

الطبيعة الفقهية والقانونية للملكية الوقفية في الفكر الغربي
".جوزيف لوسيوني" أنموذجا .

The jurisprudential and legal nature of waqf ownership in Western thought

Joseph Lucioni exemple

سفيان شبيرة*

كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة حسيبة بن بوعلي. الشلف. الجزائر

s.chebira@univ-chlef.dz

تاريخ النشر: 2024/12/22

تاريخ القبول: 2024/11/25

تاريخ الاستلام: 2024/10/13

ملخص:

لم يتوقف الفكر الغربي عند أول احتكاك معرفي له بنظام الوقف الإسلامي أواخر القرن التاسع عشر عند مجرد التعريف به ووصف أحكامه، وإنما تعدى ذلك إلى تحليل الأحكام التشريعية الضابطة له، خاصة الأحكام المتعلقة بالملكية الوقفية، لتظهر في الأفق العديد من الأطروحات القانونية الغربية التي تباينت مضامينها للوقوف على حقيقة الطبيعة الفقهية والقانونية لتلك الملكية، والتي استطاع الفقيه جوزيف لوسيوني نقلها وتحليلها تحليلًا علميًا وموضوعيًا تكشفته منه خصوصية نظام الوقف الإسلامي عمومًا، وطبيعة ملكيته خصوصًا.

كلمات مفتاحية: الوقف، الملكية، جوزيف لوسيوني، الفكر الغربي.

Abstract:

Western thought did not stop at its first cognitive contact with the Islamic Waqf system in the late nineteenth century, merely defining it and describing its provisions, but rather went beyond that to analyzing the legislative provisions regulating it, especially the provisions related to Waqf ownership, so that many Western legal theses appeared on the horizon, the contents of which varied to determine the true jurisprudential and legal nature of that ownership, which the jurist Joseph Lucioni was able to transfer and analyze scientifically and objectively, from which the specificity of the Islamic Waqf system in general, and the nature of its ownership in particular, was revealed.

Keywords: Waqf; Property; Joseph Lucioni; Western Thought.

1. مقدمة:

استطاعت الشريعة الإسلامية بفلسفتها وحيويتها ومرونتها التشريعية، أن تضمن وجود واستمرار نماذج لأُملاك ذات غرضٍ خيريٍّ على مدار قرونٍ متراصةٍ من الزَّمن، بشكلٍ لم يستطع أيُّ تشريعٍ آخر تحقيقه، والسُرُّ في ذلك يعود بالأساس إلى فكرة الملكية الوقفية بما تحويه من خوارزميةٍ غايةٍ في الدِّقة والدِّكاء، استطاع الفقهاء المسلمون أن يبدعوها انطلاقاً من فهمهم للنُّصوص النَّبوية المؤسِّسة لنظام الوقف الإسلامي.

هذه الفكرة أثارت خصوصيتها قريحة الفقهاء فاختلفوا بشأنها اختلافاً كثيراً، وشديداً في بعض الأحيان، حتى أنَّ الباحث في موضوع الملكية الوقفية لا يكاد يقف على اتفاقٍ داخل المذهب الواحد بخصوص تكييفها، ولم يتوقف الأمر عند الفقهاء المسلمين بل انسحبت عدوى هذا الاختلاف إلى فقهاء القانون الغربي. وبالأخص الفرنسيين منهم. عند أول لقاءٍ لهم بموضوع الوقف الإسلامي، وبعد محاولات جادة للكثير منهم لفهم الطبيعة القانونية للملكية الوقفية لم يستطع الفقيه جوزيف لوسيويني إلا القول بأن الحبس (الوقف): "يؤسس لشكل جديد من الملكية"، وهو الموقف نفسه الذي وقفه الفقيه كلافال حينما قال: "إنَّ الأحباس تؤسس لحالة خاصة من الملكية".

انطلاقاً من هذه المقاربة، تأتي هذه الورقة لتسليط الضوء على تلك الجهود البحثية المبذولة من قِبَل العديد من فقهاء القانون الغربي، في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، في محاولة منهم لفهم الطبيعة الفقهية والقانونية للملكية الوقفية، ومنه الوقوف على خصوصية نظام الوقف الإسلامي، وبراعة الفقه الإسلامي الذي استطاع صياغة وتنظيم هذا النوع من الملكية تنظيماً تشريعياً لا نجد له نظيراً لا فيما سبق من التشريعات ولا حتى فيما هو قائم منها.

وعليه فإنَّ الإشكالية الرئيسية التي أتقصد الإجابة عنها من خلال هذه الورقة البحثية تتمثل في الآتي: ما موقف فقهاء القانون الغربي من فكرة الملكية الوقفية، وما هي أطروحاتهم بشأن طبيعتها القانونية؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية جملةً من التساؤلات الفرعية أهمها:

ما مدى توافق الطبيعة الفقهية للملكية الوقفية مع الموروث القانوني الغربي؟

. ما مدى استيعاب هؤلاء الباحثين للموروث الفقهي الإسلامي حتى يتمكنوا من بحث مسألة الملكية الوقفية ؟

. ما مضمون ومستند الأطروحات الغربية بخصوص الطبيعة الفقهية والقانونية للملكية الوقفية ؟

هذا وتستهدف هذه الدراسة تحقيق جملة من الأهداف، من أهمها:

1 . التعريف بموقف فقهاء القانون الغربي من فكرة الوقف الإسلامي، خاصةً ما تعلق بطبيعة الملكية الوقفية.

2 . الوقوف على مدى اهتمام الفقه القانوني الغربي بظاهرة الوقف الإسلامي عمومًا، وهو ما تجسّد في تأليفهم لمصنفات مستقلة تُعنى ببحث موضوع الوقف الإسلامي.

3 . تنبيه الباحثين المشتغلين بموضوع الوقف الإسلامي إلى الاشتغال بمثل هذه الدراسات الغربية، التي من شأنها أن تؤسس لموضوع جديد جدير بالبحث، وهو موقع الوقف من القوانين والتشريعات الغربية الحالية.

ولتحقيق هذه الأهداف البحثية سلكنا مجموعة من المناهج العلمية اللازمة، حيث استخدمنا المنهج الوصفي للوقوف على التوصيفات والتعريفات اللازمة لبعض المصطلحات الواردة في البحث، بالإضافة إلى المنهج الاستقرائي والتحليلي من خلال استقراء آراء الفقيه "جوزيف لوسيووني" وتحليلها للوقوف على الطبيعة الفقهية والقانونية للملكية الوقفية في الفكر الغربي.

2. الإطار المفاهيمي

1.2 تعريف الوقف الإسلامي:

1.1.2 تعريف الوقف لغة

يقصد بالوقف في المعاجم والقواميس اللغوية تَمَكُّثٌ في شيء، فالواو والقاف والفاء أصلٌ واحدٌ يُثبت هذا المعنى ثم قيس عليه (فارس، 1989، صفحة 135)، ويُطلق الوقف أيضا ويراد به الحَبْسُ، فيقال: وقفت الدابة ووقفت الكلمة وقفا؛ أي حبستها، ومنه وقف الأرض على المساكن أي حبسها، ويجمع الوقف على أوقاف مثل ثوب وأثواب (منظور، 2005، صفحة 960).

وعليه يمكن القول إن المعنى اللغوي للوقف لا يخرج في عمومته عن معنى الحبس، الذي يقتضي الحبس على جهة معينة، والحبس عن التصرف أي المنع منه.

2.1.2 تعريف الوقف في الفقه الإسلامي

اختلفت عبارات الفقهاء في بيان المقصود بالوقف، ومرجع ذلك هو اختلافهم في طبيعة عقد الوقف ذاته، فعبر فقيه كل مذهب عن مدلول الوقف وفق التصور السائد داخل المذهب.

وباستعراض تعاريف المذاهب الفقهية للوقف الإسلامي يمكن ملاحظة تحور معناها حول "حبس العين، وصرف منفعتها لجهة من الجهات التي يحددها الواقف" فلا يتصرف فيها بالبيع أو الرهن أو الهبة، كما أنها لا تنتقل بالميراث والمنفعة وعليه يمكن القول إن أدق وأرجح تعريف للوقف هو التعريف المنسوب لإبن قدامة الذي جاء فيه أن الوقف هو: (تحبّيس الأصل وتسبيل الثمرة) (قدامة، 1983، صفحة 185)، ومما يؤكد دقة ورجحان التعريف، أنه مقتبس من الحديث النبوي الشريف الأنف الذّكر "حبّس الأصل وسبّل الثمرة"، و معلوم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أفصح الناس لسانا وأقدرهم على بيان المعنى.

هذا بالغضافة إلى اقتصار التعريف على بيان حقيقة الوقف دون الخوض في تفاصيله كعقد أو تصرف، وهو ما جعله ينأى عن الكثير من الانتقادات التي وجهت للتعريف الأخرى.

2 تعريف الوقف في التشريع الجزائري

عرّف المشرع الجزائري الوقف من خلال نص المادة الثالثة من قانون الأوقاف رقم 91.10 (الجريدة الرسمية، 1991)، حيث جاء في صلب المادة: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير".

ولعل من أبرز الملاحظات والاعتراضات التي يمكن تسجيلها على هذا التعريف مايلي: يُمكن أن يُعترض على هذا التعريف أنه لا يشمل وقف المنافع والحقوق على الرغم من أن المشرع الجزائري نص على إمكانية وقفها في المادة 11 من القانون 91.10، حيث إن استعماله لعبارة "حبس عين" يُخرج وقف المنافع والحقوق، مع أن قانون الأسرة كان واضحًا في النص على شمول الوقف لكل من الأعيان والمنافع والحقوق.

كما أنه يمكن الاعتراض على هذا التعريف أنه لم يشمل الوقف الخاص رغم اعتراف هذا القانون به، ومنه فحتى يكون التعريف جامعًا شاملاً لنوعي الوقف العام والخاص، كان من

الأفضل إضافة عبارة "في الحال والمآل" أو "ابتداء وانتهاء" حيث إن الحال والابتداء لقصد الوقف العام المباشر، أما المآل والانتفاء فيُقصد به أن يكون الوقف خاصاً في الابتداء، وينتهي عامًا (رمول، 2006، صفحة 29).

وفي المجمل يمكن القول: إن التعريف الأصح الذي كان ينبغي للمشرع الجزائري أن يعتمده هو التعريف الوارد في قانون الأسرة، وذلك لبساطة عبارته وإيجازها ودقتها، إضافةً إلى خلوه من التعارض الذي وقع فيه المشرع من خلال المادة 03 من قانون الأوقاف، خاصة في استيعابه. قانون الأسرة. لما يمكن وقفه من أعيان ومنافع وحقوق من خلال توظيفه لعبارة "حبس مال" وهو الذي نجده في الكثير من التشريعات العربية.

2.2 التعريف بشخصية جوزيف لوسيو

لم أقف على ترجمة أو دراسة تُعرِّف به تعريفًا وافيًا، إلا ما جاء من قبل مترجمة الكتاب، الباحثة الدكتورة (نجيبة أغراي) التي استقتها بدورها ممن عايش جوزيف لوسيو، فهو باحثٌ فرنسيُّ الأصل، تعود جذوره إلى جزيرة كورسيكا (جنوب فرنسا)، التي ولد بها سنة 1897م، وقد عاش في المغرب ما يقارب النصف قرنٍ من الزمن من سنة 1919م إلى غاية سنة 1967م، متنقلًا بين وظائف سامية أغلبها كان مرتبطًا بمجال الوقف الإسلامي، ولعل أبرزها رئيسًا لمصلحة الأحباس 1942، ثم تدرج في الوظائف إلى أن تمّ تعيينه مراقبًا عامًا للأحباس بالمغرب سنة 1954م، إلى أن أُحيل سنة 1967م على التقاعد ليطلب حينها من ملك المغرب آنذاك الحسن الثاني. رحمه الله. أن يسمح له بالرجوع إلى فرنسا أين تُوفي بها سنة 1984 (لوسيو، 2010، صفحة 14).

أما عن تحصيله العلمي فقد حصل على إجازة من مركز الدراسات القانونية بالرباط، ثم تحصل بعدها سنة 1927م على شهادة الدكتوراه في الحقوق، له العديد من الإسهامات والدراسات العلمية في مجال الوقف الإسلامي إضافةً إلى كتابه محل الدراسة (المؤسسات الحبسية في المغرب من النشأة إلى سنة 1956م) نجد أيضًا من أهم أعماله: الأحباس في المغرب (Les Habous au Maroc) وهو عبارة عن محاضرة أُلقيت في المغرب سنة 1928م.

عقارات الحبوس في المغرب من خلال التقارير الاقتصادية للمغرب (les biens habous au Maroc in bulletin Economique du Maroc)، وهو عبارة عن بحث تمّ تقديمه سنة 1934م.

الأحباس في الاقتصاد المغربي (Marocaine Les Habous dans l'économie)، وقد قُدِّم هذا البحث سنة 1938م.

الحبوس أو الوقف (بين المذهب المالكي والحنفي) ("Le Habous ou Waqf rites malékites et hanafites")، وهو بحث قُدِّم سنة 1942م.

المكتبات الوقفية في المغرب (Les Bibliothèques Habous au Maroc)، وهو بحث تمّ تقديمه سنة 1955م (لوسيوني، 2010، صفحة 15).

3. الخصوصية الفقهية والقانونية لوقف الإسلامي وموقف الفكر الغربي منها

1.3 خصوصية الوقف الإسلامي:

إن الأمم قبل الإسلام على اختلاف دياناتها ومعتقداتها عرفت أنواعاً كثيرةً من التصرفات المالية المشابهة لنظام الوقف الإسلامي، وكفيّنا تدليلاً على ذلك القول بأن جميع الأمم قبل الإسلام كانت تمارس العبادة على طريقتها التي تعتقدها، هذا التعبد فرض وجود أماكن للعبادة، يجتمع فيها القوم وتمارس فيها العقيدة.

ولما كانت هذه المعابد قائمةً منذ القدم، ثابتةً في المجتمعات القديمة كما هي في المجتمعات الحاضرة، كان لابد لها من عقارات تُرصد عليها وينفق من غلاتها على القائمين عليها، ولا توجيه لمثل هذه المعابد وما رُصد عليها إلا على أنّه في معنى الوقف الإسلامي (غولي، 2006، صفحة 19).

وإذا كانت الأوقاف . كما يقول البعض . أو ما في معناها معروفة قبل الإسلام، فإنّ الفرق بينها وبين الحبس عند المسلمين هو: أن أحباس الجاهلية موضوعة لغرض الفخر، بخلاف أحباس المسلمين، فإنّ الأصل فيها أن تكون قربة لله، فالإمام الشافعي . رحمه الله . لم ينف وجود الحبس مطلقاً حينما قال: "ولم يحبس أهل الجاهلية داراً ولا أرضاً فيما علمت" (الدردير، 1995، صفحة 97)، وإنّما نفى وجوده من جهة انتفاء وجود القربة بالمنظور الإسلامي وهو شرط في صحة الوقف عنده، فما وُقف على معبد لا تقام فيه العبادة

الصحيحة التي يرتضيها الله ورسوله لا قرينة فيه من المنظور الإسلامي، وإن كانت موجودة بمنظورهم.

وعليه فإن فكرة حبس العين عن التملك والتملك، وجعل منافعها مخصصةً لجهة معينة فكرة قديمة، ومعروفة قبل ظهور الإسلام بزمان بعيد، ولكن الوقف في الإسلام له خصوصيته من حيث طبيعته الدينية، ومن حيث سعيه، ومن حيث تنظيماته الدقيقة مقارنةً مع غيره من الأنظمة الخيرية في الدول الغربية في العصر الحديث، ناهيك عن العصور السابقة (غولي، 2006، صفحة 19).

2.3 موقف الفقهاء الغربيين من خصوصية الوقف الإسلامي:

شبه الفقيه لوسيووني نظام الوقف خاصة في جانبه المتعلق بطبيعة ملكيته بما هو معروف عند الألمان بتسمية (ستيفتونغ LA STIFTUNG)، وهو نظام جاء النص عليه في القانون المدني الألماني، ينشأ وفقاً لإرادة أحادية الجانب، بشرط حصوله على موافقة السلطات العامة، وهو النظام نفسه المعروف في سويسرا غير أن الفرق بينه وبين ما هو مشتهر في ألمانيا عدم اشتراط الترخيص من قبل السلطات العمومية (لوسيووني، 2010، صفحة 61).

ولم يعط لوسيووني تفصيلات أخرى حول هذا النظام بشكلٍ يُمكننا من الوقوف بكل موضوعية على أوجه الشبه والاختلاف بينه وبين نظام الوقف الإسلامي.

3.3 موقف الفقيه جوزيف لوسيووني من فكرة الوقف الإسلامي

يذكر جوزيف لوسيووني في معرض حديثه عن تأصيل الوقف من الناحية القانونية إلى أنه في القانون الفرنسي القديم والحديث لم يكن بالإمكان إنشاء المؤسسات الخيرية إلا بطريقة غير مباشرة، بحيث تُمنح العطايا والتبرعات لشخص معنوي معترف به قانوناً ليتبنى مشروع العمل الخيري، وغالباً ما يتمثل هذا الشخص المعنوي في الكنيسة، فالراغبون في إقامة مثل هذه المشاريع والمؤسسات يحولون ثرواتهم إلى الكنيسة مع تكليفها بتحقيق الهدف أو الغرض الذي حثّ على العطاء، كل ذلك رغم اعتراف المنظومة القانونية الغربية بفكرة الشخصية المعنوية وتأصيلها لأحكامها المختلفة، على خلاف ما كان سائداً لدى القانون الإسلامي، وإن كُنّا نخالفه في أن القانون الإسلامي. كما يسميه جوزيف لوسيووني. لا يعترف في أدبياته بوجود مفهوم الشخصية المعنوية، ففكرة الشخصية المعنوية حقيقةً لم تحض في

الفقه الإسلامي بنفس التأصيل والتنظيم الذي حضيت به في القوانين الغربية، لكنّه اعترف بماهيته وإن لم يسمّها، بل القول بصفة أدق أن أدبيات الفكر الإسلامي قديماً لم تعرف مصطلح (الشخصية المعنوية) كمصطلح يعبر عن مدلول معين، وذلك راجع إلى حداثة المصطلح الذي هو وليد الإرهاسات الفكرية الغربية حديثاً، وكذا انعدام الحاجة إلى هذا المصطلح عند المسلمين بسبب وجود بديل له عندهم.

فإذا كان فقهاء القانون قد جعلوا فكرة الشخصية القانونية أساساً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات سواءً أكانت هذه شخصيةً طبيعيةً أم معنويةً، فإنّ فقهاء الشريعة الإسلامية قد جعلوا فكرة الذمة هي الأساس، لذلك قال السرخسي في بيان أساس أهلية الوجوب: "أصل هذه الأهلية لا يكون إلا بعد ذمة صالحة لكونها محلاً للوجوب، فإنّ الذمة هي المحل، ولهذا يضاف إليها ولا يضاف إلى غيرها...ولهذا اختصّ به (الوجوب) الآدمي دون سائر الحيوانات التي ليس لها ذمة صالحة"، فالذمة هي أساس الحقوق والالتزامات (زكرياء، 2006، صفحة 60).

ويبرر جوزيف لوسيو وجود فكرة الوقف في المنظومة التشريعية الإسلامية بأن مرونة القانون الإسلامي وابتعاده عن التمسك بالشكليات واحترامه لمبدأ سلطان الإرادة هي التي كانت وراء تجسيد فكرة الوقف، فالفقه الإسلامي . في نظره . اعترف مبكراً بقدرة الإرادة وصلاحياتها وكفايتها لتخصيص الممتلكات بصفة دائمة لصالح عمل أو تحقيق خدمة دينية، وذلك حتى يشكل رصيلاً مستقلاً ومنفصلاً من أجل ضمان سير سليم وغير محدود لهذا العمل أو الخدمة الدينية، ليعترف جوزيف لوسيو في النهاية بأن نظام الوقف الإسلامي منح طريقاً يُعدّ بحق أسلوباً جديداً للملكية .

4. موقف الفقه الإسلامي من الملكية الوقفية

لا يمكن بحث موقف الفقه القانوني الغربي من الطبيعة القانونية للملكية الوقفية دون الوقوف على طبيعة هذه الملكية في الفقه الإسلامي باعتباره الحاضن الأول لفكرة الوقف، والمنطلق الأول الذي انطلق منه هؤلاء الفقهاء الغربيين لبحث هذا الموضوع، وعليه يأتي هذا المبحث لبيان اختلاف الفقهاء المسلمين في تكيفهم لطبيعة الملكية الوقفية.

تعدّ ملكية الوقف من المسائل التي كثر الاختلاف حولها وتشعبت الآراء بشأنها، لما تكتسبه من أهمية بالغة في تحديد مصير العين الموقوفة، وضمان استقرار واستمرارية الوقف في

دعمه لخدمات المجتمع المدني شعائريةً كانت أم تعليميةً أم صحيةً أم غيرها، وتحقيق ما يسمى باستقلالية الملك الوقفي.

ويمكن القول في الجملة أنه قد ثارت بشأن ملكية العين الموقوفة ثلاثة آراء فقهية بارزة، ارتكزت كلها على القواعد والمقاصد العامة للشريعة الإسلامية، باعتبار انعدام نص صريح يحدد مآل الملك الوقفي.

1.4 بقاء العين الموقوفة على ملك الواقف

ذهب بعض المالكية وهو المشهور عندهم (النفراوي، 1955، صفحة 225) إلى أن الوقف لا يُخرج العين الموقوفة عن ملكية واقفها، بل تبقى على ملكه، ولا يحق له بيعها أو هبتها ولا أن تورث عنه، كل ذلك في غير المسجد، إذ المساجد لله ولا تخضع لملكية أحد من الناس، هذا بخلاف الغلة فإن ملكيتها تعود للموقوف عليهم، والغلة تشمل أجرة الموقوف والثمرة واللبن ونحو ذلك، لا الولد فإنه يتبع الذات.

واستدل هذا الفريق على بقاء ملكية الموقوف للواقف بمجموعة من الأدلة العامة نذكر منها:

أ. إن قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب رضي الله عنه في بعض الروايات: "إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا" (البخاري، 2001، صفحة 198)، فتحبيس الأصل لا يقتضي خروجه عن ملك الواقف، بل إقراره على ملكه.

ب. إن الوقف إنما هو تصرف في غلات الأعيان الموقوفة، ويصح أن يتجاوز ذلك إلى الأعيان إلا بالقدر الذي يلزم لاستيفاء الغلات منها، و ذلك لا يقتضي أن تخرج الأعيان من ملك أصحابها (زهرة، 1971، صفحة 100).

2.4 انتقال العين الموقوفة إلى ملك الموقوف عليهم

ذهب الحنابلة في المشهور عندهم (البناء، 1994، صفحة 771)، إلى أن الوقف يُخرج العين الموقوفة من ملكية الواقف إلى ملك الموقوف عليهم، لكن ملكيتهم للعين الموقوفة ملكية ناقصة تُتيح لهم الانتفاع بأعيان الوقف دون التصرف في الرقبة، وترتب على هذا الرأي أيلولة العقارات الموقوفة إلى الموقوف عليهم عند انتهاء الوقف لأي سبب من الأسباب، كما

تقع عليهم مصاريق الوقف إذا لم تكن له غلة، وبذلك تنتهي سلطة الواقف على وقفه إلا بما يرد من شروط قرّرها عند قيامه بالوقف.

واستدل هذا الفريق على ما ذهب إليه بأدلة منها:

أ. إن الوقف من أنواع القُرب فأشبهه الصدقات، والمعلوم أن الملكية بعد التصديق إنما تنتقل إلى المتصدق عليه، فكذلك الوقف.

ب. إن الوقف لا يُخرج الموقوف عن المالية، إذ تبقى العين بعده مالاً يستلزم وجوده تحت يد تملكه، وامتناع بيع الوقف لا يقتضي بقاءه دون مالك أو على أن الموقوف عليه لا يملكه، لأن السيد لا يبيع أم الولد وهي ملك له (البناء، 1994، صفحة 771).

3.4 خروج العين الموقوفة من ملك الواقف إلى حكم ملك الله تعالى

ومعنى ذلك أن يُخرج الوقف العين الموقوفة من ملك واقفها إلى حكم ملك الله تعالى، وبهذا الرأي قال الحنفية (القدوري، 1997، صفحة 127)، والراجح من مذهب الشافعية (الماوردي، 1999، صفحة 88)، واستدل هذا الفريق هو الآخر بمجموعة من الأدلة من أبرزها:

أ. قالوا إن الذي يُفهم من قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب رضي الله عنه: ((تَصَدَّقْ بِأَصْلِهِ، لَا يَبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ، وَلَكِنْ يُنْفَقُ ثَمَرُهُ)) أنه صلى الله عليه وسلم إنما أَمَرَ عمر بأن يتصدق بأصل المال الموقوف، والتصدق بالأصل يقتضي خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف لا إلى ملك أحد من العباد؛ لأن لفظ "الصدقة" يقتضي خروجها إلى ملك الله عز وجل؛ ولأن الأصل في المتصدق أن يقصد بصدقته وجه الله سبحانه وتعالى، وليس للموقوف له إلا ناتج العين الموقوفة.

ب. إن حكم الوقف بعد موت الواقف كحكمه في حياة واقفه، والواقف لا يبقى له بعد الموت ملك بالاتفاق فدل على أنه لم يكن له في الحياة ملك بالقياس (صبري، 2008، صفحة 169).

5. الأطروحات الغربية بشأن الطبيعة القانونية للملكية الوقفية

تجاذب دراسة وبحث الطبيعة القانونية للملكية الوقفية العديد من الباحثين الغربيين

عمل جوزيف لوسيوني على حصرهم وانتقاد آرائهم.

1.5 : أطروحة الفقيه "كلافال M.Clavel" وموقف جوزيف لوسيوني منها

يرى الفقيه (كلافال M.Clavel) بأن الحبس يقوم بنقل الملكية من ذمة المحبس إلى ذمة العمل الخيري الذي يُعتبر شخصا قانونيا معنويا، ويُفَرَّقُ بين الملكية الوقفية العامة والملكية الوقفية الخاصة، حيث إن نقل الملكية في الوقف العام ينصب على العين الموقوفة بأكملها، والمقصود بنقل العين الموقوفة بأكملها نقلُ رقبته ومنفعتيها معاً لجهة خيرية عامة، أما نقل الملكية في الوقف الخاص فيقتصر على ملكية الرقبة فقط التي تُنقل إلى ذمة العمل الخيري باعتبار أن الوقف الخاص (المعقب والعائلي) سيؤول في نهايته إلى جهة عامة، في حين ستؤول منفعتيها لشخص أو مجموعة من الأشخاص يحددهم الواقف.

هذه الأطروحة . كما يذكر جوزيف لوسيني . تبناها القضاء الجزائري والتونسي، وأقرها التشريع المصري والمغربي في تلك الفترة (لوسيني، 2010، صفحة 56).

انتقد الفقيه جوزيف لوسيني هذه الأطروحة انطلاقاً من أنّ فكرة الشخصية المعنوية فكرة غريبة عند الفقهاء المسلمين، وبالتالي لا يمكن القول إنّ "الحبس يقوم بنقل الملكية من ذمة المحبس إلى ذمة العمل الخيري الذي يعتبر شخصا قانونيا معنويا"، فالمسجد في التراث الفقهي الإسلامي . حسب لوسيني . لم يُعتبر أبداً كياناً قانونياً ولا حقوقياً، إذ بقي دائماً مجرداً من أيّ تمثيلية، فالقاضي والناظر ومختلف رجال الحقل الديني (إمام، خطيب، مؤذن) لهم اختصاصات معينة مجردة من أيّ تمثيلية للأعباس، فهو فقط متلقٍ، له نصيبه من مداخيلها، ليختم جوزيف لوسيني انتقاده لأطروحة كلافال بقوله: "ومع ذلك حتى ولو كانت الشريعة الإسلامية قد أبرزت مفهوم الشخصية المعنوية والاعتبارية ظلت أطروحة M.Clavel غير مقبولة لأنّه في الغالب لا يمكن تصور وجود شخص بإمكانه تسلم ملكية ثروة محبسة"، إلى أن يؤيد انتقاده بعبارة تهكمية جاء فيها: "يوجد بفاس حبس فريد من نوعه، يقوم على تخصيص دخل مجموعة من البنايات لعلاج اللقالب المريضة، فمن الصعب نقبل أن ملكية هذه البنايات تعود للّقالب" (لوسيني، 2010، صفحة 57).

5 أطروحة الفقيه (مرسي M.Mercier) وموقف جوزيف لوسيني منها

تقضي أطروحة الفقيه (مرسي M.Mercier) أن الوقف هو هبة انتفاع على وجه التأييد لفائدة الفقراء، أو مؤسسة دينية، أو ذات نفع عام يحدده المحبس الذي يحبس المنفعة

ويظل الأصل في حيازته، هذا الأصل الذي لا يمكن بيعه ويبقى موقوفاً يُؤمّن صرف المنافع للمستفيدين (لوسيووني، 2010، صفحة 57).

انتقد الفقيه لوسيووني هذه الأطروحة من عدة أوجه:

أ. رأى أنها تخالف الواقع المعمول به في المنظومة الوقفية، إذ لو صحّت أطروحة (مرسيي M.Mercier) لوجب انتقال المال المحبّس للورثة، بيد أن جميع عقود الحبس تقضي بصريح عبارتها على أن الملك المحبّس لا يدخل في ملكية المحبّس، ولا يمكن بأيّ وجه من الأوجه إدخاله في أيّ تركة كانت.

ب. ذهب إلى أنه في تاريخ الأوقاف العديد من الأوقاف التي يزيد عمرها على عشرات السنين يُجهل واقفوها، ولو كان أصل الوقف يبقى في حيابة الواقف وتحت ملكيته. كما يذكر (مرسيي M.Mercier). لما أمكن تصور جهل أصحاب هذه الأوقاف بأملآكهم الوقفية، لعادة الناس في تتبع مثل هذه التركات.

ج. يرى لوسيووني أن الفقيه مرسيي استند في موقفه لسوء فهم منه لرأي المذهب المالكي من مسألة الملكية الوقفية، وحاول في معرض انتقاده أن يرد هذا الفهم لما يتوافق والمقصود الحقيقي لفقهاء المذهب من المسألة، كل ذلك من خلال النقاط الآتية:

ج/1. واجه الفقيه لوسيووني زميله مرسيي بما جاء في المذهب المالكي بشأن مآل الملكية الوقفية، من أنّ هذا الأخير يوجب على المحبّس رفع اليد على الشيء المحبّس كشرط لنفاذ الوقف، ليقوم بتسييره موظف (ناظر) تحت سلطة القاضي، وإن تعرض الحبس لأيّ نوع من أنواع الاعتداء فالنّاظر وحده من له حق التدخل تحت إشراف القاضي لرفع دعوى الاستحقاق، فلا المحبّس ولا ورثته لهم حق التدخل، بل يُسمح لهم كباقي المسلمين بإبلاغ القاضي أو السلطات بالاعتداءات الصادرة في حق الحبس سواءً أكانت من الناظر أم من غيره، ليختم ردّه بالقول: "أليس هذا دليلا على أنه لم يعد لهم أيّ حق على الملك المحبّس" (لوسيووني، 2010، صفحة 59).

ج/2. يرى الفقيه لوسيووني أن زميله مرسيي استند في موقفه إلى رأي ابن عرفة المالكي الذي عرّف الوقف على أنّه: "الحبس هو إعطاء منفعة الشيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا" (عرفة، 1993، الصفحة 540)، فبمقتضى تعريف ابن عرفة يبقى الملك المحبّس تحت ملكية المحبّس، إلا أنّ هذا الرأي. حسب لوسيووني. ليس محل اتفاق بين فقهاء

المذهب، لينقل لنا. لوسيووني. فتوى ابن حماد المالكي وأبو علي الحسن الونشريسي اللّتين تُثبتان أن رأي ابن عرفة ليس محل إجماع، حيث نقل عن الأول قوله: " رأي مالك يختلف حول الشيء المحبّس يزور أم لا ؟ حسب بعضهم فإن الشيء المحبس يبقى في ملكية المحبس ويتوقف فقط على امتلاك منافعه، وحسب بعضهم الآخر فإن الحبس يزول عن ملكية المحبس وينتقل إلى الله"، ونقل عن الونشريسي قوله: "الرأيين. المذكورين أعلاه. مشهوران، وقد ذكرهما ابن رشد وآخرون حسب رواية موسى في الصلاة" (لوسيووني، 2010، صفحة 59).

. استند أيضا الفقيه لوسيووني في انتقاده لموقف مرسبي إلى واقع الأملاك الوقفية، حيث يرى أن هذا الواقع يثبت أن استفادة المؤسسات الدينية من أملاكها الوقفية وتجزئاتها الحبسية يقتصر في الغالب على تحصيل العائدات الإيجارية، في حين أن الانتفاع الفعلي بهذه الأملاك انتقل إلى الغير بصفة دائمة، وهذه الوضعية القانونية. في رأي لوسيووني. لا تترك أي مجال لحق ملك الرقبة لمصلحة المحبس أو ورثته.

3.5 أطروحة الفقيه (دوجي Duguit) وموقف جوزيف لوسيووني منها

انطلق لوسيووني في التمهيد لانتصاره لأطروحة الفقيه (دوجي Duguit) من القول إن العديد من فقهاء القانون الغربيين على غرار الفقيه (سالي Saleilles) يعتبرون المؤسسة الوقفية النموذج الأمثل للشخص القانوني، لكن الفقيه (دوجي Duguit) يعتقد أن مفهوم الشخصية القانونية مصطلح مزعج ولا حاجة إليه في تبرير الطبيعة القانونية للملكية الوقفية، فالوقف في نظر (دوجي Duguit) حالة اجتماعية محمية، مشروطة بعقد ملزم، محدد بهدف شرعي يتشكل تلقائيا دون الحاجة للبحث عن وجود أو عدم وجود كيانه القانوني.

ولا يحق للسلطات العمومية أن تعطي أو ترفض الترخيص لمثل هذه الحالات، بل تتدخل فقط لتضمن أن التنظيم والتسيير يسيران وفق إرادة المحبس، فهي ملزمة بمقتضى القانون الوضعي بالتدخل لضمان تنفيذ وضعية تمت إقامتها بشكل قانوني، لأنها ناتجة عن عقد إرادي يتماشى وقواعد القانون الوضعي.

ليختم الفقيه لوسيوني انتصاره لموقف (دوجي Duguit) بالقول: "وإن اعتبرنا أن التشريع الإسلامي لم يتطرق إلى مفهوم الشخصية القانونية، أقول إن الحبس في بلاد الإسلام كان ولا يزال يشكل دليلاً داعماً لأطروحة (دوجي Duguit)" (لوسيوني، 2010، صفحة 62).

4.5 موقف الفقهيين (ميسينا Messina) وجوزيف لوسيوني من فكرة انتقال الملكية لله تعالى.

يرى الفقيه لوسيوني أن اتفاق فقهاء المذهب الحنفي على انتقال الملكية الوقفية لله تعالى، لا يعني أنهم يعتقدون أن الله تعالى أصبح مالكاً للمحل كما يملك الأشخاص، وإنما المقصود بذلك أن الملك فقد ميزة الملكية الخاصة، وإنه منذ الآن ليس ملكاً للمحبس ولا للمحبس عليه، فكل ما يحمل طابع المنفعة العامة، وليس ملكاً لأحد معين، فإنه ملك لله تعالى كما يرى لوسيوني.

ويقول الفقيه (ميسينا Messina) مؤولاً هذه العبارة (ملك الله تعالى): "إن الحبس يُخرج الشيء لا فقط من المال، ولكن بصفة عامة من نطاق الأملاك الدنيوية لئدرجها في نطاق أسى من العلاقات يتجاوز جميع الإرادات حيث تغيب فيها كل سلطة" (لوسيوني، 2010، صفحة 60).

ويرى في هذا السياق الفقيه لوسيوني أن الإمام الشافعي هو صاحب النظرية الوحيدة والصحيحة حول الطبيعة القانونية للحبس التي تتطابق مع الواقع، حيث يعتقد أنه لا حاجة إلى تصور أن الله هو المالك، فهو يصرح بكل دقة وبكل صراحة أكثر من العلماء المسلمين الآخرين. على حدّ تعبير لوسيوني. أن الوقف يؤدي إلى فقدان الملكية دون نقلها إلى شخص آخر.

فالمحبس يتخلّى مطلقاً وقطعياً عن حقّه في الملكية، حيث يخصصه إلى الأبد لتحقيق خدمة أو عمل يحدده، ويتولى إدارة هذا الملك مُسيّر يسيره، لا لمصلحته الشخصية، ولا لحساب أيّ أحد، ولكن لتحقيق الغاية المتوخاة من الوقف المنصوص عليها في العقد، وهكذا نجد

أنفسنا أمام دمة حرة ومستقلة، ومؤسسة لا تعمل إلا طبقاً للهدف المسطر لها (لوسيني، 2010، صفحة 61).

6. خاتمة:

في ختام هذه الورقة البحثية يمكن تسجيل أهم النتائج الآتية :

1. لقد كان للفكر الغربي اهتمام بالغ بموضوع الوقف، سواءً في شقه التاريخي والاجتماعي، أو في شقه القانوني التشريعي، وما تعدد أطروحات الفقهاء الغربيين بخصوص الطبيعة القانونية للملكية الوقفية إلا دليل على ذلك.
2. لم تتفق مواقف الفكر القانوني الغربي بشأن الطبيعة القانونية للملكية الوقفية، ومرجع ذلك يعود بالأساس إلى جهل الفكر الغربي بهذا النمط من الملكية.
3. إن المستقرى لمواقف فقهاء القانون الغربي بشأن الطبيعة القانونية للملكية الوقفية سيقف على خصوصية نظام الوقف الإسلامي بشكلٍ يمكن معه نسف أي ادعاءٍ بعالمية فكرة الوقف.
4. لم يكن موقف بعض الفقهاء الغربيين من فكرة الوقف الإسلامي موضوعياً، فهم من جهة يؤكدون على أن الوقف يؤسس لنمط جديد من الملكية ليس له نظير فيما سبقه من التشريعات، ويحاولون في نفس الوقت من جهة أخرى تشبيهه بأنظمة غربية معروفة في ألمانيا وسويسرا.
5. انطلق بعض الفقهاء الغربيين في تفسيرهم وبحثهم في الطبيعة القانونية للملكية الوقفية من الموروث الفقهي الإسلامي، ويظهر ذلك من خلال ترجيحهم واختيارهم لبعض الآراء الفقهية كما حدث مع الفقيه جوزيف لوسيني، في حين حاول البعض الآخر تفسير هذه الطبيعة القانونية للملكية الوقفية بعيداً عن هذا الموروث.
6. يمكن القول إن الموقف السلبي للاستعمار الغربي في العالم الإسلامي وبالأخص الفرنسي من ظاهرة الوقف الإسلامي لم يكن سببه دائماً الخوف من الاستقلالية المالية التي كان يتمتع بها الوقف، وإنما من أسباب هذا الموقف أيضاً عدم استيعاب تشريعاتهم لهذا النمط من الملكية الذي لم يكن معروفاً لديهم.

7. أظهر العديد من الفقهاء الغربيين تمكناً لافتاً في استيعاب منصوصات الفقه الإسلامي، ليس فيما كان مدوناً فحسب، بل حتى ما كان مخطوطاً منها ويصعب الرجوع إليه إلا لذوي الاختصاص، ويُعد الفقيه جوزيف لوسيني مثلاً بارزاً في ذلك .

7. قائمة المراجع:

- 1 . ابن فارس. (1989). معجم مقاييس اللغة (المجلد 6). بيروت، لبنان: دار الفكر.
- 2 . ابن منظور. (2005). لسان العرب (الإصدار 3، المجلد 9). بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية.
- 3 . أبو الحسن الماوردي. (1999). الحاوي الكبير (الإصدار 1، المجلد 17). بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية.
- 4 . أبو زهرة. (1971). محاضرات في الوقف (الإصدار 2). القاهرة، مصر: دار الفكر العربي.
- 5 . أبو علي ابن البنا. (1994). المقنع في شرح مختصر الخرق (الإصدار 2، المجلد 2). الرياض، المملكة العربية السعودية: مكتبة الرشد.
- 6 . أحمد الدردير. (1995). الشرح الصغير (المجلد 4). بيروت، لبنان: دار الفكر.
- 7 . الجريدة الرسمية. (8 مايو، 1991). قانون الأوقاف 10-91. (21). الجزائر.
- 8 . القدوري. (1997). مختصر القدوري في الفقه الحنفي (الإصدار 1). بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية.
- 9 . بن تونس زكرياء. (2006). المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال قانون الأوقاف الجزائري. الجزائر: كلية أصول الدين.
- 10 . جوزيف لوسيني. (2010). المؤسسات الحبسية في المغرب من النشأة إلى 1956م (الإصدار 1). الرباط، المملكة المغربية: دار أبي الرقراق.
- 11 . خالد رمول. (2006). الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر (الإصدار 2). الجزائر: دار هومة.
- 12 . شهاب الدين النفراوي. (1955). الفواكه الدواني (المجلد 2). القاهرة، مصر: مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده.

- 13 . عبد الرزاق القرّة غولي. (2006). أثر الوقف الإسلامي ودوره في إشاعة التراحم وتعزيز روابط الحضارة. الشارقة، الإمارات العربية المتحدة: دار البدر.
- 14 . عكرمة سعيد صبري. (2008). الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق (الإصدار 1). عمان، الأردن: دار النفائس.
- 15 . محمد بن اسماعيل البخاري. (2001). الجامع الصحيح (الإصدار 1، المجلد 3). بيروت، لبنان: دار طوق النجاة.
- 16 . موفق الدين بن قدامة. (1983). المغني (المجلد 6). بيروت، لبنان: دار الكتاب العربي.