

شروط الواقف في الفقه المالكي والتقنين الجزائريين

أ.مصطفى محمد

كلية الحقوق

جامعة المدية

Mostafa.Med123@hotmail.com

Résumé

Le constituant d'un bien de mainmorte est un élément indispensable dans la création du (waqf). C'est lui qui crée ce bienfait destiné , dans son origine, au service de la société et pour la satisfaction de ses besoins .Vu l'importance du waqf , le législateur algérien a décidé de l'organiser juridiquement pour en tirer profit d'une manière générale et efficace . Pour réaliser cet objectif , une loi (10/91) est promulguée le 27/04/1991 concernant les waqfs, car un troisième chapitre est consacré aux conditions indispensables du possesseur d'une mainmorte et aussi aux conditions qui peuvent nuire l'intérêt des bénéficiaires et de permettre à la justice d'intervenir pour annuler ce genre de condition tolérée par la doctrine malikite .En général , l'apparition de la loi du possesseur du waqf est considérée comme un pas positif dans la renaissance et de son actualisation dans le but de contribuer à résoudre les problèmes liés aux phénomènes sociaux comme l'analphabétisme et la pauvreté .nous pensons ,enfin ,qu'il faudrait davantage enrichir et améliorer cette loi dans le but d'exploiter à bon escient cet héritage civilisationnel.

ملخص

يعد الواقف ركنا أساسيا لإنشاء الوقف فمنه يصدر هذا العمل الخيري الموجه في أصله لخدمة المجتمع وتحقيق حاجياته , ونظرا لهذه الأهمية ارتأى المشرع الجزائري ضرورة تنظيمه من الناحية القانونية ' لتكون الاستفادة من الوقف شاملة وفعالة , وتحقيقا لهذا الهدف , صدر قانون 10/91 المؤرخ في : 27/04/1991 , المتعلق بالأوقاف ' حيث خصص الفصل الثالث منه , للحدوث عن شروط الواقف , مع تقييد وضبط حق الاشتراط كرفض ومنع الشروط المضرة بمصلحة الموقوف عليهم , والسماح للقضاء بالتدخل لإلغاء هذا النوع من الشروط لمنافاته أصل الوقف والذي قصد منه النفع وتحقيق مصلحة الموقوف عليهم , كما أن هذا القانون منع الوقف المؤقت والذي يجيزه المذهب المالكي ويحث عليه , وعموما فصدور هذا القانون يعد خطوة ايجابية لإحياء الوقف ودعمه للنهوض بالمجتمع وحل مشاكله المرتبطة بالفقر والامية خدمة للصالح العام وتبقى الضرورة ملحة لإثراء هذا القانون بنصوص أخرى لاحقا من أجل استثمار حقيقي لهذا المورد الحضاري.

مقدمة:

لعبت الأوقاف دورا هاما في حياة المجتمع الجزائري، حيث شكّلت بمرور الزمن شبكة اجتماعية تضامنية، تفاعلت أجزاءها بانتظام، فأصابت بآثارها الإيجابية طبقات شتى من المحتاجين، كطلبة العلم والفقراء وكلّ من تقطعت بهم السبل...، ولكنها في زمن الاحتلال الفرنسي، تعرّضت لصور عديدة من التدمير واللامبالاة، مع التضييق والمتابعة لكل من يطمح في حفظها وصيانتها، وبعد الاستقلال أصبحت الحاجة ملحة من أجل إحيائها وبعث دورها من جديد، حيث ارتأى المشرع الجزائري تنظيمها بسنّ قوانين وتشريعات تصون هذه الأوقاف وتهتم بعمارتها، فتضمن قانون الأسرة رقم 11/84 الصادر سنة 1984 مواد قانونية خاصة بها، ثم تلاه قانون 10/91 الصادر سنة 1991 المتعلق بالأوقاف، والذي أقرّ حق الواقف في وضع الشروط عند تبرّعه بالوقف، فما هو التكييف القانوني الذي جسده المشرع الجزائري فيما يتعلق بشروط الواقف؟ وإلى أي مدى حصل التوافق بين الفقه المالكي والتقنين الجزائري في رؤيتهما لشروط الواقف؟

توطئة:

لقد اهتم التشريع الإسلامي بتنظيم النشاط الخيري، وأولاه عناية بالغة، فاجتهد الفقهاء في دراسة وتحقيق مباحثه من خلال النصوص والضوابط الشرعية المنظمة له، ولما كان الواقف نواة أصلية في العمل الخيري، فلا غرو أن تتضمن كتب الفقه الإسلامي عدداً من مسائله والقائمة على نسبة كبيرة من الرأى لأن: " القليل من أحكام الوقف ثابت بالسنة، ومعظم أحكامه ثابت باجتهاد الفقهاء بالاعتماد على الاستحسان والاستصلاح والعرف"⁽¹⁾.

ومن هذا المنطلق ارتبط الوقف تاريخياً بمدى قدرة الاجتهاد الشرعي، على تفعيله وتكييفه مع متطلبات الواقع ومتغيراته، ويعد الواقف صاحب الوقف، أهمّ عنصر في هذا التصرف فعليه ومنه يقوم بداية هذا النشاط الخيري، المحتاج إلى توافر شروط الأهلية وتحققها.

أهلية الواقف:

إن مصادر الفقه المالكي على غرار مصادر المذاهب الفقهية الأخرى، قد تعرّضت لمسألة حقوق الواقف وصيانتها مع تميّز واضح في إعطاء سعة ورحابة عند إرادة إنشاء الوقف، وتبقى هذه الحقوق لدى المالكية، مقيدة مبدئياً من ناحية ممارستها، بتوافر شروط الأهلية لتكون صحيحة، فالواقف لا يكون مكرهاً أو مولى عليه⁽²⁾ والمشرع اتخذ هذا المنحى، بأن حدّد شروط أهلية الواقف انطلاقاً من شروط الواهب، إذ نصّ على وجوب سلامة العقل وأن لا يكون محجوزاً عليه، واعتبار من الرشد بتسعة عشر عاماً (19) كاملة⁽³⁾، وهذا التقييد للسّن مطابق لما ورد في القانون المدني الذي يثبت بدوره حق مباشرة التصرفات واكتساب الحقوق المدنية في مثل هذا السّن⁽⁴⁾.

ومن أجل تنظيم الأوقاف بشكل أدق انبثق عن التشريع الجزائري قانون رقم 10/91 المتعلق بالأموال الوقفية، اشترط بمقتضاه على الواقف أن يكون مالكا للعين الموقوفة وغير محجور عليه لسفه أو دين عالق بذمته⁽⁵⁾.

إن هذه الصفات بوجودها فقها وقانونا تحول دون إنشاء الوقف، باعتباره عقدا مدنيا يستوجب حيازته لشروط محددة وخلوه من مثل هذه الموانع، ومن إيجابيات هذا القانون التنصيص على عدم صحة وقف الصبي المميز وغير المميز حتى ولو أذن له بذلك الوصي عليه،⁽⁶⁾ وهذا راجع لما ينجز عن الوقف من آثار وتبعات مادية في حق غير البالغ، ولما كان الواقف ركناً أولياً في هذا العقد، فقد وجب في حقه توافر شرط أهلية التبرع⁽⁷⁾؛ وهذا لا يتصور إلا بالبلوغ الذي يكون أمارة ودلالة عليه، وإذا كان القانون المدني قد أثبت سن 19 عاماً لصحة مباشرة العقود، فإن الإمام مالك قد ثبت عنه في رواية تقدير أقل زمن للبلوغ بتمام 17 عاماً⁽⁸⁾، ولكن المصلحة في أرض الواقع تقتضي رفع سن الرشد عموماً زيادة في الاحتياط وصيانة لذم الناشئين وأموالهم⁽⁹⁾، وهذا مفيد في جوهره لاستقرار الوقف وصحة إنشائه بعد البلوغ، وعموما نجد أن قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، قد ترجم حقيقة في نصوصه موانع أخرى تمنع إنشاء الوقف كالجنون والعتة⁽¹⁰⁾، وهي أيضا معتبرة في الفقه الإسلامي كما أن المالكية قرروا بأن الجنون والسفه تعدّ من أهم المحترزات لديهم⁽¹¹⁾، وبانتقائها يعتدّ بتصرف المكلف أي الواقف، ومن خلال هذا العرض نلمح تطابقاً يكاد يكون تاماً فيها يتعلق بأهلية الواقف بين الفقه المالكي وقانون الأوقاف رقم 10/91 تحديداً.

حقوق الواقف في ظلّ الفقه المالكي وقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف:

إن قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، قد عرف بعد ظهوره تعديلاً وإتماماً لبعض موادّه وذلك من خلال قانون رقم 10/02، حيث ألغى الوقف الخاص وذلك بإلغاء المواد 47، 22، 19، 7 منه، مع تعديل للمادتين رقم 1 و 6 وتتمة لهذه الأخيرة، وبذلك ينحصر البحث في هذا المقام على حقوق الواقف فيما يشترطه في الوقف العام.

أولاً: الحق في اشتراط تحديد أجل الانتفاع من الوقف: لما كان الوقف من أهمّ القربات ومن أعظم أبواب البر، اشترط جمهور الفقهاء عنصر التأبيد والدوام فلا يصحّ بأجل⁽¹²⁾، وخالفهم في ذلك المالكية حيث أجازوا أن يكون الوقف لأجل مسمى ومحدّد، فينتفع الموقوف عليهم من الفقراء أو طلبة العلم أو أي جهة مستحقة من ريع الوقف زمناً معيناً، ثم يعود ذلك ملكاً لصاحبه⁽¹³⁾، كما نصّ الفقيه ابن الحاجب بقوله: "إذا لم يتأبّد رجوع بعد انقطاع جهته ملكاً لمالكة أو لوارثه"⁽¹⁴⁾، فالوقف أو الحبس بهذا المفهوم يكون مؤقتاً كصنف آخر يمارسه الواقف إن شاء بشرطه، في حين نجد أنّ المشرّع الجزائري قد ساير جمهور الفقهاء في اعتباره على أن الوقف هو حبس للمال على وجه التأبيد كما تضمّنه قانون الأسرة⁽¹⁵⁾، وأكد القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف في مادته 28 بنصّه على ما يلي " يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن" ولو اعتمد قول المالكية بتجويز وإباحة الوقف المؤقت لكان في الأمر توسعة على الناس في

فعل الخير والمساهمة فيه، وهي نظرة واقعية لأن قدرات الأفراد وإمكانياتهم تختلف وتتفاوت، فهناك من يرغب في إنشاء الوقف المؤبد ومنهم من يرغب في خلافه، ولهذا توسع المالكية في هذا المنحى، حتى أجازوا وقف منفعة دار مستأجرة طيلة زمن الإيجار⁽¹⁶⁾، وهو توجه فقهي أرحب في التعامل مع الوقف لأنه يراعي ملاسبات الواقع وظروفه، حيث أنّ الوقف المؤقت يمكن المجتمع من حلّ المشاكل الطارئة خاصة ما ارتبط منها بالكوارث المفاجئة أو مظاهر العوز والفاقة... وليس هناك دليل شرعي يوجب تأبيد الوقف، وهي الحجّة القويّة للمالكية لأن أوقاف الصّحابة والتابعين كانت مؤبّدة، بعد ثبوت رضاهم ورضا ورثتهم بذلك، كما أنّ تأبيد الوقف غالباً ما يؤدي بمرور الزمن إلى ضعف وتناقص أنصبة الموقوف عليهم عند كثرتهم وازدياد عددهم، وهو سبب كاف لإهمال الوقف⁽¹⁷⁾، فهذه الأسباب كانت من أهم الدواعي التي من خلالها أقرّ المالكية إنشاء الأوقاف المؤقتة والدعوة إليها باعتبار هذا التصرف من حقوق الواقف وإرادته.

❖ **ثانياً: حق استرجاع الوقف عند اشتراطه:** وهذا الحق مصان في الفقه المالكي، فيجوز تعليق الوقف بشرط الخيار، وعليه يحتفظ الواقف بحق الرجوع عن الوقف إن اشترطه ويجب الوفاء له بهذا الشرط⁽¹⁸⁾، والتعليل الفقهي لذلك قائم على اعتبار بقاء العين الموقوفة ملكاً للواقف، كما أن التوقيف أو الحبس في حقيقته لا يرفع حق التملك بل يرفع حق التصرف في العين الموقوفة زمن تحببها فقط، وهذا التعليل يتقوى بنصّ الحديث الشريف " إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة، إلا من صدقة جارية أو علما ينتفع به أو ولد صالح يدعو له " ⁽¹⁹⁾، فهذا النص دليل على بقاء ملك الموقوف للواقف ، لاعتباره الصدقة الجارية نوعاً من العمل الذي يتواصل ويتتابع أجره وثوابه على الميت بعد وفاته⁽²⁰⁾ ، وثبوت ملكية الموقوف للواقف هو أيضاً قول أبي حنيفة النعمان⁽²¹⁾، في حين يرى جمهور الفقهاء بطلان الوقف إذا تعلق بشرط الخيار في استرجاعه⁽²²⁾ ، لأن الرجوع أو العود في تملكه مناف لمفهوم تأبيد الوقف كما سلف ذكره، وإلى هذا القول جنح قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف والذي يقضي في المادة 28 ببطلان الوقف إذا كان محدداً بزمن وعليه فيكون اشتراط تحديد زمن ما للوقف شرطاً باطلاً بنصّ القانون

❖ **ثالثاً: حق تعيين الناظر أو المشرف على الوقف وعزله:** اتفق الفقهاء على صحة تعيين ناظر يصون الوقف ويحفظ مصالح الموقوف عليهم⁽²³⁾، وهذا الحق أيضاً مقرّر عند المالكية للواقف فهو الأولى بتعيينه، وإذا لم يفعل أو يمارس هذا الحق أو غفل عنه جاز للحاكم أن يكون ناظراً باعتباره راعياً للمصلحة العامة⁽²⁴⁾ ، وقد فرّق المالكية في مسألة عزل الناظر من طرف الواقف والقاضي فاعتبروا حق العزل والإقالة خالصاً للواقف فيجوز له عزل الناظر أو المشرف على الوقف حتى ولو لم يرتكب جنحة أو عملاً يخلّ بمصلحة الوقف، ولكن هذا الحق مقيد بالنسبة للقاضي عند تعيينه للناظر فلا يعزله إلا بجنحة اقترفها كما نصّ عليه الإمام القرافي⁽²⁵⁾، وهذا التفريق عند المالكية يؤكد أنّ حق الواقف وإرادته في العود حق مطلق، ولكنّه للقاضي حق مقيد بالخيانة أو ارتكاب جنحة، وهو منطبق فقهي منسجم مع مفهوم

الملكية الثابتة ومؤكداً للاستحقاق التام للواقف في العين المحبسة، وتصرفه فيها، والمشرع الجزائري لم يبتعد في هذا المجال عن الفقه الإسلامي حيث أن المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية أقر بحق الواقف في أن يمارس النظارة على وقفه، أو يعين ناظراً من خلال تنصيبه على ذلك في وقفه⁽²⁶⁾، ومن إيجابيات هذا المرسوم أيضاً أنه ذكر حالات للإعفاء من مهام النظارة كظروء المرض الذي يفقد صاحبه القدرة على مباشرة العمل أو يفقده القدرة العقلية، أو يثبت أنه مارس تصرفات تخالف الشريعة الإسلامية، كتعاطي الخمر أو لعب القمار أو رهن الملك الوقفي من تلقاء نفسه دون العودة إلى السلطة المكلفة بذلك، وحسناً فعل المشرع بنصه في المادة 21 من نفس المرسوم بصفة التعميم، على أن كلّ خيانة للثقة أو إهمال لشؤون الوقف، تعفى مباشرة الناظر من مهامه الموكلة إليه، وأمّا حالات إسقاط النظارة تلقائياً فإنها متعلّقة بنصّ هذا المرسوم الذي ربطها بوجود ضرر يلحق بالوقف ذاته أو بمصلحة الموقوف عليهم، أو يعرض الوقف مستقبلاً لأضرار قد تنتج عن الناظر بسبب ارتكابه لجناية أو جنحة، ومنه ندرك أن هذا المرسوم قد فرّق بين حالات الإعفاء وحالات الإسقاط للنظارة على الوقف وتقييدها دوماً بوجود ضرر ثابت، والمالكية لم يعتبروا ذلك، فأجازوا للواقف عزل الناظر ولو لغير جنحة أو إخلال صدر عنه كما سلف ذكره.

❖ **رابعاً: حق الواقف في الاشتراط:** قد يضع صاحب الوقف شروطاً عند إنشائه للوقف، يعبر من خلالها عن مقاصده وأهدافه التي يروم تحقيقها من وراء هذا الوقف، وفقهاء الحنفية والمالكية توسّعوا كثيراً في تصحيح شروط الواقف حتى شاع على لسان الفقهاء عبارة " شرط الواقف كنصّ الشارح"⁽²⁷⁾، ومواد التشريع الجزائري أيدت في نصوصها وجوب احترام إرادة الواقف، واعتبار شروطه ما لم تتناف وأحكام الشريعة، وهذا التقييد بالأحكام الشرعية إيجابي من جهة حفظ وصيانة الوقف والموقوف عليهم في آن واحد، كما أنه ييسر إلى حدّ ما إدراك الشروط المعتبرة فيعمل بها، والشروط الملغاة فيستعاض عنها، حيث نصّت المادة 218 من القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة المعدّل والمتمّم على ما يلي: " ينفذ شرط الواقف ما لم يتناف ومقتضيات الوقف شرعاً، وإلاّ بطل الشرط وبقي الوقف" كما أيدّ قانون 10/91 المتعلّق بالأوقاف هذا الحق المرتبط بإرادة الاشتراط فجاء في نصّ المادة 5 منه أنّ " الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها" ونظراً لأهمية هذه الشروط التي وضعها الواقف، أكدّ المشرع الجزائري من جديد على وجوب احترامها، خاصّة عند صرف وإنفاق الإيرادات الوقفية⁽²⁸⁾، وذلك حتى لا يحرم الموقوف عليهم من حقوقهم، أو تصرف ريع الوقف في غير ما اشترطه الواقف أثناء تبرّعه بالعين الموقوفة، وقد ورد هذا التأكيد في المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها، والفقه المالكي يقرّر هذا التوجّه فيها يتعلّق بمراعاة شروط الواقف، وفي ذلك يقول العلامة الدسوقي " واتبّع وجوباً شرطه أي الواقف إن جاز شرعاً " ⁽²⁹⁾ وهذه الشروط فقهاً وقانوناً لا تلزم الواقف، بل له أن يتراجع عن

بعضها بإرادته، حيث نصّت المادة 15 من القانون 10/91 المتعلّق بالأوقاف على أنه : "يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف"، ويمكن للقاضي التّدخل لإلغاء الشروط المنافية لمقتضيات الوقف أو الضّارة بمصلحة الموقوف عليهم⁽³⁰⁾، وتجسيدا لهذه الرّؤية منع قانون الأوقاف 10/91 الشروط الباطلة مع تصحيح للوقف فنصّ في المادة 29 على ما يلي : " لا يصح الوقف شرعاً إذا كان معلّقاً على شرط يتعارض مع النّصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصحّ الوقف".

إن الاشتراط يبقى حقّاً للواقف، لكنّه فقهاً وقانوناً مقيد بالصّحة لاعتباره وبالبطالان لإلغائه، ولهذا جعل المالكية شروط الواقف قسمين:

أ- **الشروط الصّحيحة**: وهي المعتبرة كحق استرجاع الموقوف لنفسه أو بيعه عند الحاجة...⁽³²⁾، لأن الواقف هنا أحقّ وأولى بالعين الموقوفة عند حاجته إليها، ولكن قانون الأوقاف المعدّل لا يعتدّ بشرط استرجاع الموقوف، لأنّه يؤدّي للحديث عن الوقف المؤقت، وهذا الأخير تم إلغاؤه بمجرد التعديل، فلم ينص إلا على الوقف المؤبد، حيث ورد في المادة 3 من قانون الأوقاف 10/91 : "الوقف هو حبس العين عن الملك على وجه التأييد والتصدّق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البرّ والخير".

ب- **الشروط الباطلة أو الفاسدة فهي نوعان**:

-**النوع الأول**: منها ما يخلّ بأصل الوقف وحكمه، كاشتراط عمارة أو صيانة الوقف على كاهل المستحقين، فهذا الشّروط يلغى ولا يعتبر لأن عمارة الوقف تكون من غلّته وربيعه⁽³³⁾، والموقوف عليهم بحاجة للتبرع والإحسان فلا يكفون بما يخالف الأصل الذي شرع لأجله الوقف.

النوع الثاني: **الشروط المخالفة للشرع وهي صنفان**

الصنف الأول: شروط محرّمة، لا تحلّ بأيّ وجه من الوجوه كصرف ريع الوقف على جمعيات الإلحاد والفساد، قال الإمام الدّسوقي " وبطل على معصية كجعل غلّته في ثمن خمر أو حشيشة أو سلاح لقتال غير جائز..."⁽³⁴⁾ ، لأن حقيقة الوقف يقصد بها القرية والمثوبة، والمعاصي تنافي ذلك.

الصنف الثاني: شروط اختلفت المالكية في تحريمها كاشتراط الواقف حرمان بناته من الوقف ابتداءً ، أو حرمان أخواته...ف قيل بالحرمة وقيل بالكراهة...⁽³⁵⁾، والتحريم فيه رواية عن الإمام مالك بن أنس وهو أيضا قول ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الجوزية⁽³⁶⁾، وهذا النّوع هو المعروف بالوقف الخاص حيث ألغاه القانون رقم 10/02 المؤرخ في 2002/12/14 المعدّل والمتّم لقانون رقم 10/91 بسبب ما شابه من تصرفات بعض الواقفين وما آل إليه، خاصّة عند تمييز أو حرمان بعض المستحقّين دون بعض من الانتفاع بالوقف، فتم إلغاء المادّة 6 التي كانت تنصّ على أنّ : " الوقف الخاص وهو ما يحبسّه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معيّنين ثم يعود إلى الجهة التي عينها الواقف بعد انقطاع

الموقوف عليهم ... " وهذا الإلغاء بموجب القانون يعدّ محاولة لتجاوز وتصحيح واقع مارسه كثير من منشئي الأوقاف حيث كانوا يفرّقون بين أبنائهم وبناتهم في الوقف، والحق أنّ هذا التصرف وهو تخصيص أفراد معينين بالانتفاع من الوقف بحجة احترام إرادة الواقف، أدّى في أحيان كثيرة إلى التّعسف والإفراط في حرمان من يستحقونه بالرّغم من كونهم أبناء أو إخوة للواقف ذاته وثبت عن الإمام مالك بن أنس تشبيه هذا الصنيع بما كان يفعله أهل الجاهلية من توريث الذّكور دون الإناث⁽³⁷⁾، وقد عرف المجتمع الإسلامي صوراً من هذا النمط امتدّت لأمد بعيد، مما دفع بالخليفة الخامس عمر بن عبد العزيز الأموي للبحث عن علاج لها مستلهما رؤيته من قول عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها: " أنّها كانت إذا ذكرت صدقات الناس اليوم وإخراج الرجال بناتهم منها تقول ما وجدت للناس مثلاً اليوم في صدقاتهم إلا ما قال الله: " وقالوا ما في بطون هذه الأنعام خالصة لذكورنا ومحرم على أزواجنا وإن يكن ميّة فهم فيه شركاء" (38) ، قالت والله إنّه ليتصدّق الرّجل بالصدقة العظيمة على ابنته فتري غصارة صدقته عليها وتري ابنته الأخرى وإنّه لتعرف عليها الخصاصة لما حرّمها من صدقته⁽³⁹⁾، فإذا كان الوقف في حقيقته وجوهه تبرّعا أملاً للمثوبة والأجر، فإنه ليحسن بالمرء مراعاة العدالة وتجنّب المساس بشعور الآخرين خاصّة إن كانوا أبناء أو إخوة للواقف؛ وبقي الإشكال فيما إذا وضع الواقف هذا الشرط، وهو تخصيص الأبناء مثلاً دون البنات من ريع الوقف فهل يعتدّ به فقها وقانوناً؟ وما هي حدود إرادة الواقف في هذا الاشتراط بالنسبة لفقهاء المالكي والمشرع الجزائري ؟

في هذه الحالة نجد أن المالكية قد أوردوا خمسة أقوال:

الأول: إلغاء الشرط وإبطال الوقف بحيازة المستحقين للعين الموقوفة.

الثاني: إلغاء الشرط وإبطال الوقف، إذا لم يحز المستحقون الوقف، فإنّ حازوه عمل بالشرط وصحّ الوقف.

الثالث: إلغاء الشرط وصحة الوقف، وإدخال البنات في الوقف حتى ولو حاز المستحقون الوقف .

الرابع: إلغاء الشرط عند عدم حيازة الموقوف، و العمل به عند الحيازة فتحرم البنات.

الخامس: العمل بالشرط مع صحة الوقف، سواء ثبتت الحيازة له أو انعدمت وعليه لا يستحقّ البنات شيئاً⁽⁴⁰⁾.

بهذا التفصيل ميّز المالكية حقيقة هذا الشرط وسلطة الواقف التي قيّدوها أحياناً بالحيازة للموقوف أو عدمها ، مع الاجتهاد في تصحيح شرط الواقف ولعلّ القول الثالث أقرب للمقصود، عند تصحيح الوقف وإلغاء الشرط وإثبات الحقّ فيه للبنات لمراعاته كلّ الأطراف، وعدم تقويت المصلحة منه، أمّا المشرّع الجزائري فإنّه قد ألغى الوقف الخاص تجنبا لهذه الآثار والنتائج، وأبقى على الوقف العام الذي يخلو بطبيعته من هذه الأضرار .

ختاماً ندرك أنّ الأوقاف في العالم الإسلامي ، تحتاج مرّة أخرى لمزيد من الاهتمام والتنظيم والتقنين، لأنها ساهمت بقسط وافر في تلبية حاجيات المجتمع؛ سواء فيما يتعلّق بالجانب الاقتصادي أو

العلمي، بل تعدت في تاريخها الحافل حتى إلى المحافظة على الحيوانات المريضة، فقد تم وقف المرج الأخضر بدمشق عاصمة الأمويين لترعى فيه الحيوانات العاجزة إلى أن تموت⁽⁴¹⁾، فهذه النظرة أو التوظيف الأوسع للأوقاف ساهم إلى حد كبير في القضاء على الآفات المرتبطة غالباً بالفقر والعوز، وفقهاء المالكية عند تقريرهم للمسائل سالفه الذكر ومخالفتهم للفقهاء في بعض منها، كانوا يرومون من وراء ذلك صيانة حقوق الواقف وحفظها باعتباره المالك الأصلي للعين الموقوفة، ومعالجة التمتع الذي قد يحصل في نفسه خشية فقدان العين المملوكة عند إنشاء الوقف المؤبد؛ فكان الوقف المؤقت بأجل عند المالكية أمراً مشروعاً وهو أيضاً من باب التسيير على الناس في فعل الخيرات وحملهم على ممارسة هذه القربات قدر استطاعتهم تحصيلاً للأجر والثوبة، وما اهتمام الفقه بركن الواقف وشروطه، إلا كونه النواة الأصلية في صدور هذا العمل الخيري؛ وإذا كان قانون الأسرة (11/84) في مادته رقم 218 قد أوجب تنفيذ شروط الواقف ما لم تتنافى مع الشرع وأحكامه، فإن قانون الأوقاف رقم 10/91 قد خصص الفصل الثالث منه للحديث عن اشتراطات الواقف وضبطها وهو اعتراف قانوني آخر بمدى سلطة الواقف وأثره في إنشاء الوقف، وتبقى إرادته مقيدة، إذ يمكن للقاضي التدخل وإلغاء أي شرط فيه مساس بمصلحة الموقوف عليهم أو ضاراً بالوقف ذاته، وهو نص المادة رقم 16 من قانون الأوقاف 10/91.

جماع القول من خلال ما سلف ذكره، أنّ إكراهات الواقع ستبقى دافعاً ملحاً ومحفزاً على وجوب تطوير المؤسسات الوقفية، وذلك من خلال المتابعة والتقنين والتنظيم، حتى يكون نشاطها ملائماً ومتماشياً مع حاجيات المجتمع ومتطلباته المتجددة.

الهوامش

- (1) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر، دمشق، 1995، 8: 157.
- (2) انظر، محمد الدسوقي، الحاشية على الشرح الكبير، المطبعة الأزهرية، مصر، 1927هـ، 4: 77.
- (3) انظر المادة 203 من قانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/11/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 15 لسنة 2005.
- (4) تنص المادة 40 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على ما يلي (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سنّ الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة).
- (5) انظر المادة 10 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27، المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 1991.
- (6) المرجع السابق، المادة 30.
- (7) انظر، الدسوقي، المرجع السابق 4: 77.
- (8) انظر، محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط2، مطبعة دار الكتب المصرية، 1937، 5: 35.
- (9) انظر، مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط10، مطبعة طربين، دمشق، 1968، 2: 790-791.
- (10) تنص المادة 31 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف على ما يلي (لا يصح وقف المجنون والمعتهو لكون الوقف تصرفاً يتوقف على أهلية التسيير، أما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقة وتمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية).
- (11) انظر، أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعرفة، بيروت، 1978، 2: 298.
- (12) انظر، الزحيلي، مرجع سابق، 8: 204-205.
- (13) انظر، د. الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط1، مؤسسة الريان، بيروت، 2002، 4: 219.
- (14) انظر، أحمد الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، مراجعة، عبد الله إبراهيم الأنصاري، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1987، 4: 167.
- (15) انظر المادة 213 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق.
- (16) انظر، أحمد الدردير، الشرح الكبير، المطبعة الأزهرية، مصر، 1927، 4: 76.
- (17) انظر، د. زكي الدين شعبان، د. أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، ط1، مكتبة الفلاح، الكويت، 1984، ص 514.
- (18) انظر، الدردير، مرجع سابق، 4: 75.

- (19) مسلم النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، ط1/ المطبعة المصرية بالأزهر، القاهرة، 1930، 11 : 85.
- (20) انظر، الشنقيطي، مرجع سابق، 4 : 173.
- (21) انظر، د. شعبان، د. الغندور، مرجع سابق، ص456.
- (22) انظر، الرّحيلي، مرجع سابق، 8 : 209.
- (23) انظر، المرجع السابق، 8 : 231.
- (24) انظر، محمد الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1329هـ، 6 : 37.
- (25) انظر، الدّردير، مرجع سابق، 4 : 88.
- (26) انظر المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 1998/12/01 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها.
- (27) د. شعبان، د. الغندور، مرجع سابق، ص 524.
- (28) تنص المادة 38 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها على ما يلي (لا يجوز صرف إيرادات الأوقاف إلا في حدود التخصيص المقرّر لها ضمن أحكام هذا المرسوم مع مراعاة شروط الواقف).
- (29) الدّسوقي، مرجع سابق، 4 : 88.
- (30) انظر، المادة 16 من القانون 10/91 المتعلّق بالأوقاف.
- (31) الدّردير، مرجع سابق، 4 : 89.
- (32) انظر، د. شعبان، د. الغندور، مرجع سابق، ص 519.
- (33) انظر، المرجع السابق، ص 520.
- (34) الدّسوقي، مرجع السابق، 4 : 78.
- (35) الدّردير، مرجع سابق، 4 : 79.
- (36) انظر، د. شعبان، د. الغندور، مرجع سابق، ص 521.
- (37) انظر، علي العدوي، الحاشية بهامش شرح محمد الخرشي، ط2، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، 1317هـ، 7 : 82.
- (38) سورة الأنعام، آية 139.
- (39) انظر، سحنون التتوخي، المدوّنة الكبرى، ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ، 15 : 105-106.
- (40) د. شعبان، د. الغندور، مرجع سابق، ص 521-522.
- (41) انظر، صبحي الصّالح، النّظم الإسلاميّة، نشأتها وتطورها، ط5، دار العلم للملايين، بيروت، 1980، ص 370.