إبدال الوقف واستبداله
دراسة فقهية مقارنة

عبد الحي ابرو*

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وسيد المرسلين، قائد الأمة وفاعل الخير والبر تشريعا لأمته أجمعين وبعد:

فإن الوقف من أعظم القربات التي يتقرب بها العبد إلى خالقه، لما فيه من عمق في المعنى والمظهر وجزالة في العطاء وإدرار للخير بصورة لا نظير لها، ونفع للمستحقين من الفقراء والمساكين والذراري الضعاف وأماكن العبادة والتعليم والصالح العام. فلا يخفى ما للوقف من أهمية عظيمة، فهو قام في مختلف العهود الإسلامية بدور فعال ونهض بدور اجتماعي واقتصادي وثقافي كان له أثره في تكييف الاجهزة المسئولة في الدولة وتخفيف الوطأة – إلى حد بعيد – على ميزانية العمومية، وكفل للعديد من العلماء معايشهم، لكي يتفرغوا لشئونهم العلمية ويركزوا جهودهم ونشاطاتهم على نشر العلم والثقافة.

والوقف الصادر من أهله والمستكمل لشروطه من العقود اللازمة، بمعنى أنه يزول به ملك الواقف عنه فلا حق له ولا لغيره في الرجوع أو في التصرف بعينه بأي تصرف يخل بالمقصود من الوقف ألا وهو حبس العين والتصدق بالمنفعة، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه حينما أراد أن يتصدق بأرضه التي أصابها بخيبر "احبس أصلها وسبل ثمرها"[1] وهو مذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنفية والحنابلة والمالكية وغيرهم.[2]

كما أن جمهور الفقهاء يرون أن الوقف يخرج من ملك الواقف إلى غير مالك من العباد فينقل إلى حكم ملك الله تعالى للأبد. هذا هو الأصل في العين الموقوفة، ولكنه قد تعتري عليها ظروف يضعف فيها نتاجها أو تصير بحال لا يمكن الانتفاع بها فما الحكم في هذه الظروف؟ هل يجب إبقاؤها على حالها أو يجوز

*المحاضر بكلية الشريعة والقانون – الجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد.

التصرف فيها بالابدال والاستبدال حتى يتحقق الغرض من وقفها وهو إيصال النفع إلى من يستحق ريعها؟ وهذا ما نحاول الإجابة عليه في هذا البحث المتواضع.

إبدال الوقف واستبداله:

الإبدال: المراد منه بيع عين من أعيان والوقف ببدل من النقود أو الأعيان.

والاستبدال: هو شراء عين الوقف بالبدل الذي بيعت به عين من أعيانه.

وقد اختلف الفقهاء في جواز الاستبدال ما بين مضيق وموسع، بل منهم من منعه إلا في أحوال استثنائية قليلية الوقوع.

وينبغي أن يفرق هنا في أحكام الاستبدال بين أمرين: أحدهما: أن تكون العين المستبدلة مسجدا، والآخر: ان تكون عقارا ذا غلة أو منقولا.

أولا: استبدال المسجد

استبدال المسجد لا يتصور إلا في ثلاث حالات :

الأولى: أن تكون في ناحية قد تخربت وانتقل سكانها عنها.

الثانية أن يبنى مسجد آخر أكبر فيستغنى عن المسجد الصغير الذي ضاق بالناس.

الثالثة: أن تقوم هناك مصلحة بأخذ المسجد كله أو بضعه للطريق العام أوبيع بعض ساحته لإتمام بنائه.

أما الحالة الأولى: فقد ذهب المالكية والشافعية والحنفية عدا محمد بن الحسن إلى منع الاستبدال فيها. فإذا تعطل المسجد بانتقال الناس عنه فإنه يبقى مسجدا ولا يجوز التصرف فيه ببيع ونحوه سواء انهدم أو بقي عامرا.

وذهب محمد بن الحسن إلى أن المسجد الذي استغني عنه يعود إلى ملك الواقف أو إلى ورثته بعد موته، لأنه عينه لقربة وقد انقطعت فينقطع هوأيضا.[٣]

وعند الحنابلة إذا انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلى فيه يجوز استبداله بأن يباع ويصرف الثمن إلى مسجد آخر.[٤] وقد رد ابن قدامة على محمد بن الحسن فيما ذهب إليه بقوله: "ولنا على محمد بن الحسن أنه إزالة ملك على وجه القربة فلايعود إلى مالكه باختلافه وذهاب منافعه كالعتق".[٥]

وأما الحالة الثانية، وهي ضيق المسجد بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه فإن الحنابلة ذهبوا فيها إلى جواز الاستبدال وإضافة الثمن إلى إنشاء مسجد آخر.[٦]

ولمحمد بن الحسن رأي قريب من هذا وهو أن المسجد إذا ترك الناس الصلاة فيه بالجماعة يخرج من كونه مسجدا، فإذا لم يعرف له بان وبنى الناس مسجدا آخر ثم أجمعوا على بيعه واستعانوا به في ثمن المسجد الآخر فلا بأس بذلك.[٧]

وأما الحالة الثالثة فذهب الحنابلة ومحمد بن الحسن من الحنفية وبعض المالكية إلى جواز ذلك.[٨]

ويبدو أن من ذهب إلى هذا فإنما بنى مذهبه على المصلحة أو الضرورة، وعلى أن حرمة المسجد لاتبقى بعد صرف النظر عن اعتباره مسجدا. لذا قال الإمام أحمد: يحول المسجد خوفا من اللصوص وإذا كان موضعه قذرا ونص على جواز بيع عرصته وتكون الشهادة في ذلك على الإمام. وإذا كان المسجد ليس بحصين من الكلاب وله منارة رخص في نقضها وبناء حائط المسجد بها للمصلحة.

وقد استدل الحنابلة على ما ذهبوا إليه بما روي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال الذي بالكوفة: انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قلبة المسجد فإنه لن يزال في المسجد مصل، وكان هذا بمحضر من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان اجماعا.[٩]

وذهب الجمهور إلى منع ذلك لتعلق القربة بالعرصة،[١٠] إلا إذا قامت الضرورة وتحققت بيقين، إذ الضرورات تبيح المحظورات، والنظر في تحققها إنما هو إلى الولاة والفقهاء المجتهدين. وأما الاستدلال الحنابلة بما كتبه عمر رضي الله عنه إلى سعد فلا تقوم به حجة، لأنه يمكن أنه أمره باتخاذ بيت المال في المسجد.

ثانيا: استبدال العقار والمنقول

اختلفت آراء الفقهاء في استبدال الموقوف عقارا أو منقولا، وسنبينها فيما يلي:

مذهب الحنفية:

مذهب الحنفية يتسم بالتوسع في باب استبدال الموقوف غير المسجد، فأجازوه في أغلب الأحوال وفوضوا أمره إلى الإمام في بعض الأحوال الأخرى. وذكروا للاستبدال ثلاث حالات وهي – كما في حاشية ابن عابدين[١١]:

١–أن يشرطه الواقف لنفسه أو لغيره، أو لنفسه وغيره.

٢– أن لا يشرطه، سواء شرط عدمه أو سكت، ولكن تعطلت منافع الوقف بالكلية أو لا تفي بمؤونته.

٣– أن لا يشرطه أيضا، ولكن الوقف عامر في الجملة والبدل خير منه ريعا ونفعا.

وقد اختلف الحنفية في حكم كل من هذه الحالات الثلاث.

الحالة الأولى:

وهي أن يشترط الواقف لنفسه أو لنفسه وغيره حق الاستبدال كأن يقول عند إنشاء الوقف: أرضي صدقه موقوفة على أن لي استبدال غيرها بها أو على أن لي بيعها وجعل غيرها وقفا في موضعها.

فيرى أبو يوسف وهلال والخصاف جواز الوقف والشرط.

أما عند محمد بن الحسن فالوقف صحيح والشرط باطل.

وهناك رأي آخر لبعض الحنفية وهو بطلان الوقف والشرط.

يقول ابن الهمام: [١٢] "ولو شرط أن يستبدل بها أرضا أخرى تكون وقفا مكانه فهو جائزعند أبي يوسف وهلال والخصاف وهو استحسان، وكذا لو قال علي أن أبيعها وأشتري بثمنها أخرى مكانها. وقال محمد بثمنها يصح الوقف ويبطل الشرط.... وفي فتاوى قاضيخان:

قول هلال وأبي يوسف هو الصحيح لأن هذا شرط لايبطل الوقف، لأن الوقف يقبل الانتقال من أرض إلى أرض، فإن أرض الوقف إذا غصبها غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحرا لاتصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشترى بها أرضا أخرى فتكون وقفا مكانها، وكذا أرض الوقف إذا قل نزلها بحيث لاتحتمل الزراعة ولا تفضل غلتها عن مؤونتها ويكون صلاح الأرض في الاستبدال بأرض أخرى، وفي نحو هذا عن الأنصاري صحة الشرط لكن لا يبيعها إلا بإذن الحاكم."

وإنما ذهب الحنفية في الراجح عندهم إلى إجازة اشتراط الاستبدال وإنفاذه، لأن ذلك الشرط لاينافي لزوم الوقف ولا تأبيده، فاللزوم والتأبيد قد يحققان بالاستبدال إذا ما نقصت غلة الوقف أو انعدمت. ولأن اللزوم والتأبيد لا يقومان بعين معنية بحيث يزول الوقف بزوال صفتها بل يقومان بعين مغلة. فالغلات المثمرة هي أساس بنيان الوقف. فما دامت غلاته تصرف على التأبيد ومادام الوقف مستمرا في صرف غلاته على مصارفها فهو لازم أبدي.

والاستبدال في حالة اشتراطه إنما هو تنفيذ للاشتراط فلا يتوقف على نقص الغلات ولا على عدمها. إذ الحنفية يرون أن شرط الاستبدال بجد ذاته لما كان لايبطل الوقف وجب اعتباره.

لكن ينبغي أن يكون هناك ما يصون بيع الوقف واستبداله عن العبث أو الغبن بأن يتحقق في الاستبدال معنى يقصد به مصلحة للوقف، ولا تنحصر المصلحة في تكثير الغلات، بل قد تكون باستبدال عقار يعسر الإشراف عليه لبعده من محل إقامة ناظره بعقار يسهل فيه ذلك.

الحالة الثانية:

وهي أن لا يكون البيع والاستبدال مشروطا لأحد في عقد الوقف بأن سكت عنه الواقف، ولكن يقوم ما يدعو إلى البيع والاستبدال بأن خرج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به، بأن خرب وليس له ما يعمر به، أو تصير الأرض الزراعية سبخة لاتخرج غلة تزيد على مؤونتها: فالاستبدال وقفا للرأي الراجح للحنيفة جائز في هذه الحالة لكن يشترط إذن القاضي به. وذهب بعض الحنفية – على المرجوح– إلى عدم الجواز. فقد جاء في الفتاوى الهندية:[١٣]"وقد اختلف كلام قاضيخان، ففي موضع جوزه للقاضي بلا شرط الواقف حيث رأى المصلحة فيه، وفي موضع منعه منه ولو صارت الأرض بحال لا ينتفع بها، والمعتمد أن يجوز للقاضي بشرط أن يخرج عن الانتفاع بالكلية، وأن لا يكون هناك ريع للوقف يعمر به، وأن لا يكون البيع بغبن فاحش."

وفي فتح القدير[١٤] "والحاصل أن الاستبدال إما عن شرط الاستبدال أولا عن شرطه، فإن كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به فينبغي أن لا يختلف فيه..."

وشرط في الاسعاف [١٥] أن يكون المستبدل قاضي الجنة- وهو ذوالعلم والعمل - لئلا يؤدي الاستبدال إلى إبطال أوقاف المسلمين، كما هو الغالب في الزمن الأخير.

هذا ما قرره من فقهاء الحنفية من جواز الاستبدال في حال عدم الغلة، وهناك من خالفهم في ذلك فمنع الاستبدال ما لم يشترطه الواقف. فقد ذكر هلال في وقفه أنه إذا وقف عينا ولم يشترط بيعها فليس له أن يبيعها ويستبدل بها ولو كان البدل خيرا منه.[١٦]

الحالة الثالثة:

وهي أن يكون البيع والاستبدال مسكوتا عنه في عقد الوقف والوقف عامر إلا أن البدل أنفع منه. وقد اختلف فيها الحنفية كما أشار إليه ابن عابدين بقوله:

"والثالث أن لا يشترطه أيضا ولكن فيه نفع في الجملة وبدله خير منه ريعا ونفعا، وهذا لا يجوز استبداله على الأصح المختار... وأفاد صاحب البحر في رسالته في الاستبدال أن الخلاف في الثالث إنما هو في الأرض إذا ضعفت عن لاستغلال بخلاف الدار إذا ضعفت بخراب بعضها ولم تذهب أصلا: فإنه لايجوز حينئذ الاستبدال على كل الأقوال، قال: ولا يمكن قياسها على الأرض، فإن الأرض إذا ضعفت لا يرغب غالبا في استئجارها بل في شرائها، أما الدار فيرغب في استئجارها مدة طويلة لأجل تعميرها للسكنى...".[١٧]

هذا ما يراه الأغلبية من فقهاء الحنفية.

ويخالفهم في ذلك أبو يوسف في رواية عنه فيقول بجوازه لأنه أنفع للوقف وليس فيه منافاة لمقصده.

فقد جاء في الذخيرة: [١٨] "روي عن أبي يوسف أنه قال لا بأس باستبدال الوقف، لما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه إذا وقف على الحسن والحسن، فلما رجع إلى صفين قال: إن نأت بهم الدار فبيعوها وأقسموا ثمنها بينهم ولم يكن شرط البيع في أصل الوقف". ولكن مذهب أبي يوسف المشهور عنه هو الاستبدال بالشرط مثل رأي جمهور الحنفية.

والاستدلال بكلام علي رضي الله عنه لا ينهض دليلا على الدعوى، لأن كلامه يدل على أنه يجوز بيع الوقف واقسام ثمنه إن

لم يؤد إلى الغاية المقصود منه، والقضية التي يراد الاستدلال عليها هي بيع الموقوف لشراء غيره الذي يحل محله، وهذه دون ما يؤدي إليه الدليل.

ومع ذلك فقد أجاز الحنفية استبدال العامر في أربع حالات مذكورة في حاشية ابن عابدين، وهي:

"الأولى: لو شرطه الواقف، الثانية: إذا غصبه غاصب وأجرى عليه الماء حتى صار بحرا فيضمن القيمة ويشتري المتولي بها أرضا بدلا، الثالثة: أن يجحده ولا بينة، أي وأراد دفع القيمة فللمتولي أخذها ليشتري بها بدلا، الرابعة: أن يرغب إنسان فيه ببدل أكثر غلة وأحسن صقعا فيجوز على قول أبي يوسف وعليه الفتوى."[١٩]

والحالة الثانية إنما اعتبرت عامرة، باعتبار ما كانت عليه قبل إجراء الغاصب الماء عليها.

شروط الاستبدال

إن القائلين بجواز استبدال الوقف - في الحالة الثالثة - من الحنفية قد وضعوا شروطا لجواز الاستبدال وهي تتخلص في الآتي:[٢٠]

١- أن لا يكون البيع بغبن فاحش، وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، لأن البيع بغبن ظلم وتبرع بجزء من الوقف وهو مما لا يجوز.

٢- أن لا تباع العين لشخص له دين على المتولي، أو كان قريبا له ممن لا تقبل شهادته له، إذ في هذا احتمال وقوع غبن في مال الوقف.

٣- أن يتحقق أن العين التي اشتريت بثمن العين المبيعة أكثر نفعا من تلك التي بيعت إذا لم يكن الاستبدال بشرط الواقف.

٤- أن يكون البدل عقارا وليس دراهم أو دنانير، وهو شرط زاده ابن نجيم بعد أن أرى بعض النظار يبيعون الوقف ولا يشترون مكانه ما يقوم مكانة.

هذه هي أهم الشروط التي اشترطها الفقهاء في الاستبدال، وقد أضيفت شروط أخرى مشددة إلى هذه الشروط، دعا إليها ما ظهر على مر العصور من عبث بعض العابثين وفساد بعض القضاةو الحاكمين، فقد عمد بعض هؤلآء إلى شراء العين الموقوفة

المثمرة بعد أن اصطنعوا شهود زور شهدوا أن في الاستبدال مصلحة وأن تلك العين لا ثمرة فيها ولا نفع.

فكان من أثر هذا أن نجد بعض الفقهاء يضيف إلى هذه الشروط شروطا أخرى، منها: أن يفحص القاضي بنفس الوقف والبدل، ومنها: أن يكلف اثنين من الخبراء العادلين الأمناء بالفحص، ومنها إجراءات وثيقة محكمة في الاستجواب وأداء الشهادة وكتابة وثيقة الاستبدال. والذي دفعه إلى هذا التشدد في الشروط هو الاستيثاق من أن المصلحة في جانب البيع والاستبدال.

والذي نراه هنا هو أن جملة هذه الشروط يجوز تغييرها وتبديلها تبعا لتغير أحوال الناس وظروفهم بما يحفظ للوقف بقائه ويحقق للمستحقين مصالحهم المشروعة.

مذهب المالكية:

مذهب المالكية متشدد في منع الاستبدال في الوقف، وهو يفرق بين استبدال العقار واستبدال المنقول على الوجه التالي:

١- استبدال المنقول:

أجاز المالكية استبدال المنقول- كفرس يكلب وثوب يخلق وعبد يهرم وكتب علم تبلى - إذا تحققت المصلحة باستبداله، وإذا بيع جعل ثمنه في مثله.[٢١]

جاء في المدونة: قال مالك: "أما ما ضعف من الدواب حتى لا يكون فيه قوة للغزو فإنه يباع ويشتري بثمنه من الخيل فيجعل في سبيل الله".[٢٢]

ويشترط المالكية في جواز استبدال الوقف المنقول أن يعتذر الانتفاع به فيما حبس من أجله وإن أمكن الانتفاع به في غيره وإلا لم يصح بيعه فكتب العلم مثلا يجوز بيعها إذا بليت وتعذر الانتفاع بها لغرض التعلم. أما إذا لم يعتذر الانتفاع بها لهذا الغرض فلا يجوز بيعها وإن لم ينتفع بها الموقوف عليه[٢٣] وقد تسامح المالكية في الاستبدال في المنقول، فقالوا: إن المسجد إذا تخرب وخيف على أنقاضه من الفساد ولم ترج عمارته لا بأس بيعها، وأعين بثمنها في مسجد آخر، فيجوز الاستعانة بالأنقاض ذاتها في بناء مسجد آخر ولاتباع. ويشترط جمهورهم أن يستعان بها في مثله إلا أن ابن عرفة جواز نقلها لوقف عام المنفعة ولو كان غير مماثل للأول.[٢٤]

استبدال العقار

القاعدةعند المالكية في العقار الموقوف أنه لا يباع مطلقا إلا في حالات تمليها الضرورة وهي في قلة نادرة. ولابد لنا ونحن بصدد بيان رأيهم في الاستبدال أن نفرق بين عقار قائم المنفعة وبين عقار منقطع المنفعة:

ا- فإذا كان العقار قائم المنفعة، قد أجمعوا على عدم جواز بيعه. إلا أنهم استثنوا من ذلك حالات الضرورة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام، فأجازوا بيعه ولو بالإكراه إذا اقتضى الأمر، لأن هذه المصالح عامة للأمة، وإذا لم تبع الأحباس لأجلها تعطلت وأصاب الناس ضيق، ومن الواجب التيسير على الناس في عبادتهم وسيرهم ودفن موتاهم.[٢٥]

ب - أما إذا كان العقار منقطع المنفعة ، فإذا كان المرجو عود منفعة ولا ضرر في بقائه فهم يرون عدم جواز بيعه باتفاق.

أما إذا كان لايرجى عود منفعة أو أن في بقائه ضررا على الوقف فلهم في ذلك رأيان:

١- عدم جواز البيع والاستبدال، وقول الإمام مالك.

٢- إن رأى الإمام بيع ذلك لمصلحة جاز ويجعل ثمنه في مثله، وهي رواية أبي الفرج عن مالك.[٢٦]

إلا أن جمهور المالكية على منع بيع الوقف حتى ولو تخرب وأصبح لايستغل في شيء. وقالوا في تعليل رأيهم هذا:

إنما لم يبع الربيع المحبس إذا خرب لأنه يجد من يصلحه بايجار سنين فيعود كما كان.

إلا أن ابن رشد أفتى بأن الأرض المحبسة إذا انقطعت غلتها جملة وعجز عن عمارتها وكرائها فلا بأس بالمعاوضة فيها بمكان يكون حبسا مكانها، ويكون ذلك بحكم من القاضي بعد ثبوت ذلك السبب، والغبطة في ذلك ويسجل ذلك ويشهد به.[٢٧]

يتبين لنا من كل هذا أنهم يمنعون الاستبدال إلا في المنافع العامة- كالطرق والمساجد مثلا - وأما فيما عداها فلا يجوز الاستبدال إلا إذا كانت العين خربة لاينتفع منها بشيء فإن الاستبدال بطريق المبادلة بعقار آخر يجوز على قلو بعضهم لا على قول كلهم.

هذا ما فرقوه بين المنقول والعقار، وأساس هذه التفرقة كما يظهر من كلامهم هو رجاء الانتفاع في المستقبل في العقار فشددوا في استبداله، وعدم رجاء ذلك في المنقول فلم يشددوا في استبداله.

مذهب الشافعية:

مذهب الشافعي رحمه الله متشدد في أمر الاستبدال حتى لا يكون في ذلك ضياع للأوقاف.

واختلف الشافعية فيما إذا تعطلت منافع العين الموقوفة وصارت بحال لا تأتي بنفع مطلقا، على وجهين:

١- لايجوز بيعها واستبدالها، بل تبقى محبوسة على الانتفاع حتى ولو أدى الانتفاع بها إلى استهلاكها.

وفي ذلك يقول الشيرازي: [٢٨] " وإن وقفت نخلة فجفت أو بهيمة فزمنت أو جزوعا على المسجد فتكسرت ففيه وجهان: أحدهما: لايجوز بيعه - كما في المسجد - والثاني: يجوز بيعه لأنه لا يرجى منفعته فكان بيعه أولى من تركه بخلاف المسجد، فإن المسجد يمكن الصلاة فيه مع خرابه وقد يعمر الموضع فيصلى فيه."

ومن تشددهم في منع الاستبدال أنهم منعوا بيع الوقف ولو كان في حال لا يصلح معها إلا بالاستهلاك، ففي هذه الحالة أجازوا للموقوف عليهم استهلاكه لأنفسهم ولم يجيزوا بيعه. فإذا كان الموقوف شجرا مثلا وجف حتى لم يعد صالحا للإثمار ولا ينتفع به إلا في اتخاذه وقودا جاز للموقوف عليهم أن يتخذوه وقودا لأنفسهم ولا يجوز لهم بيعه، لأنه مع عدم إمكان الانتفاع به إلا باستهلاكه لم تزل عنه صفة الوقف التي تمنع البيع عندهم منعا مطلقا.[٢٩]

٢- يجوز البيع لتعذر الإنتفاع به كما شرطه الواقف، وتوضيحا لهذا يقول الشيرازي[٣٠] فإن قلنا تباع كان الحكم في ثمنه حكم القيمة التي توجد من متلف الوقف".

وقد بين الشافعية أن القيمة التي تجب بالاتلاف المضمون يلزم أن يشتري بها ما يكون وقفا مكان الذي أتلف، وهكذا هنا على هذا القول يجب أن يؤخذ بالثمن ما يحل محل العين المبيعة.

وهذا الذي ذكرناه إنما هو في المنقول، أو ما هو في حكم المنقول، أما العقار فلم تتعرض له كتب الشافعية.

وكأنهم ذهبوا إلى أنه لايمكن أن تسلب منفعة بحال، فما دام الأمر كذالك فلا يصح بيعه واستبداله، والله أعلم.

ويتضح من نصوص الشافعية هذه أن الوقف لايباع مادام يأتي بريع ولو كان ضئيلا، وإنا لنرى في هذا أن ذلك الإفراط الشديد قد يؤدي إلى بقاء دور الأوقاف غامرة خربة لاينتفع بها أحد. وبقاء الأرضين كذلك لاتمد أحدا بغذاء ولايستظل بأشجارها إنسان، وهذا الخراب في الأرض يسبب فسادا كبيرا في وسائل الاستغلال والعمران إلى جانب الإضرار بالمستحقين والفقراء وجهات البر واصطدامه مع مصلحة الأمة في التقدم والنماء.

مذهب الحنابلة:

استبدال المنقول والعقار يأخذ حكماء واحدا في مذهب الحنابلة، فحيث أن إجماعهم قام على جواز بيع الفرس الحبيس على الغزو إذا كبرت فلم تصلح للغزو وأمكن الانتفاع بها في شيء آخر مثل أن تدور في الرحى أو يحمل عليها تراب أو تكون الرغبة في نتاجها أو حصانا يتخذ للطراق فإنه يجوز بيعها ويشتري بثمنها ما يصلح للغزو[٣١] فلا مانع من ان يقاس عليها ما يكون في معناها من منقول آخر أو عقارا.

يقول الخرقي:[٣٢] "وإذا خرب الوقف، ولم يرد شيئا، بيع واشتري بثمنه ما يرد على أهل الوقف، وجعل وقفا كالأول، وكذلك الفرس الحبيس، إذا لم يصلح للغزو، بيع واشتري بثمنه ما يصلح الجهاد."

يرى من هذا أن الحنابلة يفتحون باب الاستبدال ولكنهم يقيدونه بالضرورة وهي أن لا يكون الموقوف صالحا للغرض الذي كان منشودا منه، فلم يعد صالحا للانتفاع به على الوجه الذي حبس من أجله، لذا لايجوز الاستبدال إذا كان للإكثار من الغلة مع بقاء أصل الانتفاع المقصود.

وبذا يقول ابن قدامة ما نصه:"وإن لم تتعطل مصلحة الوقف بالكلية لكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر ردا على أهل الوقف، فلم يجز بيعه؛ لأن الأصل تحريم البيع وإنما أبيح للضرورة صيانه لمقصود الوقف من الضياع مع إمكان تحصيله ومع الانتفاع، وإن

قل ما يضيع المقصود، إلا أن يبلغ في قلة إلى حد لا يعد نفعا، فيكون وجود ذلك كالعدم."[٣٣]

فنرى من هذا أن الحنابلة قيدوا الاستبدال بأن جعلوا المدار فيه تحقيق المصلحة وتلبية ذاعية الضرورة.

ويرون أن المصلحة قد تتحقق بيع بعض الوقف لإصلاح باقية، فنصوا على جواز ذلك. فقد جاء في الإقناع: "ويصح بيع بعضه لإصلاح ما بقي إن اتحد الواقف كالجهة إن كان عينين، أو عينا ولم تنقص القيمة، وإلا بيع الكل".[٣٤]

وإذا بيع هذا الوقف فأي شيء أشتري بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه ، لأن المقصود المنفعة، لا الجنس، لكن المنفعة تكون مصروفة إلى المصلحة التي كانت الأولى تصرف فيها، لأنه لايجوز تغير المصرف مع إمكان المحافظة عليه، كما لايجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به. [٣٥]

هذا هو مذهب الحنابلة في الاستبدال، يتضح منه أنه متحلل من قيود التشديد قليلا، ومتساهل في بيع الأعيان الموقوفة لتحل محلها أخرى، سائرا بذلك في طريق الاستبدال خطوة أوسع من مذهبي المالكية والشافعية، وإن لم تكن الخطوة واسعة بالنسبة لمذهب الحنفية.

الخلاصة والترجيح

خلاصة ما تقدم: إن الشافعية والمالكية تشددوا في بيع الموقوف واستبداله، ومنعوه إلا في حالات تدور في الأعم الأغلب على الضرورة.

بينما تسوهل في المسئلة في المذهبين الحنفي والحنبلي، ورأى أصحابهما أن في المنع إفراطا قد يفضي إلى مفسدة كأن تبقى دور الوقف خاوية خربة أو تبقى أراضيها مهجورة مواتا لا شيء فيها من الخضر والزرع مما يترتب عليه ضرر بالمستحقين وبجهات البر والخير. وضرر على الجماعة والمجتمع.

وكان فتح باب الاستبدال على مصراعيه في الأزمنة السابقة سببا في ضياع أوقاف كثيرة. فإن الاستبدال ليس خيرا محضا وليس شرا محضا، ولكن يختلط فيه الخير والشر. ويرجح الخير على الشر إذا صلح الحاكم وعدل القاضي ويفسد بفساد أحدهما.

إلا أننا لا نرفض مبدئيا جواز الاستبدال في الوقف مع تسليمنا بأن الوقف ينبغي أن يكون مؤبدا. فإذا قام مانع من التأبيد فإنه يمكن تأبيده على وجه يخصصه استيفاء الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى. فالجمود على العين مع تعطلها تضييع للغرض الذي من أجله شرع الوقف.

فالهدى مثلا إذا عطب في السفر فإنه يذبح في الحال وإن كان يختص بموضع، فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفي منه ما أمكن، وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذرة. لأن مراعاته مع تعذرى تفضى إلى فوات الانتفاع بالكلية، فهكذا الوقف الذي تعطلت منافعه. غير أن التطبيق العلمي أظهر في كثير من حالات الاستبدال حالة سلبية يخشى على الوقف منها، وضاعت حقوق الناس بها، وكان الاستبدال في كثير من الأزمنة تذرع به الحكام الظلمة إلى كل أموال الناس بالباطل.

فمن المؤلم أن نرى التاريخ قد حفظ لنا صورا كثيرة كريهة لقوم من أصحاب السلطة عدوا على الأوقاف يأكلونها بغير وجه حق منذر عين وقد عاونهم على ذلك قضاة ظالمون وشهود زور فينبغي الحيطة في الأمر.

المراجع

١ – رواه النسائي وابن ماجة بهذا اللفظ، انظر: نيل الأوطار للشوكاني، دار الكتب العلمية بيروت،(٢٧/٦) وقد ورد الحديث في البخاري أيضا، كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف.

٢ – انظر: الهداية مع فتح القدير، علي بن أبي بكر المرغيناني، دار الفكر بيروت، (٦٠٣/٦) المغني، موفق الدين ابن قدامة المقدسي، بتحقيق: د- عبد الله التركي، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٩ م، (١٨٦/٨) ، حاشية الدسوقي، محمد بن عرفة الدسوقي، عيسى البابي الحلبي، وشركاه بمصر، (٧٥/٤).

٣- انظر: شرح الخرشي على مختصر الخليل، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي، دار الفكر بيروت (٩٥/٧) المهذب، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، عيسى البابي الحلبي وشركاه مصر، (٤٤٥/١) حاشيتا قليوبي وعميرة على منهاج الطالبين، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي وشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة، مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٥٦ م ،(١٠٨/٣) الهداية وفتح القدير، دار الفكر بيروت، الطبعة الثانية (٢٣٦/٦، ٢٣٧).

٤- انظر: المغني (٢٢٠/٨، ٢٢١).

٥- المصدر السابق (٢٢٢/٨).

٦- المصدر السابق (٢٢١/٨).

[٧]- انظر: المبسوط، أبو بكر محمد بن أحمد السرخسي، دار المعرفة بيروت(٤٣/١٥) فتح القدير(٢٣٦/٦).
[٨]- انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المكتبة الإمدادية ملتان، (٣٣١/٣)، حاشية الدسوقي(٩٢،٩١/٤) ،المغني (٢٢٠/٨).
[٩]- المغني (٢٢١/٨)
[١٠]- انظر: حاشية العدوي على الخرشي علي بن أحمد الصعيدي العدوي (بهامش الخرشي)، دار الفكر بيروت، (٩٥/٧) المغني، (٢٢١/٨) ، فتح القدير، الكمال بن الهمام، دار الفكر بيروت (٢٣٧/٦).
[١١]- حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)، العلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين، دار أحياء التراث العربي بيروت، (٣٨٧/٣).
[١٢] - فتح القدير (٢٢٧/٦)، وانظر أيضا المبسوط للسرخسي ((٤١/١٢-٤٢).
[١٣]- الفتاوى الهندية، المطبعة الأميرية بولاق ١٣١٠ هـ ، (٤٠١/٢).
[١٤]- فتح القدير (٢٢٨/٦).
[١٥]- الإسعاف في أحكام الأوقاف، برهان الدين ابراهيم بن موسى بن أبي بكر الطربلسي مطبعة هندية بالأزبكية مصر، ١٩٠٢ ، ص، ٣٢.
[١٦]- نقلا عن محاضرات في الوقف، الشيخ محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي القاهرة (ص،١٩٣).
[١٧]-حاشية ابن عابدين، (٣٨٧،/٣) وانظر أيضا فتح القدير (٢٢٧/٦).
[١٨]- نقلا عن: محاضرات في الوقف، الشيخ محمد أبو زهرة، ص ١٩٤، ١٩٥.
[١٩]- حاشية ابن عابدين (٣٧٩/٣).
[٢٠]- انظر: البحر الرائق، زين الدين ابن نجيم، المكتبة الماجدية كويته، (٢٢٢/٥). الوقف، محمد أبو زهرة، ص: (١٩٧).
[٢١]- الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي، الشيخ أحمد الدردير، عيسى البابي الحلبي بمصر(٩١،٩٠/٤).
[٢٢]- المدونة الكبرى، رواية سحنون عن الإمام مالك بن أنس، دار صادر، بيروت (٩٩/٦).
[٢٣]- حاشية الدسوقي (٩١/٤).
[٢٤] الشرح الكبير للدردير وحاشية الدوسوقي (٩١/٤)
[٢٥]- انظر شرح الخرشي (٩٠/٧)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٩٢،٩١/٤).
[٢٦]- حاشية الدسوقي (٩١/٤).
[٢٧]- التاج والآكليل ، نقلا عن: ممحاضرات في الوقف، محمد أبو زهرة، ص: ١٨٤.
[٢٨]- المهذب الشيرازي (٤٤٥/١).
[٢٩]- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الشربيني الخطيب، دار احياء التراث العربي، بيروت (٣٩١/٢- ٣٩٢).
[٣٠]- المهذب (٤٤٥/١) .
[٣١]- المغني (٢٢١/٨).
[٣٢]- المصدر السابق، ص: ٢٢٠.
[٣٣]- المصدر السابق، ص:٢٢٣.
[٣٤]- الإقناع، شرف الدين موسى الحجاوي، المطبعة المصرية بالأزهر، ١٣٥١هـ (٢٧/٣).
[٣٥]- المغني (٢٢٢/٨).