بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

□ ٣٧ - كتاب الشفعة □

والنظر في الشفعة أوّلا في قسمين :

القسم الأول : في تصحيح هذا الحكم وفي أركانه .

القسم الثاني : في أحكامه .

obeikandl.com

obeikandl.com

• **القسم الأول .**

فأما وجوب الحكم بالشفعة ، فالمسلمون متفقون عليه ، لما ورد في ذلك من الأحاديث الثابتة[1] ، إلا ما يتأمل على من لا يرى بيع الشقص المشاع ، وأركانها أربعة : الشافع ، والمشفوع عليه ، والمشفوع فيه ، وصفة الأخذ بالشفعة .

• **الركن الأول .**

وهو الشافع ، ذهب مالك والشافعي وأهل المدينة إلى أن لا شفعة إلا للشريك ما لم يقاسم ، وقال أهل العراق : الشفعة مرتبة ، فأولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ، ثم الشريك المقاسم إذا بقيت في الطرق أو في الصحن شركة ، ثم الجار الملاصق ، وقال أهل المدينة : لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم . وعمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب ، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب « أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء ، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة »[2] وحديث جابر أيضًا « أن

---

(١) وهي ستأتي في هذا الباب إن شاء الله .

(٢) هكذا أخرجه مالك في الموطأ (٢ /٧١٣ رقم ١) مرسلاً .
وكذلك أخرجه الشافعي في ترتيب المسند (٢ /١٦٤ رقم ٥٧١) ، وأخرجه أيضاً الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤ /١٢١) ، والبيهقي (٦ /١٠٣) من طريقه .
لكن أخرجه ابن ماجه (٢ /٨٣٤ رقم ٢٤٩٧) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٢١) ، والبيهقي (٦ /١٠٤) من طرق عن مالك به إلا أنهم قالوا : عن أبي هريرة مرفوعاً . فوصلوه بذكر أبي هريرة فيه .
وقد أفاد البيهقي أن مالكاً رحمه الله كان يتردد فيه ، فمرة أرسله ، ومرة وصله عنهما ، ومرة ذكره بالشك في ذلك . والله أعلم .
وقال الألباني في الإرواء (٥ /٣٧٣) : « فلعله من أجل ذلك أعرض الشيخان عن =

رسول الله ﷺ قضى بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة » خرجه مسلم[1] والترمذي[2] وأبو داود[3] . وكان أحمد بن حنبل يقول : حديث

= روايته من طريق مالك بسنده عن أبي هريرة . والله أعلم » .
فالحديث صحيح .

(٣،٢،١) قلت : أما بهذا اللفظ فلم يخرجه واحد منهم .
إنما أخرجه البخاري (٤ /٤٣٦ رقم ٢٢٥٧) من طريق مَعْمَر عن الزهري ، عن أبي سلمة عن جابر ، قال : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يُقْسم ، فإذا وقعت الحدود وصُرفت الطرق فلا شُفعة » .
وهكذا أخرجه أحمد (٣ /٢٩٦) عن عبد الرزاق عن معمر ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٢٢) ، والبيهقي (٦ /١٠٢) من طريق معمر أيضاً ، وأخرجه أبو داود (٣ /٧٨٤ رقم ٣٥١٤) عن أحمد بن حنبل عن عبد الرزاق عن معمر به ، بلفظ « إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يُقسم ، فإذا وقعت الحدود وصُرفت الطرق فلا شفعة » .
وهكذا أخرجه ابن ماجه (٢ /٨٣٥ رقم ٢٤٩٩) ، وابن الجارود (رقم ٦٤٣) ، كلاهما عن محمد بن يحيى عن عبد الرزاق به .
وأخرجه الترمذي (٣ /٦٥٢ رقم ١٣٧٠) عن عبد بن حُمَيْد عن عبد الرزاق به ، عن جابر ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » .
وأخرجه الطيالسي (ص ٢٣٥ رقم ١٦٩١) ، وأحمد (٣ /٣٧٢) ، والبيهقي (٦ /١٠٣) ، كلهم من طريق صالح بن أبي الأخضر عن الزهري به ، بلفظ : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة ما لم يقسم وتوقت الحدود » . وأخرجه مسلم (٣ /١٢٢٩ رقم ١٣٤ /١٦٠٨) من طريق أبي الزبير عن جابر ، قال : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ، رَبْعَة أو حائط ، لا يحل له أن يبيع حتى يُؤذِن شريكه ، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإذا باع ولم يُؤذِنْه فهو أحق به » .
وفي لفظ له (رقم ١٣٣ /١٦٠٨) عن جابر ، قال : قال رسول الله ﷺ : « من كان له شريك في رَبْعَةٍ أو نخلٍ فليس له أن يبيع حتى يؤذِن شريكه ، فإن رضي أخذ ، =

معمر عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أصح ما روي في الشفعة . وكان ابن معين يقول : مرسل مالك أحبّ إليّ ، إذ كان مالك إنما رواه عن ابن شهاب موقوفًا ، وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب في إسناده توهينًا له ، وقد روي عن مالك في غير الموطأ عن ابن شهاب عن أبي هريرة[1] ، ووجه استدلالهم من هذا الأثر ما ذكر فيه من أنه إذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وذلك أنه إذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم ، فهي أحرى ألّا تكون واجبة للجار ، وأيضًا فإن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم . وعمدة أهل العراق حديث أبي رافع عن النبي ﷺ أنه قال : « الجار أحق بصقبه » وهو حديث متفق عليه[2] .

= وإن كره ترك » .

ومن هذا الطريق أي من طريق أبي الزبير عن جابر ، أخرجه أيضاً أبو داود (٣ /٧٨٣ رقم ٣٥١٣) ، والنسائي (٧ /٣٠١) ، وابن ماجه (٢ /٨٣٣ رقم ٢٤٩٢) ، والدارمي (٢ /٢٧٣ -٢٧٤) ، وابن الجارود (رقم ٦٤٢) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٢٠) ، والبيهقي (٦ /١٠٤) ، والطبراني في الصغير (١ /٣٧ رقم ٢٥) . من أوجه عن أبي الزبير وبألفاظ متعددة .

(١) كذا قال ، وإنما هو عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة عن أبي هريرة . وقد تقدم تخريجه قريباً .

(٢) قلت : ليس كذلك ، فمسلم لم يخرجه . إنما أخرجه البخاري (٤ /٤٣٧ رقم ٢٢٥٨) ، وكذلك الشافعي في ترتيب المسند (٢ /١٦٥ رقم ٥٧٤) ، وأحمد (٦ /١٠ ، ٣٩٠) ، وأبو داود (٣ /٧٨٦ رقم ٣٥١٦) ، والنسائي (٧ /٣٢٠) ، وابن ماجه (٢ /٨٣٣ رقم ٢٤٩٥) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٢٣ ، ١٢٤) ، والدارقطني (٤ /٢٢٢ ، ٢٢٣ رقم ٧٠ ، ٧١ ، ٧٢) ، والبيهقي (٦ /١٠٥ ، ١٠٦) عن عمرو بن الشريد ، قال : « وقفت على سعد بن أبي وقاص فجاء المِسْوَرُ بن مخرمَةَ فوضع يدهُ على إحدى منكبيَّ ، إذ جاء أبو رافع مولى النبي ﷺ فقال : يا سعد ، ابتعْ مني بيتيَّ في دارك ، فقال سعد : والله ما أبتاعُهما ، فقال المسورُ : والله لتبتاعنَّهما ، فقال سعد : والله لا أزيدُك على أربعة آلاف مُنجَّمة =

وخرج الترمذي[1] وأبو داود[2] عنه ﷺ أنه قال : « جارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَار الجارِ » وصححه الترمذي ، ومن طريق المعنى لهم أيضًا أنه لما كانت الشفعة ، إنما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة ، وكان هذا المعنى موجودًا في الجار وجب أن يلحق به ، ولأهل المدينة أن يقولوا : وجود الضرر في الشركة أعظم منه في الجوار . وبالجملة فعمدة المالكية أن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه ، وأن من اشترى شيئًا فلا يخرج من يده إلا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص ، وقد تعارضت الآثار في هذا الباب ، فوجب أن يرجح ما شهدت له الأصول ، ولكلا القولين سلف متقدم لأهل العراق من التابعين ، ولأهل المدينة من الصحابة .

• **الركن الثاني .**

وهو المشفوع فيه ، اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور والعقار

= أو مُقطَّعة ، قال أبو رافع : لقد أُعطيتُ بها خَمسمائة دينار ، ولولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « الجار أَحَقُّ بسَقَبِهِ » ما أعطيتُكَها بأربعةِ آلاف وأنا أُعطَى بها خمسمائة دينار ، فأعطاها إياه » واللفظ للبخاري واقتصر أكثر الباقين على ذكر المرفوع . وهو عند جميعهم من حديث عمرو بن الشريد عن أبي رافع به .

قلت : وفي الباب : عن جابر ، وابن عباس ، وسمرة بن جندب ، وأنس ، وعبادة ابن الصامت ، وعلي ، وابن مسعود ، وعمرو بن حريث ، وعبد الله بن عمرو بن العاص ، وعبد الله بن عمر بن الخطاب ، ويزيد بن الأسود .

انظر تخريج أحاديثهم في كتابنا « إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة » جزء البيوع ، باب الشفعة .

(١) في السنن (٣ /٦٥٠ رقم ١٣٦٨) وقال : حديث حسن صحيح .

(٢) في السنن (٣ /٧٨٧ رقم ٣٥١٧) .

قلت : وأخرجه أحمد (٥ /٨ ،١٢) ، وابن الجارود (رقم ٦٤٤) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٢٣) ، والبيهقي (٦ /١٠٦) ، والطيالسي (صـ١٢٢ رقم ٩٠٤) من طرق عن قتادة ، عن الحسن ، عن سمرة ، وهو حديث حسن .

والأرضين كلها ، واختلفوا فيما سوى ذلك . فتحصيل مذهب مالك أنها في ثلاثة أنواع :

أحدها : مقصود ، وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين .

والثاني : ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول ، وذلك كالبئر ومحال النخل ، ما دام الأصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه ، وهو أن يكون الأصل الذي هو الأرض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم .

والثالث : ما تعلق بهذه كالثمار ، وفيها عنه خلاف ، وكذلك كراء الأرض للزرع وكتابة المكاتب .

واختلف عنه في الشفعة في الحمام والرحا ، وأما ما عدا هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده ، وكذلك 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 . وروي « أن رسول الله ﷺ 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 . وفقهاء الأمصار على أن لا شفعة إلا في العقار فقط . وحكي عن قوم أن الشفعة في كل شيء ما عدا المكيل الموزون ، ولم يجز أبو حنيفة الشفعة في البئر والفحل ، وأجازها في العرصة والطريق ، ووافق الشافعي مالكًا في العرصة وفي الطريق وفي البئر ، وخالفاه جميعًا في الثمار . وعمدة الجمهور في قصر الشفعة على العقار ما ورد في الحديث الثابت من قوله ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيما لَمْ يُقْسَمْ فإذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ وصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلا شُفْعَةَ »[2]

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨ /٨٨ رقم ١٤٤٣٣) وفي سنده الأسلمي : وهو إبراهيم بن محمد ، وهو متروك .

(٢) تقدم تخريجه قريباً .

فكأنه قال : الشفعة فيما تمكن فيه القسمة ما دام لم يقسم ، وهذا استدلال بدليل الخطاب ، وقد أجمع عليه في هذا الموضع فقهاء الأمصار مع اختلافهم في صحة الاستدلال به . وأما عمدة من أجازها في كل شيء فما خرجه الترمذي[1] عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : « الشَّرِيكُ شَفِيعٌ والشُّفْعَةُ في كُلِّ شيءٍ » ولأن معنى ضرر الشركة والجوار موجود في كل شيء ، وإن كان في العقار أظهر ، ولما لحظ هذا مالك ، أجرى ما يتبع العقار مجرى العقار . واستدل أبو حنيفة على منع الشفعة في البئر بما روي « لا شُفْعَة في بئر »[2] ومالك حمل هذا الأثر على آبار الصحاري التي تعمل في الأرض الموات ، لا التي تكون في أرض متملكة .

• **الركن الثالث .**

وأما المشفوع عليه فإنهم اتفقوا على أنه من انتقل إليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أو من جار عند من يرى الشفعة للجار . واختلفوا فيمن انتقل

---

(١) في السنن (٣ /٦٥٤ رقم ١٣٧١) .
قلت : وأخرجه الطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٢٥) ، والدارقطني (٤ /٢٢٢ رقم ٦٩) ، والبيهقي (٦ /١٠٩) .
كلهم من طريق أبي حمزة السُّكّريِّ ، عن عبد العزيز بن رُفَيْع عن ابن أبي مُليكة عن ابن عباس به .
قال الترمذي : « هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث أبي حمزة السكري ، وقد روى غيرُ واحدٍ عن عبد العزيز بن رفيع ، عن ابن أبي مليكة ، عن النبي ﷺ مرسلًا . وهـذا أصـح » اهـ .
وقال الدارقطني : « خالفه – يعني : أبا حمزة – شعبة وإسرائيل وعمرو بن أبي قيس وأبو بكر بن عياش فرووه ، عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة مرسلاً ، وهو الصواب ، ووهم أبو حمزة في إسناده » .
والخلاصة أن الحديث ضعيف .

(٢) هذا من كلام عثمان بن عفان لا من كلام النبي ﷺ .
أخرجه مالك في الموطأ (٢ /٧١٧ رقم ٤) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٧ /١٧٢) .

إليه الملك بغير شراء ، فالمشهور عند مالك : أن الشفعة إنما تجب إذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وأرش الجنايات وغير ذلك ، وبه قال الشافعي ، وعنه رواية ثانية : أنها تجب بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض ، كالهبة لغير الثواب والصدقة ، ما عدا الميراث ؛ فإنه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق . وأما الحنفية فالشفعة عندهم في المبيع فقط ، وعمدة الحنفية ظاهر الأحاديث ، وذلك أن مفهومها يقتضي أنها في المبيعات ، بل ذلك نص فيها لا في بعضها « فلا يبع حتى يستأذن شريكه »[1] . وأما المالكية فرأت أن كل ما انتقل بعوض فهو في معنى البيع ، ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط . وأما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند أبي حنيفة ولا الشافعي ، أما أبو حنيفة ، فلأن الشفعة عنده في المبيع ، وأما الشافعي ؛ فلأن هبة الثواب عنده باطلة ، وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه في أن الشفعة فيها واجبة . واتفق العلماء على أن المبيع الذي بالخيار ، أنه إذا كان الخيار فيه للبائع أن الشفعة لا تجب حتى يجب البيع ... واختلفوا إذا كان الخيار للمشتري ؟ فقال الشافعي والكوفيون : الشفعة واجبة عليه ؛ لأن البائع قد صرم الشقص عن ملكه وأبانه منه ، وقيل : إن الشفعة غير واجبة عليه ؛ لأنه غير ضامن ، وبه قال جماعة من أصحاب مالك . واختلف في الشفعة في المساقاة ، وهي تبديل أرض بأرض ، فعن مالك في ذلك ثلاث روايات : الجواز ، والمنع ، والثالث : أن تكون المناقلة بين الأشراك أو الأجانب فلم يرها في الأشراك ورآها في الأجانب .

- **الركن الرابع : في الأخذ بالشفعة .**

والنظر في هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع ، وكم يأخذ ، ومتى يأخذ ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالثمن إن كان حالًا ، واختلفوا إذا كان البيع إلى أجل هل يأخذه الشفيع بالثمن إلى ذلك الأجل ، أو يأخذ المبيع بالثمن حالًا ،

(١) تقدم من حديث جابر في أول أحاديث الباب .

وهو مخير ؟ فقال مالك : يأخذه بذلك الأجل إذا كان مليًا أو يأتي بضامن مليء ، وقال الشافعي : الشفيع مخير ، فإن عجل تعجلت الشفعة وإلا تتأخر إلى وقت الأجل ، وهو نحو قول الكوفيين ، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد ؛ لأنها قد دخلت في ضمان الأول ، قال : ومنا من يقول : تبقى في يد الذي باعها ، فإن بلغ الأجل أخذها الشفيع . والذين رأوا الشفعة في سائر المعاوضات مما ليس ببيع فالمعلوم عنهم ، أنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص إن كان العوض مما ليس يتقدر ، مثل أن يكون معطى في خلع . وإما أن يكون معطى في شيء يتقدر ولم يكن دنانير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلًا ولا موزونًا ، فإنه يأخذه بقيمة ذلك الشيء الذي دفع الشقص فيه ، وإن كان ذلك الشيء محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر ، مثل أن يدفع الشقص في موضحة وجبت عليه أو منقلة ، فإنه يأخذه بدية الموضحة أو المنقلة . وأما كم يأخذ ؟ فإن الشفيع لا يخلو أن يكون واحدًا أو أكثر ، والمشفوع عليه أيضًا لا يخلو أن يكون واحدًا أو أكثر . فأما أن الشفيع واحد والمشفوع عليه واحد فلا خلاف في أن الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع ، وأما إذا كان المشفوع عليه واحدًا والشفعاء أكثر من واحد فإنهم اختلفوا من ذلك في موضعين :

أحدهما : في كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم .

والثاني : إذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضًا عن الشفعة أم لا ؟ مثل أن يكون بعضهم شركاء في المال الذي ورثوه ؛ لأنهم أهل سهم واحد ، وبعضهم لأنهم عصبة .

• **فأما المسألة الأولى** .

وهي كيفية توزيع المشفوع فيه ، فإن مالكًا والشافعي وجمهور أهل المدينة يقولون : إن المشفوع فيه يقتسمونه بينهم على قدر حصصهم ، فمن كان نصيبه

من أصل المال الثلث مثلًا أخذ من الشقص بثلث الثمن ، ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع . وقال الكوفيون : هي على عدد الرءوس على السواء ، وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ الأكبر وذو الحظ الأصغر . وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم ، فوجب أن يتوزع على مقدار الأصل ، أصله الأكرية في المستأجرات المشتركة والربح في شركة الأموال ، وأيضًا فإن الشفعة إنما هي لإزالة الضرر ، والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء ؛ لأنه إنما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته ، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة . وعمدة الحنفية أن وجوب الشفعة إنما يلزم بنفس الملك فيستوفي ذلك أهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم في نفس الملك ، وربما شبهوا ذلك بالشركاء في العبد يعتق بعضهم نصيبه ، أنه يقوّم على المعتقين على السوية ؛ أعني : حظ من لم يعتق .

• **وأما المسألة الثانية .**

فإن الفقهاء اختلفوا في دخول الأشراك الذين هم عصبة في الشفعة مع الأشراك الذين شركتهم من قبل السهم الواحد ، فقال مالك : أهل السهم الواحد أحق بالشفعة ، إذا باع أحدهم من الأشراك معهم في المال من قبل التعصيب ، وأنه لا يدخل ذو العصبة في الشفعة على أهل السهام المقدرة ويدخل ذوو السهام على ذوي التعصيب ، مثل أن يموت ميت فيترك عقارًا ترثه عنه بنتان وابنا عم ثم تبيع البنت الواحدة حظها ، فإن البنت الثانية عند مالك هي التي تشفع في ذلك الحظ الذي باعته أختها فقط دون ابني العم ، وإن باع أحد ابني العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثاني ، وبهذا القول قال ابن القاسم وقال أهل الكوفة : لا يدخل ذوو السهام على العصبات ولا العصبات على ذوي السهام ، ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة ، وبه قال أشهب ، وقال الشافعي في أحد قوليه : يدخل ذوو السهام على العصبات والعصبات على ذوي السهام ، وهو

الذي اختاره المزني ، وبه قال المغيرة من أصحاب مالك . وعمدة مذهب الشافعي عموم قضائه ﷺ بالشفعة بين الشركاء ، ولم يفصل ذوي سهم من عصبة . ومن خصص ذوي السهام من العصبات فلأنه رأى أن الشركة مختلفة الأسباب ؛ أعني : بين ذوى السهام وبين العصبات فشبه الشركات المختلفة الأسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها الذي هو المال بالقسمة بالأموال . ومن أدخل ذوي السهام على العصبة ولم يدخل العصبة على ذوي السهام فهو استحسان على غير قياس ، ووجه الاستحسان أنه رأى أن ذوي السهام أقعد من العصبة . وأما إذا كان المشفوع عليهما اثنين فأكثر فأراد الشفيع على أن يشفع أحدهما دون الثاني ، فقال ابن القاسم : إما أن يأخذ الكل أو يدع ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي : له أن يشفع على أيهما أحب ، وبه قال أشهب . فأما إذا باع رجلان شقصًا من رجل ، فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني ، فإن أبا حنيفة منع ذلك ، وجوزه الشافعي . وأما إذا كان الشافعون أكثر من واحد ؛ أعني : الأشراك ، فأراد بعضهم أن يشفع وسلم له الباقي في البيوع ، فالجمهور على أن للمشتري أن يقول للشريك : إما أن تشفع في الجميع أو تترك ، وأنه ليس له أن يشفع بحسب حظه إلا أن يوافقه المشتري على ذلك ، وأنه ليس له أن يبعض الشفعة على المشتري إن لم يرض بتبعيضها . وقال أصبغ من أصحاب مالك : إن كان ترك بعضهم الأخذ بالشفعة رفقا بالمشتري لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ حصته فقط .

ولا خلاف في مذهب مالك أنه إذا كان بعض الشفعاء غائبًا وبعضهم حاضرًا ، فأراد الحاضر أن يأخذ حصته فقط أنه ليس له ذلك ، إلا أن يأخذ الكل أو يدع . فإذا قدم الغائب فإن شاء أخذ وإن شاء ترك . واتفقوا على أن من شرط الأخذ بالشفعة أن تكون الشركة متقدمة على البيع . واختلفوا هل من شرطها أن تكون موجودة في حال البيع ، وأن تكون ثابتة قبل البيع ؟.

• **فأما المسألة الأولى .**

وهي إذا لم يكن شريكًا في حال البيع ، وذلك يتصور بأن يكون يتراخى عن الأخذ بالشفعة بسبب من الأسباب التي لا يقطع له الأخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذي كان به شريكًا . فروى أشهب أن قول مالك اختلف في ذلك ، فمرة قال : له الأخذ بالشفعة ، ومرة قال : ليس له ذلك ، واختار أشهب أنه لا شفعة له ، وهو قياس قول الشافعي والكوفيين ؛ لأن المقصود بالشفعة إنما هو إزالة الضرر من جهة الشركة ، وهذا ليس بشريك . وقال ابن القاسم : له الشفعة إذا كان قيامه في أثره ؛ لأنه يرى أن الحق الذي وجب له لم يرتفع ببيعه حظه .

• **وأما المسألة الثانية .**

فصورتها أن يستحق إنسان شقصًا في أرض قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق شقص مًّا ، هل له أن يأخذ بالشفعة أم لا ؟ فقال قوم : له ذلك ، لأنه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ، ولا فرق في ذلك كانت يده عليه أو لم تكن ، وقال قوم : لا تجب له الشفعة ؛ لأنه إنما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق ، قالوا : ألا ترى أنه لا يأخذ الغلة من المشترى ، فأما مالك فقال : إن طال الزمان فلا شفعة ، وإن لم يطل ففيه الشفعة ، وهو استحسان . وأما متى يأخذ وهو له الشفعة ؟ فإن الذي له الشفعة رجلان حاضر أو غائب . فأما الغائب فأجمع العلماء على أن الغائب على شفعته ما لم يعلم ببيع شريكه ، واختلفوا إذا علم وهو غائب ، فقال قوم : تسقط شفعته ، وقال قوم : لا تسقط ، وهو مذهب مالك ، والحجة له ما روي عن النبي ﷺ من حديث جابر أنه قال : « الجارُ أحَقُّ بِصَقَبِهِ »[1] أو قال « بِشُفْعَتِهِ يَنْتَظِرُ بِهَا إذَا كانَ غائِبًا »[2] وأيضا فإن الغائب في الأكثر معوق عن الأخذ بالشفعة ، فوجب

(١) تقدم تخريجه قريباً .

(٢) أخرجه أبو داود (٣ /٧٨٧ رقم ٣٥١٨) ، والترمذي (٣ /٦٥١ رقم ١٣٦٩) ، =

عذره . وعمدة الفريق الثاني أن سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه بإسقاطها . وأما الحاضر ، فإن الفقهاء اختلفوا في وقت وجوب الشفعة له ، فقال الشافعي وأبو حنيفة : هي واجبة له على الفور بشرط العلم وإمكان الطلب ، فإن علم وأمكن الطلب و لم يطلب بطلت شفعته ، إلا أن أبا حنيفة قال : إن أشهد بالأخذ لم تبطل وإن تراخى . وأما مالك فليست عنده على الفور ، بل وقت وجوبها متسع ، واختلف قوله في هذا الوقت : هل هو محدود أم لا ؟ فمرة قال : هو غير محدود وأنها لا تنقطع أبدًا إلا أن يحدث المبتاع بناء أو تغييرًا كثيرًا بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت ، ومرة حدد هذا الوقت ، فروي عنه السنة وهو الأشهر ، وقيل : أكثر من سنة ، وقد قيل عنه : إن الخمسة أعوام لا تنقطع فيها الشفعة . واحتج الشافعي بما روي أنه ﷺ قال « الشُّفْعَةُ كَحَلِّ العِقالِ »[1] وقد

= وابن ماجه (٢ /٨٣٣ رقم ٢٤٩٤) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٢٠) ، والبيهقي (٦ /١٠٦) ، وأحمد (٣ /٣٥٣) ، والطيالسي (ص ٢٣٤ رقم ١٦٧٧) .
كلهم من رواية عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء ، عن جابر ، قال : قال رسول الله ﷺ : « الجار أحق بشفعته ، يُنْتَظَرَ به وإن كان غائباً ، إذا كان طريقهما واحداً » .
قال الترمذي : « هذا حديث حسن غريب ، ولا نعلم أحداً روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان ، عن عطاء ، عن جابر ، وقد تكلم شعبة في عبد الملك بن أبي سليمان من أجل هذا الحديث ، وعبد الملك هو ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث ، وقد روى وكيع عن شعبة عن عبد الملك هذا الحديث . وروى ابن المبارك عن سفيان الثوري قال : عبد الملك ابن أبي سليمان ميزان ، يعني : في العلم » .
وهو حديث صحيح . وقد صححه الألباني في الإرواء (رقم ١٥٤٠) .

(١) أخرجه ابن ماجه (٢ /٨٣٥ رقم ٢٥٠٠) ، والبيهقي (٦ /١٠٨) ، والخطيب في تاريخ بغداد (٦ /٥٧) .
كلهم من طريق محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر ، قال : قال النبي ﷺ : « لا شفعة لغائب ولا صغير ولا شريك على شريك إذا سبقه بالشراء والشفعة كحلِّ العِقال » واقتصر ابن ماجه على حديث الترجمة . =

روي عن الشافعي أن أمدها ثلاثة أيام . وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتمد على أن السكوت لا يبطل حق امرىء مسلم مالم يظهر من قرائن أحواله ما يدلّ على إسقاطه ، وكان هذا أشبه بأصول الشافعي ؛ لأن عنده أنه ليس يجب أن ينسب إلى ساكت قول قائل ، وإن اقترنت به أحوال تدل على رضاه ، ولكنه فيما أحسب اعتمد الأثر ، فهذا هو القول في أركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقي القول في الأحكام .

= وقال البيهقي (محمد بن الحارث البصري متروك ، ومحمد بن عبد الرحمن البيلماني ضعيف . ضعفهما يحيى بن معين وغيره من أئمة أهل الحديث » .

وقال ابن أبي حاتم في « العلل » (١ /٤٧٩) عن أبي زرعة : « هذا حديث منكر ، لا أعلم أحداً قال بهذا ، الغائب له شفعته والصبي حتى يكبر » .

وقال الحافظ في « التلخيص » (٣ /٥٦) بعد أن عزاه لابن ماجَهْ والبزار : « وإسناده ضعيف جداً ، وقال ابن حبان : لا أصل له ، وقال البيهقي : ليس بثابت » .

والخلاصة : أن الحديث ضعيف جداً .

obeikandl.com

○ القسم الثاني ○

[القول في أحكام الشفعة]

وهذه الأحكام كثيرة ، ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الأمصار ، فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة ، فذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث كما أنه لا يباع ، وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز إلى أنها موروثة قياسًا على الأموال وقد تقدم .

سبب الخلاف في هذه المسائل في مسألة الرد بالعيب ، ومنها اختلافهم في عهدة الشفيع : هل هي على المشتري أو على البائع ؟ فقال مالك والشافعي : هي على المشتري ، وقال ابن أبي ليلى : هي على البائع . وعمدة مالك أن الشفعة إنما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشتري وصحته ، فوجب أن تكون عليه العهدة . وعمدة الفريق الآخر أن الشفعة إنما وجبت للشريك بنفس البيع ، فطروّها على البيع فسخ له وعقد لها . وأجمعوا على أن الإقالة لا تبطل الشفعة ، من رأى أنها بيع ومن رأى أنها فسخ ؛ أعني : الإقالة . واختلف أصحاب مالك ، على من عهدة الشفيع في الإقالة ؟ فقال ابن القاسم : على المشتري ، وقال أشهب : هو مخير . ومنها اختلافهم إذا أحدث المشتري بناء أو غرسًا أو ما يشبه في الشقص قبل قيام الشفيع ، ثم قام الشفيع يطلب شفعته ، فقال مالك : لا شفعة إلا أن يعطي المشتري قيمة ما بنى وما غرس ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : هو متعدٍّ وللشفيع أن يعطيه قيمة بنائه مقلوعًا أو يأخذه بنقضه .

والسبب في اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق

وقد بنى في الأرض وغرس ، وذلك أنه وسط بينهما ، فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له أن يأخذ القيمة ، ومن غلب عليه شبه التعدي قال : له أن يأخذه بنقضه أو يعطيه قيمته منقوضًا . ومنها اختلافهم إذا اختلف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن ، فقال المشتري : اشتريت الشقص بكذا ، وقال الشفيع : بل اشتريته بأقل ، و لم يكن لواحد منهما بينة ، فقال جمهور الفقهاء : القول قول المشتري ؛ لأن الشفيع مدعٍ والمشفوع عليه مدعى عليه ، وخالف في ذلك بعض التابعين فقالوا : القول قول الشفيع ؛ لأن المشتري قد أقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقدارًا من الثمن لم يعترف له به . وأما أصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسألة ، فقال ابن القاسم : القول قول المشتري إذا أتى بما يشبه باليمين ، فإن أتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع ، وقال أشهب : إذا أتى بما يشبه فالقول قول المشتري بلا يمين وفيما لا يشبه باليمين . وحكي عن مالك أنه قال : إذا كان المشتري ذا سلطان يعلم بالعادة أنه يزيد في الثمن ، قُبِلَ قول المشتري بغير يمين وقيل إذا أتى المشتري بما لا يشبه رُدَّ 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 .