

المبحث الثاني الوقف

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: اختصار الوقف على شخص إلى القبض.

المطلب الثاني: صحة عتق من اعتق عبده في مرضه وليس له مال غيره.

المطلب الثالث: جريان السراية على الأرض الموقوفة.

المطلب الأول: افتقار الوقف على الشخص إلى القبض.**الفرع الأول: ويشتمل على:****أولاً: تصوير المسألة.**

الحديث في هذه المسألة حول ما إذا وقف شخص شيئاً من ملكه فهل يكفي في خروجه عن ملكه مجرد اللفظ أم لا بد من إخراجته إلى يد غيره؟ فيكون القبض والحيازة شرط لتمام الوقف ولزومه.

ثانياً: تحرير محل النزاع:

اتفقوا أن ما كان النفع فيه عاماً كالمساجد ومياه الآبار والطرق ونحو ذلك فيكتفى فيها بالتخلية بينها وبين الناس من غير خلاف^(١).

أما ما عين مصرفه بقبيلة كبني فلان أو وصف كالفقراء والمساكين أو شخص كمحمد أو قال الواقف: هذا وقف على جهات البر ونحو ذلك فقد اختلف الفقهاء في لزوم إخراجته إلى يد غيره على ما سيأتي تفصيله.

(١) يُنظر: الإنصاف ٣٦/٧.

الفرع الثاني: ويشتمل على:

أولاً: نص من حكم عليه بالشذوذ.

جاء في روضة الطالبين: ((إلا ما شذ به الجرجاني^(١) في التحرير فقال: إذا كان على شخص وقلنا الملك للموقوف عليه افتقر إلى قبضه كالهبة وهذا غلط ظاهر وشذوذ مردود نبهت عليه لئلا يعتر به))^(٢).

ثانياً: تحرير الرأي المحكوم عليه بالشذوذ، ونسبته، وأدلتها.

القول بأن الوقف على شخص مفتقر إلى القبض فيلزم إخراجهم من يد الواقف إلى يد غيره، قول المالكية^(٣) ورواية عند الحنابلة^(٤)، وقول محمد بن الحسن من الحنفية^(٥).
والمالكية لا يكتفون بمطلق قبض المتولي للوقف من يد موقفه بل لابد من حيازة المتولي للعين الموقوفة لمدة سنة واستثنى من ذلك بعض المالكية الأشياء التي لا غلة لها كالكتب والسلاح^(٦).

واستدلوا على هذا القول بالأدلة التالية:

الدليل الأول: حديث عمر رضي الله عنه فإنه جعل وقفه في يد ابنته حفصة رضي الله عنهما^(٧).
وإنما فعل ذلك ليتم الوقف.

(١) أحمد بن محمد بن أحمد أبو العباس الجرجاني قاضي البصرة وشيخ الشافعية بها تفقه على الشيخ أبي إسحاق الشيرازي وكان من أعيان الأدباء له النظم والنثر وسَمِعَ من جماعات كثيرة وحدث ومن تصانيفه: كتاب الشافي وكتاب التحرير مات راجعاً من أصبهان إلى البصرة سنة ٤٨٢ هـ. ينظر ترجمته في: طبقات الشافعية [٢٦٠/١] ، طبقات الشافعية الكبرى [٧٤/٤] .

(٢) روضة الطالبين ٤/٤٠٦ .

(٣) يُنظر: التمهيد ١/٢١١، التاج والإكليل ٦/٢٣ .

(٤) يُنظر: المغني ٦/٢٠٦ .

(٥) يُنظر: شرح فتح القدير ٦/٢٢٥ .

(٦) يُنظر: حاشية الدسوقي ٤/٧٨ .

(٧) أخرجه أبو داود في كتاب الوصايا باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف برقم (٢٨٨١) .

صحح إسناده ابن الملقن في البدر المنير (١٠٨/٧) .

ونوقش: بأن عمر رضي الله عنه حينما جعل وقفه في يد ابنته حفصة لا دلالة فيه على اشتراط ذلك لتمام الوقف وإنما فعل ذلك لكثرة أشغاله وخوف التقصير منه في أوانه أو ليكون في يدها بعد موته^(١).

الدليل الثاني: أن حق الله إنما يثبت في الوقف في ضمن التسليم إلى العبد؛ لأن التملك إلى الله تعالى - وهو مالك الأشياء - لا يتحقق مقصوداً، وقد يكون تبعاً لغيره فيأخذ حكمه، فيتزل منزلة الزكاة والصدقة^(٢).

الدليل الثالث: أن الوقف تبرع بمال لم يخرج كونه تبرعاً عن المالية فلم يلزم بمجرد اللفظ كالهبة والوصية^(٣).

ونوقش: بعدم التسليم بالتسوية بين الهبة والوقف فإن الهبة تملك مطلق والوقف تحبب الأصل وتسبيل المنفعة فهو بالعتق أشبه بإلحاقه به أولى من إلحاقه بالهبة^(٤).

الدليل الرابع: أنه يخشى من عدم إخراج الواقف وفقه من يده إلى يد غيره وسيلة إلى الفرار من الحق وإلى عدم وضعه في مواضعه^(٥).

ونوقش بأن إيجاب إخراج الوقف من يد واقفه لاحتمال الفرار من الحق احتمال بعيد يقابله احتمال كون اختيار الواقف إبقاء وقفه تحت يده هو الحرص على رعاية شأنه وصرفه في جهات البر التي عينها، وهذا الاحتمال أولى من الأول فإن الواقف أقرب من غيره إلى العناية بوقفه تنمية وإصلاحاً.

(١) يُنظر: المبسوط ٣٦/١٢.

(٢) يُنظر: المبسوط ٣٦/١٢.

(٣) يُنظر: المغني ٢٠٦/٦.

(٤) يُنظر: المغني ٢٠٦/٦.

(٥) يُنظر: التمهيد ٢١٤/١.

الفرع الثالث: ويشتمل على:

أولاً: القول الثاني وأدلته.

القول الثاني: أن الوقف لا يفتقر إلى القبض، فاللفظ كاف في إخراج الوقف عن ملكه ولا يلزمه إخراجُه إلى يد غيره. وهذا قول الشافعية^(١)، والحنابلة في إحدى الروايتين، وهي المذهب عندهم^(٢) وبه قال أبو يوسف من الحنفية^(٣) وهو المفتى به عندهم^(٤)، وهو قول ابن حزم^(٥).

واستدلوا على هذا القول بالأدلة التالية:

الدليل الأول: حدث ابن عمر رضي الله عنهما قال: أصاب عمر أرضاً بخير فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال: يا رسول الله إني أصبت مالاً بخير لم أصب مالاً أنفس عندي منه فما تأمرني فيه؟ فقال: ((إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها غير أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث))^(٦).

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ لم يأمر عمر بن الخطاب رضي الله عنه بإخراج وقفه إلى يد شخص آخر، بل كان عمر رضي الله عنه يلي وقفه بنفسه في حياته، وهكذا شأن الصحابة رضي الله عنهم الذين أوقفوا أموالاً في سبيل الله^(٧).

الدليل الثاني: أن الوقف تبرع يمنع البيع، والهبة، والميراث فلزم بمجرد اللفظ كالعق^(٨).

(١) يُنظر: مغني المحتاج ٣٨٣/٢، الحاوي الكبير ٥١١/٧.

(٢) يُنظر: المغني ٢٠٦/٦.

(٣) يُنظر: فتح القدير ٢٢٥/٦.

(٤) يُنظر: بدائع الصنائع ٢١٩/٦.

(٥) يُنظر: المحلى ١٨٢/٩.

(٦) أخرجه البخاري في كتاب الشروط باب الشروط في الوقف برقم (٢٥٨٦)، ومسلم في كتاب الوصية باب

الوقف برقم (٤٣١١).

(٧) يُنظر: الأم ٥٥/٤.

(٨) يُنظر: المغني ٢٠٦/٦.

الفرع الرابع: ويشتمل على:**أولاً: مدى صحة الحكم على الرأي بالشذوذ.**

بعد النظر في الأقوال في المسألة وأدلتها نجد أن المسألة من المسائل التي لا نص فيها صريح ينبني عليه عدم اعتبار أحد القولين، بل إن أدلة القائلين بافتقار الوقف على الشخص إلى القبض أدلة معتبرة فلا يصح وصم هذا الرأي بالشذوذ.

ثانياً: الترجيح.

الذي يترجح في المسألة بعد عرض أدلة القولين ومناقشتها هو القول الثاني وذلك لأن أصحاب القول الأول اصطدموا بأصول قرروها في باب الوقف ومن ذلك:

١- أن القبول أخص في لزوم الوقف، فلما لم يكن القبول معتبراً عندهم في لزوم الوقف^(١)، فأحرى أن لا يكون القبض معتبراً في لزومه.

٢- ولأن ما اعتبر القبض في لزومه، فالمعتبر إنما هو قبض المقصود بالعقد لا قبض غيره، وليس ذلك في الوقف عند الملكية معتبراً بل المعتبر قبض المتولي^(٢).

٣- ولأن ما لزم فيه القبض كان استدامة القبض فيه لازماً، فلما جاز أن يرجع الوقف إلى واقفه بغير إذن الموقوف عليه^(٣) دل ذلك على أن إخراجه من يده ليس بشرط في لزوم وقفه.

٤- وهم يقولون إن الواقف لو اقتصر في الصيغة على الموقوف دون الموقوف عليه لزم^(٤) فدل هذا على أن القبض فيه غير لازم^(٥).

ثالثاً: ثمرة الخلاف.

حاصل الأثر الحكمي للخلاف في هذه المسألة هو أن الوقف صحيح لازم ولو بقي

(١) يُنظر: الشرح الكبير ٦/٢٠٠.

(٢) يُنظر: حاشية الدسوقي ٤/٧٨.

(٣) يُنظر: حاشية الدسوقي ٤/٧٩.

(٤) يُنظر: الثمر الداني شرح رسالة القيرواني ٢/٥٧.

(٥) يُنظر: أحكام الوقف ١/١٩٧.

الوقف تحت يد صاحبه يقوم عليه ويتولى صرفه فيما عينه من جهات البر حتى مات.
أما عند أصحاب القول الثاني فإن بقاء الوقف في يد صاحبه -الذي أوقفه - حتى الموت يبطله ويجعل حكمه حكم المال الموروث وليس من الوقف في شيء ولو كان الواقف قائماً عليه في حياته قابضاً لغلته وصارفاً لها فيما عينه من جهات البر إلا أن يكون الوقف خيلاً أو سلاحاً أو كتباً فإنه يكون صحيحاً لازماً ولو بقي تحت يد الواقف^(١).

(١) التمهيد ٢١٢/١.

المطلب الثاني: صحة عتق من أعتق عبده في مرضه وليس له مال غيره.

الفرع الأول: ويشتمل على:

أولاً: التمهيد.

أولى الفقهاء المريض وتصرفاته ومسئوليته عناية خاصة. فقد قسموا المرض إلى مخوف وغير مخوف فمن مات في مرضه فمن حق الورثة وغرماء الدين أن يطعنوا في تصرفاته أثناء مرضه حفظاً لحقوقهم.

وقد تتبع الفقهاء كافة تصرفات المريض مرض الموت ليحفظوا على الورثة والسدائين حقوقهم.

ثانياً: تصوير المسألة.

صورة المسألة فيما إذا أعتق إنسان عبده في أثناء مرضه المخوف الذي اتصل به الموت ولا مال للمعتق سوى هذا العبد ولم يجز الورثة هذا العتق، فهل يصح هذا العتق أم لا؟.

ثالثاً: تحرير محل النزاع.

تصرفات المريض مرض الموت قد تكون معلقة على الموت حيث لا تنفذ إلا بعد وقوعه وقد اتفق الفقهاء على أن التصرفات في هذه الحالة _ بما فيها العتق _ تأخذ حكم الوصية في جميع أحكامها وشرائطها^(١).

واتفقوا على أنه إذا أعتق الرجل في مرضه عبداً، ولا مال للمولى سواه فإن أجاز الورثة ذلك فيعتق العبد برمته^(٢).

واتفقوا أيضاً على أنه إذا أعتق الرجل في مرضه عبداً لا مال له سواه ثم برئ من مرضه أن العتق صحيح فيعتق جميع العبد^(٣).

(١) يُنظر: شرح فتح القدير ٢٠٨/٦، الشرح الكبير ٤١٢/٤، تكملة المجموع ٤٣٨/١٥، المغني ١٠٨/٦.

(٢) يُنظر: البحر الرائق ٤٨٩/٨، المدونة ٢٧/١٥، الحاوي ١٨٧/٨، الشرح الكبير ٤٣٧/٦.

(٣) يُنظر: بداية المجتهد ٢٩٨/٢.

واختلفوا إذا لم يميز ذلك الورثة فهل يعتق برمته أم يعتق ثلثه فقط؟.

الفرع الثاني: ويشتمل على:

أولاً: نص من حكم عليه بالشذوذ.

جاء في المغني: ((حكم العتق في مرض الموت حكم الوصية لا يجوز منه إلا ثلث المال إلا أن يجيزه الورثة وهذا قول جمهور الفقهاء وحكي عن مسروق^(١) فيمن أعتق عبده في مرض موته ولا مال له: غيره أجيزه برمته شيء جعله الله لا أردده وهذا قول شاذ يخالف الأثر والنظر^(٢))).

ثانياً: تحرير الرأي المحكوم عليه بالشذوذ، ونسبته، وأدلته.

القول بصحة عتق من أعتق عبده في مرضه وليس له مال غيره منسوب إلى مسروق^(٣). واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿عَلَىٰ كُلِّ نَفْسٍ مِّنْهُنَّ مِثْلُ بَعْرِ قَرْيَةٍ﴾ المنافقون: ١٠ - ١١.

وجه الاستدلال: أن هذا نص جلي لا يحتمل تأويلاً على جواز الصدقة للصحيح والمريض ما لم يأت الموت ويحیی حلول أجله دون تأخير قريب أو بعيد^(٤). ونوقش: بأنه عام مخصوص بحديث عمران بن حصين^(٥): أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق

(١) مسروق بن الأجدع بن مالك الهمداني الوادعي، أبو عائشة: تابعي، ثقة. من أهل اليمن. قَدِمَ المدينة في أيام أبي بكر، وسكن الكوفة. شهد حروب علي. كان أعلم بالفُتُيا من شريح، وشريح أبصر منه بالقضاء. مات سنة ٦٢هـ، ويقال ٦٣هـ. ينظر ترجمته في: الطبقات لابن سعد: [٧٦/٦] سير أعلام النبلاء: [٦٣/٤].

(٢) المغني ١٥٠/٦.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأفضية باب الرجل يعتق عبده في مرضه، المصنف ٤٢٦/٤.

(٤) يُنظر: المحلى ٣٠٩/٨.

(٥) عمران بن حصين بن عبيد، أبو نجيد الخزاعي: من علماء الصحابة. أسلم عام خير سنة ٧هـ، وكانت معه راية خزاعة يوم فتح مكة. بعثه عمر إلى أهل البصرة ليفقههم. وولاه زياد قضاءها. توفي بها عام ٥٢هـ. له في كتب الحديث ١٣٠ حديثاً. ينظر ترجمته في: الطبقات لابن سعد: [٤/٧]، تذكرة الحفاظ: [٢٨/١].

اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً^(١).

الدليل الثاني: عن أبي الدرداء^(٢) أن رسول الله ﷺ قال: ((الذي يعتق عند الموت كالذي يهدي بعد ما يشبع))^(٣).

قال ابن حزم: ((ولا يختلفون في أن الذي يهدي بعد ما يشبع فهديته من رأس ماله، فإن كان القياس حقاً فالمعتق عند الموت مثله سواء سواء، فواجب أن يكون من رأس ماله))^(٤).

ونوقش بأن تفسير الصحابي _ إن ثبت _ لا يقوى على معارضة الحديث الصحيح. الدليل الثالث: ما روي عن مسروق أنه سئل عن رجل أعتق عبداً له في مرضه وليس له مال غيره قال: أجيزه بدمته شيء جعله الله لا أردده^(٥).

ونوقش: بأن المريض مرض الموت لا يملك من ماله إلا الثلث فتصرفاته تنفذ في الثلث

(١) أخرجه مسلم في كتاب الأيمان باب من أعتق شركا له في عبد برقم (٤٤٢٥). على أن أبا حنيفة لا يرى الأخذ بهذا الحديث لأن القرعة لا تدخل في العتق ويعتق من كل واحد ثلثه ويستسعى في بقية قيمته فإذا أداها إلى الورثة عتق يُنظر: شرح فتح القدير ٤/٤٩٣.

(٢) عويمر بن مالك بن قيس بن أمية الأنصاري الخزرجي. صحابي، من الحكماء الفرسان القضاة. كان قبل البعثة تاجراً في المدينة، ثم انقطع للعبادة. ولما ظهر الإسلام اشتهر بالشجاعة والنسك. ولأه معاوية قضاء دمشق بأمر عمر وهو أول قاضٍ بها، وهو أحد الذين جمعوا القرآن حفظاً على عهد النبي ﷺ بلا خلاف. روى عنه أهل الحديث ١٧٩ حديثاً. مات بالشام سنة ٣٢هـ. ينظر ترجمته في: حلية الأولياء: [٢٠٨/١]، أسد الغابة: [١٨٥/٥].

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب العتق باب في فضل العتق في الصحة برقم (٣٩٦٨) والترمذي في كتاب الوصايا باب ما جاء في الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت برقم (٢١٢٣) والنسائي في كتاب الوصايا باب كراهية تأخير الوصية برقم (٣٦١٤)، والحاكم في المستدرک ٢/٢٣١.

قال الترمذي في السنن (٤/٤٣٥): ((هذا حديث حسن صحيح))، وقال الحاكم في المستدرک (٢/٢٣١): ((هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه))، وضعفه الألباني في السلسلة الضعيفة (٣/٤٩٠).

(٤) المحلى ٨/٣٠٨.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأفضية باب الرجل يعتق عبده في مرضه، المصنف ٤/٤٢٦.

صحح طريقه ابن حزم في المحلى (٨/٣٠٧).

وما زاد عن الثلث لا تنفذ تصرفاته فيه إجماعاً^(١).

(١) يُنظر: الإجماع ١٠٨/١.

الفرع الثالث: ويشتمل على:

أولاً: القول الثاني وأدلته.

القول الثاني: أن حكم العتق في مرض الموت حكم الوصية لا يجوز منه إلا ثلث المال^(١) إلا أن يجيزه الورثة وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: عن عمران بن حصين أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً^(٦).

ونوقش من وجهين:

الأول: أنه ليس في شيء من الحديث ذكر لمرض ولا لفعل في مرض أصلاً ولا لأن الرد إنما كان لأن العتق وقع في مرض لا دلالة ولا إشارة بوجه من الوجوه إنما فيه أنه عتق عند موته فكان الواجب عليهم أن يجعلوا هذا الحكم فيمن أعتق عند موته صحيحاً أو مريضاً فمات إثر ذلك لا فيمن أعتق مريضاً أو صحيحاً ثم تراخى موته فإن هذا لم يعتق عند موته بلا شك، وهذا مما خالفوا فيه الخبر الذي احتجوا به فيما فيه وأقحموا فيه ما ليس فيه

(١) ثم اختلفوا فمن مرق منه ما زاد على الثلث ولا يجوز أن يستسعي العبد؛ لأنه لم يتعد ولا جنى ما يجب عليه ضمانه ولا يؤخذ أحد بجنابة غيره، وهذا قول مالك، والشافعي، وأحمد ابن حنبل ومن معتق لجميعه ويستسعيه فيما زاد على الثلث وهذا مذهب أبي حنيفة.

(٢) يُنظر: المبسوط ٩١/٢٧.

(٣) يُنظر: مواهب الجليل ٣٤٠/٦.

(٤) يُنظر: الأم ١٥/٨.

(٥) يُنظر: المغني ١٥٠/٦.

(٦) أخرجه مسلم في كتاب الإيمان باب من أعتق شركاً له في عبد برقم (٤٤٢٥). على أن أبا حنيفة لا يرى الأخذ بهذا الحديث لأن القرعة لا تدخل في العتق ويعتق من كل واحد ثلثه ويستسعي في بقية قيمته فإذا أداها إلى الورثة عتق.

واحتجوا به فيما ليس فيه منه شيء أصلاً^(١).

وأجيب: بأن المراد بالمرض هو المرض الذي اتصل به الموت فيكون عند موته أي فيما سبق الموت مما يؤدي إليه عادة كالمرض المخوف ونحوه.

الثاني: أن هذا الفعل منع منه لأن هذا الإنسان لم يبق لنفسه شيئاً أصلاً هكذا في الحديث أنه ((لم يكن له مال غيرهم)) ، وهذا الفعل مردود؛ صحيحاً كان الفاعل أو مريضاً، ولا يجوز لأحد في ماله عتق تطوع، ولا صدقة تطوع ولا هبة بيت بها إلا فيما أبقي غنى كما قال ﷺ: ((لا صدقة إلا عن ظهر غنى))^(٢) وقد أبطل رسول الله ﷺ هذا العمل لأنه لم يترك له مال لا لأجل أنه عتق في مرض ويدل لذلك أنه أعتق اثنين وأرق أربعة ولم يذكر قيمة، والثالث عند المحتجين بهذا الخبر لا يكون هكذا أصلاً ولا يكون إلا بالقيمة^(٣).

وأجيب بأن المراد بالنفي في قوله ﷺ: ((لا صدقة إلا عن ظهر غنى)) نفي للكمال لا للحقيقة، والمعنى لا صدقة كاملة إلا عن ظهر غنى^(٤).

ومما يدل على ذلك ما قاله ابن حجر: ((قال الطبري وغيره: قال الجمهور: من تصدق بماله كله في صحة بدنه وعقله حيث لا دين عليه وكان صبوراً على الإضافة ولا عيال له أو له عيال يصبرون أيضاً فهو جائز فإن فقد شيء من هذه الشروط كرهه))^(٥).

أما ما ذكر من أنه لم يعتبر القيمة فقال السندي^(٦) ردّاً على هذا: ((وهذا مبني على تساوي قيمتهم وقد استبعد وقوع ذلك من لا يقول به بأنه كيف يكون رجل له ستة أعبد من غير بيت ولا مال ولا طعام ولا قليل أو كثير وأيضاً كيف تكون الستة متساوية قيمة

(١) يُنظر: المحلى ٣٠٥/٨.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى برقم (١٣٦٠).

(٣) يُنظر: المحلى ٣٠٥/٨.

(٤) يُنظر: عمدة القاري ٣٢٧/١٣.

(٥) فتح الباري ٢٩٥/٣.

(٦) محمد بن عبد الهادي التنوي، أبو الحسن، نور الدين السندي: فقيه حنفي عالم بالحديث والتفسير والعربية. أصله من السند ومولده فيها. توطن بالمدينة إلى أن توفي في سنة ١١٣٨ هـ. له حاشية على سنن ابن ماجه، وحاشية على سنن أبي داود، وحاشية على البيضاوي. ينظر ترجمته في: سلك الدرر: [٦٦/٤] الأعلام: [٢٥٣/٦].

قلت: يمكن أن يكون فقيراً حصل له العبيد في غنيمة ومات بعد ذلك عن قريب وأيضاً يجوز أنه ما بقي بعد الفراغ من تجهيزه وتكفينه وقضاء ديونه إلا ذلك وأما تساوي كثير في القيمة فغير عزيز وبالجملة أن الخبر إذا صح لا يترك العمل به. تمثل تلك الاستبعادات والله تعالى أعلم^(١).

الدليل الثاني: أنه قد حكي الإجماع على عدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت إلا في الثلث. قال ابن المنذر: ((وأجمع أهل العلم على أن ما يحدثه المريض المخوف عليه في مرضه الذي يموت فيه من هبة لأجنبي أو صدقة أو عتق أن ذلك في ثلث ماله وأن ما جاوز ثلثه من ذلك مردود))^(٢).

الدليل الثالث: عن عامر بن سعد بن أبي وقاص^(٣) عن أبيه قال: جاءني رسول الله ﷺ يعودني من وجع اشتد بي فقلت: يا رسول الله فقد بلغني من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال عليه السلام: لا قلت: فالشطر قال: لا ثم قال عليه السلام: ((الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس))^(٤).

ونوقش: بأنه محمول على أن المراد بالصدقة هنا الوصية التي هي بلا خلاف نافذة بعد الموت وكل وصية صدقة وليس كل صدقة وصية^(٥).

وأجيب بأن هذا الحديث مع صحته لم يقل فيه ابن شهاب عن عامر بن سعد أفأوصي وإنما قال: أفأتصدق ولم يجز له رسول الله ﷺ من الصدقة إلا الثلث كالوصية المجتمع عليها

(١) حاشية السندي على النسائي ٦٤/٤.

(٢) الإجماع ١٢٤/١.

(٣) عامر بن سعد بن أبي وقاص الزهري، المدني. روى عن أبيه، وعثمان، والعباس بن عبد المطلب وأبي أيوب الأنصاري. ثقة. من الثالثة. مات سنة ١٠٤ هـ. ينظر ترجمته في: تهذيب التهذيب: [٥٨/٥] تقريب التهذيب: [٢٨٧].

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الجنائز باب رثى النبي ﷺ حرامة بن سعد برقم (١٢٣٣)، ومسلم في كتاب الوصية باب الوصية بالثلث برقم (٤٢٩٦).

(٥) يُنظر: المحلى ٣٠٢/٨.

قال ابن عبد البر: ((وابن شهاب حافظ غير مدافع في حفظه))^(١).

الدليل الرابع: ما روي عن الحسن سئل علي عمن أعتق عبداً له عند موته وليس له مال غيره وعليه دين؟ قال: يعتق ويسعى في القيمة^(٢).

ونوقش من وجهين:

الأول: بأن هذه الرواية عن علي منقطعة لأن الحسن لم يسمع من علي شيئاً^(٣).

الثاني: لو صحت لما كان لهم بها متعلق أصلاً لأنه لم يقل علي ﷺ أنه إنما فعل ذلك لأنه أعتقه في مرضه البتة ولا في تلك الرواية ذكر أن ذلك كان في مرض لا بنص ولا بدليل وإنما فيه أنه أعتقه عند موته فقط^(٤).

وسبق الجواب عليه.

الدليل الخامس: ما روى عن القاسم بن عبد الرحمن^(٥) قال اشترى رجل جارية وهو مريض فأعتقها عند موته فجاء الذين باعوها لثمنها فلم يجدوا له مالاً فرفعوا ذلك إلى ابن مسعود فقال لها: اسعي في ثمنك^(٦).

الدليل السادس: قياساً على الوصية^(٧).

الدليل السابع: لأنه تبرع في مرض الموت فأشبهه سائر العطايا والصدقات^(٨) فهي كلها

(١) الاستذكار ٢٧٢/٧.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأفضية باب الرجل يعتق عبده وليس له مال غيره، المصنف. ٤٢٦/٤.

في المتن بعض التخريج إضافة أن في سنده الحاج بن أرطاة والكلام فيه تقدم.

(٣) يُنظر: المحلى ٣٠٧/٨.

(٤) يُنظر: المحلى ٣٠٧/٨.

(٥) القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود الهذلي، أبو عبد الرحمن الكوفي، الإمام المجتهد. قاضي الكوفة، عم

القاسم بن معن الفقيه. ولد في صدر خلافة معاوية. حدث عن أبيه وعبد الله ابن عمر وغيرهما. ثقة عابد. من

الرابعة. مات سنة ١١٦هـ. ينظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء: [١٩٥/٥] تقريب التهذيب: [٤٥٠].

(٦) أخرجه عبد الرزاق في كتاب المدبر باب الرجل يعتق رقيقه عند الموت، المصنف ١٦١/٩.

بعد دراسة سنده تبين أن سنده صحيح رجاله ثقات.

(٧) يُنظر: المحلى ٣٠١/٨.

(٨) يُنظر: المغني ١٥٠/٦.

سواء في تفويت المال^(١).

الدليل الثامن: أنه عتق في حال تعلق حق الورثة بثلثي ماله فاعتبر من الثلث^(٢).

(١) يُنظر: شرح ابن بطال ١٤٦/٨.

(٢) يُنظر: الشرح الكبير لابن قدامة ٢٩٥/١٢.

الفرع الرابع: ويشتمل على:**أولاً: مدى صحة الحكم على الرأي بالشذوذ.**

بعد النظر في القول بنفاذ عتق الرجل المريض مرض الموت عبده الذي لا مال له برمته وتمعن أدلته يتبين جلياً شذوذ هذا القول إذ إن ما استدلووا به من أدلة لا اعتبار لها في الدلالة عليه فهي غير صريحة الدلالة إضافة لمخالفته الأثر الصريح الصحيح ومخالفته الإجماع الذي حكاه ابن المنذر.

ثانياً: الترجيح.

بعد أن تبين لنا شذوذ القول بنفاذ العتق من رأس المال لا من الثلث لا يتبق إلا القول بأنه ينفذ من الثلث المدعوم بإجماع العلماء.

ثالثاً: ثمرة الخلاف.

الثمرة تظهر على القول المعتبر بأحقية الورثة في ثلثي العبد على خلاف بين العلماء _ فيما إذا عتق ثلث العبد _ هل يرق منه ما زاد على الثلث؟. ولا يجوز أن يستسعي العبد؛ لأنه لم يتعد ولا جنى ما يجب عليه ضمانه ولا يؤخذ أحد بجناية غيره، وهذا قول مالك^(١)، والشافعي^(٢)، وأحمد ابن حنبل^(٣) ومن معتق لجميعه ويستسعيه^(٤) فيما زاد على الثلث وهذا مذهب أبي حنيفة^(٥).

(١) يُنظر: منح الجليل ٣٤٢/٨.

(٢) يُنظر: اختلاف الحديث ٥٦٢/١.

(٣) يُنظر: الشرح الكبير لابن قدامة ٢٥٥/١٢.

(٤) جاء في المطلع: ((قال الأزهري الاستسعاء مأخوذ من السعي وهو العمل كأنه قال يؤاجر ويخارج على ضريبة معلومة ويصرف ذلك في قيمته وغير مشقوق عليه أي غير مكلف فوق طاقته)).

(٥) يُنظر: المبسوط ٧٥/٧.

المطلب الثالث: جريان السراية على الأرض الموقوفة.

الفرع الأول: ويشتمل على:

أولاً: تصوير المسألة.

إذا وقف شخص جزءاً معيناً في أرض فهل يسرى هذا الوقف إلى بقية أجزاء الأرض فتكون جميعها وقفاً؟ أم يبقى الوقف محصوراً في الجزء الموقوف ولا يتعداه إلى ما سواه؟

ثانياً: تحرير محل النزاع:

القول بجريان السراية على الأرض الموقوفة يستلزم صحة وقف المشاع ووقف المشاع خالف الحنفية في المفتى به عندهم^(١) المذاهب الثلاثة التي ترى صحته في الجملة^(٢). والخلاف وقع في باقي الأجزاء التي لم توقف هل يسري عليها الوقف فتأخذ حكمه أم أن الوقف خاص بالجزء الموقوف فقط؟.

(١) يُنظر: البحر الرائق ٢١٣/٥.

(٢) يُنظر: حاشية العدوي ٣٤٣/٢، إعانة الطالبين ١٥٩/٣، الإنصاف ٨/٧.

الفرع الثاني: ويشتمل على:

أولاً: نص من حكم عليه بالشذوذ.

قال ابن حجر في الفتح عند شرحه لوقف عمر رضي الله عنه: ((واستدل به على وقف المشاع لأن المائة سهم التي كانت لعمر بخير لم تكن منقسمة وفيه أنه لا سراية في الأرض الموقوفة بخلاف العتق ولم ينقل أن الوقف سري من حصة عمر إلى غيرها من باقي الأرض وحكى بعض المتأخرين عن بعض الشافعية أنه حكم فيه بالسراية وهو شاذ منكر))^(١).

ثانياً: تحرير الرأي المحكوم عليه بالشذوذ، ونسبته، وأدلته.

القول بالسراية في الأرض الموقوفة نسبه ابن حجر لبعض متأخري الشافعية^(٢)، وهو رأي الزركشي^(٣).

واستدلوا بأن الوقف يقاس على العتق فلو أعتق إنسان نصف العبد فإنه يسري العتق للنصف الثاني وذلك لأن من مقاصد الشريعة المقررة عند العلماء أن العتق مما يتشوف إليه ويبنى على التغليب والسراية فينبغي أن يسهل طريق إثباته^(٤).

والوقف يقاس عليه بجامع أن الرسول صلّى الله عليه وآله حث عليه ورغب فيه فعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: أصاب عمر بخير أرضاً فأتى النبي صلّى الله عليه وآله فقال: أصبت أرضاً لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني به قال: ((إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق عمر أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث في الفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول

(١) فتح الباري ٤٠٤/٥.

(٢) يُنظر: فتح الباري ٤٠٤/٥.

(٣) يُنظر: إعانة الطالبين ١٥٩/٣، نهاية المحتاج ٣٦٢/٥. والزركشي هو محمد بن بهادر بن عبد الله، أبو عبد الله، بدر الدين، الزركشي. فقيه شافعي أصولي. تركي الأصل، مصري المولد والوفاة. له تصانيف كثيرة في عدة فنون، من تصانيفه: البحر المحيط في أصول الفقه، توفي سنة ٧٩٤ هـ. ينظر ترجمته في: الأعلام [٢٨٦/٦]، الدرر الكامنة [٣٩٧/٣].

(٤) يُنظر: المغني ٣٢٧/١٠.

فيه^(١).

ونوقش هذا الدليل بأن الوقف عقد لم يين على التغليب والسراية بخلاف العتق فإنه مبني عليهما^(٢).

(١) أخرجه البخاري في كتاب الوقف باب الوقف كيف يكتب برقم (٢٦٢٠) .

(٢) مغني المحتاج ٣٨٥/٢، المغني ١٢/٤.

الفرع الثالث: ويشتمل على:

أولاً: القول الثاني وأدلته.

القول الثاني: أن الوقف لا يسري في الباقي وهذا القول هو المعتمد في المذاهب الأربعة بناء على ما ذهبوا إليه من إيجاب الشفعة للشريك على ما أوقفه شريكه مما يستوجب نقيض سريان الوقف، وليبان ذلك أتعرض بشكل موجز إلى بعض نصوص المذاهب: جاء في فتح القدير: ((لو اشترى داراً لها شفع فجعها مسجداً كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة))^(١).

أما المالكية فجاء في الشرح الكبير للدردير: ((وله) أي للشفيع (نقض وقف) أحدثه المشتري ولو مسجداً (كهبة وصدقة) للشفيع نقضهما والأخذ بالشفعة (والثمن) الذي يأخذه المشتري من الشفع (لمعطاه) أي لمعطي الشقص هبة أو صدقة وهو الموهوب له والمتصدق عليه لا للمشتري))^(٢).

أما الشافعية فقد نصوا على عدم سريّة الوقف في الأرض، جاء في إعانة الطالبين: ((والأوجه صحة وقف المشاع أي كجزء من دار أو من أرض ويصح وقفه وإن جهل قدر حصته أو صفتها لأن وقف عمر السابق كان مشاعاً ولا يسري للباقي ولو كان الواقف موسراً بخلاف العتق))^(٣).

أما الحنابلة ففي المغني: ((وإن تصرف المشتري في الشقص بما لا تجب به الشفعة كالوقف والهبة والرهن وجعله مسجداً فقال أبو بكر: للشفيع فسخ ذلك التصرف ويأخذه بالثمن الذي وقع البيع به وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لأن الشفع ملك فسخ البيع الثاني والثالث مع إمكان الأخذ بهما فبأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى ولأن حق الشفع أسبق وجنبته أقوى فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفاً يطلّ حقه ولا يمتنع أن يطلّ الوقف لأجل حق الغير كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين فإنه إذا مات رد

(١) شرح فتح القدير ٦/٢٣٣.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/٤٨٧.

(٣) إعانة الطالبين ٣/١٥٩.

الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه بل لهم إبطال العتق فالوقف أولى^(١).
وقد نص الحنابلة على عدم سراية الوقف في العبد الموقوف نصفه جاء في المبدع: ((لو وقف نصف عبده صح ولم يسر إلى بقيته وإن كان لغيره))^(٢). ، وهذا يقاس عليه سريان الوقف في الأرض بجامع الملك في كل.

واستدلوا على عدم جريان السراية على الأرض الموقوفة بالأدلة التالية:

الدليل الأول: حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: أصاب عمر بخير أرضاً فأتى النبي ﷺ فقال: أصبت أرضاً لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني به؟ قال ((إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها)). فتصدق عمر أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث في الفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضييف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول فيه^(٣).

وجه الاستدلال: أن عمر أوقف مائة سهم من خير يدل عليه ما روى ابن عمر قال: جاء عمر إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إني أصبت مالا لم أصب مثله قط كان لي مائة رأس فاشتريت بها مائة سهم من خير من أهلها وإني قد أردت أن أتقرب بها إلى الله عز وجل قال: ((فأحبس أصلها وسبل الثمرة))^(٤).

قال ابن حجر عند شرح حديث البخاري: ((وفيه أنه لا سراية في الأرض الموقوفة بخلاف العتق ولم ينقل أن الوقف سري من حصة عمر إلى غيرها من باقي الأرض))^(٥).
الدليل الثاني: أن عثمان رضي الله عنه حين حوضر أشرف عليهم وقال: أنشدكم بالله ولا أنشد إلا أصحاب النبي ﷺ أستم تعلمون أن رسول الله ﷺ قال: ((من حفر رومة فله الجنة)).

(١) المغني ١٩٣/٥.

(٢) المبدع ٣١٧/٥.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الوصايا باب الوقف كيف يكتب برقم (٢٦٢٠).

(٤) أخرجه النسائي في الكبرى في كتاب الأحباس باب حبس المشاع برقم (٦٤٣١).

قال ابن الملقن في البدر المنير (٩٩/٧): ((هذا الحديث صحيح)) ، وصححه الألباني كما في صحيح وضعيف

النسائي (١٧٦/٨)

(٥) فتح الباري ٤٠٤/٥.

فحفرتها^(١).

وجه الاستدلال: قال شيخ الإسلام ابن تيمية: ((و قد ندب النبي ﷺ إلى شراء بئر رومة من مالكة اليهودي فاشترى عثمان بن عفان نصفها وحبسه على المسلمين وكان دلوها منها كدلو واحد من المسلمين ثم لما رأى اليهودي ذلك باعه النصف الآخر فاشتراه عثمان وجعل البئر كلها حبساً على المسلمين))^(٢).

فوجد أن عثمان بن عفان رضي الله عنه اشترى نصف البئر وأوقفه ولم يسر الوقف على باقي البئر.

الدليل الثالث: أن القول بجريان السراية على الأرض الموقوفة يدخل الضرر على الشريك ومعلوم إن من القواعد الشرعية الخمس الكبرى الضرر يزال^(٣).

الدليل الرابع: قياساً على ما لو وقف نصف العبد فلا يسري الوقف إلى النصف الآخر سواء كان مالكة أم لا.

قال النووي: ((والمشاع كنصف دار ونصف عبد ولا يسري الوقف من نصف إلى نصف))^(٤).

وقال ابن مفلح: ((لو وقف نصف عبده صح ولم يسر إلى بقيته وإن كان لغيره))^(٥).
الدليل الخامس: قياساً على العتق فكما لا يسري العتق على الجزء الموقوف لا يسري الوقف من جزء إلى آخر.

قال في أسنى المطالب: ((ولا يسري) الوقف من جزء إلى جزء (كما لا يسري إليه) أي إلى الجزء الموقوف (العتق))^(٦).

وجاء في كشف القناع: ((و لم يسر عتقه إلى الوقف لأنه إذا لم يعتق بالمباشرة فلا أن لا

(١) أخرجه البخاري في كتاب الوصايا باب إذا وقف أرضاً أو بئراً واشترط لنفسه مثل دلاء المسلمين برقم (٢٦٢٦)

(٢) مجموع الفتاوى ٢٩/٢١٧.

(٣) يُنظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ١/١٥٨.

(٤) روضة الطالبين ٤/٣٧٨.

(٥) المبدع ٥/٣١٧.

(٦) أسنى المطالب ٢/٤٥٧.

يعتق بالسراية أولى^(١).

وفي منار السبيل: ((ولا يصح عتق الرقيق الموقوف بحال لتعلق حق من يؤول إليه الوقف به، ولأن الوقف عقد لازم لا يمكن إبطاله، وفي القول بنفوذ عتقه إبطال له. وإن كان بعضه غير موقوف فأعتقه مالكة صح، ولم يسر إلى البعض الموقوف، لأنه إذا لم يعتق بالمباشرة لم يعتق بالسراية^(٢))).

الدليل السادس: قياساً على البيع فإن تصرف الإنسان في ملكه لا يسري إلى ملك غيره كالبيع.

(١) كشف القناع ٢٥٥/٤.

(٢) منار السبيل ١١/٢.

الفرع الرابع: ويشتمل على:**أولاً: مدى صحة الحكم على الرأي بالشذوذ.**

الحكم على القول بجريان السراية على الأرض الموقوفة بالشذوذ حكم له ما يبرره من حيث إن هذا القول خالف فعل الرسول ﷺ حيث لم يجر ﷺ السراية على باقي أرض خيبر ولو فعل لنقل ذلك إلينا، كما أن تعليلهم في الدلالة على هذا الرأي تعليل ساقط مردود.

ثانياً: الترجيح.

بعد ثبوت شذوذ القول بسريان الوقف في الأرض يتبقى أن القول الذي يجب العمل به ويتعين هو القول بعدم سراية الوقف وإنما يبقى الوقف خاصاً بما حدده الموقوف مما يملك. ثم إن هذا القول مستقر عند الفقهاء فما يذكر القول بالسراية في جميع كتب الفقهاء إلا على سبيل النقد لا على سبيل الانتصار له.

ثالثاً: ثمرة الخلاف.

على القول الراجح يكون الوقف على ما حدده الواقف ولا يسري لباقي الأرض، وهذا متلائم مع مقاصد الشريعة في المحافظة على الملكية الفردية.