكن أن يكونا اشتريا معاً، وحلف كل واحد منهما لصاحبه، على ما ادعاه، ولو أن البائع قال: قد بعت من فلان شقصي بألف درهم، وأنه قبض الشقص، فأنكر ذلك فلان، وادعاء الشفيع، فإن الشفيع يدفع الألف إلى البائع، ويأخذ الشقص، وإذا كان للشقص ثلاثة شفعاء، فشهد اثنان على تسليم الثالث، فإن كان سلما جازت شهادتهما؛ لأنهما لا يجران إلى أنفسهما، وإن لم يكونا سلما، لم تجز شهادتهما؛ لأنهما يجران إلى أنفسهما ما سلمه صاحبهما، ولو ادعى الشفيع على رجل، أنه اشترى الشقص الذي في يديه من صاحبه الغائب، ودفع إليه ثمنه، وأقام عدلين بذلك عليه، أخذ بشفعته، ونفذ الحكم بالبيع على صاحبه الغائب. **قال المزني** رحمه الله: هذا قول الكوفيين، وهو عندي ترك لأصلهم، في أنه لا يقضي على غائب، وهذا غائب قضى عليه، بأنه باع، وقبض الثمن، وأبرأ منه إليه المشتري، وبذلك أوجبوا الشفعة للشفيع. **قال المزني** رحمه الله: ولو اشترى شقصاً، وهو شفيع، فجاء شفيع آخر، فقال له المشتري: خذها كلها بالثمن، أو دع، وقال هو: بل آخذ نصفها، كان ذلك له؛ لأنه مثله، وليس له أن يلزم شفعته لغيره. **قال المزني**: ولو شجه موضحة عمداً، فصالحه منها على شقص، وهما يعلمان أرش لموضحة، كان للشفيع أخذه بالأرش، ولو اشترى ذمي من ذمي شقصاً، بخمر أو خنزير، وتقابضا، ثم قام الشفيع، وكان نصرانياً أو نصرانية، فأسلم، ولم يزل مسلماً فسواء، لا شفعة له في قياس قوله؛ لأن الخمر والخنزير، لا قيمة لهما عنده بحال، والمسلم والذمي في الشفعة سواء، ولا شفعة في عبد، ولا أمة، ولا دابة، ولا مالا يصلح فيه القسم، هذا كله قياس قول الشافعي ومعناه، وبالله التوفيق