بسم الله الرحمن الرحيم

جامعـــة آل البيت
كلية الدراسات الفقهية والقانونيـــة
قسم الفقه وأصوله

مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

The Droppings Of The Right Of Preemption In The Islamic Jurispradence

Combarative Study

إعداد الطالب

سليمان يوسف محمد الشيحان

الرقم الجامعي ٩٨٢٠١٠٤٠٠٦

المشـــرف

أ.د. قحطان الدوري

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بسم الله الرحمن الرحيم

جامعـــة آل البيت
كلية الدراسات الفقهية والقانونيـــة
قسم الفقه وأصوله

مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي
دراسة مقارنة

The Droppings Of The Right Of Preemption In The Islamic Jurispradence

Combarative Study

إعداد الطالب

سليمان يوسف محمد الشيحان

الرقم الجامعي ٩٨٢٠١٠٤٠٠٦

أعضاء لجنة المناقشة — التوقيـــــــــع

١ – أ. د. قحطان الدوري

٢ – أ. د. فاضل عبد الواحد عبد الرحمن

٣ – د. محمد راكان الدغمي

٤ – د. عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في **الفقه وأصوله** في كلية **الدراسات الفقهية والقانونية** في جامعة آل البيت .

نوقشت وأوصي بإجازتها بتاريخ: ٢٤/ ربيع الأول/١٤٢٣هـــ – ٦/حزيران/٢٠٠٢م

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المحتويات

الإهداء	ث
الشكر	ج
المقدمة	ح
الفصل التمهيدي	١
المبحث الأول : الشفعة لغة واصطلاحا	١
المبحث الثاني : ألفاظ الأخذ بالشفعة	٩
المبحث الثالث : مشروعية الشفعة	١١
المبحث الرابع : لمحة تاريخية عن تطور الشفعة .	١٤
المبحث الخامس : الإسقاط لغة واصطلاحا .	١٦
المبحث السادس : فيما تجري فيه الشفعة	١٨
الفصل الأول : مسقطات الشفعة فيما يتعلق بالشفيع .	٢٣
المبحث الأول : من لهم حق الشفعة .	٢٣
الصنف الأول : الشريك	٢٣
الصنف الثاني والثالث : الخليط والجار	٢٦
مقارنة المذاهب الفقهية مع القانون	٣٣
القول الراجح	٣٣
المبحث الثاني : شفعة الغائب	٣٤
المبحث الثالث : شفعة الصغير والحمل	٣٨
المطلب الأول : شفعة الصغير	٣٨
المطلب الثاني : شفعة الحمل	٤١
المبحث الرابع : شفعة المجنون	٤٣
المبحث الخامس : شفعة الذمي	٤٥
المبحث السادس : عسر الشفيع	٥١

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث السابع : سقوط الشفعة بسبب مـــوت الشفيع	٥٥
المبحث الثامن : إذا كان المشتري شريكا	٦٠
المبحث التاسع : مدة الطلب	٦٤
المبحث العاشر : إسقاط الشفعة صراحة	٦٨
المبحث الحادي عشر : إسقاط الشفعة دلالة	٧٢
الفصل الثاني : سقوط الشفعة فيمـــا يتعلـق بالعين المشـــفوعة والعيـن المشفوع بها .	٨١
المبحث الأول : سقوط الشفعة فيمـــا يتعلـق بالعين المشفوعة .	٨١
المطلب الأول : الشفعة في الوقف .	٨١
المطلب الثاني : سقوط الشفعة بســبب عـدم تجزئتها .	٨٤
المبحث الثاني : سقوط الشفعة فيمـــا يتعلـق بالعين المشفوع فيها .	٩٢
المبحث الثالث : سقوط الشفعة فـــي الشـقق والطوابق .	٩٩
الفصل الثالث : سقوط الشفعة فيمـــا يتعلـق بعقد البيع .	١٠٢
المبحث الأول : سقوط الشفعة فيما بيع بغـــير عوض .	١٠٣
المبحث الثاني : سقوط الشـــفعة فيمـــا بيـع بعوض غير مالي .	١٠٥
المبحث الثالث : الشفعة فـــي البيـع الفاسـد وبـيع المريض .	١٠٧
المبحث الرابع : سقوط الشفعة في زمن خيـار الشرط .	١١٠

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الخامس : سقوط الشفعة إذا حط البائع جزء من الثمن .	١١٢
الفصل الرابع : الحيل المسقطة للشفعة .	١١٣
المبحث الأول : الحيل لغة واصطلاحا .	١١٣
المبحث الثاني : حكم الحيل المسقطة للشفعة	١١٥
المبحث الثالث : التحايل بقصد إسقاط الشفعة	١١٩
المبحث الرابع : صور من التحايل لإسقاط الشفعة .	١٢٠
المبحث الخامس : إسقاط الشفعة في القانون المدني الأردني .	١٢١
المبحث السادس : مناقشة الحيل المسقطة للشفعة في الفقه الإسلامي والقانون الأردني .	١٢٢
الخاتمة	١٢٣
قائمة المصادر والمراجع	١٢٥
ملخص الرسالة باللغة الإنجليزية	١٣٢

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الإهداء

إلى والديَّ ... أمي ... أبي

﴿وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا﴾

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الشكر

أتقدم بالشكر الجزيل وعظيم الامتنان إلى السادة أعضاء لجنة المناقشة :

الأستاذ الدكتور قحطان الدوري عميد كلية الدراسات الفقهية والقانونية لقبوله الإشراف على هذه الرسالة ، حيث منحني الكثير من وقته وجهده وتوجيهاته المستمرة إلى أن وصلت الرسالة على هذه الصورة التي بين أيدينا .

والشكر موصول إلى الأستاذ الدكتور فاضل عبد الواحد رئيس قسم الفقه وأصوله سابقا .

والدكتور محمد راكان الدغمي رئيس قسم الفقه وأصوله .

والدكتور عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني المدرس في الجامعة الأردنية.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

بسم الله الرحمن الرحيم

مُقَدِّمَة

تمهيد

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله الطاهرين وصحبه المكرمين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين ، أم بعد :

فإن دراسة موضوع مسقطات الشفعة من الأهمية بمكان ، حيث أن موضوع الشفعة يحتاج له كل الناس لضرورة تعاملهم مع بعضهم البعض فهم يتشاركون ويتجاورون ويحتاجون لبعضهم البعض في البيع والشراء ، ولهذا ستبقى أهمية الشفعة ما دام الناس يتعايشون في مجتمعات إنسانية يشترون ويبيعون متجددة حاجاتهم دائماً وباستمرار .

مبررات اختيار الموضوع

الدافع الرئيس الذي جعلني أختار هذا الموضوع وجود الفراغ في هذه الجزئية وذلك بسبب عدم توفر بحث مستقل في كتب الفقه الإسلامي بهذا العنوان ، فنجد أن هذا الموضوع ما زال يحتاج إلى توضيح ودراسة وتحرير مسائله ، وتجليتها .

ومما يلاحظ في الحياة العملية أن كثيراً من الناس من يحتال في موضوع الشفعة ، فيبيعون بوسائل تعتمد على التحايل رغبة من البائع أن يبيع إلى شخص آخر غير الشفيع سواء كان هذا الشفيع جاراً أو شريكاً في الأرض أو غيرها .

وسيستفيد من هذا البحث بعون الله تعالى طلاب العلم في كليات الشريعة ، ومن يبحث في هذا المجال كالقضاة وغيرهم من أهل العلم ، بالإضافة إلى من يهتم من الأشخاص العادين بهذا الموضوع .

أدبيات الدراسة

تعرضت كتب الفقه الإسلامي للشفعة كأحد الأبواب الأساسية والثابتة فيه ، وقد كتب فيها الغالبية العظمى من العلماء المسلمين في كتبهم ، ويأتي الحديث عن مسقطات الشفعة

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

كـتوضيح لمسألة أو يتم بحثه بشكل عرضي وموجز أو يكون جواباً فـي آخـر المسـألة ، كقولهم : لا يثبت له حق ؛ يعني الشفيع ، أو لا يجوز له المطالبة وهكـذا ، وكـل المذاهـب الإسلامية في السابق والحاضر تعرضت لهذا الموضوع .

إلا أن هذه الكـتب تـناولت مسقـطات الشفـعة من زاوية مـذهب واحـد هـو مذهـب كاتـبه فقط .

ولم أجد في هذه الكتب موضوع مسقطات الشفعة مقارناً بين المذاهب الإسلامية ، إضافـة إلى تعرضها للموضوع بشكل سريع ، فأردت في هذه الرسالة دراسة الموضوع بشكل مقـارن بين جميع المذاهب وبالتفصيل .

إشكالية الموضوع

إن من يريد دراسة الشفعة في الفقه الإسلامي يلاقي صعوبة في البحـث عـن مسـقطات الشفعة ، حيث أن العلماء عندما تعرضوا للمسقطات لم يفردوا لها عنواناً مستقلاً ، وإنما يـأتي الحديث تباعاً لمسألة أو لموضوع عام ، ومعنى ذلك أن الذي يبحث في هذا الموضوع يضيـع كثيراً من الوقت لمعرفة سبب سقوط الشفعة في مسألة محددة ، وقد واجهت ذلك في دراسـتي الأولية لهذا الموضوع .

وبعـض العلماء ذكر مسائل ولم يتعرض لمسائل أخرى تتضمـن مسـقطات الشـفعة ، والبعض الآخر ناقش مسائل أخرى ، وكذلك اختلف العلماء في أحكام مسقطات الشـفعة، فمـا أجازه البعض لم يجزه الآخرون .

واختلف العلماء كذلك فيما تجري فيه الشفعة وفيما لا تجري فيه ، واعتمد بعضهم بشـكل أساسي على الأحاديث النبوية في هذا الباب والأخذ بظاهرها كما فعل ابن حـزم ، والبعـض الآخر اعتمد القياس العقلي المبني على قاعدة رفع الضرر عن البائع أو المشتري .

وكذلك فإن العلماء نظروا إلى مصلحة هؤلاء جميعا ، فمـن غلـب مصلحـة البـائع أو المشتري أسقط الشفعة بشكل أوسع ، ومن غلب مصلحة الشفيع الذي قد يكون جارا أو شـريكا قلل من مسقطات الشفعة لإيصال الشفيع إلى حقه ، وهذا مما يحتاج إلى تفصيـل وتحريـر ، وهو مثبت في كتب الفقه الإسلامي ، مما يتطلب منا تجميع أطراف الموضوع بشكل منظم .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

حدود المشكلة

سيتم التركيز على مسقطات الشفعة وتفصيل ذلك في المذاهب الإسلامية ، ولن يتعرض الباحث للمسائل الأخرى في باب الشفعة غير مسقطات الشفعة إلا إذا كان التعرض لها وبحثها ضرورة لا مفر منها .

المنهجية

ستكون طريقة الدراسة دراسة مقارنة بين المذاهب الإسلامية الثمانية ، وقد يتم ذكر أكثر من قول في المذهب الواحد ، إذا كان في ذكره زيادة فائدة وتفصيل ، وسيتم مقارنة القانون المدني الأردني مع المذاهب الفقهية كلما لزم الأمر وكان ذلك مفيداً .

وسأقسم البحث إلى فصل تمهيدي وأربعة فصول ، الفصل التمهيدي وفيه ستة مباحث ، رأيت أن يكون تمهيدا للدخول إلى الموضوع .

وأما الفصل الأول سيتم فيه بحث مسقطات الشفعة فيما يتعلق بالشفيع ، وفيه أحد عشر مبحثا .

وأما الفصل الثاني سيتم فيه بحث مسقطات الشفعة فيما يتعلق بالعين المشفوعة والعين المشفوع بها .

والفصل الثالث سيتم فيه بحث مسقطات الشفعة فيما يتعلق بعقد البيع .

والفصل الرابع سيتم فيه بحث الحيل المسقطة للشفعة ، وحكمها وموقف القانون منها .

وفي نهاية البحث سأقوم باستخلاص أهم النتائج التي توصلت إليها في هذه الدراسة وتضمينها في خاتمة البحث .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل التمهيدي

المبحث الأول : الشفعة لغة واصطلاحا

الشفعة لغة

الشفعة : (شفع) ــ الشين والفاء والعين أصل صحيح يدل على مقارنة الشيئين ــ أي ضمهما ، وقد استعملت في المعاني الآتية :

١٠ الشفع : خلاف الوتر[١] . تقول : كان فردا فشفعته . قال الله جل ثناؤه : ((والشفع والوتر)) الفجر : ٣ ، وفسروه : الوتر الله تعالى ، والشفع الخلق [٢]. والشفعة في الدار من هذا الباب [٣] ؛ لأنه يشفع بها ماله [٤] .

٢٠ من الشفاعة : قال القتيبي : كان الرجل في الجاهلية إذا أراد بيع منزل أتاه جاره [٥] فشفع إليه فيما باع . فشفعه وجعله أولى بالمبيع ممن بعد سببه فسميت شفعة ، وسمي طالبها شفيعا [٦].

٣٠ من الإعانة : يقال شفع فلان لفلان في كذا أي طلب الإعانة له [٧].

٤٠ من الزيادة [٨] : ومنه قوله تعالى : ((من يشفع شفاعة حسنة)) النساء : ٨٥ : من يزد عملا إلى عمل [٩] ، وشفعت الركعة : جعلتها ثنتين [١٠] .

---

[١] – ابن فارس ، أحمد ، **معجم مقاييس اللغة** ، مادة شفع ، الطبعة الأولى ، مطبعة عيسى الحلبي ، القاهرة ، ج٣ ص٢٠١ . والفيروز أبادي ، **القاموس المحيط** ، مادة شفع ، دار الحديث ، القاهرة ، ج٣ ص٤٥ . والزمخشري ، محمود ، **أساس البلاغة** ، مادة شفع ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٧٩م ، ص٣٣٣ .

[٢] – ابن فارس ، المصدر السابق ، ج٣ ص٢٠١ ، والفيروز أبادي ، المصدر السابق ، ج٣ ص٤٥ . والجوهري ، إسماعيل بن حماد ، **الصحاح** ، مادة شفع ، دار التراث العربي ، بيروت ، ج٣ ص١٠٢٩ .

[٣] – ابن فارس والجوهري ، المصدران السابقان .

[٤] – ابن فارس ، المصدر السابق .

[٥] – الأزهري ، **تهذيب اللغة** ، مادة شفع ، باب العين والشين مع الفاء ، الطبعة الأولى ، دار القومية للطباعة ، القاهرة ، ١٩٦٤م ، ج١ ص ٤٣٧ .

[٦] – ابن منظور ، محمد بن مكرم ، **لسان العرب** ، دار صادر ، بيروت ، ج٣ ص١٨٤ .

[٧] – ابن منظور ، المصدر السابق .

[٨] – ابن منظور ، المصدر السابق .

[٩] – الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، ج٣ ص٤٤ .

[١٠] – الفيومي ، أحمد ، **المصباح المنير** ، الطبعة الرابعة ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ، ١٩٢١م ، ص٤٣٢٥

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ونـــاقة شـــفوع : هي التي تجمع محلبـــين في حـــلبة واحدة [١] ، والشاة الشافع : التي معـــها ولدها [٢] .

قال العيني [٣] : واختلف في اشتـــقاقها في اللغة إما في الضم أو الزيادة أو فـــي التقويـــة أو الإعانة أو من الشفاعة وكل ذلك يوجد في حق الشفيع [٤] ، والشفيع صاحب الشفعة [٥] .

---

[١] – ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ج٣ ص٢٠١ . والزمخشري ، أساس البلاغـــة ، ص٣٣٣ . والفـــيروز أبادي ، القاموس المحيط ، ج٣ ص٤٦ .

[٢] – ابن فارس والزمخشري والفيروز أبادي ، المصادر السابقة .

[٣] – البدر العيني : محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد البدر العيني الحلبي الأصل ، الحنفي ، مـــن تصانيفـــه رمز الحقائق شرح كنز الدقائق ، توفي بالقاهرة سنة (٨٥٥)هـــ . الشوكاني ، **البدر الطالع** ، ج٢ ص٢٩٤ .

[٤] – العيني ، بدر الدين ، **عمدة القاري شرح صحيح البخاري** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج١٢ ص ٧١ .

[٥] – ابن منظور ، لسان العرب ، ج٣ ص١٨٤ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الشفعة اصطلاحا

الشفعة اصطلاحا : اختلفت تعاريف الفقهاء للشفعة بناء على القيود التي وضعها كل مذهب :-

١. الحنفية :

للحنفية تعاريف متعددة تبعا لاختلاف وجهات نظرهم فيها :

فابن نجيم [١] والشيخ نظام [٢] وابن قودر[٣] قالوا : " إنها تمليك البقعة جبرا على المشتري على ما قام عليه " .

وفي ملتقى الأبحر [٤] : قال : " هي تملك العقار على مشتريه بما قام عليه جبرا " .

وعرفها ابن عابدين [٥] : " تمليك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه " .

وفي مجمع الأنهر لداماد [٦] قال : " هي ضم بقعة مشتراة إلى عقار الشفيع بسبب الشركة أو الجوار " .

٢. الشافعية :

عرفها الخطيب الشربيني[٧] والدمياطي[٨] والرافعي[٩] والقسطلاني[١٠] بأنها : " حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض " .

---

[١] – ابن نجيم ، زين الدين ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، الطبعة الثانية ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ، ج٨ ص١٤٣ .

[٢] – الشيخ نظام ، **الفتاوى الهندية** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠م ، ج٥ ص ١٩٩ .

[٣] – ابن قودر ، **نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج٩ ص ٣٧٦ .

[٤] – الحلبي ، إبراهيم ، **ملتقى الأبحر** ،المطبعة العامرة ، استانبول ، ١٣١٩هـ ، ج٢ ص٤٧١ .

[٥] – ابن عابدين ، محمد بن أمين ، **حاشية ابن عابدين** ، دار إحياء التراث ، بيروت ، ج٧ ص٢٦٠ .

[٦] – داماد ، عبد الله ، **مجمع الأنهر** ، المطبعة العامرة ، استانبول ، ١٣١٩هـ ، ج٢ ص٤٧١ .

[٧] – الشربيني ، محمد بن الخطيب ، **مغني المحتاج** ، دار المعرفة ، بيروت ، ج٢ ص٣٨٢ .

[٨] – الدمياطي ، عثمان ، **إعانة الطالبين** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥م ، ج٣ ص ١٨٤ .

[٩] – الرافعي ، عبد الكريم ، **العزيز شرح الوجيز** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ج٥ ص٤٨٢ . الرافعي : أبو القاسم عبد الكريم بن محمد القزويني ، شيخ الشافعية ، انتهت إليه معرفة المذهب من تصانيفه (الفتح العزيز في شرح الوجيز) ، توفي سنة (٦٢٣)هـ . الذهبي ، **سير أعلام النبلاء** ، ج٢٢ ص٢٥٤ – ٢٥٥ .

[١٠] – القسطلاني ، أحمد ، **إرشاد الساري شرح صحيح البخاري** ، دار الفكر ، ج٧ ص١٢٣ . أحمد بن محمد ابن أبي بكر ، القسطلاني الأصل ، المصري الشافعي ، من أشهر مؤلفاته (إرشاد الساري شرح صحيح البخاري) ، توفي سنة (٩٢٣)هـ . الشوكاني ، **البدر الطالع** ، ج١ ص١٠٢ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وزاد في آخر التعريف كل من صاحب كفاية الأخيار[١] ونهاية المحتاج[٢] وحاشية البيجوري[٣] قيد (لدفع الضرر) ، وهذا القيد حكمة الشفعة وحكمة الشيء لا تدخل في ماهيته .

وفي التهذيب للبغوي[٤] : حق ثبت في الربع للشريك القديم على الشريك الحادث دفعا لمؤنة المقاسمة عن نفسه بالثمن الذي اشتراه ، فقد فسر الضرر لمؤنة المقاسمة .

وفي فتح الباري لابن حجر [٥]: " انتقال حصة شريك إلى شريك كانت انتقلت إلى أجنبي بمثل العوض المسمى " [٦].

٠٣. المالكية :

عرفها خليل في مختصره [٧] قال : " أخذ شريك ولو ذميا " ، وهذا تعريف ناقص تداركه فقهاء المالكية كما سيأتي بيانه .

وفي أقرب المسالك للدردير [٨] : " استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغته " .

أما ابن عرفة [٩] والزرقاني [١٠] قالا : " استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمن " .

---

(١) – الحصني ، محمد بن الحسيني ، **كفاية الأخيار** ، الطبعة الثانية ، طبعة الحلبي ، القاهرة ، ج١ ص١٨٤ .

(٢) – الرملي ، محمد بن أحمد ، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج٥ ص١٩٤.

(٣) – البيجوري ، إبراهيم ، **حاشية البيجوري على شرح الغزي** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤ ، ج٢ ص٢٨ .

(٤) – البغوي ، الحسين ، **التهذيب في فقه الإمام الشافعي** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج٤ ص١٣٦.

(٥) – ابن حجر : أحمد بن علي بن محمد العسقلاني ، القاهري الشافعي ، له تصانيف عديدة منها فتح الباري شرح صحيح البخاري ولسان الميزان ، توفي سنة (٨٥٢)هـ . الشوكاني ، **البدر الطالع** ، ج١ ص٨٧ .

(٦) – ابن حجر ، أحمد بن علي ، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ، المكتبة السلفية ، القاهرة ، ج٤ ص٤٣٦.

(٧) – خليل بن اسحق ، **المختصر** ، مطبعة عيسى البابي ، القاهرة ، ص٢٥٩ .

(٨) – الدردير ، أحمد ، **أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك** ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٣٩٣هـ ، ج٣ ص٦٢٩

(٩) – الحطاب ، محمد ، **مواهب الجليل شرح مختصر خليل** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ج٧ ص ٣٦٧ .

ابن عرفة هو محمد بن محمد بن عرفة ، أبو عبد الله التونسي المالكي ، صنف مجموعا في الفقه سماه (المبسوط) توفي سنة (٨٠٣)هـ . الشوكاني ، **البدر الطالع** ، ج٢ ص٢٥٥ .

(١٠) – الزرقاني ، محمد ، **شرح موطأ مالك** ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ج٣ ص٥٣ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

واعترض الحطاب في مواهب الجليل على تعريف ابن عرفة بقولـــه : " إنـــه غـــير جـــامع لخروج ما يكون فيه الشفعة بقيمة الشقص " [١].

٤. الحنابلة :

عرفها ابن قدامة [٢] في المغني بقوله : " استحقاق الشريك انتزاع حصة شـــريكه المنتـــقلة من يد من انتـــقلت إليه " ، وقريب منه تعريفه في المقنع [٣] .

وفي الإقناع لموسى الحجاوي [٤] قال : " هي استحقاق الشريك حصة شريكه مـــن يـــد مـــن انتـــقلت إليه إن كان مثله أو دونه بعوض مالي بثمنه الذي استـــقر عليه العقد " ، وقريب منه مـــا في الروض المربع [٥] وحاشية سليمان بن عبد الله بن عبد الوهاب على المقنع [٦] ، وفي مطـــالب أولي النهى شرح غاية المنتهى : " استحقاق الشريك انتزاع شقص شريكه من يد من انتقلت إليـــه بعوض مالي إن كان مثله أو دونه "[٧].

٥. الظاهرية :

جاء في المحلـــى[٨] : " الشفعة واجبة في كل جزء بيع مشاعا غير مقســـوم بيـــن اثـــنين فصاعدا من أي شيء مما ينقسم ومما لا ينقسم من أرض أو شجرة واحدة فأكثر أو عبد أو ثـــوب أو أمة أو سيف أو طعام أو حيوان أو من أي شيء بيع " .

---

[١] – الحطـــاب ، المصدر السابق . والشقص هو الجزؤ أو الحصة من الشيء .

[٢] – ابن قدامة ، عبد الله ، **المغني** ، مطبعة هجر ، القاهرة ، ج٧ ص٤٣٦ .

ابن قدامة : موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي صـــاحب المغني ، توفي سنة (٦٢٠)هـــ . الذهبي ، **سير أعلام النبلاء** ، ج٢٢ ص١٦٥ – ١٦٦ .

[٣] – ابـــن قدامة ، عبد الله ، **الـــمقنع** ، المطبعة السلفية ، القاهرة ، ج٢ ص٢٥٦ ، ووافقه المرداوي ، علي ، **الإنصاف** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج٦ ص٢٣٥ .

[٤] – الحجاوي ، موسى ، **الإقناع في فقه الإمام أحمد** ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت ، ج٢ ص٣٦٣

[٥] – البهوتي ، منصور ، **الروض المربع شرح زاد المستـــقنع** ، الطبعة الأولى ، المكتبـــة الفيصليـــة ، مكـــة المكرمة ، ج١ ص٢٢٦ .

[٦] – عبد الوهاب ، سليمان بن عبد الله ، **حاشية على المقنع** ، المطبعة السلفية ، القاهرة ، ج٢ ص٢٥٦ .

[٧] – الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، المكتب الإسلامي ، دمشق ، ج٤ ص١٠٠ .

[٨] – ابن حزم ، علي بن أحمد ، **المحلى** ، دار الفكر ، بيروت ، ج٩ ص٨٢ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٠٦ الإباضية :

عرفها الثميني وتابعه محمد بن يوسف اطفيش ، قال : " تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض " [١] ، ووافقه أبو ستة القصيبي في حاشيته على الإيضاح للشماخي [٢].

٠٧ الزيدية :

عرفها صاحب التاج المذهب [٣] : " الحق السابق لتصرف المشتري الثابت للشريك أو من في حكمه " ، وعرفها السياغي في الروض النضير [٤] : " أخذ الشريك الجزء الذي باعه شريكه من المشتري بما اشتراه " .

وفي البحر الزخار لابن المرتضى [٥] : " الحق المختص بالشريك ومن في حكمه في البيع " .

٠٨ الإمامية الاثنا عشرية :

عرفها المحقق الحلي في شرائع الإسلام [٦] ووافقه صاحب جواهر الكلام [٧] : " هي استحقاق أحد الشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها بالبيع " .

وفي اللمعة الدمشقية [٨] : " استحقاق الشريك الحصة المبيعة من شريكه " .

٠٩ القانون المدني الأردني :

نصت المادة ١١٥٠ على أن الشفعة : " تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه الثمن والنفقات " .

---

(١) – اطفيش ، محمد بن يوسف ، **شرح النيل وشفاء العليل** ، الطبعة الثالثة ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، ج١١ ص٣٢٠ .

(٢) – القصيبي ، محمد بن عمر ، **حاشية على الإيضاح** ، الطبعة الثانية ، وزارة التراث القومي ، عمان ، ١٩٩٦م ، ج٨ ص٣ .

(٣) – العنسي ، أحمد ، **التاج المذهب لأحكام المذهب** ، الطبعة الأولى ، مكتبة اليمن ، ١٩٤٧م ، ج٣ ص٢٣٩ .

(٤) – السياغي ، الحسين ، **الروض النضير شرح مجموع الفقه الأكبر** ، دار الجيل ، بيروت ، ج٣ ص٣٣٧ .

(٥) – ابن المرتضى ، أحمد ، **البحر الزخار** ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٧٥ ، ج٥ ص٣

(٦) – الحلي ، جعفر ، **شرائع الإسلام** ، الطبعة الثالثة ، دار الأضواء ، بيروت ، ١٩٩٨ ، ج٣ ص٢٥٣ .

(٧) – النجفي ، محمد حسن ، **جواهر الكلام** ، الطبعة السابعة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ج٣٧ ص٢٣٨ .

(٨) – العاملي ، محمد بن جمال ، **اللمعة الدمشقية** ، جامعة النجف ، ج٤ ص٣٩٥ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ومن عرض التعاريف السابقة يتبين لنا :

إن بعض الفقهاء ذكر أنها تملك العقار أو البقعة المشتراة وهو قول الحنفية والقانون المدني الأردني ، وذكر المالكية والشافعية والحنابلة والإباضية والإمامية الاثنا عشرية بأنها استحقاق .

وذكر بعضهم أنها تكون بغير رضا المشتري ، فعبر الحنفية بلفظ جبرا ، والمالكية والسياغي من الزيدية والحنابلة بالانتزاع ، والشافعية والإباضية بتمليك قهري ، والظاهرية بلفظ واجبة .

وفسر بعضهم سبب مشروعية الشفعة لدفع ضرر المقاسمة واستحداث المرافق كالشافعية ، وبسبب الشركة أو الجوار كالحنفية .

وأشار بعضهم إلى الثمن ، فالحنفية قالوا بما قام عليه من الثمن ، وبعض الشافعية بقولهم بمثل العوض المسمى كابن حجر ، والمالكية بثمنه ، والزيدية بما اشتراه ، وامتاز القانون المدني الأردني بذكر النفقات وتملك بعض العقار .

وذكر الجميع أن الشفعة للشريك القديم على الحادث عدا الحنفية والقانون المدني الأردني وأضاف الزيدية أو من في حكمه .

وأشار الجميع إلى أنها تكون بعد البيع ؛ فعبر الحنفية والقانون المدني الأردني بالشراء ، والشافعية والإباضية وبعض المالكية بقولهم فيما ملك بعوض ، وعبر بلفظ البيع الإمامية الاثنا عشرية والظاهرية وبعض المالكية .

ولم يذكر قيد الذمي إلا المالكية ، وأشار إليه الرحيباني في شرح غاية المنتهى من الحنابلة .

وانفرد الظاهرية بإثباتها في كل شيء .

وذكر الحنفية لفظ العقار أو البقعة ، والدردير من المالكية والبغوي من الشافعية بلفظ الربع ، وعبر الباقون بلفظ الحصة أو الشقص المباع .

فيتبين لنا أنه لا يوجد تعريف واحد جامع مانع ، فكل فقيه اجتهد حسب وجهة نظره وقواعد مذهبه لتقديم التعريف المناسب .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وبـــعد هذا الاستعراض للمذاهب الفقهية والقانون المدني الأردني أرى أن الشفعة :

حق للشريك ثم للجار يتملك به العقار المنتقل بعوض جبرا على المشتري بالثمن والنفقات المتفــق عليها بالعقد وذلك :

١. لإثبات أنها حق .

٢. لشمول الجار .

٣. لشمول الذمي .

٤. لإثباتها في العقار فقط .

٥. لإثباتها جبرا على المشتري بالثمن المتــفق عليه .

٦. إضافة النفقات ، حيث إنه تدفع رسوما في دائرة الأراضي (السجل العقاري) وقـــد يلحقــها أتعاب محاماة عند التــقاضي .

٧. لبيان ترتيب الشفعاء .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثاني

مبحث ألفاظ الأخذ بالشفعة

طلب الشفعة هو إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة عند علمه بالمبيع ، إما عند البائع أو عند المشتري أو عند العين المشفوعة .

اختلفت أقوال الفقهاء في الأخذ بالشفعة بألفاظ : الطلب ، والأخذ ، والاستشفاع ، والتملك ، والانتزاع ، والضم وغيرها .

فبلفظ الطلب[١] يقول الشفيع : طلبت الشفعة[٢] أو أنا طالب أو مطالب بالشفعة[٣] ، أو أنا مطالب لك بالشفعة أو أطلبك الشفعة[٤] ، أو أطلبها الآن[٥] .

وبلفظ الأخذ ، يقول : قد أخذت الشقص[٦] ، أو أخذته بالثمن[٧] أو أنا آخذ بالشفعة[٨] ، أو يقول للمشتري : إنك اشتريت دار فلان ولي الشراء بالشفعة وقد أخذتها[٩] .

وبلفظ الاستشفاع ، يقول : قد شفعتك ، أو أنا أستشفعك[١٠] ، أو استشفع ، أو أنا شافع[١١] أو أن يصف العين المشفوعة ويقول : وأنا شفيعها[١٢] .

٥٥٩٤٨٤

---

(١) – قال ابن المرتضى : " إذا أتى بغير لفظ الطلب المتعارف بطلت ، كقوله عندك لي شفعة ، أو أنا أستحق عليك أو نحو ذلك ، فإن قاله جهلا لا تبطل " ابن المرتضى ، **البحر الزخار** ، ج٥ ص١٣ .

(٢) – ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج٨ ص٢٧١ . **البحر الرائق** ، ج٨ ص١٤٧ . الكاساني ، علاء الدين ، **بدائع الصنائع** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج٦ ص ١٣٢ .

(٣) – الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١١٢ . داماد ، **مجمع الأنهر** ، ج٢ ص٣٧٤ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٤٩ .

(٤) – العنسي ، **التاج المذهب** ، ج٣ ص٣١

(٥) – ابن عابدين ، المصدر السابق ، ج٧ ص ٢٧١ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص١٤٧ . داماد ، **مجمع الأنهر** ، ج٢ ص٤٧٤ .

(٦) – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٣٢٩ .

(٧) – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٠ .

(٨) – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٤٩ . ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٦ .

(٩) – اطفيش ، **شرح النيل** ، الطبعة الثالثة ، ١٩٨٥م ، ج١١ ص٣٨٣ .

(١٠) – ابن المرتضي ، **البحر الزخار** ، الطبعة الثانية ، ج٥ ص١٣ .

(١١) – الصنعاني ، **التاج المذهب** ، ج٣ ص٣١ .

(١٢) – داماد ، **مجمع الأنهر** ، ج٢ ص٤٧٤ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وبلفظ التملك يقول : تملكت بالثمن وشبهه[١] ، أو تملكته : أي الشقص[٢] .

واستعمل بعض الفقهاء ألفاظا أخرى مثل ، **انتزعته** (أي الشقص) ، أو ضممته إلى ما كنت أملكه [٣] ، أو أنا قائم على الشفعة [٤] ، أو ادعيت الشفعة ، أو سألت الشفعة أو نحو ذلك [٥].

والقول الراجح :

أرجح صحة الأخذ أو الطلب بما يفهم منه الطلب [٦] مما يفيد محاولة الأخذ بالشفعة [٧] ؛ لأن معنى الطلب يتأدى بكل لفظ دل عليه ، سواء كان بلفظ الطلب أو غيره[٨] كالإشارة ممن لا يمكنه النطق[٩].

---

(١) – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٣٢٥ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٠

(٢) – الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١١٢ .

(٣) – الرحيباني ، المصدر السابق ، ج٤ ص١١٢

(٤) – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٤٩ . السيوطي ، المصدر السابق ، ج٤ ص١١٢

(٥) – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٣٢ .

(٦) – داماد ، **مجمع الأنهر** ، ص٤٧٤ . الكاساني ، المصدر السابق ، ج٦ ص١٣٢ .

(٧) – الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١١٢ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٤٩ .

(٨) – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٣٢.

(٩) – العنسي ، **التاج المذهب** ، ج٣ ص٣١ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثالث

مشروعية الشفعة في الأحاديث النبوية الشريفة والإجماع

ثبتت مشروعية الشفعة بالسنة والاثار والإجماع .

أ . الشفعة مشروعة بأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم ، منها :

١. عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال : " قضى النبي صلى الله عليه وسلم في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " [١] .

٢. عن عمرو بن الشريد قال : " وقعت على سعد بن أبي وقاص فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على إحدى منكبي ، إذ جاء أبو رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا سعد ابتع مني بيتي في دارك ، فقال سعد : والله ما أبتاعهما ، فقال المسور : والله لتبتاعنهما . فقال سعد : والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة .

قال أبو رافع : لقد أعطيت بهما خمسماية دينار ، ولولا أني سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول : الجار أحق بسقبه ، ما أعطيتكها بأربعة [٢] آلاف وأنا أعطي بها خمسماية دينار ، فأعطاها اياه " [٣] .

٣. وروى مسلم في باب الشفعة عن جابر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من كان له شريك في ربعة [٤] أو نخل فليست له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه ، فإن رضي أخذ وإن كره ترك " [٥].

٤. وروى أيضا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط ، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع ، فإن أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه " [٦] .

---

[١] – البخاري ، محمد بن إسماعيل ، **صحيح البخاري** ، الطبعة الثالثة ، دار ابن كثير ، بيروت ، ١٩٨٧ ، ج٢ ص٧٨٧ ، حديث رقم : ٢١٨٣ . وقوله " وصرفت " بالتشديد بمعنى ميزت بأن جعل لكل نصيب طريق تخصه.

[٢] – قوله (أربعة آلاف) في رواية سفيان (أربعماية) وفي رواية الثوري (أربعماية مثقال) ، وهو يدل على أن المثقال إذ ذاك كان بعشرة دراهم ، ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج٤ ص٤٣٧ .

[٣] – البخاري ، **صحيح البخاري** ، ج٢ ص٧٨٧ ، حديث رقم : ٢١٣٩ .

[٤] – ربعة : بفتح الراء وسكون الباء ، تأنيث الربع ، والربع الدار المسكن ، النووي ، يحيى بن زكريا ، **شرح صحيح مسلم** ، دار العلوم الإنسانية ، دمشق ، ج٣ ص٥٤٢ .

[٥] – النووي ، المصدر السابق ، ج٣ ص٥٤١ .

[٦] – مسلم ، **صحيح مسلم** ، دار إحياء التراث ، بيروت ، ج٣ ص١٢٢٩ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٠٥ روى الترمذي عن سمرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " جار الدار أحق بالدار " [١] ، قال الترمذي : حديث حسن صحيح .

٠٦ روى الترمذي أيضا في باب ما جاء في الشفعة للغائب عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الجار أحق بشفعته ينتظر به[٢] وإن كان غائبا ، إذا كان طريقهما واحدا " [٣] ، قال الترمذي : حديث غريب .

٠٧ روى الترمذي كذلك عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الشريك شفيع ، والشفعة في كل شيء " [٤].

ب ٠ الإجماع : قال ابن المنذر[٥] : " أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط " [٦]

ج ٠ الآثار :

أ ــ جاء في البخاري أن الحكم قال : " إذا أذن له قبل البيع فلا شفعة له " [٧].

ب ــ وجاء في البخاري أن الشعبي قال : " من بيعت شفعته وهو شاهد لا يغيرها فلا شفعة له " [٨] ، وكذلك ترجم البخاري للباب الأول من كتاب الشفعة بقوله : " الشفعة في كل ما لم

---

[١] – الترمذي ، محمد بن عيسى ، **سنن الترمذي** ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ج٣ ص٦٥٠ ، حديث رقم : ١٣٦٨ .

[٢] – الفعل في ينتظر مبني للمجهول ، والضمير في (به) يرجع إلى الحق الوارد في قوله " أحق " ، وفي رواية أبي داود " ينتظر بها " فالضمير يرجع إلى الشفعة .

[٣] – الترمذي ، المصدر السابق .

[٤] – الترمذي ، المصدر السابق .

[٥] – ابن المنذر ، محمد ، **الإجماع** ، الطبعة الثانية ، مكتبة عجمان ، الإمارات ، ١٩٩٩م ، ص١٣٦ .

[٦] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٣٦ ، قال : " ولا نعلم أحدا خالف هذا إلا الأصم فإنه قال : لا تثبت الشفعة لأن في ذلك إضرارا بأرباب الأملاك ؛ فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك " ، وأجاب ابن قدامة على هذا الدليل العقلي بقوله : " وهذا ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والإجماع المنعقد قبله ... " . ونقل عن جابر بن زيد من التابعين إنكارها ، قال الدميري : " ولعل ذلك لم يصح عنه " . الدرعان ، عبد العزيز ، **أحكام الشفعة** ، الطبعة الأولى ، مكتبة التوبة ، الرياض ، ١٩٩٤ ، ص٣٨ .

[٧] – البخاري ، **صحيح البخاري** ، ج٢ ص٧٨٧ ، حديث رقم : ٢١٣٨ .

[٨] – البخاري ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " [١]، وترجم للباب الثاني بقوله : " عـــرض الشفعة على صاحبها قبل البيع " [٢] .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

---

[١] – البخاري ، **صحيح البخاري** ، ج٢ ص٧٨٧ ، حديث رقم : ٢١٣٨ .

[٢] – البخاري ، المصدر السابق .

المبحث الرابع

لمحة تاريخية عن تطور الشفعة

ليست الشفعة خاصة بالشريعة الإسلامية وحدها ؛ فقد كانت معروفة في الشرائع التي سبقتها كشريعة موسى عليه السلام والقانون الروماني[١] ، إلا أن بعض الكتاب نفى أن يكون للقانون الروماني معرفة بالشفعة [٢] .

فكثيرا ما احتوت الشريعة الإسلامية على نظم لا أصل لها في القانون الروماني مثل نظام الوقف الأهلي ونظام الشفعة [٣] .

ومعلوم أن القوانين الأوروبية استمدت موادها من القانون الروماني ، فالشفعة منصوص عليها في القانون الإسباني والقانون الألماني ، وجاء القانون الفرنسي بحق الاسترداد الوراثي الذي هو نوع من الشفعة [٤] ، وكانت موجودة عند العرب قبل الإسلام [٥] ، فقد جاء أن الرجل في الجاهلية إذا أراد أن يبيع منزله أتاه رجل فشفع إليه فيما باع فيشفعه ويجعله أولى بالمبيع ممن بعد سببه [٦] ليتصل ملكه ويندفع عنه الضرر[٧] .

إلا أن معرفة العرب في الجاهلية للشفعة كانت على وضع بدائي يتناسب مع القدر الذي تقتضيه حياة الألفة والاجتماع بين المتجاورين ، متى رغب البائع في دفع الضرر عن شريكه أو جاره ، ولم يصل طلب الشريك لها إلى درجة الإلزام وإجبار المشتري بالتخلي عن المبيع إلى الشفيع من أجل دفع ضرر الشركة عنه [٨] .

---

[١] – عمر ممدوح مصطفى ، **القانون الروماني** ، الطبعة الخامسة ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٦٥ ، ص٤٨٣ .

[٢] – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص٢٥ .

[٣] – المتعافي ، رضوان ، **الجنايات المتحدة في القانون والشريعة** ، المطبعة السلفية ، القاهرة ، ١٩٣٠م ، المقدمة الصفحة رقم (ز) .

[٤] – عمر ممدوح ، **القانون الروماني** ، ص٤٨٣ .

[٥] – عمر ممدوح ، المصدر السابق ، ص٤٨٣ .

[٦] – ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج٧ ص ٣١٦ .

[٧] – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص٢٤ .

[٨] – الدرعان ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فلما جاء الإسلام وشرع الأحكام أقر مبدأ الشفعة لكنه هذبه وشرع له ضوابط وقواعد يتحقق بها جلب المصلحة ودفع المضرة [١] ، ونفى ابن حزم [٢] معرفة العرب للشفعة قبل الإسلام [٣].

وكانت مجلة الأحكام العدلية زمن الدولة العثمانية أول محاولة لوضع الشفعة في مواد قانونية ، وبقيت هذه المجلة مرجع القضاة في الدولة العثمانية .

وبعد أن اتسعت الدراسات القانونية وتعاقب رجال هذه الدراسات على وضع القانون المدني استمدوا قانون الشفعة من الشريعة الإسلامية وجعلوها المصدر الأساسي لنصوص الشفعة في القانون المدني ، ومن ثم قالوا : إنه يلزم القاضي عند فقدان النص القانوني الرجوع إلى الفقه الإسلامي دون الالتزام في ذلك بمذهب معين من المذاهب الإسلامية [٤].

وقد وضعت نصوص في القوانين المدنية العربية المعاصرة تعالج الشفعة بشكل دقيق ، ففي القانون الأردني على سبيل المثال وضعت المواد ١١٥٠ ــ ١١٦٨ لمعالجة الشفعة .

---

[١] – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص٢٤ .

[٢] – ابن حزم : أبو محمد علي بن أحمد سعيد الفارسي الأصل ثم الأندلسي القرطبي ، الحافظ المتكلم الأديب الوزير الظاهري ، له مصنفات جليلة أكبرها كتاب (الإيصال إلى فهم كتاب الخصال) وكتاب (المحلى) ، توفي سنة (٤٥٦)هـ . الذهبي ، **سير أعلام النبلاء** ، ج١٨ ص١٨٤ ص١٩٣ .

[٣] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٨٩ ، قال : " إن الشفعة ليست لفظة قديمة ، إنما هي لفظة شريعية لم تعرف العرب معناها قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم كما لم تعرف لفظة الصلاة " اهـ .

[٤] – الدرعان ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الخامس

الإسقاط لغة واصطلاحا

الإسقاط لغة

الإسقاط في اللغة مأخوذ من سقط الشيء من يدي سقوطا ، بالضم ، ومسقطا بالفتح: وقع [١] ، فالسين والقاف والطاء أصل واحد يدل على الوقوع [٢].

وسقط تأتي بمعان عديدة منها :

١. **الوقوع** ، ورد في الحديث عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال : سقط رسول الله صلى الله عليه وسلم عن فرسه فجحش شقه الأيمن[٣] .

٢. **يعثر** ، ورد في الحديث : " لله أفرح بتوبة عبده من أحدكم يسقط على بعيره وقد أضله " ، معناه : يعثر عن موضعه ويقع عليه [٤].

٣. **نزل** ، يقال : سقط إلي القوم : نزلوا علي [٥] ، وفي حديث النجاشي وأبي سمال ؛ فأما أبو سمال فسقط إلى جيران له أي أتاهم فأعاذوه وستروه[٦] .

٤. **الخطأ** ، يقال : سقط في كلامه وبكلامه سقوطا إذا أخطأ [٧].

٥. العثرة والزلة ، يقال السقطة : العثرة والزلة ، وكذلك السقاط ، يقال : فلان قليل السقاط[٨]

٦. **الرفع والإزالة** ، يقال : سقط الرجل : إذا وقع اسمه من الديوان[٩] ، وقول الفقهاء سقوط الحد بالشبهة : أي امتناع إقامته بسبب الشبهة [١٠] .

---

(١) – الزبيدي ، محمد مرتضى ، **تاج العروس** ، مطبعة حكومة الكويت ، الكويت ، ١٩٨٠م ، ج١٩ ص٣٥٤ .

(٢) – ابن فارس ، **معجم مقاييس اللغة** ، ج١ ص٥٦٢ .

(٣) – ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج٢ ص٥٨٤ .

(٤) – ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج٧ ص ٣١٦ .

(٥) – ابن منظور ، المصدر السابق ، الزبيدي ، **تاج العروس** ، ج١٩ ص٣٥٥ .

(٦) – الزبيدي ، المصدر السابق .

(٧) – الزبيدي وابن منظور ، المصدران السابقان .

(٨) – الزبيدي وابن منظور ، المصدران السابقان .

(٩) – الزبيدي وابن منظور ، المصدران السابقان .

(١٠) – شليبك ، أحمد ، **أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي** ، الطبعة الأولى ، دار النفائس ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص١٥ ، نقلا عن الفيروز أبادي ، القاموس المحيط .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الإسقاط اصطلاحا

عرفه علي محمد الشريف بقوله : " هو إزالة الحق الثابت نهائيا مع عدم نقله لغير المختص به ، سواء أكانت هذه الإزالة بعوض أو بغير عوض " [١] .

وعرفه أحمد شلبك بقوله : " هو إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك أو مستحق تقربا إلى الله تعالى بصيغة مخصوصة " [٢] .

وجاء في حاشية إبراهيم البيجوري عند حديثه عن سقوط حق الأم في حضانة طفلها إذا اختل شرط من شروط الحضانة قال : وقوله سقطت حضانتها أراد بالسقوط ما يشمل عدم الاستحقاق ابتداء كما يشمل انتفاءها بعد ثبوتها[٣] .

وبالنظر إلى هذا المعنى وتعاريف الإسقاط اصطلاحا والمعاني اللغوية للإسقاط خاصة معنى الرفع والإزالة أستطيع القول أن مفهوم مسقطات الشفعة هو : " الموانع التي تحول دون ثبوت حق الشفعة للشفيع أو إزالة حق الشفعة بعد ثبوتها " .

فقولي (الموانع التي تحول دون ثبوت حق الشفعة) ليشمل الحالات التي لا يقوم الشفيع في المطالبة بحقه ابتداء وكما في حالة عدم الإشهاد والمواثبة مع علمه بذلك .

وقولي (ثبوت حق) لبيان أنها ليست بيعا أو غصبا .

وقولي (إزالة حق الشفعة بعد ثبوتها) كما في حالة تنازل الشفيع صراحة عن حقه بعد ثبوته كقوله : لا أرغب بأخذ العقار بالشفعة .

---

[١] – الشريف ، علي محمد ، **انقضاء الحق بالوفاء في الفقه الإسلامي** ، القاهرة ، ١٩٧٩ ، ص٩٨ .

[٢] – شلبك ، **أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي** ، ص١٨ .

[٣] – البيجوري ، **حاشية البيجوري** ، ج٢ ص٣٧١ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث السادس

فيما تجري فيه الشفعة

للفقهاء فيما تجري فيه الشفعة ثلاثة أقوال :

القول الأول : تجري الشفعة في كل شيء بيع مشاعا مما ينقسم ومما لا ينقسم .

وهو قول الظاهرية [١] وقول عند الزيدية [٢] وهو قول عند الشيعة [٣]، وحجة هذا القول من المنقول والمعقول ما يلي :

أ . من المنقول :

١. ما رواه البخاري عن جابر بن عبد الله قال : جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل ما لم يقسم [٤].

٢. ودليل الإمامية ما روي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : " الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع " [٥].

ب . من المعقول : أن معنى المقاسمة أو الشركة موجود في كل شيء وإن كان في العقار أظهر [٦].

---

[١] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٨٢ ، قال : " الشفعة واجبة في كل جزء بيع مشاعا غير مقسوم بين إثنين فصاعدا من أي شيء مما ينقسم ومما لا ينقسم من أرض أو شجرة واحدة فأكثر أو عبد أو ثوب أومن سيف أومن طعام أو من حيوان أو من أي شيء بيع " اهـ .

[٢] – ابن المرتضى ، **البحر الزخار** ، ج٥ ص٤ ، قال : " وثبت في كل عين ملكت بعقد صحيح بعوض معلوم مال على أي صيغة كانت ، وتصح في المنقول وغيره " اهـ . العنسي ، **التاج المذهب لأحكام المذهب** ، ج٣ ص٣١ ، قال : " تجب أي تثبت الشفعة في كل عين بعقد صحيح ولو في الدراهم والدنانير " اهـ .

[٣] – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٣٨ ، قال : " وهل تثبت فيما ينقل كالثياب والآلات والسفن والحيوان ؟ قيل : نعم ، تثبت دفعا لكلفة القسمة ، والقائل الإسكافي وغيره . وقيل : لا تثبت ، والقائل الطبرسي والراوندي " اهـ . المجلسي ، محمد باقر ، **بحار الأنوار** ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٣م ، مؤسسة الوفاء ، ج١٠١ ص٢٥٦ .

[٤] – ابن حزم ، المحلى ج٩ ص٨٢ . ابن المرتضى ج٥ ص٤ ، قال : " لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : الشفعة في كل ما لم يقسم " . الحديث رواه البخاري ، **صحيح البخاري** ، ج٢ ص٧٧٠ ، حديث رقم : ٢٠٩٩ .

[٥] – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٤١ . الحديث رواه العاملي ، محمد بن الحسن ، **وسائل الشيعة** ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ج١٧ ص٣١٩ .

[٦] – ابن رشد ، محمد ، **بداية المجتهد** ، دار الكتب الإسلامية ، ج٢ ص٣١٢ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني فيما تجري فيه الشفعة : إثباتها في العقار فقط .

واختلف الفقهاء في نوع العقار :

النوع الأول : العقار الذي يمكن قسمته كالدور والأرض ، وبه تثبت الشفعة ، وهو قول الحنفية [١] والمالكية [٢] والشافعية [٣] والحنابلة [٤] والإباضية [٥] .....

---

(١) – ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج٧ ص٢٦١ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص١٤٢ . السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٢٠ . الشيخ نظام ، **الفتاوى الهندية** ، ج٥ ص١٩٩ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص٨٩ . حيدر ، علي ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، ج٤ ص٦٨٨ ، مادة رقم ١٠١٧ .

(٢) – أنس ، مالك ، **المدونة الكبرى** برواية سحنون ، الطبعة الأولى ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ١٩٩٩ ، ج٦ ص٢١٦٥ . الأبي ، **جواهر الإكليل شرح مختصر خليل** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ ، ج٢ ص٢٣٧ . العدوي ، **حاشية العدوي على الخرشي** ، الطبعة الثانية ، مصر ، ١٣١٧هـ ، ص١٦٣ . التسولي ، علي بن عبد السلام ، **البهجة** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨ ، ج٢ ص١٧٩ . ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ص٣١٢ . الباجي ، سليمان ، **المنتقى** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٩ ، ج٨ ص١٧٧ . ابن عبد البر ، يوسف ، **الكافي في فقه أهل المدينة** ، ص٨٥٢ . المغراوي ، محمد بن عبد الرحمن ، **فتح البر في الترتيب الفقهي لتمهيد ابن عبد البر** ، الطبعة الأولى ، مجموعة التحف والنفائس ، الرياض ، ١٩٩٦ ، ج١٢ ص٤١٧ .

(٣) الرملي ، تحفة المحتاج ، ج٥ ص١٩٤ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ص٣٨٢ . الحصني ، **كفاية الأخيار** ، ج٢ ص٢٨٤ . الدمياطي ، **إعانة الطالبين** ، ج٣ ص١٨٥ . البجيرمي ، سليمان ، **حاشية البجيرمي على الخطيب** ، الطبعة الأخيرة ، مطبعة مصطفى البابي ، القاهرة ، ١٩٥١ ، ج٣ ص١٤٩ . قليوبي ، أحمد بن أحمد ، عميرة ، أحمد ، **حاشية قليوبي وعميرة** ، الطبعة الأولى ، بيروت ، ١٩٩٧م ، ج٣ ص٦٤ . الغزالي ، محمد بن محمد ، **الوسيط في المذهب** ، الطبعة الأولى ، دار السلام ، ١٩١٧ ، ج١ص٤٧٢ البيجوري ، **حاشية البيجوري** ، ج٢ ص٣١ . الماوردي ، علي بن محمد ، **الحاوي الكبير** ، الطبعة الأولى دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤ ، ج١ ص . الجمل ، سليمان ، **حاشية الجمل على منهج الطلاب** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ج١ ص٤٤٦ . الرافعي ، **العزيز شرح الوجيز** ، ج٥ ص٤٨٤

(٤) – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٣٩ . الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١٠٧ . ابن قدامة ، **المقنع** ج٢ ص٢٥٧ . الحجاوي ، **الإقناع في فقه الإمام أحمد** ، ج٢ ص٣٦٢ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٣٥

(٥) – اطفيش ، **شرح النيل وشفاء العليل** ، ج١١ ص٣٢٨ . الشماخي ، عامر ، **الإيضاح** ، الطبعة الثانية ، وزارة التراث القومي ، عمان ، ١٩٩٦ ، ج٨ ص٣ . الكندي ، أحمد ، **المصنف** ، وزارة التراث القومي ، عمان ، ١٩٨٤ ، ج٢٦ ص١٤٩ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

والشيعة الإمامية [١] والقانون المدني الأردني [٢].

النوع الثاني : العقار الذي لا يمكن قسمته كالحمام الصغير ، فقد اختلفوا فيه على قولين :

القول الأول : إثبات الشفعة .

وهو قول الحنفية [٣]والإباضية [٤]ورواية عن الإمام مالك [٥]

القول الثاني : إسقاط الشفعة .

وهو قول المالكية [٦] والشافعية [٧] والحنابلة [٨] وأكثر الشيعة الإمامية [٩].

---

(١) – الحلي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٣٣٨ . العاملي ، محمد بن الحسن ، **وسائل الشيعة** ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ج١٧ ص٣١٤ . العاملي ، **اللمعة الدمشقية** ، ص٧٩٨ .

(٢) – نص عليه القانون الأردني ، مادة رقم ١١٥٠ .

(٣) – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١١٧ ، قال : " تجب الشفعة في العقار مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها كالحمام والعقار " اهـ . الميرغيناني ، علي ، **الهداية** ، المكتبة الإسلامية ، ج٣ ص٣٤ . القدوري ، أحمد بن محمد ، **مختصر القدوري** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص١٠٧ . الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ، ج٥ ص١٩٩ . علي ، درر الحكام ، ج٤ ص٦٨٨ .

(٤) – اطفيش ، محمد بن يوسف ، **شرح النيل** ، الطبعة الثالثة ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، ج١١ ص٣٢٨ .

(٥) – سحنون ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ص٢١٦٥ . الأبي ، **جواهر الإكليل** ، ج٢ ص٢٣٧ . ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ص٢٤١ . ابن عبد البر ، **الكافي** ، ص٨٥٢ .

(٦) – ابن عبد البر ، المصدر السابق ، قال : " واختلف عن مالك في الشفعة في الحمامات وما اتصل بها والأشهر عن مالك إيجابه الشفعة في الحمام وهو الصحيح على أصله " اهـ .

(٧) – الرملي ، **تحفة المحتاج** ، ج٥ ص ١٩٤ . الجمل ، حاشية الجمل ، ج٤ ص٤٤٦ . البيجوري ، **حاشية البيجوري** ، ج٢ ص٣١ . الغزالي ، **الوسيط في المذهب** ، ج٤ ص٧٢ . الماوردي ، علي بن حبيب ، **الحاوي الكبير** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج١ ص٣٠٣ .

(٨) – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٣٩ ، جاء فيه ما نصه : " فلا شفعة في ما لا يمكن قسمته من العقار كالحمام الصغير والرحى الصغير والطريق الضيقة ؛ لحديث لا شفعة في فناء ولا طريق ، رواه عبد الرزاق " اهـ . البهوتي ، **الروض المربع** ، ج١ ص٣٢٧ . الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١٠٧ . الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٦٣ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٣٥ .

(٩) – العاملي ، **وسائل الشيعة** ، ج١٧ ص٣١٤ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثالث فيما تجري فيه الشفعة : إسقاطها في المنقول .

وهو قول الحنفية [١] والمالكية [٢] والشافعية [٣] والحنابلة [٤] والإباضية [٥] وأحد قولي الشيعة الإمامية [٦] .

---

(١) – ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص١٤٢ . السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٢٠ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص١١٧ . الميرغيناني ، **الهداية** ، ج٣ ص٣٤ . القدوري ، **مختصر القدوري** ، ص١٠٧ . داماد ، **مجمع الأنهر** ، ج٢ ص٤٧١ . السمناني ، علي ، **روضة القضاة وطريق النجاة** ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٨٤ ، ج١ ص٨٣٩ . الخصاف ، أحمد بن عمر ، **شرح أدب القاضي** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤ ، ص٤٦٥ . حيدر ، **درر الحكام** ، ج٤ ص٦٨٨ ، قال : " قال لا تجزي الشفعة في السفينة وسائر المنقولات " اهـ . ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج٧ ص٢٦١ .

(٢) – الأبي ، **جواهر الإكليل** ، ج٢ ص٢٣٧ . ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ص٢٤١ . المغراوي ، **فتح البر في الترتيب الفقهي** ، ج١٢ ص٤١٧ .

(٣) – البغوي ، **التهذيب** ، ج٤ ص٣٣٣ . قليوبي وعميرة ، **حاشية قليوبي وعميرة** ، ج٣ ص٦٤ . الرافعي ، **العزيز** ، ج٥ ص٤٨٤ . المحلي ، حسين بن محمد ، **الفروع** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج١ ص٣١٩ .

(٤) – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٣٩ ، حيث قال : " وأما ما بيع مفردا من الأرض فلا شفعة فيه سواء كان مما ينقل كالحيوان والثياب والسفن والزرع والثمار أو لا ينقل كالبناء والغراس إذا بيع منفردا " اهـ . الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١٠٧ ، جاء فيه : " ولا تجب الشفعة في حيوان وجوهر وسيف وسفينة وزرع وثمر وكل منقول " اهـ .

(٥) – اطفيش ، **شرح النيل وشفاء العليل** ، ج١١ ص٣٢٨ . الشماخي ، **الإيضاح** ، ج٨ ص٣ . الكندي ، **المصنف** ، ج٢٦ ص١٤٩ .

(٦) – الحلي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٣٨ . قال : " وهل تثبت فيما ينقل كالثياب والآلات والحيوان ؟ قيل نعم ؛ دفعا لكلفة القسمة ، والقائل الإسكافي وغيره ، وقيل لا تثبت ، والقائل الطبرسي " اهـ . العاملي ، **اللمعة الدمشقية** ، ج٤ ص٧٩٨ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الأول

مسقطات الشفعة فيما يتعلق بالشفيع

المبحث الأول : من لهم حق الشفعة

تمهـيد :

تـناول الفقهاء ثلاثة أصناف ممن لهم حق الشفعة [١] على اختلاف بـينهم ، وهم :

الصنف الأول : الشريك في العين المباعة ، وهو من له حصة شائعة في العين المباعـة سـواء كانت قليلة أو كثيرة .

الصنف الثاني : الشريك في حق من حقوق الارتـفاق (الخليط) ، وهو من له شركة في مرفـق من المرافق التي يرتـفق بها العقار المباع كالاشتراك في الطريق أو حق الشرب ونحوه .

الصنف الثالث : الجار ، وهو من له عقار ملاصق للعقار المباع سواء كان ملاصقا للمبـيع مـن جانب واحد أو من عدة جوانب .

الصنف الأول : ذهب جمهور الفقهاء إلى إثبات حق الشفعة للشريك الذي لم يقاسم [٢].

---

[١] – الخصاف ، **شرح أدب القاضي** ، ص٤٦٥ ، قال : " الشفعة عندنا على ثلاث مراتب : الأولى للشريك الذي لم يقاسم وهو الشريك في كل جزء من أجزاء المبيع ثم الشريك في حقوق الملك من الطريق والمشرب ، وهـذا يسمى خليطا تارة ويسمى شريكا في حقوق الملك تارة ثم الجار الملاصق " اهـ

[٢] – **الحنفية :** المرغيناني ، **الـهداية** ، ج٣ ص٢٤ ، القدوري ، **مختصر القدوري** ، ص١٠٦ . الكاسـاني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص٩٠ ، داماد ، **مجمع الأنـهر** ، ج٢ ص٤٧٢ . الخصـاف ، **شـرح أدب القـاضي** ، ص٤٦٥ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص١٤٣ .

ـ **الشافعية :** الشافعي ، **الأم** ، ج٨ ص٢١٢ . ابن حجر الهيتمي ، **تحفة المحتاج** ، ج٢ ص٤٠٩ . الرملـي ، **نهاية المحتاج** ، ج٥ ص١٩٨ . الدمياطي ، **إعانة الطالبين** ، ج٣ ص١٨٥ . البيجوري ، **حاشية البيجـوري** ، ج٢ ص٢٩ . الشيرازي ، إبراهيم ، **المهذب** ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، ج١ ص٢١٣ .

ـ **المالكية :** الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٧ ص٣٦٩ . ابن فرحون ، **تبصرة الحكام** ، ص٤٥ . ابن رشـد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ص٣١٠ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ص٣٨٤ .

ـ **الحنابلة :** البهوتي ، **الروض المربع** ، ج١ ص٢٢٦ . الحجـاوي ، **الإقنـاع** ، ج٢ ص٣٦٥ . الرحيبـاني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١٠٤ .

ـ **الزيدية :** ابن المرتضى ، **البحر الزخار** ، ج٢ ص٦ . السياغي ، **الروض النضير** ، ج٣ ص٣٣٧ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وهو ما ذهب إليه القانون المدني الأردني [١]، ولم يخالف إلا من خالف في أصل مشروعية الشفعة كالأصم [٢]. ونقل ابن المنذر الإجماع فقال : " وأجمعوا على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط " [٣] .

ودليل هذا القول :

أولا : المنقول :

١ ٠ حديث البخاري الذي يرويه جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة [٤].

٢ ٠ واستدل الإمامية بحديث : " الشفعة لا تكون إلا لشريك " [٥] ، وحديث : " لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم " [٦] . قال في جواهر الكلام : " وكيف كان فلا خلاف ولا إشكال في أنها تثبت بين شريكين ، وهل تثبت لما زاد عن شفيع واحد ، فيه ثلاثة أقوال :

أ ٠ تثبت مطلقا على عدد الرؤوس .

ب ٠ تثبت في الأرض مع الكثرة .

ـ **الإمامية** : المحقق الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣٠ . النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٧٠ . العاملي ، **اللمعة الدمشقية** ، ج٤ ص٣٩٧ .

ـ **الإباضية** : الشماخي ، **الإيضاح** ، ج٨ ص٧ . ابن بركة ، **الجامع** ، المطبعة الشرقية ، طرابلس ، ١٩٧٣ ، ج٢ ص٤٢٣ . اطفيش ، **شرح النيل** ، ج١١ ص٣٣٦ .

[١] ـ نصت المادة ١١٥١ على : يثبت حق الشفعة للشريك في نفس المبيع .

[٢] ـ الرافعي ، **العزيز** ، ج٥ ص٤٨٣ . البغوي ، **التهذيب** ، ج٤ ص٣٣٦ ، قال : " ولم يخالف الإجماع على أصل مشروعيتها إلا الأصم وابن علية " اهـ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٣٦ ، قال : " ولا نعلم أحدا خالف إلا الأصم " اهـ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ص٣٨٢ ، قال : نقل الرافعي عن جابر بن زيد من التابعين إنكارها ، قال الدميري : ولعل ذلك لم يصح عنه " اهـ . وقد سبقت الإشارة إلى المخالفين في المبحث الثالث من الفصل التمهيدي من هذه الرسالة .

[٣] ـ ابن المنذر ، **الإجماع** ، ص١٣٦ .

[٤] ـ الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص٩٠ . ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ص٣١٠ . الشافعي ، **الأم** ، ج٨ ص٢١٨ . الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١٠٤ . ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٨٨ . ابن بركة ، **الجامع** ، ج٢ ص٤٢٣ . البخاري ، **صحيح البخاري** ، ، ج٢ ص٧٧٠ ، حديث رقم ٢١٠٠ . أبو داود ، سليمان بن الأشعث ، **سنن أبي داود** ، دار الفكر ، ج٣ ٢٨٥ ، حديث رقم : ٣٥١٤

[٥] ـ النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٧١ . العاملي ، **وسائل الشيعة** ، ج١٧ ص٣١٧ ، حديث رقم ٣٢١٩٥ .

[٦] ـ النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٧١ . العاملي ، **وسائل الشيعة** ، ص٣١٨ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ج • لا تـــثبت في شيء مع الزيادة على الواحد وهو الأظهر وعليه الإجماع " اهـــــ [١]، أي إجماع علماء الشيعة .

ثانيا : والدليل من المعقول :

إن الشفعة إنما تـــثبت لأنه يدخل عليه شريك فيتأذى به ، فتدعوا الحاجـــة إلـــى مقاســـمته ، فيدخل عليه الضرر بنقصان قيمة الملك وما يحتاجه إلى إحداثه من المرافق [٢].

القول الراجح

والقول الراجح هو إثبات الشفعة للشريك .

---

[١] – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٧١ .

[٢] – العزيز ، **الرافعي** ، ج٥ ص٥٠٠ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

أما الصنفان الثاني والثالث وهما الخليط والجار فللعلماء في ذلك ثلاثة أقوال :

القول الأول : إثبات حق الشفعة لكل من الجار الملاصق والخليط .

وهو قول الحنفية [١] والزيدية [٢] وصاحب شرح النيل من الإباضية [٣] وسفيان الثوري [٤] وهو ما ذهب إليه القانون المدني الأردني [٥] ورواية عن الإمام أحمد [٦].

والدليل على ذلك ما يلي :

١٠ ما رواه عبد الملك بن أبي سليمان بن عطاء عن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الجار أحق بشفعة جاره ، ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا " [٧] .

وجه الدلالة : إن الحديث الشريف ذكر الجار صراحة ثم أكد هذا المعنى بذكر الاشتراك في الطريق وهذا يدل على عدم شركته في العين ، وإلا فلا فائدة من ذكر قيد الاشتراك في الطريق [٨].

---

[١] – المرغيناني ، **الهداية** ، ج٣ ص٢٤ ، قال : " الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع ، فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار " اهـ . القدوري ، **مختصر القدوري** ، ص١٠٦ . الشيخ نظام ، **الفتاوى الهندية** ، ج٨ ص٢٠٦ . الكاساني ، **البدائع** ، ج٦ ص٩٠ . داماد ، **مجمع الأنهر** ، ج٢ ص٤٧٢ . السمناني ، **روضة القضاة** ، ج١ ص٨٢٦ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص١٤٣ .

[٢] – السياغي ، **الروض النضير** ، ج٣ ص٣٣٩ ، ونقل قول زيد بن علي عن الشفعة فقال : " الشريك أحق من الجار والجار أحق من غيره ، ولا شفعة لجار من غير لزيق ، واللزيق واللصيق بمعنى واحد " اهـ . ابن المرتضى ، **البحر الزخار** ، ج٢ ص٩ .

[٣] – اطفيش ، **شرح النيل** ، ج١١ ص٣٣٦ ص٣٣٨ .

[٤] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٣٧ . رواس ، محمد ، **موسوعة فقه سفيان الثوري** ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٠ ، بيروت ، ص٥٣١ . الثوري : " سفيان بن سعيد بن مسروق الإمام ، شيخ الإسلام سيد الحفاظ أبو عبد الله الثوري ، ثور مضر لا ثور همدان ، الكوفي الفقيه ، مات في البصرة في الاختفاء من المهدي ، مات في شعبان سنة إحدى وستين ومائة " اهـ . الذهبي ، **تذكرة الحفاظ** ، ج١ ص٢٠٣ – ٢٠٤ .

[٥] – نصت المادة ١١٥١ : يثبت حق الشفعة للخليط في حق المبيع وللجار الملاصق .

[٦] – المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ص٥٩ ، قال : " ورواية عن الإمام أحمد إلا أنها مرجوحة بالمرة حسب الأظهر من المذهب " اهـ .

[٧] – السياغي ، **الروض النضير** ، ج٣ ص٣٣٦ . اطفيش ، **شرح النيل** ، ج١١ ص٣٣٨ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص٩٤ – ٩٥ . الترمذي ، **سنن الترمذي** ، ج٣ ص٦٥١ ، برقم : ١٣٦٩ ، قال : حسن غريب

[٨] – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص٨٥ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ويجاب على هذا الدليل بما قاله أحمد بن حنبل : " هذا حديث منكر " [١].

٠٢ ما رواه سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " جار الدار أحق بالدار " [٢]، قال الترمذي : حسن صحيح .

وجه الدلالة : الحديث نص في استحقاق الجار للشفعة في عقار جاره بسبب الجوار ، وإنه أولى به من غيره بعد الشريك [٣].

وأجيب عن هذا الدليل بأنه :

أ. يحتمل أنه أراد بإحسان جاره وصلته وعيادته [٤].

ب. إن هذا الحديث يرويه الحسن البصري عن سمرة ، قال أصحاب الحديث : " ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة " [٥] ، وقد اختلف أصحاب الحديث في لقاء سمرة للحسن [٦].

٠٣ ما رواه البخاري عن عمرو بن الشريد قال : وقفت على سعد بن أبي وقاص فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على إحدى منكبي إذ جاء أبو رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا سعد ابتع مني بيتيّ في دارك فقال سعد : والله ما أبتاعهما ، فقال المسور : والله لتبتاعنهما ، فقال سعد : والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة ، فقال أبو رافع : لقد أعطيت بها

---

[١] – الشوكاني ، المصدر السابق . الترمذي ، **سنن الترمذي** ، ج٣ ص٦٥١ ، قال : " لا نعلم أحدا روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر " اهـ . والحديث المنكر هو : " ما تفرد بروايته ضعيف خالف فيه الثقات " . محمد أديب صالح ، **لمحات في أصول الحديث** ، الطبعة الثالثة ، المكتب الإسلامي، بيروت ، ١٣٩٩هـ .

[٢] – السياغي ، **الروض النضير** ، ج٣ ص٣٣٥ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص٩١ ، [انظر تعليق المحقق] . الميرغيناني ، **الهداية** ، ج٣ ص٢٤ . اطفيش ، **شرح النيل** ، ج١١ ص٣٤٠ . الترمذي ، المصدر السابق ، ج٣ ص٦٥٠ ، حديث رقم : ١٣٦٨ . أبو داود ، **سنن أبي داود** ، ج٣ ص٢٨٦ ، حديث رقم : ٣٥١٧ ، بلفظ : " جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض " . ابن العربي ، **عارضة الأحوذي شرح سنن الترمذي** ، ج٥ ص١٠٤ .

[٣] – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص٨٧ .

[٤] – الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١٠٦ .

[٥] – الرحيباني ، المصدر السابق . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٣٨ .

[٦] – الرحيباني ، المصدر السابق . ابن قدامة ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

خمسماية دينار ولولا أني سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول : " الجار أحق بسقبه " ما أعطيتكها بأربعة آلاف وإنا أعطى بها خمسماية دينار ، فأعطاها إياه [١].

وجه الدلالة : منطوق الحديث يدل على أن الشفعة تستحق بالجوار بل ويلزم البائع أن يعرض على جاره كما فعل أبو رافع مع جاره ، فهذا صريح في أنه أحق من غيره بالشفعة [٢].

وأجيب عن هذا الدليل : بأن المراد بالجار في هذا الحديث الشريك في عين المبيع ؛ فإنه قد يقع على الشريك لأنه يجاور شريكه ويساكنه في الدار المشتركة بينهما [٣]، ويؤيد ذلك أن الزوج يخاطب زوجته بالجارة ، قال الشاعر :

أجارتنا بيني فإنك طالقة كذاك أمور الناس غاد وطارقة [٤]

القول الراجح

وأرجح قول المثبتين حق الشفعة للجار والخليط لقوة أدلتهم .

---

[١] – السياغي ، **الروض النضير** ، ج٣ ص٣٣٦ – ٣٣٧ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص٩٤ – ٩٥ ، [انظر تعليق المحقق] . اطفيش ، **شرح النيل** ، ج١١ ص٣٣٨ . البخاري ، **صحيح البخاري** ، كتاب الشفعة ، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع ، ج٢ ص٧٨٧ ، حديث رقم ٢١٣٩ . انظر : ابن حجر ، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ، ج٤ ص٤٣٦ .

[٢] – السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص٩١ .

[٣] – القسطلاني ، **إرشاد الساري** ، ج٢ ص١٢٤ .

[٤] – ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج١ ص٥٣١ . واستشهد به السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص٩١ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : عدم إثبات الشفعة للجار أو للخليط .

وذهب إلى هذا القول المالكية [١] والشافعية [٢] والحنابلة [٣] والظاهرية [٤] والإمامية الاثـــنا عشرية [٥] .

والدليل على ذلك ما يلي :

أ. مـــن المنقول :

١. ما رواه البخاري عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال : إنما جعل النبي صلـــى الله عليه وسلم الشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة [٦].

وجه الدلالة : منطوق الحديث الشريف يثبت الشفعة للشريك فيما لم يقسم ، وفي مفهومه نفـي الشفعة فيما قسم [٧] .

---

[١] – الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٧ ص٣٦٩ ، قال : " قال في كتاب الشفعة من المدونة : ولا شفعة بـالجوار والملاصقة في سكة أو غيرها ولا بالشركة في الطريق ، ومن له طريق في دار فبيعت الـدار فـلا شـفعة لـه فيها " اهـ . الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٣ ص٦٣٣ . ابن رشد ، **بـداية الـمجتهد** ، ج٢ ص٣١٠ .

[٢] – الشافعي ، **الأم** ، ج٨ ص٢١٨ ، قال : " فلما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم لا شفعة فيمـا قسـم دل على أن الشفعة للجار الذي لم يقاسم دون الجار الذي قاسم " اهـ . ابن حجر الهيتمي ، **تحفة المحتـاج بشـرح المنهاج** ، ج٢ ص٤٠٩ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ص٣٨٤ . الرملي ، **نهاية المحتـاج** ، ج٥ ص١٩٨ البغوي ، **التهذيب** ، ج٤ ص٣٣٦ . الدمياطي ، **إعانة الطالبـين** ، ج٣ ص١٨٥ . قليوبي وعمـيرة ، **حاشـية قليوبي وعميرة** ، ج٣ ص٦٥ . الغزالي ، **الوسيط في الفقه** ، ج٤ ص٧١ .

[٣] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٣٧ . الرحيباني ، **مطـالب أولـي النـهى** ، ج٤ ص١٠٥ . الحجـاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٦٥ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٥ . البهوتي ، **الروض المربع** ، ج١ ص٣٦٥ .

[٤] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٩ ص١٠٤ ، فبعد أن أثبت أنه لا شفعة للجار قال : " فظهر فساد الأقـوال المذكورة ، فأشدها فسادا أقوال أبي حنيفة ؛ لأنه خالف جميع الأخبار " اهـ .

[٥] – المحقق الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣٠ . العاملي ، **اللمعة الدمشقية** ، ج٤ ص٣٩٧ .

[٦] – الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٧ ص٣٦٩ . الشافعي ، **الأم** ، ج٨ ص٢١٨ . ابن قدامـة ، **المغنـي** ، ج٧ ص٤٣٧ . ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٩ ص١٠٤ . البخاري ، **صحيح البخاري** ، ج٢ ص٧٨٧ ، حديث رقم ٢١٣٨ .

[٧] – ابن مفلح ، إبراهيم بن محمد ، **المبدع** ، الطبعة الأولى ، الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ ، ج٥ ص٦٢ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ويجاب على هذا الدليل من جهتين :

الأولى : إن جملة " فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " مدرجة ، نقله ابن أبي حاتم عن أبيه ، بدليل عدم إخراج مسلم في تلك الرواية لتلك الزيادة عند روايته للحديث ، فدل أنها مدرجة من كلام جابر رضي الله عنه [١].

الثانية : أن الحصر الوارد في قوله صلى الله عليه وسلم " إنما الشفعة " لا يدل على حصر الشفعة في الشركة دون غيرها ؛ لأن كلمة " إنما " لا تقتضي نفي غير المذكور ، قال تعالى ((إنما أنا بشر مثلكم)) فصلت آية : ٦ ، وهذا لا ينفي أن يكون غيره بشرا مثله [٢] .

٢. واستدل الإمامية بحديث : " لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم " [٣] ، قال في جواهر الكلام : " فلا تثبت الشفعة بالجوار عندنا ، وعليه الإجماع " [٤] ، أي إجماع علماء الشيعة .

ب ــ ومن المعقول : أن ثبوت الشفعة للشريك لدفع ضرر الدخيل مما يؤدي إلى التقاسم بين الشركاء ، وهو ما يوجب نقص قيمة الملك ، وهذا المعنى غير موجود في الجوار [٥]، أما الأضرار التي تحصل بسبب الجوار فيمكن دفعها بالمرافعة إلى السلطان [٦].

وأجيب على هذا الدليل :

١. بأن حكمة مشروعية الشفعة هي رفع ضرر الجار الذي يلحق جاره ضرر من سوء العشرة ، ولو كان ضرر القسمة لوجبت الشفعة في المنقول ولم يقل المخالف بالشفعة فيه [٧].

٢. أما القول بإمكان رفع ضرر الجار بالترافع إلى السلطان فإنه قد لا يندفع بذلك ؛ لأن ضرر الجار مما يدوم به دوام الجوار [٨].

---

(١) – العيني ، **عمدة القارئ** ، ج١٢ ص٧٢ . القسطلاني ، **إرشاد الساري** ، ج٢ ص١٢٢ .

(٢) – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص٩٣ .

(٣) – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٧١ . العاملي ، **وسائل الشيعة** ، ج١٧ ص٣١٧ .

(٤) – النجفي ، المصدر السابق .

(٥) – ابن القيم ، محمد ، **إعلام الموقعين** ، دار الجيل ، بيروت ، ج٢ ص١٢٤ .

(٦) – ابن القيم ، المصدر السابق .

(٧) – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص٩٣ .

(٨) – الكاساني ، المصدر السابق . السرخسي ، **المبسوط** ، ج٤ ص٩٥ . ابن نجيم ، **تبيين الحقائق** ، ج٥ ص٢٤٠ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثالث : إثبات الشفعة للخليط فقط .

والخليط هو الشريك في حق من حقوق المبيع كالشـــرب (بكسر الشين) والطريق ، أما الجـار الذي ليس له حق من حقوق الارتـــفاق فلا يثبت له حق الشفعة .

وهذا القول رواية عن الإمام أحمد بن حنبل أخذ بها بعض أصحابه [١]، وهـــو اختيـــار ابـــن تيمية [٢] وابن القيم [٣] واطفيش من الإباضية [٤]وصاحب جواهر الكلام من الإماميـــة الاثـــني عشرية [٥].

والدليل على ذلك :

أ. من المنقول :

١. حديث عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا " [٦] .

---

[١] – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٥ .

[٢] – ابن تيمية ، أحمد بن عبد الحليم ، ت(٧٢٨هـ ــ ١٣٢٨م) ، **مجموع الفتاوى** ، جمـــع وترتيـــب : عبـــد الرحمن بـــن محمد بن قاســـم ، مكـــتبة ابـــن تـــيمية ، الســـعودية ، ج٣٠ ص٣٨٣ . المطيعـــي ، **تكملـــة المجموع** ، ج١٣ ص٦٠ ، قال : " واختار شيخ الإسلام ثبوت الشفعة للجـــار بشـــرط أن يكـــون شـــريكا فـــي الطريق " اهـــ .

ابن تيمية : أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي تقي الدين ، تـــفقه وتمهر ، درس وأفتـــى ، صار عجبا في سرعة الاستحضار وقوة الجنان والتوسع في المنقول والمعقول " ، توفي وهو في سجنه في قلعـــة دمشق سنة (٧٢٨)هـــ ، انظر : ابن حجر ، **الدرر الكامنة** ، ج١ ص١٦٨ .

[٣] – ابن القيم ، **إعلام الموقعين** ، ج٢ ص١٢٤ .

ابن القيم : شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ، الدمشقي الحنبلي ، تتلمذ على ابن تيميـــة ، من مصنفاته (إعلام الموقعين) و (زاد المعاد) ، توفي سنة (٧٥١)هـــ . ابن العماد ، **شذرات الذهـــب** ، ج٦ ص١٦٨ .

[٤] – اطفيش ، **شرح النيل** ، ج١١ ص٣٣٦ .

اطفيش : محمد بن يوسف بن عيسى اطفيش (لفظ بربري) ، الجزائري ، المفسر الفقيه الأديب المجتـــهد ، إباضي المذهب ، له مصنفات عديدة منها (تيسير التـــفسير) ، و (شرح النيل) ، توفي ســـنة (١٣٣٢)هـــ . الزركلي ، **الأعلام** ، ج٨ ص٣٢ .

[٥] – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٧٠ .

[٦] – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٥ . ابن تيمية ، **مجموع الفتاوى** ، ج٣٠ ص٣٨٣ . ابن القيم ، **إعـــلام الموقعين** ، ج٢ ص١٢٤ . أبو داود ، **سنن أبي داود** ، ج٣ ص٢٨٦ ، حديث رقم : ٣٥١٨ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وجه الدلالة : أن الحديث الشريف أثبت الشفعة للجار إذا كان طريقهما واحدا [١].

٢. ودليل الإمامية ما روي عن منصور بن حازم قال : " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة الدار فباع بعضهم منزله من رجل ، هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة ؟ فقال : إن كان باع الدار وحول بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم ، وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة " [٢] .

ب. من المعقول :

إن المشاركة في الحقوق كالمشاركة في الملك بسبب كثرة المخالطة ووجود الضرر بين الشركاء ، الأمر الذي لا يخلو من حصول المنازعات والمخاصمات فيما بينهم ، والشفعة إنما شرعت لدفع الضرر وقطع أسباب التناحر والتشاحن بين الشركاء [٣].

قال ابن القيم مرجحا هذا القول : " وهذا القول الوسط الجامع بين الأدلة الذي لا يحتمل سواه ، فإن الاشتراك في حقوق الملك شقيق الاشتراك في الملك ، والضرر الحاصل بالشركة فيها كالضرر الحاصل بالشركة في الملك ، فهذا المذهب أوسط المذاهب وأجمعها للأدلة وأقربها إلى العدل " [٤].

---

[١] – ابن تيمية ، **مجموع الفتاوى** ، ج٣٠ ص٣٨٣ .

[٢] – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٧٠ . العاملي ، **وسائل الشيعة** ، ج١٧ ص٣١٨ .

[٣] – ابن القيم ، **إعلام الموقعين** ، ج٢ ص١٢٣ .

[٤] – ابن القيم ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

مقارنة المذاهب الفقهية مع القانون المدني الأردني

فيما يتعلق بالصنف الأول وهو الشريك أثبت القانون المدني الأردني الشفعة له موافقا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء .

وأما ما يتعلق بالصنف الثاني وهما الجار الملاصق والخليط ، فقد أثبت حق الشفعة لهما موافقا للمذهب الحنفي ، وذكرها مرتبة كما نصت عليه المادة (١١٥١) [١].

وأرى أن المشرع الأردني بهذه الصياغة الدقيقة كان موفقا ؛ ليتمكن القانون من معالجة الأمور المتعلقة بالعقارات في هذا العصر ، خاصة في إثبات الشفعة للجار ، خلافا لما ذهب إليه الدكتور وحيد الدين سوار الذي قال : " أما ثبوت الشفعة للجار عند بيع العقار المجاور له ، فلم يعد له ما يسوغه في ظل الحياة الاجتماعية الحديثة " [٢].

القول الراجح

بعد استعراض أدلة العلماء في الأقوال الثلاثة في الصنفين الثاني والثالث ممن لهم حق الشفعة ، ورد كل فريق على أدلة المخالفين يترجح عندي قول المثبتين الشفعة للجار وذلك :

١. لقوة أدلتهم وسلامتها من الطعن ، فقد احتجوا برواية البخاري التي يذكر فيها الجار صراحة ، وهذا قوي في السند والمتن ، ورد المخالفين بأن المقصود بلفظ الجار في هذا الحديث هو الشريك ، وأن كلا من الزوجين جار للآخر بعيد لا يقوى على الوقوف في مقابل الأدلة المثبتة لشفعة الجار بالمنطوق .
٢. إن ضرر الجار يبقى على الدوام سواء كان ملاصقا أو مشاركا في حق من حقوق الارتفاق .

---

[١] – نص المادة ١١٥١ من القانون المدني الأردني يثبت حق الشفعة : ٠١ للشريك ٠٢ للخليط ٠٣ للجار الملاصق .

[٢] – وحيد الدين سوار ، **شرح القانون المدني الأردني** ، الطبعة الأولى ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٥م ، ج٢ ص١٦١ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثاني : شفعة الغائب

للفقهاء في شفعة الغائب قولان :

القول الأول : إثبات حق الشفعة للغائب

وهو قول جمهور العلماء من الحنفية [١] والمالكية [٢] والشافعية [٣] والحنابلة [٤] والظاهرية [٥] والزيدية [٦] والإمامية الاثني عشرية [٧].

والدليل على ذلك هو :

أ. **من المنقول :**

١. ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم : " الجار أحق بشفعته ، ينتظر بها إذا كان غائبا " [٨].

---

[١] – ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص١٤٣ . السرخسي ، **المبسوط** ، ج٣ ص١١٢ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٢٧ . العيني ، **البناية** ، ج١١ ص٣٠٩ . ابن عابدين ، **الحاشية** ، ج٧ ص٢٦٨ .

[٢] – الباجي ، **المنتقى** ، ج٨ ص١٩٤ ، قال : " لا تقطع شفعة الغائب غيبته وإن طالت غيبته ، وليس لذلك عندنا حد تقطع إليه الشفعة " اهـ . الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٣ ص٦٤٣ ، قال : " إذا علم بيع شريكه فغاب بغير علمه تسقط شفعته إن مضت سنة لا أقل " ، الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٧٣ . التسولي ، **البهجة** ، ج٢ ص١٨٧ . ابن فرحون ، **تبصرة الحكام** ، ص٤٨ .

[٣] – الشافعي ، **الأم** ، ج٨ ص٢١٩ ، قال : " ولا يقطعها طول غيبته وإنما يقطعها أن يعلم فيترك " اهـ . قليوبي وعميرة ، **حاشية قليوبي وعميرة** ، ج٣ ص٧٢ .

[٤] – الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١١٤ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٠ ، قال : " إذا كان غائبا فسار حين علم في طلبها ، ولم يشهد مع القدرة على الإشهاد فيها وجهان : ٠١ تسقط الشفعة وهو المذهب ٠٢ لا تسقط بل هي باقية " اهـ .

[٥] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٤ .

[٦] – العنسي ، **التاج المذهب** ، ج٣ ص٣٥ .

[٧] – المحقق الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣١ . النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٨٦ . العاملي ، **اللمعة الدمشقية** ، ج٤ ص٤ . الحلي ، يحيى ، **الجامع للشرائع** ، ص٢٧٩ .

[٨] – ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص١٤٣ . الباجي ، **المنتقى** ، ج٨ ص١٩٤ . الشافعي ، **الأم** ، ج٨ ص٢١٩ . الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١١٤ . ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٤ . والحديث رواه أبو داود ، **سنن أبي داود** ، ج٣ ص٢٨٦ ، حديث رقم : ٣٥١٨ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٢. واستدل الإمامية بما روي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : " قال أمير المؤمنين عليه السلام : للغائب شفعة " [١] .

ب. من المعقول :

١. أن الغائب في الأكثر معوق عن الأخذ بالشفعة ، فوجب عذره [٢] ، وتثبت له الشفعة حتى يعلم بالبيع كعلم الحاضر [٣].

٢. أن الشفعة اختيار جعل لدفع الضرر في الأموال ، فطول الزمان قبل علم الشفيع لا يسقطها ، كما في الرد بالعيب إذا لم يعلم به المشتري إلا بعد فترة من الزمان [٤].

وقد ادعى بعض العلماء الإجماع على ثبوت الشفعة للغائب كابن رشد في بداية المجتهد[٥] والنجفي في جواهر الكلام [٦] ، ويرد عليه أن دعوى الإجماع تندفع بثبوت الخلاف كما سنرى في القول الثاني .

---

[١] – المحقق الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣١ . الكليني ، محمد بن يعقوب ، **الكافي** ، الطبعة الأولى ، لكهنو ، طهران ، ١٣٧٤هـ ، ج٥ ص٢٨١ ، حديث رقم ٦ . المجلسي ، **بحار الأنوار** ، ج١٠١ ص٢٥٦ . البحراني ، يوسف ، **الحدائق الناضرة** ، الطبعة الثالثة ، ١٩٩٣ ، دار الأضواء ، بيروت ، ج٢٠ ص٢٩١ .

[٢] – ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ص٣١٧ .

[٣] – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص١١٢ .

[٤] – الدرعان ، المرجع السابق ، ص١١٢ .

[٥] – ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ص٣١٧ ، قال : " فأجمع العلماء على أن الغائب على شفعته ما لم يعلم بيع شريكه " اهـ .

[٦] – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٨٦ ، قال : " ولا خلاف ولا إشكال في أنها تثبت للغائب ، بل الإجماع عليه " اهـ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : القول بسقوط شفعة الغائب .

وهو قول النخعي [١] والعكلي [٢] والبتي [٣] واطفيش من الإباضية [٤] حيث قال : " ولا شفعة لغائب ولو قدم من يومه مطلقا عن الموضع الذي بيع فيه الأصل بقدر فرسخين [أي : ميلين] ، ولا شفعة لغائب قدم بعد البيع " .

وهو مفاد المادة ١١٦٢ من القانون الأردني حيث لم يرد فيها ذكر لشفعة الغائب [٥].

والدليل على ذلك هو :

إن إثبات الشفعة للغائب يضر بالمشتري ويمتنع من استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره ، خوفا من أخذه بالشفعة [٦].

وقد أجيب على ذلك : بأن ضرر المشتري يندفع بإيجاب قيمة ما ينميه ويصلحه على الشفيع، وبهذا يندفع الضرر عنه ، ولا يبقى له ما يفوت عليه المنفعة [٧].

---

[١] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٤ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٦١ .

النخعي : إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود الكوفي ، قال الأعمش : كان صيرفيا في الحديث ، فقيه العراق ، توفي سنة (٩٥)هـ . القيسراني ، **تذكرة الحفاظ** ، ج١ ص٧٣ – ٧٤ .

[٢] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٤ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٦١ .

العكلي : أبو الحسين الخراساني الكوفي ، الحافظ الثقة الزاهد ، توفي سنة (٢٠٣)هـ . الذهبي ، **سير أعلام النبلاء** ، ج٩ ص٣٩٣ .

[٣] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٤ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٦١ .

البتي : أبو عمرو عثمان بن مسلم ، فقيه البصرة ، قال ابن سعد : " له أحاديث ، كان صاحب رأي وفقه " اهـ . الذهبي ، **سير أعلام النبلاء** ، ج٦ ص١٤٩ .

[٤] – اطفيش ، **شرح النيل** ، ج١١ ص٣٥٥ .

[٥] – نصت المادة ١١٦٢ :

١. على من يريد الأخذ بالشفعة أن يرفع الدعوى في خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بتسجيل البيع ، وإذا أخرها بدون عذر شرعي سقط حقه في الشفعة .

٢. على أنه لا تسمع دعوى الشفعة بعد مرور ستة أشهر من تاريخ التسجيل .

[٦] – ابن قدامة ، المصدر السابق .

[٧] – ابن قدامة ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الراجح

نرى أن جمهور الفقهاء أثبت الشفعة للغائب إذا لم يعلم بالبيع مهما طالت المدة والقليل منهم من حددها بالمدة كالسنة أو بعض السنة ، وبالأخذ بعين الاعتبار ما ذهب إليه الفقهاء الذين أسقطوا شفعة الغائب يترجح عندي ما ذهب إليه القانون المدني الأردني من تحديد المدة لما يلي :

١. أنه قول وسط بين القولين المسقط والمثبت .
٢. لأن الاستثمار في العقارات أصبح مهما في هذا العصر للدول والأفراد .
٣. سهولة التبليغ بوسائل الاتصالات الحديثة والنشر كالصحف يجعل من البائع والمشتري والشفيع على بينة من الأمر حسما للنزاعات .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثالث : شفعة الصغير والحمل

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبـــين : الأول : شفعة الصغير ، والثاني : شفعة الحمل .

المطلب الأول : شفعة الصغير .

والعلماء في شفعة الصغير على قولين في إثباتها :

القول الأول : إثبات حق الشفعة للصغير .

وهو قول جمهور العلماء من الحنفية [١] والمالكية [٢] والشافعية [٣] والمذهب عند الحنابلـــة [٤] والظاهرية [٥] والزيدية [٦] والإمامية الاثـــني عشرية [٧].

ويتولى الأخذ بها وليه أبا أو جدا أو وصيا أو الحاكم ، فإن لم يكن له ولي فهو على حقه فـــي الشفعة حتى يبلغ سن الرشد ، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك [٨].

والدليل على ذلك هو :

١. إن الشفعة خيار جعل لإزالة الضرر عن المال فيثبت في حق الصبي كالخيار فـــي الـــرد بالعيب ، فإنه يستوي فيه الصغير والكبير[٩].

٢. إن عموم الأحاديث والأخبار الواردة في مشروعية الشفعة لم تفرق بين الصغير والكبـــير في الأخذ بها [١٠].

---

[١] – السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٢١ قال : " والصغير كالكبير في استحقاق الشفعة " . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٢٧ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٧٠ ص ٤٧٤ . العيني ، **البنايـــة** ، ج١١ ص٣٥٢ . داماد ، **مجمع الأنهر** ، ج٢ ص٤٨٦ قال : " والصبي على شفعته إذا بلغ لأنه حق ثابت له " .

[٢] – مالك بن أنس ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ص٢١٨٦.

[٣] – الغزالي ، **الوسيط** ، ج٤ ص٧٧ . قليوبي وعميرة ، **حاشية قليوبي وعميرة** ، ج٣ ص٧٢ .

[٤] – الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١١٦ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٦ ، قال : " لا تسقط وله الأخذ إذا كبر ، وقيل لا تسقط مطلقا وله الأخذ وهو المذهب " اهـــ .

[٥] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٤ .

[٦] – ابن المرتضى ، **البحر الزخار** ، ج٥ ص٥ .

[٧] – الحلي ، يحي ، **الجامع للشرائع** ، ص٢٧٩ ، وذكر روايتين ، قال عن المولى : " إذا عفا قيـــل لا تســقط وقيل تسقط " اهـــ . النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٩٠ ، قال : " يتولى الأخذ عنه وليه ، ولا خـــلاف ولا إشكال في ثبوتها للمجنون والصبي ، بل الإجماع عليه بقسميه " اهـــ .

[٨] – مالك بن أنس ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ص ٢١٧٦ .

[٩] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٧٠ .

[١٠] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٧٠ ، والسرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١١٢ ص١٢٠ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : إسقاط شفعة الصغير

وهو قول ابن أبي ليلى [١] والمروي عن النخعي والحارث العكلي [٢]، ورواية عن الأوزاعي [٣] ، وقول عند الحنابلة نقله المرداوي [٤] وقول عند الشيعة الإمامية [٥] ، وقال هؤلاء : لا شفعة له وليس له حق في انتظاره بها حتى البلوغ ، ولا يحق لوليه الأخذ بها له [٦].

والدليل على ذلك هو :

١. أن الصغير لا يمكنه الأخذ بالشفعة وقت البيع ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ ، لما فيه من الإضرار بالمشتري [٧].

وأجيب على هذا الدليل : أن الضرر يندفع بتقدير قيمة ما زاد في الشقص ، ودفع ثمن الزيادة للمشتري وبذلك يندفع الضرر عن الطرفين [٨].

٢. ليس للولي الأخذ ، لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ [٩].

وأجيب على هذا الدليل : بأن قولهم : " ليس للولي الأخذ " إن الولي يأخذ بها كما يرد المعيب [١٠]، وقولهم " لا يمكنه العفو " يجاب عنه :

أ ٠ يبطل بالوكيل وبالرد بالعيب .

ب ٠ ولأن في الأخذ بالشفعة تحصل واكتساب لصالح الغير ، بخلاف العفو فإن فيه تضييع وتفريط في حقوقه [١١].

---

[١] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٧٠ .

[٢] – ابن قدامة ، المصدر السابق .

[٣] – ابن قدامة ، المصدر السابق ، ج٧ ص٤٧١ . ابن المنذر ، **الإجماع** ، ص١٣٦ ، قال : " وانفرد الأوزاعي وقال : ليس للولي الأخذ بها ، لأنه لا يملك العفو عنها ، فلا يملك الأخذ بها " اهـ .

[٤] – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٦ ، قال عن الولي : " وإن تركها لعدم الحظ فيها تسقط " .

[٥] – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٩٠ .

[٦] – ابن قدامة ، المصدر السابق .

[٧] – الشيخ نظام ، **الفتاوى الهندية** ، ج٥ ص٢٣٧ . العيني ، **البناية** ، ج١١ ص٣٥٢ . السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٢٠ .

[٨] – ابن قدامة ، المصدر السابق .

[٩] – ابن المنذر ، **الإجماع** ، ص١٣٦ .

[١٠] – ابن قدامة ، المصدر السابق .

[١١] – ابن قدامة ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٣٠ إن وجوب الشفعة لدفع التأذي والصغير لا يتأذى [١].

وأجيب عليه : أن سبب الاستحقاق متحقق في حق الصغير وهو الشركة أو الجوار واتصال ملكه بالمبيع على وجه التأبيد فهو كالكبير ، ثم هو محتاج لدفع الأذى عن نفسه [٢].

وادعى بعض العلماء الإجماع على ثبوت شفعة الصغير كابن المنذر [٣] والنجفي في جواهر الكلام [٤] ، ويرد عليه أن دعوى الإجماع تندفع بحصول الخلاف السابق .

---

[١] – السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٢٠ – ١٢١ .

[٢] السرخسي ، المصدر السابق .

[٣] – نقل ابن المنذر الإجماع فقال : " وأجمعوا على أن للوصي الأخذ بالشفعة للصبي ، وانفرد الأوزاعي فقال : حتى يبلغ الصبي فيأخذ لنفسه " اهـ . ابن المنذر ، **الإجماع** ، ص١٣٦ .

[٤] – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٩٠ ، قال : " يتولى الأخذ عنه وليه ولا خلاف ولا إشكال في ثبوتها للمجنون والصبي ، بل الإجماع عليه بقسميه " اهـ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الثاني : شفعة الحمل

وصورة ذلك أن يموت الشفيع ووريثه ما زال حملا في بطن أمه عند من قال بثبوت حق الشفعة في الميراث ، اختلف العلماء في إثبات حق الشفعة له على قولين :

القول الأول : إسقاط شفعة الحمل .

وهو ما ذهب إليه جمهور العلماء من المالكية [١] والشافعية [٢] والراجح عند الحنابلة [٣] ومن باب الأولوية عند العلماء الذين أسقطوا شفعة الصغير [٤] ؛ لاتحاد الأسباب الموجبة لسقوط الشفعة .

والدليل هو :

١. إن الحمل لا يمكن تمليكه بغير الوصية [٥].

٢. إنه ليس لديه الصفة التي تمكنه من التملك ، أي أنه لم يتحقق وجوده [٦].

---

[١] – مالك ابن أنس ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ص٢١٨٢ ، جاء فيها : " قلت : أرأيت الوصي أيأخذ للحمل بالشفعة في قول مالك أم لا ؟ قال : لا يأخذ له بالشفعة حتى يولد لأنه لا ميراث له إلا بعد الولادة ، في رأي ، فكذلك لا شفعة له إلا بعد الولادة والاستهلال صارخا " اهـ .

[٢] – النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٥ ص١٦٤ . قليوبي وعميرة ، **حاشيتا قليوبي وعميرة** ، ج٣ ص٦٥ .

[٣] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٧٣ ، قال : " وإن بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه أن يأخذ له بالشفعة ؛ لأنه لا يمكن تمليكه بغير الوصية " اهـ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٦ ، قال : " لو بيع شقص في شركة حمل فالأخذ له متعذر إذ لا يدخل في ملكه " اهـ .

[٤] – انظر المبحث السابق من هذه الرسالة .

[٥] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٢٧٠ .

[٦] – ابن رجب ، عبد الرحمن ، **القواعد** ، مطبعة الصدق ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٩٣٣ ، ص١٨٣ ، قال : " قال الأصحاب لا يؤخذ له " اهـ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : إثبات حق الشفعة للحمل .

وذهب إلى إثبات حق الشفعة للحمل الحنفية [١] والزيدية [٢]، وهو وجه عند الحنابلة [٣].

والدليل على ذلك هو :

أن للحمل حكما وملكا [٤].

القول الراجح

وأرجح قول الجمهور الذين قالوا بإسقاط شفعة الحمل لما يلي :

٠١ لقوة أدلتهم مع أنها عقلية .

٠٢ لعدم تحقق الحياة للحمل .

---

[١] – الشيخ نظام ، **الفتاوى الهندية** ، ج٥ ص٢٣٧ . بدر الدين العيني ، **البناية** ، ج١١ ص٣٥٢ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٢ ص١١٦ .

[٢] – ابن المرتضى ، **البحر الزخار** ، ج٨ ص٧ .

[٣] – الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١١٦ ، قال : " وأما إذا طالب المورث بالشفعة قبل موته فيورث عنه الشقص كسائر تركته على الصحيح من المذهب " اهـ . ابن رجب ، **القواعد** ، ص١٨٣ .

[٤] – الشيخ نظام ، **الفتاوى الهندية** ، ج٥ ص٢٣٧ ، قال : " والحمل في استحقاق الشفعة كالكبير سواء ، فإن وضعت لأقل من ستة أشهر فصاعدا منذ وقع الشراء فله الشفعة ، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا منذ وقع الشراء ، فإنه لا شفعة له ؛ لأنه لم يثبت وجوده وقت البيع ، لا حقيقة ولا حكما ، إلا أن يكون أبوه مات قبل البيع وورث الحمل منه حينئذ يستحق الشفعة " اهـ . ابن رجب ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الرابع : شفعة المجنون

وهو الذي يفقد وعيه ولا يخلو من حالتين :

الحالة الأولى : أن يفقد وعيه باستمرار أي المجنون المطبق وهو الذي لا ترجى إفاقته [١] .

الحالة الثانية : الذي يفقد عقله في بعض الأحيان ، وأحيانا أخرى يكون في وعي تام ، ومثله من يصاب بالصرع أو يشرب مسكرا أو يغمى عليه [٢].

وللعلماء في شفعة المجنون قولان

القول الأول : إسقاط شفعة المجنون

وذهب إلى هذا القول الإباضية [٣] قال في شرح النيل : ولا شفعة ليتيم أو مجنون أو أبكم لا تفيم إشارته أو كتابته .

---

[١] – الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١١٧ .

[٢] – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص١١٨ .

[٣] – اطفيش ، **شرح النيل** ، ج١١ ص٣٥٧ . الشماخي ، **الإيضاح** ، ج٨ ص ١٥ ، قال : " وكذلك اليتيم والمجنون والأبكم لا تدرك عليهم الشفعة كما لا يدركونها " اهـ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني :عدم سقوط شفعة المجنون .

وذهب إلى هذا القول جمهور الفقهاء كالحنفية [١] ، والحنابلة [٢] ، والظاهرية [٣] ، والزيدية [٤] ، والإمامية [٥].

ويأخذ لهم أولياؤهم أو أوصياؤهم ، قال الكاساني : " يثبت حق الشفعة للمجانين ، لأنه حق مبني على الملك ، وهؤلاء من أهل ثبوت الملك لهم ، إلا إن الخصم فيما يجب للصبي أو عليه وليه الذي يتصرف في ماله من الأب ووصيه والجد لأب ووصيه والقاضي ووصي القاضي .

ومثله المجنون فوليه هو الذي يأخذ له الشفعة ؛ لأن الأخذ له بالشفعة بمنزلة البيع والشراء " [٦] ، وساوى ابن قدامة المجنون بالسكران ، قال : " أما السكران والمجنون الذي يفيق ويغمى عليه لسوء صحته ، فهؤلاء يعتبر تصرفهم نافذا فتنتظر إفاقتهم لأنه لا ولاية عليهم " [٧] .

---

[١] – حيدر ، **درر الحكام** ، ج٤ ص٧٢٣ .

[٢] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٧٤ ، قال : " والحكم في المجنون المطبق كالحكم في الصبي وكذلك السفيه والمغمى عليه فلا ولاية عليه ، كالغائب والمجنون ينتظر إفاقته " اهـ .

[٣] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٤ ، قال : " والشفعة واجبة للبدوي والساكن غير المصر وللمجنون إذا أفاق " . الكتاني ، **موسوعة تقريب فقه ابن حزم** ، ج٣ ص٥٢٧ .

[٤] – العنسي ، **التاج المذهب** ، ج٣ ص٣٧ .

[٥] – الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣١ ، قال : " تثبت الشفعة للسفيه والمجنون مع الغبطة " اهـ .

[٦] – الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٢٧ .

[٧] – ابن قدامة ، المصدر السابق . الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١١٧ ، قال : " وحكم المغمى عليه والمجنون غير المطبق حكم المحبوس ، ينتظر إفاقته " اهـ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الخامس : شفعة الذمي

أثبت الفقهاء الشفعة للمسلم على الذمي [١] ، لعظم حق المسلم ، وكذلك أثبتوا شفعة الذمي على الذمي إذا تحاكموا إلى المسلمين [٢].

واختلفت أقوال العلماء في شفعة الذمي على المسلم على قولين :

القول الأول : إسقاط شفعة الذمي .

وذهب إلى هذا القول الحسن والشعبي [٣] والحارث العكلي [٤]وابن أبي ليلى [٥] والأوزاعي[٦]، وهو المذهب عند الحنابلة [٧] ، والإباضية [٨] ، والإمامية [٩] ومعظم الزيدية[١٠].

---

[١] – ابن مفلح ، **المبدع** ، ج٥ ص٨٣ ، قال : " تثبت للمسلم على الكافر لعموم الأدلة " . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٥٢٤ . اطفيش ، **شرح النيل** ، ج١١ ص٢٩٤ ، قال : " وتثبت للمسلم على المسلم والكافر إجماعا " اهـ

[٢] – الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١٤٤ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٥٢٤ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٩٥ . ابن المرتضى ، **البحر الزخار** ، ج٥ ص٥ قال : " وتثبت للذمي على الذمي إجماعا " النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٩٣ قال : " وعليه الإجماع " اهـ .

[٣] – الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٦١ . وابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص ٩٤ . ابن قدامة ، المصدر السابق .

[٤] – العيني ، **عمدة القاري شرح صحيح البخاري** ، ج١٢ ص١٠٦ .

[٥] – السرخسي ، **المبسوط** ، ج٣ ص ١٢١ ، قال : " وكان يقول ابن أبي ليلى : الأخذ بالشفعة رفق شرعي ، فلا يثبت لمن هو منكر هذه الشريعة " اهـ .

[٦] – الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٦١ .

[٧] – الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١٤٤ ، قال : " ولا شفعة لكافر على مسلم ، لقوله صلى الله عليه وسلم " لا شفعة لنصراني " اهـ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٥٢٤ . الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٧٦ ابن قدامة ، **المقنع** ، ج٢ ص٢٧٥ . البهوتي ، **الروض المربع** ، ج١ ص٢٢٨ ، قال : " ولا شفعة لكافر على مسلم لأن الإسلام يعلو ولا يعلى " اهـ .

[٨] – اطفيش ، **شرح النيل** ، ج١١ ص٣٦١ ، قال : " ولا يدركها من مسلم مطلقا " اهـ . الشماخي ، **الإيضاح** ، ج٨ ص١٦ ، قال : " ولا يدركها الذمي على المسلم ؛ لأن المسلم شفيع ولا تدرك شفاعة على شفيع " اهـ .

[٩] – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٩٣ . العاملي ، **اللمعة الدمشقية** ، ج٤ ص٣٩٩ . الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣١ . الكركي ، علي بن الحسين ، **جامع المقاصد في القواعد** ، الطبعة الأولى ، مؤسسة آل البيت ، قم – إيران ، ١٤١٠ ، ج٦ ص٣٢٠ . الحلي ، يحيى ، **الجامع للشرائع** ، ج٦ ص٢٧٨ .

[١٠] – ابن المرتضى ، **البحر الزخار** ، ج٥ ص٥ ، قال : " ولا تثبت لكافر على مسلم ولو في خططهم " اهـ . السياغي ، **الروض النضير** ، ج٣ ص٣٤٤ ، قال : " لا شفعة لليهود والنصارى في مدائن العرب وخططهم " اهـ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

والدليل على ذلك هو :

أ ٠ ما رواه أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " لا شفعة لنصراني " [١] .

وجـــه الدلالة : الحديث نص على نـــفي شفعة النصراني [٢] ، ويقاس عليه اليهودي [٣].

ب ٠ ومـــا رواه أحمد بن حنبل عن أبي هريرة قـــال : قال رسول الله صلى الله عليـــه وســـلم : " لا تبدأوا اليهود والنصارى بالســـلام ، وإذا لـــقيـــتموهم فـــي الطريـــق فـــاضطروهم إلـــى أضيقها " [٤].

وجه الدلالة : الحديث دليل على أنه لا يجوز للمسلم أن يترك للذمي صدر الطريق ، وذلك نـــوع من إنـــزال الصغار بهم وإذلالهم [٥] ، فلم يجعل لهم حقا مماثلا لحقوق المسلمين فكيف يجعل لهم حق انتـــزاع ملك مسلم قهرا وإخراجه منه ، والشفعة حق يختص بالعقار ، فإذا كان الذمـــي قـــد منع من الاستعلاء في بنيانه على بناء المسلم ، فدل ذلك كله على أن لا مساواة في حقوق الشـــفعة بـــينهما [٦].

ودليل الإمامية :

أ٠ قوله تعالى[٧]: ((ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا)) النساء ، ١٤١ .

---

[١] – الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١٤٤ . اطفيش ، **شرح النيل** ، ج١١ ص٣٦١ . ابن المرتضـــى **البحر الزخار** ، ج٥ ص٥ . الطبراني ، سليمان بن أحمد ، **المعجم الصغير** ، الطبعة الأولى ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨٥م ، ج١ ص٣٤٣ ، قال الطبراني : " لم يرويه عن سفيان إلا نـــائل ، تفـــرد بـــه محمـــد بـــن سنان " اهـــ ، وقال ابن حجر : " وإسناده ضعيف جدا " اهـــ ، انظر : ابن حجر ، علي بن أحمـــد ، **تلخيـــص الحبير** ، المدينة المنورة ، ١٩٦٤م ، ج٤ ص١٢٦ .

[٢] – ابن مفلح ، **المبدع** ، ج٥ ص٨٣ .

[٣] – السياغي ، **الروض النضير** ، ج٣ ص٣٤٤ .

[٤] – الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، مكتبة الحلبي ، القاهرة ، ج٨ ص٧٦ . ابن القيم ، **أحكام أهل الذمـــة** ، الطبعـــة الثانية ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٤٠١هـــ ، ج١ ص٢٩٣ . أحمد ، **مسند أحمد بـــن حنبـــل** ، مؤسســـة قرطبة ، مصر ، ج٢ ص٢٦٦ ، حديث رقم : ٧٦٠٦ .

[٥] – الشوكاني ، **نيل الأوطار** ، ج٨ ص٧٦ .

[٦] – ابن القيم ، **أحكام أهل الذمة** ، ج١ ص٢٩٣ .

[٧] – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٩٣ . قال : " ولا تـــثبت للذمي على المسلم ولو اشتراه مـــن ذمـــي بالإجماع ؛ لقوله تعالى : ((ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا)) " اهـــ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وجه الدلالة من الآية : فلا يقهر الكافر المسلم على أخذ ماله من يده بالشفعة [١].

ب٠ وما روي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : " ليس لليهودي والنصراني شفعة "[٢].

وجه الدلالة من الحديث : واضح من الحديث لا شفعة للذمي على المسلم [٣].

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

---

[١] – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٩٤ .

[٢] – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٩٣ . الكليني ، **الكافي** ، ج٥ ص٢٨١ .

[٣] – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٩٤ .

وجه الدلالة : إن الحديث لم يفرق بين المسلم وغيره من الشركاء ، ولأنه خيار جعل لدفع الضرر عن المال ، فاستوى فيه الكافر والمسلم كالرد بالعيب [١].

٢ . ومن المعقول :

إن لأهل الذمة حقا في التملك والشفعة بمنزلة الشراء ، والذمي والمسلم فيه سواء ؛ لأنه من الأمور الدنيوية [٢].

---

[١] – الشيرازي ، **المهذب** ، ج١ ص٢١٥ .

[٢] – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٢٦ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الراجح

والذي يتبـــين ترجيح قول المسقطين لشفعة الذمي لما يلي :

١٠ حديث " لا شفعة لنصراني " نص صريح في إسقاط شفعة الذمي مع أن في سنده مقالا .

٢٠ إن الشفعة تقوم أصلا على انتزاع الملك من المشتري قهرا ، ولا يجوز انتزاع ملك المســـلم لإعطائه للذمي .

٣٠ ما نشاهده من استيطان الكافرين في بعض البلاد الإسلامية ، وأن الشفعة قد تكون سببا فـــي ترسيخ هذا الاستعلاء والاستيطان بالاستيلاء قهرا على أملاك المسلمين .

٤٠ لإشعار الذمي أن للمسلم ميزة أفضلية في بلاد الإسلام قد تكون سببا في إسلامه .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث السادس : عسر الشفيع

إذا بيع الشقص والشفيع له معسر لا يملك الثمن المتفق عليه في العقد بين البائع والمشتري ذهب الفقهاء في ذلك إلى قولين :

القول الأول : إسقاط شفعة المعسر إذا لم يحضر الثمن .

وذهب إلى هذا القول الحنفية [١] وبعض المالكية [٢] وبعض الحنابلة [٣] والشيعة الإمامية [٤].

والدليل على ذلك :

إن عدم دفع الثمن إضرارا بالمشتري ، وقد لا يستطيع الشفيع إحضار المال مستقبلا ، فلا يزال الضرر بالضرر[٥].

---

[١] – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٤٧ . قال : " لا يقضى له ، وإذا طلب أجلا أجله يومين " اهـ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص١٤٨ – ١٤٩ . داماد ، **مجمع الأنهر** ، ج٢ ص٤٧٦ . الشيخ نظام ، **الفتاوى الهندية** ، ج٥ ص٤٧٤ . المرغيناني ، **الهداية** ، ج٣ ص٢٩ .

[٢] – الأبي ، **جواهر الإكليل** ، ج٢ ص٢٣٨ ، قال : " إن لم يكن مليء أو لم يأت بضامن عجل الثمن ، فإن لم يعجله سقطت " اهـ . الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٦٦ .

[٣] – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٤٨ ، قال : " إن عجز عن الثمن سقطت شفعته وينظر ثلاثا " اهـ . الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٧٥ ، قال : " وإن عجز عن الثمن أو بعضه سقطت الشفعة ولم يلزم قبول الضمين ، وإن طلب الإمهال أمهل يومين أو ثلاثة " اهـ .

[٤] – الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣٠ ، قال : " تبطل الشفعة بعجز الشفيع عن الثمن بالمماطلة " . النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٧٩ . العاملي ، **اللمعة الدمشقية** ، ج٤ ص٣٩٩ .

[٥] – البهوتي ، **الروض المربع** ، ج١ ص٢٢٨ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : إثـــبات الـــشفعة للمعسر .

وذهـــب إلـــى هذا القول بعض المالكية [١] والشافعية [٢] وبعض الحنابلة [٣] والظاهريـــة [٤] والزيدية [٥] والاباضية [٦] والقانون الأردني [٧].

والدليل على ذلك :

إن الشفعة حق وأن غياب الثمن عذر فيمهل مدة [٨].

---

[١] – الأمير ، محمد ، **الإكليل** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ص٣٥٤ ، قال : " إذا قال : أنا آخذ ، أجل ثلاثـــة أيام ، فإن نقد وإلا سقطت " اهـــ . الباجي ، **المنتقى** ، ج٨ ص٢٢٤ ، قال : " ويؤخر عشرة أيام وأقصى ذلـــك شهرا " اهـــ .

[٢] – البغوي ، **التهذيب** ، ج٤ ص٣٥٣ . الهيتمي ، **تحفة المحتاج** ، ج٢ ص٢١٤ ، قال : " يمهل ثلاثة أيام لأن غياب الثمن عذر " اهـــ . الرملي ، **نهاية المحتاج** ، ج٥ ص٢٠٢ ، قال : " له الشفعة ، ويمهل ثلاثة أيام " اهـــ الهيتمي ، أحمد بن علي ، **الفتاوى** ، الطبعة الأولى ، دار الكتـــب العلميـــة ، بـــيروت ، ١٩٩٧م ، ج٣ ص٢٣ الشيرازي ، المهذب ، ج١ ص٢١٥ .

[٣] – الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١١٧ .

[٤] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٥ – ٩٦ ، قال : " من وجبت له الشفعة ولا مال له لم يجب أن يهمل " .

[٥] – ابن المرتضى ، **البحر الزخار** ، ج٥ ص٧ .

[٦] – اطفيش ، **شرح النيل** ، ج١١ ص٣٩٥ .

[٧] – نصت المادة ١١٦٣ : وللمحكمة أن تمهل الشفيع شهرا لدفع ما تطلب منه دفعه وإلا سقطت شفعته .

[٨] – الهيتمي ، **تحفة المحتاج** ، ج٢ ص٢١٤ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وأما إذا طلب الشفيع الأجل فقد اختلفت أقوال العلماء في مدة هذا الأجل إلى ما يأتي :

١. يومان ، وبه قال بعض الحنفية [١] وبعض الحنابلة [٢] وجزم به في المغني .

٢. ثلاثة أيام وهو قول الشافعية [٣] ، وقول عند كل من الحنفية [٤] والمالكيـــة [٥] والحنابلـــة [٦] والإمامية الاثـــني عشرية [٧] .

٣. عشرة أيام ، وهو قول عند المالكية [٨] ، ذكره الباجي .

٤. شهر ، وهو قول عند المالكية [٩] وأخذ به القانون المدني الأردني المادة ١١٦٣ [١٠] .

٥. مقدار ذهابه للبلد الذي ادعى أن المال فيه ، وهو قول عند الإمامية الاثني عشرية [١١].

٦. عدم تحديد المدة ، وهو قول الظاهرية [١٢] ، قال في المحلى : " ومن وجبت لـــه الشـــفعة لا يجب أن يهمل ، لكن يباع الشقص عليه ، فإن وفـــى بالثمن فذلك ، فإن لم يف فـــهو حينئـــذ ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ، حينئذ كما أمر الله تعالى " .

---

[١] – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٤٧ .

[٢] – الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٧٥ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٨٤ .

[٣] – الهيتمي ، **تحفة المحتاج** ، ج٢ ص٢١٤ . الرملي ، **نهاية المحتاج** ، ج٥ ص٢٠٢ .

[٤] – ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص١٤٥ ، ص١٤٨ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٤٧ .

[٥] – الأمير ، **الإكليل** ، ج٢ ص٣٥٤ .

[٦] – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٨٤ .

[٧] – الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣٠ .

[٨] – الباجي ، **المنتقى** ، ج٨ ص٢٢٤ .

[٩] – الباجي ، المصدر السابق .

[١٠] – نصت المادة ١١٦٣ : وللمحكمة أن تمهل الشفيع شهرا لدفع ما تطلب منه دفعه وإلا سقطت شفعته .

[١١] – الحلي ، المصدر السابق .

[١٢] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٥ – ٩٦ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الراجح

والذي يترجح عندي ما ذكره الباجي بتحديد مدة أقصاه شهر ، وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني المادة ١١٦٣ [١] لما يلي :

٠١ إن في ذلك توازن بين مصلحة جميع الأطراف البائع والمشتري والشفيع .

٠٢عدم تحديد المدة مطلقا أو تحديدها بإحضار الثمن من البلد الذي فيه المال أو نظرة إلى ميسرة يفضي إلى النزاع ويعطل مصلحة البائع والمشتري .

[١] – نصت المادة ١١٦٣ : وللمحكمة أن تمهل الشفيع شهرا لدفع ما تطلب منه دفعه وإلا سقطت شفعته .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث السابع : سقوط الشفعة بسبب موت الشفيع

تمهيد

إذا مات الشفيع وكان له الحق في المطالبة بالعقار المبيع فإنه لا يخلو عن حالتين هل طالب بالشفعة أم لم يطالب [١]، وإضافة إلى المطالبة أو عدمها فقد بني الخلاف بين العلماء في مسألة توريث الشفعة على مسألة توريث الحقوق ؛ هل تورث على الميت أم لا ، فالحنفية ومن معهم يرون عدم توريث الحقوق إلا ما قام الدليل على إلحاقه بالأموال ، والشافعية والمالكية ومن معهم يرون توريث الحقوق إلا ما قام الدليل على عدم إلحاقه بالأموال [٢].

وبناء عليه فقد اختلف الفقهاء في توريث الشفعة على ثلاثة أقوال :

القول الأول : إسقاط الشفعة مطلقا ، سواء طالب بها قبل موته أم لم يطالب .

ذهب إلى هذا القول : الشعبي [٣] والحنفية [٤] وهو قول عند الحنابلة [٥] وقول عند الإمامية الاثني عشرية [٦].

والدليل على ذلك :

١ . إن الأخذ بالشفعة حق يثبت للشفيع يتوقف على مشيئة الشفيع ، ولأن مجرد الرأي والمشيئة لا يتصور فيه الإرث ، لأنه لا يبقى بعد موته ليخلفه الوارث فيه [٧].

---

(١) – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٥١٠ .

(٢) – ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ص٣١٨ ، بتصرف . الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص١٣٠ .

(٣) – ابن قدامة ، المصدر السابق .

(٤) – السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٣٩ ، قال : " والكلام في هذه المسألة نظير خيار الشرط " اهـ . حيدر ، **درر الحكام** ، ج٤ ص٧٣٠ ، مادة ١٠٣٨ . الخصاف ، **شرح أدب القاضي** ، ص٤٧٠ . داماد ، **مجمع الأنهر** ، ج٢ ص٤٨٤ . ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج٧ ص٢٩٠ ، قال : " ولا تورث خلافا للشافعي " اهـ . العيني ، **البناية** ، ج١١ ص٣٧٤ ، قال : " لأن الشفعة بالملك وقد زال بالموت " اهـ . الميداني ، **اللباب** ، ج٢ ص ، قال : " لأنه بالموت يزول ملكه " اهـ . المرغيناني ، **الهداية** ، ج٣ ص٢٦ ، قال : " إذا مات الشفيع لا تورث الشفعة " اهـ . السمناني ، **روضة القضاة** ، ج١ ص٨٢٢ ، قال : " اتفق العلماء على أن الشفعة لا تجب بالميراث " اهـ . القدوري ، **مختصر القدوري** ، ص١٠٧ .

(٥) – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٨١ ، قال : " فإن مات قبل طلبها لم يستحق الورثة الشفعة على الصحيح من المذهب " اهـ .

(٦) – الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٢ ص٢٣٧ .

(٧) – السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٣٩ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ويجاب على هذا الدليل :

١٠ بأن الإرادة والمشيئة تعلقت بحق ثبت في عقار بعينه ، فإذا مات الشفيع حق لوارثه الحلـــول محله في كل شيء ، ثم إن حق الشفعة سبب لكسب المال وما كان سببا لكسب المال فـــهو حـــق مالي ، يورث عن مستحقه إذا مات قبل استيفائه[١].

٢٠ إن السبب الذي به كان يأخذ الشفعة زال بموته وهو ملكه ، وقيام السبب إلى وقـــت الأخـــذ شرط لثبوت حق الأخذ له[٢]، وإن ملك الوارث حادث بعد البيع ، وهـــو غـــير معتـــبر لانتفـــاء شرطه ، وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه إلى وقت القضاء [٣].

ويرد على هذه الإجابة : إن الحق إذا ثبت لا يزول بموت مستحقه ، والشفعة ثابتـــة للشـــفيع قبل موته ، لدفع الضرر عن المال ، وهذا باق لا ينتفي إلا بـــإعراض المـــالك عـــن الأخـــذ أو تـــنازله ، ولم يوجد شيء من ذلك [٤].

---

[١] – السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٣٩ . الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص١٢٧ .

[٢] – السرخسي ، المصدر السابق .

[٣] – العيني ، **البناية** ، ج١١ ص٣٧٥ .

[٤] – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص١٢٧ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : إذا طالب الشفيع بحقه ثم مات يثبت الحق لورثته .

إذا طالب الشفيع بحقه ثم مات فيثبت الحق لورثته ، وذهب إلى هذا القول الظاهرية [١] والزيدية [٢] وهو الصحيح عند الحنابلة [٣] وقول عند الإباضية [٤].

والدليل على ذلك :

١. إن الشفعة حق للشفيع فلا يسثبت بدون مطالبة [٥].

ويجاب على هذا الدليل :

إن الشفيع حال حياته لم يظهر منه ما يسقط شفعته وهو التراخي عن الأخذ أو التنازل صراحة عن شفعته ، فالحق ثابت له [٦].

٢. المطالبة بالشفعة إنما تكون على الفور ، وفي موته قبل المطالبة بها احتمال بترك المطالبة وإعراضه عن الأخذ بها ، وما كان ثبوته موضع شك فلا ينتقل إلى الورثة[٧].

ويجاب على هذا الدليل :

إن حق الشفعة إذا ثبت لا يسقط إلا بمسقط ثابت إما بتنازل الشفيع أو إعراضه عن الأخذ بالشفعة [٨].

---

[١] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٦ ، قال : " وإن مات الشفيع قبل أن يقول أنا آخذ شفعتي فقد بطل حقه ، ولا حق لورثته في الأخذ بالشفعة أصلا ، لأن الله تعالى إنما جعل الحق له لا لغيره والخيار لا يورث " اهـ .

[٢] – البهوتي ، **الروض المربع** ، ج١ ص٢٢٨ ، قال : " وإن مات الشفيع قبل الطلب بطلت الشفعة ؛ لأنه نوع خيار للتمليك أشبه خيار القبول " اهـ . الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١٣٤ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٨١ ، قال : " فإن مات قبل طلبها لم يستحق الورثة الشفعة على الصحيح من المذهب "اهـ

[٣] – العنسي ، **التاج المذهب** ، ج٣ ص٣٧ ، قال : " ولا تبطل الشفعة بموت الشفيع بعد الطلب منه لها بل يستحقها الوارث ولا يحتاج إلى تجديد في الطلب " اهـ .

[٤] – اطفيش ، **شرح النيل** ، ج٣٧ ص٢٣٧ .

[٥] – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٨١ .

[٦] – الباجي ، **المنتقى** ، ج٨ ص٢١٩ . اطفيش ، **شرح النيل** ، ج١١ ص٢٣٧ . الشافعي ، **الأم** ، ج٨ ص٢١٩

[٧] – ابن قدامة ، **المقنع** ، ج٢ ص٥١٠ . ابن مفلح ، **المبدع** ، ج٥ ص٧٦ .

[٨] – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص١٢٧ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٨٢ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثالث : عدم إسقاط حق الشفعة مطلقا ، سواء طالب به قبل موته أم لم يطالب .

وذهب إلى هذا القول المالكية [١] والشافعية [٢] وقول عند كل من الإباضية [٣] والإمامية الاثني عشرية [٤] ووافقهم القانون المدني الأردني المادة ١١٥٨[٥].

والدليل على ذلك :

١. إن حق الشفعة قبض استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع [٦] .

٢. إن حق الشفعة خيار يثبت لدفع الضرر عن المال فيورث عن الشفيع كالرد بالعيب [٧].

---

[١] – مالك ، **المدونة** ، ج٦ ص٢١٧٨ ، قال : " قلت : هل تورث الشفعة في قول مالك ؟ قال : نعم " اهـ . الباجي ، **المنتقى** ، ج٨ ص٢١٩ ، قال : " والشفعة ثابتة في مال الميت " اهـ . التسولي ، **البهجة** ، ج٢ ص٢٠١ ، الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٣ ص٦٣٣ ، قال : " فلا شفعة في ملك طرأ بلا اختيار كإرث " اهـ . الأبي ، **جواهر الإكليل** ، ج٢ ص٢٣٦ . الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٧٠ . ابن رشد ، **بداية المجتهد**، ج٢ص٥١٨ ، قال : " إنها موروثة قياسا على الأموال " اهـ .

[٢] – الشافعي ، **الأم** ، ج٨ ص٢١٩ ، قال : " ولورثة الشفيع أن يأخذوا ما كان يأخذ أبوهم " اهـ . البيجوري ، **حاشية البيجوري** ، ج٢ ص٣٢ . الشيرازي ، **المهذب** ، ج١ ص٢٢٣ . البغوي ، **التهذيب** ، ج٤ ص٣٥٩ ، قال : " موت الشفيع لا يبطل شفعة الشفيع " اهـ . الغزالي ، **الوسيط** ، ج٤ ص٧١ .

[٣] – اطفيش ، **شرح النيل** ، ج١١ ص٢٣٧ ، قال : " وإن مات الشفيع قبل أخذها أخذها وارثه ، وإرث الشفيع مطلقا ، أحياها الشفيع في حياته أم لا ، ولأنها تورث " اهـ .

[٤] – الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣٧ . النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٣٩٨ ، قال : " إن الشفعة تورث " اهـ . العاملي ، **اللمعة الدمشقية** ، ج٢ ص٤١٢ . الكركي ، **جامع المقاصد** ، ج٦ ص٤٤٧ ، قال : " الشفعة موروثة " اهـ .

[٥] – نص المادة ١١٥٨ ، قال : " إذا ثبت حق الشفعة فلا تبطل بموت البائع أوالمشتري أو الشفيع " اهـ .

[٦] – الشيرازي ، **المهذب** ، ج١ ص٢٢٣ .

[٧] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٥١٠ ، ناقلا قول أبي الخطاب . الشيرازي ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الراجح

بالنظر إلى أدلة كل فريق وإلى سبب مشروعية الشفعة وهو دفع الضرر عن مال الشفيع لما يحدثه المشتري من نقص في قيمة ملك الوارث ، فإن الوارث محتاج كالشفيع لدفع الضرر الحادث عن ماله ، ولهذا يترجح عندي عدم سقوط الشفعة مطلقا والله أعلم ، شريطة عدم تجزئة الشفعة إذا كان أكثر من وريث واحد .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثامن : إذا كان المشتري شريكا

وصورة ذلك أن يكون عدد من الشركاء ، فيشتري أحدهم العقار المبيع ، فللعلماء في هذه الحالة ثلاثة أقوال :

القول الأول : إسقاط شفعة المشتري ، ويأخذ الشريك الآخر عليه بالشفعة .

وذهب إلى هذا القول الحسن والشعبي وعثمان البتي [١] وقول عند الشافعية [٢]وقول عند الإمامية [٣].

والدليل على ذلك :

إن الشفعة حق ثبت للشريك على المشتري فلا يستحقها على نفسه [٤].

ويجاب على هذا الدليل :

٠١ إنهما تساويا في الشركة فيتساويان في الشفعة كما لو اشترى أجنبي بل المشتري أولى لأنه قد ملك السهم المشفوع من غير نظر إلى المشتري [٥].

٠٢ ثم لا يمنع أن يستحق الإنسان على نفسه لأجل تعلق حق الغير به كالعبد المرهون إذا جنى على عبد آخر لسيده ، ثبت للسيد على عبده أرش الجناية [٦].

---

[١] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٩٩ ، قال : " وحكى ابن الصباغ عن هؤلاء الحسن والشعبي وعثمان البتي : إن الشفعة كلها لغير المشتري ولا شيء للمشتري " اهـ .

[٢] – العزيز ، **الرافعي** ، ج٥ ص٥٠٠ .

[٣] – المحقق الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣٢ ، قال : " لو كانت الدار بين ثلاثة فباع أحدهم من شريكه استحق الشفعة الثالث دون المشتري ؛ لأنه لا يستحقه على نفسه " اهـ . الكركي ، **جامع المقاصد** ، ج٦ ص٤٥٥ .

[٤] – ابن قدامة ، المصدر السابق .

[٥] – ابن قدامة ، المصدر السابق .

[٦] – ابن قدامة ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : إسقاط شفعة الشركاء إذا كان المشتري شريكا .

ونقل ابن قدامة هذا القول في المغني ونسبه إلى الحسن والشعبي والبتي [١].

والدليل على ذلك : ٥٥٩٤٨٤

أن الشفعة تثبت لدفع الضرر المتوقع من الشريك الحادث على الشريك القديم ، وهذا شركته متقدمة وثابتة قبل البيع ، فلا ضرر جديد يتوقعه الشريك بسبب الشراء [٢].

---

[١] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٩٩ .

[٢] – ابن قدامة ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثالث : عدم إسقاط الشفعة بالنسبة للمشتري الشفيع إذا كان شريكا ، وكل يثبت له حق الشفعة حسب حصصهم .

وذهب إلى هذا القول جمهور الفقهاء من الحنفية [١] والمالكية [٢] والمذهب عند الشافعية [٣] والحنابلة [٤] والظاهرية [٥] والإباضية [٦] والقول الراجح عند الإمامية [٧].

والدليل على ذلك :

إن المشتري والشريك تساويا في الشركة فكذلك يتساويا في الشفعة كما لو كان المشتري غير شفيع [٨].

---

[١] – ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج٧ ص٢٨٧ ، قال : " فلهم الشفعة " اهـ .

[٢] – الباجي ، **المنتقى** ، ج٨ ص٢٠٢ . الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٧٣ ، قال : " إن الشريك إذا كان هو المشتري من أحد الشركاء فإنه يترك له حصته ، ويأخذ بقية الشركاء منه على قدر أنصبائهم " اهـ .

[٣] – الغزالي ، **الوسيط** ، ج٤ ص٧٨ . الهيتمي ، **تحفة المحتاج** ، ج٢ ص٤١٠ . البجيرمي ، **حاشية البجيرمي** ج٣ ص١٤٨ . العزيز ، **الرافعي** ، ج٥ ص٥٠٠ .

[٤] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٥٠٠ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٦١ ، قال : " إن الشفعة بينه وبين الآخر ، قاله الأصحاب ، ولا أعلم فيه نزاعا " اهـ .

[٥] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٧ ، قال : " للشركاء مشاركته ؛ لأنه شريك وهم شركاء " اهـ .

[٦] – اطفيش ، **شرح النيل** ، ج١١ ص٤٤٥ . الكندي ، **المصنف** ، ج٦ ص١١٧ ، قال : " وإن طلبوها جميعا كانت بينهم على الرؤوس " اهـ .

[٧] المحقق الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣٢ ، قال : " لو كانت الدار بين ثلاثة فباع أحدهم من شريكه تكون بينهما الشفيع المشتري والشريك الآخر ، ولعله الأقرب " اهـ . الكركي ، **جامع المقاصد** ، ج١٦ ص٤٥٥ ، قال : " ويحتمل التسوية ، وذهب إليه الطوسي في أحد قوليه في المبسوط " اهـ .

[٨] – المرداوي ، المصدر السابق ، قال : " لأن حقيقة الشفعة انتزاع الشقص من يد من انتقلت إليه ، وهو متخلف في حق المشتري " اهـ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الراجح

يترجح عندي قول الجمهور وهو إثبات الشفعة للمشتري الشفيع والشريك غير المشتري كل حسب حصته لما يلي :

٠١ عموم الأحاديث لا تفرق بين شفيع أجنبي أو شفيع شريك .

٠٢ وجود المشتري شريكا يعطيه قوة أكثر حيث أن ملكه سابق على البيع .

٠٣ إن جميع العلماء الذي روي عنهم القول الأول وهم الحسن والشعبي وعثمان البتي روي عنهم القول الثاني ، فيظهر التعارض في أقوالهم ، فيسقط القولان .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث التاسع : مدة طلب الشفعة

مـــدة الطلب هي : المدة التي يحتاجها الشفيع لإعلان رغبته الأخذ بالشفعة بعد علمه بالبـــيع

اختلفت أقوال العلماء على قولين ، ومنشأ الخلاف هو ما هي المدة التـــي يحتاجـــها الشـــفيع بحيث لا يلحق الضرر بالمشتري أو البائع .

القول الأول : يثبت حق الشفعة للشفيع إذا طلبه على الفور

إن طلب الشفعة على الفور حين يعلم بالبيع فإن أخره سقطت شفعته ، وذهب إلى هذا القـــول الحنفية [١] والصحيح عند الحنابلة [٢] والشافعي في الجديد [٣] والإباضيـــة [٤] والمشـــهور عنـــد الإمامية [٥] وهو قول ابن شبرمة والبتي والأوزاعي [٦].

والدليل على ذلك :

أ. من المنقول :

ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم : " الشـــفعة كحـــل العقـــال " [٧] ، وروي كذلـــك " الشفعة كنشطة العقال " [٨] .

---

[١] – الـــسرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٤٠ . ابن عابدين ، حاشية ابن عـــابدين ، ج٧ ص٢٧٣ . العينـــي ، **البناية** ، ج١١ ص٣٠١ . القدوري ، **مختصر القدوري** ، ص١٠٦ . ابن قودر ، **نتائج الأفكار** ، ج٧ ص٣٧٦ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٣٢ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص١٤٨ .

[٢] – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٤٧ – ٢٥١ . البهوتي ، **الروض المربع** ، ج١ ص٢٢٧ . الحجـــاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٦٦ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٣ . الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١١٠ .

[٣] – الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ص٣٩٥ . الرملي ، **نهاية المحتاج** ، ج٥ ص٢١٦ . البغوي ، **التـــهذيب** ج٤ ص٢٥١ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ص٧٣ . البيجوري ، **حاشية البيجـــوري** ، ج٣ ص١٥٤ . الغزالي ، **الوسيط** ، ج٢ ص٩١ .

[٤] – اطفيش ، **شرح النيل** ، ج١١ ص٤٣٠ . الكندي ، **المصنف** ، ج٢٧ ص١٥٣ .

[٥] – العاملي ، **اللمعة الدمشقية** ، ج٤ ص٤٠٦ . الكركي ، **جامع المقاصد** ، ج٦ ص٤٣٧ .

[٦] – ابن قدامة ، المصدر السابق ، ج٧ ص٤٥٣ .

[٧] – الـــسرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٤٠ . المطيعي ، **تكملة المجمـــوع** ، ج١٥ ص٧٣ . ابـــن مفلـــح ، **المبدع** ، ج٥ ص٦٤ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٣ . البحراني ، **الحدائق النـــاضرة** ، ج٢٠ ص٢٩٧ . رواه ابن ماجة ، محمد بن يزيد ، **سنن ابن ماجة** ، دار الفكر ، بيروت ، ج٢ ص٨٣٥ ، برقم ٢٥٠٠ .

[٨] – خرجه ابن الملقن بقوله : " حديث الشفعة كنشطة العقال إن قيدت ثبتت وإلا فاللوم على من تركـــها ، رواه ابن حزم كما نقله عبد الحق من رواية ابن عمر مرفوعا : الشفعة كحل العقال ، فإن قيدوها مكانها ثبت حقـــه ، وإلا فاللوم عليه ، ولم أره في محلاه " . ابن الملقن ، عمر بن علي ، **خلاصة البدر المنير** ، الطبعـــة الأولـــى ، مكتبة الرشيد ، الرياض ، ١٤١٠هـــ ، ج٢ ص١٠٢ ، حديث رقم : ١٦٣٦ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

وجه الاستدلال : أن الحديث نص على سرعة إعلان رغبة الشفيع بالأخذ فورا [١].

وأجيب عنه : بأن الحديث ضعيف جدا ، ولا يصلح للاستدلال به [٢].

ب. من المعقول :

١. إن الشفعة خيار شرع لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كالرد بالعيب [٣].

وأجيب عنه : أ٠ إن قياس الأخذ بالشفعة على خيار العيب قياس مع الفارق [٤].

ب٠ إن الضرر ينتفي بانتفاع المشتري بالعين [٥].

٢. إن في ثبوت الشفعة على التراخي ضرر يلحق بالمشتري [٦].

وأجيب عنه : بأن في إثبات الشفعة على الفور قد يلحق الضرر بالشفيع لأنه يحتاج إلى وقت للتأمل والتفكير [٧].

---

[١] – ابن مفلح ، **المبدع** ، ج٥ ص٦٤ .

[٢] – السياغي ، **الروض النضير** ، ج٣ ص٣٤١ .

[٣] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٤ .

[٤] – ابن قدامة ، المصدر السابق .

[٥] – المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ص٧٢ .

[٦] – ابن مفلح ، **المبدع** ، ج٥ ص٦٤ . ابن قدامة ، المصدر السابق .

[٧] – ابن مفلح ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : يثبت حق الشفعة للشفيع حتى لو طلبه على التراخي .

إن طلب الشفعة على التراخي بعد علمه بالبيع ، وإن تأخر مدة لا تسقط شفعته .

وذهب إلى هذا القول : المالكية [١] والظاهرية [٢] والزيدية [٣] والشافعي في القديم [٤] وهو قول عند الحنابلة [٥] والقانون المدني الأردني [٦].

والدليل على ذلك :

إن الشفيع يحتاج إلى روية ، ومدة النظر في الشرع ثلاثة أيام بدليل مدة الخيار [٧].

وأجيب على هذا الدليل :

١. إن المهلة التي تعطى للشفيع إضرار بالمشتري [٨].
٢. إن تحديد المدة بثلاثة أيام تحكم من غير دليل ، والأصل المقيس عليه ممنوع ، ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب [٩].

القول الراجح

يترجح عندي طلب الشفعة على التراخي .

---

[١] – مالك ، **المدونة** ، ج٦ ص٢١٦٧ . الباجي ، **المنتقى** ، ج٨ ص٢١٧ . ابن عبد البر ، **الكافي** ، ص٨٦٠ . ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ص٣١٩ . الأسيوطي ، **جواهر العقود** ، ج١ ص٢٣٢ . التسولي ، **البهجة** ، ج٢ ص١٨٦ . الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٣ ص٦٢٣ .

[٢] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٨٩ . الكتاني ، **موسوعة تقريب فقه ابن حزم** ، ج٨ ص٥٦٢ .

[٣] – السياغي ، **الروض النضير** ، ج٣ ص٣٢٠ . العنسي ، **التاج المذهب** ، ج٣ ص١٣ .

[٤] – المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ص٧٢ . الغزالي ، **الوسيط** ، ج٤ ص٩١ . البغوي ، **التهذيب** ، ج٢ ص٣٥١ . الرملي ، **نهاية المحتاج** ، ج٥ ص٢١٦ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ص٣٩٥ .

[٥] – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٤٧ . الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٦٦ .

[٦] – نصت المادة : ١١٦٢ من القانون المدني الأردني على : من أراد الأخذ بالشفعة يرفع دعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه .

[٧] – الغزالي ، **الوسيط** ، ج٤ ص٩٠ . الشيرازي ، **المهذب** ، ج١ ص٢١٧ .

[٨] – الشيرازي ، المصدر السابق . المطيعي ، المصدر السابق ، ناقلا رد الحنابلة .

[٩] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٤ – ٤٥٥ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

واختلف الذين قالوا بالتراخي في المدة التي تعطى للشفيع على أربعة أقوال :

القول الأول : ثلاثة أيام ، وذهب إليه ابن أبي ليلى [١] والإباضية [٢] والزيدية [٣] والصحيح عند الشافعية [٤] ، قالوا : إن الثلاثة آخر حد القلة وأول حد الكثرة [٥].

القول الثاني : شهر ، وهو قول الإمام محمد من الحنفية [٦] بعد الإشهاد والتقرير ، والقانون المدني الأردني [٧].

القول الثالث : سنة ، وقال به بعض المالكية [٨] .

القول الرابع : أكثر من سنة ، ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى ، وقال به الظاهرية [٩] وبعض المالكية [١٠] وبعض الشافعية [١١] .

---

[١] – السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٤٠ ، قال : " وقال ابن أبي ليلى : إن طالت إلى ثلاثة أيام فله الشفعة "

[٢] – اطفيش ، **شرح النيل** ، ج١١ ص٤٣ .

[٣] – العنسي ، **التاج المذهب** ، ج٣ ص١٣٤ . السياغي ، **الروض النضير** ، ج٣ ص٣٤ ، قال : " فإن تزل المطالبة ثلاثة أيام بطلت شفعته " اهـ .

[٤] – الغزالي ، **الوسيط** ، ج٤ ص٩١ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ص٧٣ .

[٥] – السياغي ، **الروض النضير** ، ج٣ ص٣٤ . المطيعي ، المصدر السابق .

[٦] – ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص١٤٨ .

[٧] – نصت المادة : ١١٦٢ على : من أراد الأخذ يرفع دعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه .

[٨] – مالك ، **المدونة** ، ج٦ ص٢١٦٧ ، قال مالك : " والسنة ما هو عندي بالكثير " . الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٣ ص٦٢٣ . ابن عبد البر ، **الكافي** ، ص٨٦٠ . ابن فرحون ، **تبصرة الحكام** ، ص٤٨ .

[٩] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٨٩ ، قال : " ومن لم يعرض على شريكه الأخذ قبل البيع فوجبت الشفعة للشريك على شفعته علم بالبيع أو لم يعلم يأخذ متى شاء ولو بعد ثمانين سنة أو اكثر أو يلفظ الترك " اهـ .

[١٠] – التسولي ، **البهجة** ، ج٦ ص١٨٦ . ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ص٣١٩ . ابن عبد البر ، **الكافي** ، ص٨٦٠ . ابن فرحون ، **تبصرة الحكام** ، ص٤٨ ، قال : " قال : أصبغ هو على شفعته ، السنتين والثلاثة ما لم يأخذ أو يترك ، وروى مطرف خمسة أعوام ، وقيل لا تسقط مطلقا " اهـ .

[١١] – المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ص٧٣ . الرملي ، **نهاية المحتاج** ، ج٥ ص٢١٦ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ص٣٩٥ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

والدليل على ذلك :

٠١ من المنقول :

حديث جابر قال : " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء اخذ وإن شاء ترك ، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به " [١].

ووجه الدلالة : إن مفهوم الحديث يدل أن الشريك إذا باع بعد إذن شريكه له بالبيع فإنه لا يحق له المطالبة بالشفعة بعد البيع [٢] ، ومحال أن يقول النبي صلى الله عليه وسلم : " من شاء ترك " ، فلا يكون لتركه معنى [٣].

٠٢ من المعقول : حق الشفعة يثبت للشريك جبرا على البائع ، وفي عرض البائع العين المبيعة على الشريك وإظهار عدم رغبته في الشراء يعني ذلك أن الضرر المتوقع من شريك جديد غير وارد ، وإن كان هناك ضرر فقد أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة [٤].

---

[١] – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٦ ، قال : " ويحتمل أن تسقط وهو رواية عن الإمام أحمد ، ذكرها أبو بكر في الشافي ، واختاره الشيخ تقي الدين وصاحب الفائق والقواعد " اهـ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٥١٤ ، قال : " روي عن أحمد ما يدل على أن الشفعة تسقط بذلك ، وهذا قول الحكم والثوري وأبي عبيد وأبي خيثمة وطائفة من أهل الحديث " اهـ . الكركي ، **جامع المقاصد** ، ج٦ ص٤٤٠ ، قال : " وفي الدروس : إن في رواية جابر إيذانا به " اهـ . مسلم ، **صحيح مسلم** ، ج٣ ص١٢٢٩ .

[٢] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٨٧ ، ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٥١٥ .

[٣] – ابن قدامة ، المصدر السابق .

[٤] – ابن قدامة ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : عدم إسقاط حق الشفعة إذا أسقطه قبل البيع .

وذهب إلى هذا القول جمهور الفقهاء من الحنفية [١] والمالكية [٢] والشافعية [٣] والمذهب عند الحنابلة [٤] والزيدية [٥] والإمامية [٦].

والدليل على ذلك :

إن إسقاط حق الشفعة قبل البيع إسقاط للحق قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب [٧].

ويجاب على حديث جابر السابق : بأنه محمول على الندب إلى إعلام الشريك ، وكراهية البيع قبل إعلامه كراهية تنزيه ، وليس بحرام [٨].

---

(١) – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٣٧ . الشيخ نظام ، **الفتاوى الهندية** ، ج٥ ص٢٢٦ . حيدر ، **درر الحكام** ، ج٤ ص٩٨ . ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج٧ ص٢٦٨ .

(٢) – مالك ، **المدونة** ، ج٦ ص٢٢١٧ ، قال : " إذا قال سلمت لك شفعتي ثم طلب شفعته بعد البيع ، قال مالك : له أن يأخذ بالشفعة وليس تسليمه وإن أشهد على ذلك قبل الاشتراء بشيء " اهـ . ابن فرحون ، **تبصرة الحكام** ، ص٤٧ ، قال : " ولا يلزم إسقاط الشفعة قبل البيع على أي وجه كان " اهـ .

(٣) – البغوي ، **التهذيب** ، ج٤ ص٣٥٣ .

(٤) – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٦ ، قال : " لم تسقط ، هذا المذهب ، قال : ويحتمل أن تسقط رواية عن الإمام أحمد " اهـ . البهوتي ، **الروض المربع** ، ج١ ص٢٢٧ . الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٤ ص٣٦٨ .

(٥) – العنسي ، **التاج المذهب** ، ج٣ ص٢٤ .

(٦) – الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣٩ . الكركي ، **جامع المقاصد** ، ج٦ ص٤٤٠ ، قال : " لو أسقط حقه من الشفعة قبل البيع أو أذن ، الأقرب عدم السقوط " اهـ . النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٤٢٧ ، قال : " لو نزل عن الشفعة وتركها قبل البيع لم تبطل " اهـ .

(٧) – الخصاف ، **شرح أدب القاضي** ، ص٤٧٧ . البغوي ، **التهذيب** ، ج٤ ص٣٥٣ ، قال : " العفو قبل ثبوت الحق لا يصح " اهـ . حيدر ، **درر الحكام** ، ج٤ ص٩٧ ، قال : " وبما أن الشفعة قبل البيع معدومة فالتسليم ليس بصحيح " اهـ .

(٨) – النووي ، **شرح صحيح مسلم** ، ج٣ ص٥٤٢ ، قال : " فهو محمول عند أصحابنا على الندب إلى إعلامه ، وكراهية بيعه قبل إعلامه كراهية تنزيه وليس بحرام " اهـ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الراجح :

كان اعتماد الذين لم يجيزوا إسقاط حق الشفعة قبل البيع أنه إسقاط لحق غير موجود أصـــلا ؛ لأن شرط الشفعة أن يكون العقار مبيعا .

وقالوا إن غاية ما في الحديث الذي يرويه جابر ــ رضي الله عنه ــ النـــدب ، أمـــا الذيـــن أسقطوها فأخذوا بمفهوم الحديث وأرجح قوليهم :

١. إعمالا للحديث الشريف .

٢. وإذا كان هناك ضرر متوقع من الشريك الجديد ، فإن الشفيع على بـــينة من أمـــره وقبـــل بذلك .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الحادي عشر : إسقاط الشفعة دلالة

تمهـيد

إسقاط الشفعة دلالة أو ضمنا يستخلص من كل عمل أو تصرف يقـوم بـه الشـفيع ويـدل بوضوح على انصراف رغبته عن الأخذ بالشفعة ، والصور التي يقع فيها مثل هذا التنازل كثيرة لا تقع تحت حصر [١].

وسأقسم الحديث في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : بعض الألفاظ التي اعتبرها الفقهاء مسقطة للشفعة دلالة .

المطلب الثاني : حكم إسقاط الشفعة دلالة .

المطلب الثالث : تفصيل بعض الحالات التي ذكرها الفقهاء مسقطة للشفعة ، وهي :

١. طلب المصالحة
٢. طلب المقاسمة
٣. إذا كان الشفيع وكيلا لأحد المتبايعين .

---

[١] – الجندي ، محمد ، **مجلة الحقوق** ، السنة التاسعة ، العدد الثاني ، يونيو ، ١٩٨٥ ، ص٢١٢ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الأول : بعض الألفاظ التي اعتبرها الفقهاء مسقطة للشفعة دلالة

تسقط الشفعة إذا طلب المصالحة [١] أو المقاسمة [٢] أو المزارعة [٣] أو ساوم على شفعته [٤] أو استأجرها [٥] أو طلب الشراء [٦] أو قال له بع ممن شئت [٧] أو قال لا حاجة لي في البيع [٨] أو قال لا نقد معي [٩] أو دعا له بالبركة [١٠] أو سمع بالبيع وقال هو مناسب [١١] أو ترك الإشهاد وهو قادر عليه [١٢] أو قال : هبه لي [١٣].

---

[١] – البهوتي ، **الروض المربع** ، ج١ ص٢٢٧ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٤ . المرغيناني ، **الهداية** ، ج٣ ص٣٧ . الشيخ نظام ، **الفتاوى الهندية** ، ج٥ ص٢٢٦ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١١٤. العيني ، **البناية** ، ج١١ ص٣٦٩ ، قال : " تسقط إذا صالح بلا خلاف بين الأئمة الأربعة " اهـ . النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٤٣ . الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣٨ .

[٢] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٨ . الأبي ، **جواهر الإكليل** ، ج٢ ص٣٥٣ . الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٧١ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٤ . الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٦٨ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ص٧٤ . الكركي ، **جامع المقاصد** ، ج٦ ص٤٤٤ .

[٣] – مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ص٢١٦٧ . الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٧١ .

[٤] – مالك ، المصدر السابق . الأمير ، **الإكليل** ، ص٣٥٣ . ابن عبد البر ، **الكافي** ، ص٨٥٧ . الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٧١ . الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٣ ص٦٤١ . البهوتي ، **الروض المربع** ، ج١ ص٢٢٧ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٥ ص٤٥٨ . ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج٧ ص٢٨١ .

[٥] – مالك ، **المدونة** ، ج٦ ص٢١٦٧ . الأمير ، **الإكليل** ، ص٣٥٣ . الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٧١ . الشيخ نظام ، **الفتاوى الهندية** ، ج٥ ص٢٢٦ . ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج٧ ص٢٨١ . العيني ، **البناية** ، ج١١ ص٣٠١ . الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٦٨ . الشماخي ، **الإيضاح** ، ج٨ ص٥٢ .

[٦] – الأمير ، **الإكليل** ، ص٣٥٣ . الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٧١ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٨ . ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج٧ ص٢٨١ . الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٦٨ . الكركي ، **جامع المقاصد** ، ج٦ ص٤٤٤ .

[٧] – البغوي ، **التهذيب** ، ج٤ ص٣٥٧ .

[٨] – العنسي ، **التاج المذهب** ، ج٣ ص٢٥ .

[٩] – العنسي ، المصدر السابق .

[١٠] – العنسي ، المصدر السابق .

[١١] – حيدر ، **درر الحكام** ، ج٤ ص٦٩٦ .

[١٢] – المرغيناني ، **الهداية** ، ج٣ ص٣٧ .

[١٣] – المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ص٧٤ . الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٢٣٨ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٤ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الثاني : أقوال الفقهاء في إسقاط الشفعة دلالة

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : تسقط الشفعة إذا أسقطها من له حق الشفعة دلالة .

وهو مذهب الجمهور من الحنفيـــة [١] والمالكيـــة [٢] وجمـــهور الشـــافعية [٣] والحنابلـــة [٤] والزيدية[٥] والإباضية [٦] والإمامية [٧] .

والدليل على ذلك :

١٠ أن ذلك يدل على الإعراض عن أخذ الشفعة [٨] .

٢ ٠ كما أن الشفعة تسقط بصريح الرضا فإنها تسقط بدلالة الرضا [٩] .

٣٠ إن ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالمالك الحادث بالعقد ، وحكمه للدخيل [١٠] .

---

[١] – ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج٧ ص٢٩١ ، قال : " ويبطلها شراء الشفيع من المشـــتري " اهـــ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٤٠ ، قال : " أما بطلان حـــق الشـــفيع فـــي الشـــفعة ، فلأنـــه أســـقطه بالصلح " اهـــ . داماد ، **مجمع الأنهر** ، ج٢ ص٤٨٣ ، قال : " وتبطل الشفعة بالصلح " اهـــ . المرغينـــاني ، **الهداية** ، ج٣ ص٣٧ .

[٢] – مالك ، **المدونة** ، ج٦ ص٢١٦٧ ، قال : " فإن اكترى منه أو ساقاه أو ساومه بذلك ليشتريه فهذا تسليم منه لشفعته " اهـــ . الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٣ ص٦٤١ ، قال : " إذا ساوم تسقط ؛ لأن مساومته دليـــل علـــى إعراضه " اهـــ . الأبي ، **جواهر الإكليل** ، ج٢ ص٢٤٠ . الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٢ ص٢٤٠ .

[٣] – البغوي ، **التهذيب** ، ج٤ ص٣٥٧ . المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ص٧٤ ، قـــال : " وهمـــا دلالـــة الإبطال قوله للمشتري بع الشقص ممن شئت أو هبه " اهـــ .

[٤] – الـــمرداوي ، **الإنـــصاف** ، ج٦ ص٢٥٤ ، قال : " إذا قال للمشتري بعني ما اشتريت سقطت شفعته " اهـــ البهوتي ، **الروض المربع** ، ج١ ص٢٢٧ ، قال : " وإن قال الشـــفيع للمشـــتري صـــالحني ســـقطت " اهـــ . الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١١٥ .

[٥] – العنسي ، **التاج المذهب** ، ج٣ ص٢٥ .

[٦] – الشماخي ، **الإيضاح** ، ج٨ ص٥٢ ، قال : " ويسقطها الأعمال التي تقوم مقال الرضى من الشفيع بإســـقاط حقه مثل إن استأجره فعمل له فيها شيئا " اهـــ .

[٧] – الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣٨ . الكركي ، **جامع المقاصد** ، ج٦ ص٤٤٤ ، قـــال : " ولـــو قـــال الشفيع بعني أو قاسمني ، بطلت لأن هذا يتضمن الرضى " اهـــ . النجفي ، **جواهر الأدب** ، ج٣٧ ص٤٣٢ .

[٨] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٨ .

[٩] – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٤٠ . الشيرازي ، **المهذب** ، ج١ ص٢١٨ .

[١٠] – الكاساني ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : عدم إسقاط الشفعة إذا أسقطها من له حق الشفعة دلالة .

وهو ما ذهب إليه أشهب من المالكية [١] والقاضي أبي يعلى من الحنابلة [٢] وقول عند الشافعية [٣].

والدليل على ذلك :

أنه على حقه ما لم يصرح بالعفو ، لما فرق الله به في الخطبة بين حكم التعريض والتصريح [٤] ، قال تعالى : ((ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أوأكننتم في أنفسكم)) ، البقرة آية ٢٣٥ .

وجه الدلالة من الآية :

قياس إسقاط الشفعة دلالة على التعريض من خطبة النساء [٥].

القول الراجح

أرجح القول الأول وهو صحة إسقاط الشفعة دلالة .

---

[١] – الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ص١٧١ .

[٢] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٨ ، قال : " وإن قال صالحني على مال قال القاضي [أبو يعلى] : لا تسقط ؛ لأنه لم يرض بإسقاطها وإنما رضي بالمعاوضة " اهـ .

أبو يعلى : " الإمام العلامة شيخ الحنابلة ، القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف البغدادي الحنبلي ابن الفراء ، صاحب التصانيف المفيدة في المذهب ، أفتى ودرس ، وتخرج به الأصحاب " اهـ ، توفي سنة (٤٥٨)هـ ، انظر : الذهبي ، **سير أعلام النبلاء** ، ج١٨ ص٨٩ – ٩١ ، باختصار .

[٣] – المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ص٦٦ ، قال : " والتعريض أن يساوم المشتري في الشقص أو يطالبه بالقسمة أو يستأجر منه أو يساومه ، على قولين نص عليهما في القديم ، أحدهما كالصريح في إبطال الشفعة . والثاني : أنه على حقه ما لم يصرح بالعفو لما فرق الله به في الخطبة بين حكم التعريض والتصريح " اهـ .

[٤] – المطيعي ، المصدر السابق .

[٥] – المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الثالث : بعض الحالات التي اختلف الفقهاء في اعتبارها مسقطة للشفعة

بعض الحالات التي اختلف الفقهاء في اعتبارها مسقطة للشفعة .

الحالة الأولى : إذا تصالح مع المشتري على عوض مالي مقابل ترك الشفعة .

ولبـــيان ذلك سيتم بحثها تحت مسألتين :

المسألة الأولى : حكم أخذ العوض .

إذا صالح الشفيع المشتري على أخذ عوض مالي ، للفقهاء قولان :

القول الأول : عدم صحة أخذ العوض .

وذهب إلى هذا القول جمهور الفقهاء من الحنفية [١] وبعض الشافعية [٢] والحنابلة [٣].

والدليل على ذلك :

٠١ إن طلب العوض مقابل إسقاط الحق في الشفعة دلالة على الرضى بالمالك الحادث [٤].

٠٢ إن حق الشفعة من حقوق التملك ، وهذا الحق مبني على ولاية التملك في الشـــفيع ، وهـــذه الولاية معنى قائم فيه لا يجوز أخذ عوض عنه [٥].

القول الثاني : جواز أخذ العوض .

وذهب إلى هذا القول المالكية [٦] وبعض الشافعية [٧] والإمامية [٨].

---

[١] – المرغيناني ، **الهداية** ، ج٣ ص٣٧ ، قال : " وإن صالح من شفعته علـــى عـــوض بطلـــت شـــفعته ورد العوض ؛ لأن حق الشفعة لا يصح الاعتياض عنه " اهـــ . ابن قدامـــة ، **المغنـــي** ، ج٧ ص٤٥٨ . العينـــي ، **البناية** ، ج١١ ص ، قال : " وإن صالح من شفعته على عـــوض بطلـــت شـــفعته بـــلا خـــلاف بيـــن الأئمـــة الأربعة " اهـــ .

[٢] – البغوي ، **التهذيب** ، ج٤ ص٣٥٧ ، قال : " ولو صالح المشتري على أن يأخذ بعضه ففيه أقاويل ، الصلـــح جائز ، وقيل باطل " اهـــ . النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٥ ص١٩٢ .

[٣] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٨ .

[٤] – ابن قدامة ، المصدر السابق .

[٥] – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٤٠ .

[٦] – مالك ، **المدونة** ، ج٤ ص٢٢١٦ ، قال : " إذا أسلم الشفعة بعد وجوب الصفقة بمال أخذه فذلك جائز " اهـــ

[٧] – النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٥ ص١٩٢ .

[٨] – الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣٨ ، قال : " إذا صالح المشتري الشفيع على ترك الشفعة صح ، لأنـــه حق مالي فينفذ فيه الصلح " اهـــ . النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٤٠٣ ، قال : " إذا صالح المشتري الشـــفيع صح ، وبطلت الشفعة ، ويمكن تصور وجهين للصلح أحدهما : إذا صالح المشتري على تـــرك الشـــفعة صـــح وبطلت الشفعة ، ثانيهما : إيقاعه على أن لا يأخذ بالشفعة وإن كانت هي حقا له " اهـــ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

والدليل على ذلك : أن للشفيع بعد ثبوت حق الشفعة أن يبيع ذلك الحق [١].

المسألة الثانية : حكم الشفعة بعد طلب العوض عند القائلين بعدم صحة أخذ العوض .

اختلف الفقهاء في حكم الشفعة بعد طلب العوض عند القائلين بعدم صحة أخذ العوض على قولين :

القول الأول : سقوط حق الشفعة إذا طلب العوض .

وذهب إلى هذا القول الحنفية [٢] والحنابلة في الصحيح عندهم [٣] وهو وجه عند الشافعية [٤].

ووجه ذلك : أن طلب العوض دليل الترك ، فيثبت ترك الشفعة أي سقوطها ولا يثبت العوض [٥].

القول الثاني : عدم سقوط الشفعة إذا طلب العوض .

وذهب إلى هذا القول الشافعية في أحد الوجهين [٦] وهو قول عند الحنابلة [٧].

ووجه ذلك : إن الشفيع صالح على أخذ العوض مقابل إسقاط حق الشفعة فلما لم يثبت له العوض يبقى حق الشفعة له ، لأن الشفيع لم يسقطه ابتداء [٨].

---

[١] – المرغيناني ، **الهداية** ، ج٣ ص٣٧ ، قال : " وإن صالح عن شفعته على عوض بطلت شفعته " اهـ . القدوري ، **مختصر القدوري** ، ص١٠٧ ، قال : " وإن صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته " اهـ . العيني ، **البناية** ، ج١١ ص٣٦٩ ، قال : " وإن صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته بلا خلاف بين الأئمة الأربعة " اهـ .

[٢] – المرغيناني ، **الهداية** ، ج٣ ص٣٧ ، قال : " وإن صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته " اهـ .

[٣] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٨ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٥ .

[٤] – الشيرازي ، **المهذب** ، ج١ ص٣٨ ، قال في حكم الشفعة بعد طلب العوض : " وفي شفعته وجهان أحدهما : تسقط لأنه أعرض عن طلبها من غير عذر ، والثاني : لا تسقط لأنه تركها على عوض ولم يسلم له العوض فيبقى على شفعته " اهـ .

[٥] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٨ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٤٠ .

[٦] – الشيرازي ، **المهذب** ، ج١ ص٣٨ .

[٧] – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٥ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٨ .

[٨] – ابن قدامة ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الحالة الثانية : حكم الشفعة إذا طالب الشفيع بالمقاسمة أو ساوم .

اختلف الفقهاء إذا طالب الشفيع بالمقاسمة أو ساوم على قولين :

القول الأول : سقوط حق الشفعة إذا طالب الشفيع بالمقاسمة أو ساوم .

وذهب إلى هذا القول الحنفية [١] وجمهور المالكية [٢] وأحد قولي الشافعية [٣] والحنابلة [٤] والإمامية [٥].

والدليل على ذلك : إن عرض الشفيع هذه الأمور على المشتري يدل على رضاه بالشراء ، ورضاه بالشراء دليل على تركه الأخذ بالشفعة [٦].

القول الثاني : عدم سقوط حق الشفعة إذا طالب الشفيع بالمقاسمة أو ساوم .

وذهب إلى هذا القول أشهب من المالكية [٧] ، وهو قول عند الشافعية [٨].

والدليل على ذلك : إن هذه الأمور من باب التعريض لا التصريح ، وقد فرق الله سبحانه وتعالى في خطبة النساء بين التصريح والتعريض زمن العدة في قوله تعالى : ((ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء)) البقرة آية ٢٣٥ ، فلا تسقط الشفعة [٩].

---

[١] – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٤٠ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٨ . ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج٧ ص٢٩١ . العيني ، **البناية** ، ج١١ ص . السمناني ، **روضة القضاة** ، ج١ ص٨٣٢

[٢] – الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٣ ص٦٤١ ، قال : " مساومته دليل على إعراضه عن الأخذ بالشفعة " اهـ . الأبي ، **جواهر الإكليل** ، ج٢ ص٢٤٠ ، قال : " وسقطت إن قاسم الشفيع المشتري في عقار المشترك بينهما أو اشترى الشفيع الشقص المشفوع فيه أو ساوم أو ساقى أو استأجر المشفوع فيه من مشتريه " اهـ ، وقريب منه ما في **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٧١ . ابن عبد البر ، **الكافي** ، ص٨٥٧ . الأمير ، **الإكليل** ، ص٣٥٣ ، وزاد : " ولا تسقط بمجرد طلب القسمة " اهـ . ابن فرحون ، **تبصرة الحكام** ، ج١ ص٢٢٧ .

[٣] – المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ص٦٦ . النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٥ ص١٧٧ .

[٤] – الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١١٥ . الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٦٨ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٥ .

[٥] – الكركي ، **جامع المقاصد** ، ج٦ ص٤٤٤ ، قال : " لو قال المشتري بعني أو قاسمني بطلت ؛ لأن هذا يتضمن الرضى " اهـ .

[٦] – الكركي ، المصدر السابق .

[٧] – الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ص١٧١ .

[٨] – النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٥ ص١٧٧ .

[٩] – المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ص٧٤ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الحالة الثالثة : حكم الشفعة إذا كان الشفيع وكيلا لأحد المتبايعين في البيع أو الشراء .

فيكون لدينا صورتان :

الصورة الأولى : إذا كان الشفيع وكيلا للبائع في المبيع .

اختلف الفقهاء في حكم الشفعة إذا كان الشفيع وكيلا للبائع في المبيع على قولين :

القول الأول : سقوط الشفعة .

وذهب إلى هذا القول الحنفية [١] وبعض المالكية [٢] وهو قول عند الحنابلة [٣] وقول عند الشافعية [٤] .

والدليل على ذلك :

١. إن كون الشفيع وكيل للبائع تهمة تلحقه في البيع بأقل من الثمن تمهيدا لأخذه بالشفعة لنفسه [٥].

ويجاب على ذلك : إن البائع له أن يعترض على المبيع إذا رأى تقصيرا [٦].

٢. إن في البيع رغبة عن العين المباعة وفي الأخذ بالشفعة رغبة بالعين المباعة ، وعندما يكون الشفيع وكيلا للبائع ويشفع لنفسه فإن في هذا جمع للنقيضين [٧].

القول الثاني : عدم سقوط حق الشفعة إذا كان الشفيع وكيلا للبائع .

وهو قول جمهور المالكية [٨] والأصح عند الشافعية [٩] والصحيح عند الحنابلة [١٠].

والدليل على ذلك : إن توكيل الشريك شريكه لا يقطع حقه في الأخذ [١١].

---

(١) – المرغيناني ، **الهداية** ، ج٣ ص٣٧ .

(٢) – الراهوني ، محمد بن أحمد ، **حاشية الراهوني على الزرقاني** ، فاس ، بدون دار نشر ، ١٨٧٧م ، ٤٨/١ ، نقل عن ابن زرب قوله : " أربعة بيعهم إسقاط لشفعتهم ، ... ، الرابع : الوكيل إذا باع شقصا هو وكيله " اهـ .

(٣) – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٥ . ابن مفلح ، **المبدع** ، ج٥ ص٧٤ .

(٤) – الرملي ، **نهاية المحتاج** ، ج٥ ص٢١٧ .

(٥) – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٩ .

(٦) – النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٥ ص١٦٤ .

(٧) – المرغيناني ، **العناية على الهداية** ، ج٣ ص٣٧ .

(٨) – مالك ، **المدونة** ، ج٦ ص٢١٨١ .

(٩) – النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٥ ص١٦٥ .

(١٠) – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٩ .

(١١) – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص٣٧٢ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الصورة الثانية : إذا كان الشفيع وكيلا للمشتري في الشراء .

للفقهاء في هذه الصورة قولان :

القول الأول : ثبوت حق الشفعة للشفيع إذا كان وكيلا للمشتري في الشراء .

وذهب إلى هذا القول جمهور الفقهاء من الحنفية [١] والمالكية [٢] والشافعية [٣] والصحيح عند الحنابلة [٤] والإمامية [٥] والزيدية [٦].

القول الثاني : إسقاط حق الشفعة إذا كان الشفيع وكيلا للمشتري في الشراء .

وذهب إلى هذا القول الشافعية في أحد الوجهين [٧] وبعض الحنابلة [٨].

وجه ذلك :

لأن الغبطة لا تخفى [٩] فيأخذ لنفسه .

---

[١] – المرغيناني ، **الهداية** ، ج٣ ص٣٧ ، قال : " الأصل أن من اشترى أو ابتيع له فله الشفعة " .

[٢] – الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٧ ص٤٠٠ .

[٣] – الرافعي ، **العزيز شرح الوجيز** ، ج٥ ص٤٩٩ . الرملي ، **نهاية المحتاج** ، ج٥ ص٢١٩ .

[٤] – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٥ . البهوتي ، **الروض المربع** ، ج١ ص٢٧٧ .

[٥] – الكركي ، **جامع المقاصد** ، ج٦ ص٤٤٨ ، قال : " والأقرب عدم السقوط " اهـ . النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٤٠٨ .

[٦] – العنسي ، **التاج المذهب** ، ج٣ ص٢٩ .

[٧] – الغزالي ، **الوسيط** ، ج٤ ص٧٧ ، قال : " هل يأخذ ما باع بالشفعة ؟ فيه وجهان : والأرجح الجواز " اهـ

[٨] – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٥ ، نقل عدم السقوط ثم قال : " وقيل تسقط " اهـ .

[٩] – الغزالي ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الثاني

سقوط الشفعة فيما يتعلق بالعين المشفوعة والعين المشفوع بها

المبحث الأول

سقوط الشفعة فيما يتعلق بالعين المشفوعة

المطلب الأول : الشفعة في الوقف

تعريف الوقف لغة واصطلاحا .

١ . الوقف لغة : الحبس [١] ، يقال : وقفت كذا أي حبسته [٢] .

٢ . الوقف اصطلاحا :

أ . حبس الأصل وتسبيل الثمرة [٣].

ب . حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح [٤] .

والوقف نوعان :

١ . الوقف الخيري : ويكون على أبواب الخير ابتداء [٥].

٢ . الوقف الذري : الوقف على الأحفاد أو الأقارب ومن بعدهم إلى الفقراء [٦].

---

[١] – المناوي ، محمد ، **التوقيف على مهمات التعاريف** ، الطبعة الأولى ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، ١٤١٠هـ ، ج١ ص٧٣١ .

[٢] – قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، الطبعة الأولى ، دار الفرقان للنشر ، عمان ، ١٩٩٩م ، ص٢٣٣

[٣] – سابق ، سيد ، **فقه السنة** ، الطبعة الثالثة ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨١م ، ج٣ ص٣٧٨ .

[٤] – الدوري ، المرجع السابق .

[٥] – سابق ، المرجع السابق .

[٦] – سابق ، المرجع السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

للفقهاء في شفعة الموقوف قولان :

القول الأول : سقوط الشفعة في الوقف .

وذهب إلى هذا القول الحنفية [١] والظاهر عند الشافعية [٢] وهو الصحيح عند الحنابلة [٣] وهو قول عند كل من المالكية [٤] والإمامية [٥] والزيدية [٦] والإباضية [٧] ، وهو ما ذهب إليه القانون المدني الأردني [٨].

والدليل على ذلك :

١. إن الشفعة لا تثبت إلا في ملك تام ، والوقف لا مالك له [٩].

٢. إن الشفعة لا تثبت إلا في البيع ، والوقف لا يباع [١٠].

---

[١] – السمناني ، **روضة القضاة** ، ج١ ص٨٢٤ ، قال : " لا شفعه في الوقف لأنه لا يجوز بيعه ولا يملك " اهـ ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص١٤٣ ، قال : " وإن بعيت دار بجنبها دار الوقف فلا شفعة ولا يأخذها " اهـ المتولي ، **درر الحكام** ، ج٤ ص٦٨٣ ، قال : " ولا تجري الشفعة في عقار الوقف " اهـ . داماد ، **مجمع الأنهر** ، ج٢ ص٤٧٣ ، قال : " لا شفعه في الوقف ولا له ولا بجواره " اهـ .

[٢] – الحسيني ، **كفاية الأخيار** ، ج١ ص١٨٤ . الرافعي ، **العزيز** ، ج٥ ص٤٩١ ، قال : " فيها وجهان أظهرهما المنع ؛ لأن الوقف لا يستحق بالشفعة فلا ينفي أن يستحق به " اهـ . الرملي ، **نهاية المحتاج** ، ج٥ ص ١٩٨ . الشقرازي ، **المهذب** ، ج١ ص٢٦٤ . الباجوري ، **حاشية الباجوري** ، ج٢ ص٣١ .

[٣] الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٧٢ ، قال : " ولا شفعة بشركة وقف لأن ملكه غير تام " اهـ . ابن قدامة ، **المقنع** ، ج٧ ص٢٦٧ ، قال : " ولا شفعة في شركة الوقف في أحد الوجهين " اهـ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص ٢٦٧ . الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١٢٢ .

[٤] – الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ، ج٧ ص٣٦٩ ، قال " وفي المدونة : إن المحبس عليهم ليس لهم أن يأخذوا بالشفعة " اهـ . الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٦٣ ، قال : " لو أراد أن يأخذ للتمليك فليس له الأخذ اتفاقا " اهـ . الجمل ، **حاشية الجمل** ، ج٥ ص٤٥٠ .

[٥] – الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣٠ ، قال : " لو كانت الدار وقفا وبعضها طلقا بيع الطلق لم يكن للموقوف عليه شفعة اهـ . الحلي ، يحيى ، **الجامع للشرائع** ، ج٥ ص٢٧٨ .

[٦] ابن المرتضى ، **البحر الزخار** ، ج٥ ص٧ ، قال : " ولمتولي المسجد أن يشفع ، وقيل لا ، إذ المالك الله سبحانه وتعالى وهو لا يتضرر " اهـ .

[٧] الكندي ، **المصنف** ، ج٢٧ ص١٤٧ ، قال : " فليس للمسجد شفعة ولا الأرض الموقوفة على الفقراء أو الأقارب " اهـ .

[٨] – نصت المادة ١١٥٩ من القانون المدني الأردني على : " لا شفعة في الوقف ولا له " اهـ .

[٩] الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٧٢ .

[١٠] السمناني ، **روضة القضاة** ، ج١ ص٨٢٤ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : ثبوت حق الشفعة في الوقف .

وهو قول عند المالكية [١] ، ووجه عند كل من : الشافعية [٢] ، الحنابلة [٣] ، الإمامية [٤] والزيدية [٥].

قالوا : إن إيقاف العين لا يخرج ملكيتها ، إلا أن الوقف لا يباع ولا يوهب ولا يورث[٦].

والدليل على ذلك :

إن في ذلك إزالة الضرر عن الوقف [٧].

---

[١] – مالك ، **المدونة** ، ج٢ ص٢١٨٣ ، قال : " أرأيت إن اشتريت سقفا من دار فقاسمت شريكي وبنيت مسجدا ، ثم جاء الشفيع فأراد قسمتي وأن يأخذ بالشفعة ويهدم المسجد ، قال : لم أسمع من مالك في هذا شيئا إلا أن ذلك له " اهـ . ابن عبد البر ، **الكافي** ، ص٨٥٧ ، قال : " إذا وجبت الشفعة بتمام الشراء للمشتري فلا يسقطها عن الشفيع تحبيس المشتري لها " اهـ .

[٢] – الدمياطي ، **إعانة الطالبين** ، ج٣ ص١٨٥ ، قال : " تثبت للشريك " اهـ . الرافعي ، **العزيز** ، ج٥ ص٤٩١ ، قال : " دار نصف وقفا ونصف ملك ، فيها وجهان : أحدهما تثبت لدفع ضرر القسمة " اهـ . الشيرازي ، **المهذب** ، ج١ ص٢٦٤ .

[٣] – ابن قدامة ، **المقنع** ، ج٢ ص٢٦٧ ، قال : " ولا شفعة بشركة الوقف في أحد الوجهين " . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٦٧ ، قال : " ولا شفعة لشركة الوقف في أحد الوجهين " اهـ ، قال: " وقال أبو الخطاب له الشفعة " اهـ .

[٤] – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٣٥٣ . المحقق الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣٠ . الحلي ، يحيى ، **الجامع للشرائع** ، ج٥ ص٢٧٨ .

[٥] – ابن المرتضى ، **البحر الزخار** ، ج٥ ص٧ ، قال : " ولمتولي المسجد أن يشفع له " اهـ .

[٦] – الشيرازي ، **المهذب** ، ج١ ص٢١٤ .

[٧] – ابن قدامة ، **المقنع** ، ج٧ ص٤٦٦ . ابن المرتضى ، **البحر الزخار** ، ج٥ ص٧ . الرافعي ، **العزيز** ، ج٥ ص٤٩١ . البغوي ، **التهذيب** ، ج١ ص٢٦٤ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الثاني : سقوط الشفعة بسبب عدم تجزئتها

تمهيد

نقل ابن المنذر الإجماع على أن الشفعة لا تتجزأ ، وقال : " وأجمعوا على أن من اشترى شقصا من أرض مشتركة ، فسلم بعضهم الشفعة وأراد بعضهم أن يأخذ فمن أراد الأخذ بالشفعة أن يأخذ الجميع أو أن يدعه ، وليس له أن يأخذ بقدر حصته و يترك ما بقي " [١].

وهناك حالات اختلف الفقهاء في سقوط الشفعة فيها ، بسبب عدم تجزئة الشفعة .

الحالة الأولى : بيع عقار ومنقول صفقة واحدة .

الحالة الثانية : بيع عقارين صفقة واحدة .

الحالة الثالثة : تعدد المشترين والبائع واحد .

الحالة الرابعة : تعدد البائعين والمشتري واحد .

الحالة الأولى : بيع ما فيه شفعة وما لا شفعة فيه .

للفقهاء في ذلك قولان :

القول الأول : إلزام الشفيع بجميع الصفقة وإلا سقطت شفعته .

وذهب إلى هذا القول :عثمان البتي وسوار بن عبد الله [٢] ، والظاهرية [٣]، وهو احتمال عند الحنابلة [٤].

والدليل على ذلك :

١. إن أخذ ما فيه الشفعة فقط تتبعض الصفقة على المشتري ، وفي ذلك إضرار بالمشتري ، فأشبه ما لو أراد الشفيع أخذ بعض الشقص وترك البعض الآخر[٥] .

٢. إن في ذلك فسخا لبيع وقع صحيحا دون نص يبطله [٦].

---

[١] – ابن المنذر ، **الإجماع** ، ص١٣٦ .

[٢] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٦ قال : " لو باع شقصا وسلعة معه صفقة واحدة فليس له إلا أن يأخذ الكل أو يترك الكل " اهـ .

[٣] – ابن حزم ، المصدر السابق .

[٤] – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٩ .

[٥] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٨٢ .

[٦] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٦ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : إسقاط الشفعة في المنقول ، وللشفيع أخذ العقار بحصته من الثمن ويحط منه ما يساوي قيمة المنقول .

وذهب إلى هذا القول : الجمهور من الحنفية [١] والمالكية [٢] والشافعية [٣] والحنابلة [٤] .

والدليل على ذلك :

١. إن المنقول لا شفعة فيه أصلا ، وليس هو من أتباع العقار [٥].

٢. إن البائع والمشتري قد يتخذا من جمع المنقول والعقار في صفقة واحدة حيلة ، لإسقاط حق الشفعة [٦].

---

(١) – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٤٨ .

(٢) – مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ص٢١٧٩ .

(٣) – النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٤ ص١٨٨ .

(٤) – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٦٤ ، قال : " وهو الصحيح من المذهب " اهـ . ابن مفلح ، **المبدع** ، ج٥ ص٧١ .

(٥) – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٨٣ .

(٦) – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص١٨٠ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الحالة الثانية : بيع عقارين صفقة واحدة وهو شفيع فيهما .

اختلف الفقهاء على قولين :

القول الأول : أن يأخذ الجميع أو أن يدع الجميع ، لئلا تتبعض الصفقة على المشتري .

وذهب إلى هذا القول جمهور الحنفية [١] والمالكية [٢] وهو قول عند الشافعية [٣] ووجه عند الحنابلة [٤].

والدليل على ذلك :

١. إن الصفقة وقعت مجتمعة بقبول واحد ، فكما لو كانت في عين واحدة [٥].

٢. إن الشفيع تمكن من أخذ البيع كله ، فليس له أخذ البعض دون الآخر [٦].

٣. إن المشتري قد يشتري دارين ورغبته في أحداهما دون الأخرى [٧].

---

[١] – السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٢٦ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٤٨ ، قال : " إن اشترى دارين صفقة واحدة ، فأراد الشفيع أن يأخذ إحداهما دون الأخرى يأخذهما جميعا أو يدعهما " .

[٢] – مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ص٢١٧٩ ، قال : " أرأيت لو أن رجلا اشترى نصيب من دارين صفقة واحدة وشفيعهما واحد ، قال مالك : يقال للشفيع خذ الجميع أو دع " اهـ .

[٣] – النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٤ ص١٨٨ .

[٤] – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٦٤ .

[٥] – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٤٨ .

[٦] – الكاساني ، المرجع السابق .

[٧] – السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٢٦ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : أن للشفيع الخيار في أخذ أحد العقارين .

وذهب إلى هذا القول زفر من الحنفية [١].

والدليل على ذلك :

١. إن ضرر الشركة يزول بانفصال كل من العقارين عن الآخر ، فلا وجه لإلزام الشفيع بأخذ العقارين [٢].

٢. إن استحقاق الشفيع للشفعة في كل عقار تم بسبب يختلف فيه كل واحد منهما عن الآخر [٣].

---

[١] – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٤٨ ، قال : " قال زفر له أن يأخذ أحد العقارين بحقه من الثمن ، وجه قوله أن المانع من أخذ البعض دون البعض هو لزوم ضرر الشركة ولم يوجد ههنا ، لانفصال كل دار عن الأخرى " اهـ .

[٢] – الكاساني ، المصدر السابق .

[٣] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٥٠٤ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الحالة الثالثة : تعدد المشترون والبائع واحد .

للفقهاء في ذلك قولان :

القول الأول : إن الشفيع ملزم بأخذ الجميع أو ترك الجميع .

وذهب إلى هذا القول المالكية [١] وهو قول عند الحنابلة [٢] ورواية عن أبي حنيفة بشرط أن الأخذ قبل القبض [٣].

والدليل على ذلك :

إن أخذ البعض وترك البعض الآخر ضررا يلحق بالمشترين بسبب تفريق الصفقة عليهم [٤].

---

[١] – التسولي ، **البهجة** ، ج٢ ص٢٠٣ .

[٢] – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٥٩ .

[٣] – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٤٨ .

[٤] – الكاساني ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشترين .

وذهب إلى هذا القول الشافعية [١] والظاهرية [٢] وبعض الحنيفة [٣] وجمهور الحنابلة [٤] وأشهب من المالكية [٥] والزيدية [٦] والقانون الأردني [٧].

والدليل على ذلك :

١ ٠ أخذ أحد العقارات لا يسبب تفريق الصفقة ، لأن كل واحد من المشترين ملك شقصا لوحده [٨].

٢ ٠ إن من المشترين من قد ينتفع الشفيع بمشاركته [٩].

---

[١] – البغوي ، **التهذيب** ، ج٤ ص٣٥٨ .

[٢] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٦ .

[٣] – السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٢٦

[٤] – ابن مفلح ، **المبدع** ، ج٥ ص٦٩ .

[٥] – الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٧٥ .

[٦] – العنسي ، **التاج المذهب** ، ج٣ ص٣٢ .

[٧] – القانون الأردني ، المادة ١١٦٠ : الشفعة لا تقبل التجزئة فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار جبرا على المشتري إلا إذا تعدد المشترون واتحد البائع فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي " اهـ .

[٨] – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص١٦٣ .

[٩] – السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٢٧ ، قال : " وإن كان المشتري اثنين فقد يكون أحدهما ممن ينتفع بجواره والآخر ممن يتضرر بجواره ، فهو يقصد دفع ضرر جار السوء بأخذ نصيب أحدهما " اهـ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الحالة الرابعة : إذا تعدد البائعون وكان المشتري واحدا .

اختلف الفقهاء على قولين :

القول الأول : إلزام الشفيع أخذ الجميع أو ترك الجميع وإلا سقطت شفعته .

وذهب إلى هذا القول الحنفية [١] والمالكية [٢] ووجه عند الشافعية [٣] ووجه عند الحنـــابلة [٤] وهو قول الزيدية [٥].

والدليل على ذلك :

إن في أخذ البعض وترك الآخر ضررا يلحق بالمشتري [٦].

---

[١] – الكاساني ، **البدائع** ، ج٧ ص١٤٨ . السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٢٧ .

[٢] – الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٧٥ .

[٣] – البغوي ، **التهذيب** ، ج٤ ص٣٥٨ ، قال : " هل للشفيع أخذ نصيب أحد البائعين ؟ فيه وجهان : أحدهمـــا لا يجوز ، لما فيه تـــفريق الملك " اهـــ .

[٤] – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٦٥ .

[٥] – العنسي ، **التاج المذهب** ، ج٣ ص٣٢ .

[٦] – الكاساني ، **البدائع** ، ج٦ ص١٤٨ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثاني : سقوط الشفعة فيما يتعلق بالعين المشفوع فيها

تمهيد

سقوط الشفعة ببيع العين المشفوع فيها إذا ما باع الشفيع العين المشفوع فيها ، فإنه إما أن يكون عالما ببيع شريكه أو جاهلا به ، وببيع جميع نصيبه أو بعضه ، فتكون لدينا أربع حالات :

الحالة الأولى : أن يقوم ببيع كامل حصته وهو عالم ببيع شريكه .

اختلف الفقهاء على قولين :

القول الأول : عدم سقوط الشفعة إذا قام ببيع كامل حصته وهو عالم ببيع شريكه .

وذهب إلى هذا القول الظاهرية [١]، وهو قول عند المالكية [٢]، قالوا : إن الحق قد ثبت قبل البيع والحق إذا ثبت لا يسقطه البيع المتأخر [٣].

---

[١] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٢ .

[٢] – ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ص٣١٧ ، قال : " روى أشهب قول مالك اختلف في ذلك ، فمرة قال له : الأخذ ، ومرة قال : ليس له ذلك " اهـ .

[٣] – ابن حزم ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني: سقوط الشفعة إذا قام ببيع كامل حصته وهو عالم ببيع شريكه .

وذهب إلى هذا القول جمهور الفقهاء من الحنفية [١] والراجح عند المالكية [٢] والشافعية [٣] والحنابلة [٤] والإمامية [٥] والإباضية [٦] .

والدليل على ذلك :

١. إن بيعه حصته عالما ببيع شريكه يسقط شفعته ؛ لأنه لم يبق له ملك يستحق به [٧].

٢. إذا باع حصته تسقط شفعته ؛ لأنها شرعت لدفع الضرر وقد انتفى بالبيع [٨].

---

[١] – القدوري ، **مختصر القدوري** ، ص١٠٧ ، قال : " إذا باع قبل أن يقبض له بطلت " اهـ . السمناني ، **روضة القضاة** ، ج١ ص٨٣٣ . حيدر ، **درر الحكام** ، ج٤ ص٧٣١ . ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج٧ ص٢٩١ ، قال : " يبطلها بيع ما يشفع به قبل القضاء ، علم أم لا " . المرغيناني ، **الهداية** ، ج٣ ص٣١ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص١٦١ . العيني ، **البناية** ، ج١١ ص٣٧٥ . الميداني ، **اللباب** ، ج٢ ص٦١

[٢] – الأمير ، **الإكليل** ، ص٣٥٣ ، قال : " تسقط إذا حصته " اهـ . الجمل ، **حاشية الجمل** ، ج٥ ص٤٦٥ ، قال : " لو باع حصته يبطل حقه " اهـ . الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٣ ص٦٤٢ . الأبي ، **جواهر الإكليل** ، ج٤ ص٢٤٠ . الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٧١ .

[٣] – البغوي ، **التهذيب** ، ج٤ ص٣٥٦ ، قال : " لو باع الشفيع حصته من العقار أو رهنه بعد العلم بثبوت الشفعه له بطلت شفعته " اهـ . الغزالي ، **الوسيط** ، ج٤ ص٩٨ . الرافعي ، **العزيز** ، ج٥ ص٥٣ . الرملي ، **نهاية المحتاج** ، ج٥ ص٢١٨ . الشيرازي ، **المهذب** ، ج١ ص٢١٩ .

[٤] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٩ ، قال : " إذا باع عالما سقطت شفعته ، لأنه لم يبق له ملك يستحق به ، ولأن الشفعة ثبتت لإزالة الضرر الحاصل بالشركة عنه " اهـ . ابن فرحون ، **تبصرة الحكام** ، ص٤٧ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٧٩ ، قال : " لو باع بعد علمه تسقط ، وهو الصحيح لا خلاف فيه أعلمه " .

[٥] – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٣٩٨ ، قال : " إذا باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة سقطت شفعته " اهـ . المحقق الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣٣ .

[٦] – اطفيش ، **شرح النيل** ، ج١١ ص٤٤٦ ، قال : " وإن تركها الشفيع حتى باع ما به يشفع فاتته على المختار " اهـ . الشماخي ، **الإيضاح** ، ج٨ ص٥٣ .

[٧] – الشيخ نظام ، **الفتاوى الهندية** ، ج٥ ص٢٤٣ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٩ .

[٨] – الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٣ ص٦٤٢ . ابن قدامة ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الحالة الثانية : إذا كان عالما ببيع شريكه وقام ببيع بعض نصيبه .

اختلف الفقهاء على قولين :

القول الأول : سقوط حق الشفعة إذا كان عالما ببيع شريكه وقام ببيع بعض نصيبه .

هو قول عند الحنفية [١] وقول عند المالكية [٢] وقول الشافعية في أظهر القولين [٣]، والحنابلة في وجه عندهم [٤] والإمامية [٥] والإباضية [٦].

والدليل على ذلك :

١. إنه استحق الشفعة بجميع نصيبه ، فإذا بعضه سقطت جميعا ؛ لأن الشفعة لا تتبعض [٧].

٢. إنه إنما باع بعض نصيبه راغبا في البيع ، والشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشريك [٨].

٣. لأن الحكمة من مشروعية الشفعة هي جمع أشتات العقار في ملك مالك واحد ، وبيع الشفيع لبعض نصيبه يخالف حكمة مشروعية الشفعة [٩].

---

[١] – العيني ، **البناية** ، ج٥ ص٢٤٣ .

[٢] – الأمير ، **الإكليل** ، ص٣٥٣ . الجمل ، **حاشية الجمل** ، ج٥ ص٤٦٥ قال : " لو باع حصته أو باع بعضها بطل حقه لتقصيره " اهـ .

[٣] – الرافعي ، **العزيز** ، ج٥ ص٥٣ . الرملي ، **نهاية المحتاج** ، ج٥ ص٢١٨ ، قال : " فإن باع بعضها عالما فالأظهر أنها تبطل ، لأنه إنما يستحقها بجميع نصيبه ، فإذا باع بعضه بطل بقدره ، وإذا بطل البعض بطل الكل كما لو عفى عن بعض الشقص المشفوع " اهـ .

[٤] – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٧٩ ، قال : " لو باع بعضه عالما فوجهان : أحدهما تبطل الشفعة " اهـ

[٥] – المحقق الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣٣ .

[٦] – ابن بركة ، **الجامع** ، ج٢ ص٤٤٥ .

[٧] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٦ .

[٨] – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص٣٥٦ .

[٩] – الدرعان ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : عدم سقوط شفعته إذا كان عالما ببيع شريكه وقام ببيع بعض نصيبه .

وذهب إلى هذا القول الحنيفة [١] ، والظاهرية [٢]، وهو قول عند المالكية [٣]، ووجه عند الشافعية [٤]، وأحد الوجهين عند الحنابلة [٥].

والدليل على ذلك :

١. إنه بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد ، فكذلك إذا بقي [٦].

٢. إن الشفعة تثبت للشفيع بسبب ملكه سواء قليلا أم كثيرا [٧].

---

(١) – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٢٤ .

(٢) – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٦ .

(٣) – الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٧١ قال: " فلو باع بعض حصته فهو باق على شفعته ، واختلف هل له الشفعة بقدر ما بقي وهو كالصريح في المدونة والكامل واختاره اللخمي " اهـ .

(٤) – الرافعي ، **العزيز** ، ج٥ ص٥٣ ، قال: " ولو باع بعضه عالما وجهان ، أحدهما لا تبطل " اهـ . الرملي ، **نهاية المحتاج** ، ج٥ ص٢١٨.

(٥) – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٧٩ ، قال : " لو باع بعضه عالما ، وجهان الثاني لا تسقط ؛ لأنه قد بقي من ملكه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد فكذلك بعضه " اهـ .

(٦) – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٥٩ .

(٧) – ابن قدامة ، المصدر السابق . المرداوي ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الحالة الثالثة : أن يكون جاهلا ببيع شريكه وقام ببيع جميع حصته .

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : سقوط حقه في الشفعة إذا كان جاهلا ببيع شريكه وقام ببيع جميع حصته .

وذهب إلى هذا القول الحنفية [١] ، وأحد قولي المالكية [٢] وأصح الوجهين عند الشافعية [٣] ووجه عند الحنابلة [٤].

والدليل على ذلك :

١. إن العين المشفوع فيها هي المقصودة بالشفعة ، وقد زالت عن ملك الشفيع فلا حق له في الشفعة [٥].

٢. إن سبب الشفعة وهو الشركة في العقار ، وقد زال بوقوع البيع ، فيبطل حقه في الأخذ بها بسقوط السبب فيستوي في ذلك الجهل به والعلم [٦].

٣. إن الحكمة من الشفعة إزالة الضرر عن الشريك بجميع الأنصاب وقد انتفى ببيعه لنصيبه وزوال ملكه عنه [٧].

---

(١) – ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج٧ ص٢٩١ . قال : " يبطلها بيع ما يشفع به قبل القضاء علم ببيعها أو لا " اهـ ، أي جاهلا ببيع شريكه . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص١٦١ . العيني ، **البناية** ، ج١١ ص٣٧٥

(٢) – الجمل ، **حاشية الجمل** ، ج٥ ص٤٦٥ ، قال : " لو باع حصته ولو جاهلا بالشفعة أو باع بعضها سقطت شفعته " اهـ .

(٣) – البغوي ، **التهذيب** ، ج٤ ص٣٥٦ . الغزالي ، **الوسيط** ، ج٤ ص١٠١ ، قال: " ولو باع وكان جاهلا فقولان أحدهما تبطل " اهـ . الشيرازي ، **المهذب** ، ج١ ص٢١٩ .

(٤) – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٧٩ ، قال : " إذا باع قبل العلم [جاهلا] ببيع شريكه لم تسقط في أحد الوجهين وهو المذهب ، والثاني تسقط " اهـ .

(٥) – المطيعي ، **تكملة المجموع** ، ج١٥ ص٧٩ .

(٦) – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٢٤ .

(٧) – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص٣٥٥ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : ثبوت حق الشفعة إذا كان جاهلا ببيع شريكه وقام ببيع جميع حصته .

وذهب إلى هذا القول : الظاهرية [١] والمذهب عند الحنابلة [٢] وقول عند المالكية [٣] ووجه عند الشافعية [٤].

والدليل على ذلك :

١. إن البائع وقت البيع كان شريكا للبائع الأول [٥].

٢. إن حق الشفعة ثبت له ولم يوجد منه ما يدل على إسقاطه ، لأن الأصل بقاء الحق المستحق إلى أن يظهر منه ما يدل على إسقاطه [٦].

---

(١) – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٩٦ .

(٢) – الإنصاف ، **المرداوي** ، ج٦ ص٢٧٩ ، قال : " إذا باع قبل العلم لم تسقط شفعته في أحد الوجهين وهو المذهب " اهـ .

(٣) – الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٧١ . ابن فرحون ، **تبصرة الحكام** ، ص٤٧ .

(٤) – الغزالي ، **الوسيط** ، ج٤ ص ٩٨ ، قال: " ولو باع وكان جاهلا فقولان : أحدهما : لا تبطل " اهـ . البغوي ، **التهذيب** ، ج٤ ص٣٥٦ . الشيرازي ، **المهذب** ، ج١ ص٢١٩ .

(٥) – الرملي ، **نهاية المحتاج** ، ج٥ ص٢١٨ .

(٦) – الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٣ ص٦٤٢ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الحالة الرابعة : إذا كان جاهلا ببيع شريكه وباع بعض نصيبه ، فإنه على قياس أقـوال العلمـاء في بيع كل نصيبه لا تسقط الشفعة [١].

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

---

[١] – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص٣٥٧ .

المبحث الثالث : سقوط الشفعة في الشقق والطوابق

للفقهاء في الشفعة في الطوابق قولان :

القول الأول : سقوط الشفعة في الطوابق .

وذهب إلى هذا القول المالكية [١] والأصح عند الشافعية [٢] والحنابلة [٣] والزيدية [٤].

والدليل على ذلك :

١. إن الطوابق لا أرض لها ، وما ليس له أرض فلا قرار له فهو كالمنقول [٥].

وقد أجيب عنه في البدائع : " وتجب بالاستحسان ، ووجه الاستحسان أن العلو في معنى العقار ؛ لأن حق البناء على السفل حق لازم لا يحتمل البطلان ، فأشبه العقار الذي لا يحتمل الهلاك ، فكان ملحقا بالعقار ، فيعطى حكمه " [٦].

٢. إن الطوابق تأخذ حكم الجوار ولا شفعة بسبب الجوار [٧].

---

[١] – مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ص٢١٨٤ ، قال : " قلت : أرأيت إن بعت عوالي لي وتحته سفل لغيري أو بعت سفلي وعليه عوالي لغيري ، أتكون لبعضهم الشفعة فيما باع لصاحبه في قول مالك ، قال : لا شفعة لهم " . ابن عبد البر ، **الكافي** ، ص٨٥٦ ، قال : " فلا شفعة لصاحب علو على سفل ، ولا لصاحب سفل على علو " اهـ . الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٦٧ . الأبي ، **جواهر الإكليل** ، ج٢ ص٢٣٨ . الجمل ، **حاشية الجمل** ، ج٥ ص٤٤٨ . البجيرمي ، **حاشية البجيرمي** ، ج٣ ص١٤٩ .

[٢] – الغزالي ، **الوسيط** ، ج٤ ص٧١ . الشيرازي ، **المهذب** ، ج١ ص٢١٢ ، قال : " وإن كان السقف للشركاء في العلو ففيه وجهان : أحدهما لا تثبت فيه الشفعة ؛ لأنه يتبع أرضا " اهـ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ص٣٨٣ . القليوبي ، **حاشية القليوبي وعميرة** ، ج ص٦٥ . ابن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج ، ج ص٤٠٩ . الرافعي ، العزيز ، ج٥ ص٤٨٥ .

[٣] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٤١ . الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٦٥ . الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١١٠ ، قال : " فلا شفعة في العلو ولا شفعة أيضا في السقف ، لأنه لا أرض له " اهـ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج ٦ ص٢٤٣ .

[٤] – العنسي ، **التاج المذهب** ، ج٣ ص٩ .

[٥] – الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ص٣٨٣ .

[٦] – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٠٩ .

[٧] – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص١٠٣ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : ثبوت حق الشفعة في الطوابق والشقق .

وذهب إلى هذا القول الحنفية [١] وهو وجه عند الشافعية [٢] ووجه عند الحنابلة [٣].

قالوا : إذا كان السفل لشخص والعلو لآخر يعتبر كل منهما جارا ملاصقا [٤].

---

[١] – السرخي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٥٧ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٠٩ . داماد ، **ملتقى الأبحر** ، ج٢ ص١٤٣ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص٦٤٣ . الشيخ نظام ، **الفتاوى الهندية** ، ج٥ ص٢٠٨ . العيني ، **البناية** ، ج١١ ص٣٥٠ ، قال : " وقال أبو يوسف : إن وجوب الشفعة في السفل والعلو استحسانا " اهـ . السمناني ، **روضة القضاة** ، ج١ ص٨٢٣ ، قال : " وتجب الشفعة في العلو الذي لا سفل معه وفي السفل الذي لا علو معه وفيها جميعا ؛ لأن حق الاستقرار قائم في ذلك لمالكه " اهـ . حيدر ، **درر الحكام** ، ج٤ ص٦٨١ ، قال : " إذا كان الطابق العلوي من البناء ملك أحد والسفلي ملك آخر ، يعد أحدهما للآخر جارا ملاصقا " اهـ .

[٢] – الشيرازي ، **المهذب** ، ج١ ص٢١٢ ، قال : " وإن كان السقف للشركاء في العلو ففيه وجهان : الثاني : تثبت ؛ لأن السقف أرض لصاحب العلو يسكنه ويأوي إليه فهو كالأرض " اهـ . الغزالي ، **الوسيط** ، ج٤ ص٧١ . الرافعي ، **العزيز** ، ج٥ ص٤٨٥ .

[٣] – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٤٣ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٤١ ، قال : " وقد يحتمل ثبوت الشفعة ؛ لأن له قرار فهو كالسفل " اهـ .

[٤] – حيدر ، **درر الحكام** ، ج٤ ص٦٨١ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الراجح :

عندما يتحدث الفقهاء عن الطوابق في السابق يعبرون بقولهم : سفل وعلو وهذا يشعر بأن الطوابق كانت متواضعة ولا تزيد على بضعة طوابق ، وقد تكون في سفح جبل ولكل طابق طريق مستقل .

وفي هذا العصر أصبحت المباني شاهقة تتكون من طوابق متعددة قد تصل إلى المائة أحيانا ، وتكثر الشقق في الطابق الواحد ، وهي تشترك في الخدمات من مصاعد ودرجات وماء وكهرباء ووسائل اتصالات ومرافق أخرى ، لابد من تعاون جميع الملاك ، وقد وضع في القوانين الحديثة قوانين خاصة تعالج الأمور المتعلقة بالشقق .

وبما أن الشفعة تقوم أصلا على دفع الضرر المتوقع بسبب الشريك الحادث ، فان الضرر متحقق في الشقق والطوابق ، ولهذا يترجح عندي القول بثبوت الشفعة في الطوابق والشقق ، والله أعلم .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الثالث

سقوط الشفعة فيما يتعلق بعقد البيع

المبحث الأول : سقوط الشفعة فيما بيع بغير عوض .

المبحث الثاني : سقوط الشفعة إذا كان البيع بعوض غير مالي.

المبحث الثالث : سقوط الشفعة في البيع الفاسد وبيع المريض .

المبحث الرابع : سقوط الشفعة في زمن خيار الشرط .

المبحث الخامس : سقوط الشفعة إذا أسقط البائع الثمن .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الأول : سقوط الشفعة فيما بيع بغير عوض

إذا تم العقد وانتقلت العين إلى مالك جديد بغير عوض كالهبة [١] بغير عوض ، أو الصدقة ، أو الوصية [٢]، اختلف الفقهاء على قولين :

القول الأول : سقوط الشفعة .

وذهب إلى هذا القول الحنفية [٣] والمشهور عند المالكية [٤] والشافعية [٥] والحنابلة [٦] والظاهرية [٧] والإباضية [٨] والإمامية [٩] ، والقانون المدني الأردني [١٠].

والدليل على ذلك : إنه ملكه بغير بدل فلم تثبت فيه الشفعة كما لو ملكه بالإرث [١١].

---

[١] – أما الهبة بشرط العوض فهي كالبيع ؛ الشيخ نظام ، **الفتاوى الهندية** ، ج٥ ص٢٢٦ . قال : " والهبة المقصودة هي الصحيحة أما الهبة الفاسدة فلا تثبت فيها الشفعة " اهـ .

[٢] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٤٤ . قال : " أما المنتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والإرث ، فلا شفعة فيه في قول عامة أهل العلم " اهـ . الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٣ ص٦٣٠ .

[٣] – حيدر ، **درر الحكام** ، ج٤ ص٦٩٤ . داماد ، **مجمع الأنهر** ، ج٢ ص٤٨٠ . ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج٧ ص٢٩٣ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص١٥٧ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١١٢ . المرغيناني ، **الهداية** ، ج٣ ص٣٥ . العيني ، **البناية** ، ج١١ ص ٣٥٣ . القدوري ، **مختصر القدوري** ، ص١٠٦ .

[٤] – ابن عبد البر ، **الكافي** ، ص٨٥٦ . الباجي ، **المنتقى** ، ج٢ ص١٩٠. مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ص٢١٧١. التسولي ، **البهجة** ، ج٢ ص١٩٥ . الأمير ، **جواهر الإكليل** ، ج٢ ص٢٤٠ . الخرشي ، **شرح الخرشي** ، ج٦ ص١٦٤ . ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ص٣١٣ . الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٣ ص٦٣٠

[٥] – البجيرمي ، **حاشية البجيرمي** ، ج٣ ص١٤٦ . الهيتمي ، **تحفة المحتاج** ، ج٢ ص٤١٠ . الرافعي ، **العزيز** ج٥ ص٤٩٧ . قليوبي وعميرة ، **حاشيتا قليوبي وعميرة** ، ج٣ ص٦٦ . الأسيوطي ، **جواهر العقود** ، ج٢ ص٢٣٤ .

[٦] – الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٦٤ . البهوتي ، **الروض المربع** ، ج١ ص٢٢٦ . الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١٠٤ . ابن فرحون ، **تبصرة الحكام** ، ص٥٢ .

[٧] – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٨٨ .

[٨] – الكندي ، **المصنف** ، ج٢٧ ص١٤٦ .

[٩] – الحلي ، **شرائع الإسلام** ، ج٣ ص٢٣٠ . النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٢٦٦ .

[١٠] – المادة ١١٥٩ ، ونصها : لا شفعة في ما ملك بهبة بلا عوض مشروط فيها أو صدقة أو إرث أو وصية

[١١] – الشيرازي ، **المهذب** ، ج١ ص٢١٤ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : ثبوت الشفعة فيما بيع بغير عوض .

وذهب إلى هذا القول ابن أبي ليلى [١]، ورواية عن الإمام مالك [٢].

والدليل على ذلك :

١. إنه انتقال ملك حال الحياة ، فلم يمنع الشفعة كالهبة للثواب [٣].

٢. لأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر الشركة ، وهذا موجود في الشركة كيفما كان ، والضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر المشتري [٤].

---

(١) – ابن قدامة ، **المغني** ، ج ٧ ص٤٤٤ .

(٢) – الباجي ، **المنتقى** ، ج٨ ص١٩٠ . الأسيوطي ، **جواهر العقود** ، ج٢ ص٢٣٤ . ابن قدامة ، المصدر السابق ، قال : " وحكي عن مالك رواية أخرى في المنتقل بهبة أو صدقة أن فيه الشفعة " اهـ .

(٣) – الباجي ، المصدر السابق .

(٤) – ابن قدامة ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثاني : سقوط الشفعة فيما بيع بعوض غير مالي

إذا انتقلت العين بعوض غير مالي كالمهر أو الخلع ، أو الصلح عن قود في قتل عمد أو ما شابه ذلك ، فقد اختلف الفقهاء في الشفعة فيما بيع بعوض غير مالي على قولين :

القول الأول : سقوط الشفعة فيما بيع بعوض غير مالي .

وذهب إلى هذا القول الحنفية [١]، والحنابلة في المشهور عندهم [٢]، وقال به الحسن والشعبي وأبو ثور[٣]، والظاهرية [٤].

والدليل على ذلك :

١٠ إن هذه الأعواض ليست بأموال ، والشفعة فيها بخلاف المشروع ، وهنا معاوضة المال بالمنفعة [٥].

٢٠ إنه يمتنع على الشفيع أن يأخذ الشقص بقدر مهر المثل ، لعدم إمكانية ذلك ، ولتفاوت المسمى [٦].

---

(١) – السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٧١ ، قال : " إن المهور لا تستحق بالشفعة " اهـ . الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١١١ . الميداني ، **اللباب** ، ج٢ ص٥٨ قال : " ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو الدار التي يخالع المرأة بها أو يستأجر بها دارا أو غيرها " اهـ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص١٥٧ ، قال : " ولا تجب الشفعة في دار جعلت مهرا أو أجرة بدل خلع أو بدل صلح عن دم عمد أو عوض عتق " اهـ. السمناني ، **روضة القضاة** ، ج١ ص٨٢٢ . القدوري ، **مختصر القدوري** ، ص١٠٦ . المرغيناني ، **الهداية** ، ج٣ ص٣٥ . حيدر ، **درر الحكام** ، ج٤ ص٦٩٥ . داماد ، **مجمع الأنهر** ، ج٢ ص٤٨ . ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج٧ ص٢٩٣ .

(٢) – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٤٤ ص٤٦٧ . الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٦٤ . البهوتي ، **الروض المربع** ، ج١ ص٢٢٦ ، قال : " فإن انتقل نصيب الشريك إذا كان عوضه غير مالي بأن جعل صداقا أو خلعا أو صلحا عن دم عمد فلا شفعة " اهـ . الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١٠١ . ابن فرحون ، **تبصرة الحكام** ، ص٥٢ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٣٧ .

(٣) – ابن قدامة ، المصدر السابق .

(٤) – ابن حزم ، **المحلى** ، ج٩ ص٨٨ .

(٥) – الميرغيناني ، **الهداية** ، ج٥ ص٣٥ .

(٦) – ابن قدامة ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : ثبوت الشفعة فيما بيع بعوض غير مالي .

وذهب إلى هذا القول المالكية [١] والشافعية [٢] وهو الوجه الثاني عند الحنابلة [٣] وابن أبي ليلى [٤].

والدليل على ذلك :

إن تملك الشقص بعقد معاوضة فيثبت فيه الشفعة قياسا على البيع بجامع المعاوضة مع لحوق الضرر [٥].

---

[١] – الباجي ، **المنتقى** ، ج٨ ص١٩٣ ، قال : " وأما ما كان لغير مال كدم العمد فللشفيع الأخذ بالشفعة بقيمة الشقص ؛ لأنه ليس له عوض مالي " اهـ . ابن عبد البر ، **الكافي** ، ص٨٥٧ .

[٢] – الشيرازي ، **المهذب** ، ج١ ص٢١٤ .

[٣] – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٣٧ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص ٤٤٤ ، قال : " قال ابن حامد : تجب فيه الشفعة " اهـ .

[٤] – ابن قدامة ، المصدر السابق .

[٥] – الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ص٣٨٥ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثالث : الشفعة في البيع الفاسد وبيع المريض

المطلب الأول : الشفعة في البيع الفاسد .

قال ابن رشد في بداية المجتهد : " اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفد بإحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان فإن حكمها الرد " [١]، وإذا وقع البيع وتصرف المشتري بالمبيع فقد اختلف العلماء على قولين :

القول الأول : سقوط الشفعة في البيع الفاسد .

وذهب إلى هذا القول الشافعية [٢] والحنابلة [٣] والاباضية [٤] وأبو يوسف ومحمد من الحنفية [٥] .

والدليل على ذلك :

إن تصرف المشتري في البيع إذا كان بعقد فاسد لا يقطع تملك البائع للمبيع ، حتى وإن تصرف المشتري بأي نوع من أنواع التصرف [٦].

القول الثاني : ثبوت الشفعة في البيع الفاسد .

وذهب إلى هذا القول الحنفية [٧] والمالكية [٨] والزيدية [٩].

والدليل على ذلك :

بأن تصرف المشتري يقطع تملك البائع للعين ، وإذا انقطع تملكه لها وزال حقه ثبتت الشفعة [١٠].

---

[١] – ابن رشد ، **بداية المجتهد** ، ج٢ ص٣٣ .

[٢] – الدردير ، **الشرح الصغير** ، ج٣ ص٦٤٠ ، قال : " ولا شفعة في بيع فاسد لأنه منحل " اهـ .

[٣] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٤٩

[٤] – الكندي ، **المصنف** ، ج٢٧ ص١٤٥ ، قال: " لا شفعة فيه [أي البيع الفاسد] حتى يصح البيع " اهـ .

[٥] – الكاساني ، **البدائع** ، ج٦ ص١١٩ .

[٦] – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص٢٤٩ .

[٧] – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١١٩ .

[٨] – مالك ، **المدونة الكبرى** ، ج٦ ص٢١٧٤ ، قال : " قال مالك : يفسخ البيع الفاسد ، ثم قال : أرى أن للشفيع أن يأخذها بما لزم المشتري من القيمة يوم قبضها لأنها قد صارت بيعا " اهـ . وقال في جواهر الإكليل : " ولا شفعة في شقص عقار مبيع ببيع فسد لعدم شرط أو وجود مانع ؛ لأنه لم ينتقل ملكه لمشتريه " اهـ . الأبي ، **جواهر الإكليل** ، ج٢ ص٢٤٠ .

[٩] – العنسي ، **التاج المذهب** ، ج٣ ص٩ .

[١٠] – حيدر ، **درر الحكام** ، ج٤ ص٧٠٣ . الكاساني ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المطلب الثاني : سقوط الشفعة في بيع المريض .

الحديث عن الشفعة في بيع المريض يرتكز على اختلاف الفقهاء في حكم بيع المريض فمن أجاز البيع أجاز الشفعة فيه ومن منع بيع المريض أسقط الشفعة فيه [١].

قال صاحب كتاب العزيز: " إذا باع في مرض موته شقصا وحابى فلا يخلو إما أن يكون المشتري والشفيع أجنبيين أو وارثين أو المشتري وارثا والشفيع أجنبيا أو العكس " [٢].

فيكون لدينا أربع حالات :

الحالة الأولى : إذا كان المشتري والشفيع أجنبيين ، في هذه الحالة يصح البيع ، ويثبت للشفيع حق الأخذ بالشفعة إذا توافرت شروطها فيأخذ حسب العقد [٣].

الحالة الثانية : إذا كان المشتري والشفيع وارثين ، وفي هذه الحالة يستويان في حق الشفعة

الحالة الثالثة : إذا كان المشتري وارثا والشفيع أجنبيا ، للفقهاء في هذه الحالة قولان :

القول الأول : سقوط الشفعة عند أبي حنيفة ، لأنه قال بفساد البيع [٤].

القول الثاني : ثبوت الشفعة ، وذهب إلى هذا محمد بن الحسن وأبو يوسف من الحنفية ، قالوا : يجوز البيع ، ولكن يدفع المشتري قدر المحاباة ليصل الثمن إلى مثل القيمة [٥]، والشافعية [٦] والحنابلة [٧] والمالكية [٨] أيضا قالوا : " يبطل البيع في قدر المحاباة من البيع ، لأنه بمنزلة الوصية ، والوصية لوارث غير جائزة [٩]، ثم يأخذ بالشفعة " [١٠]، وهو قول الإمامية [١١].

---

(١) – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ج٤ ص٢٥٨ – ٢٥٩ ، بتصرف .

(٢) – الرافعي ، **العزيز** ، ج٥ ص٥٠٠ .

(٣) – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٤٨ .

(٤) – ابن قدامة ، المصدر السابق ، قال : " قال أبو حنيفة : لا يصح بيع المريض مرض الموت لوارثه ؛ لأنه محجور عليه في حقه ، فلم يصح البيع كالصبي " اهـ .

(٥) – السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٧٧ .

(٦) – العزيز ، **الرافعي** ، ج٥ ص٤٩٧ .

(٧) – الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٧٦ .

(٨) – الباجي ، **المنتقى** ، ج٨ ص١٩٧ .

(٩) – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٤٩ .

(١٠) – ابن قدامة ، المصدر السابق .

(١١) – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٤٠١ ، قال : " فإن خرجت المحاباة من الثلث صح بلا خلاف وكان للشريك أخذه بالشفعة " اهـ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الحالة الرابعة : إذا كان المشتري أجنبيا والشفيع وارثا .

للفقهاء في هذه الحالة قولان :

القول الأول : سقوط الشفعة إذا كان المشتري أجنبيا والشفيع وارثا .

وذهب إلى هذا القول أبو حنيفة [١]، وهو وجه عند الشافعية [٢]، وقول عند الحنابلة [٣].

والدليل على ذلك :

منع الشافع الوريث الأخذ بالشفعة لسد باب الذريعة على البائع وإن لم يقصد المحاباة للوارث [٤].

القول الثاني : ثبوت الشفعة للوارث إذا كان المشتري أجنبيا والشفيع وارثا .

وذهب إلى هذا القول الشافعية في أصح الوجهين [٥]، والحنابلة في أحد الوجهين [٦]، ومحمد ابن الحسن وأبو يوسف من الحنفية [٧].

والدليل على ذلك :

إن الشفعة لم تكن مقصودة للوارث [٨].

---

[١] – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١١٩ – ١٢٠ . السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٧٧ .

[٢] – العزيز ، **الرافعي** ، ج٥ ص٥٠٠ .

[٣] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٤٨ .

[٤] – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص٢٦٣ ، نقلا عن أعلام الموقعين .

[٥] – النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٤ ص٦٦ .

[٦] – الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٧٦ . الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١٤٢ .

[٧] – السرخسي ، المصدر السابق . الكاساني ، المصدر السابق ، ص١٢٠ ، قال : " وعندهما تجب الشفعة للوارث ؛ لأن العقد جائز " اهـ .

[٨] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٤٤ . الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص٢٦٤ . العزيز ، **الرافعي** ، ج٥ ص٤٩٧ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الرابع : سقوط الشفعة في زمن خيار الشرط .

" لا تجري الشفعة إذا كان شرط الخيار للبائع وحده أو البائع والمشتري معا " [١]، " لأن العين مازالت مملوكة للبائع وشرط الشفعة زوال ملك البائع عن المبيع " [٢].

أما إذا كان شرط الخيار للمشتري وحده ، اختلف الفقهاء في الشفعة زمن خيار الشرط على قولين :

القول الأول : سقوط الشفعة في زمن خيار الشرط .

وذهب إلى هذا القول المالكية [٣] ، والزيدية [٤] ، وجماهير الحنابلة [٥] ، وهو قول عند الشافعية [٦].

والدليل على ذلك :

إن الأخذ بالشفعة إسقاط حق البائع من الفسخ ، وإلزام البيع في حقه بغير رضاه [٧].

---

(١) – حيدر ، **درر الحكام** ، ج٤ ص٦٧٣ .

(٢) – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١١٨ .

(٣) – الباجي ، **المنتقى** ، ج٨ ص٢١٣ . المغراوي ، **الترتيب الفقهي** ، ج١٢ ص٨٥٧ . الأبي ، **جواهر الإكليل** ، ج٢ ص٢٤٠ .

(٤) – السياغي ، **التاج المذهب** ، ج٣ ص١٠ .

(٥) – الإنصاف ، **المرداوي** ، ج٦ ص٢٩١ . قال : " ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضاءه وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب " اهـ . ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٤٧ . الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١٤٢ . البهوتي ، **الروض المربع** ، ج١ ص٢٢٨ . الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٤٦ .

(٦) – الشيرازي ، **المهذب** ، ج١ ص٢٢٢ . الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ ص٣٨٥ .

(٧) – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٤٤ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : ثبوت الشفعة في زمن خيار الشرط .

وذهب إلى هذا القول : الحنفية [١] وهو الصحيح عند الشافعية [٢] وهو احتمال عند الحنابلة [٣]، وبه قال الإباضية [٤] والإمامية [٥].

والدليل على ذلك :

إن خيار المشتري لا يمنع زوال ملك البائع [٦].

---

(١) – حيدر ، **درر الحكام** ، ج٤ ص٦٧٣ . السرخسي ، **المبسوط** ، ج١٣ ص١٦٩ . الخصاف ، **شرح أدب القاضي** ، ص٤٨٠ . الميداني ، **اللباب** ، ص٥٨ .

(٢) – الشيرازي ، **المهذب** ، ج١ ص٢٢٢ .

(٣) – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٩١ ، قال : " ويحتمل أن تجب مطلقا ، وهو تخريج أبو الخطاب ، يعني إذا قلنا بانتقال الملك " اهـ .

(٤) – الكندي ، **المصنف** ، ج٢٧ ص١٥٢ .

(٥) – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٤٠٧ .

(٦) – الخصاف ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الخامس : سقوط الشفعة إذا حط البائع جزء من الثمن

إذا تم الاتـــفاق على الثمن في العقد بين البائع والمشتري ، ثم قام البائع بإسقاط جـــزء مـــن الثمن ، فهل يسقط ذلك في حق الشفيع ؟

للفقهاء قولان :

القول الأول : يسري الإسقاط من الثمن في حق الشفيع كذلك ، فيأخذ بالثمن الجديد بعد تـــنزيل جزء من الثمن .

وذهب إلى هذا القول الحنفية [١] والمالكية [٢].

والدليل على ذلك :

إن ما تم حطـــه من الثمن يلحق بأصل العقد ، فالحط من الثمن في حق المشتري يكون فـــي حق الشفيع [٣].

القول الثاني : لا يسري الإسقاط بحق الشفيع .

وذهب إلى هذا القول : الشافعية [٤] والحنابلة [٥].

والدليل على ذلك :

إنه يأخذ بالثمن المسمى في العقد بين البائع والمشتري ، كالزيادة في الثمـــن بعـــد اســـتقرار البيع [٦].

---

[١] – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٥٢ .

[٢] – الحطاب ، **مواهب الجليل** ، ج٧ ص٤٠٠ ، قال : " إن أشبه أن يكون ما يحط من ثمن الشقص عند النـــاس وضع ذلك عن الشفيع ، وإن كان لا يحط مثله فهي هبة ولا يحط عن الشفيع شيئا " اهـــ .

[٣] – الكاساني ، المصدر السابق .

[٤] – النووي ، **روضة الطالبين** ، ج٥ ص١٧٣ .

[٥] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٨١ ، قال : " إن ذلك يعتبر بعد استقراء العقد ، فلم يثبت في حق الشـــفيع كالزيادة " اهـــ .

[٦] – ابن قدامة ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الفصل الرابع

الحيل المسقطة للشفعة

المبحث الأول : الحيل لغة واصطلاحا

الحيل لغة :

الحيل بكسر الحاء وفتح الياء جمع حيلة ، والحيلة، والحولة، والحويل والمحالة والاحتيال والتحول والتحيل هي : الحذق ، وجودة النظر والقدرة على دقة التصرف [١] ، وتجمع على حيلات ، وأصلها من الحول : فالحاء والواو واللام أصل واحد [٢] .

وتطلق الحيل على عدة معان :-

٠١ تغير الحال ، يقال استحالت القوس أي انقلبت عن الحال التي غمزت عليها [٣] .

٠٢ جودة النظر والقدرة على التصرف : يقال رجل حولة من الحول أي داهية من الدواهي[٤] .

٠٣ " ما يتوصل به إلى ما فيه خفة ، وأكثر استعماله فيما تعاطيه خبث [٥] وقد تستعمل في ما في استعماله حكمة ؛ ولهذا قيل في وصف الله عز وجل ((وهو شديد المحال)) " [٦] ، الرعد ١٣ .

---

[١] – ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج٣ ص٣٩٩ . الفيروزأبادي ، **القاموس المحيط** ، ج٣ ص٣٦٣ . ابن فارس **معجم مقاييس اللغة** ، ج١ ص ٣٢٧ .

[٢] – ابن فارس ، المصدر السابق .

[٣] – ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج٣ ص٣٩٩ . الزمخشري ، **أساس البلاغة** ، ص١٤٩ ، دار صادر ، بيروت .

[٤] – ابن منظور ، المصدر السابق .

[٥] – الأصفهاني ، **المفردات في غريب القرآن** ، دار المعرفة ، بيروت ، ص١٣٨ .

[٦] – تيسير عمران علي عمر ، الحيل في الشريعة الاسلامية ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح ، نابلس ، ١٩٩٩م ، ص١٣ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

واصطلاحا :

تعددت تعاريف الفقهاء لتعريف الحيل ، وفي الغالب عند حديثهم عن الحيلة يأخذون بالمعنى اللغوي ، ثم يصفون الحيلة كل حسب موقفه منها .

١٠ فقد عرفها ابن قدامه في المغني : " أن يظهروا في البيع شيئا لا يؤخذ بالشفعة معه ، ويتواطؤن في الباطن على خلافه " [١] .

ووافقه على هذا التعريف الرحيباني في مطالب أولي النهى ، والحجاوي في الإقناع [٢].

٢٠ وقال الشاطبي من المالكية : " إن الحيل هي قلب الأحكام الثابتة شرعا إلى أحكام أخر بفعل صحيح في الظاهر ، لغو في الباطن ، كانت الأحكام من خطاب التكليف أو من خطاب الوضع " [٣].

٣٠ وعرفها ابن القيم فقال : " إنها نوع مخصوص من التصرف ، والعمل الذي يتحول فاعله من حال إلى حال ، ثم غلب عليها بالعرف استعمالها في سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه بحيث لا يفطن له إلا بنوع من الذكاء والفطنة " [٤] .

٤٠ وعرفها ابن حجر العسقلاني : بأنها " ما يتوصل به إلى المقصود بطريق خفي " [٥] ، وهذا تعريف لغوي أكثر منه اصطلاحي [٦].

---

[١] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٨٥ .

[٢] – الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١٠١ . الحجاوي ، **الإقناع** ، ج١ ص٣٦٣

[٣] – الشاطبي ، محمد ، **الموافقات** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج٢ ص٢٨٨ .

[٤] – ابن قيم الجوزية ، **إعلام الموقعين** ، ج٣ ص١٨٨ .

[٥] – ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج١٢ ص٣٢٦ .

[٦] – تيسير عمران علي ، الحيل في الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح ، ص١٧ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثاني : حكم الحيل المسقطة للشفعة

للعلماء ثلاثة [١] أقوال في حكم إسقاط الشفعة بالحيلة :

القول الأول : تحريم الاحتيال لإسقاط الشفعة .

وذهب إلى هذا القول الحنابلة [٢] وقال به بعض الشافعية [٣] بعد الوجوب .

والدليل على ذلك :

١ . من المنقول :

أ . " ذم الله سبحانه المخادعين له بقوله تعالى : ((يخادعون الله والذين ءامنوا وما يخدعون إلا أنفسهم وما يشعرون)) البقرة آية ٩ ، والحيلة خديعة ، ومسخ الله تعالى الذين اعتدوا يوم السبت قردة بحيلتهم ، فإنه روي أنهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ، فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك فيدعونها إلى ليلة الأحد فيأخذونها ، ويقولون ما اصطدنا يوم السبت " [٤].

ب . قال صلى الله عليه وسلم : " لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود ، فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل " [٥] .

٢ . **ومن المعقول :** إن الشفعة وضعت لدفع الضرر ، فلو أسقطها بالتحيل للحق الضرر [٦] .

---

[١] – ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج١٢ ص٣٢٦ ، قال : " وهي عند العلماء على أقسام بحسب الحامل عليها ، فإن توصل بها بطريق مباح إلى إبطال حق أو إثبات باطل فهي حرام أو إلى إثبات حق أو دفع باطل فهي واجبة أو مستحبة . وإن توصل بها بطريق مباح إلى سلامة من وقوع مكروه فهي مستحبة أو مباحة ، أو إلى ترك مندوب فهي مكروهة " اهـ . ابن القيم ، **إعلام الموقعين** ، ج٣ ص٢٤١ ، قال : " وإذا قسمت باعتبارها لغة انقسمت إلى الأحكام الخمسة ، فالحيلة حبس تحته التوصل إلى فعل الواجب وترك المحرم وتخليص الحق ، ونصر المظلوم وقهر الظالم " اهـ .

[٢] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٨٨ ، قال: " لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة ، وإن فعل لم تسقط " اهـ . الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١٠١ ، قال : " ويحرم الاحتيال ، ولا يجوز شيء من الحيل في إبطالها " اهـ . البهوتي ، **الروض المربع** ، ج١ ص٢٢٦ . الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص٣٦٣ . ابن قدامة ، **المقنع** ، ج٢ ص ٢٥٧ . المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٢٣٥ ، قال : " ولا يحل الاحتيال لإسقاطها بلا نزاع في المذهب " اهـ .

[٣] – البجيرمي ، **حاشية البجيرمي** ، ج٣ ص١٤٩ ، قال : " وهو مكروه قبل ثبوت الشفعة ، أما بعد ثبوتها فهو حرام " اهـ .

[٤] – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٨٧ ، باختصار .

[٥] – أخرجه ابن كثير من رواية أبي عبد الله بن بطة ، عن أبي هريرة ، وقال : " هذا إسناد جيد " اهـ ، ابن كثير ، إسماعيل بن عمر ، **تفسير ابن كثير** ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠١ هـ ، ج١ ص١٠٨ .

[٦] – ابن قدامة ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثاني : كراهية الاحتيال لإسقاط الشفعة .

وذهب إلى هذا القول جمهور الشافعية [١] وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية [٢] ، قال صاحب الهداية : " وأما بعد وجوبها فمكروهة بالإجماع " [٣] .

والدليل على ذلك :

٠١ إن شرع الحيلة يؤدي إلى سد باب الشفعة ، وفيه إبطال هذا الحق أصلا ورأسا [٤].

٠٢ إن الشفعة وجبت لدفع الضرر ، وهو واجب ، وإلحاق الضرر حرام ، فكانت مكروهة ضرورة [٥] .

---

[١] – الشربيني ، **مغني المحتاج** ، ج٢ص٣٨٩ ، قال : " وهي مكروة لما فيها من إبقاء الضرر ، لا في دفع شفعة الجار عند القائل بها " اهـ . البجيرمي ، **حاشية البجيرمي** ، ج٣ ص١٤٩ .

[٢] – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٧٢ ، قال : " وقال محمد : تكره " اهـ . الميرغيناني ، **الهداية** ، ج٣ ص ٣٩ . ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج٧ ص ٢٩٢ . داماد ، **مجمع الأنهر** ، ج٢ ص ٤٨٦ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص١٦٥ .

[٣] – الميرغناني ، المصدر السابق . داماد ، المصدر السابق .

[٤] – الكاساني ، المصدر السابق .

[٥] – ابن نجيم ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

القول الثالث : جواز الحيلة لإسقاط الشفعة .

وذهب إلى هذا القول الحنفية [١] والإمامية [٢] والزيدية [٣] .

والدليل على ذلك :

١ ٠ من المنقول :

أ ٠ قال الله تعالى : ((وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث)) سورة ص آية ٤٤ ، " وفي العرف إنما تكون متفرقة ، فأرشده الله تعالى إلى الحيلة في خروجه من اليمين " [٤].

ب ٠ وأخبر الله تعالى عن نبيه يوسف عليه السلام : أنه جعل الصواع في رحل أخيه ، قال تعالى : ((وكذلك كدنا ليوسف ما كان ليأخذ أخاه في دين الملك إلا أن يشاء الله)) سورة يوسف الآية ٧٦ [٥].

ج ٠ روى البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة وأبي سعيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، استعمل رجلا على خيبر فجاءهم بتمر جنيب ، فقال : " أكل تمر خيبر هكذا ؟ فقال : إنا لنأخذ الصاع من هذا بصاعين ، والصاعين بالثلاث . فقال : لا تفعل بع الجمع [٦] بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا " [٧] ، " وجه ذلك : أرشده إلى الحيلة على التخلص من الربا بتوسط العقد الآخر " [٨] .

---

[١] – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٧١ . ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص ١٦٥ . العيني ، **البناية** ، ج١١ ص٣٨٣ . ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج٧ ص٢٩٢ . القدوري ، **مختصر القدوري** ، ص١٠٨ . حيدر ، **درر الحكام** ، ج٤ ص٦٩٥ . المرغيناني ، **الهداية** ، ج٣ ص ٣٩ قال : " والمختار أن لا تكره في الشفعة " اهـ . داماد ، **مجمع الأنهر** ، ج٢ ص٤٨٦ ، قال : " ولا تكره الحيلة في إسقاطها أي الشفعة عند أبي يوسف ؛ لأنه يحتال لدفع الضرر عن نفسه ، والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مباح وإن تضرر الغير في ضمنه ، وهو رواية عن الإمام وبه يفتى قبل وجوبها ، والمختار أن لا تكره في الشفعة " اهـ .

[٢] – النجفي ، **جواهر الكلام** ، ج٣٧ ص٤٤١ ، قال : " والظاهر عدم الكراهة في ذلك للأصل فضلا عن الحرمة " اهـ . الكركي ، **جامع المقاصد** ، ج٦ ص٤٤٣ ، قال : " وتجوز الحيلة على الإسقاط " اهـ .

[٣] العنسي ، **التاج المذهب** ، ج٣ ص٢ ، قال : " وتجوز لإبطال الشفعة قبل البيع وبعده قبل الطلب " اهـ .

[٤] – ابن القيم ، **إعلام الموقعين** ، ج٣ ص١٩٤ .

[٥] – ابن القيم ، المصدر السابق .

[٦] – الجمع : التمر الرديء ، وفي رواية لمسلم أنه الخليط من التمر ، ومعناه المجموع من أنواع مختلفة . قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، ص١٥٠ .

[٧] – ابن القيم ، المصدر السابق . البخاري ، **صحيح البخاري** ، ج٢ ص٨٠٨ ، حديث رقم ٢١٨٠ . ومعنى جنيب الطيب ، قحطان الدوري ، المرجع السابق .

[٨] – ابن القيم ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٠٢ من المعقول :

قال محمد بن الحسن : " ما احتال به المسلم حتى يتخلص به من الحرام أو يتوصل بـــه إلـــى الحلال فلا بأس به ، أو ليدخل به شبهة في حق مكروه " [١] ، قال ابن حجر : " والمكروه عنـــده للحرام أقرب " [٢].

[١] – ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج١٢ ص٣٣١ .

[٢] – ابن حجر ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الثالث : التحايل بقصد إسقاط الشفعة

إذا ثبت البيع فقد ثبت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة ، وإذا ثبت الحق لمستحقه كره الاحتيال لإبطاله ، والكراهة هنا كراهة تحريم عند عامة الفقهاء [١] .

ونجد من المذاهب من حرم الحيل [٢] كالحنابلة الذين قالوا : وإذا احتال العبد على تحليل ما حرم الله وإسقاط ما فرض الله كان ساعيا في دين الله بالفساد [٣] ، وقالوا : لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة وإن فعل لم تسقط [٤] .

وجمهور من قال بالحيل فإنهم أجازوها لمنع ثبوت الشفعة ابتداء [٥] ، وإذا تم البيع وتوفر ما يسقط الشفعة كجهالة قدر الثمن من غير تحايل سقطت [٦] ، فإن اختلفا هل وقع شيء من هذه حيلة ؟ فالقول قول المشتري مع يمينه [٧] .

---

(١) – الدرعان ، **أحكام الشفعة** ، ص ٣٧٦ . ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج١٢ ص٣٣١ ، قال : " والمكروه عنده [أي محمد ابن الحسن] إلى الحرام أقرب " اهـ .

(٢) – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص٣٧٦ .

(٣) – ابن القيم ، **إعلام الموقعين** ، ج٣ ص١٨٠ .

(٤) – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٨٥ . الحجاوي ، **الإقناع** ، ج٢ ص ٣٦٣ . البهوتي ، **الروض المربع** ، ج١ ص ٢٢٦.

(٥) – ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج٢ ص٢٩٢ .

(٦) – الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١٠١

(٧) – ابن قدامة ، المصدر السابق .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الرابع : صور من التحايل لإسقاط الشفعة

صور التحايل لإسقاط الشفعة لا يمكن حصرها ، وقد مثّل بعض الفقهاء لبعض منها :

١ ٠ أن يبيع دارا إلا ذراعا منها في طول الحد الذي يلي دار الشفيع ، فالشفيع لا يستحق ، أما في الذراع فلانعدام الشرط وهو البيع ، وأما ما وراء ذلك فلانعدام السبب وهو الجوار[١] .

٢ ٠ أن يهب له من الأرض قدر ذراع من الجانب الذي يلي دار الشفيع ويسلمه إليه ثم يبيع هذه البقية بالثمن فلا شفعة للجار في الموهوب لانعدام البيع ولا في المبيع لانعدام سبب الوجوب وهو الجوار[٢] .

٣ ٠ أن يبيع الدار نصفين فيبيع الحائط بأصله أولا بثمن كثير ثم يبيع بقية الدار بثمن قليل فلا شفعة للشفيع شرعا لما وراء الحائط لانعدام السبب وهو الجوار ، ولا يأخذ الحائط عادة لكثرة الثمن [٣] .

٤ ٠ أن يبيع الدار في صفقتين فيبيع من الدار بنائها ومن الأرض أشجارها أولا بثمن قليل ، ثم يبيع الأرض بثمن كثير ، فلا شفعة للشفيع في البناء والشجر شرعا لانفرادهما بالصفقة ولا يأخذ الأرض بذلك الثمن عادة [٤] .

٥ ٠ أن يبيع الدار نصفين فيبيع عشرا بثمن كثير ، ثم يبيع البقية بثمن قليل [٥] .

٦ ٠ إذا علم بالبيع ولم يطلب فالحيلة في ذلك أن يقول لإنسان : أخبرني بالشراء ثم يقول الآن أخبرت فيكون صادقا ، وإن كان أخبر قبل ذلك [٦] .

٧ ٠ ومثّل الحنابلة [٧] للحيل بصور كثيرة منها أن :

أ ٠ يظهر أن الثمن مائة دينار ويكون المدفوع حقيقة عشرين فقط .

ب ٠ يشتري شقصا بألف يدفع منها مائة ويبرئه البائع من الباقي وهي تسعمائة .

ج ٠ يشتري جزء من الشقص بمائة ثم يهب له البائع باقيه .

---

(١) – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٧١ . الميداني ، **اللباب** ، ج٢ ص٦٤ . القدوري ، **مختصر القدوري** ، ص١٠٨ . ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، ج٧ ص ٢٩٢ . العيني ، **البناية** ، ج١١ ص٣٨٣ .

(٢) – الكاساني ، المصدر السابق .

(٣) – الكاساني ، المصدر السابق .

(٤) – الكاساني ، المصدر السابق .

(٥) – الكاساني ، المصدر السابق ، قال : " وهذا النوع من الحيل لا يصلح لأن الشفيع إذا كان شريكا له أن يأخذ نصف البقية بقليل الثمن أيضا " اهـ .

(٦) – ابن نجيم ، **البحر الرائق** ، ج٨ ص١٤٧ .

(٧) – المرداوي ، **الإنصاف** ، ج٦ ص ٢٣٥ . الرحيباني ، **مطالب أولي النهى** ، ج٤ ص١٠١ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث الخامس : إسقاط الشفعة في القانون المدني الأردني

لا يوجد نص صريح في القانون المدني الأردني يعالج إسقاط الشفعة حيلة وإنما ترك الأمر للاجتهاد القضائي الذي استقر على عدم سقوط الشفعة بأي حيلة قصد منها حرمان الشفيع من حقه فيها ، مثال ذلك التصرف الصوري بين البائع والمشتري ، ومستند ذلك المادة ١١٦٣ [١].

وقد أجاز القانون على سبيل الاستثناء [٢] الطعن في صورية الثمن لمنع التحايل على أحكام القانون المتعلقة بالشفعة ، ولا يتحقق ذلك إلا في حالة زيادة المبلغ عن حقيقته لحرمان الشفيع من حقه في طلب الشفعة [٣] .

ومن المبادئ القانونية لدى محكمة التمييز : أن البينة الشخصية مقبولة لإثبات مقدار الثمن الحقيقي الذي بيع به العقار المشفوع بأن الثمن المذكور في عقد البيع الرسمي قد زيد لتعجيز الطالب عن الأخذ بالشفعةِ [٤] .

---

[١] – نص المادة ١١٦٣ :

١٠ ترفع دعوى الشفعة على المشتري لدى المحكمة المختصة .

٢٠ وتفصل في كل نزاع يتعلق بالثمن الحقيقي للعقار المشفوع ولها أن تمهل الشفيع شهرا لدفع ما تطلب منه دفعه ، وإلا بطلت شفعته .

[٢] – العبيدي ، د ٠ علي هادي ، **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني** ، الطبعة الأولى ، نشر دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٠م ، ص١٨٣ .

[٣] – العبيدي ، المصدر السابق .

[٤] – قرار تمييز رقم ٦٥/٣٦٦ ، وقرار تمييز رقم ٦٣/٣٠٨ ، تركي حداد ، **المبادئ القانونية لمحكمة التمييز** ، نشر نقابة المحامين ، عمان ، ص١٣٤١ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المبحث السادس

مناقشة الحيل المسقطة للشفعة في الفقه الإسلامي والقانون الأردني

يتحدث الفقهاء عموما عن وجود نوع مشروع من الحيل ، إذ نجد أن الحنابلة [١] والمالكية [٢] قد أنكروا أشد الإنكار على من أجاز الحيل ومع ذلك فإنهم لا يقولون ببطلانها مطلقا ، وإنما يجيزونها إن كانت لا تهدم أصلا شرعيا ولا تناقض مصلحة شرعية [٣].

ومن أجاز الحيلة كالحنفية [٤] والشافعية [٥] ، أجازوها قبل ثبوت الحق ، فإذا ثبتت فيحرم الاحتيال عندهم وإنما أجازوها ليدفع المسلم الظلم عن نفسه أو لإثبات حقه [٦] .

وأما القانون فلم يرد فيه نص يتحدث عن التحايل لإسقاط الشفعة لذلك نجد أن القضاء الأردني قد اجتهد واستقر اجتهاده على إبطال التحايل إذا ثبت أن الثمن الذي في العقد زيد وقصد منه إعجاز الشفيع [٧] .

---

(١) – ابن قدامة ، **المغني** ، ج٧ ص٤٨٨ ، قال: " لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة ، وإن فعل لم تسقط " اهـ .

(٢) – ابن القيم ، **إعلام الموقعين** ، ج٣ ص٢٠٠ ، وفي عرضه رد المجيزين للحيل على مخالفيهم قال : " أما المالكية فهم أشد الناس إنكارا للحيل ، ولكن علقنا لهم برهون نطالبهم بفكاكها أو بموافقتهم لنا على ما أنكروه علينا ، فجوزوا التحيل على إسقاط الشفعة " اهـ .

(٣) – ابن القيم ، المصدر السابق ، ص١٨٠ ، بتصرف .

(٤) – الكاساني ، **بدائع الصنائع** ، ج٦ ص١٧١ .

(٥) – البجيرمي ، **حاشية البجيرمي** ، ج٣ ص١٤٩ ، قال : " وهو مكروه قبل ثبوت الشفعة ، أما بعد ثبوتها فهو حرام " اهـ .

(٦) – وقال محمد بن الحسن " إنه ليس من أخلاق المؤمنين الفرار من أحكام الله بالحيل الموصلة إلى إبطال الحق " اهـ ، ابن حجر ، **فتح الباري** ، ج١٢ ص٣٢٩ .

(٧) – حداد ، **المبادئ القانونية لمحكمة التمييز** ، ص١٣٤١ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

الخاتمة

بعد أن من الله بكرمه علي بالانتهاء من كتابة هذا البحث الذي بذلت فيه جـــهدا رجـــاء أن يكون نافعا ومفيدا وذلك باستقصاء مذاهب العلمـــاء وأقوالـــهم فـــي المســـائل المطروحـــة ، وتوجيهـــها للاستفادة منها ، مرجحا في أغلب الأحيان بين الآراء ، وقد ظهرت لي نتائج فـــي البحث قسمتها إلى قسمين عامة وخاصة .

النتائج العامة

١٠ إن الفقه الإسلامي ثروة عظيمة له شخصية متميزة ، يقدم الحلول لكـــل مســـائل الحيـــاة الإنسانية وما الشفعة إلا إحدى هذه المسائل .

٢٠ إن الأدلة النقلية التي اعتمد عليها علماء المذاهب المختلفة تكاد تكون هي نفس الأدلـــة إذا استـــثـــنينا الإمامية الاثني عشرية ، أما الزيدية فهو أقرب المذاهب لأهل السنة ، وأدلتهم تكـــاد تكون مطابقة لأدلة الحنفية .

النتائج الخاصة

١٠ إن القانون المدني الأردني اعتمد في وضع مواد الشفعة وهي المواد مـــن ١١٥٠ ـ ١١٦٤ بشكل رئيس على الفقه الإسلامي عموما والفقه الحنفي خصوصا ، وأخذ بقول الإمام البـــاجي من المالكية فيما يتعلق بمدة طلب الشفعة وهي شهر .

٢٠ إن قول أحد العلماء مقابل قول الجمهور يمكن أن يكون هو الراجـــح ، كاعتبـــار صحـــة إسقاط الشفعة قبل البيع ، وهو ما ذهب إليه ابن حزم والإمام أحمد في رواية مرجوحة ، وقـــد رجحت ذلك في موضعه ، في حين أن الجمهور يقول إن إذن الشفيع قبل البيع وقوله ليس لـــي عندك شفعة إسقاط للحق قبل ثبوته وقبل شرطه وهو البيع .

٣٠ إن مسقطات الشفعة قد تكون بسبب وجود موانع تمنع ثبوت حق الشـــفعة ابتـــداء أو زوال أحد الأسباب التي أدت إلى ثبوت حق الشفعة .

٤٠ ظهـــر لي من خلال دراسة التطور التاريخي للشفعة أنها اصطـــلاح خـــاص بالشـــريعة الإسلامية ، متميز عن غيره كحق الاسترداد وأن أحكام الشفعة حددت بأحـــاديث المصطفـــى صلى الله عليه وسلم .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

التوصيات

إن من التوصيات والتي يمكن أن تأخذ بعين الاعتبار أن تقوم الجامعات وخاصة جامعة آل البيت بفتح المجال لإجراء الدراسات المقارنة في المسائل الفقهية بشكل أكبر في الفقه الإسلامي عموما للأخذ بأيدي الباحثين في هذه الأيام وتمكينهم من لمس جهود علماء الأمة السابقين ودقة نظرهم في المسائل حيث أننا نشاهد بعضهم يتمسك بقول عالم واحد ويعتبر قوله الصحيح وما عداه خطأ مما يؤدي إلى تفريق صف المسلمين .

وفي الختام فإنني أرجو الله جلت قدرته أن يجعل هذا العمل نافعا للمسلمين ، وخالصا لوجهه الكريم ، فإنه هو الهادي إلى الطريق المستقيم ، وما كان في هذا البحث من خطأ أو تقصير فإنني أنسبه لنفسي ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

كتبه

سليمان يوسف محمد الشيحان

بتاريخ

٧ / ربيع الأول / ١٤٢٣هـ

الموافق ٢٠ / أيار / ٢٠٠٢م

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

- **المصادر ما قبل ١٩٠٠م**

١. الأبي ، محمد ، ت(٨٢٧هـ ـ ١٤٢٤م) ، **جواهر الإكليل شرح مختصر خليل** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ .

٢. أحمد بن حنبل ، ت(٢٤١هـ ـ ٨٥٥م) ، **مسند أحمد بن حنبل** ، مؤسسة قرطبة ، مصر .

٣. الأزهري ، محمد بن أحمد ، ت(٣٧٠هـ ـ ٩٧٩م) ، **تهذيب اللغة** ، الطبعة الأولى ، دار القومية للطباعة ، القاهرة ، ١٩٦٤م .

٤. الأصفهاني ، حسين بن محمد ، ت(٥٠٢هـ ـ ١١٠٨م) ، **المفردات في غريب القرآن** ، دار المعرفة ، بيروت .

٥. الأمير ، محمد ، **الإكليل** ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

٦. أنس ، مالك ، ت(١٧٩هـ ـ ٧٩٥م) ، **المدونة الكبرى** ، رواية سحنون ، الطبعة الأولى ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ١٩٩٩ .

٧. الباجي ، سليمان ، ت(٤٧٤هـ ـ ١٠٨١م) ، **المنتقى** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٩ .

٨. البجيرمي ، سليمان ، ت(١٢٢١هـ ـ ١٨٠٦م) ، **حاشية البجيرمي على الخطيب** ، الطبعة الأخيرة ، مطبعة مصطفى البابي ، القاهرة ، ١٩٥١ .

٩. البخاري ، محمد بن إسماعيل ، ت(٢٥٦هـ ـ ٨٧٠م) ، **صحيح البخاري** ، الطبعة الثالثة ، دار ابن كثير ، بيروت ، ١٩٨٧ .

١٠. ابن بركة ، **الجامع** ، المطبعة الشرقية ، طرابلس ، ١٩٧٣ .

١١. البغوي ، الحسين بن مسعود ، ت(٥١٦هـ ـ ١١٢٢م) ، **التهذيب في فقه الإمام الشافعي** ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

١٢. البهوتي ، منصور ، ت(١٠٥١هـ ـ ١٦٤١م) ، **الروض المربع شرح زاد المستقنع** ، الطبعة الأولى ، دار الفيصلية .

١٣. البيجوري ، إبراهيم ، ت(١٢٧٧هـ ـ ١٨٦٠م) ، **حاشية البيجوري على شرح الغزي** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤ .

١٤. تركي حداد ، **المبادئ القانونية لمحكمة التمييز** ، نشر نقابة المحامين ، عمان .

١٥. الترمذي ، محمد بن عيسى ، ت(٢٧٩هـ ـ ٨٩٢م) ، **سنن الترمذي** ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

١٦. التسولي ، علي بن عبد السلام ، ت(١٢٥٨هـ ـ ١٨٤٢م) ، **البهجة** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨ .

١٧. ابن تيمية ، أحمد بن عبد الحليم ، ت(٧٢٨هـ ـ ١٣٢٨م) ، **مجموع الفتاوى** ، جمع وترتيب : عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، مكتبة ابن تيمية ، السعودية .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

١٨. الـثمـيني ، عبد العزيز ، ت(١٢٢٣هـ ـ ١٨٠٨م) ، **النيل وشفاء العليل** ، الطبعة الثالثة ، مكتبة الإرشاد ، جدة .

١٩. الجمل ، سليمان ، ت(١٢٠٤هـ ـ ١٧٩٠م) ، **حاشية الجمل على منهج الطلاب** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥م .

٢٠. الجوهري ، إسماعيل بن حماد ، ت(٣٩٣هـ ـ ١٠٠٢م) ، **الصحاح** ، دار التراث العربي ، بيروت.

٢١. الحجاوي ، موسى ، ت(٩٦٨هـ ـ ١٥٦٠م) ، **الإقناع في فقه الإمام أحمد** ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت .

٢٢. ابن حجر ، أحمد بن علي ، ت(٨٥٢هـ ـ ١٤٤٩م) ، **تلخيص الحبير** ، المدينة المنورة ، ١٩٦٤م

٢٣. ابن حجر ، أحمد بن علي ، ت(٨٥٢هـ ـ ١٤٤٩م) ، **الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة** ، الطبعة الثانية ، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية ، حيدر أباد ـ الهند ، ١٩٧٢ .

٢٤. ابن حجر ، أحمد بن علي ، ت(٨٥٢هـ ـ ١٤٤٩م) ، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ، المكتبة السلفية ، القاهرة .

٢٥. ابن حزم ، علي بن أحمد ، ت(٤٥٦هـ ـ ١٠٦٤م) ، **المحلى** ، دار الفكر ، بيروت .

٢٦. الحصني ، محمد بن الحسيني ، ت(٩٢٨هـ ـ ١٥٢٢م) ، **كفاية الأخيار** ، الطبعة الثانية ، مطبعة البابي الحلبي ، القاهرة .

٢٧. الحطاب ، محمد بن محمد ، ت(٩٥٤هـ ـ ١٥٤٧م) ، **مواهب الجليل شرح مختصر خليل** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥ .

٢٨. الحلبي ، إبراهيم ، ت(٩٥٦هـ ـ ١٥٤٩م) ، **ملتقى الأبحر** ، المطبعة العامرة ، استانبول ، ١٣١٩هـ .

٢٩. الحلي ، جعفر بن الحسن ، (٦٠٢هـ ـ ١٢٠٥م) ، **شرائع الإسلام** ، الطبعة الثالثة ، دار الزهواء ، ١٩٩٨ .

٣٠. حيدر ، علي ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

٣١. الخرشي ، محمد بن عبد الله ، ت(١١٠١هـ ـ ١٦٩٠م) ، **شرح مختصر خليل** ، الطبعة الثانية ، مصر ، ١٣١٧ .

٣٢. الخصاف ، أحمد بن عمر ، ت(٢٦١هـ ـ ٨٧٥م) ، **شرح أدب القاضي** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤ .

٣٣. خليل بن اسحق ، ت(٧٧٦هـ ـ ١٣٧٤م) ، **المختصر** ، مطبعة عيسى البابي ، القاهرة .

٣٤. أبو داود ، سليمان بن الأشعث ، ت(٢٧٥هـ ـ ٨٨٩م) ، **سنن أبي داود** ، دار الفكر ، بيروت .

٣٥. داماد ، محمد بن سليمان ، ت ، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر** ، المطبعة العامرة ، استانبول ، ١٣١٩هـ .

٣٦. الدردير ، أحمد بن محمد ، ت(١٢٠١هـ ـ ١٧٨٦م) ، **أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك** ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٣٩٣هـ .

٣٧. الدرعان ، عبد العزيز ، **أحكام الشفعة** ، الطبعة الأولى ، مكتبة التوبة ، الرياض ، ١٩٩٤

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٣٨. الدمياطي ، عثمان بن محمد ، توفي بعد سنة (١٣٠٠هـ ـ ١٨٨٢م) ، **إعانة الطالبين** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥م .

٣٩. الذهبي ، محمد بن أحمد ، ت(٧٤٨ هـ ـ ١٣٤٦م) ، **سير أعلام النبلاء** ، تحقيق شعيب الأرناؤوط ، الطبعة التاسعة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٤١٣هـ .

٤٠. الرافعي ، عبد الكريم ، ت(٦٢٣هـ ـ ١٢٢٦م) ، **العزيز شرح الوجيز** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥.

٤١. الراهوني ، محمد بن أحمد ، ت(١٢٣٠هـ ـ ١٨١٤م) ، **حاشية الراهوني على الزرقاني** ، فاس ، بدون دار نشر ، ١٨٧٧م .

٤٢. ابن رجب ، عبد الرحمن ، ت(٧٩٥هـ ـ ١٣٩٣م) ، **القواعد** ، مطبعة الصدق ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٩٣٣ .

٤٣. الرحيباني ، مصطفى ، ت(١٢٤٣هـ ـ ١٨٢٧م) ، **مطالب أولي النهى** ، المكتب الإسلامي ، دمشق

٤٤. ابن رشد ، محمد ، ت(٥٩٥هـ ـ ١١٩٨م) ، **بداية المجتهد** ، دار الكتب الإسلامية .

٤٥. الرملي ، محمد بن أحمد ، ت(١٠٠٤هـ ـ ١٥٩٦م) ، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

٤٦. الزبيدي ، محمد مرتضى ، ت(١٢٠٥هـ ـ ١٧٩٠م) ، **تاج العروس** ، مطبعة حكومة الكويت ، الكويت ، ١٩٨٠م

٤٧. الزرقاني ، محمد بن عبد الباقي ، ت(١١٢٢هـ ـ ١٧١٠م) ، **شرح موطأ مالك** ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

٤٨. الزمخشري ، محمود ، ت(٥٣٨هـ ـ ١١٤٤م) ، **أساس البلاغة** ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٧٩م .

٤٩. السرخسي ، محمد بن أحمد ، ت(٤٩٠هـ ـ ١٠٩٦م) ، **المبسوط** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١ .

٥٠. السمناني ، علي بن محمد ، (٤٩٩هـ ـ ١١٠٥م) ، **روضة القضاة وطريق النجاة** ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٨٤ .

٥١. السياغي ، الحسين ، ت(١٢٢١هـ ـ ١٨٠٦م) ، **الروض النضير شرح مجموع الفقه الأكبر** ، دار الجيل ، بيروت .

٥٢. الشاطبي ، إبراهيم بن موسى ، ت(٧٩٠هـ ـ ١٣٨٨م) ، **الموافقات** ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

٥٣. الشافعي ، محمد بن إدريس ، ت(٢٠٤هـ ـ ٨٢٠م) ، الطبعة الثانية ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٣

٥٤. الشربيني ، محمد بن الخطيب ، ت(٩٧٧هـ ـ ١٥٧٠م) ، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، دار المعرفة ، بيروت .

٥٥. الشماخي ، عامر ، من علماء القرن الثامن الهجري ، **الإيضاح** ، الطبعة الثانية ، وزارة التراث القومي ، عمان ، ١٩٩٦ .

٥٦. الشوكاني ، محمد ، ت(١٢٥٠هـ ـ ١٨٣٤م) ، **نيل الأوطار** ، مكتبة الحلبي ، القاهرة .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٥٧. الشوكاني ، محمد ، ت(١٢٥٠هـ ـ ١٨٣٤م) ، **البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع** ، دار المعرفة ، بيروت .

٥٨. الشيخ نظام ، ت(١١١٩هـ ـ ١٧٠٧م) ، **الفتاوى الهندية** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠م .

٥٩. الشيرازي ، إبراهيم ، ت(٤٧٦هـ ـ ١٠٨٣م) ، **المهذب** ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة

٦٠. ابن عابدين ، محمد أمين ، ت(١٢٥٢هـ ـ ١٨٣٦م) ، **حاشية ابن عابدين** ، دار إحياء التراث ، بيروت .

٦١. العاملي ، محمد بن جمال ، ت(٩٦٥هـ ـ ١٥٥٧م) ، **اللمعة الدمشقية** ، جامعة النجف .

٦٢. العاملي ، محمد بن الحسن ، ت(١١٠٤هـ ـ ١٦٩٢م) ، **وسائل الشيعة** ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

٦٣. ابن عبد البر ، يوسف بن عبد الله ، ت(٤٦٣هـ ـ ١٠٧١م) ، **الكافي في فقه أهل المدينة** ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض .

٦٤. عبد الوهاب ، سليمان بن عبد الله ، **حاشية على المقنع** ، المطبعة السلفية ، القاهرة .

٦٥. العبيدي ، د٠ علي هادي ، **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني** ، الطبعة الأولى ، نشر دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٠م .

٦٦. العدوي ، علي ، **حاشية العدوي على الخرشي** ، الطبعة الثانية ، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق ـ مصر ، ١٣١٧هـ .

٦٧. ابن العربي ، أبو بكر محمد ، ت(٥٤٣هـ ـ ١١٤٨م) ، **عارضة الأحوذي شرح سنن الترمذي** ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

٦٨. ابن العماد ، عبد الحي بن أحمد ، ت(١٠٨٩هـ ـ ١٦٧٩م) ، **شذرات الذهب في أخبار من ذهب** ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت .

٦٩. عميرة ، أحمد ، ت(٩٥٧هـ ـ ١٥٥٥م) ، **حاشية قليوبي وعميرة** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

٧٠. العنسي ، أحمد ، **التاج المذهب لأحكام المذهب** ، الطبعة الأولى ، مطبعة اليمن الكبرى ، صنعاء ، ١٩٤٧م .

٧١. العيني ، بدر الدين محمود بن أحمد ، ت(٨٥٥هـ ـ ١٤٥١م) ، **عمدة القاري شرح صحيح البخاري** ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

٧٢. العيني ، بدر الدين محمود بن أحمد ، ت(٨٥٥هـ ـ ١٤٥١م) ، **البناية شرح الهداية** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠م .

٧٣. الغزالي ، محمد بن محمد ، ت(٥٠٥هـ ـ ١١١١م) ، **الوسيط في المذهب** ، الطبعة الأولى ، دار السلام ، ١٩١٧ .

٧٤. ابن فارس ، أحمد ، ت(٣٩٥هـ ـ ١٠٠٤م) ، **معجم مقاييس اللغة** ، الطبعة الأولى ، مطبعة عيسى الحلبي ، القاهرة .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٧٥. ابن فرحون ، إبراهيم بن محمد ، ت(٧٧٩هـ ـ ١٣٩٦م) ، **تبصرة الحكام** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

٧٦. الفيروز أبادي ، مجد الدين محمد يعقوب ، ت(٧١١هـ ـ ١٣١١م) ، **القاموس المحيط** ، دار الحديث ، القاهرة .

٧٧. الفيومي ، أحمد بن محمد ، ت(٧٧٠هـ ـ ١٣٦٩م) ، **المصباح المنير** ، الطبعة الرابعة ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ، ١٩٢١م .

٧٨. ابن قدامة ، عبد الله ، ت(٦٢٠هـ ـ ١٢٢٣م) ، **المغني** ، مطبعة هجر ، القاهرة .

٧٩. ابن قدامة ، عبد الله ، ت(٦٢٠هـ ـ ١٢٢٣م) ، **الممتع** ، المطبعة السلفية ، القاهرة .

٨٠. القدوري ، أحمد بن محمد ، ت(٤٢٨هـ ـ ١٠٣٧م) ، **مختصر القدوري** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

٨١. القسطلاني ، أحمد ، ت(٩٢٣هـ ـ ١٥١٧م) ، **إرشاد الساري شرح صحيح البخاري** ، دار الفكر ، بيروت .

٨٢. القصيبي ، محمد بن عمر ، **حاشية على الإيضاح** ، الطبعة الثانية ، وزارة التراث القومي ، عمان ، ١٩٩٦م .

٨٣. قليوبي ، أحمد ، ت(١٠٦٩هـ ـ ١٦٥٤م) ، **حاشية قليوبي وعميرة** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

٨٤. ابن قودر ، أحمد ، ت(٩٨٨هـ ـ ١٥٨١م) ، **نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار** ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

٨٥. القيسراني ، محمد بن طاهر ، ت(٥٠٧هـ ـ ١١١٣م) ، **تذكرة الحفاظ** ، الطبعة الأولى ، دار الصميعي ، الرياض ، ١٤١٥هـ .

٨٦. ابن القيم ، محمد ، ت(٧٥١هـ ـ ١٣٥٠م) ، **أحكام أهل الذمة** ، الطبعة الثانية ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٤٠١هـ .

٨٧. ابن القيم ، محمد ، ت(٧٥١هـ ـ ١٣٥٠م) ، **إعلام الموقعين عن رب العامين** ، دار الجيل ، بيروت .

٨٨. الكاساني ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود ، ت(٥٨٧هـ ـ ١١٩١م) ، **بدائع الصنائع** ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

٨٩. ابن كثير ، إسماعيل بن عمر ، ت(٧٧٤هـ ـ ١٣٧٣م) ، **تفسير ابن كثير** ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠١ هـ .

٩٠. الكركي ، علي بن الحسين ، ت(٩٤٠هـ ـ ١٥٣١م) ، **جامع المقاصد في القواعد** ، الطبعة الأولى ، مؤسسة آل البيت ، قم ـ إيران ، ١٤١٠ .

٩١. الكليني ، محمد بن يعقوب ، **الكافي** ، الطبعة الأولى ، لكهنو ، طهران ، ١٣٧٤هـ

٩٢. الكندي ، **المصنف** ، وزارة التراث القومي ، عمان ، ١٩٨٤ .

٩٣. ابن ماجة ، محمد بن يزيد ، ت(٢٧٣هـ ـ ٨٨٧م) ، **سنن ابن ماجة** ، دار الفكر ، بيروت .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

٩٤. الماوردي ، علي بن محمد ، ت(٤٥٠هـ ـ ١٠٥٨م) ، **الحاوي الكبير** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤ .

٩٥. المجلسي ، محمد باقر ، **بحار الأنوار** ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٣م ، مؤسسة الوفاء

٩٦. المحلي ، حسين بن محمد ، **الفروع** ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

٩٧. ابن المرتضى ، أحمد بن يحيى ، ت(٨٤٠هـ ـ ١٤٣٧م) ، **البحر الزخار** ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت .

٩٨. المرداوي ، علي ، ت(٨٨٥هـ ـ ١٤٨٠م) ، **الإنصاف** ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

٩٩. مسلم ، ابن الحجاج ، ت(٢٦١هـ ـ ٨٧٥م) ، **صحيح مسلم** ، دار إحياء التراث ، بيروت .

١٠٠. ابن مفلح ، إبراهيم بن محمد ، ت(٧٦٣هـ ـ ١٣٦٢م) ، **المبدع** ، الطبعة الأولى ، الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ .

١٠١. المناوي ، محمد عبد الرؤوف ، ت(١٠٣١هـ ـ ١٦٢١م) ، **التوقيف على مهمات التعاريف** ، الطبعة الأولى ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، ١٤١٠هـ .

١٠٢. ابن المنذر ، محمد ، ت(٣٠٩هـ ـ ٩٢١م) ، **الإجماع** ، الطبعة الثانية ، مكتبة عجمان ، الإمارات ، ١٩٩٩م .

١٠٣. ابن منظور ، محمد بن مكرم ، ت(٧١١هـ ـ ١٣١١م) ، **لسان العرب** ، دار صادر ، بيروت .

١٠٤. الموصلي ، عبد الله بن محمود ، ت(٦٨٣هـ ـ ١٢٨٤م) ، **الاختيار لتعليل المختار** ، الطبعة الرابعة ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٩٦٦م .

١٠٥. الميداني ، عبد الغني ، ت(١٢٩٨هـ ـ ١٨٨١م) ، **اللباب شرح الكتاب** ، دار المعرفة ، بيروت .

١٠٦. الميرغيناني ، علي ، (٥٩٣هـ ـ ١١٩٧م) ، **الهداية** ، المكتبة الإسلامية .

١٠٧. النجفي ، محمد حسن ، ت(١٢٦٦هـ ـ ١٨٥٠م) ، **جواهر الكلام** ، الطبعة السابعة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

١٠٨. ابن نجيم ، زين الدين ، ت(٩٧٠هـ ـ ١٥٦٢م) ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، الطبعة الثانية ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة .

١٠٩. النووي ، يحيى بن زكريا ، ت(٦٧٦هـ ـ ١٢٧٧م) ، **شرح صحيح مسلم** ، دار العلوم الإنسانية ، دمشق .

١١٠. الهيتمي ، أحمد بن علي ، ت(٩٧٤هـ ـ ١٥٦٧م) ، **الفتاوى** ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

- **المراجع ما بعد ١٩٠٠م**

١١١. اطفيش ، محمد بن يوسف ، ت(١٣٣٢هـ ـ ١٩١٤م) ، **شرح النيل** ، الطبعة الثالثة ، مكتبة الإرشاد ، جدة .

١١٢. سوار ، وحيد الدين ، **شرح القانون المدني الأردني** ، الطبعة الأولى ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٥م .

١١٣. سابق ، سيد ، **فقه السنة** ، الطبعة الثالثة ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨١م .

١١٤. الشريف ، علي محمد ، **انقضاء الحق بالوفاء في الفقه الإسلامي** ، القاهرة ، ١٩٧٩ .

١١٥. شليبك ، أحمد ، **أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي** ، الطبعة الأولى ، دار النفائس ، عمان ، ١٩٩٩.

١١٦. قحطان الدوري ، **صفوة الأحكام** ، الطبعة الأولى ، دار الفرقان للنشر ، عمان ، ١٩٩٩م .

١١٧. المتعافي ، رضوان ، **الجنايات المتحدة في القانون والشريعة** ، المطبعة السلفية ، القاهرة ، ١٩٣٠م.

١١٨. مصطفى ، عمر ممدوح ، **القانون الروماني** ، الطبعة الخامسة ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٦٥ .

١١٩. المطيعي ، محمد نجيب ، (١٣٥٤هـ ـ ١٩٣٥م) ، **تكملة المجموع** ، الطبعة الأولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠١م .

١٢٠. المغراوي ، محمد ، **فتح البر في الترتيب الفقهي** ، الطبعة الأولى ، مجموعة التحف والنفائس ، الرياض ، ١٩٩٦ .

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

That Which Prevents Pre-Emption Rights (*Shuf`a*) in Islamic Law

In the Name of Allah, Most Compassionate, Most Merciful,

All praise is due to Allah's, Lord of the Universe. And all blessings and peace be upon the best of messengers, our Master Muhammad, and his family.

This paper, titled *That Which Prevents Pre-Emption Rights in Islamic Law*, is a comparative study between the schools of Islamic law. It is made up of five sections:

The introductory section has six parts:

1. An exposition of the linguistic and technical meaning of pre-emption rights (*shuf`a)*.
2. An exposition of the expressions used to exercise pre-emption rights.
3. An exposition of the legal basis of exercising pre-emption rights from the Prophetic sayings (*hadith*) and scholarly consensus (*ijma`*).
4. A historic overview of the development of pre-emption rights.
5. An exposition of that for which pre-emption rights exist.
6. An exposition of the linguistic and technical meaning of prevention (*isqat*), from which an definition and understanding of the expression 'that

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

which prevents pre-emption rights' was reached, which is, "It is those reasons that stop the ability to affirm a pre-emptive right or to exercise it after it has been affirmed."

As for the first section, titled 'That Which Is Related To The Pre-Emptor That Prevents Pre-Emption Rights,' has eleven parts, dealing with:

1. Those who possess pre-emption rights, namely the partner, sharer, and neighbor.
2. The pre-emption rights of one away.
3. The pre-emption rights of the young and unborn.
4. The pre-emption rights of the insane.
5. The pre-emption rights of protected non-Muslims (*dhimmis*).
6. The financial inability of the pre-emptor.
7. Pre-emption because of the death of the pre-emptor.
8. If the buyer is a partner.
9. The period in with the pre-emption right may be exercised.
10. Explicitly dropping the pre-emption right.
11. Implicitly dropping the pre-emption right.

The second section, titled 'Pre-Emption Rights: That Which Relates To The Entity Sought In Pre-Emption & The Entity Used As A Means To Seek Pre-Emption Rights,' is made up of three parts:

1. That which prevents pre-emption and is related to the entity sough through the pre-emption.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

2. That which prevents pre-emption and is related to the entity used as a means to seek pre-emption rights.
3. That which prevents pre-emption in apartments and building floors.

The third section, titled 'Prevention of Pre-Emption Rights: That Which Is Related To The Sales Contract,' is made up of five parts:

1. An exposition of the prevention of pre-emption rights in that which is sold without payment, such as a gift.
2. Prevention of pre-emption rights in sales without a monetary payment, such as dowry (*mahr*).
3. The ruling of pre-emption rights in corrupt sales (*bay` fasid*) and sales of those ill.
4. Prevention of pre-emption rights during the period of a discretionary right to cancel (*khiyar shart*).
5. An exposition of the prevention of pre-emption rights if the seller drops a part of the sale price from the buyer.

The forth and final section, titled, 'The Legal Loopholes (*hiyal*) To Prevent Pre-Emption Rights,' has five parts:
1. The linguistic and technical meaning of legal loopholes (*hiyal,* sing. *hīla*).
2. The ruling of such legal loopholes to prevent pre-emption rights.
3. Taking part in a legal loophole.
4. Examples of legal loopholes.
5. An exposition of prevention of pre-emption rights in Jordanian commercial law.

In the conclusion, the results and findings of this research are discussed.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit