كتاب
الشفعة

وهي لغة الضم، مشتقة من شفعت كذا بكذا إذا ضممته إليه، وشرعاً استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه بثمنها الذي استقر عليه العقد، والأدلة على مشروعيتها ثابتة بالسنة المطهرة، وبإجماع علماء المسلمين عليها، ومن ذلك ما رواه البخاري ومسلم وأحمد عن جابر رضي الله عنه، قال: قال رسول اللّه ﷺ: «**بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة**» وفي لفظ قضى رسول اللّه ﷺ في كل شرك لم يقسم ربعه أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به» رواه مسلم وأحمد وأصحاب السنن، وأركانها أربعة، الشافع، والمشفوع فيه، والمشفوع عليه، وصفة الأخذ بالشفعة.

الركن الأول
وهو الشافع

اتفق العلماء على مشروعية **الشفعة** فيما لم يقسم.

فرع: واختلفوا إذا صرفت الطرق وحددت الحدود فذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أن **الشفعة** لا تستحق بالجوار لحديث جابر المتقدم، وفيه فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، وقال أبو حنيفة تستحق بالجوار، واستدل لذلك بما رواه أحمد وأبو داود والبيهقي والطبراني عن الحسن عن

سمرة عن النبي ﷺ، قال: «**جار الدار والأرض أحق من غيره**» وبما رواه أحمد والنسائي وابن ماجه عن الشريد بن سويد قال: قلت: يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلاَّ الجوار، فقال: «**الجار أحق بسقبه**» وبما رواه البخاري من حديث أبي رافع وفيه «الجار **أحق** بسقبه» وبما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه والترمذي وحسّنه عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً**» إذا كان طريقهما واحداً، قال ابن القيم وهذا حديث صحيح، فلا يرد، وبالقول الأول قال عمر وعثمان وعلي، وهو قول أكثر العلماء، وبالقول الثاني قال الثوري وابن أبي ليلى وابن سيرين: واستدل القائلون بالقول الأول بأن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلاَّ برضاه، وأن من اشترى شيئاً بعقد صحيح فلا يخرج من يده، إلاَّ برضاه حتى يدل دليل قاطع سالم من المعارضة على ذلك، وقد تعارضت الآثار في هذا الباب، فوجب أنه يرجح ما شهدت له الأصول، واستدل الفريق الثاني من جهة طريق المعنى، أنه لما كانت الشفعة إنما المقصود بها دفع الضرر الداخل من الشركة، وكان هذا المعنى موجوداً في الجار، وجب أن يلحق به. والله أعلم بالصواب.

الركن الثاني
وهو المشفوع فيه

اتفق علماء المسلمين على مشروعية الشفعة في الدور والعقار والأرضين كلها، واختلفوا فيما سوى ذلك مما لا يقسم كالحمام والبئر والرحا والطريق، والباب فعن مالك في ذلك روايتان، الأولى منهما فيه شفعة، والثانية لا شفعة فيه واختارها ابن عبد الوهّاب من أصحابه، وقال الشافعي لا شفعة فيه، وقال أبو حنيفة تثبت فيه الشفعة إلاَّ البئر، وعن أحمد روايتان في ذلك مثل قول مالك.

واتفق جمهور الفقهاء على أن الشفعة خاصة بالعقار، وروي عن بعض العلماء أن الشفعة في كل شيء ما عدا المكيل والموزون، واختلف عن مالك في

كراء 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 اللّه ﷺ «قضى بالشفعة في الدين» وبه قال أشهب من أصحاب مالك، وقال ابن القاسم لا شفعة في الدين واتفقا في إيجابها في الكتابة لحرمة العتق، واستدل الجمهور على خصوصية الشفعة بالعقار بما تقدم من قوله ﷺ: «**فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة**»، واستدل من قال بأنها في كل شيء بما رواه الترمذي عن ابن عباس أن رسول اللّه ﷺ قال: «**الشريك شفيع والشفعة في كل شيء**» واستدلوا من جهة المعنى أيضاً أن الضرر الموجود في الشركة والجوار موجود في كل شيء، ولو كان العقار أظهر من غيره في ذلك، واستدل أبو حنيفة باستثناء البئر بما روي عنه ﷺ أنه قال: «**لا شفعة في بئر**» ومالك حمل هذا الحديث على آبار الصحاري التي تعمل في الأرض الموات لا التي تكون في الأراضي المملوكة.

الركن الثالث
في المشفوع عليه

اتفق العلماء على أنه من انتقل إليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أو من جار عند من يرى الشفعة للجار، أن له حق الشفعة.

واختلفوا فيمن انتقل إليه الملك بغير شراء، فالمشهور عند مالك أن الشفعة إنما تجب إذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع، والصلح، والمهر، وإرش الجنايات، وبه قال الشافعي وعنه رواية ثانية، أنها تجب بملك انتقل بعوض أو بغير عوض، وقال أبو حنيفة وأصحابه الشفعة في البيع فقط.

واختلفوا في الموهوب والمتصدق به فقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد لا تثبت فيه الشفعة وعن مالك روايتان إحداهما تثبت فيه الشفعة، والأخرى لا تثبت فيه.

واستدل القائلون بثبوت الشفعة بانتقال الملك بكل عوض أن كل ما انتقل بعوض فهو بمعنى البيع، وأما القائلون بأن الشفعة في المبيع فقط، فقد استدلوا

بظاهر الأحاديث المتقدمة في مشروعية الشفعة، لأن في بعضها ذكر البيع وهو قوله ﷺ: «**فلا بيع حتى يؤذن شريكه**».

فرع: اتفق العلماء على أن المبيع الذي بالخيار إذا كان الخيار فيه للبائع لا تجب فيه الشفعة حتى يجب البيع، واختلفوا إذا كان الخيار للمشتري، فذهب الشافعي والكوفيون على ما ذكره ابن رشد إلى أن الشفعة واجبة عليه فيه، لأن البائع قد صرم الشقص من ملكه وأبانه منه، وقيل إن الشفعة غير واجبة عليه، لأنه غير ضامن، وبه قال جماعة من أصحاب مالك، واختلف قول مالك في المساقاة وهي تبديل أرض بأرض، فعن مالك في ذلك ثلاث روايات الجواز، والمنع، والثالث أن تكون المناقلة بين الشركاء أو الأجانب فلم يرها في الشركاء وأثبتها في الأجانب.

الركن الرابع
في الأخذ بالشفعة

اتفق جمهور الفقهاء على أنه يأخذ في البيع بالثمن إن كان البيع حالاً.

واختلفوا إذا كان البيع إلى أجل، هل يأخذه بالثمن إلى ذلك الأجل، أو يأخذ المبيع بالثمن حالاً أو هو مخير في أخذه حالاً أو مؤجلاً، فذهب مالك وأحمد إلى أنه له أخذه بذلك الثمن إلى ذلك الأجل إن كان ملياً ثقة، وإلاَّ أتى بثقة مليء يضمن الثمن إلى ذلك الأجل، وقال الشافعي في الجديد الراجح من مذهبه للشفيع الخيار بين أن يعجل الثمن ويأخذ المشفوع فيه أو يصبر إلى حلول الأجل ويأخذه بالشفعة، وبه قال أبو حنيفة، وبمثل قول مالك وأحمد قال الشافعي في القديم.

اتفق العلماء على أنه إذا كان الشفيع واحداً والمشفوع عليه واحداً على أن الواجب على الشفيع أن يأخذ المشفوع فيه كله أو يدعه، واختلفوا إذا كان المشفوع عليه واحداً والشفعاء أكثر من واحد في موضعين، أحدهما في كيفية قسمة المشفوع بينهم، والثاني إذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم

بعضاً عن الشفعة أم لا؟ مثل أن يكون بعضهم شركاء في الماء الذي ورثوه ويكون بعضهم ورثوا بسهم واحد، وبعضهم عصبة.

المسألة الأولى: من هاتين المسألتين في كيفية توزيع المشفوع فيه بينهم، فذهب مالك والشافعي وجمهور أهل المدينة إلى أنهم يقتسمونه بينهم على قدر حصصهم، وبه قال الحسن وابن سيرين وعطاء وإسحاق وأبو عبيد، وعن الشافعي رواية أنه مقسوم على الرؤوس، اختارها المزني من أصحابه، وبه قال أبو حنيفة وأحمد في رواية، وقالا في الرواية الأخرى مثل قول مالك والشافعي السابقة، وبه قال النخعي والشعبي وابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري، واستدل القائلون بأنها تقسم بينهم على قدر حصصهم بأن الشفعة إنما استفادوا وجوبها بملكهم المتقدم، فوجب أن توزع على مقدار الأصل، أصله الأكرية في المستأجرات المشتركة، والربح في شركة الأموال، واستدلوا أيضاً بأن الشفعة إنما لزمت 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 الحالة، واستدل القائلون بأنها تستحق على عدد رؤوسهم، بأن وجوب الشفعة إنما يلزم بنفس الملك فيستوي في ذلك أهل الحظوظ المختلفة قلة وكثرة، وربما قاسوه على الشركاء في العبد يعتق بعضهم نصيبه، ويقوم على من أعتق نصيبه بالسوية حق من لم يعتق.

المسألة الثانية: اختلف الفقهاء في اشتراك العصبة وأهل السهم الواحد في الشفعة، فقال مالك أهل السهم الواحد أحق بالشفعة من العصبة، وأنه لا يدخل العصبة في الشفعة على أهل السهام المقدرة، ويدخل أهل السهام المقدرة على العصبة، مثل أن يموت ميت عن بنتين وابني عم وترك عقاراً ثم تبيع إحدى البنتين، حظها فإن البنت الثانية وحدها هي التي تشفع في الحظ المبيع دون ابني العم، وإن باع أحدهما نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثاني، وبهذا القول قال ابن القاسم من أصحابه، وقال الشافعي في أرجح قوليه، يدخل أهل السهام على العصبات والعصبات على أهل السهام، وهو اختيار المزني من أصحابه، وقال

أهل الكوفة، لا يدخل أهل السهام على العصبات، ولا أهل العصبات على أهل السهام ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم، وبه قال أشهب من أصحاب مالك.

فرع: واختلفوا إذا كان المشفوع عليهما اثنين فأكثر فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني، فقال ابن القاسم ليس له ذلك، إما أن يشفع على الاثنين أو يدع، فقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي له أن يشفع على أيهما شاء، وبه قال أشهب، وأما إذا باع رجلان شقصاً من رجل واحد، فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني، فإن أبا حنيفة منع ذلك وجوزه الشافعي، وأما إذا كان الشافعون أكثر من واحد فأراد بعضهم أن يشفع ويسلم له الباقي في البيوع، فالجمهور على أن للمشتري أن يقول للشريك إما أن تشفع في الجميع أو تترك، وأنه ليس له أن يشفع في البعض ويترك البعض، إلاَّ برضا المشتري وقال أصبغ من أصحاب مالك إذا كان بعضهم ترك أخذها بالشفعة رفقاً للمشتري، لم يكن للشفيع إلاَّ أن يأخذ حصته فقط.

فصل: اتفق الفقهاء على أن من شرط الأخذ بالشفعة أن تكون الشركة موجودة قبل البيع، واختلفوا في ذلك في مسألتين، الأولى منهما أن تكون موجودة في حال البيع، والثانية أن تكون ثابتة قبل البيع.

المسألة الأولى من هاتين المسألتين وهي إذا لم يكن شريكاً في حال البيع وذلك يتصور بأن يتراخى عن الأخذ بالشفعة، بسبب من الأسباب التي لا يقطع له الأخذ بالشفعة حتى يبيع به الحظ الذي كان به شريكاً، فروى أشهب عن مالك أنه اختلف قوله في ذلك فمرة قال له الأخذ بالشفعة، ومرة قال ليس له الأخذ بها، وهو اختيار أشهب من أصحابه، قال ابن رشد، 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 بطلبها في إثر البيع، لأنه يرى أن الحق الذي وجب له لم يرتفع ببيعه حظه.

المسألة الثانية: في اشتراط أن تكون الشركة ثابتة قبل البيع، فصورتها أن

يستحق إنسان شقصاً في أرض قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق هل له أن يأخذه بالشفعة أم لا؟ فقال قوم له ذلك لأنه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع، ولا فرق في ذلك بين أن يكون يده عليه أم لا؟ وقال قوم لا تجب له الشفعة، لأنه إنما ثبت له مال الشركة وقت الاستحقاق قالوا ألا ترى أنه لا يأخذ الغلة من المشتري، فأما مالك فقال إن طال الزمان فلا شفعة وإلاَّ فله الشفعة.

فرع: أجمع العلماء على أن الغائب له شفعته ما لم يعلم ببيع شريكه ولم يطالبه، واختلفوا إذا علم وهو غائب ولم يطالب بها ولا أشهد على المطالبة، فقال قوم تسقط شفعته وهو الراجح من مذهب الشافعي وأبي حنيفة، ولهما قول أنها على التراخي وعن مالك أنها على التراخي في حق الحاضر، ما لم يعلم منه تركها، وعن أحمد أنها على الفور، وله قول أنها على التراخي، وقول أنها تسقط بالتفرق في المجلس، وقال قوم لا تسقط وبه قال مالك، واحتج بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**الجار أحق بسقبه أو بشفعته ينتظر بها إذا كان غائباً**» واحتج من جهة المعنى أيضاً بأن الغائب في الأكثر معوق عن الأخذ بالشفعة، فوجب قبول عذره، وحجة من قال لا شفعة له أن سكوته مع العلم بالبيع قرينة، تدل على رضاه بإسقاطها، واستدل أيضاً من جهة الأثر بما ورد عن النبي ﷺ أنه قال: «**الشفعة كحل العقال**» هذا ملخص مذاهبهم فيما يتعلق بالغائب والحاضر.

فصل
في ذكر أحكام الشفعة

اختلف العلماء في عهدة الشفيع على من تكون في المبيع، فذهب الجمهور مالك والشافعي وأحمد وغيرهم إلى أن عهدة الشفيع في المبيع على المشتري، وعهدة المشتري على البائع، فإذا ظهر المبيع مستحقاً أخذه مستحقه، ورجع الشفيع بالثمن على المشتري، ثم يرجع المشتري على البائع، وقال أبو حنيفة هي على البائع، إن أخذه بيده، فإن أخذه من يد المشتري فعهدته على المشتري، وقال ابن أبي ليلى عهدة الشفيع على البائع مطلقاً، وعمدة الجمهور أن الشفعة إنما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشتري، وصحته، فوجب أن

تكون العهدة عليه، وعمدة من قال إنها على البائع أن الشفعة إنما وجبت للشريك بنفس البيع فطروها على البيع فسخ له، وعقد لها، وأجمع العلماء على أن الإقالة لا تبطل الشفعة، واختلف أصحاب مالك على من تكون عهدة الشفيع في الإقالة.

قال ابن القاسم على المشتري، وقال أشهب الشفيع مخيّر بين المشتري والبائع.

فرع: اختلف العلماء هل الشفعة تنفسخ بالموت أم تورث؟ فذهب مالك والشافعي إلى أنها لا تبطل بالموت وتورث، فإذا وجبت فمات ولم يعلم بها أو علم ومات قبل التمكن من الأخذ بها انتقل الحق إلى الوارث، فقال أبو حنيفة تبطل بالموت ولا تورث، وقال أحمد لا تورث إلاَّ أن يكون الميت طالباً بها قبل الموت.

فرع: واختلفوا إذا أحدث المشتري بناء أو غرساً أو ما يشبههما قبل مطالبة الشفيع بالشفعة، فقال مالك لا شفعة له إلاَّ أن يعطى المشتري قيمة ما بناه أو ما غرس، وقال الشافعي وأبو حنيفة المشتري متعد ببنائه وغرسه وللشفيع أن يعطيه قيمة بنائه مقلوعاً.

وسبب الخلاف: أن المشتري في هذه المسألة متردد بين الغاصب وبين تصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى في الأرض وغرس، فمن شبهه بالمشتري الذي طرأ عليه الاستحقاق، قال لا شفعة له إلاَّ أن يعطي المشتري قيمة ما بناه وغرسه، ومن شبهه بالغاصب قال للشفيع أن يرغمه على نقض ما بناه وغرسه ويعطيه ثمنه مقلوعاً، هذا ما ذكره ابن رشد وذكر صاحب كتاب «رحمة الأمة» عن مالك والشافعي وأحمد أنه ليس له مطالبة المشتري بهدم ما بناه ولا قلع ما غرس، وقال أبو حنيفة للشفيع أن يجبر المشتري على القلع والهدم، ثم قال في عيون المسائل وذهب قوم إلى أن للشفيع أن يعطيه ثمن الشقص ويترك البناء والغرس في موضعهما.

فرع: إذا اختلف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن، فقال المشتري

اشتريت الشقص بكذا وقال الشفيع بل اشتريته بكذا ولم يكن لواحد منهما بينة، فقال جمهور الفقهاء القول قول المشتري، لأن الشفيع مدع والمشتري مدعى عليه، وروي عن بعض التابعين أنه قال: القول قول الشفيع لأن المشتري قد أقرّ له، بوجوب الشفعة وادعى عليه مقداراً من الثمن لم يعترف له به، واختلف أصحاب مالك في هذه المسألة، فقال ابن القاسم القول قول المشتري إذا أتى بما يشبه بيمينه، فإن أتى بما لا يشبه، فالقول قول الشفيع، وقال أشهب إذا أتى بما يشبه فالقول قول المشتري بغير يمين، وإن أتى بما لا يشبه فعليه يمين، وحكي عن مالك أنه قال إذا كان المشتري ذا سلطان يعلم في العادة أنه يزيد في الثمن قبل قول المشتري بلا يمين، وقيل إذا أتى بما يشبه رد الشفيع إلى القيمة، وكذلك إذا أتى كل واحد منهما، بما لا يشبه.

واختلفوا إذا أتى كل واحد منهما ببينة وتساوت العدالة، فقال ابن القاسم يسقطان معاً ويرجع إلى الأصل من أن القول قول المشتري، وقال أشهب البينة بينة المشتري، لأنها زادت علماً.

فصل: اختلف الأئمة هل يجوز الاحتيال لإسقاط الشفعة أم لا مثل أن يبيع سلعة مجهولة عند من يرى ذلك مسقطاً للشفعة أو يقر له ببعض الملك ثم يبيعه الباقي أو يهبه له، فقال الشافعي وأبو حنيفة له ذلك، وقال مالك وأحمد ليس له ذلك، فإذا وهبه من غير عوض فلا شفعة له عند أبي حنيفة، والشافعي وأحمد، بل لا بد له أن يكون قد ملكه بعوض، وتردد قول مالك في ذلك، فتارة قال لا شفعة فيه وتارة قال فيه شفعة.

فرع: وإذا وجبت له الشفعة فبذل له المشتري دراهم على ترك الأخذ بالشفعة، جاز له أخذها وتملكها عند مالك وأبي حنيفة وأحمد، وقال الشافعي لا يجوز له ذلك، ولا يملكها وعليه ردها، ولأصحابه في بطلان الشفعة بذلك قولان: والله أعلم هذا آخر كتاب الشفعة ويليه كتاب القسمة.