

التصرف الوقفي وأثره على ملكية المال الموقوف

بقلم /: الدكتور زيدان عبد النور

المركز الجامعي مرسلني عبد الله- تيبازة

ملخص

حق الملكية حق يخول المالك سلطة على المال المملوك تجعله مختصا به دون سواه يتصرف فيه بكل أنواع التصرف المعترف بها لمن ثبت له حق الملكية. وفكرة الأموال قسمها الفقهاء إلى ملكية تامة و ملكية ناقصة، فتخول الأولى مالك المال ملكية رقية ذات الشيء (المال) وحق المنفعة معا، فهو مُلْكٌ مطلق دائم دوام الحق وقيامه، ولصاحبه حق الاستئثار به فيستعمله ويستغله ويتصرف فيه كيفما شاء ووقتما يشاء. أما الملكية الناقصة فتشمل أحد الحقلين المذكورين فقط، فإما أن تثبت لصاحب الحق ملكية رقية المال، أو ملكية المنفعة فقط.

والوقف أحد أهم صور هذه الملكية الناقصة، باعتباره حبس المال عن التملك على وجه التأييد والتصدق بمنفعته في أوجه البر والخيرات، وهو منجز لأثاره حال وقوع التصرف الوقفي من تاريخه، فيرفع يد المُلك ويضع يد الحيازة على المال الموقوف، وهو بذلك يتفرد بخصوصية تميزه عن حق الملكية المعروف في القواعد العامة، من أجل ذلك، كان له أثر خاص على ملكية المال الموقوف، أين تثار مسألة أولولة ملكيته حال وقوع التصرف الوقفي، هل تبقى في ذمة الواقف بعدما كان ملكا ثابتا له، أم أنها تنتقل إلى ذمة المتصرف له أم إلى ذمة أخرى؟

Résumé

Le droit de propriété confère à son titulaire un pouvoir exclusif sur le bien détenu le rendant le maître absolu et exclusif. À ce titre, il peut en disposer avec toutes sortes de dispositions reconnues au propriétaire. L'idée des biens a été scindée par les juristes en deux types: La propriété complète ou la pleine propriété et la propriété incomplète. La première confère à son titulaire la nue-propriété et l'usufruit. Elle est absolue et permanente. Le propriétaire a un droit exclusif sur son bien. Il lui permet de l'utiliser, d'en percevoir les fruits (revenus) et d'en disposer comme il veut et quand il veut.

La propriété incomplète inclut l'un des deux droits mentionnés seulement, soit le titulaire de droit jouisse de la nue-propriété ou de l'usufruit.

Le wakf est l'une des plus importantes catégories de cette propriété incomplète, comme il est l'acte par lequel est rendue impossible l'appropriation d'un bien en son essence, pour toute personne, de façon perpétuelle, pour en attribuer l'usufruit aux nécessiteux ou à des œuvres de bienfaisance. Il accomplit ses effets dès la date de la disposition du bien wakf. Le wakf soulève la main du propriétaire et la remplace par la possession du bien wakf, il se distingue donc du droit de propriété connu dans les règles générales. Pour cela, il a un impact particulier sur la propriété du bien wakf où se pose la question de la dévolution de la propriété lors de l'avènement de la disposition du bien wakf. Est-ce qu'elle reste dans le patrimoine du constituant, ou elle se transfère au patrimoine du dévolutaire ou à un autre patrimoine ?

الكلمات المفتاحية: الوقف، الملكية، المال الموقوف، أثر، لزوم الوقف، تأبيد الوقف.

مقدمة

الملكية سلطة للإنسان على المال أقرها الشرع تجله مختصا به، فيتصرف فيه بكل التصرفات ما لم يوجد مانع يمنعه من ذلك.

والملك لغة حيازة الإنسان للمال والاستبداد به، بمعنى الانفراد بالتصرف فيه. وفي الاصطلاح الملك اختصاص بالشئ يمنع الغير منه، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي¹.

وفكرة الأموال عند فقهاء الشريعة الإسلامية تنقسم إلى قسمين، ملك تام و آخر ناقص؛ فالملك التام هو ملك ذات الشئ فيشمل ملك الرقبة والمنفعة معا، فهو ملك مطلق دائم دوام الملك وقيامه، وهو في ذلك يخول صاحبه كامل سلطات حق الملكية من استعمال واستغلال وحق التصرف فيه كما يراه مناسبا، أما الملك الناقص فينصب على ملك العين أو الرقبة دون المنفعة، أو أنه ينصب على المنفعة دون الرقبة كما هو الشأن بالنسبة

لوقف موضوع هذه الدراسة، فمحله الانتفاع بالعين الموقوفة دون ملكية رقبته(1).

ولأن التصرف الوقفي يقتضي وقف وحبس المال الموقوف عن التملك فإن هذا الأثر يبرز خصوصية ملكية المال الموقوف حال الوقف، وبعبارة أخرى أثر التصرف الوقفي على ملكية المال الموقوف. لأنه بخلاف الأحكام العامة في التصرفات التي ترد على الأموال والتي بمقتضاها يتم التصرف فيها للغير، فإن فكرة الملكية فيها تنتقل من ذمة المتصرف إلى ذمة المتصرف له، فتثبت له سلطات هذا الحق كاملة على المال المتصرف فيه، بيد أن التصرف الوقفي وإن كان يقتضي التصرف في الملك، غير أن انتقال هذا الملك لا يكون للمتصرف له أو إلى ذمة مالية أخرى، بل فكرة ومفهوم مختلف تماما يبرز خصوصية هذا التبرع، لأجل ذلك سوف نتطرق لفحوى هاته الخصوصية من خلال النقاط التالية.

المبحث الأول: تعريف الوقف وحُكمه الشرعي

يختلف المعنى اللغوي للوقف عن معناه الاصطلاحي الذي ليس له تعريفا جامعا مانعا، كما أن للوقف سبب مشروعية استقرت أحكامه في الشريعة الإسلامية لحكمة أرادها الشارع الحكيم .

المطلب الأول: تعريف الوقف، مشروعيته وحكمته

الفرع الأول: تعريف الوقف

أ/ لغة : الوقف في لغة العرب مصدر وقف وله عدة معاني من بينها الإمساك والقصر على الشيء، فيقال أمسك عن الكلام أي امتنع عنه، وقصر على الشيء أي خصه به أو خصصه له. ويقال أيضا الحبس والتسبيل وهي الألفاظ والمعاني التي ينعقد بها الوقف(2).

ب/ اصطلاحا : يُعرّف الوقف كما قاله ابن عرفة بأنه " إعطاء منفعة شيء مدة وجوده " ويعرف الوقف أيضا بأنه " تحبيس الأصل و تسبيل الثمرة " و هو أيضا " حبس العين عن تملكها لأحد من العباد ، و التصدق بالمنفعة على الفقراء ، أو على وجه من وجوه البر"(3).

هذا وقد عرّف القانون الوقف في قانون الأوقاف ضمن نص المادة 3 منه على أنه : " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير " ، ومن قبل عرّفته المادة 213 من قانون الأسرة بنفس التعريف.

والحبس من أسباب الملكية الناقصة، لأن الواقف بتصرفه يفصل بين حق الانتفاع الذي يحبسه على جهة أو جهات معينة و محددة و بين حق الملكية الذي يخرجها تماما عن مجال التعامل، فيحول بتصرفه دون اجتماع الحقين بيد واحدة (4).

ومن أجل ذلك برزت هاته الخصوصية التي يتفرد بها التصرف الوقفي عن باقي التبرعات هذا من جهة، ومن جهة أخرى عن حق الملكية المعروف في القواعد العامة وما يخوله من سلطات واسعة على المال المملوك.

الفرع الثاني: مشروعيته والحكمة منه

الوقف عند الجمهور غير الحنفية سنة مندوب إليها لأنه من التبرعات المندوبة لقوله تعالى: "لن تتالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون" الآية 92 من سورة آل عمران. وقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض" الآية 267 من سورة البقرة، ولقوله تعالى: "واعبدوا ربكم وافعلوا الخير لعلكم تفلحون" الآية 77 من سورة الحج ، لدخول الوقف في أفعال الخير عموما، ولأنه إنفاق للمال في جهات الخير (5).

وفي سنته ﷺ قوله في حديث عمر _ رضي الله عنه _ : "إن شئت حبست أصلها ، وتصدقت بها" ، وقوله أيضا : "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية ، أو علم ينتفع به من بعده ، أو ولد صالح يدعو له" (6).

وحكمة الوقف أو سببه في الدنيا بر الأحباب وفي الآخرة تحصيل الثواب بنية من أهله.

وللوقف أركان تتعلق بأطرافه وصيغته ومحلّه وسببه حسب ما هو وارد في كتب الفقه وبه نص المشرع الجزائري عليها ضمن نص المادة 9 من قانون الأوقاف¹ ، وشروط تتعلق بملكية المال الموقوف وأهلية الواقف ، كما أن لصيغة الوقف شروط صحة كما لمحلّه شروط أيضا، فضلا عن تلك الشروط التي يجب أن تتوفر في الموقوف عليه ، فيكون لكل ركن شروط صحة تتعلق به²، وهذا حسب مقتضيات المواد من 10

إلى 13 من قانون الأوقاف، و متى وجدت هاته الأركان وتوفرت شروطها وصحّت انعقد الوقف صحيحا ورتب آثاره المشروعة.

المطلب الثاني: حُكم الوقف وموقف المشرع الجزائري

ثار الخلاف بين الفقهاء في مسألة الآثار المترتبة على انعقاد التصرف الوقفي انطلاقا من فكرة لزوم الوقف من عدمه، لأن مسألة خصوصية الملكية في الوقف مرتبطة ابتداء بمسألة اللزوم أي حُكم الوقف. ومن أجل ذلك تعين التطرق باختصار لمختلف الآراء الفقهية في حكمه، ومن جهة أخرى تعين النظر في موقف المشرع الجزائري.

الفرع الأول: حكم الوقف عند الفقهاء

أولا: عند أبي حنيفة وتلميذه زفر:

يعتبر الوقف عند أبي حنيفة عقد تبرع غير لازم، فتظل العين الموقوفة على ملك الواقف يجوز له التصرف فيها كما يشاء بأي تصرف سواء ناقل للملكية أم لا(7). فإذا تصرف فيها اعتبر ذلك رجوعا منه عن وقفه، وإذا مات الواقف ورثها ورثته، فيجوز له الرجوع عن وقفه متى شاء ، وله أن يغير في اشتراطاته كما يراه مناسبا متى أراد ذلك. لأنه (الوقف) عنده يأخذ حكم العارية ، والعارية جائزة غير لازمة ، ويكون عقد الوقف لا زما إلا في حالتين؛ بقضاء القاضي و إخراجه مخرج الوصية بعد الوفاة(8).

ويستدل هذا الرأي بالمنقول والمعقول لتأييد رأيه(9):

أما من الأدلة النقلية¹:

- حدثنا أبو بكر النيسابري عن يونس بن عبد الأعلى عن سفيان بن عيينة عن محمد وعبد الله ابني أبي بكر وعمرو بن دينار عن بكر بن حازم - مرسلًا- قال: إن عبد الله بن زيد بن عبد ربه-صاحب الأذان- جاء إلى رسول الله ﷺ - وقال: يا رسول الله إن حائطي هذا صدقة إلى الله ورسوله. فجاءه أبواه فقالا: يا رسول الله كان قوام عيشنا. فردّه رسول الله ﷺ - عليهما. ثم ماتا فورثهما ابنهما بعدهما.
- وجه الاستدلال بهذا الحديث أن الرسول ﷺ - رد الصدقة، ولو كان الوقف لازما لما رده.

- ما روي من أن حسان بن ثابت باع نصيبه من وقف أبي طلحة إلى معاوية ابن أبي سفيان رضي الله عنهم جميعا ، ووجه الاستدلال أن البيع دليل على عدم اللزوم، إذ لو كان لازما لما جاز بيعه والتصرف فيه. أما الاستدلال بالمعقول: فمن وجوه ثلاث(10).
- إن الوقف تملك منفعة دون العين فلا يلزم كالعارية.
- إن للواقف حق الولاية على وقفه وله تعيين متوليا عليها وعزله وله توزيع ريعه كما يشاء على مقتضى الشرط ، وهذه الصلاحيات ما كانت من ولاية طارئة فوجب أن يكون مردها ملكه فكان شبيها بالعارية والعارية جائزة غير لازمة.
- لا يمكن قياس الوقف على المسجد لأن المسجد غير مملوك لأحد من العباد لقوله تعالى : " وأن المساجد لله " الآية 18 من سورة الجن ، وليس لأحد الانتفاع به بغير العبادة فيه ، فكان غيره من الموقوفات ليس كذلك وللموقوف عليه أن ينتفع بها زراعة وسكنى كما ينتفع بسائر المملوكات. ثانيا: عند الجمهور (رأي المالكية والشافعية والحنابلة ورأي أبي يوسف ومحمد من الحنفية):
الوقف عند جمهور الفقهاء لازم متى صدر عن الواقف مستكملا شرائطه، ولا مجال فيما بعد التصرف في العين الموقوفة بأي تصرف ناقل لمليكتها ووجب حبسها والتصدق بمنفعتها. ولهم في رأيهم هذا أدلة نقالية وأخرى معقولة(11).
- أما الأدلة المنقولة :
- عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما : أن عمر بن الخطاب أصاب أرضا بخبير يقال لها ثمغ. وجاء في الحديث قول الرسول-صلى الله عليه وسلم- (تصدق بثمره، واحبس أصله، لا يباع ولا يورث)، وفي رواية أخرى (على أن لا يباع أصلها ولا يورث حبيس ما دامت السموات والأرض) ويستدل منها لزوم الوقف وقطع التصرف فيه¹.

- حديث أبي هريرة في الصدقة الجارية، والمراد بها الوقف ولا يكون جاريا إلا إذا كان لازما فلا يجوز نقضه. ولو جاز نقضه وعدم لزومه لكان الوقف صدقة منقطعة لا جارية(12).

- إجماع الصحابة على الوقف، وإن أوقفهم بمكة المكرمة والمدينة المنورة معروفة ومشهورة.

● أما الأدلة العقلية:

- أن الفقهاء بما فيهم أبو حنيفة قد ذهبوا إلى أن وقف المسجد يكون ملزما دون حاجة لحكم الحاكم و لا إلى إضافة ما بعد الموت، فيقاس هذا على سائر الموقوفات.

- أن الوقف عطية تلزم بالوصية بعد الوفاة فجاز أن يلزم الوقف بالعطية في الحياة كالهبات.

هذا وقد ناقش جمهور الفقهاء الأدلة التي استدل بها أبو حنيفة في رأيه بخصوص عدم لزوم الوقف، وتوصلوا في الأخير إلى نتيجة واحدة هي ضعف موقفه وعدم قدرة أدلته على مواجهة أدلتهم الموثقة والتي تؤكد على لزوم الوقف(13) ، فإن النبي ﷺ قال (حبس أصلها وسبل الثمرة) ، كما أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال (لا يباع أصلها، ولا يورث، ولا يوهب) فدل ذلك على لزوم الوقف وعدم إمكان الرجوع فيه وإلا لم يكن له أي معنى(14) .

الفرع الثاني: حكم الوقف في التشريع الجزائري

بالنظر لنص المادة 3 من قانون الأوقاف يتضح جليا وبلا لبس أن المشرع أخذ برأي الجمهور فيما يتعلق بلزوم الوقف فنص على أن: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد..." . والتأبيد يفيد اللزوم ، كما جاء في نص المادة 16 منه: "يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط ... إذا كان منافيا لحكم الوقف الذي هو اللزوم..." ، وجاء في نص المادة 23 منه أيضا: "لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرهما".

وبهذا يتضح موقف المشرع الجزائري بشأن لزوم الوقف وعدم إمكان التراجع عنه، فمتى صدر التصرف الوقفي صحيحا رتب آثاره وكان وقفا

على وجه التأييد ولازما لا يجوز الرجوع عنه، فلا يبذل عن أصله وحاله، إلا في الحالات الاستثنائية المقررة شرعا كحالة التبديل والاستبدال مثلا كما نص عليه المشرع في المادة 24 من قانون الأوقاف، وحكمه إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها. لنرى بعد هذا خصوصية هذا التصرف على ملكية المال الموقوف مباشرة فيما يلي.

المبحث الثاني: خصوصية ملكية رقبة العين الموقوفة في التصرف الوقفي

انطلاقا من فكرة لزوم التصرف الوقفي وعدم إمكان الرجوع فيه على رأي جمهور الفقهاء وما أخذ به المشرع الجزائري، فإن خصوصية ملكية العين الموقوفة هي التي تميز هذا التصرف عن غيره من التصرفات القانونية الأخرى التي تنصب على رقبة المال المتصرف فيه في حد ذاته، ذلك أن هذه الخصوصية ترتبط ارتباطا وثيقا بملكية الرقبة ومدى بقائها في ذمة الواقف رغم تصرفه فيها أو انتقالها لذمة الغير رغم استفادته بمنافع وآثار التصرف الوقفي، انقسم الفقهاء في الرأي على مذاهب ثلاث، وأمام هذا الاختلاف تعين تكييف موقف المشرع الجزائري.

المطلب الأول: مذاهب الفقهاء بشأن ملكية العين الموقوفة

اعتمادا دائما على فكرة لزوم الوقف وعدم إمكان الرجوع فيه على وجه التأييد هذا من جهة، ومن جهة أخرى باعتباره صدقة جارية تفيد تحبيس الأصل وتسبيل الثمر، تثار مسألة ملكية العين الموقوفة ومدى بقائها في ذمة واقفها أو خروجها عن ملكه إلى ملك الموقوف عليه أم أنها تخرج ولا تنتقل لهذا الأخير بل تكون في ذمة الله تعالى، هي النقاط التي كانت محط خلاف بين الفقهاء، ثم أن المشرع الجزائري جاء بفكرة جديدة تعدى فيها مرحلة الخلاف المذكور.

والملكية كما ورد تعريفها في القانون المدني هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة، ولذلك سوف نرى ما هي السلطات التي يخولها الوقف لأطرافه فيما تعلق بالملكية(15).

من أجل ذلك سوف نتطرق في نقطة أولى إلى الآراء الفقهية التي قيلت بهذا الشأن **(الفرع الأول)** ثم نتناول موقف المشرع الجزائري وكيف عالج هذه الخصوصية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: موقف الفقهاء بشأن ملكية المال الموقوف

اختلف الفقهاء بشأن هذه المسألة وانقسمت آراؤهم الفقهية إلى ثلاث اتجاهات مختلفة كل يرى موقفا بشأن المسألة وله فيه أدلة يستند إليها في قوله، ومجمل هذه الآراء ثلاثة نتعرض لها في التالي.

الرأي الأول: بقاء ملك الرقبة في ذمة الواقف

يرى أنصار هذا الرأي أن العين الموقوفة لا تخرج بالوقف عن ملك مالكيها فتظل في ذمته غير أنه لا يحق له بيعها ولا هبتها ولا التصرف فيها بأي طريق ناقل للملكية ولا تورث عنه، لكن تكون المنفعة ملكا لازما للموقوف له . وقد قال بهذا الرأي المالكية(16) ورجّحه الكمال ابن الهمام من الحنفية وقول للشافعية كما روي عن الإمام أحمد مثل ذلك(17) ، وقد استدلوا بحديث النبي ﷺ لعمر (حبس الأصل وسبل الثمرة) ووجه الاستدلال أن لفظ (حبس) يشير إلى استبقاء الملك بيد الواقف وإخراج المنافع، كما استدلوا بالمعقول فقالوا: أن الواقف كان يملك العين قبل وقفه لها والأصل بقاء ما كان على ما كان إلى أن يقوم الدليل على ما يزيلها، وإذا لم يثبت ذلك تبقى العين على ملك واقفها غير أن الملكية ليست مطلقة بل مقيدة بالقدر الذي يتحقق معه الغرض من الوقف وهو التصديق بريعتها ومنفعتها(18).

الرأي الثاني: انتقال ملكية الرقبة للموقوف عليه

عند أنصار هذا الرأي الوقف ينقل ملكية العين الموقوفة من ذمة الواقف إلى ملكية وذمة الموقوف عليه وهو مذهب الحنابلة في المشهور(19) وقول مرجوح للشافعية ، إذ جاء في كشف القناع أن الوقف ينتقل للموقوف عليه إن كان آدميا معينا ، أو كان جمعا محصورا كأولاد الواقف أو أولاد زيد على سبيل المثال. ويقول ابن قدامة في المغني: " وينقل الملك الموقوف إلى الموقوف عليهم في ظاهر المذهب. قال أحمد: إذا وقف داره على ولد أخير صارت لهم. وهذا يدل على أنهم ملكوه". وقد قال الماوردي في الحاوي الكبير: " والذي يدل عليه من كلام الشافعي أنه ذكر في كتاب الشهادات أن الرجل إذا ادعى وقفا عليه فأقام شاهدا أو أحدا حلف معه، وهذا يدل على أن الملك قد انتقل إليه"(20).

الرأي الثالث: خروج ملكية الرقبة لحكم الله تعالى

بخلاف الرأيين السابقين يرى فقهاء هذا الرأي أن ملكية العين الموقوفة لا تبقى في ذمة الواقف ولا تدخل ضمن ملك الموقوف له بل تنتقل لحكم الله تعالى وهذا ترغيباً للناس في الوقف . فعند صاحبين يفتى برأيهما في مذهب الحنفية: إذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف وصار حبيباً على حكم ملك الله تعالى. والأظهر في مذهب الشافعية أن الملك في رقبة الموقوف ينتقل لله تعالى ، فينفك عن اختصاص آدمي، ومنافعه ملك للموقوف عليه يستوفيها بنفسه وبغيره بإعارة وإجارة، ويملك الأجرة وفوائده كثرة وصوف ولين، وكذا الولد في الأصح، فهم كالصاحبين(20) .

وقال الحنابلة في الصحيح من المذهب إذا صح الوقف زال به ملك الواقف، لأنه سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة، فأزال الملك كالعق. وأما خبر "حبس الأصل وسبل الثمرة" فالمراد به أن يكون محبوساً لا يباع ولا يوهب ولا يورث؛ وإذا كان عاماً فلا ينتقل إلى الموقوف عليه كالمسجد بل ينتقل لحكم الله سبحانه وتعالى.

واستدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة المنقولة ومن المعقول(21) ؛
أما المنقول فيما ورد في حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه من طريق البخاري بأن النبي ﷺ قال لعمر: (تصدق بأصله، لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمره) فتصدق به عمر.

ووجه استدلالهم أن الرسول ﷺ أمر عمر بالتصدق بأصل المال الموقوف، والتصدق يخرج العين الموقوفة من ملك الواقف لا إلى ملك أحد من العباد، لأن لفظ الصدقة يقتضي خروجها إلى ملك الله تعالى لأن الأصل في المتصدق أن يقصد بصدقته وجه الله عز وجل. أما الموقوف عليه فليس له سوى منافعه على ضوء ما يحدده الواقف في اشتراطات وقفه(22).

أما أدلتهم من المعقول فلأن حكم الوقف بعد الموت واقفه كحكمه في حياة واقفه، والواقف لا يبقى له بعد الموت ملك بالاتفاق فدل على أنه لم يكن له في الحياة ملك بالقياس.

ويعتبر هذا الرأي الأخير هو الراجح لدى الفقهاء، لكن ما هو موقف المشرع الجزائري من هذه الآراء وكيف عالج فكرة ملكية العين الموقوفة هو موضوع النقطة التالية.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري حول ملكية العين الموقوفة

بالرجوع لقانون الأوقاف المعدل والمتمم لا سيما ما ورد في نصوص المواد 3 و 5 والمادتين 17 و 18 قبل إلغائهما وكذا المادة 23 منه، يتبين أن المشرع الجزائري تبني فكرة زوال وخروج العين الموقوفة من ملك واقفها، كما أنه جعل حق الموقوف عليه حق ملكية للمنفعة لا للرقبة وبذلك لم يأخذ بالرأي القائل بانتقال ملكية المال الموقوف للموقوف عليه ، ومن جهة أخرى لم يجعل ملكية الرقبة في حكم الله تعالى، إذ في هذه المسألة سلك طريقا آخر مغاير تماما للخروج من دائرة الخلاف بين الفقهاء في هذه النقطة. فقد رتب على الوقف ميلاد شخصية معنوية مستقلة عن الأشخاص الطبيعية وحتى المعنوية الأخرى، فجاء في نص المادة 5 من قانون الأوقاف أن الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها(23).

وطبقا لأحكام المادة 49 من القانون المدني نرى أن المشرع اعترف للوقف بالشخصية المعنوية غداة صدور قانون الأوقاف، والشخص الاعتباري كما نعرف يتمتع بالاستقلال المالي والأهلية القانونية وله موطن وممثل قانوني كما يمنحه القانون حق التقاضي، وإذا كانت هذه الفكرة لا تتعارض مع الوقف الخيري باعتباره يفيد المصلحة العامة ويخدمها، يديره ناظر الوقف وفقا لما يقرره القانون، لأنه منذ بدايته وقف عام أو بحسب مآله عندما يكون وقفا خاصا، فإن هذا الأخير قد لا تتماشى فكرة الشخصية المعنوية مع أهدافه الخاصة، لأن ولايته ترجع للواقف أو للموقوف عليهم أو وفق ما يحدده الواقف عموما، فلا حاجة لتمتعه بالشخصية المعنوية ما دام وقفا خاصا.

وبذلك نرى أن توجه المشرع الجزائري لا سيما بعد تعديل 2002 لقانون الأوقاف الذي ركز فيه على الوقف العام وعلى المصلحة العامة هو المبرر الوحيد لاعترافه بالشخصية المعنوية المستقلة للوقف كفكرة محايدة لا أحد يملكها على الإطلاق. والدليل النص الجديد للمادة 6 من قانون الأوقاف بنصها مباشرة على الوقف العام، ثم ما جاء في نص المادة 13 التي أصبحت تنص على أن الموقوف عليه في مفهوم قانون الأوقاف هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية. مما

يفيد بأن المقنن الجزائري أصبح يميل إلى الوقف العام ويحبذ عليه وينظمه أكثر من الوقف الخاص بداعي المصلحة العامة والنفع العام. فالوقف نظام خارج عن نظام الملكية المعروف وفقا للقواعد العامة التي تخول لمالك الرقبة حق التمتع بجميع السلطات التي يخولها هذا الحق وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف. إذ الوقف من أسباب الملكية الناقصة، لأن الواقف بتصرفه يفصل بين حق الانتفاع الذي يحبس على جهة أو جهات معينة و محددة و بين حق الملكية الذي يخرجها تماما عن مجال التعامل، فيحول بتصرفه دون اجتماع الحقين بيد واحدة (24).

والقواعد العامة في التصرف الناقل للملكية تقضي بأن ملكية الرقبة تنتقل من لدن وذمة المتصرف إلى ذمة المتصرف له، أو المستفيد من التصرف في حد ذاته، غير أن المتصرف في التصرف الوقفي يزيل عنه صفة المالك بالتصرف الوقفي في حد ذاته، ويزيل هذا الأخير صفة الملك تماما من ملكية الرقبة وفي الوقت ذاته يضع يد الحيازة والانتفاع على رقبة المال الموقوف. وفي هذا خصوصية بارزة للتصرف الوقفي عنه في التصرف الواقع على المال بما يفيد التنازل عنه للغير.

ففي القواعد العامة متى اكتسب الشخص ملكية عقار أو منقول بسبب من الأسباب التي تكتسب بها الملكية شرعا، كالبيع أو الهبة أو الإرث أو الوصية، فإنه يغدو المالك الشرعي له، وعناصر الملكية تنتقل إلى ذمته، وعند ذاك له أن يستعمل أو يستغل أو يتصرف في ملكه بمختلف أنواع التصرف، بما في ذلك الوقف، متى وكيفما شاء. في حين متى حصل التصرف الوقفي رفعت الملكية أصلا، فارتفع أحد أهم أوجهها، أو بعبارة أخرى أحد أهم السلطات التي يخولها حق الملكية، وهو حق التصرف في رقبة المال في حد ذاتها(25).

وهذه الخصوصية تكمن وتبرز في أن الملكية لا تنتقل إلى ذمة المتصرف له كما في الهبة والوصية في رقبة المال المتصرف فيه، ولكن المتصرف له في التصرف الوقفي (الموقوف عليه) لا يملك حق الرقبة وليست بيده أو في ذمته المالية رقبة العين الموقوفة يتصرف فيها تصرف المالك ملكا تماما للرقبة، وإنما له فقط حق الانتفاع بمنافع تلك العين أو ذاك المال الموقوف، وفي هذا خصوصية في التصرف الوقفي بشأن ملكية المال الموقوف لا تميزه فقط عن التصرف الذي يفيد نقل ملكية

رقبة مال معين من ذمة المتصرف للمتصرف له في القواعد العامة فقط، بل أكثر من ذلك، هناك خصوصية أخرى تميزه حتى عن التبرعات الأخرى سيما الهبة والوصية بالأساس التي تفيد نقل رقة المال المتصرف فيه من ذمة المتصرف (الواهب أو الموصي) واستقرارها بذمة المتصرف له (الموهوب له أو الموصى له) يتصرف فيها كما يشاء. مع الأخذ بعين الاعتبار بعض الاستثناءات فيما يخص هبة المنفعة والعمرى... .

من أجل ذلك، كان الوقف نظام مستقل بذاته لا يدخل ضمن نظام الملكية وفقا لما هو معروف فيه، فلا أحد يملك رقة الملك الوقفي و لا أحد يمكنه التصرف فيها بما يخوله حق الملكية.

غير أنه، وفي الوقت ذاته، هو نظام يملك حق الانتفاع بالعين الموقوفة وثمارها وريعها للموقوف عليه وفقا لما اشترطه الواقف في وقفه، فبملاحظة نص المادة 18 و 19 قبل إلغائها والمادة 21 من قانون الأوقاف يمكن الجزم أن المشرع الجزائري مَلَك حق الانتفاع بالعين الموقوفة للموقوف عليه مدة حياته ووفقا لما اشترطه الواقف ، فيجوز له التصرف فيه والتنازل عنه وجعله ضمانا لدائنيه.

وبالرغم من هاته الأحكام القانونية والموضوعية الثابتة في الوقف، نجد بعض العمل القضائي ينفي عن الوقف (لاسيما الشخصي) تلك الخصوصية، ويخضعه لعدد الأحكام الموضوعية العامة من بينها كسب ملكيته عن طريق الحيازة والتقادم(26) ، وهذا طبعا رغم ثبوت النص على أنه لا يمكن التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأية صفة من صفات التصرف.

وهذا أمام ثبوت النص المذكور فضلا عن استقرار العمل القضائي على مستوى قضاء القانون بتكريس مبدأ المنع من التصرف في أصل الملك الوقفي و عدم خضوعه للتقادم ولا للأسباب المتعلقة بحق الملكية.

خاتمة:

الوقف نظام خارج إطار الملكية وفقا لما هو معروف في القواعد العامة، فله تأثير مباشر على حق الملكية الذي يبرز عند إنشاء الوقف لأن من شروطه ملكية الواقف للعين المراد وقفها، وبمجرد انعقاد التصرف الوقفي، تخرج هاته الملكية من ذمة وملك مالِكها إلى نظام آخر لا أحد

يملكها فتتمتع بالشخصية المعنوية، وهذا ما يبرز تلك الخصوصية التي ينفرد بها التصرف الوقفي، فالمتصرف فيه بالرغم من ملكيته للمال المتصرف فيه (الموقوف) وخروج هذا الملك من ذمته إلا أنه لا يستقر حق ملكية خالص للمتصرف إليه، يخوله سلطات المالك ملكا تاما، فالتصرف الوقفي لا يجعل للمتصرف له والمستفيد من الوقف (الموقوف عليه) حق رقبة الملك الوقفي لأن هذا التصرف نظام يرفع الملك عن المال الموقوف ويضع يد الحيازة عليه، فهو في المقابل ينشأ حق ملكية انتفاع للموقوف عليه يتمتع به استعمالا واستغلالا وتصرفا وفقا لما اشترطه الواقف تحقيقا لإرادة وجب احترامها بنص الشرع والقانون لأن شرط الواقف كنص الشارع كما هو معروف في القاعدة الفقهية.

الهوامش

1- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 6، دار الفكر المعاصر- دمشق، الطبعة 8 سنة 2005، ص 4545.

2- نفس المرجع، ص 4549- 4550.

3 - أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان- لبنان، سنة 1987، ص 259- 257. / د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية- بيروت لبنان، الطبعة 4، سنة 1982/1402، ص 302.

4 - أنظر في التعاريف المختلفة للوقف بين فقهاء الشريعة الإسلامية ، د. عكرمة سعيد صبري ، الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق ، ط 1 سنة 2008 ، دار النفائس الأردن ، ص 26 وما بعدها.-/ محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، دار ابن الجوزي- الرياض، المجلد 11، الطبعة 1، سنة 1423 هـ، ص 5-./ د. محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 302-303.-/ منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة- الأردن، الطبعة 1، سنة 2011، ص 42-43.

5- د. عياشي جمال ، تداخل آثار عقود التبرع والمواثيق ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر 1 - كلية الحقوق ، نوقشت بتاريخ 2014. ص 68.

6- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر دمشق، ط 8، سنة 2005، الجزء 10 ، ص 7603.-/ منذر عبد الكريم القضاة، المرجع السابق، ص 47-48.

7- د. وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 7603.-/ محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ص 6.-/ د. جمال عياشي، المرجع السابق، ص 69.-/ منذر عبد الكريم القضاة، المرجع السابق، ص 48.

8- القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم ، جريدة رسمية رقم 21 سنة 1991.

9 - خير الدين موسى فنتازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية ، الجزء 1- الوقف ، دار زهران- الأردن، سنة 2012/1433، ص 45.

- 10 - د. محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص. 303
 - 11 - د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 7616 / د. عكرمة سعيد صبري، المرجع السابق، ص. 157
 - 12 - لمزيد من التفصيل حول الأدلة المختلفة المستند عليها في هذا الرأي أنظر د. محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 309-310
 - 13 - د. عكرمة سعيد صبري ، المرجع السابق، ص 157 وما بعدها.
 - 14 - د. عكرمة سعيد صبري، المرجع السابق، ص 159-160
 - 15 - د. محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 312 وما بعدها. / د. عكرمة سعيد صبري، المرجع السابق، ص 160 وما بعدها.
 - 16 - د. عكرمة سعيد صبري، المرجع السابق، 169.
 - 17 - د. عكرمة صبري، المرجع السابق، ص. 161
 - 18 - د. محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 310-312
 - 19 - د. محمد مصطفى شحاتة الحسيني، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف، مطبعة دار التأليف- مصر، 1976/1396، ص. 111
 - 20 - أنظر نص المادتين 674 و 676 من القانون المدني.
 - 21 - د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 7617. / منذر عبد الكريم القضاة، المرجع السابق، ص. 103
 - 22 - د. عكرمة سعيد صبري ، المرجع السابق، ص. 167
 - 23 - د. عكرمة سعيد صبري، المرجع السابق، ص. 167
 - 24 - منذر عبد الكريم القضاة، المرجع السابق، ص. 103
 - 25 - أنظر في كل هاته الآراء ما جاء في كتاب الوقف بين النظرية والتطبيق للدكتور عكرمة سعيد صبري، المرجع السابق، ص. 168
 - 26 - د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 7617. / منذر عبد الكريم القضاة، ص 103.
 - 27 - د. عكرمة سعيد صبري، المرجع السابق، ص. 169
 - 28 - د. عكرمة سعيد صبري، المرجع السابق، ص. 169
 - 29 - لمزيد من التفصيل أنظر خير الدين موسى فنتازي، المرجع السابق، ص 107-109
 - 30 - د. عياشي جمال ، تداخل آثار عقود التبرع والمواثيق ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر
 - 1 - كلية الحقوق ، نوقشت بتاريخ 2014. ص. 68
 - 31 - د. زكريا العماري، تكوين عقد الوقف في ضوء مدونة الأوقاف، مجلة القضاء المدني، الأملاك الوقفية، المملكة المغربية، ص. 98
 - 32 - أنظر قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية بتاريخ 2001/12/29 رقم 216394 .
- المراجع:**
- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 6 و الجزء 10، دار الفكر المعاصر- دمشق، ط8 سنة 2005.
 - أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان- لبنان، بلا عدد طبعة، سنة 1987.
 - د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية- بيروت لبنان، الطبعة 4، سنة 1402هـ/1982م.

- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي- الرياض، المجلد 11، الطبعة 1، سنة 1423 هـ.
- د. عكرمة سعيد صبري ، الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق ، ط 1 سنة 2008 ، دار النفائس الأردن.
- د. محمد مصطفى شحاتة الحسيني، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف، مطبعة دار التأليف- مصر، سنة 1396هـ/1976م.
- منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة- الأردن، الطبعة 1، سنة 2011، ص 42-43.
- خير الدين فنتازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، الجزء 1 الوقف، دار زهران- الأردن، سنة 1433هـ/2012.
- د. عياشي جمال ، تداخل آثار عقود التبرع والمواريث ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق، نوقشت في 2014.
- د. رامول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة الجزائر، طبع 2004.
- د. زكريا العماري، تكوين عقد الوقف في ضوء مدونة الأوقاف، مجلة القضاء المدني، الأملاك الوقفية، المملكة المغربية.
- القانون المدني المعدل والمتمم.
- القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم.