الشفعة:أركانها و شروط أركانها

عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة ما لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ و إن شاء ترك فإن باع و لم يؤذنه فهو أحق به

رواه مسلم : باب الشفعة

القاموس اللغوي والإصطلاحي:

ربعة: الربعة والربع والمسكن ومطلق الأرض .

حائط : البستان أو الضيعة.

يوذن شريكه::يعلمه بعزمه على البيع.

المضامين والإستنتاج:

1 – قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم بحق الشفعة في المال المشترك على الشياع.

2 – الندب إلى إعلام الشريك البائع شريكه بالعزم على البيع.

3 – الشريك المأذون في البيع مخير في الأخذ بالشفعة أو تركها وإمضاء البيع.

4 – للشريك غير المأذون في البيع الحق ف الشفعة بعد البيع.

الاستنتاج: قضاء الرسول صلى الله عليه وسلم بالشفعة دليل على مشروعيتها بشرط أن تكون في المال المشترك على الشياع.

التحليل:

تعريف الشفعة لغة واصطلاحا:

الشفعة لغة: مأخوذة من الشفع ومعناه الضم والزيادة والتقوية. جاء في لسان العرب: الشفع خلاف الوتر وهو الزوج /هـ . وسميت الشفعة بذلك لأن الشفيع يضم ما يتملكه بهذا الحق إلى نصيبه أو ملكه فيزيده عليه و يتقوى به

الشفعة اصطلاحا: الشفعة معناها استحقاق الشريك أخذ حصة شريكه التي باعها للأجنبي بغير إذنه بمثل الثمن الذي باعها به . و قد عرفها الفقهاء بعدة تعاريف منها التعريفان الآتيان:

1. " الشفعة استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه " و هذا التعريف لابن عرفة
2. " الشفعة أخذ شريك ممن تجدد ملكه اللازم اختيارا بمعاوضة عقارا أو ما يتبعه بمثل الثمن أو قيمته أو قيمة الشقص أو ما حدده الشارع في عوض الشقص "

شرح التعريف

الشفعة أخذ شريك : فالشفعة لا تثبت إلا للشريك فلا يستحقها غيره بهذا القيد كالحار خلافا للحنفية

ممن تجدد ملكه: و هو الذي انتقل النصيب إليه فيعتبر أنه داخل جديد لملكية العقار المشترك.

اللازم: أي انتقل الملك بصفة نهائية؛ فلا شفعة في لبيع غير اللازم الشريك يشرط الخيار

بمعاوضة : فلا شفعة للشفيع فيما ملكه المشتري المشفوع منه تبرعا على القول المشهور في المذهب

عقارا أو ما يتبعه : فلا تكون في غيره من المنقولات, كما في المذهب

بمثل الثمن أو قيمته ...: فلا يستحق الشريك الشفعة إلا إذا دفع للمشفوع منه ما خرج من يده بمناسبة حصوله على النصيب المشفوع. مثل الثمن الذي دفعه إن كان من المثليات و بقيمته إن كان من المقومات.

حكمها و أصل مشروعيتها

الشفعة رخصة مشروعة مستثناة من قوله تعالى : " إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " النساء:29 و قوله صلى الله عليه و سلم : " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه " رواه أحمد و أبو داود. و تندرج تحت قاعدة " لا ضرر و لا ضرار ". و هي جائزة في حق الشفيع؛ و ذلك أن الشرع قد منحه حرية الاختيار بين الأخذ بالشفعة باعتبارها حقا مشروعا له, و أو التنازل عن هذا الحق للمشتري الذي أصبح شريكا حديدا له.

أما أصل مشروعيتها فبالسنة و الإجماع , و لم يرد فيها نص من القرآن. فمن السنة النبوية حديث جابر المتفق عليه:"قضى رسول الله صلى الله عليه و سلم بالشفعة فيما لم يقسم, فإذا وقعت الحدود و صرفت الطرق فلا شفعة" . أما الإجماع فقد جمع أهل العلم على العمل بها و على إثبات حق الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط..

حكمتها

اتفق العلماء أن الشفعة شرعت لإزالة الضرر عن الشركاء, ثم اختلفوا في الضرر الذي شرعت لرفعه على قولين:

1. القول الأول : يرى أصحابه أنها شرعت لرفع ضرر الشركة؛ و يترتب على هذا القول أن الشفعة تشرع فيما يقبل القسمة و ما يقبلها من الأصول .
2. القول الثاني: يرى أصحابه أنها شرعت لرفع ضرر القسمة؛ و يترتب على هذا الرأي أنها تختص بما يقبل القسمة و لا تشرع فيما لا يقبلها

أركانها و ما يشترط في كل ركن

حقيقة الشفعة و ماهيتها لا تتحقق إلا بوجود الأركان الآتية: الشفيع و المشفوع منه و المشفوع فيه و المشفوع به و الصيغة :

- الشفيع: و هو الآخذ للشفعة المستحق لها بسب انتقال حصة شريكه إلى شخص آخر. و يشترط فيه للأخذ بالشفعة الشروط الآتية:

1. إن يوجد له سبب في الشفعة : و هو البيع للحديث : " فإن باع و لم يؤذنه فهو أحق به "
2. أن يكون شريكا على الشياع : بحيث يملك في العقار نسبة معينة في جميعه غير معين و مفرز كالنصف و الثلث و الربع؛ كما في الموطأ (كتاب الشفعة: باب ما تقع به الشفعة) : قال مالك: " إنه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن الشفعة هل فيها من سنة؟ قال نعم, الشفعة في الدور و الأرضين, و لا تكون إلا بين الشركاء " و عليه فلا يستحق الشفعة غير الشريك من قريب أو زوج و لا الشريك في الجوار خلافا للحنفية الذين يرون أن للجار الملاصق حق الشفعة أيضا عند عدم وجود الشريك في الرقبة. و لا شفعة أيضا للشريك في مساحة معينة و لا صاحب علو و لا الشريك المفاوض
3. أن يكون شريكا في الذات (الرقبة) : قال مالك: " إنه بلغه أن سعيد بن المسيب سئل عن الشفعة هل فيها من سنة؟ قال نعم, الشفعة في الدور و الأرضين " ؛أما إذا لم يملك إلا المنفعة مؤقتا أو مؤبدا لم يكن له الأخ بالشفعة؛ كمن أوصي له بالمنفعة, أو المحبس عليه

www.students.ma

4. أن تكون شركته ثابتة و مستمرة إلى حين البيع : أما إذا وقع البيع بعد إلغاء الشركة فلا شفعة لحديث جابر:" ... فإذا وقعت الحدود و صرفت الطرق فلا شفعة"
5. أن يكون مليئا بالثمن : سواء في السنة التي وقعت فيها المعاوضة التي استحق بها الشفعة, أو عند مطالبته بالشفعة ح فلا شفعة للمعدم إلا بالإتيان بضامن أو تعجيل الثمن.
6. أ ن يشفع ليملك : فإن شفع ليبيع ؛ ليس له ذلك و سقطت شفعته إن فعل.

أحوال الشفيع :

تختلف أحكام الشفعة بالنظر إلى الشفيع الذي توفرت فيه شروط الشفعة باختلاف أحواله فإذا كان الشفيع حاضرا, عالما بالبيع, رشيدا, صحيحا, ثبت له حق الأخذ بالشفعة داخل السنة الكاملة من يوم العلم بالبيع. و هذه الحالة هي الأصل فيه, و قد تعتريه أحوال أخرى نلخص أحكامها في الجدول أسفله:

أحوال الشفيع		حكم أحوال الشفيع
شفعة الشريك المحجور		يرى عامة الفقهاء و منهم المالكية أن الصبي الصغير يثبت له الحق في الشفعة ، كما تثبت للمحجور لجنون أو سفه. و يجب على ولي المحجور أن يشفع له و يملك النصيب الذي شفعه له فيستقر في ملكه، و لا يستطيع أن ينقض ما فعله وليه عند بلوغه و رشده . فإن ترك الولي الشفعة التي كان محجوره يستحقها فحكمها ما يلي
	1- إذا كان للمحجور ولي	• إذا توخى المصلحة للصبي في ذلك فإن حق المحجور في الشفعة يسقط و ليس له الحق في طلبها بعد الشفعة
		• إذا لم يتوخ مصلحة محجوره فظاهر المدونة أن حق المحجور في الشفعة يسقط فيما إذا أسقطه وليه، بناءا على أن الشفعة تعتبر بمثابة الشراء و هو ما جرى به العمل خلافا لمن يرى أن حق المحجور لا يسقط باسقاط الولي إياها ولذلك يحق له عند رشده أن يطالب بشفعته بناءا أن الشفعة استحقاق لا شراء
		• أما مقدم القاضي إذا تبين أنه لم يراع مصلحة المحجور في أسقطها فإن حقه لا يسقط و يمكن أن يطالب به إن رشد. فإن تبين أنه توخى المصلحة في إسقاطها سقطت الشفعة حينئذ.
	2- إذا كان المحجور مهملا	الصغير أو المجنون أو السفيه الذي لا ولي له ، له الحق في الشفعة و لو طالت السنون إذا ثبت عذره و حتى يزول العذر. و ما عليه العمل الفاسي أن على المحجور المهمل أن يثبت عند رشده أنه كان مليئا يوم البيع أو خلال السنة التي وقع فيها البيع و إلا لا شفعة له و لو كان الآن قادرا على أداء الثمن.
شفعة المريض		للشريك المريض مرضا مخوفا أن يشفع ما باعه شريكه لأنه لا يحجر عليه في المعاوضات. و إذا مات أثناء استحقاق الشفعة فإن للورثة أن يشفعوا لأنفسهم بانتقال حق الشفعة إليهم. و هل يعتبر المرض المطلق عذرا في السكوت عنها خلاف : قيل لا يعذر و قيل يعذر بمرض و هو الأصح .
شفعة الغائب		يرى الجمهور و منهم الإمام مالك أن للغائب حق الشفعة سواء كانت غيبته قريبة أم بعيدة و يبتدئ أجل الشفعة في حقه من تاريخ علمه بعد رجوعه من غيبته. و قال أشهب إن هذا الحكم يختص بالغائب البعيد الغيبة دون القريب من مكان المشتري و لا مشقة عليه في اتيانه فإن شفعته تسقط إذا مرت سنة من تاريخ علمه و يعامل معاملة الحاضر.
شفعة المعدم		إذا كان الشفيع معدما أكثر من المشتري فلا شفعة له إلا بالإتيان بضامن أو تعجيل الثمن ، و إذا عجز عن الأمرين بعد الأخذ بالشفعة خير المشتري : فإن قبل رده فواضح ، فإن لم يقبل رده بيع على الشفيع ماله لأداء الثمن معجلا.

شفعة ذي عذر	من خاف على نفسه أو ماله من سطوة المشتري لا تسقط شفعته و لو طالت السنون حتى يزول العذر, و تمضي سنة على زواله' إذا ثبت عذره.

www.students.ma

❖ المشفوع منه: و هو المالك الجديد الذي تملك بعوض في عقار حصة أحد الشركاء على الشياع لازما اختيارا.و يشترط فيه ليصح أن تشفع منه الحصة المشتراة ما يلي:

1. **أن تنتقل إليه ملكية الحصة المبيعة له من المشترك بين الشركاء**
2. **أن يتجدد ملكه عليها بمعاوضة:** كان العوض ماليا أو غير مالي, كان بعقد بيع أو هبة ثواب أو أية وسيلة أخرى: مناقلة أو مصالحة أو تعويض عن جرح أو في صداق أو غير ذلك. و عليه فلا شفعة فيما تملكه بغير عوض كإرث مثلا أو تبرع؛ و المشهور أنه لا شفعة في التبرعات من صدقة, و هبة , و نحلة, و ما يدفعه الولي لمحجور تحللا, و قيل بثبوت الشفعة في التبرعات أيضا مثل المعاوضات , و المعمول به أنه لا شفعة فيها إلا أن توجد قرائن تدل على البيع و التحايل بإظهار التبرع فيجب الشفعة حينئذ بقيمة الشقص.
3. **أن يكون التفويت له ببيع صحيح لازم:** للشفيع حق الشفعة في أخذ النصيب الذي ملكه المشفوع منه عن طريق البيع الصحيح النافذ سواء كان البيع مساومة أو مزايدة, و سواء كان الشريك الشفيع حاضرا أثناء المزايدة أم لا, فلا شفعة في البيع الفاسد مطلقا؛ سواء اتفق على فساده أو أختلف فيه, و يجب فسخه إلا أن يفوت بهدم أو بناء أو غرس أو ما شابه ذلك , ففيه الشفعة بالقيمة يوم القبض إن كان متفقا على فساده. و إن اختلف فيه فالشفعة بالثمن. و أما إذا فات ببيع صحيح كانت الشفعة بالثمن الثاني, إلا أن يقوم الشفيع قبل نقد المشتري الأول فللشفيع الخيار في أخذه بالثمن الثاني أو الأول في المختلف على فساده, و في أخذه بالثمن الثاني أو القيمة في المتفق على فساده. و إذا فات البيع الثاني ببيع فاسد فسد الأول و الثاني و لا شفعة . و لا شفعة أيضا في البيع على الخيار و إن كان صحيحا إلا بعد انتهاء مدة الخيار لعدم لزومه.

وإذا كان البيع مناقلة ففيه الشفعة أيضا و لو قصد بها الرفق , على المشهور و تكون بقيمة المدفوع لا بقيمة المشفوع ما لم تكن المناقلة فيما هو مشترك بين الشركاء,فلا شفعة فيها على المعمول به لأنه لم يقصد به البيع, وإنما أريد بها مساعدة الشريك جمع حظه للانتفاع به.

و تثب الشفعة أيضا إذا كان كانت المعاوضة هبة ثواب , و تكون بقيمة الثواب بعد تعيينه, أو دفعه بالفعل, و يبقى حق الشريك في الشفعة محفوظا و لو طال الأمد, ما لمك يسترد الواهب النصيب الموهوب, فإن استرده فلا شفعة للشريك.

❖ المشفوع فيه: الحصة المبيعة من المشترك التي يحق للشفيع أن يستردها من المشفوع منه و قد يكون المشفوع عقارا,أو في كراء, أو مغارسة, أو في ثمار, أو زرع و خضر, أو حيوان و عروض و لكل حكمه

1. الشفعة في العقار : العقار أو الأصول بصفة عامة هي الأرض و ما اتصل بها من بناء و شجر والشفعة ثابتة فيها بشرط أن تكون مشتركة في ملك, و أن تكون بجزء مشاع, و أن تستمر الشركة إلى حين البيع. و تمتنع إذا قسمت و حددت حدودها و صرفت طرقها.

و الشفعة ثابتة و مشروعة في كل ما يقبل القسمة بلا فساد استقلالا؛ كالأرض و بعض الدور, أو تبعا مثل البئر التي لم تقسم أرضها؛ فإن باع أحد الشريكين نصيبه في التابع و المتبوع قبل القسمة كانت

الشفعة فيهما, كما تثبت الشفعة إذا باع نصيبه في التابع دون المتبوع إذا لم يقسم متبوعه. فإن بيع التابع بعد قسم متبوعه فخلاف في ثبوت الشفعة و عدمها؛ و ظاهر المدونة أنه لا شفعة فيع , و المعمول به ثبوتها فيه.

حكم الشفعة فيما لا يقسم من الأصول : ما لا ينقسم بنفسه ولا تبعا لغيره أو يقبلها بفساد مثل الشجرة الواحدة أو الرحى و الفرن و الحمام و البيت الصغير و الدكان الضيق وشبه ذلك تكون فيه الشفعة عند مالك و أشهب و به العمل و القضاء خلافا لابن القاسم بناء على أن الشفعة شرعت لرفع ضرر الشركة , و قيل لا شفعة في ذلك كله بناء على أنها شرعت لرفع ضرر القسمة .

2. الشفعة في الكراء : اختلف فقهاء المالكية في شفعة الشيء المشترك بين الشريكين رقبة أو منفعة إذا أكرى أحدهما نصيبه على رأيين :

أولهما: يرى امتناع الشفعة في الكراء و هو المشهور

و ثانيهما : يرى جوازها بالكراء و شهر أيضا و به العمل بشرطين: 1. أن يكون مما ينقسم 2. أي يشفع ليسكن.

3. الشفعة في المغارسة : يستحق العامل الشفعة إذا باع صاحب الأرض أرضه و كان حين البيع قد أتم عمله, فإن لم يتمه بعد حين البيع يبقى حقه في الشفعة موقوفا, إلى أن تنتهي المدة المتفق عليها في المغارسة؛ فإن نجح في عمله حكم له بالشفعة و إلا فلا.

4. الشفعة في الثمار :إذا باع الشريك واجبه في الشجر و الثمر فلشريكه الحق في الشفعة و هي ثابتة مع أصولها تبعا لها اتفاقا إذا كانت أصولها تقبل القسمة, و على المعمول به إذا كانت لا تقبلها. كما تجب فيها إذا بيعت الثمار لوحدها سواء كانت أصولها مشتركة بينهما أو لأحدهما أو لأجنبي بشرط بدو صلاحها وقت فواته , فإن لم يبد صلاحها فالبيع فاسد لا شفعة فيه إلا بعد فواته. و تسقط الشغعة في الثمار ببيسها و حصول منفعتها فيما لا ييبس مما يؤكل أخضر.. و لا شفعة في الثمار الصيفية و الفول الخضر على ما به العمل, لأن ضرر الشركة فيها خفيف لا يطول بخلاف الثمار الخريفية و ورق التوت و الورد ففيها الشفعة

5. الشفعة في الحيوان و العروض: المشهور أنه لا شفعة في الحيوان على اختلاف أنواعه, و العروض كلها من ثياب و سلاح و غير ذلك, إلا أن يكون الحيوان معدا للعمل في حائط ففيه الشفعة إذا بيع مع الحائط تبعا له و إلا فلا شفعة. و للشريك في العروض و الحيوان الحق في أخذ نصيب شريكه فيهما بالثمن الذي بلغه الحيوان أو العرض قبل نفاذ البيع جبرا على شريكه رفعا للضرر, و لا يعتبر ها الفعل شفعة لأنها أخذ من يد المشتري و هنا الأخذ من يد البائع.

6. الشفعة في الزروع و الخضر : لا شفعة في الزروع و الخضر سواء بيعت مع أصلها أو لوحدها, و الشفعة بالأرض بما ينوبها من الثمن لأن ضرر الشركة فيها خفيف يزول بزوالها و لا يطول الاشتراك فيها.

❖ المشفوع به: و هو الثمن أو قيمته أو قيمة الشقص الذي يؤديه الشفيع للمشفوع منه مقابل انتزاع المشفوع فيه من يده. و تجب الشفعة بمثل ما ما وقع به البيع من جنس الثمن و صفته منة حلول و تأخير و ضمان و رهن و غير ذلك

- فإن كان المشفوع به من المثليات: كشراء بعين أو طعام أو غيرهما أو من العروض الموصوفة فالشفعة بمثل ذلك قدرا و صفة
- و إن كان المشفوع به مقوما معينا فالشفعة بقيمته
- و إن كان الشراء بكراء أو إجارة فالشفعة بقيمة الكراء أو الإجارة.فإن كانت بمغارسة فالشفعة بأجرة العامل
- و إذا دفع في عوض غير مالي كصداق أو تعويض عن جناية أو صلح فالشفعة بقيمة الشقص
- و اختلف في الدين يؤخذ عنه الشقص و المشهور أن الشفعة تكون بمثله إلا أن يتحايل في الدين على إسقاط الشفعة

❖ الصيغة: و هي كل ما دل على الأخذ بالشفعة مثل شفعتك , و أخذت بالشفعة أو طلبتها من المشتري أو قمت بها عليه.