المطلب الأول

(مذهب الأحناف)

وهو يعتبر أكثر المذاهب توسعا في هذه المسألة حيث أجازوا هذا التصرف في معظم أحواله مادام يحقق مصلحة ، ثم وقع الخلاف بينهم في التطبيق ، وإن اتفقوا على أصل الحكم .

وللإبدال والاستبدال ثلاث صور – عندهم – تتكون عندما يكتب الواقف حجة وقفه [1] . قال ابن عابدين : الاستبدال على ثلاثة وجوه :

الأول : أن يشترطه الوقف لنفسه ، أو لغيره ، أو لنفسه وغيره .

الثاني : ألا يشرطه سواء شرطه عدمه أو سكت ، لكن صار بحيث لا ينتفع به بالكلية بأن لا يحصل منه شيء أصلا ، أو لا يفي بمؤنته .

الثالث : ألا يشرطه أيضا ، ولكن فيه نفع في الجملة ، وبدله خير مه ريعا ونفعا .

وفيما يلي عرض لرأي فقهاء الأحناف في كل صورة من هذه الصور الثلاث :-

أن شرطه لنفسه ، أو لنفسه وغيره ، وذلك كقوله – مثلا : أرضي هذه صدقة موقوفة على أن لي استبدال غيرها بها ، أو على أن لي بيعها وجعل غيرها وقفا في موضعها ، فإن شرطه لنفسه جاز ، دون غيره إلا أن ينص على أن لغيره ذلك .

وفي صحة الوقف والشرط ثلاثة آراء وهي كما يلي :-

الرأي الأول : قال ابن الهمام في (الفتح) [فهو جائز عند أبي يوسف وهلال والخصاف وهو استحسان أي : صحة الوقف والشرط] .

الرأي الثاني : وقد نقله ابن الهمام أيضا : [وقال محمد : يضح الوقف ويبطل الشرط . وقال الرضي وهو قول أهل البصرة].

الرأي الثالث : لبعض الحنفية : أن الوقف والشرط باطلان [2] ، و لم ينسب هذا الرأي لقائله. وفي فتاوى قاضي خان (قول هلال وأبي يوسف هو الصحيح ؛ لأن هذا شرط لا يبطل الوقف) [1].

---

(١) ينظر : حاشية ابن عابدين (٣/٥٣٥) وأنفع الرسائل ص ١٠٩.

(٢) الحاشية بتصرف (٣/٥٣٥).

ونقل ابن الهمام [٢] (عن الأنصاري : صحة الشرط ، لكن لا يبيعها إلا بإذن الحاكم) . والصحيح في جملة آرائهم هو القول بصحة الوقف والشرط معا ، لهلال وأبي يوسف والخصاف ، حتى إن بعض كتب الحنفية حكت الإجماع على ذلك [٣].

وعلى هذا فقد فرع الأحناف بعض المسائل ، منها : أنه ليس له بعد استبداله مرة أن يستبدل ثانيا؛ لانتهاء الشرط بفعله مرة إلا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائما [٤].

ومنها لو شرط الاستبدال لآخر مع نفسه ، ملك الواقف الاستبدال وحده ، ولا يملكه الآخر وحده ؛ لأنه اشترط رأية مع رأي غيره . أما صحة انفراد الواقف فلأنه هو الذي شرط لذلك الآخر . وما شرط لغيره فهو مشروط لنفسه[٥].

ومنها : لو شرط الاستبدال في الوقف فباعه ووهب الثمن – صحة الهبة [٦] ويضمن الثمن ؛ في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف لا تصح الهبة .

ومنها : لو شرط استبدالها بأرض ، فليس له استبدالها بدار ، لأنه لا يملك تغيير الشرط.

الصورة الثانية :

أن يسكت عن اشتراط الاستبدال ، وصار الوقف لا ينتفع به كلية حيث جوز جمهورهم الاستبدال بشرط هو : فهو – أيضا جائز على الأصح إذا كان بإذن القاضي ورأى لمصلحة فيه[٧].

وقال قاضي خان[٨] (أما بدون الشرط فقد أشار في السير أنه لا يملك الاستبدال إلا القاضي إذا رأي المصلحة في ذلك) .

---

(٣) ينظر : فتح القدير (٥٨/٥).

(٤) انظر: فتاي قاضي خان بهامش الفتاوي الهندية (٣٠٦/٣).

(٥) أنظر: الهندية (٣٠٦/٣) ، وابن عابدين (٣، ٥٣٥) والبحر ومنحة الخالق عليه (٢٣٩/٥).

(٤) ينظر فتح القدير (٥٨/٥).

(٥) انظر البحر (٢٤٠/٥).

(٦) أنفع الوسائل ص (١١٠)، فتاوي قاضي خان (٣٠٧/٣).

(٧) انظر فتح القدير(٥٩/٥).

(٨) ينظر: حاشيته (٥٣٧/٣).

ولكن من الحنفية من منع الاستبدال ما لم يشترط الواقف ؛ قال هلال[1] : (لو جاز بيع الوقف بغير شرط كان في أصله ، كان له أن يبيع ما استبدل بالوقف ، فيكون الوقف يباع في كل يوم ، وليس هكذا الوقف.

وفي الخلاصة وفي فتاوى النسفي (بيع عقار المسجد لمصلحة المسجد لا يجوز ، وإن كان بأمر القاضي ، وإن كان خرابا).

وقاضي خان يعود فيطلق المنع بعد أن أجازه للقاضي في حالة عدم الاشتراط.

ونقل ابن عابدين[2] اختلاف قاضي خان : (... وفي موضع منع منه ولو صارت الأرض بحال لا ينتفع بها . والمعتمد أنه بلا شرط يجوز للقاضي بشرط أن يخرج عن الانتفاع بالكلية ، وألا يكون هناك ريع للوقف يعمر به وألا يكون البيع بغبن فاحش).

الصورة الثالثة :-

أن يسكت الواقف عن اشتراط الاستبدال ، والوقف عامر إلا أن بدله أفضل منه.

اختلفوا فيها ، قال ابن عابدين[3] : (وهذا لا يجوز استبداله ؛ على الأصح المختار) . واختاره ابن الهمام[4] . وعليه أغلب الحنفية . وخالف أبو يوسف فقال بصحته مستشهدا بما جاء في الذخيرة [5]. قال : (روي عن علي بن أبي طالب أنه : وقف على الحسن والحسين فلما خرج إلى صفين قال : إن نأت بهم الدار فبيعوها وأقسموا ثمنها بينهم) . ويلاحظ أن هذا الاستشهاد لا يستقيم دليلا في هذه المسألة وذلك لأن كلام الإمام على يدل على جواز بيع الوقف ، واقتسام ثمنه إن لم يؤد إلى الغاية المطلوبة منه .

---

(١) انظر: وقف هلال (٩٤،٩٥)

(٢) ينظر : حاشيته (٥٣٧/٣).

(٣) انظر حاشيته (٥٣٥/٣) ، البحر الرائق (٢٣٢/٥).

(٤) انظر : فتح القدير (٥٨/٥، ٥٩).

(٥) انظر : أنفع الوسائل ص (١١٣).

والقضية التي الاستدلال عليها هي (بيع الموقوف لشراء عين أخرى تحل محله ، وهـذه دون مـا يؤدي إيه الدليل[1] . قال ابن عابدين نقلا عن الأشباه [2]– وذهب إيه كثير من الحنفية – (ولا يجـوز استبدال العامر إلا في أربع) :-

الثانية : أن يجده الغصب ولا بنيه ، أي : وأراد دفع القيمة فللمتولي أخذها ليشـتري بهـا أرضا بدلا.

الثالثة : إذا غصب غاصب ، وأجرى عليه الماء حتى صار بحرا : فيضمن القيمة ، ويشتري المتـولي بها أرضا بدل .

الرابعة : أن يرغب إنسان فيه ببدل أكثر غلة وأحسن مكانا فيجوز على قول أبي يوسف وعليـه الفتوى.

مخالفة اشتراط الواقف عدم الاستبدال

تكون الصور الثلاث السابقة في حالة اشتراط الاستبدال من الواقف أو سكوته عنـه . أمـا إذا اشترط عدمه بأن ذكر في صك وقفيته شرطا ينفيه ، كأن قال : وقفت أرضي هذه على شرط ألا تبـاع ولا تستبدل . فللأحناف في هذه المسألة قولان :

القول الأول : أنه لا يجوز للقاضي ولا لغيره استبدال الوقف وهو رأي هلال[3] لأنـه لا يجـوز الاستبدال إلا إذا شرطه الواقف ، أما إذا لم يشترطه فلا يجوز ، فمن باب أولى لا يجوز ذلك عنـده إذا نص على ألا ستبدال به .

القول الثاني : أنه يجوز للقاضي الاستبدال إذا كان فيه مصلحة وإن نص الواقف على عدمـه ؛ وهو رأي أبي يوسف وغيره من الحنفية [4]، وهو – أيضا – رأي موافق لمقتضى قواعد الفقه الحنفـي . وقد عدها ابن عابدين ضمن المسائل التي يصح فيها مخالفة شرط الواقف[5].

---

(١) انظر : أحكام الوقف . د/ الكبيس ص (٣٧٤).
(٢) أنظر الحاشية (٣/٥٣٨، ٥٣٩)(، البحر الرائق (٥/٢٢٣).
(٣) أنظر وقف هلال ص (٩٤، ٩٥).
(٤) أنظر : أنفع الوسائل ص (١١٦).
(٥) أنظر : حاشية ابن عابدين (٣/٥٣٨).

شروط الاستبدال : القائلون بجواز استبدال الوقف – كما هو واضح في الصورة الثالثة – من الحنفية قد وضعوا لذلك شروطا بتوفرها يجوز الاستبدال عندهم وبعدمها لا يجوز ، وهذه الشروط كما يلي :

الشرط الأول : ألا يكون البيع بغبن فاحش ، وهو الذي لا يدخل في تقوم المقومين ؛ وذلك لأن البيع بغبن فاحش تبرع بجزء من الوقف ، وهو مما لا يجوز لأحد سواء القاضي وغيره ، قال ابن الهمام[1] : ولو باع الوقف بغبن فاحش لا يجوز البيع) .

الشرط الثاني : ألا يبيعه القيم لمن لا تقبل شهادته له وذلك لأنه مدعاة للاتهام ، ولا من له على القيم دين ؛ لأنه فيه احتمال ضياع مال البدل بعجز القيم عن السداد فيضيع الوقف . قال ابن عابدين[2] : (وأفاد في البحر زيادة شرط سادس وهو : ألا يبيعه ممن لا تقبل شهادته له لا ممن له عليه دين) .

الشرط الثالث : أن يكون البدل عقارا وليس دارهم أو دنانير .

قال ابن نجيم : (ويجب أن يزاد آخر في زماننا وهو : أن يستبدل بعقار لا بالدراهم والدنانير، فإننا قد شاهدنا النظار يأكلونها ، وقل أن يشترى بها بدل)[3].

الشرط الرابع : ونقل ابن نجيم عن (القنية) شرطا آخر وهو: أن مبادلة دار الوقف بدار أخرى إنما تجوز إذا كانتا في محلة واحدة، وأن تكون المحلة المملوكة خيرا من المحلة الموقوفة ، وعلى عكسه لا يجوز[4] .

الشرط الخامس : وقد أضيفت شروط مشددة أخرى إليها دعا إليها ما ظهر على مر العصور من عبث وفساد بعض الحكام[5]، حيث عمد بعضهم إلى شراء العين الموقوفة المثمرة بعد أن اصطنعوا شهود زور شهدوا بأن في الاستبدال مصلحة [1].

---

(١) انظر: فتح القدير (٥/٥٩).

(٢) حاشيته (٣/٥٣٧).

(٣) أنظر: البحر (٥/٢٤١).

(٤) المرجع السابق (٥/٢٤١).

(٥) الدرجة أن الطرطوس قال : الأولى للحاكم الحنفي سد هذا الباب – أي الاستبدال – بالجملة) ينظر : انفع الرسائل ص (١١٥،١١٦).