

تعريف موجز عن الباحث

الاسم : بهنس السيد جابر بركات
تاريخ الميلاد : ١٩٢٦/٤/١٥
محل الميلاد : شمشيره - مركز فوه - كفر الشيخ
توفى يوم : ١٩٨٨/٢/١٨

الدرجات العلمية التي حصل عليها :

- المؤهل الأول : ليسانس شريعة اسلاميه سنة ١٩٥٤
الثانى : ترخيص التدريس من كلية الشريعة
بالقاهرة سنة ١٩٥٥ .
الثالث : درجة ماجستير فى الفقه الاسلامى
سنة ١٩٦٦ من كلية الشريعة
والقانون بالقاهرة .
الرابع : درجة الدكتوراه فى الفقه الاسلامى
سنة ١٩٨٠ من كلية الشريعة
والقانون بالقاهرة .
-

بسم الله الرحمن الرحيم

احترم الاسلام ملكية الانسان وجعل له السلطان الكامل على ملكه اذا

أدى حقوقه ولم يجعل لغيره عليه سبيلا .

فالمالك أحق بملكه يتصرف فيه كيف شاء مادام في الحدود التي وضعها
الشرع وليس لأحد ان يمتلكه دون رضا منه قال تعالى " يا أيها الذين آمنوا
لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم " (١)
فالسبيل الى تملك مال الغير هو التبادل بين طرفين أحدهما المالك بالرضا
والاختيار أو التنازل عنه بطيب نفس منه ، قال عليه الصلاة والسلام " لا يحل
مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه " (٢) فلا سبيل الى تملك مال الغير
أو الانتفاع به الا اذا أذن المالك وطابت نفسه بذلك .

فمتى ملك الانسان شيئا ملكا تاما بأي سبب من أسباب التملك الشرعية
لم يكن لأحد أن يتعرض لملكه فضلا عن أن ينتزعه منه الا برضاه .
واستثناء من اختصاص المالك بملكه وحرمة تملكه قهرا عنه اجاز الشرع الحكيم
نزع ملكية المالك جبرا عنه في أحوال خاصة تستدعي ذلك .

ومن الحالات الخاصة التي أجاز الشرع نزع ملكية المالك قهرا عنه دون رضاه
أن يشتري مالك جديد عقار مالك قديم ويحل محله في ملكية العقار ويرى شخص
ثالث يتصل ملكه بالعقار المباع أن هذا الحلول فيه اضرا ربه فيكون له شرعا
أن ينزع ملكية المشتري الذي حل محل المالك القديم في ملكية العقار ليدفع
عن نفسه ما قد يتوقعه من ضرر وهذا ما يعرف في الفقه بحق " الشفعة " فقد
جعل الشرع للشفيع - وهو من يتصل ملكه بالملك المبيع - أن يأخذ العقار
المبيع من يد الذي اشتراه جبرا عنه ليدفع عنه ضررا قد يصيبه من جراء دخول

(١) سورة النساء الآية رقم ٣٠

(٢) نيل الاوطار ج ٦ ص ٦٢ .

المالك الجديد وحلوله محل المالك القديم ومن المقرر في الاسلام أنه لا ضرر وأن الضرر يزال شرعا عن الافراد والجماعات تحقيقا للعدالة ودفعاً للظلم حتى يطمئن الناس على حقوقهم (١) .

أسباب استحقاق الشفعة

يقرر فقهاء المذاهب أن الشفعة تثبت بعقد البيع (٢) واتصال ملك الشفيع بال عقار المباع (٣) .
ومما قرره الفقهاء يظهر أن حق " الشفعة مرتبط ارتباط وثيقا لانفكاك له بعقد البيع واتصال ملك الشفيع بالعقار المباع ولا توجد الشفعة الا اذا تحقق الأمران وجود عقد البيع واتصال ملك الشفيع بالعقار المباع فالأمران لا زمان لثبوت الاستحقاق بالشفعة حتى لو تحقق أحد الأمرين فقط لا تثبت الشفعة للشفيع لتوقف الاستحقاق بها على تحقق الأمرين ولا أثر لواحد منهما بدون الآخر فكل واحد من الأمرين يتوقف أثره على وجود الآخر فلا شفعة بدون بيع ولا شفعة بدون اتصال ومن هنا يكون سبب ثبوت الاستحقاق بالشفعة اتصال ملك الشفيع بالعقار المباع وعقد المعاوضة معا ويكون كل منها جزءا من سبب ثبوت الشفعة فاذا وجد الجزآن معا ثبتت الشفعة واذا تخلف أحدهما لم تثبت الشفعة .

(١) فقه الاسلام ص ٢٢٧ .

(٢) مجمع الانهر ح ٢ ص ٤٧٢ شرح الخرشي ح ٦ ص ١٦٤ المهذب ح ١ ص ٣٧٧

المبدع ح ٥ ص ٢٠٤ .

(٣) مجمع الانهر ح ٢ ص ٤٧٢ / ٤٧٣ قوانين الاحكام الشرعية ص ٣١٣

المهذب ح ١ ص ٣٧٧ المبدع ح ٥ ص ٢٠٥ .

" من يستحق الشفعة "

قررنا أن من أسباب الشفعة اتصال ملك الشفيع بملك البائع وقد بينت السنة
المظهرة من يستحق الشفعة بسبب اتصال ملكه بملك البائع (١) .
الاستحقاق بالشركة

- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الشفعة لشريك لم يقاسم " (٢) .
وروى أن الرسول صلى الله عليه وسلم " قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم
ربعه " دار " أو حائط " بستان " لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه
فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به " (٣) .
وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الشفعة تثبت للشريك في ذات
البيع فإن أحد الشريكين لو باع حصته في العقار المشترك كان لشريكه أن يأخذ
الحصة المباعة بالشفعة (٤) وليس لأحد أن يزاحمه في هذا الحق .
وثبت حق الشفعة للشريك في الحصة المباعة من العقار المشترك هل هو حق
مقيد بأن يكون العقار يقبل القسمة جبراً بالقضاء أو هو حق مطلق يثبت بمجرد
بيع الحصة المشتركة سواء كان العقار يقبل القسمة جبراً قضاءً أو لا يقبلها ؟
لقد تعددت آراء الفقهاء في هذه المسألة .

(١) انظر نيل الأوطار ح ٦ ص ٨٠ ، ٨٤ ، ٨٦

(٢) الهداية ح ٧ ص ٤٠٦ / ٤٠٧ العناية ح ٧ ٤٠٨ .

(٣) نيل الاوطار ح ٦ ص ٨٠ .

(٤) مجمع الأنهر ح ٢ ص ٤٧٢ البهجة ح ٢ ص ٩٦ أسنى المطالب ح ٢

ص ٣٦٤ المبدع ح ٥ ص ٢٠٥ وما بعدها .

في الصحيح عند كل من المالكية (١) والشافعية (٢) والحنابلة (٣) أنه يشترط في الشفعة بالشركة أن يكون العقار المشترك يقبل القسمة جبراً بالقضاء بطلب القسمة قضاءً وذلك لأن الشفعة إنما تثبت للضرر الذي قد يلحق الشريك إذا ما طلب الشفيع - بعد أخذه الشفعة - القسمة على الكثير من النفقات كما أن قسمة المشترك قد تحل بانتفاع الشريك الآخر بحصته ويؤثر بالنقصان في قيمتها القليلة اتساعها وضيق مساحتها وهذا يقلل الرغبة فيها عند عرضها للبيع .

أما إذا كانت الحصة المشتركة المباعة في عقار صغير لا يقبل القسمة قضاءً فإنه لا شفعة فيها فقد قال عليه الصلاة والسلام " لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة " (٤) رآه أبو عبيد في القريب . والنقبة الطريق الضيق بين دارين لا يمكن أن يسلكه أحد ، والعقار الصغير الضيق لو قسم لأختل الانتفاع به ولم يبق الانتفاع به كما كان قبل القسمة كالرجاء والبند الصغيره والحنوت في السوق والحمام وغير ذلك من العقارات التي لا تقبل القسمة القضائية لعدم الجدوى من قسمتها والشفعة تثبت دفعا للضرر الذي يلحق بالشريك من القسمة وهذا المعنى غير متحقق في العقار الذي لا يقبل القسمة القضائية . (٥)

(١) شرح الخرش ح ٦ ص ١٦٤ وشرح البهجة ح ٢ ص ٩٩ / ١٠٠ قوانين الاحكام

الشرعية ص ٣١٣ .

(٢) المبدع ح ٥ ص ٢٠٧

(٣) المهدب ح ١ ص ٣٧٧

(٤) نفس المرجع السابق .

(٥) شرح الخرش ح ٦ ص ١٤٦ / ١٦٥ - المهدب ح ١ ص ٣٧٧ المبدع ح ٤

ص ٢٠٧ .

(١) ويرى الأحناف وغير الصحيح عند كل من المالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) أنه لا يشترط للشفعة بالشركة أن يكون العقار الذي تجب الشفعة في سقسه المباع يقبل القسمة القضائية بل تجب في كل عقار مشترك باع أحد الشركاء حصته فيه سواء كان يقبل القسمة أو لا يقبلها فان النصوص التي جاءت باثبات الشفعة للشريك جاءت مطلقة دون تحديد للعقار الذي تثبت فيه الشفعة للشريك ولم تذكر ان كان يقبل القسمة أو لا يقبلها ودلالتها قاصرة على اثبات الشفعة للشريك فقد روى ابن عباس مرفوعا " أن الشريك شفيع والشفعة في كل شيء " (٥) وما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم " قضى بالشفعة في شركة لم تقسم " (٦) الحديث فهذه النصوص وغيرها اثبتت الشفعة في كل مشترك سواء كان يقبل القسمة أو لا يقبلها ولأن المقصود من الشفعة دفع الضرر عن الشريك ووجود الضرر فيما لا يقبل القسمة أكثر وأشد من العقار الذي يقبل القسمة القضائية فان المتضرر يستطيع ان يتخلص من الضرر بمقاسمة الشفيع ويمكنه الانتفاع بحصته كما كان ينتفع قبل القسمة .

أما العقار الذي لا يقبل القسمة القضائية فالضرر فيه يدوم ويبقى بعدم امكان قسمته ولا يمكن للشريك دفع الضرر عن نفسه الا بان يأخذ الحصصة المباع بالشفعة .

(١) تبين الحقائق ح ٥ ص ٢٣٩ مجمع الانهر ح ٢ ص ٤٧٢

(٢) شرح الخرشي ح ٦ ص ١٦٤ / ١٦٥ البهجة ص ١٠٠

(٣) المهذب ح ١ ص ٣٧٧ اسنى المطالب ح ٢ ص ٣٦٤ .

(٤) المبدع ح ٥ ص ٢٠٧

(٥) نفس المرجع

(٦) تبين الحقائق ح ٥ ص ٢٣٩ نيل الاوطار ح ٦ ص ٨٠ .

هذا الخلاف بين الرأيين مبنى على هل الشفعة لدفع ضرر المخالطة

وسوء المعاشرة وما أشبه ذلك من أنواع الضرر الناتجة عن المخالطة .

أو لدفع ضرر المقاسمة واضطرار الشريك لاستحداث مرافق جديدة لحصته
وهذا يكلفه الكثير من النفقات وهذا ضرر به .

فأصحاب الرأي الأول قالوا ان الشفعة انما ثبتت لدفع ضرر المقاسمة والمقاسمة

لا تتأتى الا فى العقار الذى لا تضره القسمة ويقبل القسمة القضائية وأما

العقار الذى لا تضره القسمة ولا يقبل القسمة القضائية فلا يتأتى فيه ضرر

المقاسمة وعلى هذا لا تثبت فى شئ منه المبيع الشفعة .

وأصحاب الرأي الثانى قالوا ان الشفعة ثبتت لدفع ضرر المخالطة وسوء المعاشرة

وهذا يتحقق فى العقار الذى يقبل القسمة القضائية والذى لا يقبلها على حد

سواء فى الضرر فى العقار الذى لا يقبل القسمة أشد وابلغ وكما تثبت الشفعة

فى العقار الذى يقبل القسمة القضائية تثبت فيما لا يقبلها .

المناقشة

ان رأى الذى يفرق فى ثبوت الشفعة بين العقار الذى يقبل القسمة

القضائية والعقار الذى لا يقبلها مخالف للنصوص التى تثبت الشفعة بالشركة

فكلها يدل على ثبوت الشفعة فى العقار المشترك بالشركة .

" الشفعة فى كل ما لم يقسم " الشريك شفيح " قضى رسول الله بالشفعة فى

كل شركة " دون تفرقة بين مشترك ومشارك يقبل القسمة أو لا يقبلها .

ان عدم الشفعة فى العقار الذى لا يقبل القسمة قد يصيب الشريك يكون

أشد ضررا عليه من ضرر المقاسمة من سوء معاشرة المشتري الذى حل محل

المالك القديم وضرر مخالطته بالاطلاع على عورات وحرمانه من الشفعة ليدفع

عن نفسه ضررا أشد من ضرر المقاسمة ضرر به من أشد أنواع الضرر كيف والضرر

مدفوع بالنص " لا ضرر ولا ضرار " (١) لهذا كان القول بثبوت الشفعة فـى كل عقار مشترك باع أحد الشركاء حصته فيه هو لاصح الذى ينبغى الأخذ به .
البيع لأحد الشركاء

بعد أن قررنا ما ذهب اليه فقهاء المذاهب فى العقار المشترك الذى تثبت فيها الشفعة .

يذكر المالكية شرطا آخر لوجوب الشفعة فى الحصة المبيعة من العقار المشترك وهو أن يكون المشتري للحصة أجنبيا ليست له شركة فى العقار الذى باع أحد الشركاء حصته فيه .

فاذا باع أحد الشركاء حصته من عقار مشترك بينه وبين آخرين وكان المشتري أحد شركائه فى العقار لم يكن لبقية الشركاء أن يشفعوا فى الحصة المبيعة ويزاحموا الشريك الذى اشتراها ويطالبوا بالشفعة (٢) .

الفقهاء الآخرون ما عدا المالكية

لم يفرق الفقهاء الثلاثة فى ثبوت الشفعة للشريك فى الحصة المبيعة من العقار المشترك بين أن يكون المشتري أجنبيا عن المبيع أو شريكا فيه وذلك لعموم النصوص المثبتة للشفعة التى مر ذكرها .

وجه نظر المالكية

ان الغرض من الشفعة هو دفع ضرر الأجنبى الدخيل ومنع من حلول محل الشريك الذى باع حصته اما الشريك الذى اشترى من شريكه فهو شريك قبل أن يشتري من شريكه الآخر حصته ولا ضرر يحدث من حصوله على حصة شريكه فلم يتغير حاله بعد

(١) جامع العلوم والحكم ص ٣٦٥ .

(٢) البهجة ح ٢ ص ١١٤ / ١١٥ شرح التاودى على التحفة ح ٢ ص ١١٤ / ١١٥

شراءه عما كان قبل شراؤه فانتهت علة الشفعة بانتفاء الضرر ولم يكن لبقية الشفعة حق الأخذ بالشفعة وفي رأي أن هذا نظر جيد للمالكين لما أسلفناه .

أسباب أخرى للاستحقاق بالشفعة

بعد أن قررنا اتفاق الفقهاء على أن سبب الشفعة هو اتصال مـلك الشفيع بملك البائع .

واتفاقهم أيضا على ثبوت استحقاق الشفعة بالشركة في ذات البيع وذكرنا اختلافهم في صفة المشترك الذي تثبت فيه الشفعة فهل توجد أسباب أخرى للاستحقاق بالشفعة يمكن اذا توافرت يكون لصاحبها أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة أو لا توجد أسباب أخرى غير الشركة تثبت بها الشفعة . في هذا اختلف فقهاء المذاهب .

الفقهاء الثلاثة غير الحنفية

ذهب المالكية (١) والشافعية (٢) والحنابلة (٣) الى أن حق الشفعة انما يثبت للشريك في ذات المبيع دون غيره من أسباب الاتصال الأخرى كالشركة في مرافق المبيع أو الاتصال بسبب الجوار وقصروا حق الشفعة على سبب واحد هو الاتصال بالشركة لانتهاء علة الشفعة عندهم وهو دفع ضرر المقاسمة والمقاسمة لا تتأتى في غير المشترك .

(١) البهجة ح ٢ ص ٩٩ الخرس ح ٦ ص ١٦٩ ، قوانين الاحكام الشرعية

ص ٣١٣ .

(٢) اسنى المطالب ح ٢ ص ٣٦٤ المهذب ح ١ ص ٣٧٧

(٣) المغنى ح ٥ ص ٤٦١ المبدع ح ٥ ص ٢٠٦ .

الأحناف

ذهب الأحناف (١) الى ثبوت الشفعة بالشركة واطافوا الى ذلك بثبوت الشفعة بالاشتراك في مرافق العقار المشفوع وبالجوار فان اتصال ملك الشفيع بملك البائع قد يكون بالاشتراك في ذات المبيع وقد يكون بالاشتراك في المرافق وقد يكون بالجوار فان الاتصال بهذه الأمور يتوقع منه الضرر غالبا والشفيع محتاج لأن يدفع الضرر عن نفسه ولا يتحقق له ذلك الا بثبوت حق الأخذ بالشفعة له .

دليل الفقهاء الثلاثة

استدل الفقهاء الثلاثة لرايهم الذي ذهبوا اليه بقول الرسول عليه الصلاة والسلام " انما الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " (٢) وغيره من الأحاديث التي دلت على ثبوت الشفعة للشريك . والاستدلال بحديث " انما الشفعة " من وجهين :

- ١ - أولها . أنه اثبت الشفعة فيما يقسم وغير المقسم هو المشترك بين ملاك متعدد دين ونفى الشفعة عن المقسوم لأن لفظ " انما " يفيد الحصر وهو حصر الشفعة في المشترك غير المقسوم وينفيها عن المقسوم (٣) .
- ٢ - ان آخر الحديث نفى الشفعة عند اقامة الحدود ورسم الطرق وتصريفها ولا شك أن وجود الحدود وتصريف الطرق لا يكون في المشترك فدل هذا على نفس الشركة في غير المشترك (٤)

(١) مجمع الانهر ح ٢ ص ٤٧٢ تبين الحقائق ح ٥ ص ٢٣٩

(٢) شرح الناووي على التحفة ح ٢ ص ٩٩ البهجة ح ٢ ص ٩٩ ، المهذب ح ١ ص ٣٧٧

(٤) البدائع ح ٥ ص ٤

(٣) المغنى ح ٥ ص ٤٦٢

يضاف الى ذلك : -

- ١ - أن التملك بالشفعة يكون تملكا لمال المشتري بدون رضاه وحق الملكية للأفراد حق موصوم بالنص " لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه " (١) فكان القياس في التملك بالشفعة أن يكون ممنوعا منه لكونه اضارا بالمشتري
- ٢ - ان الشفعة ثبتت بالنص على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشريك بمطالبة المشتري للشريك الآخر بالقسمة واحتياج الشريك الى استحداث المرافق ودفع أجرة القسام وهو ضرر بالشريك لا يمكن دفعه الا بالأخذ بالشفعة (٢)
- ٣ - أن ما ورد بثبوت حق الشفعة للجار فالمراد به لجار الأخص وهو الشريك المخالط لأن كل شيء قارب شيئا يقال له جار كما قيل لأمرأة الرجـل جارة لما بينهما من المخالطة (٣) .

دليل الأحناف :

الأصل في شرعة الاسلام أن الملكية حق خاص بما لكها لا يجوز نزعها منه الا اذا نص بذلك ولا تنزع عنه الا بمسوغ شرعي يبيح ذلك وقد جاءت السنة المطهرة بالمسوغ الشرعي الذي يبيح نزع ملك الغير عنه دون أن تطيب نفسه فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم " قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به " رواه مسلم والنسائي وأبو داود (٤) ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم " قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة " رواه البخاري وأحمد (٥) وروى كذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال " الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحد " رواه الخمسة الا النسائي (٦) .

(١) نيل الاوطار ح ٦٦ ص ٦٢ (٢) المهذب ح ٣٧٧

(٣) نيل الاوطار ح ٦١ ص ٨٢ / ٨١ وانظر المبدع ح ٤ ص ٢٠

(٤) نيل الاوطار ح ٦٦ ص ٨٠ (٥) نفس المرجع

(٦) نفس المرجع ص ٨٦

وقال عليه الصلاة والسلام " جار الدار أحق بالدار من غيره " رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه (١) وروى عن الشريد بن سويد قال : قلت يا رسول الله دار ليس لأحد فيها شرك ولا قسم الا الجوار فقال : الجار أحق بشفعة ما كان " رواه أحمد والنسائي وابن ماجه (٢)

من هذه الأحاديث يثبت أن سبب الاستحقاق في الشفعة الشركة في ذات المبيع والشركة في مرافق المبيع والجوار فهذه المعاني الثلاثة يتحقق بها اتصال ملك الشفيع بملك البائع فتثبت له الشفعة (٣) .

رد الأحناف على أدلة المخالفين :

ان حديث انما الشفعة فيما لم يقسم وهو عمدة الفقهاء الثلاثة في استدلالهم على نفي الشفعة فيما عدا الشفعة بالشركة .

١ - ان صدر الحديث لا ينص ثبوت الشفعة في المقسوم دائما اثباتها فيما لم يقسم فقط سواء كان يقبل القسمة القضائية أو لا يقبلها ولم ينف ثبوتها في المقسوم (٤) .

٢ - ان آخر الحديث يؤيد رأى الاحناف فانه علق نفي ثبوت الشفعة في المقسوم على أمرين وضع الحدود وانشاء الطرق فاذا وجد الأمران انتفت الشفعة أما اذا وجد وضع الحدود فقط فلا تنتفي الشفعة أما تخطيط الطرق فيشمل الأمرين جميعا تحديد الحدود ووجود الفاصل بين الملكية فلا تثبت الشفعة ويكون المعنى اذا وقعت الحدود فتباينت العقارات وحرقت الطرق فتباعدت ولم تبق مثلا صفه فلا شفعة (٥) .

(١) نيل الاوطار ح ٦ ص ٨٤ تبين الحقائق ح ٥ ص ٢٣٩

(٢) نيل الاوطار ح ٦ ص ٨٤ (٣) تبين الحقائق ح ٥ ص ٢٣٩

(٤) البدائع ح ٥ ص ٥ / ٥ (٥) نفس المرجع ح ٥ ص ٥

٣ - ان ثبوت الشفعة لدفع ضرر المقاسمة وما يترتب عليها من نفقات غير سديد
فان ضرر المقاسمة وما يتبعها ضرر مؤقت غير دائم ينتهي بانتهاء المقاسمة
ويبقى الضرر الدائم المتوقع وهو ضرر سواء المعاشرة والمخالطة —
الاتصال الدائم .

٤ - أن قولهم أن المراد بالجار الجار الأخص وهو الشريك فهذه تشهد لنا
فان المراد بالشريك الجار الملاصق لشدة اتصال ملكه بملك البائع .
ومما قررناه يكون رأى الاحناف بثبوت الشفعة بالمعاني الثلاثة الشركة والشركة
في مرافق العقار والجوار الملاصق هو ما ينبغى الاخذ به .

" ترتيب أسباب الاستحقاق بالشفعة "

الذين يتصل ملكهم بملك البائع ثبت لهم جميعا حق الأخذ بالشفعة وغنى
عن البيان أن المالكية والشافعية والحنابلة لا يوجد على مذهبهم مستحق
للشفعة سوى الشريك في ذات العقار المبيع ولا يوجد عندهم تراحم بين
اسباب استحقاق الشفعة فالشفعة عندهم لا تكون لغير الشريك في ذات العقار
المشفوع فيه .

أما الشريك في مرافق العقار أو الجار فلهما اتصال بملك البائع يجعل
لهما حق الأخذ بالشفعة كما دلت على ذلك النصوص التي وردت عن الرسول
الكريم صلوات الله وسلامه عليه وأخذ بها المذهب الحنفى .
واذا اجتمع هؤلاء الشفعاء الذين توافرت في عقاراتهم أسباب استحقاق الشفعة
هل يشفعون جميعا بدرجة واحدة لتحقق أسباب الشفعة فيما يشفعون به
أو يقدم بعضهم تبعا لقوة اسبابهم وتفاوت عقاراتهم بالعقار المشفوع فيه والتي
يثبت بمقتضاها الأخذ بالشفعة .

(١) الخرشي ح ٦ ص ١٦٩ ، البهجة ح ١ ص ٩٩ ، قوانين الاحكام الشرعية ص ٣١٣

(٢) اسنى المطالب ح ٢ ص ٣٦٤ ، المهذب ح ١ ص ٣٧٧ .

(٣) المغنى ح ٥ ص ٤٦١ المبدع ح ٤ ص ٢٠٦

لقد جاءت السنة النبوية المطهرة بالفيصل الحق اذا ما تعددت الأسباب واختلفت فقدمت بعض أسباب الشفعة على بعض حسب قوة اتصالها بالعقار المبيع فقد قال عليه الصلاة والسلام " الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع " والمراد من الشريك من هو شريك في ذات المبيع والمراد من الخليط الشريك في مرافق العقارات والمراد من الشفيع الجار (١) .

الشفعة بالشركة

الحديث رتب الشفعاء في الاستحقاق حسب قوة أسبابهم في اتصالها بملك البائع وجعل الاتصال بالشركة أقوى من الاتصال بالمرافق والاتصال بالمرافق أقوى من الاتصال بالجوار فيقدم استحقاق الشريك في ذات المبيع على الشريك في مرافق العقارات والشريك في مرافق العقارات على الجار الملاصق . فالشركة في ذات المبيع أقوى أسباب الشفعة فيقدم صاحبها على غيره من المستحقين بالأسباب الأخرى وذلك لأنه شريك في كل ذرة من ذرات المبيع المشترك اذا اتصال ملكه بملك البائع أقوى وأكد من اتصال غيره ممن يستحق الشفعة فتكون له الأولوية ويقدم على الآخرين (٢) .

الشفعة بالاشتراك في المرافق

اذا لم يكن في ذات العقار المبيع شريك أو تنازل عن الشفعة أو سقطت بأي سبب سقط لها كانت الشفعة لمن يليه في قوة السبب وهو الشريك في المرافق الخاصة بالعقار المبيع (٣)

والمرافق المشتركة بين العقارات تنحصر في الطريق الخاص المشترك بين عدة عقارات ومجرى الماء الخاص بعقارات تشترك في الانتفاع به ومسيل الماء

(٢) البدائع ح ٥ ص ٨

(١) الهداية ح ٥ ص ٤١٢

(٣) رد المحتار ح ٨ ص ٢١٩ / ٢٢٠

- المشترك لتصريف الماء الزائد عن العقارات المشتركة في الانتفاع به (١)
- والفواصل المشتركة التي تفتح اليها النوافذ وفتحات التهوية
- وقد تكلم فقهاء الاحناف عن ثبوت الشفعة بنوعين منها هما :
- الطريق الخاص أو ما يعبر عنه الفقهاء بالطريق غير النافذة ومجرى الماء الخاص الذي يطلق عليه الفقهاء الشرب الخاص (٢)
- والمرافق الأربعة المشتركة التي ذكرناها هل يكون الاستحقاق بها في قوة واحدة من حيث اتصالها بالعقار المبيع ويكون استحقاق الشفعة بها سواء أو أن اتصالها بالمبيع يكون مختلفا في قوته فيختلف تبعاً لذلك استحقاق الشفعة بها فيقدم الأقوى منها على ما هو أقل قوة منها
- الواضح من نصوص الفقه الحنفي أنها تسوى بين الطريق الخاصة ومجرى الماء الخاص في قوة الاتصال بالعقار المشفوع فيه واستحقاق الشفعة بهما لا فرق بينهما ولا يقدم أحدهما على الآخر لتساويهما في سبب الاستحقاق (٣)
- فلو أن أرضاً بيعت وتشارك أرضاً أخرى في الطريق الخاص "حق المرور" وتشارك أرضاً ثانية في حق الشرب تثبت الشفعة لكل منها في الأرض المبيعة لا يقوم أحدهما على الآخر لتساويهما في سبب الاستحقاق وهو الاشتراك مع الأرض المبيعة في حق الارتفاق (٤)
- وفي بعض النقول في المذهب الحنفي تقديم سبب الاستحقاق بالشرب الخاص على سبب الاستحقاق بالطريق الخاص وتقديم الاستحقاق بالطريق الخاص على الاستحقاق بالمسيل وهذا نظر جيد

(١) رد المحتار ج ٨ ص ٢٢٠ (٢) الهداية ج ٧ ص ٤١٣ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٢

(٣) نفس المرجعين السابقين (٤) نفس المرجعين السابقين

(٥) المنتقى شرح الملتقى على هامش مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٧٢ ، رد المحتار

ونرى أن هذا الترتيب الذى جاء فى بعض التقول تجب مراعاته فى ترتيب الشفعة بحقوق الارتفاق عند اجتماعها فيقدم الاشتراك فى الشرب ثم فى الطريق الخاصة - ثم المسيل ثم فتحات التهوية .
فالارض الزراعية لا حياة لها بدون الماء ولا يمكن الانتفاع بها بدون الطريق وان كان ضروريا ولكن ليس فى قوة الضرورة للماء فانه لا انتفاع بالارض الزراعية بدون الماء أما الطريق فهو لتكميل الانتفاع بها فان من الممكن السير فى مجرى الماء أو حوافيه للوصول اليها والطريق يسهل الانتفاع بها لهذا كان الشرب أهم للأرض من الطريق .

وبالنسبة للمسيل فانه ليس ضروريا بالنسبة للعقار فمن الممكن صرف الماء الزائد عن حاجة الأرض الزراعية فى مجرى الماء الصالح للرى ويحدث هذا كثيرا فى الأرض الزراعية أما الطريق فهو أهم من المسيل سواء كانت الأرض للزراعة أو للبناء لهذا كان الطريق تاليا للشرب فى الأهمية للأرض والطريق أهم من المسيل والفواصل المشتركة بين المباني التى تفتح لها منافذ التهوية لم يذكر فقهاء الأحناف حكم الأخذ بالشفعة بها ويبدو أنهم تركوا بيان أحكامها اعتماد منهم على أحكام الطريق الخاصة وكونها سببا للأخذ بالشفعة الا اننا نرى أن هذه الفواصل ليست كالطريق الخاصة وأنها أقل أهمية من الطريق الخاص وتكون سببا للأخذ بالشفعة اذا لم يكن طريق خاص أو تنازل الشريك فيه عن شفعته فيحل الشريك فى الفاصل المشترك محل الشريك فى الطريق الخاص .

الشفعة بالجوار

اذا لم يوجد الشريك فى نفس المبيع أو الشريك فى مرافق العقار أو سقطت شفعته بأى سبب من الأسباب المسقطه للشفعة انتقل استحقاق الشفعة الى الجار اللاصق ولو كان باب داره يفتح الى طريق غير الطريق الذى به العقار

المشفوع فيه .

مقدار الاستحقاق بالشفعة

إذا تعدد المستحقون بالشفعة وتساووا في قوة سبب استحقاقهم فهل تقسم الشفعة بينهم على عدد رؤسهم " أشخاصهم " أم على مقدار أملاكهم التي هي سبب استحقاقهم .

في هذا اختلف فقهاء المذاهب .

أولاً . الأحناف :

يرى الأحناف أن الشفعة تقسم بين المستحقين على عدد أشخاصهم لا فرق بين صاحب ملك كثير أو ملك قليل فكلهم في الاستحقاق سواء وليس لكثرة الأملاك التي تتصل بالمبيع وكانت سبباً لاستحقاق الشفعة أو قلتها تأثير في توزيع العقار المشفوع فيه بين الشفعاء (١) .

فلو كانت دار بين ثلاثة شركاء مثلاً لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها ولثالث سدسها فباع مالك النصف حصته كانت الشفعة بين الشريكين الآخرين نصفين لكل واحد منهما نصف الحصص المبيعة (٢) .

ثانياً . المالكية

يفرق المالكية بين ما إذا كان العقار المشفوع فيه يقبل القسمة القضائية أو لا يقبلها .

فإذا كان العقار المشفوع فيه يقبل القسمة القضائية كانت استحقاق الشفعاء

(١) البدائع ح ٥ ص ٦ ، تبين الحقائق ح ٥ ص ٢٤١ .

(٢) البدائع ح ٥ ص ٥ .

المتعددين فيه على قدر أملاكهم فان الشفعة انما وجبت لهم باعتبارهم شركاء وليس باعتبار أشخاصهم في تفاوت نصيب كل منهم باعتبار ملكه اذا تفاوتت أملاكهم فيأخذ كل شفيح بقدر ملكه .

فلو أن ثلاثة شركاء في دار لآخذهم نصفها وللآخر ثلثها ولثالث سدسها فباع مالك النصف حصته لأجنبي كان للشريكين أن يأخذا حصته التي باعها بالشفعة فيأخذ ملك الثلث ثلثي الحصة المبيعة ويأخذ مالك السدس ثلثها اعتبارا لما يملكه كل شفيح من الدار (١)

وإذا كانت الحصة المشفوع فيها في عقار لا يقبل القسمة القضائية كان تقسيم الشفعة على عدد رؤس الشفعاء وتقسيم بينهم بالتساوي دون فرق بين مالك حصة كبيرة ومالك حصة صغيرة وليس على قدر ملك كل شفيح (٢) .
ويبدو أن تفريق المالكية في توزيع الشفعة فيما إذا كان العقار يقبل القسمة وفيما إذا كان لا يقبلها أن الشركاء فيما لا يقبل القسمة ينتفعون به جميعا دون تفرقة بين صاحب حصة كبيرة ومالك حصة صغيرة فهو مشاع بينهم فكذلك يتساوى الشفعاء في الاستحقاق بالشفعة لاستوائهم في سبب الشفعة .

الشافعية (٣) والحنابلة (٤)

ورد في توزيع الشفعة بين الشفعاء عن الشافعية والحنابلة رأيا : -
أولهما : أن الحصة المشفوع فيها تقسم بين الشفعاء المستحقين على قدر نصيب كل شفيح في العقار المشترك لانه حق يستحقه الشفيح بسبب الملك فيقسم عند تعدد الشركاء على قدر أملاكهم التي يشفعون بها .

(١) شرح الحرس ح ٦ ص ١٧٣ ، شرح التاودي على التحفة ح ٢ ص ١١٤ / ١١٥

البهجة ح ٢ ص ١١٤ / ١١٥

(٢) الخرش ح ٦ ص ١٧٣

(٣) المهذب ح ١ ص ٣٨١ ، اسنى المطالب ح ٢ ص ٣٧٤ / ٣٧٥ .

(٤) المبدع ح ٥ ص ٢١٣ .

ثانيهما • أنها على عدد الرؤوس وأن الشفعاء المتعدين تقسم عليهم الشفعة حسب أشخاصهم وليس بحسب أملاكهم فكلهم متساوون في سبب استحقاقها وتساويهم في سبب الاستحقاق يوجب تساويهم في الأخذ بالشفعة دون اعتبار لكثرة الملك الذي يشفع به أو قلته فإن ملك الكثير لو تنازل عن شفعته أو سقطت لأي سبب يوجب سقوطها كان لمالك القليل أن يأخذ كل المشفوع فيه •

مناقشة

- ما ذهب اليه القائلون بأن الشفعة تقسم على حسب الأملاك يرد عليه : -
- ١ - ان سبب الشفعة هو اتصال ملك البائع بملك الشفيع والاتصال يحصل بأى قدر كان سواء كان كثيرا أم قليلا فالشريك بالثلث في اتصال ملكه بالمبيع كاتصال الشريك بالسدس والعبيره بوجود السبب لا بكثرته (١) •
 - ٢ - أن المشفوع فيه ليس ثمرة من ثمرات ملك الشفيع فان ثمرة المبيع ما تولد منه والشفعة لم تتولد من ملك الشفيع ولكن بسبب اتصال ملك البائع بملك الشفيع •
 - ٣ - لو اعتبرنا كثرة اتصال ملك أحد الشفعاء بالعقار المشفوع في مقابلة اتصال شفيع آخر لاستحق مالك الكثير الشفعة باعتبار أن جانبه أقوى وأرجح وصاحب القليل مرجوح والمرجوح لا يثبت في مقابلة الراجح ولا قائل بذلك سيكون المعترف لثبوت الشفعة وجود السبب لا كثرته أو قلته لذلك

(١) الهداية ج ٧ ص ٤١٤ العناية ج ٧ ص ٤١٤

(٢) تبين الحقائق ج ٥ ص ٢٤١

(٣) العناية ج ٧ ص ٤١٤ -

كان رأى القائلين بتوزيع الشفاعة عليه حسب الرءوس دون الاملاك هو ما ينبغي
الأخذ به .

ومعد فهذا بحث كتبه عن الاستحقاق بالشفعة ، أسبابه ومقداره
حاولت فيه أبرز مسائل الاستحقاق بالشفعة وأرجو أن أكون قد جئت به بما
يفيد وإذا كنت قد وفقت فهذا بنعمة من الله وفضل وان كان فيه قصور فهذا
من نفسى وما أبرى نفسى . والله من وراء القصد وهو الهادى السبيل
سواء السبيل «

دكتور / بهنس السيد بركات

مدرس الفقه الحنفى بالكلية