المبحث الثالث
الشفعة للوقف، وعليه

تعريف الشفعة:

الشفعة في اللغة: من الشفع، وهو الضم والزيادة[١].

قال ابن فارس: «الشين والفاء والعين: أصل صحيح يدل على مقارنة الشيئين»[٢].

وقال ابن دريد: «سميت شفعة؛ لأنه يشفع بها ماله»[٣].

وفي الاصطلاح: عرف بتعاريف كثيرة، منها:

أنها استحقاق الشريك في ملك الرقبة انتزاع حصة شريكه من يد من انتقلت إليه بعوض مالي بثمنه الذي استقر عليه العقد[٤].

وفيه مطالب:

المطلب الأول
الشفعة للوقف في شركة الوقف

صورة المسألة: أن تكون هناك أرض مثلاً مشاعة بعضها وقف، والآخر

---

(١) اللسان والمصباح. مادة: شفع.

(٢) معجم مقاييس اللغة. مادة: شفع.

(٣) معجم مقاييس اللغة. مادة: شفع.

(٤) مطالب أولي النهى ٤/ ١٠٠، كشاف القناع ٤/ ١٤٩.

طلق، فإذا بيع الطلق، فهل لناظر الوقف أن يشفع على المشتري بحيث يكون الجميع للوقف.

اختلف العلماء في ثبوت الشفعة للوقف في شركة الوقف على قولين:

القول الأول: ثبوت الشفعة للوقف في شقص[١] شركة الوقف.

وإلى هذا القول ذهب المالكية[٢] والشافعية[٣].

القول الثاني: أنه لا شفعة للوقف في شقص شركة الوقف.

وهذا هو قول الحنفية[٤]، وإليه أشار بعض الحنابلة[٥].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

(٢٤٦) ١ ـ ما رواه البخاري ومسلم من طريق معمر، عن الزهري، عن أبي سلمة، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: «**قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة**»[٦].

---

(١) الشقص: الطائفة من الشيء والقطعة من الأرض، والشقص: النصيب المعلوم غير المفروز (اللسان، والمصباح) مادة: شقص.

(٢) البيان التحصيل ١٢/ ٦٠، الشرح الكبير للدردير ٣/ ٤٧٤، الشرح الصغير ٢/ ٢٢٧، التاج والإكليل بهامش الحطاب ٥/ ٣١١.

(٣) روضة الطالبين ٥/ ٣٥٨، حاشية الجمل ٣/ ٥٠١.

(٤) حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٢٣، حاشية الطحاوي ٤/ ١٢١.

(٥) المقنع ٢/ ٢٦٧، الروض الندي ص٢٨٤.

(٦) صحيح البخاري في الشفعة: باب الشفعة فيما لم يقسم ٣/ ٤٧ واللفظ له، ومسلم في المساقاة: باب الشفعة (١٦٠٨)، ولفظه: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في شركة لم تقسم: ربعة، حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به».

(٢٤٧) ٢ ـ ما رواه الترمذي من طريق أَبِي حمزة السُّكَّري، عن عبد العزيز بن رُفَيْع، عن ابن أبي مُلَيْكة، عن ابن عباس رضي الله عنهما، عن النبي ﷺ قال: «**الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء**»[(١)].

فهذه الأحاديث تفيد بعمومها ثبوت الشفعة في كل شيء، فتدخل الشفعة في شركة الوقف في عموم تلك الأحاديث.

٣ ـ أن الحكمة من مشروعية الشفعة هو رفع الضرر الناشئ عن الشركة[(٢)]، وهذا الضرر كما يندفع عن الطلق بالشفعة كذلك يندفع عن الوقف بالشفعة، فتثبت الشفعة للوقف دفعاً لما قد يلحقه من ضرر[(٣)].

دليل القول الثاني: أن الوقف لا مالك له، أو أن الملك فيه غير تام، والشفعة إنما تستحق للمالك ملكاً تاماً[(٤)].

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: أن هذه مجرد دعوى لا دليل عليها، والذي جاءت به

---

(١) سنن الترمذي في الأحكام: باب ما جاء أن الشريك شفيع (١٣٧١).
وأخرجه البيهقي في الشفعة: باب فيما ينقل ويحول ٦/ ١٠٩، والطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/ ١٢٥ من طريق أبي حمزة السكري، عن عبد العزيز، به.
الحكم على الحديث: الحديث مرسل.
قال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه مثل هذا إلا من حديث أبي حمزة السكري، وقد روى غير واحد، عن عبد العزيز بن رفيع، عن ابن أبي مليكة، عن النبي ﷺ مرسلاً، وهذا أصح».
وقال البيهقي: «خالفه شعبة وإسرائيل وعمرو بن أبي قيس وأبو بكر بن عياش، فرووه عن عبد العزيز بن رفيع، عن ابن أبي مليكة مرسلاً، وهو الصواب، ووهم أبو حمزة في إسناده».

(٢) أعلام الموقعين ٢/ ١٣٩.

(٣) المغني (٥/ ٣١٥)، أحكام الشفعة ص٣٢١.

(٤) حاشية ابن عابدين ٦/ ٢١٧ ـ ٢٢١، الروض الندي ص٢٨٤.

الأدلة إنما هو رفع الضرر مطلقاً، وقطع النزاع الحاصل بسبب الشركة، وهذا يشمل الوقف.

الوجه الثاني: أنه لا يسلم أن الوقف لا مالك له، بل منفعته وثمرته ملك للموقوف عليه، والضرر كما يكون على العين يكون على المنفعة.

الوجه الثالث: أنه اجتهاد مع النص.

الترجيح:

يترجح لي ـ والله أعلم ـ القول الأول؛ وذلك لدلالة النص عليه ولموافقته مقصد الشارع من رفع الضرر الناشئ عن الشركة، ولا شك أن مصلحة الوقف تقتضي إثبات الشفعة له، ففي إثباتها قطع لما قد يحصل من نزاع بين صاحب الشقص الآخر، وبين الموقوف عليه أو الناظر، والله أعلم.

❋ ❋ ❋

المطلب الثاني
الشفعة في وقف الشريك نصيبه

صورة هذه المسألة: زيد وعمرو شريكان في أرض، فوقف زيد نصيبه من هذه الأرض، فهل للشريك أن يشفع؟

للعلماء في هذه المسألة قولان:

القول الأول: أنه لا شفعة للشريك.

وهو قول جمهور أهل العلم: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة[1].

---

(١) البحر الرائق (٨/ ١٣٩)، البهجة (٢/ ١١٩)، نهاية المحتاج (٥/ ١٩٩)، الشرح الكبير مع الإنصاف (١٦/ ٣٢٤).

القول الثاني: ثبوت الشفعة بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض ما عدا الميراث.

وهذا القول رواية ضعيفة عن مالك أفتى بها بعض المالكية[١]، وكذا حكي عن ابن أبي ليلى[٢].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل لهذا الرأي بما يلي:

١ ـ ما رواه مسلم من طريق أبي الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله رضي الله عنهما يقول: قال رسول الله ﷺ: «الشُّفعة في كُلِّ شِرْكٍ في أرض، أو رَبْعٍ، أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه، فيأخذ أو يدع، فإن أبى فشريكه أحقُّ به حتى يُؤْذنه»[٣].

وجه الدلالة: أن هذه الأدلة دلت على أن ثبوت الشفعة إنما كان في البيع، ويلحق به ما كان في معناه، والوقف ليس بمعنى البيع؛ إذ هو من عقود التبرعات.

٢ ـ أن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بمثل السبب الذي انتقل إليه به[٤].

٣ ـ أن الشفيع في عقود المعاوضات يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته، وفي غيرها يأخذ بقيمته، فافترقا[٥].

---

(١) قوانين ابن جزي ٢٤٧، بداية المجتهد ٢/ ٢٨١، البهجة شرح التحفة ٢/ ١١٩.

(٢) المغني ٥/ ٣١٥.

(٣) تقدم تخريجه برقم (٢٤٦).

(٤) الشرح الكبير مع الإنصاف (١٦/ ٣٢٤).

(٥) المصدر السابق.

٤ ـ أنه ملكها بغير بدل، أشبه ما لو ورثها.

دليل القول الثاني: (ثبوت الشفعة):

أن الشفعة إنما ثبتت لإزالة ضرر الشركة، وهذا الضرر موجود في الشركة كيفما كان، فينبغي أن تثبت الشفعة في هذه الحالة دفعاً للضرر[١].

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: أن الشفعة إنما شرعت لإزالة الضرر عن الشريك، ولكن في الوقف زالت العين عن الواقف بغير بدل، ففي إثبات الشفعة ضرر على الموقوف عليه، والضرر لا يزال بالضرر؛ لقول الرسول ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**»[٢].

الوجه الثاني: أنه يلزم على قولهم أن تثبت الشفعة في الميراث، وهم لا يقولون به.

الوجه الثالث: أن الأخذ بالشفعة يوجب على الشفيع للمأخوذ منه مثل ما دفع فيه، فإذا انعدم معنى المعاوضة، فلو أخذ الشفيع، فإما أن يأخذ بالقيمة، وإما أن يأخذ مجاناً بلا عوض، ولا سبيل إلى الأول؛ لأن المأخوذ منه لم يملكه بالقيمة، ولا سبيل إلى الثاني؛ لأن الإكراه على التبرع ليس بمشروع، فامتنع الأخذ أصلاً[٣].

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ عدم ثبوت الشفعة للشريك؛ لقوة دليله، ولأن الأصل ثبوت الوقف وعدم انتقاله.

❋ ❋ ❋

---

(١) المغني ٥/ ٣١٥.

(٢) سبق تخريجه برقم (١١٩).

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٢٦٩، أحكام الشفعة ص٣٢٢.

المطلب الثالث

إذا كان الشقص من العين المشاعة قد باعه صاحبه، ثم وقفه المشتري قبل أن يشفع فيه الشريك

في هذه الحال اختلف الفقهاء ـ رحمهم الله ـ في ثبوت الشفعة للشريك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الوقف باطل، وللشفيع أخذ الشقص بالشفعة.

وهذا قول غلام الخلال أبي بكر عبد العزيز، واختاره ابن قاضي الجبل من الحنابلة[١].

القول الثاني: أن الوقف صحيح، ولكن للشفيع نقضه، وأخذ الشقص بالشفعة.

وهذا هو قول الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، وهو رواية عن أحمد[٥].

القول الثالث: أن الشفعة تسقط، ويبقى الشقص وقفاً.

---

(١) الإنصاف ٦/ ٢٨٥.

(٢) المبسوط ١٤/ ١١٣، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٣٣.

(٣) التاج والإكليل ٥/ ٣٢٦، قوانين ابن جزي ٢٤٧، عليش ٣/ ٦٠٣.

(٤) انظر: التنبيه ص٨١، منهاج النووي ٧٣، روضة الطالبين ٥/ ٣٥٨.

(٥) الفروع ٤/ ٥٥٠، الإنصاف ٦/ ٢٨٦،، أحكام الشفعة ص٣٢٢.

وهو رواية عن أبي حنيفة في المساجد[١]، وقال به بعض الشافعية[٢]، وهو المذهب عند الحنابلة، وعليه جمهور الأصحاب[٣].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل لهذا القول بما يلي:

١ ـ حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: «أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر، فاحتاج فأخذه النبي ﷺ، فقال: من يشتريه مني؟ فاشتراه نعيم بن عبد الله بكذا وكذا، فدفعه إليه»[٤].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أبطل التدبير من أجل حق الغرماء مع شدة نفوذ العتق وتشوف الشارع إليه، فكذا يبطل الوقف من أجل حق الغير وهو الشفيع.

٢ ـ أن المريض لو وقف أملاكه وعليه دين، ثم مات رد الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه، فإذا جاز إبطال الوقف هنا مراعاة لحق الغير، فلا يمتنع أن يبطل الوقف في مسألتنا مراعاة لحق الغير أيضاً[٥].

ونوقش هذا الدليل: بأن هذا القياس قياس مع الفارق؛ وذلك أن حق الغريم في أملاك المريض حق ثابت ومقدم حتى على الورثة، فلا يجوز لهم أن يقتسموا الأملاك قبل استيفاء الغريم جميع حقوقه بخلاف حق الشفيع في

---

(١) المبسوط ١٤/ ١١٣.

(٢) زيادات الروضة ٥/ ٣٥٨.

(٣) الهداية ص١٩٩، الكافي٢/ ٤٢٩، الإنصاف ٦/ ٢٨٥، الإقناع ٢/ ٣٧٢، منتهى الإرادات ١/ ٥٣١.

(٤) تقدم تخريجه برقم (٨٣).

(٥) المغني ٧/ ٤٦٦.

الشقص، فإنه لا يقدم على الورثة بالاتفاق، فلا شفعة في الميراث عند الجميع بالاتفاق[١].

٣ ـ أن حق الشفيع سابق على الوقف.

أدلة القول الثاني: (الوقف صحيح وللشفيع نقضه، وأخذ الشقص بالشفعة):

استدل أصحاب هذا القول على رأيهم بما يلي:

١ ـ قياس نقض الوقف على فسخ البيع من باب الأولى؛ وذلك أن الشفيع إذا كان يملك فسخ البيع الثاني والثالث مع إمكان الأخذ بهما، فلأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به من باب أولى[٢].

ونوقش: أن هذا القياس قياس مع الفارق؛ وذلك أن الشفيع إذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر، بخلاف نقض الوقف، فإن فيه إضراراً بالموقوف عليه؛ لأن ملكه أو منفعته تزول عنه بغير عوض[٣].

٢ ـ أن استحقاق الشفيع سابق على تصرف المشتري وجنبته أقوى[٤].

ونوقش: بأن هذه الحجة إنما تنفع في غير الوقف كالبيع ونحوه؛ لأن وقف العين استهلاك لها، كما قاله ابن أبي موسى الحنبلي[٥]، وليس للشفيع منع صاحب الشقص من استهلاكه، والمستهلك لا شفعة فيه.

ورد: بأن هذه مجرد دعوى لا دليل عليها.

---

(١) بداية المجتهد ٢/ ٢٨١.

(٢) المغني ٧/ ٤٦٦، الشرح الكبير ٥/ ٥٠٦.

(٣) المصدران السابقان.

(٤) المغني ٧/ ٤٦٦.

(٥) المغني ٥/ ٣٣٥، الشرح الكبير ١٦/ ٣٢٤.

أدلة القول الثالث: (تسقط الشفعة، ويبقى الشقص وقفاً):

استدل لهذا القول بما يلي:

١ ـ قول الرسول ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**»[(١)].

فيجب إبطال الشفعة هنا؛ لأن في إثباتها إضراراً بالموقوف عليه؛ لأن حقه في العين الموقوفة يزول عنه بغير عوض؛ لأن الثمن إنما يأخذه المشتري.

والشفعة إنما شرعت لرفع الضرر اللاحق بالشريك، فلا يرفع هذا الضرر بضرر آخر؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر[(٢)].

ونوقش: بأنه مسلم بأن الضرر لا يزال بالضرر، لكن ضرر الشريك سابق على ضرر الموقوف عليه، فيقدم.

٢ ـ أن الشفعة إنما تثبت في المملوك، فعلى القول بخروج الوقف عن الملك فلا شفعة فيه، وعلى القول بثبوت الملك للموقوف عليه، فإن ثبوت الشفعة هاهنا يوجب رد العوض إلى غير المالك وسلبه عن المالك[(٣)].

ونوقش: بأنه بمجرد بيع الشريك ثبت حق الشفعة لشريكه، فالوقف أصلاً لم يصادف محلاً، فنحن لا نسلم صحة الوقف أصلاً.

٣ ـ أن وقف العين يشبه استهلاكها؛ لأنها خرجت عن كونها قابلة للملك التام، ولا شفعة في المستهلك[(٤)].

ونوقش: بما نوقش به الدليل السابق.

---

(١) تقدم تخريجه برقم (١١٩).

(٢) المغني ٧/٤٦٦، مطالب أولي النهى ٤/١٢٦، أحكام الشفعة ص٣٢٢.

(٣) المغني ٧/٤٦٦.

(٤) المصدر السابق.

الترجيح:

القول الراجح هو القول الأول؛ حتى لا يزال ضرر الوقف بضرر أسبق منه، وهو قطع حق الشريك عليه تمشياً مع قاعدة: الضرر لا يزال بالضرر، ولمناقشة دليل القولين الآخرين، والله أعلم.