استِبْدَالُ مُمْتَلكَاتِ الأَوْقَافِ
(حكمُهُ وضَوابِطُهُ وإجرَاءَاتُهُ)
(دراسة مقارنة)

الدكتور تيسير أبو خشريف

قسم الفقه الإسلامي وأصوله

كلية الشَّريعة

جامعة دمشق

الملخص

استبدال الوقف وإجارته من أهم التصرُّفات التي تجري على الوقف، وقد اختلف الفقهاء في حكم استبدال ممتلكات الأوقاف؛ فمنهم من منع (وهم أكثر المالكيَّة والشافعية)، ومنهم من أجاز بضوابط، والمجيزون منهم من توسَّع (وهم الحنفية)، ومنهم من ضيَّق (وهم الحنابلة وبعض الشافعيَّة).

ومن خلال الدِّراسة التَّفصيليَّة لآراء المذاهب تبيَّن أن فقهاء الحنفيَّة رغم توسُّعهم في الاستبدال أكثر من غيرهم من فقهاء المذاهب، إلا أنَّهم لم يكونوا على نسقٍ واحدٍ في التَّطبيق، وإن اتَّفقوا على أصل الحكم، فقد اختلف الرَّأي في الحكم على بعض المسائل تبعاً لاختلافهم في أصولها، وعلى وجه العموم فقد أجازوا الاستبدال في معظم الأحوال ما دام ذلك يحقِّق مصلحة محضة للأوقاف، وبغضِّ النَّظر عن ماهية الموقوف (منقول أو عقار) وإمكانيَّة الانتفاع به بمفرده أو لا.

أمَّا المالكيَّة : فقد ميَّزوا في الاستبدال بين العقار والمنقول، فمعظمهم منع استبدالَ العقار، ولو تَخَرَّب، وبعضهم أجاز استبداله بعقارٍ آخر يصبح وقفاً مكانه، بشرط أن يصبح العقار غير ذي منفعة. وبالنِّسبة إلى المنقول فقد أجاز المالكيَّة استبداله إذا كان ذلك يحقِّق مصلحة، وبشرط أن يتعذَّر الانتفاع به فيما حُبِّسَ من أجله. وأساس تفريقهم بين العقار والمنقول رجاء الانتفاع في العقار، فيُمنع استبداله، وعدم رجاء ذلك في المنقول، فيجوز استبداله.

وأمَّا الشَّافعيَّة: فقد تشدَّدوا في الاستبدال خشية ضياع الأوقاف، فمنعوا استبدال العقار الموقوف؛ لأنَّه لا يمكن أن تسلب منفعته بحال، فلا يصحّ بيعه واستبداله. وكذا المنقول منعوا استبداله في الرَّاجح عندهم، ولو في حال عدم الصَّلاحيَّة إلا بالاستهلاك، إذْ أجازوا للموقوف عليهم استهلاك الموقوف ولم يجيزوا استبداله.

وبالنِّسبة إلى فقهاء الحنابلة: فقد اتَّخذوا موقفاً وسطاً بين المالكيَّة والشَّافعية (المانعين بشكل عام) من جهة، والحنفيَّة (الموسِّعين) من جهة أخرى، إذْ أجازوا استبدال الوقف إذا أصبح غير صالح لما وُقف لأجله، أي أنَّهم يَقْصُرُون الجواز على حال الضَّرورة.

وقد قرَّر المتأخرون من الفقهاء أن بقاء الوقف ببقاء عينه، ومن ثمَّ فإنَّ الاستبدال طريق مشروع من طرق بقاء الأوقاف إذا كان فيه محافظة على عين الوقف من الضَّياع والخرَاب، أمَّا إذا تحوَّل الاستبدال إلى سبيل من سُبُل هدر الأوقاف وضياعها والتَّفريط بها، فالحكم عندئذٍ يختلف، إذْ يتَّفق الفقهاء عندئذٍ على حرمة الاستبدال.

ومن خلال التطبيق العملي للاستبدال ظهرت مساوئ ومحاسن التَّوسُّع في باب استبدال أملاك الأوقاف الذي أخذ به فقهاء الحنفيَّة، حتَّى إن كثيراً من الواقفين كانوا يشترطون في أوقافهم عدم الاستبدال، حتى لو تَخَرَّب الوقف بشكل كامل.

المقدمة:

إن التَّوسُّع في مفهوم الوقف الإسلامي وتطبيقه وإنشائه منذ الدور التشريعي الأول (عصر النبوة والخلفاء الراشدين وكبار الصحابة) والاجتهاد في وضع السُّبل الكفيلة بالمحافظة على الموجود من عقارات وممتلكات الأوقاف طوال العصور المتلاحقة إلى يومنا هذا، انطلاقاً من الشروط الموضوعة ليكون الوقف صحيحاً (ومنها التأبيد)، ذلك كلّه أدَّى إلى وجود كمٍّ كبير ومتنوع من الأوقاف الإسلامية، سواء من حيث الأموال الموقوفة[1]، أم أهداف الوقف[2]، أم الشكل القانوني للوقف[3]، أم المضمون الاقتصادي[4]، أم أحوال الواقفين[5]، أم أشكال إدارة الوقف [6].

وتبقى الأوقاف الإسلامية في ازدياد ونماء إذا ما استُثمِرت على الوجه الأمثل وأعيد تنظيمها وتفعيل دورها من خلال إيجاد وسائل ومعايير اقتصادية جديدة تعين على استثمار هذه الأملاك، إضافة إلى أهمية ابتكار صيغ جديدة متفقة مع ضوابط الشريعة الإسلامية لتمويل عقارات الأوقاف، سواء كان ذلك من خلال المؤسَّسات التَّمويليَّة، أم من الجمهور مباشرة، مع ملاحظة التَّمييز بين الصِّيَغ التَّقليديَّة والحديثة من جهة، وبين الصِّيَغ التَّمويليَّة التي تمكِّن ناظر الوقف من الاحتفاظ بحقِّ الإدارة، وتلك التي تمنح هذا الحقَّ للممولِّ من جهة أخرى .

ومن المسائل المهمة التي ترد في موضوع تنظيم أموال الأوقاف ورعايتها، مسألة استبدال عقاراتها ومنقولاتها وضوابط ذلك وإجراءاته الشرعية والقانونية (في حال القول بجوازه في حالات معيَّنة)،

---

(1) يشمل ذلك الأصول الثابتة كالأرض والمباني الوقفية كالمدارس والمستشفيات والمكتبات والمباني السكنية والتجارية والأموال المنقولة التي تشمل أصولاً ثابتة بحسب المفهوم المحاسبي المعاصر، كالآلات الزراعية وكتب المكتبات، وكذلك وقف النقود للإقراض أو الاستثمار.

(2) وهي متعددة، إذْ تفنَّن المسلمون في ابتكار أغراض جديدة، منها وقف مياه الشرب والعيون والآبار وأوقاف القناديل التي تُضيءُ الطرق... وغيرها.

(3) هو وقف عام، ووقف خاص (هو ذاته الوقف الأهلي أو الذُّرِّي)، والوقف المشترك، إذْ يخص الواقف جزءاً من منافع الموقوف بذرِّيَّته والباقي لوجوه البرِّ العامة.

(4) هذا يشمل الأوقاف المباشرة (وهنا تُقَدَّم خدمات مباشرة للموقوف عليهم كالمسجد والمدرسة)، وأموال موقوفة على استثمارات تجارية أو صناعية أو زراعية أو خدمية.

(5) هذا يشمل أوقاف الأغنياء، وهي تمثل الجزء الأكبر من الأوقاف الإسلامية، وأوقاف الحُكَّام، وهو ما يسمى "الأرصاد".

(6) هنا نجد أوقافاً تدار من قبل الواقف نفسه، أو من أحد ذُرِّيَّته من بعده، وأوقاف تدار من قبل المشرف على الجهة الموقوف عليها.

انظر لهذا الهامش والهوامش السابقة في هذه الصفحة: الوقف الإسلامي (تطوره، إدارته، تنميته)، د. منذر قحف: ص 31-41 طبعة 1427هـ- 2006م، دار الفكر – دمشق.

وهو ما يُشكِّل مضمون هذا البحث. أمَّا هذه المقدمة، فإنها تتضمن: إشكالية البحث، ومنهجه، وخطته، وذلك على النحو الآتي:

أولاً –مشكلة البحث:

كان للوقف دور كبير في بناء أركان الثقافة الإسلامية المتنوعة على امتداد العصور، وذلك من خلال تفعيل دور المكتبات الخاصة والعامة والملحقة بالمدارس والمساجد والمقابر والمشافي والمزارات والمؤسسات الخيرية.. فضلاً عن المدارس الشرعية، والإنفاق على طلبة العلم من جميع أنحاء العالم؛ لهذا فقد اهتم الخلفاء والسَّلاطين والحكام والولاة والأمراء والوزراء والأثرياء والعلماء، وبعض عامة الناس بتشجيع الوقف والعناية به .

ومعلوم أن نظام الوقف في الإسلام يمتاز بثباته واستقراره، ودوامه واستمراره؛ فمن حبس مالاً أو عقارًا أو شيئًا خرجت عينه عن ملكيته إذا استكملت إجراءات الوقف الصحيحة شرعاً، وبقيت منفعته لصالح الموقوف عليهم.

ولكن إذا وجدت ضرورة أو حاجة إلى استبدال عقار أو منقول وقفي بعقار آخر، أو منقول، أو عقار بنقد، وكان في ذلك مصلحة محضة للأوقاف، فهل يجوز هذا الاستبدال في الشرع؟

وهل نميِّز بين ما يُنْتَفَع به على حاله أو لا ؟
وما ضوابط هذا الاستبدال؟
وما مصير البدل إذا كان نقداً؟ وهل الاستبدال طريق من طرق بقاء الأوقاف؟
وهل يجوز استبدال المسجد إذا تخرَّب وتعذَّرت إعادته لما كان عليه، أو أصبح غير صالح للمقصود من بنائه؟ وفي حال الجواز، هل يشترط صرف ثمنه في بناء مسجد آخر، أم يجوز صرف الثمن لأي غرض وقفي آخر؟
وما الإجراءات القانونية لتنفيذ عملية الاستبدال (في حال القول بالجواز في حالات معيَّنة)؟
هذه التساؤلات وغيرها محل البحث والنقاش في صفحات هذا البحث .

ثانياً – منهج البحث:

من المعلوم أن مناهج البحوث تختلف باختلاف طبيعة البحث المراد دراسته، كما أن المناهج قد تتعدَّد في البحث الواحد. وطبيعة هذا الموضوع تستدعي اتباع المنهج التحليلي المقارن، إذْ عُرِضَتِ

الاتجاهات الفقهية وأدلتها وأوجه الاستدلال بها، ومن ثم نوقِشَتْ هذه الأدلة وصولاً إلى الرأي الراجح في المسألة، وفي مواطن أخرى من البحث اتَّبعت المنهج الاستنباطي.

وهكذا فإن المنهج العام في البحث لا يُغْفِل مقابلة الآراء والأقوال ببعضها، والموازنة بينها في إطار من الضوابط المقررة في هذا المجال، ولن يتأتى هذا إلا بالرجوع إلى المصادر الأساسية والمدونات الأصولية والفقهية القديمة، وشروح تلك المدونات، ثم الكتابات المعاصرة في أحكام الوقف، شرعية كانت أو قانونية .

ثالثاً – خطة البحث:

المقدمة: وفيها: إشكالية البحث، ومنهجه، وخطته.
التمهيد: وفيه: تعريف الوقف، وأدلة مشروعيته، وتعريف الاستبدال.
المبحث الأول: الحكم الفقهي لاستبدال ممتلكات الأوقاف.
المطلب الأول: حكم الاستبدال في حال وجود شرط فيه من الواقف.
المطلب الثاني: حكم الاستبدال في حال عدم وجود شرط من الواقف.
الفرع الأول: حكم الاستبدال إذا تعطَّلت منفعة الوقف (عقار أو منقول) جُزئيًّاً.
الفرع الثاني: حكم الاستبدال إذا تعطَّلت منفعة الوقف (عقار أو منقول) كلِّيًّاً.
الحالة الأولى: إذا كان الموقوف عقاراً.
الحالة الثانية: إذا كان الموقوف منقولاً.
المطلب الثالث: حكم استبدال المسجد.
المبحث الثاني: ضوابط استبدال ممتلكات الأوقاف (عند القائلين بجوازه).
المبحث الثالث: إجراءات استبدال ممتلكات الأوقاف في القانون الوضعي السوري .
الخاتمة وأهم النَّتائج والتَّوصيات.

التمهيد:

أولاً - تعريف الوقف:

ــ الوقف لغة: الحبس والتسبيل. وقفَهُ: حبسه (وَقْفاً)، ووقَف بنفسه وقوفاً، وهو واقِف وهم وقوف. ومنه: وقَفَ دارَه أو أرضه على ولده؛ لأنه حَبْسُ المِلْك عليه . وقيل للموقوف: (وَقْفٌ) تسميةً

بالمصدر، ولذا جُمع على (أوقاف) كوقت وأوقات[7]. قالوا: ولا يُقال (أوقفه) إلا في لغة رديئة. وقيل: يُقال (وقفَه) فيما يُحْبَس باليدِ و (أوقفه) فيما لا يُحبس بها. ومنه:" أوقفْتُه على ذنْبه" أي عرَّفْتُه إياه، والمشهور : وقفْته. وقوله: حين وقَّفه، أي عرَّفه إياه من قولهم: (وقَّفتُ) القارئ (توقيفاً): إذا علَّمتَه مواضع الوقوف[8].

والوقف في القراءة قطع الكلمة عما بعدها[9]. والحبس: المنع، وهو يدل على التأبيد، يقال: وقف فلان أرضه وقفاً مؤبداً إذا جعلها حبيساً لا تباع ولا تورث[10]. ويُعبَّر عن الوقف بالحبس تارة، وبالتسبيل تارة أخرى.

ـ الوقف اصطلاحاً: تعددت عبارات الفقهاء في تعريف الوقف في الاصطلاح، واختلف المضمون في كثير من الأحيان، وذلك تبعاً لاختلافهم في لزوم الوقف وعدم لزومه ومصير العين الموقوفة، وغير ذلك، ومن هذه التعريفات:

تعريف ابن نُجَيْم:" حَبْسُ الْعَيْنِ على مِلْكِ الْوَاقِفِ وَالتَّصدُّقُ بِالْمَنْفَعَةِ"[11]. وعرَّفه السَّرَخْسِيُّ بأنه:"حَبْسُ الْمَمْلُوكِ عن التَّمْلِيكِ من الْغَيْرِ" [12] أي حبس الشخص ملكه فلا يملكه أحد، لا ببيع ولا هبة. وقد عرّفه الشيخ زكريا الأنصاري بقوله:"حَبْسُ مال[13] يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرّف في رقبته على مَصْرِف مباح"[14] . ومؤدى ذلك: خروج العين الموقوفة من ملك الواقف إلى ملك الله تعالى على وجه يحقق المنفعة، ولا يملك الواقف الرجوع عن ذلك.
كما عرَّفه ابن قُدَامَة بقوله:" تحبيس الأصل، وتسبيل الثمرة"[15]. ويلاحظ هذا التعريف مأخوذ من قول النبي ﷺ لعمرَ بن الخطَّاب رضي الله عنه:[إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا][16].

(7) انظر: لسان العرب: 359/9 مادة (وقف).
(8) المغرب في ترتيب المعرب، المطرزي: 366/2
(9) انظر: المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى: 1051/2
(10) لسان العرب (مادة : أبد).
(11) البحر الرائق: 202/5
(12) المبسوط: 47/12
(13) المقصود بالحبس المنع من التصرف بالبيع والهبة ونحوهما؛ ولذلك تسمّى الأوقاف أحباساً، ويذكر باب الوقف في بعض المصادر باسم باب الحبس أو الأحباس. والمال: كل عين لها قيمة، ولا يختص بالنقود، ويعرفه الفقهاء بأنه: ما يميل إليه الطبع ويمكن ادّخاره إلى وقت الحاجة؛ منقولاً كان أو غير منقول.
(14) أسنى المطالب في شرح روض الطالب: 475/2
(15) المغني: 206/6
(16) جزء من حديث صحيح أخرجه مسلم :كتاب الوصية، باب الوقف : 3/ 1255 رقم 1633 والبخاري : كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب؟ رقم 2578

ولم يخرج تعريف المالكية للوقف عن هذه المعاني، فقد قال ابن عَرَفَةَ:" إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك مُعطيه، ولو تقديراً" (17).

وأكثر هذه التعريفات ضبطاً هو:"تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة "، وهو ما يؤيده قول النبي ﷺ لسيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه السابق [إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا] (أي: سَبَّلْتَ ثَمَرَهَا).

والعلاقة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي واضحة، إذْ إن الوقف بمعناه الاصطلاحي يقتضي المنع من التصرف في العين الموقوفة على التأبيد، وجعل الثمرة في سبيل الخير، فالمنع والتأبيد هما بعض معاني الحبس اللغوية.

ثانياً - أدلة مشروعية الوقف:

الأوقاف من أهم الموارد الاقتصادية لتنمية المجتمع في الدولة الإسلامية، وهي نظام إسلامي شُرِع بنصوص كثيرة من السنة النبوية، وأجمعت الأمة على مشروعيته، ومن أدلة المشروعية:

أ – حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه قال:[أَصَابَ عُمَرُ أَرْضًا بِخَيْبَرَ فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ يَسْتَأْمِرُهُ فِيهَا فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ: إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْبَرَ لَمْ أُصِبْ مَالًا قَطُّ هُوَ أَنْفَسُ عِنْدِي مِنْهُ، فَمَا تَأْمُرُنِي بِهِ؟ قَالَ: إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا. قَالَ: فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمَرُ أَنَّهُ لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا، وَلَا يُبْتَاعُ، وَلَا يُورَثُ، وَلَا يُوهَبُ. قَالَ: فَتَصَدَّقَ عُمَرُ فِي الْفُقَرَاءِ وَفِي الْقُرْبَى وَفِي الرِّقَابِ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَالضَّيْفِ، لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهِ](18).

ب – حديث أنس رضي الله عنه قال:[لَمَّا نَزَلَتْ {لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ} قَامَ أَبُو طَلْحَةَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ إِنَّ اللَّهَ يَقُولُ فِي كِتَابِهِ { لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ } وَإِنَّ أَحَبَّ أَمْوَالِي إِلَيَّ بَيْرَحَى(19)، وَإِنَّهَا صَدَقَةٌ لِلَّهِ أَرْجُو بِرَّهَا وَذُخْرَهَا عِنْدَ اللَّهِ، فَضَعْهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ حَيْثُ شِئْتَ. قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: بَخْ، ذَلِكَ مَالٌ رَابِحٌ، ذَلِكَ مَالٌ رَابِحٌ، قَدْ سَمِعْتُ مَا قُلْتَ فِيهَا، وَإِنِّي أَرَى أَنْ تَجْعَلَهَا فِي الْأَقْرَبِينَ]، فَقَسَمَهَا أَبُو طَلْحَةَ فِي أَقَارِبِهِ وَبَنِي عَمِّهِ (20).

(17) التاج والإكليل: 18/6

(18) أخرجه مسلم : كتاب الوصية، باب الوقف: 3/ 1255 رقم 1633

(19) بَيْرَحَاء: بستان لأبي طلحة في المدينة.

(20) أخرجه البخاري: كتاب الزكاة، باب الزكاة على الأقارب: 119/2 رقم 1461 ومسلم: كتاب الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين والزوج والأولاد والوالدين ولو كانوا مشركين. وباب النفقة وتبشير المنفق بالخلف: 2/ 693 رقم 998 واللفظ له.

ج ــ عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال:[مَنْ احْتَبَسَ فَرَسًا فِي سَبِيلِ اللَّــهِ إِيمَانًــا بِاللَّهِ وَتَصْدِيقًا بِوَعْدِهِ، فَإِنَّ شِبَعَهُ وَرِيَّهُ وَرَوْثَهُ وَبَوْلَهُ فِي مِيزَانِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ](21).

د – وقف النبي ﷺ الأوقاف، وأوَّل صدقة كانت في الإسلام أراضي مُخَيْرِيق التي أُوصــي بهــا إلــى النبي ﷺ فوقفها عليه الصلاة والسلام(22).

هــ- وقف عثمان رضي الله عنه بئر رُوْمَة، وجعلها عامَّة للمسلمين (23). وكذلك وقف كل من كــان له مقدرة من الصحابة رضي الله عنهم، كطلحة والزبير وعليٍّ وابن عمر وعبد الله بن عمــرو بــن العاص، وحبس خالد بن الوليد أدراعه وأعبده في سبيل الله. قال ابن قدامة:" ... فإن الذي قدر منهم (الصحابة) على الوقف وقف، واشتهر ذلك، فلم ينكره أحد، فكان إجماعاً" (24).

وهذا كله يدلُّ على مدى أهمية الوقف وحَضِّ الشرع عليه؛ لعظيم فائدته ومنفعته على المسلمين، فهو الذي جعل عمر رضي الله عنه لما اختلف الصحابة في قسمة الأراضي المفتوحــة (كــسواد العــراق ومصر وغيرها) يرجِّح عدم قسمتها على المقاتلين، وحبسَ رقبتها على المسلمين.

ثالثاً - تعريف الاستبدال:

الاستبدال لغة: استبدله واستبدل به: اتَّخذ منه بدلاً. وجاء في المعجم الوسيط : أبدله غيَّــره، وأبــدل الشيء بغيره اتَّخذه عوضاً عنه وخلفاً، والبدل من الشيء الخلف والعوض، ومثله البديل. وبَدَلٌ وبِدْلٌ (لغتان)، والبَدِيل البَدَل، وبَدَلُ الشيء غَيْرُه، وبِدْل الشيء وبَدَله وبَدِيله:الخَلَف منه، والجمــع أَبــدال. وتَبَدَّل الشيءَ، وتَبدل به، واستبدله، واستبدل به كُلُّه: اتَّخذ منه بَدَلاً.. وأَبدلتُ الشيء بغيره وبدّله الله من الخوف أَمْناً، وتبديل الشيء تغييره وإن لم تأْت ببدل، واستبدل الشيء بغيره وتبدَّله به إِذا أَخــذه مكانه.

والأَصل في التبديل تغيير الشيء عن حاله، والأَصل في الإِبدال جعل شيء مكان شيء آخر كإِبــدالك من الواو تاء في تالله، والعرب تقول للذي يبيع كل شيء من المأْكولات بَدَّال. وقوله عز وجل: {يَوْمَ

(21) أخرجه البخاري: كتاب الجهاد والسير، باب من احتبس فرساً في سبيل الله: 28/4 رقم 2853

(22) فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني: 402/5 (باب إذا وقف جماعة أرضاً مشاعاً فهو جائز). وأراضي مخيريق عبارة عن سبع حوائط : المثيب، والصَّافة، والدَّلال، وحسنى، وبرقة، والأعراف، ومشربة أم إبراهيم.

(23) رُوْمَة: بئر، وكانت ملكاً ليهودي يسقي منها بالأجر، فاشتراها عثمان رضي الله عنه، وجعلها صدقة على المسلمين، يــسقون منها بلا مقابل.

(24) المغني: 206/6

تُبَدَّلُ الأَرْضُ غَيْرَ الأَرْضِ وَالسَّمَاوَاتُ } (إبراهيم: 48) ، تبديلها (والله أعلم): تسييرُ جبالها وتفجيـر بحارها. وجعلت العرب بدَّلت بمعنى أَبدلت، قال تعالى:{ فَأُوْلَئِـكَ يُبَـدِّلُ اللَّـهُ سَـيِّئَاتِهِمْ حَـسَنَاتٍ } (الفرقان:70) [25]. والفرق بين التبديل والإبدال أن التبديل تغيير الشيء عن حاله، والإبـدال جعـل الشيء مكان الشيء[26].

والاستبدال اصطلاحاً: الاستبدال والإبدال بمعنى واحد، وهو : نقل الوقف من عين إلى أخرى، أو بيع الموقوف وجعل آخر بدلاً منه. أو هو إخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها بأخـذ العـوض عنهـا بطريق المعاوضة. أو" شراء عين بدل التي بيعت لتكون وقفاً بدلها"[27].

فالاستبدال نوع من البيع، ولكن يباع فيه العقار أو المنقول الموقوف بعقار أو منقول آخر يصير وقفاً، أو بنقد فيُشترَى بالثَّمن وقف. والفرق بين الشراء والاستبدال: أن كل شراء اسـتبدال، ولـيس كـل استبدالٍ شراء؛ لأنه قد يستبدل الإنسان غلاماً بغلام، وأجيراً بأجير ، ولم يشتره[28].

المبحث الأول

الحكم الفقهي لاستبدال ممتلكات الأوقاف:

المطلب الأول: حكم الاستبدال في حال وجود شرط فيه من الواقف:

ما حكم استبدال ممتلكات الأوقاف (عقارات أو منقولات) في حال وجود شرط من الواقف (لنفسه أو لغيره أو لنفسه وغيره)، كأن يقول: هذه أرضي صدقة موقوفة على أن لي استبدال غيرها بهـا، أو على أن لي بيعها وجعل غيرها وقفاً في موضعها؟

اتفق الفقهاء على جواز الاستبدال في هذه الحالة[29]، وهذا الجواز سواء أمكن الانتفاع بـالموقوف على حاله أو لم يمكن، بأن كان عقاراً صغيراً لا يمكن استكمال إجراءات البناء فيه استقلالاً، وسواء كان الاستبدال بالعقار أو النقد، ولكن ضمن ضوابط وشروط فصَّلها العلماء.

(25) انظر: لسان العرب : (مادة بدل) : 48/11 ومختار الصحاح، الرازي: ص 73 ومعجم مقاييس اللغة، ابن فارس: 210/1

(26) انظر: الفروق اللغوية: ص 113

(27) الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، د. أحمد الشافعي: ص229 وانظر: أحكام الوصايا والأوقاف، د. محمد شلبي: ص389

(28) انظر: الفروق اللغوية: ص 297

(29) انظر: رد المحتار على الدر المختار: 384/4 والبحر الرائق: 239/5 وفتح القدير: 123/14- 127 وبدائع الـصنائع: 6/ 220 ومجمع الأنهر: 576/2 والمبسوط للسرخسي: 727/12 ولسان الحكام: ص 297 والذخيرة : 332/6 وحاشـية الدسـوقي على الشرح الكبير: 4/ 91 والشرح الكبير للدردير: 90/4 والثمر الداني في تقريب المعاني: 1/ 559 والتـاج والإكليـل: 41/6 وفتح العزيز شرح الوجيز: 297/6 وإعانة الطالبين: 3/ 158 والمجموع شرح المهذب: 245/9 وتحفـة الحبيـب علـى شـرح

فقد نص الحنفية (وهو الصحيح في المذهب) على جواز استبدال ممتلكات الأوقاف إذا شرطه الواقف لنفسه أو لغيره أو لنفسه وغيره، جاء في رد المحتار في سياق تعداد وجوه الاستبدال:" الأول : أن يشرطه الواقف لنفسه أو لغيره أو لنفسه وغيره، فالاستبدال فيه جائز على الصحيح في المذهب"(30). وذكر ابن نجيم من الحنفية حالات جواز استبدال الوقف فقال:" استبدال الوقف العامر لا يجوز إلا في مسائل: الأولى- لو شرطه الواقف ..."(31).

ونقل السرخسي خلاف محمد مع أبي يوسف في المسألة فقال:" إذا شرط الواقف أن يستبدل به أرضاً أخرى، إذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف، وعند محمد الوقف صحيح والشرط باطل... "(32) وهناك قول ثالث لمحمد، وهو أن الوقف والشرط باطلان.

وحجة أبي يوسف أنه شرط لا يُبطِل حكم الوقف؛ لأن الوقف يحتمل الانتقال من أرض إلى أرض أخرى، ويكون الثاني قائماً مقام الأول، فإنَّ أرض الوقف إذا غصبها غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحراً لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويُشترى بقيمتها أرضاً أخرى فتكون الثانية وقفاً، وكذلك أرض الوقف إذا قلَّ نُزُلُهَا لآفة وصارت بحيث لا تصلح للزراعة، أو لا تَفْضُلُ غَلَّتُهَا عن مُؤْنَتِهَا ويكون صلاح الوقف في الاستبدال بأرض أخرى، فيصح شرط ولاية الاستبدال، وإن لم يكن للحال ضرورة داعية إلى الاستبدال.

وبذلك يتَّضح أن للحنفية ثلاثة آراء في صحة الوقف والشرط: الأول: الوقف والشرط صحيحان (وهو رأي أبي يوسف)، والثاني: الوقف صحيح، والشرط باطل (وهو رأي محمد بن الحسن)، والثالث: الوقف والشرط باطلان (وهو قول ثالث لمحمد)، والصحيح هو الرأي الأول. وعلى هذا فرَّع الحنفية فروعاً كثيرة، منها:

الخطيب: 3/ 616 وحاشية البجيرمي على الخطيب: 9/ 203 وفتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، الشيخ زكريا الأنصاري: 444/1 وكشاف القناع: 293/4 والمغني: 250/6 والإنصاف للمرداوي: 7/ 77 وحاشية الروض المربع : 5/ 564 والمبدع شرح المقنع، ابن مفلح: 5/ 270 وشرح منتهى الإرادات: 2/ 425 ومطالب أولي النهى: 4/ 366 والإقناع في فقه الإمام أحمد، أبو النجا الحجاوي (960هـ): 27/3 والشرح الممتع على زاد المستقنع، ابن عثيمين: 59/11 وشرح زاد المستقنع، الشنقيطي: 250/4 والوصية والوقف في الفقه الإسلامي، د. أحمد الشافعي: ص229 وأحكام الوصايا والأوقاف، د. محمد شلبي: ص389 والوقف في الشريعة الإسلامية وأثره في تنمية المجتمع، د. محمد الصالح: ص131- 132

(30) رد المحتار على الدر المختار: 384/4

(31) الأشباه والنظائر: 194/1

(32) المبسوط: 72/12 وانظر رأي أبي يوسف ومحمد في المسألة في كتاب : أحكام الأوقاف، أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني (المعروف بالخصاف) (261هـ): ص22-23

أ - إذا لم يشترط الواقف الاستبدال، بل شرط بيعها مطلقاً، أو بما بدا له من الثمن، يفسُد الوقف(33)؛ لأنه شَرَطَ وِلايَة الإبطال، بخلاف شَرْط الاستبدال؛ لأنه نقل وتحويل[34] - كما أوضحت قبل قليل.

ب - لو شرط الواقف أن يبيعها ويشتري بثمنها أرضاً أخرى ولم يزد، صحَّ استحساناً، وصارت الثانية وقفاً بشرائط الأولى، ولا يحتاج إلى إيقافها.

ج - لو شرط استبدالها بأرض، عندها ليس له الاستبدال بدار؛ لأنه لا يملك تغيير الشرط، وله أن يشتري أرض الخراج، لأن أرض الوقف لا تخلو عن وظيفة إما العشر وإما الخراج. وكذلك لو شرط أن يستبدل بها داراً، فليس له أن يستبدل بها أرضاً.

د - لو أطلق الاستبدال فباعها بثمن، ملك الاستبدال بجنس العقار من دار أو أرض في أي بلد شاء، ولو باعها بغبن فاحش لا يجوز بيعه؛ لأن القَيِّم بمنزلة الوكيل، فلا يملك البيع بغبن فاحش.

هـ- لو وهب الواقف بدل الاستبدال صحت الهبة، وضمِنَ (في قول أبي حنيفة)، وقال أبو يوسف: لا تصح الهبة .

و - لو اشترى بثمنها أرضاً أخرى فاستُحِقَّت الأولى، لا تبقى الثانية وقفاً؛ استحساناً؛ لبطلان المبادلة.

ز - لو شرط الاستبدال لنفسه ثم أوصى به إلى وصيِّه؛ لا يملك وصيه الاستبدال.

والاستبدال في حال وجود شرط من الواقف ذكره المالكية في كتبهم [35]، فقد جاء في الشرح الكبير للدردير:" وكذا – في جواز بيع الوقف - إن شرط ذلك لنفسه، ولا بدَّ من إثبات الحاجة والحلف عليها، إلا أن يشترط الواقف أنه يصدَّق بلا يمين. وإن شرط في وقفه أنه إن تسور على الوقف قاض أو غيره من الظلمة رجع له الوقف ملكاً إن كان حياً أو لوارثه يوم التَّسوُّر ملكاً عُمِل بشرطه"[36].

(33) هذا الشرط ينافي مقتضى العقد، وفي هذه الحالة يبطل الشرط والوقف معاً، ويبقى الوقف على ملكية صاحبه. انظر: الوقف (مفهومه ومشروعيته وأنواعه وحكمه وشروطه)، د. محمد عبد الرحيم سلطان العلماء، بحث مقدم لمؤتمر الأوقاف الأول في المملكة السعودية 1422هـ.

(34) انظر: البحر الرائق : 239/5 فتح القدير : 123/14 والمبسوط: 72/12 ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: 576/2

(35) انظر: الثمر الداني في تقريب المعاني: 559/1 والتاج والإكليل: 41/6

(36) الشرح الكبير للدردير (بتصرف): 89/4

والخلاصة: أن شرط الاستبدال لا ينافي كون الوقف مستمراً، بل إنه في أكثر أحواله يكون لزيادة الغلات أو منع تضاؤلها، وذلك إن كان من ناظر حكيم على علم بتصريف الشؤون المالية والاقتصادية[37]. ونشير هنا إلى جواز الاستبدال في هذه الحالة، حتى لو كانت العين المراد استبدالها ذات ريع ونفع؛ لأنه مجرد تنفيذ لشرط، وهو شرط صحيح كما ذكرنا.

أمَّا شرط استبدال المسجد من قبل الواقف فهو شرط باطل؛ لأن المسجد مقصود لذاته، أما غيره فيجري فيه الخلاف السابق عند الحنفية، كما أن المراد من غير المسجد الانتفاع، فالاستبدال فيه جائز لهذا الغرض، كما أن القول ببطلان شرط استبدال المسجد فيه عمل بالأصل (وهو عدم جواز استبدال الموقوف).

المطلب الثاني

حكم الاستبدال في حال عدم وجود شرط من الواقف:

محل البحث في هذا المطلب:

إذا لم يوجد شرط من الواقف لنفسه أو لغيره، أو لنفسه وغيره باستبدال العقار الوقفي أو المنقول، فإما أن تكون منفعة الوقف باقية رغم تعطُّل بعض منافعه، وإما أن تكون منافعه قد تعطَّلت بالكلية، فأصبح هناك ضرورة لاستبداله. وفيما يأتي بيان حكم هاتين الحالتين، حيث درستا من خلال فرعين:

الفرع الأول: حكم الاستبدال إذا تعطَّلت منفعة الوقف (عقار أو منقول) جُزئِيًّا:

ما الحكم فيما لو لم تتعطَّل منفعة الوقف بالكلِّيَّة، لكن كان غيره أنفع منه، وأكثر ردًّا على أهل الوقف؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

(37) انظر: محاضرات في الوقف: ص191 والوقف في الشريعة الإسلامية وأثره في تنمية المجتمع، د. محمد الصالح: ص132

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) إلى عدم جواز الاستبدال في هذه الحالة [38]، فقد نص ابن قدامة على ذلك بقوله:" وإن لم تتعطَّل مصلحة الوقف بالكلية، لكن قلَّت، وكان غيره أنفع منه وأكثر ردًّا على أهل الوقف، لم يجز بيعه"[39].

وحجتهم في ذلك أن الأصل تحريم البيع، وإنما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحصيله، ومع الانتفاع، وإن قلَّ، ما يضيع المقصود، اللهم إلا أن يبلغ في قلة النفع إلى حد لا يعدُّ نفعاً، فيكون وجود ذلك كالعدم.

الرأي الثاني: ذهب الحنفية إلى عدِّ هذه الحالة وجهاً من وجوه الاستبدال الثلاثة عندهم: جاء في رد المحتار:" والثالث: أن لا يشرطه أيضاً [أي لا يشرط الواقف الاستبدال]، ولكن فيه نفعٌ في الجملة، وبدله خيرٌ منه ريعاً ونفعاً، وهذا لا يجوز استبداله على الأصح المختار في المذهب، وقيل: اتفاقاً"[40].

فهذا الوجه اختلف فقهاء الحنفية في حكمه، فعن أبي يوسف أنه يجوِّز الاستبدال في الوقف من غير شرط إذا ضَعُفَت الأرض من الرَّيع. وقال ابن نجيم:" ونحن لا نفتي به "[41].

وبيَّن ابن نجيم أن استبدال الوقف العامر لا يجوز إلا في أربع مسائل: ... وذكر منها : أن يرغب إنسانٌ فيه ببدل أكثر غلة وأحسن وصفاً، فيجوز على قول أبي يوسف[42]. وفي الذخيرة:" سئل شمس الأئمة الحلواني عن أوقاف المسجد إذا تعطَّلت وتعذر استغلالها، هل للمتولي أن يبيعها ويشتري مكانها أخرى؟ قال نعم. قيل إن لم تتعطل، ولكن يؤخذ بثمنها ما هو خير منها، هل له أن يبيعها؟ قال لا"[43].

---

(38) انظر: الثمر الداني في تقريب المعاني : 559/1 والذخيرة للقرافي: 330/6 والمدونة 22/6 ومنح الجليل: 154/8 وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 91/4 فتح العزيز: 297/6 وإعانة الطالبين: 159/3 وفتح الوهاب، للشيخ زكريا الأنصاري: 444/1 والمجموع شرح المهذب : 245/9 وتحفة الحبيب على شرح الخطيب: 616/3 ونهاية المحتاج 394/5 والمغني: 253/6 والإقناع في فقه الإمام أحمد: 27/3 والإنصاف: 77/7 والمبدع شرح المقنع: 270/5 وحاشية الروض المربع: 564/5 وشرح منتهى الإرادات: 424/2 ومطالب أولي النهى: 366/4 والشرح الممتع على زاد المستقنع، ابن عثيمين: 59/11 وشرح زاد المستقنع، الشنقيطي: 250/4

(39) المغني: 253/6

(40) رد المحتار على الدر المختار: 384/4 وانظر: فتح القدير: 123/14 – 124 والعناية شرح الهداية: 351/8 والمبسوط للسرخسي: 72/12-73 وبدائع الصنائع: 220/6 ومجمع الأنهر: 576/2 ولسان الحكام ص297

(41) البحر الرائق: 223/5

(42) انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم: 194/1

(43) نقلاً عن البحر الرائق: 223/5

وعدم الجواز اختاره كمال الدين بن الهمام في فتح القدير فقال "... ينبغي ألا يجوز"[44] ، لأن الواجب إبقاء الوقف على ما كان عليه.

ونقل ابن عابدين عن صاحب البحر في رسالته في الاستبدال أن:" الخلاف في الثالث (الوجه الثالث) إنما هو في الأرض إذا ضَعُفَت عن الاستغلال، بخلاف الدار إذا ضعفت بخراب بعضها ولم تذهب أصلاً، فإنه لا يجوز حينئذ الاستبدال على كل الأقوال، قال: ولا يمكن قياسها على الأرض، فإن الأرض إذا ضعفت لا يُرْغَبُ غالباً في استئجارها، بل في شرائها، أمَّا الدار فيُرغب في استئجارها مدة طويلة لأجل تعميرها للسكنى"[45].

<u>والمعمول به (أي المطبق في الواقع العملي) في هذه الحالة قول أبي يوسف</u>، إذْ قال بالجواز (ولكن ضمن ضوابط الاستبدال التي سنأتي على ذكرها في مبحث مستقل)، جاء في كتاب الوصية والوقف:" إن وجدت مصلحة في الاستبدال، كما إذا كان الوقف منتَفَعَاً به، لكن يراد استبداله بما هو أكثر نفعاً من جهة الغلة أو كثرة الثمن، فهذه أجازها أبو يوسف، ومنعها محمد؛حتى لا يُتَّخذ ذلك ذريعة لضياع الأوقاف، ولكن المعمول به هو قول أبي يوسف"[46].

وحجة أبي يوسف في الجواز:

أ – ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه وقف على الحسن والحسين، فلمَّا خرج إلى صفِّين قال:" إن نأت بهم الدارُ فبيعوها واقسموا ثمنها بينهم"[47]. قال ذلك علماً أنه لم يكن هناك شرط للبيع عندما تمت عملية الوقف من سيدنا علي رضي الله عنه.

ب – لأنَّه أنفع للوقف، ولا منافاة لمقصده، والقاضي الشرعي هو الذي يقِّدر الحاجة[48].

وذهب إلى رأي أبي يوسف ابنُ تيمية من الحنابلة، إذْ قال بجواز بيع الموقوف واستبداله، وإن لم تتعطل منافعه بالكلية، ما دام هناك مصلحة للوقف. وقد نص على ذلك في الفتاوى فقال:" يجوز إبدال الوقف، حتى المساجد بمثلها أو أنفع منها، للحاجة"[49].

---

(44) فتح القدير: 123/14

(45) رد المحتار على الدر المختار: 385/4

(46) الوصية والوقف في الفقه الإسلامي: ص230 وانظر: أحكام الوصايا والأوقاف، د. محمد شلبي: ص 390

(47) بعد البحث لم أجد لهذا الأثر سنداً، ولكن ذكره الإمام السرخسي في السير الكبير: 257/5

(48) الوقف في الشريعة وأثره في تنمية المجتمع، د. محمد الصالح: ص134

(49) مجموع فتاوى ابن تيمية: 156/4 و362/4

والراجح في المسألة رأي جمهور الفقهاء والمختار عند الحنفية، وذلك أخذاً بالأصل العام (وهو منع الاستبدال)، أمَّا الأثر الوارد عن سيدنا علي رضي الله عنه الذي استدل به أبو يوسف، فلا يصلح للاحتجاج. قال الإمام محمد أبو زهرة تعقيباً على الاستدلال بهذا الأثر:" وإن الدليل في مقدماته أكبر من النتيجة التي يطلبها أبو يوسف أو من يحكي قوله؛ لأن كلام الإمام علي رضي الله عنه يدل على أنه يجوز بيع الوقف واقتسام ثمنه إن لم يؤدِّ الغاية المقصودة منه، والقضية التي يراد الاستدلال عليها هي بيع الموقوف لشراء غيره الذي في محله، وهذه دون ما يؤدي إليه الدليل"[50].

واستدلاله بأن الجواز أنفع للوقف فمردود بالأصل العام في الاستبدال (وهو المنع)، محافظة على أموال الأوقاف، خاصة في أزمنة الفساد.

الفرع الثاني: حكم الاستبدال إذا تعطَّلت منفعة الوقف (عقار أو منقول) كلِّيًّاً:

محل البحث: إذا تعطَّلت منافع الموقوف كلِّيًّاً فقد ميَّز الفقهاء في حكم هذه المسألة فيما إذا كان الموقوف عقاراً أو منقولاً، وبذا تظهر هذا حالتان:

الحالة الأولى: إذا كان الموقوف عقاراً:

محل البحث في هذه الحالة:

ما الحكم فيما لو لم يشرط الواقف الاستبدال لنفسه أو لغيره أو لنفسه وغيره، وتعطَّلت منافع الموقوف كلياً؟

اختلف الفقهاء في حكم الاستبدال لهذه الحالة بين مانع بشكل كلِّي، ومجيز، وفيما يأتي اتجاه المانعين والمجيزين في هذه المسألة، وعرض أدلتهم، وبيان الراجح من هذه الآراء:

الاتجاه الأول: وهو اتجاه المنع (ويمثِّله معظم المالكية والشافعية):

فقد ذهب أصحاب هذا الرأي إلى عدم جواز استبدال العقارات الوقفية، حتى لو تعطَّلت منافعها ومصالحها، ولو أصبحت خَرِبَة ولا يستفاد منها بشيء[51]. جاء في الشرح الكبير:" لا يجوز بيع

(50) محاضرات في الوقف: ص195

(51) انظر: المدونة 22/6 و 111/8 والذخيرة للقرافي : 330/6 والتاج والإكليل: 22/6 ومواهب الجليل: 661/7 والشرح الكبير للدردير 90/4-91 وحاشية الصاوي على الشرح الصغير : 182/9 وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 91/4 ومنح

العقار المحبَّس وإن خرِب، ولو بعقار غير خرِب، خلافاً لمن قال بجواز بيع الخرب بغيره، إلا أن يُباع العقار الحَبِسُ ولو غير خرب؛ لتوسيعٍ كمسجد وطريق ومقبرة، والمراد بالمسجد: الجامع ، فيجوز بيع حبس غير هذه الثلاثة لتوسيع الثلاثة، وسواء تقدم الحبس على أحد هذه الثلاثة أو تأخر، فالصور ست، والمراد بالجواز الإذن، فلذا قال: ولو جبراً إن أبى المستحق أو الناظر"[52]. وجاء أيضاً:" أما العقار من دور وحوانيت وحوائط فلا يباع ليستبدل به غيره، وإن خرِب ونقض (أي منقوض الحبس من الأحجار والآجر والأخشاب) لا يجوز بيعه، فإذا لم يمكن عودها فيما حبست فيه جاز نقلها في مثله"[53]. وجاء في التاج والإكليل بصدد بيان حكم استبدال العقار:" لا عقارَ، وإن خَرِب "[54].

وقد بيَّن المالكية أن هذا في الوقف الصحيح، وأمَّا الباطل كالمساجد والتَّكايا التي بناها الملوك والأمراء بقرافة مصرَ، ونبشوا مقابر المسلمين وضيَّقوا عليهم فهذه يجب هدمها قطعاً ونقضها، أو تباع لمصالح المسلمين ويبنى بثمنها مساجد في محل جائز أو قنطرة لنفع العامة.

أمَّا الشافعية فلم يتعرضوا للحديث في وقف العقار، ولكن عموم النصوص الفقهية لديهم تفيد المنع من ذلك، وكأنهم ذهبوا إلى أنه لا يمكن أن تُسْلَب منفعة العقار بحال فلا يجوز استبداله، ومن عباراتهم في ذلك ما جاء في مغني المحتاج:" ولا يباع الموقوف الذي تعطَّلت منافعه، ولا يوهب، وقيل يباع لتعذر الانتفاع"[55].

وحجة أصحاب هذا الاتجاه في عدم جواز الاستبدال:

أ – حديث النبي ﷺ:" لا يباع أصلُها، ولا تُبتاع، ولا تُوهب، ولا تُورث "[56].

ب - جواز بيع العقار يُنافي دوام الوقف، فلا يجوز، فضلاً عن أن العقار يُرجى الانتفاع منه من غير استبدال.

الجليل: 154/8 والثمر الداني في تقريب المعاني: 559/1 والمجموع شرح المهذب: 245/9 ومغني المحتاج: 392/2 ونهاية المحتاج: 394/5 وتحفة الحبيب على شرح الخطيب: 616/3 وحاشية البجيرمي على الخطيب: 203/9 وفتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: 444/1 وحاشية إعانة الطالبين: 158/3-159

(52) الشرح الكبير للدردير (بتصرف): 91/4

(53) الشرح الكبير للدردير (بتصرف): 91/4

(54) 42/6

(55) مغني المحتاج: 392/2

(56) سبق تخريجه ص6

ج - لأن ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع بقاء تعطُّلها.

ويتبيَّن من نصوص المالكية السابقة أنهم استثنوا من منع استبدال العقارات الوقفية استبدال العقار ذي الغلة لصالح مرفق عام[57]، وقد بيَّنوا المقصود من المرفق العام بأنه (توسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام)، والوقف المُستبدَل للأغراض السابقة إن كان محبوساً على غير معيَّن كالفقراء، فلا يلزم تعويضه (أي دفع ثمن فيه) إذا نُزِع لتلك الأغراض؛ لأنه إذا كان موقوفاً على غير معيَّن لم يتعلق به حقٌّ لمعيَّن، وما يحصل من الأجر لواقفه إذا دخل في المسجد أعظم مما قصد تحبيسه. قال الإمام محمد أبو زهرة:" أي أن الثمن لا يُعطى إلا إذا كان له مُطالِبٌ، والوقف على غير المعيَّن لا يوجد له مُطالب، فلا ثمن، ويكون النظر إلى مقدار الثواب للواقف، ولا شك أن الثواب في هذا النفع العام أكبر وأجل"[58]. وجاء في التاج والإكليل:" لا بأس ببيع الدار المُحبَّسة وغيرها، ... ويُكرِه الناس السلطان عليها لجامعهم الذي فيه الخُطبة ... "[59]. وفي حاشية الصاوي:"إلا أن يبيع العقار الحبْسَ لتوسيع مسجد جامع فيجوز، أو توسعة مقبرة أو طريق لمرور الناس فيجوز بيع الوقف لذلك، ولو جبراً على المستحقِّين أو للنَّاظر "[60].

وفي حال كون الموقوف عليهم مُعَيَّنين، وكانت الحاجة ماسَّة للأغراض السابق ذكرها، فإن العقار الموقوف يباع ويدفع الثمن إلى الموقوف عليهم، على أن يشتروا به عقاراً يحلُّ محل الأول، ويكون حبساً في موضعه وبمصارفه وشروطه[61].

يؤيد هذا الاستثناء أنه أُدْخِل في مسجد النبي ﷺ دور مُحَبَّسة كانت تليه[62] .

وذهب بعض المالكية إلى جواز استبدال العقار من غير ضرورة، بشرط شراء عقار آخر محله. قال ابن رشد:" إن كانت هذه القطعة من الأرض المحبسة انقطعت منفعتها جملة وعجز عن عمارتها وكرائها، فلا بأس بالمعاوضة فيها بمكان يكون حبساً مكانها، ويكون ذلك بحكم من القاضي بعد ثبوت ذلك السبب والغبطة في ذلك للعوض عنه، ويسجل ذلك ويشهد به "[63] .

(57) الشرح الكبير، للدردير: 91/4 والثمر الداني: 559/1 والذخيرة: 331/6 ومنح الجليل: 153/8

(58) محاضرات في الوقف، أبو زهرة: ص184

(59) التاج والإكليل: 42/6

(60) حاشية الصاوي على الشرح: 182/9

(61) انظر: محاضرات في الوقف، أبو زهرة: ص184

(62) التاج والإكليل: 42/6

(63) نقلاً عن التاج والإكليل: 42/6

الاتجاه الثاني: وهو اتجاه المجيزين (ويمثِّله الحنفية والحنابلة) وفيما يأتي تفصيل آراء أصحاب هذا الاتجاه:

أولاً – رأي الحنفية:

- جعل الحنفية الاستبدال على ثلاثة وجوه[64]:

الأول: أن يشرطه الواقف لنفسه أو لغيره أو لنفسه وغيره، فالاستبدال فيه جائز على الصحيح في المذهب، وقيل اتفاقاً (وهو ما سبق بيانه في المبحث الأول).

والثاني: أن لا يشرط؛ سواء شرط عدمه أو سكت، لكن صار الموقوف بحيث لا ينتفع به بالكلية، بأن لا يحصل منه شيء أصلاً، أو لا يفي بمؤنته، فهذا أيضاً جائز على الأصح، بشرط أن يكون بإذن القاضي، وبما يحقق المصلحة للوقف (وهو رأي أكثرية فقهاء الحنفية) ولقد ألحق الحنفية بهذا صورتين:

الأولى: إذا غُصِبَ الوقف وعجز ناظره عن استرداده، فإنه يقبل من الغاصب العوض، وهذا القبول على سبيل الوجوب.

وأمَّا الثانية: فهي فيما إذا أفسد الغاصب الأرض الموقوفة، كأن أجرى عليها الماء حتى صارت لا يمكن زرعها، هنا يجب تضمين الغاصب قيمة الأرض[65].

وقد ذكر ابن نجيم في الأشباه والنظائر استثناءَ الحنفية ما إذا شرط الواقف عدم الاستبدال، فللقاضي في هذه الحالة الاستبدال إذا كان أصلح[66]. والرأي الآخر للحنفية أنه لا يجوز للقاضي ولا لغيره استبدال الوقف إذا اشترط الواقف عدم الاستبدال، بأن قال: وقفت أرضي هذه على شرط أن لا تباع ولا تستبدل.

---

(64) انظر: رد المحتار على الدر المختار: 384/4 وفتح القدير: 123/14 – 126 والعناية شرح الهداية: 351/8 والمبسوط للسرخسي: 72/12-73 وبدائع الصنائع: 221/6 – 222 ومجمع الأنهر: 576/2 والوقف في الشريعة الإسلامية وأثره في تنمية المجتمع: ص132-133 والواقف الإسلامي، د. منذر قحف: ص97

(65) انظر: أحكام الوصايا والأوقاف، د. محمد شلبي: ص390

(66) الأشباه والنظائر، ابن نجيم : 195/1

وحجة أصحاب هذا الرأي أنه لا يجوز الاستبدال إلا إذا شرطه الواقف، فإذا لم يشرطه فلا يجوز، فمن باب أولى عدم جواز ذلك إذا نص صراحة على عدم الاستبدال[67].

والثالث: أن لا يشرط الواقف لنفسه أو لغيره أو لنفسه وغيره الاستبدال، والموقوف لا يزال ينتفع به، وله من الغلات ما يقوم بمؤنته، ولكن بدله خير منه ريعاً ونفعاً[68].

ثانياً – رأي الحنابلة:

أجاز الحنابلة استبدال العقارات الموقوفة إذا أصبحت غير صالحة للغاية المقصودة منها، بأن تعطَّلت منافعها ومصالحها. وقد نص على ذلك ابن قدامة في المغني:" إن الوقف إذا خَرِب وتعطَّلت منافعه، كدار انهدمت أو أرض خربت وعادت مواتاً، ولم تمكن عمارتها ..... جاز بيع بعضه لتعمر بقيَّته، وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه "[69].

وقال البهوتي:"ولا يصح بيعه (الوقف) ولا هبته ولا المناقلة به، أي إبداله، ولو بخير منه ... إلا أن تتعطل منافعه المقصودة منه بخراب له أو لمحلته أو غيره، بحيث لا يورد الوقف شيئاً على أهله، أو يورد شيئاً لا يعدُّ نفعاً بالنسبة إليه، وتتعذر عمارته وعود نفعه، بأن لا يكون في الوقف ما يعمر به"[70].

واستدل الحنابلة بما يأتي[71]:

أ - استبقاء الوقف يكون بمعناه عند تعذر إبقائه بصورته، فوجب ذلك.

ب - الجمود على العين الموقوفة مع تعطلها تضييع للغرض من الوقف، فلما تعذَّر تحصيل الغرض بالكلية استُوفى منه ما أمكن وتُرك مراعاة المحل الخاص عند تعذره؛ لأن مراعاته مع تعذره تفضي إلى فوات الانتفاع بالكلية، وهكذا الوقف المعطل المنافع.

ج- النهي عن إضاعة المال، وفي إبقائه إذن إضاعة، فوجب الحفظ بالبيع .

---

(67) انظر: الوقف في الشريعة الإسلامية وأثره في تنمية المجتمع، د. محمد الصالح: ص134

(68) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: 195/1 والعناية شرح الهداية: 351/8 وقد سبق بيان حكم هذه الحالة (انظر: ص9).

(69) المغني: 250/6

(70) كشاف القناع عن متن الإقناع: 292/4

(71) انظر: المغني: 252/6 وكشاف القناع: 293/4 والإنصاف: 77/7 والمبدع شرح المقنع: 270/5 -271 وشرح منتهى الإرادات: 424/2 ومطالب أولي النهى: 367/4 والإقناع في فقه الإمام أحمد: 27/3 والشرح الممتع على زاد المستقنع، ابن عثيمين: 59/11 – 60 وشرح زاد المستقنع، الشنقيطي: 250/4 وزاد المستقنع: 142/1

ــ وإذا شرط الواقف عدم البيع في الحال التي قال فيها الحنابلة بالجواز عُدَّ هذا الشرط فاسداً [72].
ودليل ذلك: حديث النبي ﷺ:" ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن اشترط مائة شرط، شرط الله أحقُّ وأوثق"[73].

الترجيح:

الراجح في هذه الحالة رأي الحنفية والحنابلة، فإذا صار الموقوف بحيث لا ينتفع به بالكلية، بأن لا يحصل منه شيء أصلاً، أو لا يفي بمؤنته جاز استبداله؛ ذلك أن المقصود انتفاع الموقوف عليه بالثمرة، لا بعين الأصل من حيث هو، ومنع البيع مبطل لهذا المعنى الذي اقتضاه الوقف، فيكون خلاف الأصل. ولكن هذا الجواز مقيَّد بشرط الالتزام بضوابط وإجراءات الاستبدال التي سيأتي بيانها في المبحثين الآتيين. وهو ذاته ما رجحه الدكتور أحمد الشافعي في كتابه الوصية والوقف وعبارته:" إذا أصبحت العين الموقوفة غير صالحة للانتفاع، أو قلَّ الانتفاع بها، بحيث أصبحت الغلة لا تكفي نفقات الوقف، فهذه ضرورة تبرِّر استبدال العين الموقوفة، ومن الضرورة أيضاً أن يُحتاج للعين الموقوفة للمنفعة العامَّة، كتوسيع طريق أو مسجد..." [74].

أمَّا رأي الشافعية في عدم جواز الاستبدال بحجة تفويت منفعة الوقف وسداً للذريعة، فهذا فيه نظر، ذلك أن الغرض من الوقف انتفاع الموقوف عليهم بثمرة الوقف، وعدم استبدال الأوقاف إذا تعطلت منافعها فيه تفويت لهذا الغرض، وفي ذلك ضرر يدخل في عموم نهي النبي ﷺ عن الضرر في أحاديث كثيرة. وقد عقَّب الأستاذ محمد أبو زهرة على رأي الشافعية بقوله:" وإنَّا لنعتقد أن ذلك إفراط في التشديد قد يجرُّ إلى بقاء دور الأوقاف خاوية على عروشها لا ينتفع بها أحد، وبقاء الأرضين غامرة ميتة لا تمد أحداً بغذاء، ولا يستظل بأشجارها إنسان، وذلك خراب في الأرض، وتعميمه يؤدي إلى فساد كبير في وسائل الاستغلال فوق ما فيه من الأضرار بالمستحقين والفقراء وجهات البر وانقطاعها بمضي الزمان وتوالي الحدثان "[75].

وبالنسبة إلى استدلال المالكية على عدم الجواز بحديث:" لا يباع أصلُها، ولا تُبتاع، ولا تُوهب، ولا تُورث " فغاية دلالته أن النبي ﷺ أرشد عمر رضي الله عنه إلى الشروط التي يجب أن يضعها في

(72) انظر: كشاف القناع عن متن الإقناع: 293/4
(73) أخرجه البخاري: كتاب البيوع، باب البيع والشراء مع النساء: 71/3 رقم 2155 ومسلم: كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق: 1141/2 رقم 1504
(74) الوصية والوقف في الفقه الإسلامي: ص229
(75) محاضرات في الوقف، أبو زهرة: ص 187

وقفه، ويُستأنس لهذا الفهم بما ترجم له البخاري في صحيحه (كتاب الوصية) فقال: (بـــاب: الوقـــف كيف يكتب؟).

الحالة الثانية: إذا كان الموقوف منقولاً:

محل البحث في هذه الحالة:

إذا كان الموقوف منقولاً ولم يشرط الواقف الاستبدال لنفسه أو لغيره أو لنفـــسه وغيـــره، وتعطَّلـــت منافع الموقوف كلياً أو بشكل شبه كلِّي فقد اختلف الفقهاء في حكم الاستبدال في هذه الحالـــة علـــى رأيين:

الرأي الأول: ويمثله جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة) إذْ ذهبوا إلى جواز الاستبدال فـــي هذه الحالة، ولكن بشروط وضوابط، حتى المالكية الذين قالوا بعدم جواز استبدال العقارات الموقوفة، فقد قالوا بجواز استبدال المنقولات، وفيما يأتي تفصيل رأي أصحاب هذا الاتجاه:

ــ رأي المالكية: ذهب المالكية إلى جواز استبدال المنقولات الموقوفة[76]، فقد روي عن الإمام مالك:" ما ضَعُفَ من الدَّواب المحبَّسة في سبيل الله لا يكون فيه قوة على الغزو بيعت واشتُرِي بثمنهـــا مـــا يُنتَفَع به من الخيل، فيُجْعَل في السبيل"[77]. وجاء في الشرح الكبير:" ويجوز بيع ما (أي: كل حـــبس) لا ينتفع به فيما حُبِّسَ فيه، وإن كان ينتفع به في غيره، وإلا لم يصح بيعه، إذ شرط المبيع أن يكون منتفعاً به، من غير عقار "[78]، وقوله (من غير عقار) بيان لـــ: (ما). ومن الأمثلة التـــي ذكرهـــا المالكية في جواز استبدال المنقول: فرس يَكْلُب[79]، وثوب يَخْلَق، وكتب علم تبلى.

وإذا بيع المنقول جعل ثمنه في مثله إن أمكن، أو شقصه إذا لم يبلغ الثمن شيئاً تاماً، بأن يشارك بـــه في جزء إن أمكن وإلا تصدق به، فالمراد بالشّقص الجزء، كأن أتلف الحبس غير العقار فتجعل قيمته في مثله أو شقصه .

(76) انظر: المدونة: 21/6 والذخيرة: 328/6 والتاج والإكليل: 21/6 والفواكه الدواني: 76/1 وحاشية الدسوقي علـــى الـــشرح الكبير : 91/4 ومنح الجليل: 111/8 والثمر الداني في تقريب المعاني: 559/1

(77) التاج والإكليل: 41/6

(78) الشرح الكبير للدردير (بتصرف): 90/4

(79) الكَلَب داءٌ يعتري الخيل كالجنون، بحيث لا ينتفع به فيما حبس فيه وهو الغزو، ويمكن الانتفاع به في غيره كالطاحون، فإنه يباع ويجعل في مثله أو شقصه. انظر: الشرح الكبير للدردير: 90/4 والتاج والإكليل : 41/6

فمن وقف شيئاً من الأنعام على فقراء أو معيَّنين لينتفع بألبانها وأصوافها وأوبارها، فنسلها كأصلها في التَّحبيس، فما فضل من ذكور نسلها عن النَّزو، وما كبر منها أو من نسلها من الإناث، فإنه يباع ويعوض بدله إناث صغار، تحصيلاً لغرض الواقف. قال ابن القاسم: فإن لم يبلغ ثمن فرس أو هجين فَلْيُعِنْ بذلك في ثمن فرس، وما بلي من الثياب المحبسة، ولم يبق فيها منفعة بيعت واشترى بثمنها ثياب ينتفع بها، فإن لم تبلغ تصدق به في السبيل[80]

ونلاحظ هنا أن المالكية ميَّزوا في جواز الاستبدال بين العقار والمنقول، فمنعوا الأول وأجازوا الثاني، وأساس التفريق عندهم هو رجاء الانتفاع، فالعقار يُرجى منه الانتفاع من غير استبدال، أما المنقول فلا يُرجى ذلك.

ـ رأي الحنفية[81] **والحنابلة**[82]**: ذهب هؤلاء إلى جواز استبدال المنقولات إذا أصبحت غير صالحة للغرض من وقفها، وصرح ابن قدامة في المغني بوجوب البيع حال التعطل**[83]**. ونص الإمام أحمد على الجواز، ونقل الإجماع على أنه يجوز بيع الفرس الحبيس (الموقوف) 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 حصاناً يتخذ للطراق، فإنه يجوز بيعها، ويشترى بثمنها ما يصلح للغزو** [84]**. وقال البهوتي:" ويصح بيع ما فضل من نجارة خشب الموقوف ونحاتته"**[85]**؛ رعاية للمالية، وبشأن بدل الاستبدال قال ابن قدامة:" ... وإذا لم يفِ ثمنُ الفرسِ الحبيس لشراء فرس أخرى أعين به في شراء فرس حبيس ... لأن المقصود استبقاء منفعة الوقف الممكن استبقاؤها وصيانتها عن الضياع، ولا سبيل إلى ذلك إلا بهذه الطريق"**[86].

(80) المدونة : 21/6 وانظر: التاج والإكليل : 21/6

(81) انظر: المبسوط للسرخسي: 72/12 وبدائع الصنائع: 220/6 وفتح القدير: 127/14 والعناية شرح الهداية: 351/8-352 ومجمع الأنهر: 576/2 ورد المحتار: 384/4

(82) انظر: المغني: 251/6 الإنصاف 77/7- 78 وشرح منتهى الإرادات: 424/2 ومطالب أولي النهى: 367/4 وكشاف القناع عن متن الإقناع: 294/4 والإقناع في فقه الإمام أحمد : 27/3 وحاشية الروض المربع: 564/5 والمبدع شرح المقنع: 271/5-272

(83) انظر: المغني: 252/6

(84) انظر: المغني: 251/6

(85) كشاف القناع عن متن الإقناع: 293/4

(86) المغني: 253/6

الرأي الثاني: ويمثله الشافعية، إذْ تشدَّدوا في جواز استبدال المنقول، فقد منعوا ذلك حتى لو أدَّى إلى تعطُّل منفعة الموقوف أو استهلاكه من قِبَل الموقوف عليهم (وقد رجَّح أكثر الشافعية هذا الوجه). جاء في مغني المحتاج:" لو تعطَّلت منفعة الموقوف بسبب غير مضمون، كأن جفت الشجرة أو قلعها ريح أو سيل أو نحو ذلك، ولم يمكن إعادتها إلى مغرسها قبل جفافها لم ينقطع الوقف، وإن امتنع وقفها ابتداء لقوة الدوام. والأصح: أن الوقف ينقطع وينقلب ملكاً للواقف أو وارثه، وينتفع بها حالة كونها جذعاً بإجارة وغيرها إدامة للوقف في عينها"(87) .

وفي الصحيح من مذهب الشافعية يجوز استبدال بعض المنقول فقط، كبهيمة زمِنَت أو نخلة جفَّت أو جذوعاً على مسجد تكسَّرت .. وغيرها من المنقولات التي تنتفي منها المنفعة.

وحجتهم في المنع أن المنقول يمكن أن تفوت أو تسلب منفعته في حالات، أما العقار فلا يمكن أن تسلب منفعته بحال، فما دام الأمر كذلك فلا يصح استبداله.

الترجيح:

إذا أصبح المنقول الموقوف غير صالح للغرض من وقفه جاز استبداله فيما نرجحه من آراء الفقهاء، محافظة على أموال الوقف (وهو رأي جمهور الفقهاء). وإذا استُبدِل المنقول يجوز أن يُشترى بثمنه أي شيء يرد على أهل الوقف؛ سواء كان من جنسه أو من غير جنسه؛ لأن المقصود المنفعة لا الجنس، لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التي كانت الأولى تصرف فيها؛ لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه، كما لا يجوز تغيير الوقف بالاستبدال مع إمكان الانتفاع به.

المطلب الثالث

حكم استبدال المسجد وبيع أنقاضه:

الفرع الأول: حكم استبدال المسجد:

إذا تخرب المسجد وتعذرت إعادته لما كان عليه، أو أصبح غير صالح للمقصود منه، بأن ضاق على المصلِّين ولم يمكن توسعته حتى يسع المصلِّين، أو صار لا نفع منه لأي سبب كان. هل يجوز استبداله لتحقيق الغرض المقصود من بنائه؟ وفي حال الجواز هل يشترط صرف ثمنه في بناء مسجد آخر، أم يجوز صرف الثمن لأي غرض وقفي آخر؟

(87) مغني المحتاج (بتصرف): 391/2 وانظر : روضة الطالبين: 356/5 وحاشية إعانة الطالبين: 159/3-160 ونهاية المحتاج: 394/5 وفتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: 444/1 والمجموع شرح المهذب: 245/9

اختلف الفقهاء في هذه المسألة، إذْ ذهب جمهور العلماء إلى عدم جواز استبدال المسجد لأي سبب، وأجازه الإمام أحمد. وفيما يأتي بيان هذين الاتجاهين:

أولاً – الاتجاه الأول: اتجاه جمهور العلماء (الحنفية[88] والمالكية[89] والشافعية[90] ورواية في المذهب الحنبلي[91])إذْ ذهبوا إلى عدم جواز استبدال المسجد، حتى لو تخرَّب وتعذَّرت إعادته، وذلك لإمكان عوده كما كان. ومن عبارات الفقهاء في ذلك ما جاء في مغني المحتاج:" ولو انهدم مسجد وتعذرت إعادته، أو تعطل بخراب البلد مثلاً، لم يَعُد ملكاً، ولم يُبَع بحال، ولم ينقض إن لم يخف عليه؛ لإمكان الصلاة فيه، ولإمكان عوده كما كان"[92]. وقال ابن عابدين:" ولا يجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد آخر؛ سواء كانوا يصلُّون فيه أو لا، وهو الفتوى"[93].

ثانياً – الاتجاه الثاني: اتجاه الحنابلة في الرواية الراجحة، فقد أجازوا بيع المسجد إذا أصبح غير صالح للمقصود منه، بأن ضاق ولم يمكن توسيعه، أوصار لا نفع منه لأي سبب من الأسباب، وفي هذه الحالة يجب صرف ثمنه في بناء مسجد آخر يحتاج إليه الناس. وعبارة ابن قدامة في هذا:" إن الوقف إذا خَرِب وتعطَّلت منافعه، كمسجد انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلى فيه، أو ضاق بأهله، ولم يمكن توسيعه في موضعه، أو تشعَّب جميعه فلم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه، جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته، وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه"[94].

واستدل أصحاب هذا الاتجاه بما روي أن سيدنا عمر رضي الله عنه كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال الذي بالكوفة: انقل المسجد الذي بالتَّمارين (الكوفة)، واجعل بيت المال في قبلة المسجد، فإنه لن يزال في المسجد مصلٍّ. وكان هذا الفعل بمشهد من الصحابة، ولم يظهر خلافه، فكان إجماعاً[95].

---

(88) انظر: المبسوط: 74/12 وبدائع الصنائع: 220/6

(89) انظر: القوانين الفقهية: ص 371 ومنح الجليل: 154/8 والتاج والإكليل: 42/6 والذخيرة: 330/6

(90) انظر: روضة الطالبين: 358/5 وحاشية إعانة الطالبين : 160/3

(91) انظر: المغني: 250/6 والإنصاف: 78/7 والإقناع في فقه الإمام أحمد: 27/3 وحاشية الروض المربع: 564/5 ومطالب أولي النهى: 367/4 والشرح الممتع على زاد المستقنع: 61/11

(92) مغني المحتاج (بتصرف): 392/2

(93) رد المحتار: 358/4

(94) المغني (بتصرف يسير): 250/6 وانظر: كشاف القناع عن متن الإقناع: 292/4

(95) انظر: المغني: 252/6

والراجح: القول بجواز استبدال المسجد إذا أصبح غير صالح للمقصود منه وتعذَّرت إعادته، ومبررات الترجيح:

أ - عدم وجود دليل يمنع، بل جاء الدليل على الجواز، حيث إن الأثر أفاد جواز نقل المسجد لظهور مصلحة مع كونه عامراً، فلأن يجوز نقله إذا كان خراباً من باب أولى.

ب – النظر إلى المقصود من الوقف، إذ هو الانتفاع بالثمرة، ومنع بيع الموقوف في هذه الحالة مبطل لهذا المعنى.

ج – أحاديث النبي ﷺ التي نهى فيها عن إضاعة المال، ومن المعلوم أن بقاء المسجد خَرِباً فيه إضاعة للمال، فوجب حفظه بالاستبدال.

وبالنسبة إلى تجديد بناء المسجد فقد أجازه العلماء؛ لحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال لها: لولا أن قومك حديث عهد بجاهلية لأمرت بالبيت فهدم، فأدخلت فيه ما أخرج منه، وألزقته بالأرض، وجعلت له بابين، باباً شرقياً وباباً غربياً، فبلغت به أساس إبراهيم "[96].

الفرع الثاني: حكم بيع أنقاض المسجد:

إذا تخرَّب المسجد وخيف على أنقاضه، أجاز الفقهاء صرفها إلى غيره، أو بيعها والإفادة من ثمنها في بناء مسجد آخر[97] فقد أفتى ابن عرفة المالكي في جوامع خربت وأيس من عمارتها برفع أنقاضها إلى مساجد عامرة احتاجت إليها[98]. وروي عن ابن عبد الغفور من المالكية: لا يجوز بيع مواضع المساجد الخربة؛ لأنها وقف، ولا بأس ببيع نقضها إذا خيف عليه الفساد، للضرورة إلى ذلك وتوقيفه لها إن رجي عمارتها أمثل، وإن لم يرج عمارتها، بيع وأعين بثمنها في غيره أو صرف النقض إلى غيره.

(96) أخرجه البخاري: كتاب الحج، باب فضل مكة وبنيانها.

(97) انظر: المدونة: 418/4 ومنح الجليل: 154/8 والمبسوط للسرخسي: 74/12 وبدائع الصنائع: 220/6 فتح العزيز: 298/6 وروضة الطالبين: 357/5 ومغني المحتاج: 392/2 ونهاية المحتاج: 395/5 وكشاف القناع عن متن الإقناع: 293/4 والمغني: 254/6 ومطالب أولي النهى: 367/4 وشرح منتهى الإرادات: 425/2 وحاشية الروض المربع: 565/5 والإنصاف: 78/7 والمبدع شرح المقنع: 272/5

(98) انظر: التاج والإكليل: 42/6

وجاء في المنهاج وشرحه مغني المحتاج:" والأصح، جواز بيع حصر المسجد الموقوفة إذا بليَت، وجذوعه إذا انكسرت أو أشرفت على ذلك ولم تصلح إلا للإحراق[99]... وهذا ما جرى عليه الشيخان (وهو المعتمد)،... والوجه الثاني: لا يباع ما ذُكِر"[100].

وحجة الشافعية لما ذهبوا إليه في المعتمد من مذهبهم أن عدم جواز البيع فيه تضييع وتضييق للمكان بهذه الأشياء من غير فائدة، فتحصيل نزر يسير من ثمنها يعود إلى الوقف أولى من ضياعها، ولا تدخل بذلك تحت بيع الوقف؛ لأنها صارت في حكم المعدومة. وحجتهم في الوجه الثاني (الصحيح) هي إدامة للوقف في عينه، ولأنه يمكن الانتفاع به في طبخ جصٍّ أو آجُر . قال الرافعي:" لا تباع؛ لأنها عين الوقف، بل تترك بحالها أبداً"[101].

وعلى هذا : يصرف ثمن هذه الأنقاض في مصالح المسجد (وهو الأصح)، والقياس أن يشترى بثمن الحصير حصير، ولا يصرف إلى مصلحة أخرى[102].

وأجاز الحنابلة نقل آلة المسجد الذي يجوز بيعه لخرابه أو خراب محلته أو قَذَرِ محله ونقل أنقاضه إلى مثله إن احتاجها مثله[103]. واحتج الإمام أحمد على ذلك بأن ابن مسعود رضي الله عنه حَوَّلَ مسجد الجامع من التَّمَارِيْن (الكوفة) أي نقل آلاته وأنقاضه إلى مثله، وذلك أولى من بيعه؛ لبقاء الانتفاع من غير خلل فيه[104].

والراجح جواز نقل أنقاض المسجد الخَرِب أو بيعها للإفادة منها في بناء مسجد آخر أو في ترميمه، وهو ما ذهب إليه معظم الفقهاء، خلافاً لبعض الآراء في المذاهب، وقد أشرت إلى طرف منها آنفاً.

---

(99) احترز بقوله إلا للإحراق عما إذا أمكن أن يتخذ منها ألواح وأبواب فلا تباع قطعاً. انظر: مغني المحتاج 392/2 ونهاية المحتاج: 395/5

(100) مغني المحتاج (بتصرف): 392/2 وانظر: نهاية المحتاج: 395/5 وروضة الطالبين: 357/5 وفتح العزيز: 298/6 وحاشية إعانة الطالبين: 160/3

(101) مغني المحتاج (بتصرف): 392/2 وانظر: روضة الطالبين: 357/5

(102) انظر: فتح العزيز: 298/6

(103) انظر: كشاف القناع عن متن الإقناع: 293/4 يعلم من قوله (إلى مثله) أنه لا يعمر بآلات المسجد مدرسة ولا رباط ولا بئر ولا قنطرة وكذا آلات كل واحد من هذه الأمكنة لا يعمر بها ما عداه؛ لأن جعلها في مثل العين ممكن، فتعيَّن.

(104) انظر: كشاف القناع عن متن الإقناع: 293/4

وبالنسبة إلى المنقولات الموقوفة على المسجد؛ كالسجاد والأدوات الكهربائية التي لا نفع فيها، فإنه يمكن استبدالها بالنقد، بحيث يشترى بقيمتها وقف آخر، كما يمكن استبدالها بوقف آخر ينتفع به في المسجد أو أي مسجد آخر، وضمن ضوابط الاستبدال في الشريعة الإسلامية.

وفي الواقع العملي فإن هذه المنقولات تُستَبدَلُ من خلال بيعها في المزاد العلني، ووفق إجراءات قانونية، وهذه الإجراءات متفقة مع أحكام وضوابط الاستبدال في الشريعة، وهو ما رجَّحناه في مسألة استبدال المنقولات الوقفية التي لا يُنتفَع بها.

المبحث الثاني

ضوابط استبدال ممتلكات الأوقاف (عند القائلين بجوازه):

ذكر القائلون بجواز استبدال العقارات أو المنقولات الوقفية ضوابطَ لهذا الاستبدال، وأهم هذه الضوابط:

1ــ أن يصبح الوقف غير صالح للغاية المقصودة منه، بأن تعطَّلت منافعه ومصالحه، وعند المالكية يقتصر هذا على الموقوف المنقول؛ لأنهم اقتصروا في جواز الاستبدال عليه. وقد قال ابن تيمية من الحنابلة بجواز الاستبدال، سواء تعطلت منافع الوقف، أو لم تتعطل، إذْ نظر إلى وجود المصلحة من الاستبدال أو عدم وجودها.

2ــ أن لا يكون البيع بغبن فاحش[105] (إذا كان الاستبدال بالنقد). وقد رجح ابن عابدين (خلافاً لغيره) أن يكون الاستبدال بعقار آخر لا بدراهم أو دنانير، أمَّا استبدال العامر بغيره فيجوز عند الحنفية إذا كان بأحسن منه غلَّة ومكاناً، وكان الناظر على ذلك قاضي الجنَّة (وهو القاضي الجامع بين العلم والعمل)، ومع ذلك يرجح ابن عابدين المنع، سدّاً للذريعة[106].

3ــ التحقق من وجود المصلحة المحضة للوقف، بأن يجلب الاستبدال منفعة، ويدفع الضرر أو المفسدة.

4ــ أن يكون القائم بالاستبدال القاضي الذي يجمع بين العلم والعمل؛ لئلا يحصل التَّطرُّق بذلك إلى إبطال أوقاف المسلمين[107].

---

(105) انظر: البحر الرائق: 241/5 ورد المحتار: 387/4 والغبن الفاحش: هو مالا يدخل تحت تقويم المقومين.

(106) رد المحتار: 387/4

(107) انظر: البحر الرائق : 241/5

وفصَّل الحنابلة في الذي يتولى عملية الاستبدال، فذكروا أنه يختلف بحسب الموقوف عليهم، فإن كان الوقف على غير مُعيَّن فالذي يتولى عملية الاستبدال الحاكم. قال البهوتي:" ويبيع الوقف حاكم بلده إن كان الوقف على سبل الخيرات "[108]. والحجة في ذلك أنه فسخ لعقد لازم مختلف فيه اختلافاً قوياً، فتوقف على الحاكم، كما قيل في الفسوخ المختلف فيها.

وإن كان الوقف على شخص مُعيَّن أو جماعة مُعيَّنين، فالذي يتولى عملية الاستبدال ناظره الخاص، والأحوط إذن حاكم للناظر الخاص في بيعه؛ لأنه يتضمن البيع على من سينتقل إليهم بعد الموجودين الآن، وذلك أشبه البيع على الغائب[109].

5ــ أن لا يكون هناك ريع للوقف يعمر به[110].

6ــ كون الاستبدال لمن تقبل شهادته، فلا يصح أن يكون لولده مثلاً.

7ــ كون ناظر الوقف غير مَدِين للمستبدِل.

8ــ ألا تستبدل به العروض (وهذا عند أبى يوسف)، فإنه لا يجوز للوكيل البيع بالعروض، وعلى قياس قول أبي حنيفة يصح الاستبدال بالعروض على أن يشترى بها عقار يحل محل العين المستبدلة، وبمجرد شراء البدل يكون وقفاً بدل الأول، ولا حاجة إلى إنشاء إشهاد بذلك.

9ــ أن يصرف ثمن الوقف في مثله؛ لأن في إقامة البدل مقامه تأبيداً له، وتحقيقاً للمقصود، فتعيَّن وجوبه، أو يصرف الثمن في بعض مثله إن لم يمكن في مثله، ويصرف في جهته وهي مصرفه، لامتناع تغيير المصرف مع إمكان مراعاته[111].

فإن تعطَّلت جهة الوقف التي عيَّنها الواقف صرف في جهة مثلها، فمثلاً إذا وقف على الغزاة في مكان فتعطل فيه الغزو صرف البدل إلى غيرهم من الغزاة في مكان آخر؛ تحصيلاً لغرض الواقف في الجملة بحسب الإمكان.

---

(108) كشاف القناع عن متن الإقناع: 295/4 وانظر: الإنصاف: 78/7 ومطالب أولي النهى: 368/4 وحاشية الروض المربع: 565/5

(109) انظر: شرح منتهى الإرادات: 427/2 والشرح الممتع شرح زاد المستقنع: 60/11-61

(110) انظر: البحر الرائق: 241/5

(111) انظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير : 182/9 وفتح العزيز: 298/6 ونهاية المحتاج: 395/5 والشرح الكبير على المقنع: 244/6

وبمجرد شراء بدل ما بيع من الوقف أو أتلف ونحوه يصير البدل وقفاً، فمتى وقع الشراء لجهة الوقف على الوجه الشرعي ولزم العقد يصير وقفاً؛ لأنه كالوكيل في الشراء، والوكيل يقع شراؤه للموكل، فكذا هنا يقع شراؤه للجهة المشترى لها، ولا يكون ذلك إلا وقفاً، لذا لو قصد الشراء لنفسه بمال الوقف لم يكن ما اشتراه وقفاً، ويطالب بالثمن ليشتري به ما يكون وقفاً[112].

ويصرف ثمن المسجد المستبدل في مثله، فيجوز أن يعمر بثمنه مسجد آخر في قرية أخرى إذا لم يحتج إليه في القرية الأولى.

المبحث الثالث

إجراءات استبدال ممتلكات الأوقاف في القانون السوري:

لبيان إجراءات استبدال ممتلكات الأوقاف في القانون السوري وأحكامها لا بدَّ من التمييز هل كانت الممتلكات الوقفية عقارات أو منقولات أو مقابر مُندَرِسَة أو جوامع أو مساجد خَرِبَة..، والعقارات يمكن أن تكون ذات إجارة واحدة أو إجارتين. وبيان ذلك تفصيلاً فيما يأتي:

أولاً- إجراءات استبدال العقارات الوقفية. وهنا نميِّز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كانت العقارات الوقفية ذات إجارة واحدة[113]، أو مقابر مُندَرِسَة أو الخَرِب من الجوامع أو المساجد أو المؤسسات الخيرية.

أجاز ت القوانين السورية استبدال العقارات الوقفية ذات الإجارة الواحدة بالنقد، وكذا المقابر المُندَرِسَة أو الخَرِب من الجوامع أو المساجد أو المؤسسات الخيرية، واستبدال هذا النوع من العقارات يخضع لأحكام القانون /104/ لعام 1960م (قانون الاستبدال) وأحكام الفقرة /8/من المادة /42/ من المرسوم التشريعي /204/ لعام 1961 (مرسوم تنظيم وزارة الأوقاف) وقد بيَّنت النصوص القانونية المشار إليها إجراءات عملية تطبيقية لتتم عملية الاستبدال على الوجه الصحيح شرعاً وقانوناً، وبيان ذلك فيما يأتي:

(112) انظر: كشاف القناع عن متن الإقناع: 293/4-295 والمغني: 254/6

(113) سواء أكانت مثقلة بحقوق للغير (مؤجرة) أم لا.

1ــ طريقة الاستبدال:

الاستبدال يكون بطريق المزايدة، وفق الأصول المقررة في أصول المحاكمات الصادر المرسوم التشريعي ذي الرقم 84 المؤرخ 1953/9/28 (المواد من 379 – 459) من قانون أصول المحاكمات .

ويجوز إجراء الاستبدال بالتراضي - دون مزايدة إذا كان المستبدِل إحدى إدارات الحكومة أو إحدى المؤسسات العامة، وفي هذه الحالة تحدد قيمة البدل من قبل لجنة تؤلف لهذا الغرض بقرار من وزير الأوقاف؛ من: ممثل عن وزارة الأوقاف، وممثل عن الإدارة أو المؤسسة طالبة الاستبدال، يعينه الوزير المختص، وقاضٍ يعينه وزير العدل، وقرارات هذه اللجنة نهائية وملزمة، سواء صدرت بالإجماع أو بالأكثرية [114].

2ــ دفع بدل الاستبدال:

أ- بعد أن يُصدِر وزير الأوقاف قراراً بالتصديق على الاستبدال، يكلف المستبدِل بدفع قيمة البدل، وكذلك الملحقات المشار إليها في المادتين 5 و 6 من القانون 104 خلال شهر.

ب ــ يجوز لمجلس الأوقاف المحلي أن يقرر تقسيط البدل إذا تحقق لديه عدم قدرة المستبدِل على أدائه خلال الشهر المحدد، ويكون التقسيط حتى مدة خمس سنوات من تاريخ صدور قرار التصديق على الاستبدال أو حتى مدة ثماني سنوات إذا كان المستبدِل إحدى إدارات الحكومة أو إحدى المؤسسات العامة.

ج- إذا تأخر المستبدل عن سداد كامل البدل وملحقاته ضمن المدة المحددة في نصوص القانون أو امتنع عن سداد الأقساط في مواعيد استحقاقها، جاز للوزارة أن تبيع العقار على حساب المستبدِل ومسؤوليته وملاحقته بالفرق إذا كان بالنقص؛ أمَّا إذا كان الفرق بالزيادة فيؤول إلى الوزارة، ويُضمُّ إلى البدل.

د - إذا كان العقار المستبدَل مؤجَّراً فتستمر الدوائر الوقفية على استيفاء أجرة العقار إلى حين سداد كامل البدل على أن ينزل من الأجرة مبلغ بنسبة الأقساط المسدَّدة .

(114) المادة /4/ من القانون /104/ لعام 1960م الخاص باستبدال العقارات الوقفية.

3ــ تسجيل العقار على اسم المستبدِل:

بعد الحصول على إشعار من وزارة الأوقاف يفيد سداد كامل البدل والملحقات وما يكون مديناً به من الأجرة، يسجل العقار على اسم المستبدل بموجب قرار التصديق، وتكون نفقات التسجيل على عاتق المستبدِل.

4ــ صرف مبالغ الاستبدال:

يحصر صرف المبالغ الناشئة عن الاستبدال في شراء عقارات للوقف أو في إنشائها، وكذلك جوامع ومؤسسات خيرية بحسب الحاجة، ويجوز بناء وحدات سكنية شعبية وبيعها لذوي الدخل المحدود وفق أحكام قانون الاستبدال.

ويقع على عاتق سلطات مجالس الأوقاف في المحافظات البت في استعمال بدل استبدال العقارات الوقفية بإنشاء أو شراء عقارات جديدة ببدلها أو إنشاء جوامع ومساجد ومدارس وقفية في الأماكن المحتاجة إليها، وتتم هذه الإجراءات وفقاً للتشريعات النافذة[115].

5ــ نفقات الاستبدال:

نفقات الاستبدال جميعها من أجور خبراء وإعلان وطوابع وغيرها تكون على عاتق المستبدِل، ويدفع المستبدِل علاوة قدرها 3% (ثلاثة بالمئة) من قيمة البدل لصالح خزانة دائرة الأوقاف المختصة[116].

6ــ رسوم الاستبدال:

نصت مواد قانون الاستبدال على أن معاملات الاستبدال الجارية وفق أحكام هذا القانون تعفى من رسم البيع ورسم الدلالة المنصوص عليها في القانون المالي للبلديات .

الحالة الثانية: إذا كانت العقارات الوقفية ذات إجارتين:

الإجارتين عقد يكتسب بموجبه شخص ما بصورة دائمة حق استعمال عقار موقوف واستغلاله مقابل تأدية ثمنه. ويقوَّم هذا الثمن بمبلغ معيَّن من المال يعدُّ كبدل إيجار معجَّل لقيمة الحق المتفرَّغ عنه،

(115) راجع الفقرة /8/ من المادة /42/ من المرسوم التشريعي /204/ لعام 1961 (مرسوم تنظيم وزارة الأوقاف).
(116) المادة /5 و 6/ من القانون /104/ لعام 1960م

ويضاف إلى ذلك المبلغ مرتب دائم بمعدل ثلاثة بالألف من قيمة العقار حسبما تحدد القيمة المذكورة بالتخمين المتخذ أساساً لجباية الضريبة العقارية[117].

وقد أجاز القانون المدني السوري استبدال (شراء) ملكية العقار المجردة (العقار المستأجر بهذه الطريقة) في أي وقت مقابل بدل معادل لقيمة ثلاثين قسطاً سنوياً، وهو ما نصت عليه المادة /1005/ من القانون المدني السوري. أمَّا الإجراءات التفصيلية لاستبدال هذا النوع من العقارات فتخضع للقانون /163/ لعام 1958م.

ثانياً - استبدال المنقولات الوقفية:

لم تنص القوانين على حكم استبدال هذا النوع من ممتلكات الأوقاف، واستناداً إلى المادة /1/ من القانون المدني، فإنه بالإمكان تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وضوابط الاستبدال فيها بهذا الخصوص.

مقارنة بين الشريعة والقانون:

بعد البيان التَّفصيلي السابق في أحكام استبدال عقارات ومنقولات الأوقاف وضوابطها في الشريعة والقانون، لابدَّ من عقد مقارنة بين موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من جزئيات المسألة، ويتبيَّن ذلك من خلال الآتي:

ــ من خلال بيان إجراءات استبدال العقارات في القانون الوضعي نلاحظ أن هذه الإجراءات متفقة مع ضوابط الاستبدال في الشريعة، وهي داخلة ضمن أحكام السياسة الشرعية بحيث يتصرف ناظر الوقف بحسب ما يراه من المصلحة.

وينظِّم هذه الإجراءات قانون خاص (القانون 104 لعام 1960م) إذْ أجازت أحكام هذا القانون استبدال العقارات الوقفية والخَرِب من الجوامع أو المساجد أو المؤسسات الخيرية.

علماً أننا رجَّحنا رأي الحنفية والحنابلة في جواز الاستبدال، حيث إن العين الموقوفة إذا أصبحت غير صالحة للانتفاع أو قل الانتفاع بها بحيث أصبحت الغلة لا تكفي نفقات الوقف أصبحت هناك ضرورة لهذا الاستبدال، حفاظاً على أموال الوقف، وتتم هذه العملية ضمن ضوابط فُصِّلَتْ في المبحث الثاني.

(117) النصوص العقارية، داود التكريتي: 12/3 وهو نص المادة /1004/ من القانون المدني السوري.

ــ نص قانون استبدال العقارات الوقفية على أن وزير الأوقاف يصدر قراراً بالتَّصديق على الاستبدال (المادتان 5 و 6) والوزير كجهة تنفيذية يقوم بهذا الأمر بصفته مفوَّضاً من رئيس مجلس الأوقاف الأعلى (رئيس الوزراء)، وإن هذا التصديق هو إجراء إداري من الإجراءات التي تتطلبها عملية الاستبدال، ومن أهمها موافقة من القاضي الشرعي على أن هذه العملية صحيحة من الناحية الشرعية ومتطابقة مع ضوابط الاستبدال المقررة شرعاً.

وهو ما يجري فعلاً في الواقع التطبيقي العملي لمعاملات الاستبدال، سواء تمَّت عملية الاستبدال بالمزاد العلني أو بالتراضي، وتقتصر عملية الاستبدال بالتراضي إذا كان طالب الاستبدال إحدى إدارات الدولة أو إحدى المؤسسات العامة.

ــ أجاز جمهور الفقهاء استبدال الموقوف المنقول إذا أصبح غير صالح للغرض الذي وقف من أجله، إذ المقصود استبقاء منفعة الوقف الممكن استبقاؤها وصيانتها عن الضياع، ولا سبيل إلى ذلك إلا بالاستبدال .

ولا يوجد نص قانوني يوضح لنا حكم استبدال المنقولات الموقوفة، وهذا يوجب الاستدراك في تشريعات الأوقاف خاصة والتشريعات السورية على وجه العموم، وأهمها القانون المدني، إذ إنه اشتمل على أحكام عامة في الوقف.

ــ بينت المادة /9/ من القانون /104/ أنه يجوز لمجلس الأوقاف المحلي (في مديرية الأوقاف) أن يُقرِّر تقسيط البدل إذا كان بالنقد حتى مدة خمس سنوات، أو ثماني سنوات إذا كان المُستبدِل إحدى إدارات الدولة، أو إحدى المؤسسات العامة.

ونرى أن هذا التَّقسيط يُفوِّت مصلحة الأوقاف من عملية الاستبدال، إذْ يُعرِّض البدل للتضخم النقدي، ومن ثَمَّ لن تتمكن الجهة الوقفية من الإفادة الحقيقية والمعتبرة من إجراء عملية الاستبدال، إذْ إن تقسيط البدل إلى خمس سنوات، أو ثماني سنوات إذا كانت الجهة المستبدلة إحدى الإدارات الحكومية أو المؤسسات العامة فيه إخلال بمبدأ المحافظة على مال الوقف، والمنع من أيِّ تصرف يخالف هذا المقصد الشرعي الذي اتفق عليه الفقهاء.

ــ القوانين الوضعية السورية التي نظَّمت أحكام الاستبدال مرجعيتها الشريعة الإسلامية وضوابط الاستبدال فيها؛ سواء وجدت نصوص قانونية خاصة باستبدال بعض ممتلكات الأوقاف (كالقانون /104/ الخاص باستبدال العقارات ذات الإجارة الواحدة والمقابر المندرسة والخرب من الجوامع أو المساجد..، والقانون/163/ لعام1958م الخاص باستبدال العقارات الوقفية ذات الإجارتين) أو لم

توجد نصوص خاصة باستبدال بعضها الآخر (كالمنقولات الوقفية)، وفي هذه الحالة يتم الرجوع إلى تطبيق الفقرة /2/ من المادة /1/ من القانون المدني السوري التي تنص على أنه" إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

الخاتمة:

بعد بيان آراء الفقهاء في مسألة استبدال ممتلكات الأوقاف وأدلتهم فيها، وجدنا آراء تميل إلى الجانب التعبدي في الوقف، حيث يُمْنَع الاستبدال على العموم وهو رأي المالكية والشافعية في الراجح عندهم، ولكن هذا الرأي قد يؤدي إلى تعطيل الانتفاع بجزء من ممتلكات الوقف فلا ينتفع بها أحد، وإلى بقاء بعض أراضي الوقف غير مستفاد منها، فلا تدرُّ عائداً، وفي ذلك ضرر يلحق بالمستحقين للوقف، وهو ما يخالف قصد الواقف.

وبالمقابل هناك آراء تسمح باستبدال عقار خاص إذا ظهرت المصلحة في ذلك (المذهب الحنفي)، وفي ذلك ما يسمح بتنقُّل العقارات بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة التي تقرُّها السلطات القضائيَّة.

وهناك رأي ثالث يقصر جواز الاستبدال على حال الضرورة، وهي ألا يكون الموقوف صالحاً لما قصد له، أمَّا الاستبدال لتحقيق منفعة أكبر فلا يجوز إذا كان أصل الانتفاع المقصود باقياً (وهو رأي الحنابلة). ولم يفرِّق أصحاب هذا الرأي بين العقار والمنقول في جواز الاستبدال وعدمه، فأجازوه فيهما، لكن ضمن شروط وضوابط سبق بيانها في هذا البحث، ولاحظنا أنهم توسَّعوا في الجواز، ولكن ليس بالدرجة التي توسَّع فيها فقهاء الحنفية. وقد لاحظنا كيف خالفوا بقية المذاهب في مسألة استبدال المسجد فأجازوه إذا أصبح غير صالح للمقصود منه، بأن ضاق على المصلِّين مثلاً، أو صار غير منتفع به لأيِّ سبب كان. قال أبو زهرة:"ولهم في ذلك نظر واقعي سليم"[118].

انطلاقاً من هذا، ومن أن الإسلام جاء بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها، فإن أحكام الشريعة جاءت مراعية لمقصد الواقف، ونوع الوقف، ومصارفه، إذْ إنها شرعت من الأحكام ما فيه حفاظ عليه ورعاية له، فإننا نرى الاقتصار في جواز استبدال العقارات الوقفية على حالات الضرورة القصوى وعدم التوسع في ذلك، وأن تتم هذه العملية وفق الشروط والضوابط التي سبق أن

(118) محاضرات في الوقف: ص190

فصَّلنا القول فيها. قال ابن نجيم:" وقد شاهدنا في الاستبدال من الفساد ما لا يُعَدُّ ولا يحصى، فإن ظَلَمَةَ القضاةِ جعلوه حيلة إلى إبطال أكثر أوقاف المسلمين، وفعلوا ما فعلوا"[119].

ونرجح الجواز بضوابطه السابقة حتى لو شرط الواقف المنع من استبدال الموقوف، إذا رأى ناظر الوقف في ذلك مصلحة محضة للوقف، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الحنفية.

ومما نستأنس به في هذا الرأي وجود سجلات شرعية بمختلف المدن الإسلامية القديمة فيها أمثلة باستبدال أجزاء عاطلة من عقارات الوقف أو عقارات خَرِبَة أخرى، وذلك بحكم المصلحة.

مع ملاحظة أنه عند الحديث عن مسألة من مسائل الأوقاف وخاصة ممتلكاتها، لابدَّ من أن ننطلق من نظرة الإسلام العامة والخاصة إلى الأوقاف وممتلكاتها، وكذا مقاصد وغايات الوقف الإسلامي، وأبعاده ومراميه المصلحية. وإنَّ سد بعض الفقهاء باب الاستبدال كان بسبب ما رأى من كثرة ظلم الأوقاف بالاستبدال.

أهم النتائج والتوصيات:

يمكن إجمال أهم نتائج البحث في النقاط الآتية:

1ــ يجوز الاستبدال في حال وجود شرط من الواقف لنفسه أو لغيره أو لنفسه وغيره، وهذا لا ينافي كون الوقف مستمراً، حتى لو كانت العين المراد استبدالها ذات ريع ونفع؛ لأنه مجرد تنفيذ لشرط، وهو شرط صحيح.

2ــ إذا لم يشرط الواقف استبدال العقار الموقوف لنفسه أو لغيره أو لنفسه وغيره، وأصبح لا ينتفع به بالكلية، بأن لا يحصل منه شيء أصلاً، أو لا يفي بمؤنته؛ جاز استبداله، وهو رأي الحنفية (ولكن هذا الجواز مقيَّد بشرط الالتزام بضوابط الاستبدال وإجراءاته المذكورة في هذا البحث).

3ــ يجوز استبدال المنقول الموقوف إذا أصبح غير صالح للغرض من وقفه، محافظة على أموال الوقف من الضياع.

4ــ لا يجوز استبدال الوقف بغرض زيادة النَّفع وكثرة الرَّدِّ على أهل الوقف؛ لأن الأصل تحريم البيع، وإنما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحصيله، ومع الانتفاع وإنْ قلَّ ما يضيِّع المقصود، اللهم إلا أن يبلغ في قلة النفع إلى حد لا يعدُّ نفعاً، فيكون وجود ذلك كالعدم.

(119) البحر الرائق: 223/5

5ــ استثناء المالكية مِنْ مَنْعِ الاستبدال جواز استبدال العقار ذي الغلة لصالح مرفق عام (مقبرة أو طريق عام ...) ينبغي أن يُضْبَط بوجود ضرورة بضوابطها الشرعية، وإلا فإن فتح هذا الباب بلا ضوابط حقيقية فيه ضياعٌ لأملاك الأوقاف في حالات كثيرة، وهذا من شأنه أن يقلِّل تقليلاً كبيراً من وقف الناس لعقاراتهم، مما ينعكس سلباً وبشكل مباشر على العمل الخيري بشكل عام، لاسيَّما أن معظم العقارات الوقفية موقوفة على غير مُعيّنين.

6ــ شرط استبدال المسجد من قبل الواقف باطل؛ لأن المسجد مقصود لذاته، أما غيره ففيه اختلاف بين العلماء، كما أن المراد من غير المسجد الانتفاع، فالاستبدال فيه جائز لهذا الغرض، كما أن القول بعدم جواز استبدال المسجد فيه عمل بالأصل، وهو عدم جواز استبدال الموقوف.

7ــ يجوز استبدال المسجد إذا أصبح غير صالح للمقصود منه وتعذَّرت إعادته، إذ المقصود من الوقف، الانتفاع بالثمرة، ومنع بيع الموقوف في هذه الحالة مبطل لهذا المعنى.

8ــ يجوز نقل أنقاض المسجد الخَرِب أو بيعها للإفادة منها في بناء مسجد آخر أو في ترميمه.

9ــ المبالغُ الناشئةُ عن الاستبدال يجب صرفها في ترميم عقارات للوقف أو في شرائها أو في إنشائها، وكذلك جوامع ومؤسسات خيرية بحسب الحاجة، ويجوز بناء وحدات سكنية شعبية وبيعها لذوي الدخل المحدود، وفق ما نصت عليه أحكام القانون، وبما ينسجم مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وفي نهاية هذا البحث، أوصي بالتوسع في إيجاد بحوث علمية شرعية أكاديمية من الناحية النظرية والتطبيقية لجعل نظام الوقف الإسلامي في الدول المعاصرة يواكب مستجدات العصر وتقدمه وتطور تقنياته وآلياته يوماً بعد يوم.

مصادر البحث ومراجعه

- أحكام الأوقاف، أبو بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاف (261هـ)، مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة.
- أحكام الوصايا والأوقاف، د. محمد مصطفى شلبي، ط4 : 1402هـ- 1982م، الدار الجامعية - بيروت.
- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، شيخ الإسلام زكريا الأنصاري، تحقيق محمد محمد تامر، ط1: 1422هـ- 2000م، دار الكتب العلمية – بيروت.
- الأشباه والنظائر، زين الدين بن إبراهيم بن نجيم (970هـ)، ط1400هـ -1980م، دار الكتب العلمية - بيروت.
- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي (960هـ)، تحقيق عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة – بيروت.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي (885هـ)، ط1: 1419هـ، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (وهو شرح لتحفة الفقهاء للسمرقندي) علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (587 هـ)، ط 1982م، دار الكتاب العربي – بيروت.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي (970هـ)، دار المعرفة – بيروت.
- التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري (897 هـ) ط 1398هـ، دار الفكر – بيروت.
- الثمر الدَّاني في تقريب المعاني (شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني)، صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري (1335هـ)، المكتبة الثقافية - بيروت .
- حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، أبو بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي (1310هـ)، دار الفكر – بيروت.

ـ حاشية البجيرمي على الخطيب (تحفة الحبيب على شرح الخطيب)، سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي(1221هـ)، ط1: 1417هـ 1996م، دار الكتب العلمية – بيروت.

ـ حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد) سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي (1221هـ)، المكتبة الإسلامية – ديار بكر، تركيا.

ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (1230هـ)، تحقيق محمد عليش، دار الفكر - بيروت.

ـ حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (1392هـ)، ط1: 1397 هـ .

ـ حاشية الصاوي على الشرح الصغير لأحمد الدردير (1201هـ) المسمى (بلغة السالك لأقرب المسالك)، أحمد بن محمد الخلوتي الشهير بالصاوي (ت1241هـ)، دار المعارف - القاهرة.

ـ الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (684هـ)، تحقيق محمد حجي، ط 1994م، دار الغرب - بيروت.

ـ رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر ابن عابدين (1252هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر، 1421هـ - 2000م - بيروت .

ـ روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت676هـ)، المكتب الإسلامي - بيروت.

ـ زاد المستقنع في اختصار المقنع، شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي (960هـ)، تحقيق عبد الرحمن بن علي بن محمد العسكر، دار الوطن للنشر – الرياض.

ـ سنن الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السُّلمي (279هـ)، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي – بيروت.

ـ الشرح الكبير، أحمد بن محمد العدوي (الشهير بالدَّردير) (1201هـ)، دار الكتب العلمية - بيروت.

ـ الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح بن محمد العثيمين (1421هـ)، ط 1428 هـ، دار ابن الجوزي.

ـ شرح منتهى الإرادات (المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى)، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (1051هـ)، ط 1996م، عالم الكتب – بيروت.

ـ صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري (256هـ) تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1: 1422هـ، دار طوق النجاة.

ـ صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري (261هـ(، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.

ـ العزيز شرح الوجيز، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي (623هـ) ط1: 1997م دار الكتب العلمية - بيروت.

ـ العناية شرح الهداية، محمد بن محمود البابرتي (786هـ)، دار الفكر العربي - بيروت.

ـ الفتاوى الكبرى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (728هـ)، تحقيق محمد عبدالقادر عطا ومصطفى عبدالقادر عطا، ط1: 1408هـ - 1987م، دار الكتب العلمية – بيروت.

ـ فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي (852هـ)، ط 1379هـ، دار المعرفة – بيروت.

ـ فتح القدير، محمد بن عبد الواحد الاسكندري ابن الهمام (861 هـ)، دار التراث العربي – بيروت.

ـ فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري (926هـ)، ط 1418هـ، دار الكتب العلمية – بيروت.

ـ الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد بن غنيم بن سالم النَّفراوي (1126هـ) تحقيق رضا فرحات، مكتبة الثقافة الدينية.

ـ كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (1051هـ)، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، ط 1402هـ، دار الفكر - بيروت.

ـ لسان الحكام في معرفة الأحكام، إبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي، ط 1393هـ 1973م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي – القاهرة.

ـ لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور (711هـ)، ط1: دار صادر - بيروت.

ـ المبدع شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح (884هـ) الطبعة 1423هـ 2003م، دار عالم الكتب – الرياض.

ـ مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده (1078هـ) تحقيق خليل عمران المنصور، طبعة 1419هـ - 1998م، دار الكتب العلمية- بيروت.

ـ المجموع شرح المهذب، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (676 هـ)، مطبعة المنيرية.

ـ المبسوط، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي (483هـ)، تحقيق خليل محيي الدين الميس، ط1: 1421هـ 2000م، دار الفكر – بيروت.

ـ مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي (721هـ)، تحقيق محمود خاطر، ط 1415 هـ - 1995م، مكتبة لبنان ناشرون – بيروت.

ـ المدونة الكبرى، مالك بن أنس بن عامر الأصبحي المدني (179هـ)، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية- بيروت.

ـ مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى السيوطي الرحيباني (1243هـ)، ط 1961م، المكتب الإسلامي - دمشق.

ـ معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ط 1399هـ - 1979م، دار الفكر.

ـ المعجم الوسيط، (إبراهيم مصطفى ـ أحمد الزيات ـ حامد عبد القادر ـ محمد النجار)، تحقيق مجمع اللغة العربية، الناشر: دار الدعوة - القاهرة.

ـ المغرب في ترتيب المعرب، أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرزي (616هـ)، تحقيق محمود فاخوري وعبدالحميد مختار، ط1: 1979م، مكتبة أسامة بن زيد – حلب.

ـ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني (977 هـ)، دار الفكر – بيروت.

ـ المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (620هـ)، وهو شرح للمختصر الموجز الجامع مختصر الخرقي الحنبلي، دار الفكر - بيروت .

ـ منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد عليش (1299هـ(، ط 1409هـ 1989م، دار الفكر - بيروت.

ـ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، محمد بن محمد الطرابلسي المغربي الحطَّاب الرُّعيني (954هـ)، تحقيق زكريا عميرات، طبعة 1423هـ 2003م، دار عالم الكتب - بيروت.

ـ النُّصوصُ العقاريَّة، داود التَّكريتي، ط5: 1978م، مكتب النشر العربي بدمشق.

ـ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، الشهير بالشافعي الصغير (1004هـ)، ط 1404هـ - 1984م، دار الفكر – بيروت.

ـ الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، د. أحمد محمود الشافعي، ط 1414هـ 1994م دار الهدى للمطبوعات – الاسكندرية.

ـ الوقف الإسلامي (تطوره، إدارته، تنميته)، د. منذر قحف، ط 1427هـ ـ 2006م، دار الفكر – دمشق.

ـ الوقف في الشريعة الإسلامية وأثره في تنمية المجتمع، د. محمد بن أحمد صالح الصالح، ط 1422هـ 2001م.

تاريخ ورود البحث إلى مجلة جامعة دمشق 2013/8/13