



شفعة الجار وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"

د أحمد أبو عيسى عبد الحميد

قسم القانون، الأكاديمية الليبية للدراسات العليا، طرابلس، ليبيا.

ahmedboesa6@gmail.com *

Neighbor pre-emption and rule "No harm, no foul"

Ahmed Abu Eisa Abdulhamid Altibbakh

Department of Law, Libyan Academy for Postgraduate Studies, Tripoli, Libya.

تاريخ النشر: 2022-01-10

تاريخ القبول: 2021-12-29

تاريخ الاستلام: 2021-12-20

الملخص

وحق الشفعة نظام يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية التي هي مصدره المادي والتاريخي. وقد حرص الفقه الإسلامي على تنظيم قواعد وأحكام الشفعة بما يتجاوز جميع القوانين الوضعية. بُنيت أحكام الشريعة الإسلامية على أساس رعاية مصالح العباد في الحاضر والمستقبل، وجلب المنافع للعباد، ودفع الضرر عنهم، وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" هي تعتبر من أهم القواعد الفقهية للتعامل مع أمر مهم تعنتي به الشريعة الإسلامية وهو منع الضرر ودفعه.

الكلمات الدالة: الشفعة، أحكام الشريعة الإسلامية، رعاية مصالح العباد، لا ضرر ولا ضرار، الشريعة الإسلامية.

Abstract

The right of pre-emption is a system that derives its provisions from Islamic law, which is its material and historical source. Islamic jurisprudence was keen to regulate the rules and provisions of pre-emption beyond all statutory laws. The provisions of Islamic Sharia were built on the basis of caring for the interests of the people in the present and in the future, bringing benefits to the people, and warding off harm from them. The rule of "no harm, no harm" is considered one of the most important jurisprudential rules for dealing with an important matter that Islamic Sharia takes care of, which is preventing and repelling harm.

Keywords: Pre-emption, the provisions of Islamic Sharia, caring for the interests of the people, neither harm nor harm, Islamic Sharia.

المقدمة

حق الشفعة نظام استمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، فهي المصدر المادي والتاريخي له، وقد اعتنى الفقه الإسلامي بتنظيم قواعد وأحكام الشفعة تنظيمًا يفوق كل القوانين الوضعية.

ورغم اتفاق فقهاء المسلمين على جواز الشفعة في المال الشائع، إلا أنهم اختلفوا في شفعة الجار، وهذا الاختلاف تترتب عليه آثار مهمة باعتبار الشفعة قيّداً على حرية التملك والتصرف والتعاقد، فبمقتضاها يجد المشتري نفسه مجبراً على التخلي عن العقار الذي اشتراه، ويجد البائع نفسه طرفاً مع شخص آخر غير الذي باع له، ويجد الشفيع نفسه طرفاً في عقد لم يناقش بنوده ولم يعرف شروطه مسبقاً. ودوماً ما يحتج بأن الشفعة إنما شرعت لدفع المضار تطبيقاً لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"⁽¹⁾، فأحكام الشريعة الإسلامية بنيت على أساس رعاية مصالح العباد في العاجل والأجل، وجلب المنافع للعباد، ودفع المفاسد عنهم، وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" تعد من أهم القواعد الفقهية لتناولها أمراً مهماً اعتنت الشريعة الإسلامية به ألا وهو منع الضرر وإزالته؛ لأن الأصل في الضرر و الضرر التحريم والمنع، قال تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾⁽²⁾.

وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" تتضمن دفع الضرر قبل وبعد وقوعه، كما يفهم منها أن جميع أنواع الضرر لا تجوز إلا إذا كان بحق.⁽³⁾

وإذا كان الأساس الذي تستند عليه أحكام الشفعة مضنة دفع الضرر المتوقع من المشتري، فهل ينطبق ذلك على الجار باعتباره مجاوراً للمشتري وقد يتضرر منه؟.

اختلف فقهاء المسلمين في مدى حق الجار في الأخذ بالشفعة، ورغم ورود أحاديث كثيرة تتحدث عن شفعة الجار، حاول الفريق الرافض لشفعة الجار تأويلها بما يتفق ورأيه، أما الفريق المؤيد لشفعة الجار، فقد أخذ بصراحة الأحاديث معطياً بذلك للجار الحق في الأخذ بحق الشفعة.

وأمام هذا الاختلاف، وللوقوف على حقيقة شفعة الجار، أحاول في هذا البحث استعراض وجهة نظر الفريقين ومناقشتها حتى نفق على الراجح منها والمرجوح. وقد قسم هذا البحث بعد المقدمة على مبحثين وخاتمة.

المبحث الأول: مفهوم شفعة الجار. الذي قسم على مطلبين:

المطلب الأول: تعريف شفعة الجار.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشفعة الجار.

المبحث الثاني: أحكام شفعة الجار، الذي قسم على ثلاث مطالب:

⁽¹⁾رواه مسلم، كتاب البر والصلة، باب تحريم الظلم، حديث رقم (2577).

⁽²⁾سورة الحج، الآية (78) رواية قالون عن الإمام نافع.

⁽³⁾الفتح المبين بشرح الأربعين، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحقيق/ أحمد جاسم وآخرون، دار المنهاج - بيروت، ط1، 1428هـ - 2008، ص516.

- المطلب الأول: عدم جواز الأخذ بشفاعة الجار.
- المطلب الثاني: جواز الأخذ بشفاعة الجار.
- المطلب الثالث: الرأي الراجح في شفاعة الجار.
- الخاتمة.

المبحث الأول: مفهوم شفاعة الجار

للتعرف على مفهوم شفاعة الجار يتطلب الأمر تعريفها وبيان الحكمة التشريعية منها، في مطلب أول، ثم الوقوف على طبيعتها القانونية في مطلب ثان.

المطلب الأول: تعريف الشفاعة وبيان الحكمة التشريعية منها.

أتناول هذا المطلب في فقرتين: تعريف شفاعة الجار في فقرة أولى، والحكمة التشريعية منها في فقرة ثانية.

الفقرة الأولى: تعريف شفاعة الجار.

نعرفها أولاً لغة، لنقف بعدها على تعريفها اصطلاحاً.

أولاً: تعريف شفاعة الجار لغة.

للشفاعة عدة اشتقاقات ومصادر في اللغة العربية منها: مصدر شفع: أي الشفَعُ، وهي ضد الوتر(1) فيقال كان وترا فشفعه، ويقول العرب: شفع الشيء صيره شفعا أي زوجا بأن يضيف إليه مثله.(2) ويقال: شفع الشيء شفعا، أي ضم مثله إليه جعله زوجا، ولهذا يقال: شفع البصر الأشباح، أي رآها مثلينا. والشفائع هي المزدوجات، فيقال شفائع النبات وهو ما ينبت مزدوجا، ويقال ناقة شفوع، وهي التي تجمع بين محلبين في حلبة واحدة. والشفع في العدد هو الزوج وجمعها شفعاء(3)، فيقال: شاة شافع، أي معها ولدها، ويقال في الصلاة: شفعت الركعة، أي جعلتها اثنتين.(4) قال تعالى: {ومن يشفع شفاعا حسنة يكن له نصيب منها ومن يشفع شفاعا سيئة يكن له كفل منها}(5) أي: من يرغب في زيادة عمله وتنميته، إنما يكون بضم عمل إلى عمل.

(1) محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، ط1، دار الكتاب الحديث - الكويت، 1993م، ص329.

(2) ابن منظور، لسان العرب، دار لسان العرب - لبنان، 1988م، ص333.

(3) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ط2، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع - اسطنبول، تركيا، بدون تاريخ، ص487/1.

(4) علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي - بدون ذكر البلد، 1996م، ص265/2.

(5) سورة النساء، الآية 85، برواية قالون عن نافع المدني.

ومن خلال المعنى اللغوي للشفعة يتضح أنها تتمحور حول معنى واحد لها وهو الضم والزيادة والاضافة، وهو ما يتوافق مع المعنى الشرعي والفقهية لها الذي يعني ضم ملكية العقار المشفوع فيه إلى أملاك الشفيع جبرا على مالكة ومشتريه.

ثانياً: تعريف الشفعة شرعا.

تعددت آراء الفقهاء في تعريف الشفعة منها:

1. عرفها المالكية بعدة تعريفات منها:

- عرفها ابن عرفة بأنها: "استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه".(1)
- وعرفها الشيخ الدردير بأنها: " الشفعة استحقاق شريك لأخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته".(2)

2. ويلاحظ على هذين التعريفين أنهما استعملا كلمة (استحقاق) والهدف من ذلك أن من حق الشريك أخذ عقار شريكه الذي باعه لغيره مقابل ثمن بيعه إن كان العقد بيعا، أو قيمة العقار الذي بادله به إذا كان العقد مقايضة على أساس أن البيع والمقايضة لهما نفس الحكم في الشريعة الإسلامية.

- وعرفها الشيخ أبو زهرة بأنها: "حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن".(3)

ويلاحظ على هذا التعريف أن كلمة (حق) المقصود منها أن الشفيع له الحق أي الاختيار وليس جبرا، وأن عبارة (كله أو بعضه) ليس المقصود منها أن يأخذ الشفيع بالشفعة في كل العقار المبيع أو جزءا منه، إنما المقصود إذا تعدد الشفعاء وكانوا من طبقة واحدة يقسم بينهم بحسب نصيب كل شفيع تحقيقا للعدالة والمساواة في الأنصبة.

1- عرفها الحنفية بعدة تعريفات منها:

- عرفها ابن عابدين بأنها: "تملك النفعة جبرا على المشتري بما قام عليه"(4)، والمقصود بالشفعة في هذا التعريف العقار المشفوع فيه.

(1) محمد بن حارث الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، حققه وعلق عليه: محمد أبو الأجنان وآخرون، الدار العربية للكتاب - تونس، 1985م، هامش 134.

(2) سيد أحمد الدردير، الشرح الصغير، المطبوعات الجميلة - الجزائر، 1992م، ص 254/3.

(3) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي - القاهرة، 1988م، ص 150.

(4) محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ط 2، مطبعة مصطفى البابلي الحلبي - القاهرة، 1963م، ص 142/5.

- وعرفها عبد العزيز أبو غددير بأنها: "ضم بقعة مشتراة إلى عقار الشفيح بسبب شركة أو جوار" (1)، والملاحظ على هذا التعريف أنه اعتبر الجوار سببا من أسباب الأخذ بالشفعة.
- وعرفها ابراهيم مصطفى بأنها: "الشفعة حق الجار في تملك العقار جبرا على مشتريه بشروطه التي رسمها الفقهاء" (2).
- وعرفتها مجلة الأحكام العدلية في المادة (950) بأنها: "الشفعة تملك العقار جبرا على مشتريه بما قام عليه من الثمن" (3).

ثالثاً: تعريف الشفعة قانوناً.

رغم اتفاق الفقه القانوني على اعتبار الشفعة سببا من أسباب اكتساب الملكية، إلا أن هناك اختلاف بين القوانين في تعريف الشفعة منها:

- 1- عرّف القانون المدني الكويتي الشفعة في المادة 891 من القانون المدني بأنها هي: "الحلول محل المشتري عند بيع العقار أو المنقول في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها" (4).
- 2- وعرفها القانون المدني اليمني في المادة 1255 من القانون المدني بأنها: "حق تملك عقارات ولو جبرا ملكت لآخر بعقد صحيح بعوض مال معلوم على أية صفة كانت مثلية أو قيمية أو منقولة أو غير منقولة بما قام عليها من العوض والمؤن" (5).

والملاحظ على هذين التعريفين:

- أن التعريفين يعطيان الحق في الأخذ بالشفعة سواء في العقارات أو المنقولات.
 - القانون المدني اليمني يعتبر الشفعة حق تملك في جميع عقود المعاوضات أي في البيع وغيره، أما القانون المدني الكويتي فلا يعتبرها لا حق ولا رخصة وأورد عبارة (حلول محل المشتري) وتكون في بيع العقارات والمنقولات فقط دون عقود المعاوضة الأخرى.
 - 3- وعرفها القانون المدني الأردني في المادة 1150 من القانون المدني بأنها: "الشفعة هي حق تملك المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات" (6).
- والملاحظ أن القانون الأردني لا يأخذ بحق الشفعة إلا في بيع العقارات فقط.

(1) عبد العزيز محمد أبي غددير، التعليق على نصوص الشفعة في القانون المدني، دار نور الفجر للطباعة - الاسكندرية، بدون تاريخ، ص9.

(2) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص487.

(3) نقله سليم رستم باز، شرح مجلة الأحكام العدلية، ط2، دار إحياء التراث العربي - لبنان، 1986م، ص561.

(4) مرسوم بالقانون رقم (67) لسنة 1980م بإصدار القانون المدني، جريدة الكويت اليوم، العدد (1335) الصادر بتاريخ 29 صفر 1401هـ - الموافق 5 يناير (كانون الثاني) 1981م.

(5) قرار جمهوري رقم (14) لسنة 2002م بشأن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد (1/7) لسنة 2002م.

(6) قانون مؤقت رقم (43) لسنة 1976م، الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، عمان، بتاريخ الأحد 5 شعبان 1396هـ الموافق 1 آت 1976م، العدد (2645).

4- وعرفها القانون المدني المصري في المادة 935 من القانون المدني بأنها: "رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية"⁽¹⁾.

5- وعرفها القانون المدني الليبي في المادة 939 من القانون المدني بأنها: "رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية"⁽²⁾.

ويتضح من خلال هذه التعريفات أنها تتفق جميعا على اعتبار الشفعة سببا أو طريقا مشروعاً لكسب ملكية العقارات واعتبارها مجرد رخصة للشفيع، فله الخيار في التمسك بها أو التنازل عنها دون أن يجبره أحد على ذلك.

الفقرة الثانية: الحكمة التشريعية من شفعة الجار.

إن تنظيم الشفعة على مرّ العصور لم يكن عبثاً وغاية في التضييق على الناس في معاملاتهم، وعلى الرغم من بعض العيوب الطفيفة التي تؤخذ على الشفعة، إلا أن ما تحققه من إيجابيات وفوائد لها علاقة بالمصلحة العامة، ودرء لدفع الضرر المتوقع حدوثه في حالة وقوع هذا الضرر على الشريك أو الجار من المشتري الجديد.

نفهم من ذلك أن تصرف الشريك قد يترتب عليه ضرر من الشريك الجديد أو الجار الجديد، وفي المقابل فإن دفع هذا الضرر واجب متى كان ذلك ممكناً.

فما هو الضرر الذي يمكن أن يوصف بأنه ضرر شرعي يعتد به، وهل يمكن أن يتحقق ذلك في شفعة الجار؟.

أولاً: الأساس الشرعي لدفع الضرر.

لقد قعد علماء الأصول والفقهاء المسلمون قواعد أصولية وفقهية مستلهمة من أحكام القرآن والسنة، وأهم قاعدة في ذلك قاعدة "لا ضرر ولا ضرار".

الضرر في اللغة خلاف النفع، والمضرة خلاف المنفعة، ويطلق الضرر على معان عدة منها: النقصان وشدة الحال والضيق، وكلها ترجع إلى ما كان خلاف النفع.⁽³⁾

وقد عرف الضرر بتعريفات عدة منها: "بأنه إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً"⁽¹⁾، وعرف أيضاً بأنه: "الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تعدياً أو تعسفاً أو إهمالاً"⁽²⁾.

(1) الوقائع المصرية، جريدة رسمية للحكومة المصرية، عدد غير اعتيادي، العدد (108) مكرر، الصادر في يوم الخميس 22 رمضان سنة 1367هـ - 29 يوليو 1948م، السنة (119).

(2) القانون المدني الليبي المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 20 فبراير 1954م، تم إعادة طباعته من قبل الإدارة العامة للقانون بتاريخ 1988م،

(3) لسان العرب، ابن منظور، مادة ضرر.

وأساس هذه القاعدة نص حديث نبوي شريف، وهي إحدى القواعد الخمس الكبرى، وتشهد لها نصوص كثيرة من الكتاب والسنة.

ولفظ القاعدة صريح في نفي الضرر عن الفرد والأمة؛ لأن ذلك من الظلم، والله لم يبيح الظلم بحال، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "قالعدل واجب لكل أحد على أحد في جميع الأحوال والظلم لا يباح شيء منه بحال"⁽³⁾.

ونفي الضرر يشمل دفعه قبل وقوعه بكل الأساليب الممكنة، فإذا وقع وجب رفعه بكل ما يمكن من التدابير والوسائل التي تزيل آثاره وتمنع تكراره.⁽⁴⁾

ونفي الضرر نهى عن مقابلة الضرر بمثله على وجه غير مشروع بما يؤدي إليه من توسيع دائرة الضرر بلا منفعة.⁽⁵⁾

إن القانون المدني عندما قرر عدم الأخذ بشفاعة الجار، وإن استند إلى قاعدة: "درء المفسد أولى من جلب المصالح" أي أنه إذا تعارضت مفسدة مع منفعة بأن كان الحصول على المنفعة لا يتأتى إلا بإحداث المفسدة، فإن المفسدة تدفع بترك المنفعة وعدم جلبها، إلا أن تطبيق هذه القاعدة يجب عدم التوسع فيها بحيث تنسف باقي القواعد المكملة لها والتي من أهمها:

1- قاعدة: "الضرر لا يزال بضرر أكبر"⁽⁶⁾.

هذه القاعدة مندرجة تحت القاعدة الكبرى "لا ضرر ولا ضرار" إذ أن نفي الضرر يستلزم إزالته بكل وسيلة بشرط ألا يترتب على الإزالة ضرر مثله أو أكثر منه، وبيان ذلك أن الضرر المراد إزالته لا يخلو من حالتين: الحالة الأولى: ألا يترتب على الإزالة ضرر مطلقاً، وحينئذ فالضرر يزال بالكلية.

الحالة الثانية: أن ينشأ عن إزالة الضرر ضرر آخر، ولا يخلو الأمر حينها من حالتين:

(1) أن يكون الضرر الناشئ أخف من الضرر المزال، والحكم أنه يرتكب الضرر الأخف من أجل دفع الضرر الأعظم.

(1) القواعد الفقهية، علي أحمد الندوي، دار القلم - بيروت، ط1، 1406هـ/1986م، ص252.

(2) الضرر في الفقه الإسلامي، أحمد موافي، دار ابن عفان، ط1، 1418هـ، ص97.

(3) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب/ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، وساعده ابنه محمد، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد/ السعودية، 1428هـ/2004م، ص339.

(4) المدخل إلى دراسة التشريع الإسلامي، محمد عوض الهزايمة - ومصطفى أحمد نجيب، دار عمار/ الأردن، ط1، 1996م، ص115.

(5) القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، مكتبة دار البيان الحديثة/ الطائف - السعودية، 1422هـ/2001م، ص306/1.

(6) المدخل الفقهي العام، مصطفى بن أحمد الزرقاء، مطبعة طربين/ دمشق، ط10، 1387هـ، ص178/2.

(2) أن يكون الضرر الناشئ أكثر من الضرر المزال أو مساويا له، وهذا هو مجال هذه القاعدة، فالضرر لا يزال بمثله ولا بما هو أشد منه، بل يشترط أن يزال بلا ضرر إن أمكن، وإلا فبضرر أخف منه.⁽¹⁾

وعدم الأخذ بشفعة الجار وإن كان يهدف إلى إزالة الضرر المتوقع الذي قد يحل بالمشتري، فإن عدم الأخذ بشفعة الجار يترتب عليه ضرر محقق للجار الذي لا يمكنه دفع هذا الضرر بعد ذلك.

2- قاعدة " يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام".

هذه القاعدة منبثقة من القاعدة العامة " لا ضرر ولا ضرار " ويقصد بها أن مصلحة الجماعة مقدمة على مصلحة الفرد، وأنه يتوجب على الفرد أن يضحي بصالحه من أجل النفع العام الذي يعود على المجموع، فالضرر العام يصيب عموم الناس، والضرر الخاص يصيب فردا أو فئة قليلة، ولهذا كان هذا الضرر دون الضرر العام وإن استلزم دفعه إيقاع ضرر خاص.⁽²⁾

ونحن لا نقول بالتضحية بمصلحة الأفراد المتوقع وقوع الضرر عليهم؛ لأن الضرر الذي يمكن أن يحل بالمشتري هو في الحقيقة تم جبره من خلال استحقاقه لثمن البيع الذي دفعه للبائع، أما الضرر الذي يقع بالجار أو الجيران، فهو ضرر أكبر؛ لأن هذا الضرر لا يمكن دفعه إلا بمشقة، وحتى مع ذلك تبقى آثاره بين الجيران.

3- قاعدة "تصرف ولي الأمر على الرعية منوط بالمصلحة".

والرعية هم عموم الناس الذين هم تحت ولاية ولي الأمر، والمصلحة يقصد بها المصلحة العامة للناس لا الخاصة بفرد أو بعض الأفراد.

وتبين هذه القاعدة حدود الإدارة العامة والسياسة الشرعية في سلطان الولاية وتصرفاتهم في الرعية، فيجب أن تكون هذه الأعمال والتصرفات مبنية على مصلحة الجماعة وتهدف إلى خيرها.⁽³⁾

إن مقاصد الشريعة الإسلامية في الخلق تحقق ثلاثة أنواع من المصالح تحت مسمى المصالح المعتبرة وهي: المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية.

(1) للمزيد حول هذه القاعدة أنظر: - إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر الزرعي المعروف بابن قيم الجوزية، مراجعة/ طه عبد الرؤوف سعد، ص2/139.

- الأشباه والنظائر، تاج الدين عبد الوهاب السبكي، دار الكتب العلمية/ بيروت - لبنان، 1411هـ/1991م، ص41/1.

- القواعد في الفقه الإسلامي، أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب، مكتبة الكليات الأزهرية/ القاهرة، ط1، 1392هـ/1972م، ص73.

- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار إحياء الكتب العربية/مصر، ص95.

(2) القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، مرجع سابق، ص306/1.

(3) المدخل إلى دراسة التشريع الإسلامي، محمد عوض الهزليمة - ومصطفى أحمد نجيب، مرجع سابق، ص117.

والمصالح الضرورية هي التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج⁽¹⁾، والأمور التي تتوقف عليها حياة الناس في الدنيا وبدونها لا تستقيم الحياة تنحصر في خمسة أمور: الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال، ولهذه المصالح الضرورية تكاليف يحفظ بها كل نوع منها، وحول بيان تلك المصالح ووسائل حفظها يقول الإمام الغزالي: "ومقصود الشارع من الخلق أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، وكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة، وهذه الأصول حفظها واقع في مرتبة الضرورة فهو أقوى المراتب في المصالح التي اعتبرها الشارع".

وقد يقول قائل بأن إقرار شفعة الجار هو من باب الأمور المباحة التي تتدرج تحت السياسة الشرعية المخولة لولي الأمر.

نقول بأن الأمور المباحة وفق السياسة الشرعية لولي الأمر ليست مطلقة، وإنما تحكمها قواعد تجعلها جائزة في بعض الأحيان ومحظورة في أحيان أخرى؛ لأن الأمور المباحة لولي الأمر مقيدة بالمقاصد الشرعية للشريعة الإسلامية، فينبغي أن يراعى في تناول المباحات الأصول الكلية التي تتدرج تحتها، فلا يكفي في تناول المباح التعلق بمطلق الإذن، بل لا بد من النظر إلى مدى تحقق الحكمة من تشريعه، ومدى تأثيره على الآخرين ممن تعلقت حقوقهم به؛ لأنه لما ثبت أن الأحكام الشرعية شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك، ولهذا فإن بعض الأشياء تعطى أحكاماً غير الإباحة مع أن أصلها الإباحة، لاشتمالها على مضار يتعين اجتنابها، أو منافع يُعدُّ تقويتها مضرّة، فمشروعية تناول المباح متوقفة على تحقيق مناط مشروعيتها وهو المقصد الذي شرع من أجله، ويكون على ولي الأمر في دائرة المباح أن يوجب على الناس منه ما تستوجب مصلحتهم العامة إيجابه عليهم، أو أن يحظر عليهم ما تستوجب مصلحتهم العامة حظره عليهم؛ لأن من القواعد الأساسية المسلمة في الفقه الإسلامي أن تصرف ولي الأمر منوط بالمصلحة، والمصلحة في ذلك هي ذات حدين، فهي تصلح أساساً يعتمد عليه ولي الأمر لتقييد المباح، كما تصلح ضابطاً يمنعه من تجاوز سلطته لغير ما قصدت منه.

إن من أهم وظائف الدولة -متمثلة في دور ولي الأمر- إقامة العدل ومحاربة الظلم ومنعه من الوقوع فيه؛ لأن العدل هو من أهم الدعائم التي يقوم عليها كل مجتمع صالح، فهو مرتبط بنظام الإدارة والحكم والقضاء وكتابة العهود والمواثيق، بل إنه مرتبط بنظام الأسرة والتربية والاقتصاد والاجتماع والسلوك والتفكير إلى غير ذلك من أنظمة الإسلام المختلفة.

(1) القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، مرجع سابق، ص 205/1 - 206.

والمجتمع العادل هو المجتمع الذي له من النظم والقوانين ما يسهل لكل فرد من أفرادها أن يرقى بنفسه على قدر استعدادها، فلا يكون المجتمع عادلاً حتى تتوفر لكل طائفة من الناس وسائل رقيهم، فإذا قامت الأمة بتوفير هذه الوسائل حق لها أن تسمى مجتمعا عادلاً.⁽¹⁾

ويتطبيق الإباحة الممنوحة لولي الأمر على الضرر المتوقع والضرر الواقع، فإن الأمر يكون على النحو التالي:

(1) إذا كان الضرر واقعا فإنه لا خلاف بين العلماء في ضرورة إزالته؛ لأن الله أرشدنا إلى أن إباحته لشيء ما مشروطة بسلامته من الضرر والايذاء.

والضرر المقصود هنا ما كان أعظم من المصلحة المستجلبية، أو كان متعلقا بمجموع الأمة بناء على قاعدة "أخف الضررين" أو قاعدة "تحمل الضرر الخاص في سبيل المصلحة العامة".

(2) أما إذا كان الضرر متوقعا، فإنه لا يخلوا من أمرين:

أ. أن يلحقه بترك المباح حرج ومشقة، فلا أثر للضرر المتوقع؛ لأن الحرج بالترك واقع ومحقق فلا يتصور التعارض بين المتوقع المتوهم وبين الواقع المتحقق.

ب. أن لا يلحقه بتركه حرج ومشقة، وهذا مجال اجتهاد؛ لأنه إذا كان الضرر المتوقع معتبرا وممكننا فلا شك في منع تناول المباح حماية للمصلحة العامة وتحملا لأخف الضررين⁽²⁾.

ولا شك أن عدم إقرار شفعة الجار فيه ظلم محقق لطائفة كبيرة من هذا المجتمع، ينبغي عدم الاستمرار فيه؛ لأنه إذا فقد العدل انتشر الظلم بين الناس وأكل بعضهم حق بعض وكثرت الفتن والجرائم وأصبح كل فرد من أفراد المجتمع عرضة للاعتداء.

إذا نخلص إلى أن قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" هي أصل تشريعي ودليل لمنع الفعل الضار، ومعالجة عواقبه بما يتفق وقواعد العدالة، فما هو الضرر المتوقع من عدم الأخذ بالشفعة بصفة عامة، وشفعة الجار بصفة خاصة؟.

ثانياً: الأضرار المتوقعة من عدم الأخذ بالشفعة.

شرعت الشفعة لدفع جملة من الأضرار من أهمها:

1- الضرر المتوقع من المشتري الجديد.

تهدف الشفعة من ضمن ما تهدف إليه دفع ضرر الشريك الجديد الذي قد يلحق بباقي الشركاء، فالشريك القديم -البائع- اعتاد باقي الشركاء عليه، وعلى طريقة التعامل معه، فهم على دراية بطبيعة أخلاقه

(1) رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه وتطبيقاته، صالح بن عبد الله بن حميد، جامعة أم القرى/السعودية، ط1، 1403هـ، ص51.

(2) مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن عاشور، دار سخنون/تونس - دار السلام/مصر، ط2، 1428هـ/2007م، ص76.

وتصرفاته، فاطمأنوا بذلك على أموالهم وحصصهم، ومن هنا استقر عملهم في الشراكة، إلا أن دخول شريك جديد عليهم ممن لا يعلمون بحاله وبطريقة التعامل معه، الأمر الذي قد يترتب على دخوله شريكا معهم حدوث نزاعات وخصومات مما يؤدي إلى حل الشراكة، لذلك شرعت الشفعة، فيحل الشريك أو أحد الشركاء محله في شراء ذلك النصيب بدلا من المشتري، وفي ذلك درء لدفع ضرر محتمل ودون إلحاق ضرر بالبائع أو المشتري مع تحقق نفع للشريك من الشركاء.

كما أن الشفعة فيها نفع للعقار نفسه من وقوع ضرر القسمة إذا لم يتفق الشركاء أو أحدهم مع الشريك الجديد، ففي الأخذ بالشفعة تبقى ملكية العقارات في يد شخص واحد.

2- المحافظة على وحدة عناصر الملكية. الملكية التامة هي التي تخول المالك حق الاستعمال والاستغلال والتصرف طبقا لنص المادة 811 من القانون المدني، لكن قد تكون الملكية غير تامة، بحيث يكون حق الاستعمال أو الاستغلال مقرر لشخص آخر غير مالك حق الرقبة، فإذا ما تقرر مثلا حق انتفاع لشخص وبقي حق الرقبة للمالك الأصلي، فيحتمل أن تقع خلافات ونزاعات بين المالكين -أما بالنسبة لحقي الاستعمال والسكنى فهما حقان شخصيان فلا يجوز لمن تقرر لهما هذان الحقان أن يتنازلا عنهما للغير - لذلك أعطي الحق في طلب الأخذ بالشفعة لكل من صاحب حق الرقبة وصاحب حق الانتفاع -بحسب الأحوال- دفعا للضرر المحتمل، وهو ضرر في حالة وقوعه يكون ضررا أكبر من الضرر الذي سيلحق بالمشتري؛ لأن المشتري سيعوض عن ثمن البيع إذا كان قد دفعه للبائع ، وبذلك تجتمع عناصر الملكية في يد واحدة ليصبح مالك الرقبة هو صاحب حق الانتفاع والعكس صحيح.

2- عدم تجزئة العقار.

من أهم الأسباب التي بموجبها يتم الأخذ بالشفعة هو عدم تجزئة العقار المشفوع فيه، حيث تؤدي عملية القسمة إلى تجزئته؛ لأن بيع الشريك حصته في المال الشائع إلى أجنبي ينتهي عادة بالقسمة خاصة إذا كان الشيوخ بين شخصين فقط، ويتأكد ذلك في حالة كان المشتري الجديد على خلاف مع أحد الشركاء، فالشفعة تجنب عملية القسمة وتجزئة العقار إلى عدة أجزاء، وتجميع أجزاء هذا العقار في يد واحدة، وهي من الناحية الاقتصادية مهمة؛ لأنها تؤدي إلى وجود مساحات كبيرة قابلة للإنتاج، وهو هدف عادة ما تسعى التشريعات الداخلية إلى تحقيقه، ففي ليبيا مثلا هناك العديد من التشريعات التي تهدف إلى محاربة الأراضي القزمية، وإلى منع تجزئة العقارات الزراعية بهدف وجود مساحات صالحة للزراعة.

فالشفعة إنما شرعت دفعا للضرر المحتمل، وهو ضرر في حالة وقوعه يكون ضررا أكبر من الضرر الذي سيلحق بالمشتري؛ لأن المشتري سيعوض عن ثمن البيع إذا كان قد دفعه للبائع
إذا نخلص إلى أن دفع الضرر سواء من الشريك الجديد، أو ما قد يصيب العقار من أضرار بالمحافظة على وحدة عناصرها، وعدم تجزئتها، هي الأساس الذي من خلاله شرعت شفعة الشركاء، والسؤال هل هذا الضرر

يمكن أن يلحق الجار ويحق له بذلك طلب الأخذ بالشفعة، أم أن هذا الضرر لا يلحقه، ولا يحق له طلب الأخذ بالشفعة؟.

3- دفع ضرر الجار الجديد.

اختلف الفقهاء في حق الجار في الأخذ بالشفعة من عدمه، فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم ثبوتها للجار؛ لأنها جاءت على غير الأصل فلا يتوسع فيها.

أما الحنفية فقالوا بجواز أخذ الجار بحق الشفعة، ودليلهم صراحة الأحاديث النبوية الشريفة منها قوله -ﷺ-: "جار الدار أحق بدار الجار"، وقوله -ﷺ-: "الجار أحق بصقبة"؛ لأن في الأخذ بالشفعة من قبل الجار فيه دفع لضرر متوقع حدوثه من المشتري، فهو شخص جديد عن الجيران يحتمل أن تكون طباعه وأخلاقه مختلفة عن الجيران، فتنشأ بذلك الخلافات والمنازعات، لذلك يجوز لأحد الجيران أن يأخذ بالشفعة لدفع الضرر المحتمل؛ لأنه لو لم يعط هذا الحق واتضح فيما بعد ضرر الجار الجديد (المشتري) لم يعد بإمكان الجيران إخراجهم من هذا العقار؛ لأنه أصبح مالكا مثلهم، وبالطبع فإن الضرر الذي يصيب الجيران بسبب هذا الجار الجديد هو أكبر بكثير من الضرر الذي يصيب المشتري؛ لأنه في حالة الأخذ بالشفعة يعرض المشتري عن مبلغ البيع الذي دفعه للبائع، وحسب القواعد الفقهية، فإن الضرر الأكبر يدفع بالضرر الأخف، بل إن القاعدة العامة في ذلك هي أن "لا ضرر ولا ضرار"، خاصة وأن الذي سيصيبه الضرر هو الجار الذي وصى الرسول الكريم -ﷺ- بإكرامه، قال -ﷺ-: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره".

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشفعة الجار.

اختلف فقهاء القانون حول الطبيعة القانونية للشفعة، فهناك من يرى أنها حق، وهناك من يرى أنها رخصة، بينما يرى فريق ثالث أنها في منزلة وسطى بين الحق والرخصة، في حين اعتبرها فريق رابع أنها واقعة مركبة.

الفقرة الأولى: الشفعة حق.

يرى فريق من العلماء أن الشفعة حق، لكنهم اختلفوا في نوع هذا الحق، هل هو حق عيني أم حق شخصي؟. الفريق الأول: الشفعة حق شخصي.

يرى هذا الفريق أن الشفعة من الحقوق الشخصية، وهم لا يقصدون بذلك الحق الشخصي المقابل للحق العيني، إنما يقصدون ذلك الحق الشخصي اللصيق بشخص الشفيع الذي لا يورث عنه، ولا تجوز حوالة، كما لا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوه باسمه.⁽¹⁾

الفريق الثاني: الشفعة حق عيني.

(1) سلطة ولي الأمر في تقييد الأمر المباح، البشير المكي العبدلاوي، دار مكتبة المعارف / بيروت - لبنان، ط1، 1432هـ/2011م، ص216.

يرى هذا الفريق أن الشفعة تدخل ضمن الحقوق العينية، الأمر الذي يترتب عليه بعض الآثار المهمة تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعاوى الشفعة وهي المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع فيه، وهو ما أخذ به القانون الليبي من خلال نص المادة 947 من القانون المدني التي تنص على أن: "ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار...".

والسبب في ذلك هو أن الشفيع عندما يطالب بحق الشفعة فهو بذلك يطلب حقا عينيا على ذلك العقار، ومادام حقا عينيا فهو متولد عن ملكية العقار ذاتها، وينتقل بذلك عبر سلسلة المالكين لهذا العقار بانتقال هذا الملك من شخص إلى آخر.⁽¹⁾

وأمام هذا الاختلاف ظهر رأي ثالث يقول بأن الشفعة ما هي إلا حق ذو طبيعة مختلطة، أي أنه ليس حقا عينيا بحتا، ولا حقا شخصيا محضا، على أساس أنه لا يخول للشفيع إلا لاعتبارات شخصية خاصة به، وهذا يقربه من الحق الشخصي، كما أن حق الشفعة لا يتعلق إلا بالعقارات، وهذا يقربه من الحق العيني.⁽²⁾

- وهناك من يرى من الفقهاء بأن حق الشفعة هو من الحقوق الترخيفية أو المنشئة، ويرجع أصل هذه الفكرة إلى القانون الألماني والابيطالي ثم انتقلت إلى القانون السويسري.

- ويقصد بالحقوق المنشئة تلك الحقوق التي يتوقف نشوؤها على إعلان إرادة من تقرر له هذا الحق، فهو لا يتقرر لأي شخص، إنما يتقرر لشخص معين بناء على المركز القانوني الذي يتواجد فيه، مثل حق المسترد في استرداد الحصة الشائعة التي تم بيعها⁽³⁾، وكذلك حق الشفعة إنما يعبر عن مكنة اختيارية تنقرر في حالة بيع عقار يسمى بالعقار المشفوع فيه لشفيع عين القانون أحواله وجعله يشفع بعقار آخر يملكه وقت الشفعة ويسمى بالعقار المشفوع به ليحل محل المشتري ويسمى بالمشفوع منه إذا توافرت شروط محددة.⁽⁴⁾

- كما يرون أن مكنة طلب الأخذ بالشفعة هي حق من الحقوق المالية، لكنه ليس بالحق العيني أو الحق الشخصي، إنما هو حق من نوع خاص⁽⁵⁾ إلا أن كثيرا من الفقهاء يرون بأن الشفعة ليست حقا أصلا، وما هي إلا وسيلة لاكتساب الملكية، لذلك يرى فريق آخر من الفقهاء بأن الشفعة ما هي إلا مجرد رخصة يخولها القانون لشخص يطلق عليه الشفيع لتملك عقار وهو المشفوع فيه.

1. الفقرة الثانية: الشفعة رخصة

(1) مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، علال الفاسي، مؤسسة علال الفاسي، 1429هـ/2008م، ص 59 وما بعدها.
(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، ج 9، مجلد 1، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 1998م، ص 447.
(3) رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 1985م، ص 246.
(4) نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1988م، ص 9-10.
(5) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 448 - 449.

2. قبل معرفة آراء الفقهاء وأدلتهم الذين يرون بأن الشفعة رخصة، لا بد من معرفة ما المقصود بالرخصة، وهل هناك فرق بين الرخصة والحرية، وما هو الفرق بين الرخصة والحق؟.

أولاً: تعريف الرخصة والفرق بينها وبين الحرية.

الرخصة كما عرفها بعض الفقهاء هي عبارة عن مكنة تعطى للشخص بسبب مركز قانوني خاص في أن يحدث أثراً قانونياً بمحض إرادته.

فالرخصة ما هي إلا عبارة عن إعطاء الاختيار للغير من أجل التخيير بين بدائل معروفة مسبقاً ومحددة أو يمكن تحديدها، وبالتالي يبقى القبول أو الرفض من شأن إرادة هذا المعني وحده، وهذا بخلاف الحرية رغم تقاربها معها؛ لأن الحرية هي عبارة عن مكنة يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلاً لاختصاص محدد مثل الحريات العامة كحرية الاعتقاد، وحرية التنقل، وحرية التعبير والرأي، وحرية التعاقد. (1)

وتختلف الحرية عن الرخصة في حدود السبب الذي يمنح مكنة الاختيار، فالسبب متوفر في الرخصة، لكنه غير موجود في الحرية، فحرية التملك مثلاً تعني حرية مطلقة في سلوك أي سبيل للتملك أو عدم سلوكه، بخلاف رخصة التملك، فيقصد بها وجود سبب يقتضي المطالبة بالتملك، وعندما نطبق ذلك على الشفعة فإن الشفيع قبل بيع الشريك لنصيبه له حرية التملك، بخلاف الأمر لو قام هذا الشريك ببيع نصيبه في الشركة عندها يكون لهذا الشفيع رخصة التملك من حيث المطالبة بالشفعة أو عدم المطالبة بها. ومن هذا المنطلق يرى هذا الاتجاه بأن الرخصة في مرتبة أدنى من الحق وأكثر من الحرية. (2)

ثانياً: التمييز بين الرخصة والحق.

ميز الفقهاء بين الحرية والرخصة والحق على أساس أن الرخصة توجد في منزلة وسطى بين الحرية والحق، فيقال حق التملك وحرية التملك، ويوجد بينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يملك. (3)

ومثال ذلك عندما يريد شخص شراء عقار، فهو في هذه الحالة له حرية التملك على هذا العقار وغيره من العقارات مادام أن البائع لم يصدر منه إيجاب بالبيع، أما لو صدر من البائع إيجاب وقابله قبول من المشتري وتم عقد البيع، أصبحت ملكية هذا العقار من حق المشتري، وهذا هو الحد المقصود أي حق الملكية، أما لو صدر إيجاب من البائع ولم يقبله قبول من المشتري، فهنا يصبح المشتري في مرتبة وسطى بين الحق والحرية، وهو ما يعبر عنه بالرخصة. (4)

وعند تطبيق المعنى السابق على الشفيع، ففي حالة عدم قيام الشريك ببيع نصيبه لأجنبي، فإن الشفيع ليس له إلا حرية التملك شأنه شأن أي عقار آخر، أما في حالة أقدم الشريك على بيع نصيبه لأجنبي هنا يكون

(1) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، 1995م، ص 405 - 406.

(2) نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، المرجع السابق، هامش ص 11.

(3) رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، نظرية الحق، الدار الجامعية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 53.

(4) رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 148.

للشريك رخصة التملك، فله الخيار أن يأخذ بالشفعة أو يتركها، فإذا ما أخذ بالشفعة بالتراضي أو عن طريق المحكمة وصدر حكم بذلك يصبح للشفيع حق الملكية وهي أعلى المراتب السابقة. وبناء على التفرقة ما بين الحق والرخصة والحرية، كيّف كثير من الفقهاء الشفعة بأنها رخصة (1) وفقاً للمفهوم السابق بيانه وأكدوا على أن الشفعة ليست حقاً إنما هي طريق لاكتساب الحقوق العينية العقارية المباح بيعها، ويرون أن الشفعة رخصة متصلة بشخص الشفيع ورتبوا على ذلك مجموعة من الآثار على النحو التالي:

1- الشفعة لا تنتقل بطريق الحوالة.

يقصد بذلك أن الشفيع الذي توافرت فيه شروط لأخذ بالشفعة أن يحيل حقه إلى غيره بالتنازل عنه؛ لأن حق الشفعة لصيق بشخصه ومتصل به (2)، وهي بذلك تعتبر منفصلة عن العقار الذي كان سبباً لها؛ أي أنها تتبع العقار أينما كان وحيثما وجد، وبالتالي يستفيد منها المالك الأخير لهذا العقار.

2- عدم استعمال الشفعة نيابة عن الشفيع.

قرر كثير من الفقهاء عدم جواز استعمال الشفعة نيابة عن الشفيع لسببين:

- طبقاً للرأي القائل بأن الشفعة رخصة وليست بحق، فإنه يترتب على ذلك - عند استعمال الدعوى غير المباشرة - أنه لا يجوز للدائنين أن يستعملوا ما لمدينهم من رخص؛ لأن نطاق الدعوى غير المباشرة ينحصر في استعمال الحقوق فقط، والشفعة عند هذا الاتجاه رخصة وليست بحق. (3)
- باعتبار الشفعة متصلة ولصيقة بشخص الشفيع وما يترتب على ذلك من أحكام بالنسبة للدعوى غير المباشرة بحيث لا يمكن للدائنين استعمال الحقوق المتصلة بشخص المدين، وهو ما أكده القانون المدني الليبي حيث نصت المادة 1/238 بقولها: "لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز".

3- تنازل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة.

باعتبار الشفعة رخصة متصلة بشخص الشفيع، فإنه يجوز للشفيع أن يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة بعد قيام سببها، وهو ما يتوافق مع آراء الفقه الإسلامي باعتبار الشفعة مجرد خيار ومشينة لمن تتوافر فيه صفة الأخذ بالشفعة إن شاء أخذ بها وإن شاء تنازل عنها، وبعض القوانين ذهبت إلى أبعد من ذلك حيث أجازت

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، هامش ص 449.

(2) محمد حسين منصور، نظرية الحق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998م، ص 40.

(3) موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ج 43، الدار العربية للموسوعات، بيروت - لبنان، بدون تاريخ، ص 414.

التنازل عن الأخذ بحق الشفعة قبل ثبوت الحق فيها، أي قبل إقدام الشريك على بيع نصيبه لأجنبي، وذلك للتضييق من استعمال رخصة الشفعة بقدر المستطاع(1)؛ لأن حق الأخذ بها جاء على خلاف الأصل، وهو ما أكده القانون المدني الليبي حيث نصت المادة 1/952 بقولها: "يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية:

إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع".

4- توريث حق المطالبة بالشفعة.

توريث حق المطالبة بالشفعة من المسائل التي أغفلتها معظم التشريعات الوضعية، لذلك تباينت آراء الفقهاء بشأنها بين مؤيد ومعارض، بل حتى فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا فيما بينهم في هذا الشأن باعتبار أن الشريعة الإسلامية هي المصدر التاريخي الذي اشتقت منه الشفعة، وأيضاً باعتبارها المصدر الثاني من مصادر التشريع في القانون المدني الليبي طبقاً لنص المادة الأولى منه.

وطالما أن القانون المدني الليبي عند تنظيمه لأحكام وإجراءات الشفعة لم يتناول مسألة انتقال الشفعة بالميراث من عدمه، فيجب الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي في ذلك:
= مذهب الحنفية.

تعتبر الشفعة عند الحنفية من الحقوق الشخصية؛ لأنها عبارة عن خيار وإرادة ومشئئة، فهي لا تعتبر جزءاً من التركة (2) ومن ثم لا تورث، فالحنفية لا يدخلون ضمن التركة إلا الأموال العينية عقارات كانت أو منقولات وما تعلق بها من حقوق عينية مما يمكن الانتفاع به وحيازته حيازة مباشرة وله صفة المالية المحضة، أما ما ليس مالياً محضاً كحق الشرط وخيار الرؤية؛ فإنه لا يورث، وقد ألحقت الشفعة بهذه الحقوق، فالشفعة لا تورث حتى وإن طالب بها الميت قبل وفاته. (3)
= المالكية والشافعية.

يرى كل من المالكية والشافعية أن الشفعة تورث ولا تبطل بالموت، فمن كان من حقه الأخذ بالشفعة ثم مات ولم يعلم بها، أو علم بها ومات قبل تملكها، أو لم يتمكن من الأخذ بها، انتقل الحق إلى الورثة قياساً على الأموال، فلهم أن يستعملوا هذا الحق في أي وقت؛ لأنه حق من حقوق العقار الموروث، فثبتت بذلك الشفعة لمالكه، فمفهوم المال عن المالكية والشافعية أوسع من مفهومه عند الحنفية، فهو يشمل الأشياء المادية العينية

(1) مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص413. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 453.

(2) صالح عبد السمیع الأزهری، جواهر الأكليل شرح مختصر خليل، مطبعة دار الكتاب العربية، بدون البلد، بدون تاريخ، ص327/2.

(3) السيد سابق، فقه السنة، ط5، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، 1992م، ص230/3.

من عقارات ومنقولات والأشياء المعنوية التي لا تدرك إلا بالتصور كالحقوق، بشرط توفرها على خصائص وهي: النفع والتقويم وقابليتها للحيازة والاستئثار، سواء أكانت مباشرة أو غير مباشرة.(1) = الحنابلة.

يرى الحنابلة أن الشفعة لا تورث إلا إذا طالب بها المورث قبل وفاته.(2)، وأساس هذا القول أن الموت عند الإمام أحمد بن حنبل يبطل به ثلاثة أشياء وهي: الشفعة، والحد إذا مات المقذوف، والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار، فهذه الثلاثة أشياء تكون بالطلب وإذا لم يتم ذلك تسقط تلك الحقوق، ويكفي أن يتم ذلك الطلب بالأشهاد، والطلب هنا يعني إعلان الرغبة في ذلك.

وبناء على ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية، فإنه يمكن ترجيح مذهب المالكية والشافعية للأسباب الآتية:

• أن الشفعة حسب رأي جمهور الفقهاء من الحقوق المالية؛ لأنها تتعلق بالعقار وتهدف إلى اكتساب حق عيني عقاري، فالغاية من استعمال رخصة الشفعة هو الحصول على حق عقاري ذو طبيعة مالية تتوافر فيه عناصر الحقوق المالية وهي النفع والتقويم وقابليته للاستئثار والحيازة، ولأن الشفعة تكسب ملكية العقار المشفوع فيه، ولهذا أدخلت الشفعة ضمن إطار الحقوق المالية مما يصح تورثها بمعنى تورث حق طلب الأخذ بالشفعة.

• إن القول بأن الشفعة هي مجرد رغبة وإرادة ومشية، فهي أكثر من الحرية وأقل من الحق، وهي مجرد رخصة (3)، ولذلك لا يجوز توارث الرخص؛ لأنها ليست بحق، وكذلك هي ليست بمال، فإنه يمكن الرد على هذا القول بأن الشفعة هي عبارة عن طريق لاكتساب الملكية، فهي ترتب حق عيني ذو طبيعة مالية، فالوسيلة هنا تأخذ حكم الغاية.

3. أما القول بأنها مجرد إرادة ومشية، فيرد على ذلك بأن الإرادة هنا تتعلق بشيء له وجود سابق؛ لأن الشفيع لا يمكنه المطالبة بأخذ أي عقار بالشفعة، إنما يمكنه أن يمتلك عقارا معيناً بالذات نظراً للمركز القانوني الذي أصبح يحتله ويتوافر أسباب الشفعة، فأصبحت له الأولوية أو الأفضلية على مشتريه، فلو مات الشفيع قبل طلبها لم يتغير حال العقار المشفوع فيه، فيكون الوارث أحق به من مشتريه لقيام الوارث مقام المورث، فالوارث ما هو إلا امتداد طبيعي للمورث في كل ممتلكاته وحقوقه مما يصح تملكها شرعاً وقانوناً.

- الشفعة في حقيقتها تقدم خدمة لكل من مالك العقار المشفوع به وللعقار نفسه، فهي تتبع هذا العقار ولا تنفصل عنه، وهي تنتقل إلى كل من انتقلت إليه ملكية هذا العقار، وهذه الخدمة تتمثل في دفع الضرر

(1) محمد بن حارث الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، حققه وعلق عليه: محمد أبو الأجناب وآخرون، المرجع السابق، ص134.

(2) السيد سابق، فقه السنة، نفس المرجع السابق، ص230/3.

- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالشرائع الوضعية، المرجع السابق، ص284.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص461.

عن هذا العقار التي من أهمها عدم تجزئة العقار والابقاء عليه كوحدة واحدة، فهذه الخدمة يمكن القول بأنها لمصلحة العقار قبل أن تكون لمالكه، وبالتالي لا فرق بين أن يكون الشفيع هو المورث أو الوارث؛ لأن الحكمة واحدة ومحلها هو العقار نفسه، ولذلك فالطلب لا يغير شيئاً سواء تم قبل موت المورث أو تم من الوارث بعد موت المورث.

4. لذلك يمكن القول بأن رخصة الشفعة يمكن أن تورث سواء طلبها المورث أم لم يطلبها، فيجوز لورثته طلب الأخذ بالشفعة بشرط أن يتقيدوا بالمواعيد المقررة قانوناً.

ثالثاً: الشفعة منزلة وسطى بين الحق والرخصة.

يرى هذا الفريق بأن الشفعة لا تعتبر حقاً ولا رخصة، إنما هي في منزلة وسطى بينهما؛ لأن الحق هو كل مكنة تثبت لشخص معين على سبيل التخصيص والإفراد، كحقه في ملكية عقار معين أو منقول.⁽¹⁾

أما الرخصة فهي مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، فهي وسيلة يهيئها القانون لاكتساب حق معين، ويوجد بين هذين المركزين القانونيين مركز قانوني آخر هو مركز الشفعة، فهي مرتبة وسطى بين مفهوم الحق ومفهوم الرخصة، فيقال حق التملك وحق الملك، فالأول يعبر عن الرخصة، والثاني يعبر عن الحق، وبينهما منزلة وسطى هي حق الشخص في أن يملك.⁽²⁾

ويلاحظ على هذا القول أنه يسوي بين الرخصة والحرية باعتبارهما مترادفين لمعنى واحد، والواقع هناك فرق بينهما كما هو الحال عند الفرق بين الحق والرخصة، لذلك اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية للشفعة، هل هي حق أم رخصة أم منزلة وسطى بينهما؟، لذلك ظهر فريق رابع يناهز باعتبار الشفعة واقعة مركبة.

رابعاً: الشفعة واقعة مركبة.

يرى هذا الفريق بأن الشفعة لا تعتبر حقاً أصلاً، وإنما هي سبب لكسب الحقوق، والفرق شاسع بين الحق وسبب كسبه، فالملكية حق عيني وهي تكتسب بالميراث أو الوصية أو العقد أو الاستيلاء وكذلك بالشفعة، ولم يتساءل أحد عن الأسباب الأخرى المكسبة للملكية غير الشفعة هل هي حق عيني أم شخصي⁽³⁾، وعليه فليس بالضرورة أن يكون السبب المكسب لحق عيني أن يسمى ذاته حقاً عينياً، لذلك تعتبر الشفعة واقعة مركبة نظراً للتصرف الإرادي من جانب الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بها، وهذا تصرف قانوني، إلا أن هذا وحده لا يكفي لإحداث الأثر القانوني، بل لا بد وأن تتحقق الأسباب القانونية الأخرى وهي بداية قيام الشريك مثلاً ببيع حصته لأجنبي، فعقد البيع هذا يعد واقعة مادية بالنسبة للشفيع؛ لأن عقد البيع تصرف قانوني يخص أطراف العلاقة القانونية القائمة فقط، وهذا البيع إذا تم في إطار توفر واقعة مادية أخرى وهي الشفيع

⁽¹⁾فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، ط1، مطبعة جامعة دمشق، 1967م، ص204.

⁽²⁾عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص449.

⁽³⁾عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص447.

تنشأ بذلك صلة مادية أو ارتباط بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، مما يجعل الشفيع مالك العقار المشفوع به في مركز قانوني يخوله طلب الأخذ بالشفعة.

ويبدأ الأثر القانوني لهذا الطلب مباشرة بعد إعلان الشفيع رغبته في ذلك، وهذا يعتبر تصرف قانوني صادر من جانب واحد ليحل بعد ذلك محل المشتري في شراء ذلك العقار المشفوع فيه إما تراضيا أو بعد صدور حكم من المحكمة المختصة الذي يثبت للشفيع حقه في العقار المشفوع فيه.

وسميت الشفعة هنا بالواقعة المركبة نظرا لكونها تتألف من وقائع مادية وتصرف قانوني، لكن ثار التساؤل بين الفقهاء أيا يغلب على الآخر التصرف القانوني الصادر من جانب واحد، أم الوقائع المادية؟.

يرى البعض أن الغلبة في ذلك للواقعة المادية، بينما يرى جانب آخر أن الغلبة للتصرف القانوني باعتباره اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين سواء أكانت بإرادة منفردة أو ثنائية كالعقود.⁽¹⁾

والواقع أن الغلبة للتصرف القانوني؛ لأن أساس تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه هو إبداء رغبته في الأخذ بالشفعة، وأن أثر إعلان الرغبة من قبل الشفيع يتمثل في حلول الشفيع محل المشتري في العقد ليكون بذلك عنصرا أساسيا للأخذ بالشفعة، وباعتبار أن أهم آثار الشفعة هو أن يصبح الشفيع مشتريا من المتصرف إليه أي طرفا في عقد البيع، وهذا ناتج من العمل الإرادي للشفيع، وهو إجراء قانوني لا يدخل في الوقائع المادية.⁽²⁾

المبحث الثاني: أحكام شفعة الجار

إذا كانت شفعة الشراكة محل اتفاق بين الفقهاء، فإن شفعة الجار محل اختلاف، حيث انقسم الفقه على فريقين: فريق يرى جواز الأخذ بشفعة الجار، وفريق آخر لا يرى ذلك، عليه نبحت موقف كل فريق، ثم نرجح بين الفريقين.

المطلب الأول: عدم جواز الأخذ بشفعة الجار.

يرى جمهور الفقهاء - المالكية والشافعية والحنابلة وعدد من الفقهاء - عدم ثبوت الشفعة للجار، واستدلوا على ذلك بأحاديث من السنة النبوية الشريفة، ومن المعقول.

الفقرة الأولى: أدلة عدم جواز الأخذ بشفعة الجار من السنة النبوية الشريفة.

1- عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - قال: "قضى النبي - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة."⁽³⁾

⁽¹⁾ محمد حسين منصور، نظرية الحق، المرجع السابق، ص228

⁽²⁾ عبد الله محمد علي صالح، التملك بالشفعة في القانون المدني اليمني - دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراة، جامعة القاهرة، 1994م، ص16.

⁽³⁾ صحيح البخاري، كتاب الشفعة، باب الشفعة في ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، حديث رقم (2099).

- 2- عن جابر بن عبد الله -رضي الله عنه- قال: "قضى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بالشفعة في كل شركة لم تقسم ريعه أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به." (1)
- 3- عن جابر بن عبد الله -رضي الله عنه- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة." (2)
- 4- عن أبي هريرة -رضي الله عنه- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها." (3)

الفقرة الثانية: أدلة عدم جواز الأخذ بشفعة الجار من المعقول.

استدل من قال بعدم جواز الأخذ بشفعة الجار من المعقول بقولهم:

- 1- نفي الشفعة بعد أن تثبت الحدود بين الشركاء، وهذا ينطبق على الجار؛ لأن الحدود ثابتة بينه وبين جيرانه.
- 2- ثبوت الشفعة للشريك إنما هو على خلاف الأصل، نظرا للضرر الذي قد يصيب الشريك من دخول المشتري معه، وضرر الشراكة لازم لا يمكن دفعه، أما ضرر الجوار يمكن دفعه باللجوء إلى ولي الأمر⁽⁴⁾، فلا حاجة تدعو للتوسع في الشفعة.
- 3- عدم ثبوت الشفعة للشريك المقاسم، وهذا دليل على عدم ثبوتها للجار؛ لأن الشريك المقاسم بعد القسمة أصبح جارا.⁽⁵⁾

المطلب الثاني: جواز الأخذ بشفعة الجار.

يرى مذهب السادة الحنفية وكثير من العلماء ثبوت الشفعة للجار إذا كان عقاره ملاصقا للعقار الذي تم بيعه بأي نوع من أنواع التلاصق، وتستوي شفعة الجار في ذلك مع شفعة الشركة، ولا خلاف بينهما، وقد استدلوا على ذلك بأحاديث من السنة النبوية الشريفة، ومن المعقول.

الفقرة الأولى: أدلة جواز الأخذ بشفعة الجار من السنة النبوية الشريفة.

- 1- عن أبي رافع -رضي الله عنه- أنه قال: (سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يقول: "الجار أحق بسقبة"، وفي رواية أخرى: "بصقبة").⁽⁶⁾

(1) صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الشفعة، حديث رقم (134).

(2) سنن أبي داود، كتاب الاجارة، باب في الشفعة، حديث رقم (3514). قال عنه الشيخ الألباني حديث صحيح

(3) سنن أبي داود، كتاب الاجارة، باب في الشفعة، حديث رقم (3515). قال عنه الشيخ الألباني حديث صحيح.

(4) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص147.

(5) أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرني الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد مكتبة الخانجي - القاهرة، ط3، 1415هـ

- 1994م، ص215/2.

(6) جاء في لسان العرب لابن منظور، السَّقْبُ بالسین والصاد في الأصل القُرْبُ، يقال: سَقَيْتِ الدارَ وأسَقَيْتُ إذا قَرَيْتَ، مادة (سقب).

- 2- عن عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر - رضي الله عنه - أنه قال: (قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "الجار أحق بسقبة ينتظر به وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً").⁽¹⁾
- 3- عن قتادة عن الحسن عن سمرة - رضي الله عنه - أنه قال: (قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض").⁽²⁾
- 4- عن الشريد بن سويد قال: قلت: يا رسول الله، أَرْضِي لَيْسَ لِأَحَدٍ فِيهَا شَرِكٌ وَلَا قِسْمَ إِلَّا الْجَوَارِ فَقَالَ: «الجار أحق بسقبة ما كان».⁽³⁾

الفقرة الثانية: أدلة جواز الأخذ بشفعة الجار من المعقول.

تعددت الأسباب التي من أجلها شرعت الشفعة، وأهم سبب هو دفع الضرر الذي قد يصيب الشفيع نتيجة حلول الأجنبي محل البائع، وإن كانت هناك أسباب أخرى من أجلها شرعت الشفعة، إلا أن هذا السبب هو السبب الرئيس، وهو سبب متوفر سواء في الملك الشائع أو الجار الملاصق، فلا فرق بينهما.⁽⁴⁾

كما أن الجار هو في الأصل أسبق من المشتري الجديد الدخيل، والشرع كفل للجار حقوق كثيرة الهدف منها عدم الإضرار به، والإحسان إليه، ولا شك أن دخول أجنبي محل البائع ممن يتوقع منه الأذى والضرر مخالف لما نص عليه الشرع بالنسبة للجار، فكان من حق الجار الأخذ بالشفعة دفعا لهذا الضرر؛ لأن الضرر ظلم، والظلم تجب إزالته ودفعه طبقاً للقواعد الفقهية الصريحة في دفع الضرر والظلم قدر الامكان. أضف إلى أن الأخذ بشفعة الجار فيه توسعة على هذا الجار إذا كان في ضيق من أمره.⁽⁵⁾

المطلب الثالث: مناقشة أدلة الأخذ بشفعة الجار والترجيح بينها.

الفقرة الأولى: مناقشة أدلة الأخذ بشفعة الجار من قبل الفريق المعارض لها.

ناقش الفريق الأول -المعارض لشفعة الجار- الأدلة التي استدل بها الفريق الثاني -المؤيد لشفعة الجار- من عدة أوجه من أهمها:

- 1- أن لفظ الجار الوارد في الأحاديث النبوية التي استدل بها المؤيدون لشفعة الجار يحمل على غير اللفظ الوارد به وإنما يراد به الشريك؛ لأن الشريك يسمى جاراً، وكل شيء يقارب شيئاً يقال له جار.

(1) صحيح البخاري، كتاب الشفعة، حديث رقم (2139).

(2) سنن الترمذي، باب ما جاء في الشفعة للغائب، حديث رقم (1353)، سنن أبي داود، باب الإجارة، حديث رقم (3105)، سنن الدارمي، باب الشفعة، حديث رقم (2596)، مسند أحمد، باب مسند جابر بن عبد الله رضي الله عنه، حديث رقم (14025).

(3) سنن أبي داود، باب الإجارة، حديث رقم (3104)، سنن الترمذي، باب ما جاء في الشفعة، حديث رقم (1352)، مسند أحمد، باب حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، حديث رقم (19708).

(4) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996م، ص 147.

(5) دغيش أحمد، شفعة الجار بين الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة بشار، الجزائر، ص 9.

- 2- أبو رافع - ﷺ - كان شريكا لسعد بن أبي وقاص - ﷺ - في البيتين، فهو في الحقيقة شريكا وليس جارا، كما أن هذا الحديث ليس صريحا في ثبوت شفعة الجار؛ لأن لفظ "السقب" تعني القرب.
- 3- الحديث الذي رواه عبد الملك عن أبي سليمان عن عطاء عن جابر - ﷺ - قال عنه الترمذي: "هذا حديث غريب لا نعلم أحدا رواه غير عبد الملك عن أبي سليمان، وقد تكلم شعبة في عبد الملك من أجل هذا الحديث، وقال سها فيه عبد الملك، فإن روى حديثا مثله طرحت حديثه. وكذا فإن هذا الحديث ليس صريحا في إثبات الشفعة للجار، فإن السقب بالسين أو الصاد هو القرب، ويحتمل أراد به الجار أنه أحق بإحسان جاره وصلته وعبادته ونحو ذلك بسبب قرينه".⁽¹⁾
- 4- الحديث الذي رواه قتادة عن الحسن عن سمرة - ﷺ - لم يثبت أن الحسن سمع من سمرة إلا حديث العقيقة، فبطل الاستدلال بهذا الحديث.⁽²⁾
- 5- حديث عمرو بن الشريد - ﷺ - ثبت أنه لا يرى بثبوت الشفعة للجار، فقد جاء في المحلى لابن حزم ما يدل على ذلك وقال: "سمعت عمرو بن الشريد يحدث عن الشريد عن النبي - ﷺ - أنه قال: الجار أولى بسقبه، قلت: لعمرو ما صقبه، قال: الشفعة، قلت: زعم الناس أنها الجوار، قال: الناس يقولون ذلك".⁽³⁾

الفقرة الثانية: ردود الفريق المؤيد لشفعة الجار على الفريق المعارض.

- 1- قولهم بأن لفظ الجار يحمل على غير اللفظ الوارد به وإنما يراد به الشريك؛ لأن الشريك يسمى جارا، وكل شيء يقارب شيئا يقال له جار، هو حمل في غير موضعه؛ لأن الأصل في الكلام الحقيقة، وظاهر الأحاديث يدل على ذلك.
- 2- قولهم بأن أبو رافع - ﷺ - كان شريكا لسعد بن أبي وقاص - ﷺ - في البيتين، فهو في الحقيقة شريكا وليس جارا، قول يخالف ما هو ثابت، فقد جاء في المبسوط: "في الحديث ما يدل على بطلان هذا التأويل - بأن الجار يطلق على الشريك - وأن سعد بن أبي وقاص - ﷺ - عرض بيتا على جار له...فذلك دليل على أن جميع البيت كان له، وأنه فهم من الحديث الجار دون الشريك حيث استعمل

(1) أبو بكر بن العربي المالكي، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، تحقيق/ جمال المرعشلي، دار الكتب العلمية، ط1، 1481هـ - 1997م، ص132/6.

(2) أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع - الرياض، ط3، 1471هـ - 1997م، ص 438/7.

(3) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، تحقيق/ عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية - بيروت، ط3، 1424هـ - 2002م، ص36/8.

الحديث فيه" (1)، وجاء في الجوهر: "هذا ممنوع بل إن سياقها يدل على أنه ورد في الشفعة، وكذا فهم البخاري وأبو داود وغيرهما" (2).

3- القول بأن الحديث الذي رواه عبد الملك عن أبي سليمان عن عطاء عن جابر -رضي الله عنه- قال عنه الترمذي: "هذا حديث غريب لا نعلم أحدا رواه غير عبد الملك عن أبي سليمان، هو قول غير مسلم به؛ لأن هناك الكثير ممن نقل عنه واعتبره ثقة مأمون، فقد استشهد به البخاري، واحتج بحديثه مسلم في صحيحه" (3).

4- قولهم بأن الحديث الذي رواه قتادة عن الحسن عن سمرة -رضي الله عنه- لم يثبت أن الحسن سمع من سمرة إلا حديث العقيقة، فبطل الاستدلال بهذا الحديث، هو قول يتعارض مع ما هو ثابت، فقد قال فيه الترمذي: حديث سمرة حديث صحيح" (4).

5- القول بأن حديث عمرو بن الشريد -رضي الله عنه- ثبت أنه لا يرى بثبوت الشفعة للجار، قول غير مسلم به؛ لأن الحديث سنده جيد كما جاء في كتب الحديث، وقد أخرجه الإمام أحمد والبيهقي والنسائي وابن ماجه وغيرهم" (5).

الفقرة الثالثة: الرأي الراجح في شفعة الجار.

بعد استعراض أدلة الفريقين، ومناقشة هذه الأدلة والرد عليها، لا بد من معرفة الراجح والمرجوح منها، والباحث يرجح ما ذهب إليه الفريق القائل بجواز شفعة الجار للأسباب الآتية:

1- ما ذهب إليه الفريق الثاني القائل بجواز الشفعة للجار ينسجم مع القاعدة العامة "لا ضرر ولا ضرار" والقواعد الأخرى المتفرعة عنها؛ لأن الضرر في اللغة هو اسم جامع لكل ما هو خلاف النفع والاحسان، وفي الاصطلاح هو إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً؛ ولأن الأصل في الضرر والضرار التحريم والمنع، وهو من المعلوم بالضرورة لما دلت عليه الكثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة والاجماع والعقل.

(1) شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهيل السرخسي، المبسوط، تصنيف/ خليل الميس، دار المعرفة - بيروت، ط1، 1409هـ - 1989م، ص91/14.

(2) أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، وفي ذيله الجوهر النقي، لعلاء الدين بن علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني، دار الفكر - بيروت، ط1، 1406هـ - 1986م، ص106/6.

(3) محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام، تحقيق/ محمد صبحي حسن حلاق، دار ابن الجوزي - المملكة العربية السعودية، ط1، 1418هـ - 1997م، ص248/5.

(4) أبو بكر بن العربي المالكي، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، المرجع السابق، 129/6.

(5) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق/ عصام الدين الصبابطي، وعماد السيد، دار الحديث - القاهرة، ط1، 1414هـ - 1994م، ص334/5.

2- الأخذ بشفعة الجار يتفق مع قاعدة "الضرر يزال" وقاعدة "الضرر يدفع بقدر الامكان" المتفرعتان عن القاعدة الكلية "لا ضرر ولا ضرار" ، فقد تعاملت الشريعة الإسلامية مع الضرر بدقة متناهية، حيث تناولت الضرر قبل وبعد وقوعه، والضرر المتوقع والضرر بغير حق، وبالإضافة إلى القاعدة العامة "لا ضرر ولا ضرار"، توجد قواعد متفرعة عنها مثل قاعدة "الضرر يزال"، وقاعدة "الضرر يدفع بقدر الامكان" وقد جاءت القاعدتان عامتان لتشملتا كل أنواع الضرر، وأن تكون الازالة والدفع بأي طريقة أو وسيلة تحقق الغرض بشرط ألا تتعارض مع القواعد الأخرى المكملة لها مثل قاعدة "الضرر لا يزال بضرر آخر مثله أو أعلى منه" وقاعدة "الضرر الخاص الأقل لا يزال بالضرر العام الأكثر، وقاعدة "يحتمل الضرر الأخف لأجل الضرر الأشد"، وغير ذلك من القواعد؛ لأن الوقاية خير من العلاج.⁽¹⁾

3- الأخذ بشفعة الجار يتفق مع قاعدة "درء المفسد أولى من جلب المصالح"، فإذا تعارضت مفسدة ومصالحة، وكانت المفسدة غالبية أو مساوية للمصلحة، فيقدم دفع المفسدة على جلب المصلحة، فإذا أراد شخص الإقدام على شيء فيه مصلحة له، ولكن من ناحية أخرى فيه ضرر مساويا لتلك المصلحة أو أكبر منه يلحق بالآخرين، يجب أن يقلع عن ذلك العمل درء للمفسدة المقدم دفعها على جلب المنفعة؛ لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات لما يترتب على المناهي من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي، أما إذا كانت المصلحة غالبية، أو كانت المفسدة ضعيفة أو مرجوحة، فيقدم جلب المصلحة على درء المفسدة الراجعة.

4- الأخذ بشفعة الجار فيه جمع بين الأدلة الصحيحة -أي الأحاديث الواردة في شفعة الشراكة وفي شفعة الجار-، وهو ما يتفق مع قاعدة "إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما"، وهذه القاعدة من القواعد التي اتفق العلماء على اعتبارها والاحتجاج بها، حيث يوردنها في معرض الاحتجاج والترجيح بين أدلة الأقوال مع عدم الاعتراض عليها؛ لأن الأصل في الأدلة الإعمال لا الإهمال، حيث اقتضت الأدلة الأخذ بها والحكم بمقتضاها، فلا يجوز طرح شيء منها ما أمكن استعمالها⁽²⁾، قال جمال الدين الإسنوي: "إذا تعارض دليلان فالعمل بهما ولو من وجه أولى من إسقاط أحدهما بالكلية؛ لأن الأصل في كل واحد منهما هو الإعمال".⁽³⁾

(1) أحمد عبد الرحمن البنا الشهير بالساعاتي، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار إحياء لتراث العربي، ط2، 1، بدون سنة نشر، ص15/154.

(2) محمد بن راشد بن فوزان الفوزان، التطبيقات الفقهية على قاعدة "إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما"، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، المملكة العربية السعودية، العام الجامعي 1431-1432هـ، ص17.

(3) عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي، التمهيد في تخريج الفروع عن الأصول، تحقيق/ محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1401هـ - 1981م، ص506.

5- الأخذ بشفعة الجار يتفق مع عموم الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تأمر بالإحسان إلى الجار وعدم الاساءة إليه، قال تعالى: ﴿واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً وبذي القربى واليتيم والمساكين والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب﴾.⁽¹⁾

5. وعن عائشة رضي الله عنها- عن النبي -ﷺ- قال: "ما زال يوصيني جبريل بالجار حتى ظننت أنه سيورثه"⁽²⁾، وقوله -ﷺ-: "لا يدخل الجنة من لا يأمن جاره بوائفه"⁽³⁾.

الخاتمة:

جاءت الشريعة الإسلامية بحفظ الحقوق وأداء الواجبات، ومن هذه الحقوق والواجبات حقوق الجار، فقد أمر الشرع بالإحسان إلى الجار وحرمة إيذائه، ولذا أذن له بالشفعة من جاره الآخر لما قد يحصل عليه من الضرر ممن سيحل محله.

وحقوق الجار على جاره متعددة تأخذ أشكالاً وصوراً بحسب ظروف الزمان والمكان، وكلما كان التعاون بين الجيران أوثق انعكس ذلك إيجاباً على واقع الحياة. وحق الشفعة حكمة استخرجها النبي صلى الله عليه وسلم من القرآن الكريم، يؤخذ به لضرورة رفع الضرر ما أمكن، دون أن يؤدي ذلك إلى الإضرار بصاحب الملك. وهو يثبت للشريك في رقبة الملك أو بالحقوق المتعلقة به، كما يثبت للجار. قد لا يكون بين الجيران أي حقوق مشتركة؛ كأن يكون ملك كل واحد منهما مستقل سواء برقبة الملك أو بالحقوق المتعلقة به. ومع ذلك يثبت حق الشفعة للجار إذا كان بيع جاره العقار لغيره يترتب عليه ضرر. ومعلوم أن من مقاصد الشريعة رفع الضرر ودفع المفسد، خاصة أن حق الشفعة للجار لا يترتب عليه أدنى ضرر بصاحب الملك؛ لأنه سيبيعه لجاره بالسعر الذي كان سيبيعه به لغيره. وقد روي ما يدل على ثبوت حق الشفعة للجار ومن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «الجار أحق بسقبه قيل: يا رسول الله، ما سقبه؟ قال: شفيعته»، وفي رواية أخرى «الجار أحق بشفيعته» وعن سمرة: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «جار الدار أحق بالدار من غيره». وعن الشريد بن سويد قال: قلت: يا رسول الله، أرضي ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار فقال: «الجار أحق بسقبه ما كان». فهذه الأحاديث عامة، تصلح أن تكون أساساً يركن إليه في المسألة؛ وهي متوافقة تماماً مع مقاصد الشرع التي جاءت برفع الضرر، كما أنها متوافقة تماماً مع النصوص الداعية إلى رعاية الجار وعدم إيذائه، ولا شك أن حرمان الجار من حق الشفعة هو سير باتجاه يخالف وصية الله تعالى به. والشفعة للجار ليست مطلقة، بل مقيدة بكون الجار أحق بالمعروف من المشتري، أما إن كان المشتري

⁽¹⁾ سورة النساء، الآية (36).

⁽²⁾ صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب الوصاة بالجار، حديث رقم (5668)، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب الوصية بالجار والاحسان إليه، حديث رقم (2624).

⁽³⁾ صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب تحريم إيذاء الجار، حديث رقم (46).

ممن تربطهم علاقة أقوى بالبائع فليس للجار الأخذ بحق الشفعة. لأن الأصل في مشروعية الشفعة رفع الضرر عن الجار دون الحاق الضرر بالبائع.

المراجع

قائمة المراجع باللغة العربية:

1. الفتح المبين بشرح الأربعين، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحقيق/ أحمد جاسم وآخرون، دار المنهاج - بيروت، ط1، 1428هـ - 2008م، ص516.
2. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، ط1، دار الكتاب الحديث - الكويت، 1993م، ص329.
3. ابن منظور، لسان العرب، دار لسان العرب - لبنان، 1988م، ص333.
4. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ط2، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع - اسطنبول، تركيا، بدون تاريخ، ص487/1.
5. علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي - بدون ذكر البلد، 1996م، ص265/2.
6. محمد بن حارث الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، حققه وعلق عليه: محمد أبو الأجدان وآخرون، الدار العربية للكتاب - تونس، 1985م، هامش 134.
7. سيد أحمد الدردير، الشرح الصغير، المطبوعات الجميلة - الجزائر، 1992م، ص254/3.
8. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي - القاهرة، 1988م، ص150.
9. محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ط2، مطبعة مصطفى البابلي الحلبي - القاهرة، 1963م، ص142/5.
10. عبد العزيز محمد أبي غدیر، التعليق على نصوص الشفعة في القانون المدني، دار نور الفجر للطباعة - الاسكندرية، بدون تاريخ، ص9.
11. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص487.
12. سليم رستم باز، شرح مجلة الأحكام العدلية، ط2، دار إحياء التراث العربي - لبنان، 1986م، ص561.
13. الوقائع المصرية، جريدة رسمية للحكومة المصرية، عدد غير اعتياري، العدد (108) مكرر، الصادر في يوم الخميس 22 رمضان سنة 1367هـ - 29 يوليو 1948م، السنة (119).
14. القانون المدني الليبي المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 20 فبراير 1954م، تم إعادة طباعته من قبل الإدارة العامة للقانون بتاريخ 1988م.
15. القواعد الفقهية، علي أحمد الندوي، دار القلم - بيروت، ط1، 1406هـ/1986م، ص252.
16. الضرر في الفقه الإسلامي، أحمد موافي، دار ابن عفان، ط1، 1418هـ، ص97.
17. مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب/ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، وساعده ابنه محمد، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد/ السعودية، 1428هـ/2004م، ص339.
18. المدخل إلى دراسة التشريع الإسلامي، محمد عوض الهزايمة - ومصطفى أحمد نجيب، دار عمار/ الأردن، ط1، 1996م، ص115.

19. القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، مكتبة دار البيان الحديثة/ الطائف - السعودية، 1422هـ/ 2001م، ص 306/1.
20. المدخل الفقهي العام، مصطفى بن أحمد الزرقاء، مطبعة طربين/ دمشق، ط10، 1387هـ، ص 178/2.
21. القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، مرجع سابق، ص 3/1.
22. المدخل إلى دراسة التشريع الإسلامي، محمد عوض الهزائمة - ومصطفى أحمد نجيب، مرجع سابق، ص 117.
23. القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، مرجع سابق، ص 205/1 - 206..
24. رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ضوابطه وتطبيقاته، صالح بن عبد الله بن حميد، جامعة أم القرى/ السعودية، ط1، 1403هـ، ص 51.
25. مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن عاشور، دار سحنون/ تونس - دار السلام/ مصر، ط2، 1428هـ/ 2007م، ص 76.
26. سلطة ولي الأمر في تقييد الأمر المباح، البشير المكي العبدلاوي، دار مكتبة المعارف / بيروت - لبنان، ط1، 1432هـ/ 2011م، ص 216.
27. مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، علال الفاسي، مؤسسة علال الفاسي، 1429هـ/ 2008م، ص 59 وما بعدها.
28. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، ج9، مجلد 1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 1998م، ص 447.
29. رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 1985م، ص 246.
30. نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علما وعملا، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1988م، ص 9-10.
31. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 448 - 449.
32. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، 1995م، ص 405 - 406.
33. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، نظرية الحق، الدار الجامعية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 53.
34. رمضان تآبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 148.
35. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، هامش ص 449.
36. محمد حسين منصور، نظرية الحق، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998م، ص 40.
37. موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ج43، الدار العربية للموسوعات، بيروت - لبنان، بدون تاريخ، ص 414.
38. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون تاريخ، ص 413.
39. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 453.
40. خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992م، ص 59/2.

41. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، بدون تاريخ، ص366.
42. صالح عبد السميع الأزهرى، جواهر الأكليل شرح مختصر خليل، مطبعة دار الكتاب العربية، بدون البلد، بدون تاريخ، ص327/2.
43. السيد سابق، فقه السنة، ط5، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، 1992م، ص230/3.
44. محمد بن حارث الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، حققه وعلق عليه: محمد أبو الأجدان وآخرون، المرجع السابق، ص134.
45. علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالشرائع الوضعية، المرجع السابق، ص284.
46. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص469.
47. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، ط1، مطبعة جامعة دمشق، 1967م، ص204.
48. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص449.
49. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص447.
50. محمد حسين منصور، نظرية الحق، المرجع السابق، ص228.
51. عبد الله محمد علي صالح، التملك بالشفعة في القانون المدني اليمني - دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، 1994م، ص16.
52. صحيح البخاري، كتاب الشفعة، باب الشفعة في ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة، حديث رقم (2099).
53. صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب الشفعة، حديث رقم (134).
54. سنن أبي داود، كتاب الاجارة، باب في الشفعة، حديث رقم (3514). قال عنه الشيخ الألباني حديث صحيح.
55. سنن أبي داود، كتاب الاجارة، باب في الشفعة، حديث رقم (3515). قال عنه الشيخ الألباني حديث صحيح.
56. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص147.
57. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرني الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد مكتبة الخانجي - القاهرة، ط3، 1415هـ - 1994م، ص215/2.
58. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996م، ص147.
59. دغيش أحمد، شفعة الجار بين الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة بشار، الجزائر، ص9.
60. أبو بكر بن العربي المالكي، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، تحقيق/ جمال المرعشلي، دار الكتب العلمية، ط1، 1481هـ - 1997م، ص132/6.
61. أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع - الرياض، ط3، 1471هـ - 1997م، ص438/7.
62. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، تحقيق/ عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية - بيروت، ط3، 1424هـ - 2002م، ص36/8.
63. شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهيل السرخسي، المبسوط، تصنيف/ خليل الميس، دار المعرفة - بيروت، ط1، 1409هـ - 1989م، ص91/14.

64. أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، وفي ذيله الجوهر النقي، لعلاء الدين بن علي بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني، دار الفكر - بيروت، ط1، 1406هـ - 1986م، ص106/6.
65. محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام، تحقيق/ محمد صبحي حسن حلاق، دار ابن الجوزي - المملكة العربية السعودية، ط1، 1418هـ - 1997م، ص248/5.
66. أبو بكر بن العربي المالكي، عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، المرجع السابق، 129/6.
67. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار، تحقيق/ عصام الدين الصبايطي، وعماد السيد، دار الحديث - القاهرة، ط1، 1414هـ - 1994م، ص334/5.
68. أحمد عبد الرحمن البنا الشهير بالساعاتي، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار إحياء التراث العربي، ط2، 1، بدون سنة نشر، ص154/15.
69. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم - دمشق، ط2، 1425هـ - 2004م، ص292/2.
70. محمد بن راشد بن فوزان الفوزان، التطبيقات الفقهية على قاعدة "إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما"، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، المملكة العربية السعودية، العام الجامعي 1431-1432هـ، ص17.
71. عبد الرحيم بن الحسن بن علي الاسنوي، التمهيد في تخريج الفروع عن الأصول، تحقيق/ محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1401هـ - 1981م، ص506.