التعريف بالوقف وحكم إخضاعه للمبادلة المالية

د. سعاد سطحي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة -

إن الأوقاف تعد مظهرا من مظاهر الملك العام , رغم أن ريعها يعود على جهة خيرية بعينها تحبس عليها , مما يدعو للتساؤل عن حكم إخضاعها للبيع مستفسرين هل يكون ذلك جائزا أم لا ؟ , و إذا ما وقع التعاقد ما حكم العقد ؟

هذا ما سنجيب عنه من خلال النقاط الآتية :

تعريف الوقف

و سنتناوله بشقيه اللغوي والاصطلاحي من خلال ما يأتي:

أولا ــ تعريف الوقف لغة :

الواو و القاف و الفاء أصل واحد يدل على تمكّث في شيء , يقال أوقف : للذي يكون في شيء, ثم يترع عنه, و من ذلك قول الشاعر :

جامحا في غوايتي ثم أوقفـــ ت رضابا بالتّقى و ذو البر راضي [1]

---

[1] ابن فارس : معجم مقاييس اللغة 6 / 135 .

و منه قولك : وقف الأرض على المساكين وقفا , حبسها , و كل شيء تمسك عنه تقول أوقفت يقال : كان على أمر فأوقف , أي أقصر .[1]

مع التنبيه إلى أن مصطلحي الوقف , و الحبس مترادفان , يطلقان على مدلول واحد .

إذ الحبس : معناه الوقف، تقول حبسه حبسا منعه، وحبس الشيء : منع بيعه وإرثه، وإنما تملك غلّته ومنفعته، وحبس الشيء بالشيء ستره، وأحاطه به، وكأن الحبس فيه معنى لستر الذنوب، والإحاطة بها وحبس فلان فلانا بالشيء اختصه به، إذ الحابس يختص بحبسه الفقراء، والمساكين أو أيّ فئة دون غيرهم، تقول الحبيس من الخيل الموقوف في سبيل الله وتحبيس الشيء هو أن يبقى أصله، ويجعل ثمره في سبيل الله.[2]

ثانيا ــ تعريف الوقف اصطلاحا :

تنوعت عبارات الفقهاء في تعريف الوقف , وهذا ما سيتضح لنا من خلال ما يأتي :

---

(1) ابن منظور: لسان العرب 6 / 4898 , و قلعة جي و قنيبي : معجم لغة الفقهاء 508 , و لسان اللسان 2 / 754 .

(2) الفيروزأبادي : القاموس المحيط، مادة : "حبس" 2/205 ــ 206، و ابن فارس : معجم مقاييس اللغة، مادة : "حبس" 2/128 و الفيومي : المصباح المنير، مادة : "حبس"، 162، و الرازي : مختار الصحاح، مادة : "حبس" 120، و لسان اللسان، مادة : "حبس"، 1/223 ــ 224، والمعجم الوسيط، مادة : "حبس" 1/152

ـ تعريف الوقف عند الحنفية :

ـ تعريفه عند أبي حنيفة , عرفه بأنه : " حبس العين على ملك الواقـــف و التصـــدق بالمنفعـــة ". [1]

فالوقف عند الإمام أبي حنيفة جائز , إلا أنه غير لازم فهو كالعارية [2] ,فلو رجع الواقف حال حياته عن الوقف جاز ذلك مع الكراهة [3], إذ لا يزول ملك الوقف عن الواقف إلا أن يحكم به حاكم أو يعلقه على موته فيقول: إذا مت فقد وقفت داري على كذا , أو أن يجعل وقفا لمسجد . [4]

و استدل على ذلك بما يأتي : [5]

1 – عن عمرو بن خالد قال : حدثنا ابن لهيعة عن أخيه عيسى بن لهيعة عن عكرمة عن ابن عباس ﷺ أنه قال لما نزلت سورة النساء و فرضت فيها الفرائض , **قال رســـــول الله ﷺ** : " لا حبس عن فرائض الله تعالى" . [6]

---

(1) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي 3 / 13 – 14 .

(2) المصدر السابق , و ابن الهمام : شرح فتح القدير ـــ 6 / 200 – 207 و السرخسي : المبسوط 12 / 27 – 28 , و ابن عابدين : رد المختار 4 / 338 .

(3) ابن عابدين : رد المختار 4 / 338 .

(4) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي 3 / 13 – 14 , و ابن الهمام : شرح فتح القدير ـــ 6 / 200 – 207 و السرخسي : المبسوط 12 / 27 – 28 , و ابن عابدين : رد المختار 4 / 338 .

(5) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي 3 / 13 – 14 , و ابن الهمام : شرح فتح القدير ـــ 6 / 200 – 207 و الكاساني : بدائع الصنائع 6 / 219 .

(6) الدارقطني: السنن, حديث رقم : 4 ,كتاب : الفرائض و السير و غير ذلك , باب : الفرائض و السير و غير ذلك 4 / 68 , و البيهقي : السنن الكبرى , حديث رقم : 12130 , كتاب : الوقف , باب : من قال لا حبس عن فرائض الله ﷻ 9 / 136 , قال علي بن المديني : لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه عيسى , و هما ضعيفـــان . قـــال البيهقي : " و هذا القول إنما يعرف من قول شريح القاضي ".

وجه الاستدلال : لقد نهى **النبي** ﷺ عما يؤدي إلى منع الورثة من أخذ نصيبهم , و لا شك أن في إخراج المال الموقوف عن ملك الواقف إضرارا بالورثة , و حبسا لفرائض الله التي أودعهـــا في كتابـــه و مخالفة للنبي ﷺ في نهيه عن حبسها .

قال الإمام الكاساني (رحمه الله) : " أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عـــن القسمـــة بين ورثتـــه و الوقف حبس عن فرائض الله تعالى عز شأنه , فكان منفيا شرعا .... وأما أوقاف الصحابة ﷺ فما كان منها في زمن رسول الله ﷺ احتمل أنها كانت قبل نزول سورة النساء فلم تقع حبسا عن فرائض الله تعالى , وما كان بعد وفاته عليه الصلاة والسلام فاحتمل أن ورثتهم أمضوها بالإجازة , وهذا هو الظاهر ولا كلام فيه , وإنما جاز مضافا إلى ما بعد الموت لأنه لما أضافه إلى ما بعد الموت فقد أخرجه مخرج الوصية , فيجـــوز كســـائر الوصايا ".[1]

2 – إن وقف رسول الله ﷺ إنما جاز لأن المانع من وقوعه حبسا عن فرائض الله ﷻ ودفعه ﷺ لم يقع حبسا عن فرائض الله تعالى لقوله ﷺ : " إنا معاشر الأنبياء لا نورث ما تركنا صدقة ".[2] [3]

3 – ما ورد عن القاضي شريح من أنه قال : " جاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبيس " .[1]

---

[1] بدائع الصنائع 6 / 219 .

[2] مسلم : الجامع الصحيح , حديث رقم : 1757 , كتاب : الجهاد و السير , بـــاب : حكم الفيء 3 / 1377و ابن حبان : الصحيح , حديث رقم : 4823 , كتاب : السير , باب : الغنائم و قسمتها 11 / 125

[3] الكاساني : بدائع الصنائع 6 / 219 .

وجه الاستدلال : و هذا منه بيان لما ورد عن النبي ﷺ أنه يجوز بيع الموقوف , لأن الحبيس هو الموقوف , و به يتبين أن الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الواقف.[2]

4 – إن الملك في المال الموقوف باق فيه بدليل أنه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف خاصة و أن له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيها , إلا أنه يتصدق بمنافعه فصار شبيها بالعارية ,إضافة إلى أنه يحتاج إلى التصدق بالغلة دائما , ولا تصدق عنه إلا بالبقاء على ملكه , ولأنه لا يمكن أن يزال ملكه لا إلى مالك لأنه غير مشروع مع بقائه خلافا للمسجد لأنه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به, أما في غيره فلم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى.[3]

و لكن رُدّ على هذه الأدلة بما يأتي :

أ – إن حديث " لا حبس عن فرائض الله " ضعيف لوجود ابني لهيعة فيه [4] و على فرض صحته فهو لا يدل على إبطال الوقف , إذ المقصود به هو القضاء على عادة الجاهلية التي كانت تقصر الإرث على الذكور دون الإناث ,

---

(1) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي 3 / 14 , وابن الهمام : شرح فتح القدير ــ 6 / 200 – 207 , و الكاساني : بدائع الصنائع 6 / 219 .

(2) الكاساني: بدائع الصنائع 6 / 219 .

(3) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي 3 / 14 .

(4) **ابنا لهيعة** : و هما – عبد الله بن لهيعة بن عقبة الحضرمي أبو عبد الرحمن المصري , القاضي صدوق , خلط بعد احتـــراق كتـــبه و رواية ابن المبارك و ابن وهب عنه أعدل من غيرهما , و له في مسلم بعض شيء مقرون , مات سنة 74 , و قد ناف على الثمانين .

ابن حجر : تقريب التهذيب 1 / 444 , و الذهبي : ميزان الاعتدال 2 / 475 – 483 .

و عيسى بن لهيعة بن عقبة الحضرمي المصري , قال الدارقطني : " ضعيف ." الذهبي : ميزان الاعتدال 2 / 322 .

و على الكبار دون الصغار مـــن جهـــة و بيان أنه لا يجوز حرمان من له الحق في الميراث من جهة أخرى .[1]

ب – إن أثر القاضي شريح لا يدل على عدم مشروعية الوقف , و لكن يستدل به على أن النبي ﷺ باع ما كان يحبس للأصنام و الأوثان .[2]

ـــ **تعريفه عند أبي يوسف و محمد, عرفاه بأنه** : " حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد فيلزم و لا يباع و لا يوهب و لا يـــورث " .[3]

و قال أبو يوسف يزول ملك الواقف بمجرد القول .

و قال محمد : لا يزول الملك حتى يجعل للوقف وليا و يسلمه إليه .

و القول بأن عقد الوقف لازم, و أن ملك الواقف يزول عنه , و ينتقل إلى ملك الله تعالى[4]هو المرجح في المذهب الحنفي و ذلك استنادا لما يأتي :

1 – ما رواه ابن عمر ـــ رضي الله عنهما ـــ قال :" أصاب عمر أرضا بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال : يا رسول الله إني أصبت أرضا بخيبر لم أصب قط مالا أنفس عندي منه فما تأمرني فيها ؟ فقال : " إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث " قال : "فتصدق بها عمر في الفقراء وذوي القربى والرقاب وابن السبيل والضيف

---

(1) وهبة الزحيلي : الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي 154 .

(2) المرجع السابق .

(3) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي 3 / 14 .

(4) المصدر السابق , و السرخسي : المبسوط 12 / 27 – 28 , و الكاساني : بدائع الصنائع 6 / 218 , وابن عابدين : رد المحتار 4 / 338 .

, لا جناح على من وليها أن يأكل منها , أو يطعم صديقا بالمعروف غير متمول فيه " .[1]

2 – إن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه ليصل ثوابه إليه على الدوام , و قد أمكن دفع حاجته بإسقاط الملك و جعله لله تعالى , لا سيما و أن له نظيرا في الشرع و هو المسجد فيجعل كذلك .[2]

ـــ **تعريف الوقف عند المالكية** : عرف ابن عرفة الحبس [3] بقوله : " إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه و لو تقديرا " .[4]

شرح التعريف و إخراج محترزاته : إن قوله : [5]

"إعطاء " : أي تمليك متمول بغير عوض , فيدخل في ذلك الحبس و الهبة .

" منفعة ": هذا قيد أخرج به إعطاء ذات كالهبة .

" شيء " : عبر بالشيء , و لم يقل مال أو متمول , لأن الشيء أعم , لكنه رأى تخصيصه بما في كلامه من بقاء ملكه , و ذلك يخص الشيء بالمتمول.

" مدة وجوده " هذا قيد أخرج به العارية [1], و العمرى .[2]

---

(1) سبق تخريجه .

(2) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي 3 / 13 – 14 , و ابن الهمام : شرح فتح القدير 6 / 200 – 207 , و السرخسي : المبسوط 12 / 27 – 28 , و ابن عابدين : رد المختار 4 / 338 .

(3) الوقف و الحبس مسميان لشيء واحد .

(4) الرصاع : شرح حدود ابن عرفة 2 / 539 , و الخطاب : مواهب الجليل 6 / 18 .

(5) الرصاع : شرح حدود ابن عرفة 2 / 539 - 541 .

" لازما بقاؤه في ملك معطيه و لو تقديرا " حذفت منه كان , أي و لو كان اللزوم تقديرا أو الملك تقديرا , و هو قيد مخرج للعبد المخدم حياته يموت قبل موت سيده , لأنه غير لازم بقاؤه في ملك معطيه لجواز بيعه بالرضى .[3]

مع ملاحظة أن الوقف حبس العين على ملك الواقف , فلا يزول عنه ملكه , لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب , مستدلين على ذلك بقول النبي ﷺ لعمر بن الخطاب رضي الله عنه : " إن شئت حبست أصلها و تصدقت بها " , فالواقف يتصدق بالغلة فقط , أي بمنافعها مع بقاء ملكيته للأصل , بينما من يبني بناء و يقفه مسجدا , فتزول عنه ملكيته و يكون إسقاطا لها لأن المساجد لله لقوله ﷻ:﴿ وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا ﴾ الجن:18.[4]

---

[1] **العارية** : أ ــ **لغة** : تعوّر الشيء، واستعاره : طلبه، وعاره يعيره، ويعوره : أخذه، وذهب به، واعتوروا الشيء تداولوه فيما بينهم، وهي كنها قريبة من بعضها، لأنّ العارية تطلب من صاحبها، ويأخذها المعير، ويذهب بها على سبيل التداول بين المعير والمستعير وقيل العارية بالتشديد من العار، لأنّ طلبها عار وعيب.

الفيروزأبادي: القاموس المحيط، مادة:"العــور"، 97/2، والرازي : مختار الصحاح مادة:"عور"، 462، ولسان النسان، مادة : "عــور" 240/2

1 ــ تعريفها بمعنى المصدر : عرّفها ابن الحاجب وابن جزيء بأنها : "تمليك منافع العين بغير عوض". الآبي :الثمر الداني 561 , و ابن جزيء : القوانين الفقهية 357 .

وعرّفها ابن عرفة بقوله : "تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض " .

الرصاع : شرح حدود ابن عرفة 459/2، وعليش : شرح منح الجليل 486/3.

2 ــ تعريفها بمعنى الاسم : عرّفها ابن عرفة بقوله : "مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض". الرصاع : شرح حدود ابن عرفة 460/2 .

[2] **العمرى** : أ ــ **لغة** : أعمرته الدار : جعلت له سكناها عمره، وأعمره دارا، أو أرضا، أو إبلا، أعطاه إيّاها، وقال : هي لك عمري، أو عمرك، فإذا متّ رجعت إليّ، والاسم العمرى . الرازي : مختار الصحاح مادة: "عمر" 454 ، والفيومي : المصباح المنير، مادة :"عمر" 587.

ب ــ اصطلاحا : وهي : "تمليك المنفعة طيلة حياة المعطى له بلا عوض ." عليش : شرح منح الجليل 486/3، و الخطاب : مواهب الجليل 268/5.

[3] محمد المحذوب وأبو الأجفان وعثمان بطيخ : هامش أصول الفتيا للختشي 249 .

[4] النفراوي : الفواكه الدواني 2 / 164 .

ـــ تعريف الوقف عند الشافعية :

عرفه الشافعية بأنه : – " حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرّف في رقبته على مصرف مباح موجود " . [1]

و عرفوه بقولهم أيضا :"حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه". [2]

شرح التعريف :

مال : أي أنه يقبل النقل من ملك شخص إلى ملك آخر, كما يصح وقف الإمام من بيت مال المسلمين باعتباره نائبا عنهم . [3]

و هنا نتساءل عن هذا النقل :

1 ـــ هل يزيل ملكية الواقف عن العين الموقوفة أم لا ؟

اختلف فقهاء الشافعية في ذلك إلى القولين الآتيين :

القول الأول : زوال ملكية الواقف عن العين الموقوفة , و هو الصحيح في المذهب , لأنه سبب يزيل ملكه عن التصرف في العين والمنفعة , فأزال الملك كالعتق .

القول الثاني : عدم زوال ملكية الواقف عن العين الموقوفة , لأن الوقف حبس العين وتسبيل المنفعة ,وذلك لا يوجب زوال الملك . [4]

---

(1) الشربيني : الإقناع 2 / 360 . و الكوهجي : زاد المحتاج 2 / 415 . و الأنصاري : فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب 1 / 256 .

(2) الملياري : فتح المعين 3 / 356 .

(3) الأنصاري : فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب 1 / 256 . و البكري : إعانة الطالبين 3 / 349 .

(4) الشيرازي : المهذب 1 / 442 .

2 ــ و في حالة القول بانتقال ملكية الوقف عن الواقف فلمن تؤول هذه الملكية ؟

اختلف فقهاء الشافعية في ذلك إلى القولين الآتيين : [1]

القول الأول : إن ملكية الوقف تنتقل إلى الله تعالى و هو الصحيح , فلا يكون مملوكا للواقف و لا للموقوف عليه, مع انتقال فوائد الوقف كالثمرة إلى الموقوف عليه يتصرف فيها تصرف الملاك , لأن ذلك هو المقصود من الوقف ,و لأنه حبس عين , وتسبيل منفعة على وجه القربة , فأزال الملك إلى الله تعالى كالعتق .

القول الثاني : أنه ينتقل إلى الموقوف عليه , لأن ما أزال الملك عن العين لم يزل المالية فينقل إلى الآدمي كالصدقة.

يمكن الانتفاع به : سواء أكان النفع في الحال أو المآل , و سواء أكان الشيء المنتفع به عقارا أم منقولا .

مع بقاء عينه : أي يشترط في الوقف أن يكون عينا , فلا يجوز وقف المنفعة , و لا ما في الذمة , إذ لا يصح وقف طعام و ريحان غير مزروع , لأن نفعه في فوته و مقصود الوقف الدوام .

كما لا يصح وقف آلة اللهو , و لا دراهم للزينة لأن آلة اللهو محرمة , و الزينة غير مقصودة . [2]

---

(1) المصدر السابق 1 / 442 – 443 .

(2) الأنصاري : فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب 1 / 256 , و البكري : إعانة الطالبين 3 / 349 .

ـ تعريف الوقف عند الحنابلة :

عرفه ابن قدامة بقوله : " تحبيس الأصل و تسبيل الثمرة ". [1]

من خلال هذا التعريف نتساءل : هل يحبس الأصل مع بقاء ملك الواقف عليه أم لا ؟ في الصحيح من المذهب عند الحنابلة أن الوقف إذا صح زال به ملك الواقف عنه .

و حجتهم في ذلك : [2]

1ـ أنه سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة فأزال الملك كالعتق .

2 ـ أنه لو كان ملكه لرجعت إليه قيمته كالملك المطلق .

وعن الإمام أحمد لا يزول ملكه لقول النبي ﷺ:"إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث " . [3]

و لكن رد على ما استدل به الإمام أحمد بكون المقصود مما ورد في الحديث أن يكون الوقف محبوسا لا يباع و لا يوهب و لا يورث .

ـ تعريف الوقف في القانون :

ورد تعريف الوقف في المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري , حيث نصت المادة على ما يلي :

---

(1) ابن قدامة : المغني 6 / 185 .

(2) المصدر السابق 6 / 188 .

(3) سبق تخريجه .

" الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص , على وجه التأبيد والتصدق ".

و الخلاصة :

من خلال التعاريف السابقة يترجح لدينا ما يأتي :

أ – إن الوقف من العقود اللازمة التي لا يجوز التراجع فيها , إذ يستقل بطبيعته عن عقـــد العـــارية و هذا لأن الأحاديث والآثار متظافرة على ذلك هذا من جهة , مع استمرار عمل الصحابة والتابعين ومن بعدهم على لزومه من جهة أخرى . [1]

ب – إن ملكية الوقف تزول عن ملك الواقف بدليل أنه لا يمكنه بيعه , و لا توريثه و لا هبته .

بيع الوقف في الشريعة الإسلامية

إن الغرض من الوقف هو الدوام و الاستمرارية , و لو بعد وفاة الواقف لقوله ﷺ : " إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية , أو علم ينتفع به من بعده , أو ولد صالح يدعو له ". [2]

و لقد بين العلماء بأن الصدقة الجارية الواردة في الحديث محمولة على الوقف. [3]

---

[1] ابن عابدين : رد المختار 4 / 339 .

[2] – **مسلم** : الجامع الصحيح , حديث رقم : 1631 , كتاب : الوصية , باب : ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته , 3 / 1255 , و أبو داود : السنن , رقم : 2880 , كتاب : الوصايا , باب : ما جاء في الصدقة عن الميت 3 / 117 .

[3] الأنصاري : فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب 1 / 256 , و ابن قدامة : المغني 6 / 187.

هذا الوقف الذي يعد من أجلّ القربات , و أفضل الصدقات , هل تستمر ديمومة تملكه للجهة الموقوف عليها , أم للواقف , و هل يجوز لكل منهما بيعه و هبته ؟, و على فرض وقوع مثل هذا البيع ,هل يعتبر باطلا و فاسدا على رأي الجمهور الذي لا يفرق بين الفساد و البطلان ,إذ يعتبرهما مصطلحين لمدلول واحد , أم أنه يعتبر باطلا أو فاسدا على رأي الحنفية الذين يفرقون بينهما ؟

ذهب جماهير الفقهاء إلى عدم جواز بيع الوقف , للحفاظ على استمرارية هذه الصدقة الجارية , و ذلك استنادا إلى ما رواه ابن عون عن نافع عن ابن عمر ــ رضي الله عنهما ــ قال :" أصاب عمر أرضا بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال : يا رسول الله إني أصبت أرضا بخيبر , لم أصب قط مالا أنفس عندي منه , فما تأمرني فيها ؟ فقال : " إن شئت حبست أصلها , وتصدقت بها , غير أنه لا يباع أصلها ,ولا يبتاع ,ولا يوهب ,ولا يورث " قال: "فتصدق بها عمر في الفقراء وذوي القربى والرقاب وابن السبيل والضيف لا جناح على من وليها أن يأكل منها , أو يطعم صديقا بالمعروف غير متمـــول فيه " [1].

دل هذا الحديث على حرمة بيع الوقف أو هبته أو توريثه , مع التأكيد على أن ما ذهب إليه أبو حنيفة من أن الوقف غير لازم و أنه يبقى على ملكية الواقف فيجوز له بيعه , مرده إلى أنه قال ذلك لعدم بلوغه خبر عمر .

و قد حكى الطحاوي عن عيسى بن أبان قال : " كان أبو يوسف يجيز بيع الوقف فبلغه حديث عمر هذا فقال : " من سمع هذا من ابن عون ؟

---

[1] سبق تخريجه .

فحدثه به ابن علية فقال : هذا لا يسع أحد خلافه , و لو بلغ أبا حنيفة لقال به , فرجع عن بيع الوقف حتى صار كأنه لا خلاف فيه بين أحـــد ". [1]

مما سبق يتبين أن الأصل في الوقف أن لا يباع , لأنه حبس للأصل فلا يجـــوز التصـــرف في ملكيتـــه و لكن يتصرف في منفعته و ريعه , غير أنه في بعض الأحيان قد يخرب هذا الوقف و يصبح غير منتفع به , فيزول الغرض الذي وقف من أجله , و هنا نتساءل هل يجوز بيعه و شراء ما يتحقق به غرض الواقف من النفع أم لا ؟ هذا إضافة إلى أنه في بعض الأحيان قد تنقص غلته نقصا فادحا , فهل يجوز استبداله بما هو أكثر نفعا منه أم لا ؟ , لقد فصل فقهاء الشريعة الإسلامية في المسائل المتعلقة ببيع الوقف واضعين شروطا لبعضها , مجيبين عن كثير من الأسئلة المنوطة بها , و هذا ما يتضح لنا من خلال ما يأتي :

ـــ بيع الوقف عند الحنفية :

فرق فقهاء الحنفية في بيع الوقف بين وقف المساجد , و غيرها من الأوقاف , على النحو الآتي :

أولا ـــ بيع أوقاف المساجد :

و قد فرقوا في ذلك بين عقاراته و منقولاته على النحو الآتي :

---

[1] ابن حجر : فتح الباري 5 403 .

1 ــ بيع عقارات المساجد :

لقد فرق الحنفية بين المسجد القائم الذي يؤدي وظيفته , و يؤمه الناس , و بين المسجد الذي اعتراه الخراب , و هجره الناس بعدم الصلاة فيه , و ذلك على النحو الآتي :

الحالة الأولى ــ المساجد القائمة :

ذهب الحنفية إلى عدم جواز بيع العقارات المتخذة مساجدا , و أن ملكيتها تزول عن الواقف إذا توافرت الشروط الآتية [1] :

أ – أن يفرز الواقف المسجد عن ملكه بطريق خاص .

ب – أن يأذن للناس بالصلاة فيه , إذ تقوم الصلاة مقام التسليم في غيره مـــن الأوقـــاف و هذا عند أبي حنيفة و محمد , خلافا لأبي يوسف الذي اكتفى بقول الواقف : " جعلته مسجدا " , لأن التسليم عنده ليس بشرط ,لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد , فصار كالإعتاق

ج – أن يخلص المسجد لله تعالى .

قال أبو يوسف: "ومن جعل مسجدا تحته سرداب ,أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه, فله أن يبيعه , وإن مات يورث عنه , لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به " .

---

[1] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي 3 / 19 .

و قال أيضا : " ومن اتخذ أرضه مسجدا , لم يكن له أن يرجع فيه, ولا يبيعه ولا يورث عنه لأنه تجرد عن حق العباد , وصار خالصا لله , وهذا لأن الأشياء كلها لله تعـــالى , وإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق , رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه ,كما في الإعتاق." [1]

د – أن لا يكون لأحد فيه حق المنع , و عليه قالوا : إن اتخذ وسط داره مسجدا , وأذن للناس بالدخول فيه , ... له أن يبيعه ويورث عنه لأن المسجد مالا يكون لأحد فيه حق المنع وإذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع ,فلم يصر مسجدا , ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى , وعن محمد أنه لا يباع ولا يورث ولا يوهب إذ اعتبره مسجدا, وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله أنه يصير مسجدا, لأنه لما رضي بكونه مسجدا, ولا يصير مسجدا إلا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الإجارة من غير ذكر. [2]

الحالة الثانية ــ المساجد الخربة :

إذا خرب ما حول المسجد واستغني عن الصلاة فيه , فلهم فيه قولان: [3]

القول الأول : لا يعود إلى ملك بانيه إن كان حيـــا , ولا إلى ملك ورثته إن كـــان ميتا و يبقى مسجدا لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه , ولو

---

(1) المصدر السابق .

(2) المصدر السابق.

(3) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي 3 / 20 , و ابـــن الهمـــام : شـــرح فتح القدير 6 / 236 - 237 و الكاساني : بدائع الصنائع 6 / 221 , و ابن أبي اليمن : لسان الحكام 1 / 296.

استغنى أهل المحلة عـــن الصلاة فيه و به قال أبو حنيفة و **أبو يوسف** (رحمهما الله) , و رأى أبو يوسف تحوله إلى أقرب المساجد منه .

القول الثاني ــ يعود إلى ملك الباني إن كان حيا , أو إلى ملك ورثته إن كان ميتا, و إن لم يعرف بانيه و لا ورثته, كان لهم بيعه و الاستعانة بثمنه في بناء مسجد آخر لأنه عينه لنوع قربة وقد انقطعت , و به قال **محمد** (رحمه الله).

2 ــ بيع منقولات المساجد :

ا ختلف فقهاء الحنفية فيما يلحق بالمساجد من توابع و منقولات **كـــالحصير و القنديـــل و غيرهما** إذا خربت إلى القولين الآتيين : [1]

القول الأول : لا يرد إلى ملك واقفه و لا إلى الورثة , بل ينقل إلى مسجد آخر أو يبيعه قيم المسجد للمسجد و لأنه ما جعله مسجدا ليصلي فيه أهل تلك المحلة لا غير , بل يصلي فيه العامة مطلقا, أهل تلك المحلة و غيرهم , و به قال **أبو يوسف** .

القول الثاني : يرد إلى ملك واقفه أو إلى الورثة لأنه عينه لنوع قربة وقد انقطعت , و به قال **محمد بن الحسن الشيباني** .

ثانيا ــ بيع أوقاف غير المساجد : الأصل في الوقف أنه لا يملك و لا يباع [2]

---

[1] المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي 3 / 20 , و ابن الهمام : شرح فتح القدير ــ 6 / 236 - 237.

[2] ابن نجيم : البحر الرائق 5 / 222 .

و لكن أجاز فقهاء الحنفية بيع و استبدال أوقاف غير المساجد , إذا توافرت الشروط الآتية:

1 – أن لا يتم البيع بغبن فاحش . [1]

2 – أن يتولى القاضي عملية البيع , حفاظا على أوقاف المسلمين . [2]

3 – أن يصير الوقف غير منتفع به . [3]

4 – أن ينهدم الوقف و لا يكون له من الغلة ما يمكن به عمارته , [4] أو يقل ريعه [5] لأن الأرض قد تخرب فلا تغل إلا بمؤنة تربو على قيمتها". [6]

5 ــ أن يشترط الواقف لنفسه بيع الوقف,وصرف ثمنه إلى ما هو أفضل. [7]

6 ــ أن يبيعه الحاكم لمن تقبل شهادته له , و لمن لا دَيْن له عليه ابتعادا عن التهمة .

7 – أن يخاف قيم الوقف من السلطان أو من وارث يغلب على أرض الوقف , أو غيرهما ممن يخشى وضع يده عليها ظلما و عدوانا , فيبيعها القيم ويتصدق بثمنها. [8]

---

(1) ابن عابدين : رد المختار 4 / 394 .

(2) ابن الهمام : شرح فتح القدير 6 / 237 , و ابن نجيم : البحر الرائق 5 / 222 .

(3) المصدران السابقان , و ابن أبي اليمن : لسان الحكام 1 / 296

(4) المصادر السابقة .

(5) ابن نجيم : البحر الرائق 5 / 223 .

(6) ابن أبي اليمن : لسان الحكام 1 / 296 , و ابن الهمام : شرح فتح القدير 6 / 237 .

(7) الكاساني : بدائع الصنائع 6 / 220 , و ابن عابدين : رد المختار 4 / 352 .

(8) ابن نجيم : البحر الرائق 5 / 223 .

و الخلاصة : أنه إذا تجرد بيع الوقف من هذه الشروط اعتبر باطلا [1].

ـــ بيع الوقف عند المالكية :

فصل فقهاء المالكية في بيع الوقف على النحو الآتي :

أولا : المساجد فلا يحل بيعها أصلا بإجماع .[2]

ثانيا : لا يجوز بيع الوقف لأن ذلك يتنافى مع حقيقته المتمثلة في حبس الأصل وهذا يقتضي عدم البيع ولكن فقهاء المالكية أجازوا بيعه استثناء إذا توافرت الشروط الآتية :

1 – أن تتعطل منفعته المرجوة و المقصودة منه , كالكبير من الإناث الموقوفة لنسلها أو لعملها [3] .

قال ابن القاسم : "إذا ذهبت منفعتها كالفرس يهرم والثوب يخلق بحيث لا ينتفع بهما جاز بيعه وصرف ثمنه في مثله فإن لم تصل قيمته إلى كامل جعلت في نصيب من مثله ". [4]

و لكن يعكر هذا ما ورد عن الإمام مالك [5] و ابن الماجشون [6] من أنهما ذهبا إلى حرمة بيع الحبس وإن خرب بحيث يصبح لا ينتفع به , و لا يجوز بيع أنقاضه , و دليل ذلك بقاء أحباس السلف

---

(1) ابن عابدين : رد المختار 4 / 394 .

(2) ابن جزيء : القوانين الفقهية 356 .

(3) النفراوي : الفواكه الدواني 2 / 164 .

(4) ابن جزيء : القوانين الفقهية 356 .

(5) النفراوي : الفواكه الدواني 2 / 164 .

(6) ابن جزيء : القوانين الفقهية 356 .

و لكن اعتذر عن ذلك بكون الإمام مالك قال هذا سدا للذرائع المفضية إلى التساهل في بيع الأوقاف بدعوى الخراب .

2 – أن لا يشترط الواقف على الموقوف عليه عدم البيع .

3 – إن اشترط الواقف لنفسه بيعه , انطلاقا من عدم زوال ملكية الواقف عن الوقف .

4 – إن كان الغرض منه توسعة مسجد الجمعة , و ذلك استنادا لبيع الدور المحبسة التي كانت محيطة بمسجد رسول الله ﷺ و زيدت فيه , من غير نكير , و هذا القيد مخرج للمساجد التي لا تقام فيها الجمعة كالمصليات و نحوها , و كذا لا يجوز بيعه لغرض إلحاق مرافق الوضوء بالمسجد كدورة المياه مثلا , ومثل توسعة المسجد توسعة طريق المسلمين ومقبرتهم لأن نفع المسجد والمقبرة والطريق أكثر من نفع الوقف فهو قريب لغرض الواقف.

5 – أن يشترى بثمنه ما يجعل حبسا , كالحبس المبيع , فإن لم يبلغ ثمن الوقف المبيع ثمن مثله , تصدق به على الجهة الموقوف عليها .

6 – إن كان في بقائه ضرر محقق .[1]

7 – أن لا يكون له ريع يعمر منه , أما إذا كان له ريع يعمر منه , و لكنه لم يستوف غرض الإعمار جاز أن يباع منه بقدر ما يعمر به .[2]

---

[1] النفراوي : الفواكه الدواني 2 / 164 .

[2] الدردير : الشرح الكبير 3 / 365 .

ـــ بيع الوقف عند الشافعية :

فرق فقهاء الشافعية في مسألة بيع الوقف بين المساجد و غيرها من الأوقاف على النحو الآتي:

أولا ـــ بيع عقارات المساجد : عدم جواز بيع الوقف و إن اعتراه الخراب [1], لأن الوقف إذا صح لزم وانقطع تصرف الواقف فيه [2] و حجتهم في ذلك :

1 - ما ورد عن ابن عمر رضي الله عنه قال أصاب عمر ﷺ أرضا بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال : إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها قال فتصدق بها عمر صدقة لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث ". [3]

2 - إن المسجد يمكن الصلاة فيه مع خرابه , وقد يعمر الموضع فيصلى فيه , إضافة إلى أن ما زال الملك فيه لحق الله تعالى , لا يعود إلى الملك بالاختلال ,كما لو أعتق عبدا , ثم مرض مرضا مزمنا. [4]

ثانيا ـــ بيع منقولات المساجد و غيرها من الأوقاف:

و ذلك إن وقف فرشا فبليت , أو جذوعا على مسجد فتكسرت , أو أواني شرب فتمزقت أو غيرها من الأوقاف الأخرى التي خربت و زال نفعها , فهل يجوز بيعها أم لا ؟

---

(1) الشيرازي : المهذب 1 / 262 , والبكري: إعانة الطالبين 3 / 158 .

(2) الشيرازي : المهذب 1 / 442.

(3) سبق تخريجه .

(4) الشيرازي : المهذب 1 / 445 , والأنصاري : فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب 1 / 259 .

لفقهاء الشافعية في ذلك وجهان :

-**أحدهما** : عدم جواز البيع , قياسا على حكم عقارات المسجد .

- **وثانيهما** : جواز البيع , لأنه لا يرجى منفعته فكان بيعه أولى من تركه بخلاف المسجد, فإن المسجد يمكن الصلاة فيه مع خرابه , وقد يعمر الموضع فيصلى فيه.[1]

ـ **بيع الوقف عند الحنابلة** و لهم في ذلك قولان :[2]

القول الأول : لا يجوز بيع الوقف مطلقا و لو خرب .

القول الثاني : يجوز بيع الوقف وصرف ثمنه في مثله إذا خرب , أو كان فرسا فعطب . و ذلك بتعطل منافعه المقصودة منه بخراب , أو غيره ولو بضيق المسجد عن أهله , أو بخراب محلته , وهذا هو المذهب , وعليه أكثر الحنابلة .

و لهم في ذلك تفصيلات , حيث قالوا يباع إذا تعطل نفعه بالكلية و عدم مردوده , أو قل ريعه و نفعه , أو تعطل أكثر نفعه , أو كان بيعه أنفع لمن ينفق عليه منه, أو بيع بعضه ليعمر به بقيته أو خيف تعطل نفعه قريبا أوخشي عليه التلف و الفساد , بل من فقهائهم من أوجب بيعه رعاية للأصلح.

إلا أنهم اشترطوا إذا كان الوقف على سبل الخيرات ونحوها كالمساجد والقناطر والمدارس والفقراء والمساكين , ونحو ذلك فالصحيح من المذهب أن الذي يلي البيع الحاكم وعليه أكثر الحنابلة .

---

(1) الشيرازي : المهذب 1 / 445 .

(2) المرداوي : الإنصاف 7 / 103 - 105 , و قارن ب ابن قدامة : المغني 6 / 225 – 226 .

و استدل أصحاب هذا القول على جواز بيع الوقف بما يأتي : [1]

1 – ما ورد أن عمر ﷺ كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال الذي بالكوفة : " انقل المسجد الذي بالتمارين , و اجعل بيت المال في قبلة المسجد , فإنه لن يزال في المسجد مصل ".

و كان هذا بمشهد من الصحابة , و لم يظهر خلافه , فكان إجماعا .

2 – إن الوقف مؤبد , فإذا لم يكن تأبيده على وجه يخصصه استبقاء للغرض المتمثل في الانتفاع على الدوام في عين أخرى , و إيصال الأبدال جرى مجرى الأعيان , و جمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض , و يقرب هذا من الهدي إذا عطب في السفر , فإنه يذبح في الحال , و إن كان يختص بموضع فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفى منه ما أمكن و ترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره , لأن مراعاته مع تعذره تفضي إلى فوات الانتفاع بالكلية , فيقاس عليه الوقف الذي عطلت منافعه .

ـــ بيع الوقف عند الإمامية والزيدية :

لا يصح بيع الوقف عندهم ما لم يؤد بقاؤه إلى خرابه . [2]

بيع الوقف في القانون

نصت المادة 220 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي : " يبقى الحبس قائما مهما طرأ على الشيء المحبس من تغيير في طبيعته .

و إذا نتج عن التغيير تعويض يترل مترلة الحبس . "

---

[1] ابن قدامة : المغني 6 /226 .

[2] الحلي: شرائع الإسلام 166/2 . والصنعاني: التاج المذهب 342/2 .

من خلال هذه المادة نلحظ أمرين :

أولهما ــ ديمومة بقاء الوقف مهما حدث في طبيعته من تغيير و تحويل .

و ثانيهما ــ أن جميع التعويضات التي تنجم عن التغيير في طبيعة الوقف , لا تصرف في غير ما وقفت عليه , و إنما تنزل منزلته .

إذ المال الموقوف خصص لغرض يقتضي حبسه عن التصرف فيه , إذ عدم صلاحية التعامل تتأتى من تنافي ذلك مع الغرض الذي خصص له .[1]

بالإضافة إلى أنه يشترط أن يكون محل الالتزام مشروعا, و قابلا للتعامل فيه , لقد اشترط القانون المدني الجزائري ذلك في مادته 682 إذ جاء فيها :

" كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية.

و الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ,و أما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاّ للحقوق المالية " .

هذا غير متوفر في الوقف و عليه فلا يجوز إخضاعه للمعاوضات المالية,و إذا حدث ذلك كان العقد بـــاطلا. [2]

---

[1] السنهوري : مصادر الحق 3 / 79 – 80 .

[2] محمد حسنين : الوجيز في نظرية الالتزام ــ مصادر الالتزامات و أحكامها في القانون المدني الجزائري ــ 67 .

والخلاصة :

أنه يتبين من خلال ما سبق الاتفاق بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي في ديمومة و استمرارية قيام الحبس مهما طرأ عليه من تغيير.

كما نلاحظ توافقهما أيضا إذا نتج عن التغيير تعويض , فإن هذا التعويض يترل مترلة الحبس لا سيما إذا كان الوقف قد تعطلت منافعه المقصودة و المرجوة منه بخراب و نحوه.