المطلب الثاني: ثبوت الوقف بالفعل

اختلف الفقهاء في انعقاد الوقف بالفعل كأن يبني مسجداً ويأذن للناس بالصلاة فيه أو يجعل أرضه مقبرة ويأذن لهم بالدفن فيها، أو سقاية ويشرعها لهم .. وحاصل آراء الفقهاء ترجع إلى قولين :

القول الأول : أن الوقف لا يصح إلاّ بالقول فلا ينعقد بالفعل، وهذا هو مذهب الشافعية[١] ورواية عند الحنابلة[٢][٣].

القول الثاني: أن الوقف ينعقد بالفعل الدال عليه كما ينعقد بالقول .

وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[٤]، والمالكية[٥] وهو الصحيح من مذهب الحنابلة[٦].

---

(١) ينظر: التنبيه في الفقه الشافعي للشيرازي، ص (١٣٧)، روضة الطالبين (٢٢٤/٥)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٣٧٠/٥) .

(٢) ينظر: الشرح الكبير على المقنع (٣٦٣/١٦)، المبدع في شرح المقنع لبرهان الدين بن مفلح (٣١٣/٥)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٤/٧) .

(٣) قال الموفق بن قدامة رحمه الله في المغني (١٩٠/٨) «ظاهر مذهب أحمد أن الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه... ، وذكر القاضي فيه رواية أخرى أنه لا يصير وقفاً إلا بالقول، وهذا مذهب الشافعي، وأخذه القاضي من قول أحمد إذ سأله الأثرم عن رجل أحاط حائطاً على أرض ليجعلها مقبرة ونوى بقلبه ثم بدا له العود؟ فقال: إن كان جعلها لله فلا يرجع، وهذا لا ينافي الرواية الأولى فإنه أراد بقوله (إن كان جعلها لله) أي نوى بتحويطها جعلها لله، فهذا تأكيد للرواية الأولى وزيادة عليها إذ منعه من الرجوع بمجرد التحويط مع النية، وإن أراد بقوله (جعلها لله) أي اقترنت بفعله قرائن دالة على إرادة ذلك من إذنه للناس في الدفن فيها فهي الرواية الأولى بعينها، وإن أراد وقفها بلسانه فيدلّ بمفهومه على أن الوقف لا يحصل بمجرد التحويط والنية، وهذا لا ينافي الرواية الأولى لأنه في الأولى انضم إلى فعله إذنه للناس في الدفن ولم يوجد ههنا فلا تنافي بينهما، ثم لم يعلم مراده من هذه الاحتمالات فانتفت هذه الرواية وصار المذهب رواية واحدة» اهـ .

(٤) ينظر:- المبسوط للسرخسي (٣٣/١٢ ، ٣٤) ، بدائع الصنائع للكاساني (٢١٩/٥)، البناية في شرح الهداية للعيني (٩٣٠/٦ ، ٩٣١) .

(٥) ينظر: الشرح الصغير على أقرب السالك (١٤/٤)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب (٢٧/٦).

(٦) ينظر: الإنصاف (٤/٧)، الإقناع لطالب الانتفاع لشرف الدين موسى الحجاوي (٦٣/٣)، شرح منتهى الإرادات (٣٣٠/٤) .

وقد علل أصحاب القول الأول لقولهم بأن الوقف لا يصح إلاّ بالقول ولا ينعقد بالفعل بأن الوقف تحبيس أصلٍ على وجه القربة فوجب ألا يصح بدون اللفظ كالوقف على الفقراء[1].

وعللوا كذلك بأن الوقف تمليك للعين والمنفعة أو المنفعة فأشبه سائر التمليكات لأن العتق مع قوته وسرايته لا يصح إلاّ بلفظ فالوقف من باب أولى[2].

وقد علل الجمهور لقولهم بأن الوقف ينعقد بالفعل الدال عليه بأنّ العرف جارٍ بذلك، وفيه دلالة على الوقف فجاز أن يثبت به كالقول.

وعللوا كذلك :- بأن القرائن جارية مجرى صريح القول في كثير من المواضع، ومن ذلك: أن من قدّم إلى ضعيف طعاماً كان ذلك إذناً في الأكل، ومن ملأ خابية[3] ماء على الطريق كان تسبيلاً له ومن نَثَرَ نِثاراً كان إذناً في أخذه فكذلك الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه[4].

والراجح من القولين :- القول الثاني - قول الجمهور- وهو أن الوقف ينعقد بالفعل الدال عليه كما ينعقد بالقول، وذلك لقوة ما استدلوا به، وأما ما استدل به أصحاب القول الأول من القياس على الوقف على الفقراء أجاب عن ذلك الموفق بن

---

(١) ينظر: المغني (١٩٠/٨)، الممتع في شرح المقنع، لزين الدين المنجي (١١٦/٤) .

(٢) ينظر: روضة الطالبين (٣٢٢/٥)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشربيني (٣٨١/٢) .

(٣) الخابية: وعاء كبير يوضع فيه الماء ونحوه، انظر: معجم لغة الفقهاء، (ص١٩١) .

(٤) ينظر: الشرح الكبير (٣٦٤/١٦ ، ٣٦٥)، الممتع في شرح المقنع (١١٦/٤، ١١٧)، المبدع (٣١٣/٥).

قدامة رحمه الله فقال:- «أما الوقف على المساكين فلم تجربه عادة بغير لفظ،ولو كان شيء جرت به العادة أو دلت الحال عليه كان كمسألتنا»[1].

وبهذا الجواب يمكن أن يجاب عن قياسهم الوقف على العتق فيقال: العتق لم تجربه عادة بغير لفظ فهو أشبه بالطلاق بخلاف الوقف ... والله تعالى أعلم .

(١) المغني (١٩١/٨) .