

تصرفات المشتري وأثرها على حق الشفعة دراسة فقهية مقارنة

محمد محمود دجان العموش*

ملخص

تناولت الدراسة موضوع تصرفات المشتري (الشريك الحادث) في الحصة المشفوع فيها، ومدى تأثير هذه التصرفات على أحكام الشفعة، ومن هذه التصرفات، وقف المشتري للمشفوع فيه أو رهنه أو بيعه أو الوصية به أو إجارته أو هدم العقار وإنشاء بناء جديد، أو قلع الأشجار وغرس أشجار جديدة، فتبين لنا أن هذه التصرفات بمجملها لا تؤثر في حق الشفيع في الشفعة، فالشفيع يحتفظ بحقه؛ لأن حقه سابق على هذه التصرفات ومتقدم عليها.

الكلمات الدالة: (التصرفات، الشفعة).

المقدمة

تتجلى أهمية الدراسة فيما يأتي:

- 1- لأنها تبحث في موضوع من الموضوعات التي تتداخل فيها مصالح المكلفين.
- 2- لأن حق الشفعة، والأحكام المتعلقة بها فصلتها الشريعة الإسلامية تفصيلاً كاملاً.
- 3- جاءت هذه الدراسة استكمالاً لدراسات سابقة قام بها الباحث في موضوع الشفعة، لتسليط الضوء على هذا الموضوع المهم.
- 4- سيقوم الباحث ببحث موضوع أثر تصرفات الشريك الحادث (المشتري) في الشقص المشفوع فيه بعد الشراء، وقبل أخذ الشفيع بالشفعة، ومدى تأثير هذه التصرفات على حق الشفيع من حيث إسقاط هذا الحق أو عدم إسقاطه، وما يتفرع عن ذلك من أحكام.

مسوغات اختيار الموضوع:

لقد اخترت البحث في هذا الموضوع لما له من أهمية كبيرة في حياة المكلفين، بحيث يتعرف المكلف على أثر التصرفات التي يقوم بها الشريك الحادث، ومدى تأثيرها على حق الشفيع في شفيعته، وهذه التصرفات تتم بعد بيع الشريك القديم للحصة المشفوع فيها.

أهداف الدراسة:

- 1- تحديد مفهوم التصرف، والشفعة عند الفقهاء.
- 2- بيان مدى تأثير تصرفات الشريك الحادث على حق الشفيع.

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة وأتم التسليم، على النبي الهادي الأمين، سيدنا ونبينا، وحبينا محمد ﷺ، وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين، وعلى كل من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد: فإن لأحكام الشفعة أهمية بالغة في كتب السادة الفقهاء، حيث إنهم أولوها أهمية كبيرة، شأنها شأن بقية الأحكام الشرعية، فأثبت الشارع الحكيم لحق الشفعة، هدفه دفع الضرر عن الشريك القديم من خلال وجود شريك حادث دخل على الشركاء في العقار المشاع أو من خلال الجوار.

ومن المعلوم أن أحكام التشريع الإسلامي جاءت لتحقيق مصالح العباد، بحيث يعرف كل واحد من المكلفين ماله من الحقوق، وما عليه من الواجبات؛ لأن هذه المعرفة تعمل على تخفيف الخصومات، وعدم الوصول إلى القضاء، ومن القضايا التي يمكن أن توصل الناس إلى الخلافات والخصومات، ما يتعلق بالعقارات ودخول شركاء جدد عليها مما قد يلحق ضرراً بالشركاء القدامى، لذلك أرست الشريعة الإسلامية حق الشريك القديم في الأخذ بالشفعة درأً للضرر الحاصل بدخول شريك جديد.

أهمية الدراسة:

* كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات. تاريخ استلام البحث 2015/06/27، وتاريخ قبوله 2015/07/23.

1- رسالة ماجستير بعنوان: **الشفعة في الفقه الإسلامي والقانون اليمني**: قائد علي قائد أبو هويدة، منشورة على الموقع الإلكتروني للمركز الوطني للمعلومات، اليمن، (<http://www.yemen-nic.info>)، أقرت الرسالة سنة 2005م، تحدث فيها الباحث عن مجمل أحكام الشفعة من حيث التعريف، والأسباب، وشفعة الجوار، والشركة، لكنه لم يتطرق إلى موضوع تصرفات المشتري في المشفوع فيه.

2- رسالة ماجستير بعنوان: شروط الأخذ بالشفعة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني وبعض القوانين المدنية العربية، جامعة عدن، كلية الحقوق، (<http://www.al-eman.com>)، والرسالة تتحدث عن شروط الأخذ بالشفعة، ولم تتعرض لموضوع تصرفات المشتري.

خطة الدراسة:

تضمنت الدراسة مقدمة، وخاتمة، وستكون الخطة على النحو الآتي:

المطلب الأول: المفاهيم والاصطلاحات، ويتضمن الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: مفهوم التصرف لغةً واصطلاحاً.

الفرع الثاني: مفهوم الشفعة لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تصرفات الشريك الحادث ومدى تأثيرها في الشفعة، ويتضمن الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: تصرفات المشتري التي لا تستحق بها الشفعة ابتداءً.

الفرع الثاني: تصرفات المشتري التي تستحق بها الشفعة ابتداءً.

الفرع الثالث: تصرفات المشتري المتضمنة زيادةً أو نقصاً في المشفوع فيه.

المطلب الأول: المفاهيم والاصطلاحات:

قبل البدء بالحديث عن مدى تأثير تصرفات المشتري على حق الشفعة، لا بد لنا من بيان معنى المفاهيم والاصطلاحات المذكورة في عنوان الدراسة، وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: مفهوم التصرف لغةً واصطلاحاً:

التصرف لغةً: إطلاق اليد والإذن في العمل كما يشاء (دوزي، 2000).

التصرف اصطلاحاً: هو ما يصدر عن الشخص بإرادته أو بغير إرادته، ويرتب عليه الشرع حكماً، سواء كان في صالحه، أم لا (الديبان، 1432). يبين التعريف أن التصرف قد يصدر من الشخص بكامل إرادته، وقد يكون بالإكراه، مما يترتب حكماً

3- بيان التصرفات الصحيحة وغير الصحيحة التي يباشرها الشريك الحادث قبل طلب الشفيع للشفعة.

4- إبراز موقف فقهاء المذاهب الأربعة من تصرفات الشريك الحادث في المشفوع فيه.

مشكلة الدراسة:

ستجيب هذه الدراسة عن الأسئلة الآتية:

1- هل لتصرف المشتري بالوصية أو الرهن أو الهبة أو الإجارة ونحوها للمشفوع فيه تأثير على حق الشفعة؟

2- هل لتصرف المشتري بالبيع أو بالزيادة والنقص في المشفوع فيه تأثير على حق الشفعة؟

3- هل لتصرف المشتري بهدم لبناء أو قلع الغراس أو الزرع في المشفوع فيه تأثير على حق الشفعة؟

فرضيات الدراسة:

1- اختلفت آراء الفقهاء في بعض التصرفات التي يمكن أن يقوم بها الشفيع أو الشريك الحادث، وأثرها على الشفعة، وانفقت في بعضها الآخر.

2- اختلف الفقهاء في هذه المسائل كان مرجعه اختلافهم في بعض الأدلة.

منهجية الدراسة:

اعتمدت في هذه الدراسة على المناهج الآتية:

1- المنهج الاستقرائي: حيث سأقوم باستقراء كتب الفقهاء وتتبع ما يتعلق بموضوع الدراسة.

2- المنهج الوصفي: حيث سأقوم بعرض معاني المفاهيم والاصطلاحات الواردة في الدراسة.

3- المنهج المقارن: حيث سأعرض لبعض المسائل المتعلقة بالتصرفات التي يباشرها الشريك الحادث في المشفوع فيه، ومدى اختلاف الفقهاء في هذه التصرفات، وبيان الراجح في هذه المسائل.

حدود الدراسة:

ستقتصر هذه الدراسة على تتبع تصرفات الشريك الحادث (المشتري)، وأثرها في أحكام الشفعة على المذاهب السنية الأربعة، وهي: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة.

أدبيات الدراسة:

من الدراسات السابقة التي اطلعت عليها في موضوع دراستي بشكل عام ما يأتي:

عليه في الشرع.

الفرع الثاني: مفهوم الشفعة لغةً واصطلاحاً:

الشفعة لغةً: الرِّبَادَةُ، وَهُوَ أَنْ يَشْفَعَكَ فِيمَا تَطْلُبُ حَتَّى تَضُمَّهُ إِلَى مَا عِنْدَكَ فَتَزِيدَهُ وَتَشْفَعَهُ بِهَا، أَيْ تَزِيدُهُ بِهَا، أَيْ إِنَّهُ كَانَ وَتِراً وَاجِداً فَضَمَّ إِلَيْهِ مَا زَادَهُ وَشْفَعَهُ بِهِ (الهوري، 2001).
الشفعة اصطلاحاً: هي استحقاق الشريك أخذ حصة شريكه من يد من انتقلت عنه بعوض مالي مستقر (ابن مفلح، 2003).

المطلب الثاني: تصرفات المشتري والشفيع وأثرها في المشفوع

فيه

من المقرر عند السادة الفقهاء أن حق الشفعة إنما شرع لدفع ضرر الشركة عن الشريك القديم، أو الجار، أو المخالط، وفي الشفعة نجد أن هنالك تصرفات تصدر من المشتري في الشقص (1) المشفوع فيه، فما حكم هذه التصرفات، ومدى تأثيرها على أحكام الشفعة، لذلك سيتم بحث هذا الموضوع من خلال الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: تصرفات المشتري التي لا تستحق بها الشفعة ابتداءً:

توجد تصرفات يتصرفها المشتري في الشقص المشفوع فيه، لو كان التصرف بها ابتداءً لما استحق الشفيع بها الشفعة، كالوصية، والوقف، ونحو ذلك، لذلك ستبحث هذه التصرفات من خلال المسائل الستة الآتية:

المسألة الأولى: وصية (2) المشتري بالمشفوع فيه لأجنبي:

وصية الشريك الحادث للشقص المشفوع فيه، وطلب الشفيع للشفعة قد يكون قبل قبول الموصي له للوصية، وقد يكون بعد قبول الموصي له للوصية، فما حكم الشفعة في الحالتين:

الحالة الأولى: طلب الشفعة قبل قبول الموصي له للوصية:

إذا أوصى الشريك الحادث (المشتري) بالشقص المشفوع فيه لشخص آخر، وطلب الشفيع الشفعة، قبل قبول الموصي له للوصية، ثم مات الموصي، فهذا التصرف منه، هل يسقط حق الشفيع في الشفعة، أم لا؟

لا يسقط حق الشفيع في الشفعة إذا طلب الشفيع الشفعة قبل قبول الموصي له بالوصية؛ لأن حقه أسبق من حق الموصي له، فيدفع الشفيع الثمن إلى ورثة الموصي، وتبطل الوصية؛ لأن الموصي به ذهب وفات، كما لو تلف، ولا يستحق الموصي له بدله، وعلى ذلك اتفقت أقوال الفقهاء من: الحنفية (الكاساني، 1986)، والمالكية (ابن عبد البر، 1980)، والشافعية بناءً على أصولهم (ابن الرفعة، 2009)، والحنابلة (ابن قدامة، 1997) (المرداوي، د.ت.) (الحجوي، د.ت.).

الحالة الثانية: طلب الشفعة بعد قبول الموصي له للوصية:

إذا أوصى الشريك الحادث (المشتري) بالشقص المشفوع فيه لشخص آخر، وطلب الشفيع الشفعة، بعد قبول الموصي له للوصية، ثم مات الموصي، فهذا التصرف منه، هل يسقط حق الشفيع في الشفعة، أم لا؟ اختلف الفقهاء على قولين:
القول الأول: لا يسقط حق الشفيع، وبذلك قال: الحنفية (الكاساني، 1986)، والمالكية (ابن عبد البر، 1980)، والشافعية بناءً على أصولهم (ابن الرفعة، 2009).

حجتهم: لأن حق الشفيع سابق على حق الموصي له، فلا تسقط الشفعة (الكاساني، 1986).

القول الثاني: يسقط حق الشفيع في الشفعة إذا طلب الشفيع الشفعة بعد قبول الموصي له بالوصية، وبذلك قال: الحنابلة (ابن قدامة، 1997) (المرداوي، د.ت.) (البهوتي، د.ت.).

حجتهم: لأن في الشفعة إضرار بالموصي له؛ لأن ملكه يزول عنه بغير عوض. (ابن قدامة، 1997) (المرداوي، د.ت.) (البهوتي، د.ت.).

يعترض على ذلك: إن حق الشفيع مقدم على حق الموصي له، لأسبقية حق الشفيع، كما أن الضرر لا يزال بالضرر (السبكي، 1991).

الترجيح: الراجح هو القول الأول، فلا يسقط حق الشفيع؛ وذلك لما يأتي:

1- لأن حق الشفعة شرع لدفع ضرر الشريك الحادث، فهل يعقل أن يقر الشرع استبدال الشريك الحادث (المشتري) ليحل محله شريك آخر؟، وهو الموصي له.

2- كما أن المشتري لا يحق له أن يتصرف في المشفوع فيه؛ لأنه يعلم أن هنالك حقاً للشفيع متعلقاً بالمشفوع فيه، فيفسخ تصرفه.

المسألة الثانية: رهن (3) المشتري للمشفوع فيه:

إذا تصرف الشريك الحادث (المشتري) في الشقص المشفوع فيه، بأن قام برهنه، فهل يبطل تصرف الشريك الحادث حق الشفيع في شفيعته، أم أن حق الشفيع لا يسقط بذلك التصرف؟

لا يسقط حق الشفيع في هذه الصورة، وبحق للشفيع أن يبطل تصرفات الشريك الحادث (المشتري)، وبأخذ الشقص بالبيع الأول، وليس للمرتهن شيء من الثمن على الشفيع، إنما الثمن يكون للشريك الحادث (المشتري الأول)، وعلى ذلك اتفقت أقوال الفقهاء من: الحنفية (السرخسي، 1993)، والمالكية (مالك، 1994) (الصاوي، 1995)، والشافعية (الماوردي، 1999) (النووي، د.ت.) (الشربيني، 1994)، والحنابلة (ابن قدامة، 1997) (المرداوي، د.ت.) (البهوتي، د.ت.).

حجتهم: لأن حق الشفيع سابق على تصرف المشتري، فلا

أن يأخذ بحق الشفعة، فذلك لا يحق له أن يتصرف بحق اللغير، يضر به.

الترجيح: الرجح هو القول الأول، فلا يسقط حق الشفيع في حال هبته، وذلك لما يأتي:

1- إن حق الشفيع أقوى من حق الموهوب له، لأسبقية حق الشفيع على حق الموهوب له.

2- إن الضرر لا يزال بالضرر، فلا يمكن أن نرفع الضرر عن الموهوب له لنحققه بالشفيع.

3- إن حق الموهوب له قد يكون له بدل، وهو ثمن المشفوع فيه، أما حق الشفيع لو أسقطنا شفيعته لا بدل له.

المسألة الرابعة: مقاسمة(5) المشتري في المشفوع فيه:

إذا اشترى شخص شقصاً من عقار، فقام شريكه من خلال القضاء، ثم حضر الشفيع، فالقسمة التي تمت بحكم القاضي، هل تبطل حق الشفيع في الشفعة، أم أن حقه في الشفعة لا يسقط؟، وهل يحق للشفيع نقض القسمة؟

لا يسقط حق الشفيع في الشفعة، في حالة قاسم الشريك الحادث شريكه، وكانت القسمة بحكم قضائي، فيحق للشفيع أن يأخذ ما أصاب المشتري بالقسمة، وليس للشفيع فسخ(6) القسمة، فإما أن يأخذ بالشفعة، وإما أن يترك، وعلى ذلك اتفقت أقوال الفقهاء من: الحنفية (السرخسي، 1993) (الكاساني، 1986)، والمالكية (مالك، 1994)، والشافعية (المراودي، 1999) (النوري، د.ت.)، والحنابلة (ابن قدامة، 1997) (المرداوي، د.ت.) (البهوتي، د.ت.).

حجتهم: لأن القسمة من تنمة القبض، فالمقصود من القبض الحيازة(7)، ونمام الحيازة تكون بالقسمة، وليس للشفيع أن ينقض قبض المشتري، فذلك لا يكون له أن ينقض قسمته؛ ولأنه لو نقض القسمة احتاج إلى إعادتها في الحال؛ لأن البائع مطالب بالقسمة، ولا يشتغل بنقض شيء يحتاج إلى إعادته في الحال (السرخسي، 1993) (الكاساني، 1986).

المسألة الخامسة: وقف(8) المشتري للمشفوع فيه:

إذا تصرف المشتري بالدار المشفوع فيها بوقفها، واتخذها مسجداً، فهذا التصرف من الشريك الحادث، هل يبطل حق الشفيع في شفيعته، أم لا يبطل شفيعته؟ اختلف الفقهاء على قولين:

القول الأول: لا يسقط حق الشفيع في الشفعة، ويحق له نقض تصرف الشريك الحادث بتحويل الدار المشفوعة إلى

مسجد، وبذلك قال: الحنفية في ظاهر الرواية (السرخسي، 1993) (الكاساني، 1986)، والمالكية (مالك، 1994) (المواق، 1994) (الخرشي، د.ت.) (الصاوي، 1995)، والشافعية (الشيرازي، د.ت.) (الشريبي، 1994) (ابن النقيب،

يبطل به (الشريبي، 1994).

المسألة الثالثة: هبة(4) المشتري للمشفوع فيه:

إذا وهب الشريك الحادث (المشتري)، الشقص المشفوع فيه لشخص آخر، فهذا التصرف من الشريك الحادث هل يسقط حق الشفيع في الشفعة، أم أنه لا يسقطه؟ والخصومة في مثل هذه الحالة، هل تكون بين الشفيع والموهوب له، أم أنها بين الشفيع والشريك الحادث الأول؟ اختلف الفقهاء على قولين:

القول الأول: لا يسقط حق الشفيع في الشفعة، وشفيعته باقية على حالها، ويفسخ تصرف المشتري، ويأخذ الشفيع بالثمن الذي وقع به البيع، والثمن للمشتري، وبذلك قال: الحنفية (السرخسي، 1993) (الكاساني، 1986)، والمالكية (مالك، 1994) (المواق، 1994) (الصاوي، 1995)، والشافعية (الشيرازي، د.ت.) (الشريبي، 1994)، والحنابلة في رواية (المرداوي، د.ت.) (البهوتي، د.ت.) (الكلوذاني، 2004).

حجتهم: لأن حق الشفيع سابق على تصرف المشتري، فلا يبطل به (الشريبي، 1994) (ابن قدامة، 1997).

يعترض على ذلك: إن حق البائع بفسخ العقد بسبب الفلس يبطل بتصرف المشتري في المبيع، فكذلك هنا تصرف المشتري في المشفوع فيه يبطل حق الشفعة (الشريبي، 1994).

يجاب عن ذلك: بأن حق البائع لا يبطل بالكلية، بل ينتقل إلى البديل، وحق الشفيع لا بدل له (الشريبي، 1994).

القول الثاني: يسقط حق الشفيع في الشفعة، ولا تبطل الهبة، وبذلك قال: الحنابلة في الرواية الصحيحة (ابن قدامة، 1997) (المرداوي، د.ت.) (الكلوذاني، 2004).

حجتهم:

1- لأن الشريك الحادث (المشتري) حين وهبه الشقص المشفوع فيه، قد علم أنه يؤخذ منه بالشفعة، فكأنه إنما وهب له الثمن (مالك، 1994).

2- لأن الشفعة إنما تثبت في المملوك، وقد خرج الموهوب عن كونه مملوكاً (ابن قدامة، 1997).

3- ولأن في الشفعة هاهنا إضراراً بالموهوب له؛ لأن ملكه يزول عنه بغير عوض، ولا يزال الضرر بالضرر، بخلاف البيع، فإنه إذا فسخ البيع الثاني، رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه، فلا يلحقه ضرر (ابن قدامة، 1997) (البهوتي، د.ت.).

4- ولأن ثبوت الشفعة هاهنا يوجب رد العوض إلى غير المالك، وسلبه عن المالك (ابن قدامة، 1997).

يعترض على ذلك: بأن المشتري الواهب يعلم أن الشقص المشفوع فيه، هو مشاع وأن له فيه شريكاً، وهذا الشفيع يمكن

(1982)، والحنابلة في رواية (المرداوي، د.ت).

حجتهم:

1- لأن للشفيع في هذه البقعة حقاً مقدماً على حق المشتري، وذلك يمنع صحة جعله مسجداً؛ لأن المسجد يكون لله تعالى خالصاً، ألا ترى أنه لو جعل جزءاً شائعاً من داره مسجداً أو جعل وسط داره مسجداً، لم يجز ذلك؛ لأنه لم يصّر خالصاً لله تعالى، فكذلك ما فيه حق الشفعة إذا جعله مسجداً (السرخسي، 1993) (الكاساني، 1986) (مالك، 1994).

2- لأنه في معنى مسجد الضرار؛ لأن الشريك الحادث قصد الإضرار بالشفيع من حيث إبطال حقه، فإذا لم يصح ذلك كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة، ويرفع المشتري بناءه المحدث (السرخسي، 1993).

3- لأن حق الشفعين سابق على تصرف المشتري، فلا يبطل به (الشيرازي، د.ت) (الشربيني، 1994).

يعترض على ذلك: إن حق البائع بفسخ العقد بسبب الفلس يبطل بتصرف المشتري في المبيع، فكذلك هنا تصرف المشتري في المشفوع فيه يبطل حق الشفعة (الشربيني، 1994).

يجاب: بأن حق البائع لا يبطل بالكلية، بل ينتقل إلى البديل، وحق الشفعين لا يدل له (الشربيني، 1994).

القول الثاني: يسقط حق الشفعين في الشفعة، ولا يحق للشفيع نقض تصرف الشريك الحادث بتحويل الدار إلى مسجد، وبذلك قال: أبو حنيفة، والحسن بن زياد (السرخسي، 1993) (الكاساني، 1986)، والحنابلة في الرواية الصحيحة (ابن قدامة، 1997) (البهوتي، د.ت).

حجتهم:

1- لأن المشتري تصرف في ملك نفسه فينفذ تصرفه، قياساً على ما لو باع، إلا أن البيع ونحوه مما يحتمل النقض بعد وجوده فينفذ ولا يلزم، وتصرفه في حالة تحويله إلى مسجد مما لا يحتمل الانتقاض، قياساً على الإعتاق، فكان نفاذها لزومها (الكاساني، 1986).

يعترض على ذلك: إن القياس على الإعتاق قياس خلاف الأولى؛ لأن العتق ينفذ ويلزم حال صدوره؛ لأنه لا يتعلق بحقوق الآخرين، أما في وقف المشتري للمشفوع فيه، فهناك حق للشفيع، وهو أولى وأقوى من حق الموقوف عليه.

2- لأن حق الشفعين لا يكون أقوى من حق المرتهن في المرهون، ثم حق المرتهن لا يمنع حق الراهن، فكذلك حق الشفعين لا يمنع صحة جعل الدار مسجداً (السرخسي، 1993).

يعترض على ذلك: إن قياس حق الشفعة على حق الراهن، قياس مع الفارق، فحق المرتهن لا يمنع حق الراهن؛ لأن

المرتهن يمكن أن يتنازل عن المرهون مقابل بدل آخر، كما أن الراهن هو من اختار رهن العين، أما في الشفعة لم يختر الشفعين أن يكون شفيعاً إنما فرض عليه الأمر فرضاً، فشرعت الشفعة لدفع الضرر عنه، كما أن الشفعة إذا ذهبت لا تكون ببديل آخر.

3- ولأن في الشفعة هاهنا إضراراً بالموقوف عليه؛ لأن ملكه يزول عنه بغير عوض، ولا يزال الضرر بالضرر، بخلاف البيع، فإنه إذا فسخ البيع الثاني، رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه، فلا يلحقه ضرر (ابن قدامة، 1997) (البهوتي، د.ت).

يعترض على ذلك: إن هذا الاستدلال عليكم وليس لكم، لأنه لا يصح إزالة الضرر عن الموقوف عليه، بإلحاق الضرر بالشفيع؛ لأن حق الشفعين سابق على تصرف المشتري.

4- ولأن ثبوت الشفعة هاهنا يوجب رد العوض إلى غير المالك، وسلبه عن المالك (ابن قدامة، 1997).

يعترض على ذلك: إن الموقوف عليه، وهو المسجد، لم يصبح مالاً بعد، لأن تصرف المشتري يكون نافذاً لكنه غير لازم (9)، بسبب تعلق حق الشفعين السابق على حق الموقوف عليه.

الترجيح: الراجح هو القول الأول، فلا يسقط حق الشفعين، وذلك لما يأتي:

1- إن تصرف المشتري بالوقف، هو تصرف صحيح نافذ لكنه، غير لازم، لأسبقية حق الشفعين، وتقدمه عليه.

2- لأن الضرر لا يزال عن الموقوف عليه، ويلحق الضرر بالشفيع.

3- لأن المشتري يعلم أن هذا الشقص المشفوع فيه مشاع، وفيه شفعاء، فعليه التريث ليتضح موقف الشفعين من الأخذ بالشفعة.

المسألة السادسة: إجارة (10) المشتري للمشفوع فيه:

إذا قام الشريك الحادث (المشتري) بتأجير العقار المشفوع فيه، فهل يسقط حق الشفعين في الشفعة، أم لا يسقط؟

لا يسقط حق الشفعين في الشفعة، ويحق له أخذه بالشفعة، وله الخيار في إمضاء الإجارة أو فسخها، ولا تبطل الإجارة بأخذ الشفعين شفيعته، فإذا أمضى الشفعين الإجارة، كانت الأجرة للمشتري دون الشفعين؛ لأن المشتري عقد الإجارة في ملكه، وعلى ذلك اتفقت أقوال الفقهاء من: الحنفية (ابن مازة، 2004)، والشافعية (الماوردي، 1999) (النووي، د.ت) (الشربيني، 1994)، والمالكية (ابن عبد البر، 1980)، والحنابلة (المرداوي، د.ت) (البهوتي، د.ت).

حجتهم: لأن حق الشفعين سابق على تصرف المشتري، فلا

الزيادة التي طرأت على أصل الثمن للشقص المشفوع فيه لا تلزم الشفيع، فالواجب عليه هو دفع الثمن الأول وهو الألف دينار، أما الألف الأخرى، فلا تلزم الشفيع، إذا كانت الزيادة بعد لزوم العقد، أما إذا كانت الزيادة في مدة الخيار، فإنها تلحق بأصل العقد، وتلزم الشفيع، وعلى ذلك اتفقت أقوال الفقهاء من: الحنفية (الكاساني، 1986)، والمالكية (الأزدي، 2002)، والشافعية (الشيرازي، د.ت) (العمراني، 2000)، والحنابلة (البهوتي، 1993).

حجتهم:

1- لأن الشفيع إنما يأخذ بما وجب بالعقد، والزيادة ما وجبت بالعقد في حق الشفيع، لانعدامها وقت العقد حقيقة، إلا أنها جعلت موجودة عند العقد في حق المتعاقدين تصحيحاً لتصرفهما، فلا يظهر الوجود في حق الشفيع، فلم تكن الزيادة ثمناً في حقه، بل كانت هبةً مبتدأةً، فلا تتعلق بها الشفعة، قياساً على الهبة المبتدأة (الكاساني، 1986).

2- لأن البيع استقر بالثمن الأول، فالزيادة تبرع لا يقابله عوض، فلم يتغير به الثمن (الشيرازي، د.ت).

3- لأن الزيادة إن كانت في مدة الخيار لحقت بالعقد، وجعل الثمن ما تقرر بعد الزيادة (الشيرازي، د.ت) (العمراني، 2000) (البهوتي، 1993).

المسألة الثالثة: النقص من ثمن المشفوع فيه:

حط البائع عن المشتري، قد يكون خطأ لبعض الثمن المتفق عليه، وقد يكون خطأ لجميع الثمن، فما الحكم المترتب على هاتين الحالتين:

الحالة الأولى: حط بعض الثمن:

إذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن المتفق عليه عند التعاقد، كأن كان الثمن ألف دينار، فحط البائع عن المشتري خمسمائة دينار، فهل يأخذ الشفيع الشقص بألف دينار، أم بخمسمائة دينار؟

إذا كان حط بعض الثمن في مدة الخيار، فيلحق بأصل العقد، فيأخذ الشفيع بما بقي من الثمن، وهو خمسمائة دينار، أما إذا كان الحط بعد لزوم العقد، فلا يلحق بأصل العقد، ويجب على الشفيع أن يأخذ بجميع الثمن، وهو ألف دينار، وعلى ذلك اتفقت أقوال الفقهاء من: الحنفية (الكاساني، 1986)، والمالكية (مالك، 1994) (المواق، 1994) (عليش، 1989)، والشافعية (الشيرازي، د.ت) (العمراني، 2000) (المزني، 1990)، والحنابلة (الكلوداني، 2004) (البهوتي، 1993).

حجتهم:

1- لأن الحط إن كان في مدة الخيار لحق بالعقد، وجعل الثمن ما

يبطل به (الشيرازي، د.ت) (الشربيني، 1994).

الفرع الثاني: تصرفات المشتري التي تستحق بها الشفعة ابتداءً:

توجد تصرفات يتصرفها المشتري في الشقص المشفوع فيه، لو كان التصرف بها ابتداءً لاستحق الشفيع بها الشفعة، كاليبيع، ونحو ذلك، لذلك ستبحث هذه التصرفات من خلال المسائل الثلاثة الآتية:

المسألة الأولى: بيع (11) المشتري للمشفوع فيه:

إذا باع الشريك الحادث الشقص المشفوع فيه لشخص آخر غير الشفيع، فهل يبطل حق الشفيع في الشفعة؟ وهل يأخذها بالبيع الأول أم بالبيع الثاني؟

بيع الشريك الحادث للشقص المشفوع فيه لا يبطل حق الشفيع في الشفعة، ويكون الشراء الثاني نافذاً لكنه غير لازم، ويكون الشفيع بالخيار بين أن يأخذها بالشراء الأول (شراء الشريك الحادث) أو بالشراء الثاني (وهو شراء من اشترى من الشريك الحادث)، فإذا اختار أن يأخذها بالشراء الثاني يأخذها من يد المشتري الثاني، ولا يشترط حضور المشتري الأول، وإن اختار الأخذ بالشراء الأول، وبالثمن الأول كان له ذلك، ويدفع الثمن إلى المشتري الأول، ثم يرجع المشتري الثاني بما دفعه على المشتري الأول؛ لأن البيع الثاني قد انفسخ، وفائدته أن الثمن في الأول قد يكون أقل أو الجنس فيه أسهل أو العكس، وعلى ذلك اتفقت أقوال الفقهاء من: الحنفية (السرخسي، 1993) (الكاساني، 1986)، والمالكية (مالك، 1994) (الخرشي، د.ت) (عليش، 1989)، والشافعية (الماوردي، 1999) (النووي، د.ت) (الشربيني، 1994)، والحنابلة (المرادوي، د.ت) (البهوتي، د.ت) (الكلوداني، 2004).

حجتهم:

1- لأن كل واحد من العقدين - عقد الشراء الأول، وعقد الشراء الثاني - سبب تام وصالح لثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة (السرخسي، 1993) (البهوتي، د.ت).

2- لأن المشتري الأول لا يتمكن من إبطال حق الشفيع بتصرفه ببيع الشقص المشفوع فيه (السرخسي، 1993).

3- لأن حق الشفيع متقدم وسابق على تصرف المشتري بالبيع الثاني، فلا يكون البيع الثاني لازماً، ولا يبطل حق الشفيع (السرخسي، 1993) (الكاساني، 1986) (الشيرازي، د.ت) (الشربيني، 1994).

المسألة الثانية: الزيادة في ثمن المشفوع فيه:

إذا زاد المشتري البائع في ثمن الشقص، بأن كان الثمن ألف دينار، فزاد المشتري ألفاً أخرى، فهذه الزيادة هل تلزم الشفيع، أم أنه يأخذ بالثمن الأول قبل الزيادة؟

الخيار لحق بالعقد، وجعل الثمن ما تقرر بعد الحط والزيادة (الشيرازي، د.ت) (العمراني، 2000) (الكلوداني، 2004) (البهوتي، 1993).

الفرع الثالث: تصرفات المشتري المتضمنة زيادة أو نقصاً في المشفوع فيه:

توجد تصرفات يتصرفها المشتري في الشقص المشفوع فيه، تتضمن زيادة في المشفوع فيه أو تتضمن نقصاً، لذلك ستبحث هذه التصرفات من خلال المسائل الثلاثة الآتية:

المسألة الأولى: هدم البناء وقلع الغراس في المشفوع فيه: إذا قام الشريك الحادث (المشتري) بهدم البناء المقام أو قلع الغراس من الشقص المشفوع فيه، فتصرف المشتري، هل يؤدي إلى بطلان حق الشفيع في الشفعة، أم أن حقه ما يزال باقياً، فلا يسقط؟ وهل يأخذ الشقص بعد حسم ثمن البناء والغراس، أم يأخذ بالثمن كاملاً؟

تصرف المشتري في المشفوع فيه بهدم البناء أو قلع الغراس، لا يسقط حق الشفيع في الشفعة، فيحق للشفيع أن يأخذ بالشفعة، وعلى ذلك اتفقت أقوال الفقهاء من: الحنفية (السرخسي، 1993) (الكاساني، 1986)، والمالكية (مالك، 1994) (المواق، 1994) (عليش، 1989)، والشافعية (الشيرازي، د.ت)، والحنابلة (ابن قدامة، 1997)، والثوري، والعنبري (ابن قدامة، 1997).

لكن اختلف الفقهاء في الثمن الذي سيدفعه الشفيع على قولين:

القول الأول: يأخذ الشفيع الأرض بحصتها من الثمن، وذلك بأن يقسم ثمن المشفوع فيه على قيمة الأرض، وقيمة البناء أو الغراس يوم وقع الشراء، وبذلك قال: الحنفية (السرخسي، 1993) (الكاساني، 1986)، والمالكية في المعتمد (الصاوي، 1995) (عليش، 1989)، والشافعية في الصحيح (الشيرازي، د.ت)، والحنابلة (ابن قدامة، 1997)، والثوري، والعنبري (ابن قدامة، 1997).

حجتهم:

1- لأن البناء زال عن الأرض، والبناء في نفسه من المنقولات (14)، والمنقولات لا تثبت فيها الشفعة عند عامة الفقهاء، وإنما كان ثبوت حق الشفيع في البناء في حالة اتصاله بالأرض، فإذا زال البناء عن الأرض لم يكن للشفيع في البناء حق (السرخسي، 1993).

2- لأن حق الشفيع متقدم على تصرف المشتري، فهو بمنزلة الاستحقاق (15) في إبطال تصرف المشتري (السرخسي، 1993).

3- إن الضرر إنما حصل بالتلف، ولا صنع للشفيع فيه، والذي

تقرر بعد الحط. (الشيرازي، د.ت) (العمراني، 2000) (الكلوداني، 2004) (البهوتي، 1993).

2- لأن حط بعض الثمن يلتحق بأصل العقد ويظهر في حق الشفيع، كأن العقد ما ورد إلا على هذا القدر، بخلاف الزيادة فإن التحاقها لا يظهر في حق الشفيع. (الكاساني، 1986).

3- ولأن في تصحيح الزيادة ثمناً في حق الشفيع ضرراً به، ولا ضرر عليه في الحط. (الكاساني، 1986).

4- إن هذه هبة من البائع للمشتري إذا كان الحط بعد لزوم العقد، وليس للشفيع أن يحط من الثمن (المزني، 1990) (الشيرازي، د.ت).

5- لأن البيع استقر بالثمن الأول، فالحط والزيادة بعد لزوم العقد، تبرع لا يقابله عوض، فلم يتغير به الثمن (الشيرازي، د.ت) (العمراني، 2000) (الكلوداني، 2004) (البهوتي، 1993).

الحالة الثانية: حط جميع الثمن:

إذا حط البائع جميع الثمن عن المشتري، فهل يسقط الثمن عن الشفيع، أم أنه يأخذ الشقص المشفوع فيه بجميع الثمن؟ اختلف الفقهاء على قولين:

القول الأول: يصح الحط في حق المشتري، وإن كان إبراءً (12) له عن الثمن، لكن الشفيع يأخذ بجميع الثمن، ولا يسقط عنه شيء، إذا كان الحط بعد لزوم العقد، أما إذا كان الحط قبل اللزوم في مدة الخيار، وعلى ذلك اتفقت أقوال الفقهاء من: الحنفية (الكاساني، 1986)، والمالكية (الأزدي، 2002) (المواق، 1994) (عليش، 1989)، والشافعية (المزني، 1990) (الشيرازي، د.ت) (العمراني، 2000)، والحنابلة (الكلوداني، 2004).

حجتهم:

1- لأن حط كل الثمن لا يلتحق بأصل العقد؛ لأنه لو التحق لبطل البيع؛ لأنه يكون بيعاً بلا ثمن، فلم يصح الحط في حق الشفيع، والتحق في حقه بالعدم، فيأخذ بجميع الثمن ولا يسقط عنه شيء (الكاساني، 1986).

2- لأن الوضعية (13) والحط هنا بمثابة الهبة للمشتري من البائع، وما كان كذلك لا يحط عن الشفيع (الأزدي، 2002) (المزني، 1990).

3- لأن البيع استقر بالثمن الأول، فالحط والزيادة تبرع لا يقابله عوض، فلم يتغير به الثمن (الشيرازي، د.ت) (العمراني، 2000) (الكلوداني، 2004).

4- لأن البيع استقر بالثمن الأول، فالحط والزيادة تبرع لا يقابله عوض، فلم يتغير به الثمن، وإن كان ذلك في مدة

القول الأول: يأخذ الشفيع المشفوع فيه بعد قسمة الثمن على قيمة الأرض، والبناء القديم أو الغراس يوم الشراء، وتسقط حصة البناء الجديد، وينقض المشتري البناء الجديد أو الغراس؛ لأن المشتري هو الذي هدم البناء، وبذلك قال: الحنفية (السرخسي، 1993) (الكاساني، 1986)، والشافعية إذا كان قبل علم الشفيع (الشريبي، 1994) (الجمل، د.ت)، وحمام بن أبي سليمان، والثوري، وأصحاب الرأي (ابن قدامة، 1997).
حجتهم:

1- إن الشريك الحادث بنى في بقعة غيره أحق بها منه، من غير تسليط من صاحب الحق، وهو الشفيع، فينتقض عليه بناؤه، قياساً على الراهن إذا بنى في المرهون (السرخسي، 1993).

2- إن حق الشفيع في هذه البقعة حق قوي متأكد، وهو متقدم على حق المشتري، وتصرف المشتري فيما يرجع إلى الإضرار بالشفيع يكون باطلاً، لمراعاة حق الشفيع، ويكون ذلك كتصرفه في غير ملكه، ألا ترى أن تصرفه بالبيع، والهبة ينقض لهذا المعنى، فكذلك بناؤه ينقض (السرخسي، 1993).

3- إن في البناء إضراراً بالشفيع لحديث النبي ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار» (16)، من حيث إنه يلزمه زيادة في الثمن لم يرض الشفيع بالتزامها، وهذا مبطل للحق الثابت للشفيع، يعني: حق الأخذ بأصل الثمن، فلا ينفذ ذلك منه، كما لا تنفذ سائر تصرفات المشتري. وهذا بخلاف المشتري شراءً فاسداً إذا بنى؛ لأنه بنى هناك بتسليط من له الحق (السرخسي، 1993).

4- إن حق البائع في الاسترداد ضعيف لا يبقى بعد البناء، ألا ترى أنه لا يبقى بعد تصرف آخر من المشتري، بخلاف حق الشفيع (السرخسي، 1993).

5- إن حق الشفيع كان متعلقاً بالأرض قبل البناء، والغراس، ولم يبطل ذلك بالبناء، والغراس، بل بقي؛ فإذا قضى له بالشفعة، فقد صار ذلك الحق ملكاً له، فيؤمر بتسليم ملكه إليه، ولا يمكنه التسليم إلا بالنقض، فيؤمر بالنقض، ولهذا أمر الغاصب والمشتري عند الاستحقاق بالنقض (الكاساني، 1986).

يعترض على ذلك: إن المشتري تام الملك قبل أخذ الشقص، ألا تراه يملك النماء، ومن بنى في ملكه لم يتعد، كالذي لا شفعة عليه (الماوردي، 1999).

القول الثاني: يأخذ الشفيع المشفوع فيه، بثمنه، وقيمة البناء الجديد مبنياً أو الغراس إن شاء، وإن شاء ترك الشفعة، ولا ينقض بناء المشتري الجديد، ولا تغلق غراسه، وبذلك قال: المالكية (مالك، 1994) (عليش، 1989) (ابن الحاجب، 2000)، والشافعية إذا كان البناء بعد علم الشفيع أو وقوع

يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه، فلا يتضرر المشتري بأخذه (ابن قدامة، 1997).

4- لأن الشفيع أخذ بعض ما دخل في العقد، فأخذه بالحصة، قياساً على ما لو كان مع الشقص سيف، فإنه يأخذ الشقص بعد خصم ثمن السيف (الشيرازي، د.ت).

القول الثاني: يأخذ الشفيع المشفوع فيه بجميع الثمن، ويأخذ أنقاض البناء مهدوماً، والغراس مقلوعة، وليس له على المشتري كثير ولا قليل، وبذلك قال: المالكية في قول (مالك، 1994) (الخرشي، د.ت) (عليش، 1989)، والشافعية في قول (الشيرازي، د.ت).

حجتهم: لأن المشتري إنما هدم على وجه شبهة الملك، ووجه الشراء، فكان تصرفه صحيحاً (مالك، 1994).

يعترض على ذلك: لا ينكر صحة تصرف المشتري، وأن تصرفه يعد نافذاً؛ لأن المشتري تصرف بما يملكه، لكن تصرفه ليس لازماً؛ لوجود حق سابق على تصرفه، وهو حق الشفيع، فيفسخ تصرف المشتري.

الترجيح: الراجح هو القول الأول، فالشفيع يأخذ المشفوع فيه بحصته من الثمن بعد حسم ثمن البناء الذي تصرف فيه المشتري بالهدم، وذلك لما يأتي:

1- إن الشفيع يأخذ بما تبقى من المشفوع فيه، وهي الأرض دون البناء، فيأخذه بعد حسم ثمن البناء المهذوم.

2- إن القول بأن الشفيع يأخذ بجميع الثمن الذي أخذ به المشتري، فيه من الضرر ما لا يخفى، والضرر ممنوع.

المسألة الثانية: إحداث بناء أو غرس جديد في المشفوع فيه:

إذا قام الشريك الحادث (المشتري) بإحداث بناء جديد أو غرس جديد في الشقص المشفوع فيه، فتصرف المشتري هنا، هل يؤدي إلى بطلان حق الشفيع في الشفعة، أم أن حقه ما يزال باقياً، فلا يسقط؟ وهل ينقض الشريك الحادث بناءه الجديد، أم أن الشفيع يأخذ المشفوع فيه بثمنه مع ثمن البناء الجديد أو الغرس الجديد؟

لا يسقط حق الشفيع في الشفعة، وعلى ذلك اتفقت أقوال الفقهاء من: الحنفية (السرخسي، 1993) (الكاساني، 1986)، والمالكية (مالك، 1994) (المواق، 1994) (ابن الحاجب، 2000)، والشافعية (الماوردي، 1999) (الشريبي، 1994) (الجمل، د.ت)، والحنابلة (ابن قدامة، 1997) (المرادوي، د.ت) (الكلوذاني، 2004)، وحمام بن أبي سليمان، والثوري، وأصحاب الرأي (ابن قدامة، 1997).

لكن اختلف الفقهاء في الثمن الذي سيدفعه الشفيع على قولين:

يكون بعد المساواة في أصل الحق، ولا مساواة، فحق الشفيع مقدم على حق المشتري.

ب- إن في الزرع قياس واستحسان، ففي القياس يقلع زرعه، وفي الاستحسان لا يقلع؛ لأن لإدراكه نهاية معلومة، وليس في الانتظار كثير ضرر على المشتري، بخلاف الغراس، والبناء ففيهما ضرر كبير.

ت- إن كان فيه ضرر به فهو الذي أضر بنفسه حيث بنى أو غرس على محل تعلق به حق غيره.

الترجيح: الراجح هو القول الأول، فالشفيع يأخذ المشفوع فيه بحصته من الثمن بعد حسم ثمن البناء الجديد، والذي تصرف فيه المشتري بالهدم، وإحداث بناء جديد، وذلك لما يأتي:

1- إن الشفيع يأخذ المشفوع فيه بالثمن الأول الذي دفعه المشتري للبائع، وهي الأرض دون البناء، فيأخذه بعد حسم ثمن البناء المهذوم.

2- إن القول بأن الشفيع يأخذ بجميع الثمن الأول، وبقيمة البناء الجديد، فيه من الضرر ما لا يخفى، والضرر ممنوع.

3- إن المشتري هو من تصرف بإحداث البناء الجديد، وهو يعلم أن هذا العقار، فيه حق للشفيع، فالواجب عليه أن يتريث قبل إحداث أي تغيير في المشفوع فيه، بالهدم، وإعادة البناء.

المسألة الثالثة: زراعة المشتري للمشفوع فيه:

إذا زرع الشريك الحادث (المشتري)، في الشقص المشفوع فيه قمحاً أو شعيراً، ونحو ذلك، فهل التصرف بالزرع يبطل حق الشفيع في الشفعة، أم أنه لا يبطله؟ وهل يقلع المشتري زرعه، أم لا يقلعه؟

لا يسقط حق الشفيع في الشفعة، وعلى ذلك اتفقت أقوال الفقهاء من: الحنفية (السرخسي، 1993)، والمالكية (ابن عبد البر، 1980) (عليش، 1989)، والشافعية (الشرييني، 1994) (البجيرمي، 1995) (ابن الرفعة، 2009)، والحنابلة (ابن قدامة، 1997). لكن اختلف الفقهاء في قلع المشتري للزرع أو إبقائه للحصاد على قولين:

القول الأول: لا يلزم المشتري بقلع الزرع، والشفيع لا يأخذ بالشفعة إلا بعد حصاد الزرع، وبذلك قال: الحنفية في الاستحسان (السرخسي، 1993)، والمالكية، وقالوا على المشتري أجره الأرض (ابن عبد البر، 1980) (عليش، 1989)، والشافعية، وليس على المشتري أجره الأرض (البجيرمي، 1995) (ابن الرفعة، 2009)، والحنابلة (ابن قدامة، 1997).

حجتهم:

1- لأن المشتري زرع في ملك نفسه، وما كان يتيقن بأن

القسمة (الماوردي، 1999) (الشرييني، 1994) (الجمال، د.ت)، والحنابلة (ابن قدامة، 1997) (المرداوي، د.ت)، وأبو يوسف (السرخسي، 1993) (الكاساني، 1986).

حجتهم:

1- إن المشتري بنى في ملك صحيح له، فلا ينقض بناؤه لحق الغير، قياساً على الموهوب له إذا بنى في الأرض الموهوبة (السرخسي، 1993) (الماوردي، 1999).

يعترض على ذلك من وجهين:

الأول: إن حق الواهب ضعيف لا يبقى بعد تصرف الموهوب له، بخلاف حق الشفيع، فحقه قوي (السرخسي، 1993).

الثاني: إن المشتري بتصرفه يكون متعبداً، وقد بنى فيما للشفيع فيه شرك مشاع، ولولا أن للشفيع فيه شركاً ما كان شافعياً، إذ كان الشريك إنما يستحق الشفعة؛ لأنه شريك في الدار بحق مشاع (الماوردي، 1999).

2- إن المشتري محق في أصل البناء، فيستحق قرار البناء، إذ ليس في إبقاء بنائه إبطال لحق الشفيع، فإنه يتمكن من أخذه مبنياً (السرخسي، 1993).

يعترض على ذلك: إن في إلزام الشفيع بأن يأخذ البناء الجديد بقيمته فيه زيادة كلفة على الشفيع، مما يلحق به ضرراً، فقد لا يتمكن من الأخذ بالشفعة، بسبب ارتفاع الكلفة عليه.

3- لو نقضنا البناء تضرر المشتري بإبطال ملكه لحديث النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» (17)، ولو لم ينقض لا يتضرر الشفيع بإبطال حقه، وإن لزم الشفيع زيادة الثمن عليه، لكن مقابل هذه الزيادة يدخل في ملك الشفيع ما يقابل هذه الزيادة (السرخسي، 1993).

يعترض على ذلك: إن البناء الذي يدخل في ملك الشفيع ربما لا يكون موافقاً له، فيحتاج إلى مؤنة ذلك لرفع البناء، ثم يبني على الوجه الذي يوافق (السرخسي، 1993).

4- إن الضرر ببدل، أهون من الضرر الذي يلحقه بغير بدل، فكان مراعاة جانب المشتري أولى، ألا ترى أنه لو زرع الأرض لم يكن للشفيع أن يقلع زرعه لهذا، والبناء تبع للأرض بمنزلة الصبغ في الثوب، ومن صبغ ثوب إنسان فأراد صاحب الثوب أن يأخذ ثوبه كان عليه أن يعطي الصباغ ما زاد الصبغ فيه، وهذا بخلاف سائر تصرفات المشتري؛ لأن في إبقائها إبطال حق الشفيع؛ لذلك يمكن من نقضها (السرخسي، 1993).

يعترض على ذلك: من وجوه (السرخسي، 1993) (الكاساني، 1986):

أ- إن الاشتغال بالترجيح لدفع أعظم الضررين بالأهون، إنما

2- إن الضرر الذي يلحق بالشفيع ضرر يسير، وذلك قياساً على الغبن اليسير؛ فإنه يحتمل ولا يبطل العقود.
الخاتمة:

توصلت الدراسة لجملة من النتائج، منها:
1- إن تصرفات المشتري في الشقص المشفوع فيه بالوصية أو الرهن أو الهبة أو المقاسمة أو الوقف أو الإجارة، لا تؤدي إلى إسقاط حق الشفيع في الشفعة، بل حقه سابق ومتقدم على تصرفات المشتري.

2- إن تصرفات المشتري ببيع الشقص المشفوع فيه لأجنبي، لا تسقط حق الشفيع في الشفعة، بل تجعل للشفيع الخيار في الأخذ في المشفوع فيه بالبيع الأول أو بالبيع الثاني، والفائدة من ذلك أنه ربما يكون الثمن في أحد البيعين أقل من الآخر فينتفع الشفيع.

3- إذا زاد المشتري في ثمن الشقص المشفوع فيه أو حط البائع عن المشتري، وكانت الزيادة أو الحط بعد لزوم العقد، فلا يبطل ذلك حق الشفيع، لكن الزيادة أو الحط لا يلحقا بأصل العقد، لكن إذا كانتا في مدة الخيار، وقبل لزوم العقد، فإنهما تلحقا بأصل العقد.

4- إذا تصرف المشتري في المشفوع فيه بأن هدم البناء أو قلع الغراس، أو أحدث فيه بناءً جديداً أو غرساً جديداً، فمثل هذه التصرفات، لا تسقط شفعة الشفيع، والشفيع يأخذ بالثمن الأول الذي استقر عليه البيع، بعد حسم قيمة البناء المهدم أو الغراس المقلوعة من الثمن، كما أن ما أحدثه المشتري من بناء أو غراس جديد، لا يكلف الشفيع بدفع قيمتها؛ حتى لا نرفع قيمة الشقص عليه.

5- إذا قام المشتري بزراعة الأرض المشفوع فيها، فالزرع يبقى إلى وقت الحصاد، ولا يكلف المشتري قلع زرعه، وإن تأخر استحقاق الشفيع للشفعة؛ لأن مدة الزرع ليست طويلة، وحتى لا تلحق ضرراً بالمشتري.

4. الهبة: تملك العين بلا عوض. ينظر: الجرجاني، التعريفات، مصدر سابق، ص 256.

5. القسمة: تمييز الحقوق وإفراز الأنصاء. ينظر: الجرجاني، التعريفات، مصدر سابق، ص 175.

6. الفسخ: هو رفع حكم العقد. ينظر: أبو حبيب، القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص 285.

7. الحيازة: ضم الشيء إلى نفسه. ينظر: أبو حبيب، القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص 104.

8. الوقف: حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة.

الشفيع يطلب الشفعة قبل إدراك زرعه، فلا يكون متعدياً فيما صنع بخلاف الغاصب، فإنه يكون متعدياً (السرخسي، 1993) (ابن قدامة، 1997).

2- ولأن لإدراك الزرع نهاية معلومة فلو انتظر ذلك لم يبطل حق الشفيع، وإن تأخر قليلاً، وإذا قلع زرع المشتري تضرر بإبطال ملكه، وماليته، وضرر التأخير أقل من ضرر الإبطال (السرخسي، 1993).

القول الثاني: يلزم الشريك الحادث أن يقلع الزرع، وبذلك قال: الحنفية في وجه القياس (السرخسي، 1993).
حجتهم:

1- لأن الشريك الحادث زرع في أرض غيره، فالغير أحق بها منه، فهو كالغاصب إذا زرع الأرض المغصوبة، يجب عليه قلع الزرع، فكذلك الشريك الحادث (السرخسي، 1993).

يعترض على ذلك: بأن هذا قياس مع الفارق، فالمشتري تصرف بمقتضى ملكه، بخلاف الغاصب فإنه متعدي بفعله (السرخسي، 1993) (ابن قدامة، 1997).

2- لأن المشتري كما لا يتمكن من إبطال حق الشفيع، لا يتمكن من تأخير حقه؛ لأن التأخير من وجه إبطال لحق الشفيع (السرخسي، 1993).

يعترض على ذلك: إن لإدراك الزرع نهاية معلومة، فلو انتظر ذلك لم يبطل حق الشفيع، وإن تأخر قليلاً، وإذا قلع زرع المشتري تضرر بإبطال ملكه، وماليته، وضرر التأخير أقل من ضرر الإبطال (السرخسي، 1993).

الترجيح: الراجح هو القول الأول، وهو أن المشتري لا يلزم بقلع زرعه، ولو تأخر الشفيع في الأخذ بالشفعة، لما يأتي:

1- إن الضرر اللاحق بالشفيع جراء التأخير لا يؤدي إلى بطلان شفعته، مقارنة بالضرر اللاحق بالمشتري لو أمر بقلع زرعه.

الهوامش

1. الشقص: النصيب في العين المشتركة من كل شيء، قليلاً كان أو كثيراً. ينظر: أبو حبيب، القاموس الفقهي، ط 2، ص 199.

2. الوصية: تملك مضاف إلى ما بعد الموت. ينظر: الجرجاني، التعريفات، ط 1، 1983م، ص 252.

3. الرهن: حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه. ينظر: الجرجاني، التعريفات، مصدر سابق، ص 113.

- التعريفات، مصدر سابق، ص253.
9. البيع النافذ غير اللازم: ما كان مشروعاً بأصله، ووصفه، ولم يتعلق به حق الغير، وفيه خيار. أما البيع النافذ اللازم: ما كان مشروعاً بأصله، ووصفه، ولم يتعلق به حق الغير، ولا خيار فيه. أبو حبيب، القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص46.
10. الإجازة: العقد على المنافع بعوض. ينظر: الجرجاني، التعريفات، مصدر سابق، ص10.
11. البيع: مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تملكاً وتملكاً. ينظر: الجرجاني، التعريفات، مصدر سابق، ص48.
12. الإبراء: إسقاط الحق عن الذمة. أبو حبيب، القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص35.
13. الوضعية: بيع بنقيصة عن الثمن الأول. الجرجاني،
14. المنقولات: المال المنقول هو ما يمكن نقله من محل إلى آخر. أبو حبيب، القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص257.
15. الاستحقاق: ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير. أبو حبيب، القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص94.
16. رواه الحاكم، النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، 1990م، كتاب البيوع، حديث رقم "2345"، ج2، ص66. تعليق الذهبي: الحديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم "2340"، ج2، ص784.
17. سبق تخريجه ص(15)، هامش(16).

المصادر والمراجع

- الأمين. ج4، ص136-137.
- الأصحبي، م. (1994)، المدونة، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية. ج4، ص222-258.
- البُجَيْرَمِي، س. (1995)، تحفة الحبيب على شرح الخطيب - حاشية البجيرمي على الخطيب، بيروت: دار الفكر. ج3، ص186.
- البهوتي، م. (د.ت.)، كشاف القناع عن متن، بيروت: دار الكتب العلمية. ج4، ص152-157.
- البهوتي، م. (1993)، دقائق أولى النهي لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، ط1، بيروت: عالم الكتب. ج2، ص348.
- الجرجاني، ع. (1983)، التعريفات، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية. ص175/256/113/252.
- الجمال، س. (د.ت.)، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب - حاشية الجمال، بيروت: دار الفكر، ج3، ص509.
- الحاكم النيسابوري، م. (1990)، المستدرک على الصحيحين، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا. ج2، ص66.
- الحجاوي، م. (د.ت.)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، بيروت: دار المعرفة، تحقيق: عبد اللطيف محمد السبكي. ج2، ص372.
- الخرشي، م. (د.ت.)، شرح مختصر خليل للخرشي، بيروت: دار الفكر للطباعة. ج6، ص174-179.
- الديبان، د. (1432)، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ط2، الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية. ج1، ص52.
- دُوزِي، ر. (2000)، تكملة المعاجم العربية، ط1، بغداد: وزارة الثقافة والإعلام العراقية. ج6، ص439.
- السبكي، ت. (1991)، الأشباه والنظائر، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، ج1، ص41.
- ابن الحاجب، ع. (2000)، جامع الأمهات، ط2، دار اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر. ص418.
- ابن الرفعة، أ. (2009)، كفاية النبيه في شرح التتبيه، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، تحقيق: مجدي محمد باسلوم. ج11، ص71-74.
- ابن النقيب، أ. (1982)، عمدة السالك وعدة الناسك، ط1، قطر: الشؤون الدينية، مراجعة: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري. ص173.
- ابن عبد البر، ي. (1980)، الكافي في فقه أهل المدينة، ط2، الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، تحقيق: محمد الموريتاني. ج2، ص857-865.
- ابن قدامة، ع. (1997)، المغني، ط3، الرياض: عالم الكتب، تحقيق: عبد الله التركي و عبد الفتاح الحلو. ج7، ص466-512.
- ابن ماجه، م. (د.ت.)، سنن ابن ماجه، بيروت: دار إحياء الكتب العربية، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. ج2، ص784.
- ابن مازة، م. (2004)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي. ج7، ص284.
- ابن مفلح، أ. (2003)، المبدع في شرح المقنع، ط1، الرياض: دار عالم الكتب. ج5، ص134.
- أبو حبيب، س. (1988)، القاموس الفقهي، ط2، دمشق: دار الفكر، ص104/285.
- الأزدي، خ. (2002)، التهذيب في اختصار المدونة، ط1، دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، تحقيق: محمد

- السرخسي، م. (1993)، المبسوط، بيروت: دار المعرفة. ج14، ص108-133.
- الشريبي، م. (1994)، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية. ج3، ص386-387.
- الشيرازي، أ. (د.ت) المذهب في فقه الإمام الشافعي، بيروت: دار الكتب العلمية. ج2، ص58-221. الصاوي، أ. (1995) بلغة السالك لأقرب المسالك، بيروت: دار الكتب العلمية، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين. ج3، ص411-416.
- عليش، م. (1989)، منح الجليل شرح مختصر خليل، بيروت: دار الفكر. ج7، ص236-240.
- العمرائي، ي. (2000)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ط1، جدة: دار المنهاج، تحقيق: قاسم محمد النوري. ج7، ص120.
- الكاساني، ع. (1986)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، بيروت: دار الكتب العلمية. ج5، ص7-30. الكلوزاني، م. (2004)، الهداية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط1،
- مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، تحقيق: عبد اللطيف هميم، وماهر ياسين الفحل. ص323.
- الموردي، ع. (1999)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، تحقيق: علي معوض و عادل عبد الموجود. ج7، ص253-268.
- المرداوي، ع. (د.ت)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط2، بيروت: دار إحياء التراث العربي. ج6، ص285-293.
- المزني، أ. (1990)، مختصر المزني (مطبوع ملحقاً بالأم للشافعي)، بيروت: دار المعرفة. ج8، ص220.
- المواق، م. (1994)، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، ج7، ص391-400.
- النوري، ي. (د.ت)، المجموع شرح المذهب، بيروت: دار الفكر. ج14، ص335-339.
- الهوري، م. (2001)، تهذيب اللغة، ط1، بيروت: دار إحياء التراث العربي، تحقيق: محمد عوض مرعب. ج1، ص278، ج8، ص245.^{xviii}

Buyer's Behavior and its Impact on the Right of Pre-emption "Doctrinal Comparative Study"

Mohammad M. Omoash*

ABSTRACT

The study addressed the issue of the actions of the buyer in the share of the Report, and the impact of these actions on the provisions of pre-emption. These actions include Turning the report to "waqf", or mortgaging it, selling it or writing wills renting it or the demolition of property and the establishment of a new one, or the uprooting of trees and planting new trees. Therefore, it is clear that these actions as a whole do not affect the right of first refusal in the pre-emption, and the first refusal reserves this right; because his right is conserved despite these actions.

Keywords: Action, Pre-emption.

* Faculty of Shari'a and Islamic studies, University of Sharjah, United Arab Emarites. Received on 27/06/2015 and Accepted for Publication on 23/07/2015.