

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

تفعيل قصد الواقف من شرطه إعمالا للمصلحة (على ضوء الفقه المالكي والقانون
الجزائري)

**The implementation of the founder's intent from his condition in
accordance with the best interest (in light of Maliki jurisprudence and
Algerian law)**

حسين زيغمي *

جامعة وهران 1 أحمد بن بلة، h.aflou@yahoo.com

تاريخ النشر: 2025/06/01	تاريخ القبول: 2025/04/01	تاريخ ارسال المقال: 2025/03/01
-------------------------	--------------------------	--------------------------------

* المؤلف المرسل

الملخص:

حظيت تنمية الأوقاف باهتمام كبير لدى الفقهاء قديما وحديثا، من أجل تحقيق مقاصده السامية في المجتمعات والتي أعظمها سد حاجات المحتاجين بالتصدق بالمنفعة مع بقاء الملك، غير أنه قديما كان ينظر إليه من جانب شرط الواقف والتزام به دون مراعاة قصده فحجر عليه أحيانا حيث لم تكتمل المنفعة أو انعدمت بسبب خرابه وعدم تجديده. مع أننا نجد قديما وحديثا ممن أعمل مقاصد الواقف حين اختل شرطه سواء من مبدئه أو حين استنفذت طاقاته الحيوية.

الكلمات المفتاحية: الوقف؛ الشرط؛ القصد؛ المصلحة.

Abstract :

The development of endowments (awqaf) has garnered significant attention from scholars both in the past and present, with the aim of fulfilling its noble objectives in societies, the foremost of which is meeting the needs of the poor by donating benefits while retaining ownership. However, in the past, the focus was primarily on adhering to the stipulations set by the founder without considering their true intent. This sometimes resulted in restrictions, especially when the benefit from the endowment ceased or diminished due to its deterioration and lack of renewal. Nonetheless, both historically and in modern times, there have been those who have applied the founder's objectives when the condition was not met, whether from the outset or after its vitality had been exhausted.

Keywords: Endowment; Condition; Intent; Interest.

مقدمة:

من منطلق إعمال المصلحة في الأوقاف - كونه من أعمال البر والإحسان - أعالج في هذا المقال جانبا مهما من جوانب الوقف، ألا وهو تفعيل المنفعة باعتبار قصد الواقف لا ما تضمنه لفظ شرطه، وانطلاقا من أحكامه الفقهية في المذهب المالكي تحقيقا لهذا الغرض، معرجا على مواد في القانون الجزائري للوقف (ق ج و) أشارت إلى مضمون ما نحن بصددده.

إشكالية الدراسة: فما هو شرط الواقف؟ وما مدى استمراريته؟ وكيف عالج الفقه المالكي والقانون الجزائري؟ وكيف يتم تفعيل قصد الواقف واعتباره دون لفظه؟.

هذا ما أحاول الإجابة عليه وفق محورين أساسيين تحت كل واحد منهما مباحث مشتملة على مطالب وفروع، متبعا المنهج والفرضيات التالية:

منهج الدراسة: سلكت في إعداد هذا البحث المنهج الاستقرائي التحليلي، بما يخدم طبيعة البحث، وذلك بتتبع مقاصد الوقف في الفقه المالكي والقانون الجزائري للوقف (ق ج و)، مع وتحليل الألفاظ.

فرضيات الدراسة: من خلال الإشكالية المطروحة ووفقا للمنهج المتبع يمكن التوصل إلى الفرضيات التالية:

- يغلب على الظن أن شرط الواقف لا بد فيه من الالتزام بلفظه، غير أن قصده في الوقف معتبر ابتداء ودواما بما يخدم المصالح العامة.

- جاءت نصوص (ق و ج) مقتصرة على ألفاظ قليلة احتوتها مواد معدودة، غير أنها أحالت على الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص قانوني، مما يجعل الأمر سائغ ينضب بما يخدم مقاصد الوقف والتي من بينها اعتبار قصد الواقف دون لفظه.

الهدف من البحث: يهدف هذا البحث إلى بيان اعتبار قصد الواقف من خلاله اشتراطه في الوقف ومدى استمراريته، تفعيلاً له وإعمالاً للمصلحة بما يحقق الغرض الأسمى للتشريع في جانب التبرعات. والله الموفق.

المحور الأول: تعريف الوقف والشرط وحكم الوقف وحكمته.

المبحث الأول: تعريف الوقف لغة واصطلاحاً

وفيه تعريف الوقف لغة مع بيان مرادفه، وتعريفه في اصطلاح الفقه المالكي و(ق ج و).

المطلب الأول: تعريف الوقف في اللغة

سنحاول تعريفه من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: الوقف: المنع والحبس، لغتان فيه: أوقف يوقف إيقافاً، ووقف يقف وقفاً. يقال وقفت الأرض أو الدابة وغيرها أوقفها وقفاً، على كل شيء حبسته، ويجمع على أوقاف، هذه لغة فصيحة مشهورة، على وزن فعلته فَعَلَ. وأوقفت بالألف لغة تميم أنكرها الأصمعي.¹

الفرع الثاني: الحُبْسُ: هو المنع، مصدر حبسته أحبسه حبساً ثم أطلق على الموضع، يجمع على حبوس كفلس وفلوس، وهو بمعنى وقفته فهو حبيس، ويجمع حُبُس كبريد وبرد، وأما أحبسته بألف نفس المعنى فهو محبوس.²

الفرع الثالث: المنع: تحجير الشيء، يقال: منعه من كذا، وعن كذا، فمقتضى المنع أن تحول بين إرادة الرجل والشيء الذي يريده، بخلاف الإعطاء. يقال مَنَعَهُ حَقُّهُ ومن حَقُّهُ؛ لأنه بمعنى الحيلولة بينهما.³ من خلال الفروع الثلاث نجد أن الوقف سمي وقفاً؛ لأن العين موقوفة، وعبر عنه بالحبس فسمي حُبْساً؛ لأن العين محبوسة، كما أنه يطلق على معان أخرى في اللغة، أهمها ما ذكرناه لاصطلاح الفقهاء عليه وإدراجهم إياه في مؤلفاتهم.

المطلب الثاني: تعريف الوقف في اصطلاح الفقه المالكي

في التعريف الاصطلاحي نجد أن الفقهاء عموماً منهم من يعبر بالحبس وبعضهم يعبر عنه بالوقف وعرف المالكية الوقف بتعريفين:

الفرع الأول: عرفه الإمام ابن عرفة رحمه الله عليه بأنه: "إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، لازماً بقاؤه في ملك معطيه، ولو تقديرًا".⁴

هذا التعريف يفيد أن الوقف على التأبيد؛ فذكر القاضي عياض أن الوقف والحبس بمعنى واحد عن المالكية، وهو المال يوقف ويحبس مؤبد الوجه من وجوه الخير أو على قوم معينين. فقوله: "منفعة" ليخرج به الهبة فهي إعطاء ذات.

وقوله: "مدة وجوده" ليخرج العارية والعمرى؛ لأن المنفعة محدودة المدة فيهما، فالعارية تنقضي بانقضاء مدة الإعارة، والعمرى انقضاؤها بموت المعطى له. فتبين أن الحبس لا يكون إلا مؤبداً، وإطلاقه على غير المؤبد مجاز فقط.

وقوله: "لازمًا بقاؤه" ليخرج وقف العبد المخدم مدة حياته؛ لأنه غير لازم إبقاؤه في ملك معطيه، حين يموت هذا العبد أو يموت سيده، فإن مات العبد أولاً جاز بيعه بعد رضى المعطي، وأما موت سيده أولاً؛ فإن موته يبطل إخدام العبد ويرجع ملكاً للورثة.

وقوله: "في ملك معطيه" هذا حد يبين فيه ترجيح خلاف مذهبي مفاده: هل الوقف يؤدي إلى إسقاط أصل الملك أو لا يؤدي إليه، فقصد بما الحد أن الراجح عدم الإسقاط. واستثني من الخلاف عموماً وقف المساجد فهو إسقاط لأصل الملك؛ لأنه لا ملك لأحد فيها، ولأنها تقام فيها الجمعة والجماعات، ومعلوم أن الجمعة لا تصح ولا تقام في الأماكن المملوكة.⁵

الفرع الثاني: عرفه الشيخ الدردير رحمه الله: وهو جعل منفعة مملوك ولو بأجرة أو غلته لمستحق بصيغة مدة ما يراه المحبس.⁶

فقاله: "جعل منفعة مملوك" حد جعل ملكية المنفعة للذات المملوكة على سبيل الأغلبية، بل حتى ولو كان الملك مؤقتاً كالمستأجر، أو أن تجعل الغلة في مقابل إجارة الوقف.

وقوله: "ولو بأجرة" حد يشمل الملك والوقف معا في حال الاستئجار:

أولاً: استئجار الملك: مثل استئجار دار أو أرض مملوكة -ولو لتكون مسجداً- توقف منفعتها مدة معلومة.

ثانياً: استئجار الوقف: مثل استئجار وقف أوقفت منفعته تلك المدة على مستحق آخر غير الأول.

وقوله: "مدة ما يراه المحبس" لئلا يشترط التأييد؛ لأن الوقف من البر والإحسان، بل للمحبس أن يسقط حقه في الوقف مدى الحياة أو مدى الاستحقاق، وبالموت أو انقضاء مدة الاستحقاق يرجع لمستحق آخر يليه رتبة. فبهذا الحد أفاد صحة الوقف المؤقت مما يخدم مقاصد الوقف.⁷

المطلب الثالث: تعريف الوقف في القانون الجزائري

عرف (ق ج و) الوقف: هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير.

فالوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة، يثبت وفقاً للإجراءات المعمول بها، مع مراعاة أحكام المادة: 02 والتي دلت على الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه. والجدير بالذكر الآن تقسيم الوقف في (ق ج و) لما فيه خدمة لصلب الموضوع، ومن خلاله يتبين لنا مراعاة قصد الواقف في بعض الحالات فقد قسم التشريع الوضعي الوقف إلى عام وخاص:⁸

الفرع الأول: الوقف العام: ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات، وهو قسمان:

أولاً: قسم يحدد فيه مصرف معين لريعه، فلا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير إلا إذا استنفد.

ثانياً: قسم لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف فيسمى وقفاً عاماً غير محدد الجهة يصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبل الخيرات.

وذكرت المادة 07: أن الوقف الخاص يصير وقفاً عاماً في حالة عدم قبوله ممن وقف عليهم، لما فيه من مراعاة قصد الواقف، فاعتبر القصد لا الشرط فانتقل من كونه خاصاً إلى العموم.

الفرع الثاني: الوقف الخاص: وهو ما يحبس الواقف على عقبه من الذكور والإناث، أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم.

المبحث الثاني: تعريف الشرط لغة واصطلاحاً

وفيه بيان تعريف الشرط لغة، وتعريفه في اصطلاح الأصوليين، وذكر العلاقة بينه وبين الركن.

المطلب الأول: تعريف الشرط لغة

الشرط في لغة: مصدر شرط يَشْرُطُ وَيَشْرِطُ شرطاً، كبزغ الحجام بالمشروط، والجمع شروط وشرائط، والشرط بالتحريك: العلامة، ومنه أشرط الساعة علاماتها، ومنه اشترط عليه، الاشتراط الذي يشترطه الناس هي علامات يجعلونها بينهم على بعضهم البعض.⁹

المطلب الثاني: تعريف الشرط اصطلاحاً

الشرط في الاصطلاح: هو ما يتوقف وجود الحكم على وجوده وجوداً شرعياً، يكون خارجاً عن حقيقة الحكم، مؤثر فيه فيلزم من عدم الشرط عدم الحكم.

قوله: "ما يتوقف"؛ لأن الشرط يتوقف عليه وجود الحكم، وقوله: "فيلزم..."؛ لأن الشرط مؤثر في حقيقة الحكم إن عدم استلزم عدم الحكم، ما أنه لا يلزم من وجود الشرط وجود الحكم ولا عدمه.

بناءً على التعريف فإنه لا يتحقق الحكم في شكله الشرعي إلا عند وجود الشرط الذي وضع له مثاله الحياة شرط للوقف والهبة، فلا يوجد وقف بشكل شرعي إلا إذا وجدت الحياة، والحياة ليست جزءاً في الوقف.¹⁰

المطلب الثالث: العلاقة بين الشرط والركن

الشرط والركن كل منهما يتوقف عليه وجود الحكم، والركن جزء في ماهيته، أما الشرط فهو خارج عن حقيقته ومماهيته، ومن هذا يظهر أن الركن والشرط متساويان في توقف وجود الحكم عليهما؛ لأنه إذا نقص أحدهما بطل أو فسد الحكم. ويختلفان في تحصيلهما فالشرط يطلب تحصيله قبل الشروع؛ لأنه ليس جزءاً من الماهية، والركن يطلب تحصيله بعد الشروع؛ لأنه جزء منها.¹¹

المبحث الثالث: الحكم والحكمة من الوقف

واشتمل على بيان حكم الوقف وأدلة على جوازه والحكمة من مشروعيته.

المطلب الأول: حكم الوقف

وتفصيل هذه الجزئية يكون من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الوقف تبرع من باب الإحسان للغير استحبه الشرع وندب إليه، وهو خاص بالمسلمين، لم يعرف الحبس في الجاهلية؛ لأنه يبتغى به رضى الله والثواب الأخروي لا الفخر والمباهاة، فنجد أن النبي صلى الله عليه

وآله وسلم حبس أوقافاً واستن بسنته المسلمون من بعده، مما أكد جواز الأوقاف وندبها، وقد ثبت أن نبي الله صلى الله عليه وآله وسلم حبس في سبيل الله سبع حوائط، ومثله سادتنا الصحابة أوقفوا دوراً وحوائط كعمر - عثمان - علي - طلحة - الزبير - زيد بن ثابت - عبد الله ابن عمر ... وغيرهم رضوان الله عليهم.

الفرع الثاني: واستشار سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه النبي صلى الله عليه وآله وسلم، قائلاً: أصبت مالا - لم أصب أعجب إلي منه -، أريد التصديق به. فقال له عليه الصلاة والسلام: "حبس الأصل وسبل الثمرة". فكتب رضي الله عنه "هذا ما تصدق به عمر بن الخطاب صدقة - لا تباع ولا توهب ولا تورث - على الفقراء وذوي القربى وفي سبيل الله وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف".¹²

المطلب الثاني: أدلة على جواز الوقف

تتمثل أدلة جواز الوقف فيما يلي¹³:

الفرع الأول: ما نقل عن الإمام لمالك رحمه الله قوله: تكلم شريح وهو ببلدة لم يحى المدينة ليرى آثار الأفاضل منهم أزواج النبي صلى الله عليه وآله وسلم وصحابته وتابعيهم إلى اليوم، وقد حبسوا بعض أموالهم لا مطعن للطاعن فيها، وهذه صدقات رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حوائط سبع، ولا ينبغي لامرئ أن يحكم فيما لم يحط به علماً، وذلك أن شريحاً القاضي لا يرى جواز الحبس قائلاً: لا حبس عن فرائض الله تعالى.

الفرع الثاني: احتج إمامنا مالك رحمه الله عليه في مناظرة للإمام أبي يوسف، قائلاً: هذه أوقاف النبي صلى الله عليه وآله وسلم وصدقاته، نقلها خلف عن سلف جيلاً بعد جيل. فحينها قال أبو يوسف رحمه الله عليه: إن أبا حنيفة يرى عدم جوازها، وأنا أقول بجوازها. رجوعاً منه في الحال إلى الحكم بالجواز.

المطلب الثالث: حكمة مشروعية الوقف

الوقف من الأمور الشرعية معقول المعنى معروف المقصد شرع من أجل اكتساب الأجر الوافر وتعميم النفع فهو من التبرعات المستحبة إن وافق الوجه الشرعي، يقول الله سبحانه: ﴿وَمَا تُقَدِّمُوا لِأَنْفُسِكُمْ مِنْ خَيْرٍ يَجِدُوهُ عِنْدَ اللَّهِ هُوَ خَيْرٌ وَأَعْظَمُ أَجْراً﴾ [المزمل: 20]. ويقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حاثاً عليه: "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له"¹⁴. وقال الإمام الغزالي رحمه الله: الصدقة الجارية هي الوقف.¹⁵

المحور الثاني: تفعيل قصد الواقف من شرطه إعمالاً للمصلحة

إعمال المصلحة له تأثير بالغ الأهمية في تغيير الأحكام سلباً وإيجاباً تحقيقاً للغاية من الوقف ببعض مقاصده أو كلها. فالمعاوضة مثلاً بما يحقق قصد الواقف حين تنعدم المنفعة - وفق الشرط الذي اشترطه الواقف - أو تكاد تنعدم، فيفعل من خلال الاستبدال أو التعويض أو المناقلة القصد الذي هو رجاء الثواب الأخروي، فيتاح لناظر الوقف أو السلطة المخول لها تنظيم الأوقاف النظر فيما يصلح الوقف من زمن إلى زمن حين تتغير المنفعة المرجوة منه أو تنعدم. كما لها أن تتصرف في ريعه بما يخدم هاته المصلحة تنمية له واستثماراً.

لقد توسع فقهاء المالكية في هذا المجال من إعمال المصلحة فيه، بل جعلوه شيئا ثابتا متأصلا حين أدرجوه بعدها في ما جرى به العمل قضاء وحكما، فانتقل هذا التغيير للحكم الشرعي من النظري إلى التطبيقي بإعمال المصلحة، إلى أن استقر كعمل متفق عليه يحكم قضاء وفتوى.

والذي يهمننا في هذا الأمر بيان تفعيل قصد الواقف حين لا يمكن أن يقف الأمر عند لفظه من خلال الشرط الذي اشترطه. فذهب فقهاء المالكية إلى أن الواقف يصح وفقه وإن لم يعين الموقوف عليهم تفعيلا لمبدأ الإحسان في التبرعات، فهو إعمال للمقصد العام من الوقف، ألا وهو التقرب إلى الله بالبر والإحسان؛ ولأنه كذلك مبني على الأخذ بمبدأ التيسير والرفق بأهل الفاقة والمسكنة، ولأنه فيه توسيع موارد الدولة الإسلامية مما يجعلها تقوم بدورها أحسن قيام.¹⁶

إن الأوقاف والأحباس بالنسبة للفقه المالكي و (ق ج و) يمكن تقسيمها وفق ما يخدم إعمال المصلحة وقصد الواقف إلى خمسة مباحث مشتملة على ما يدل على اعتبار القصد وإعمال المصلحة في الفقه المالكي ويعقبه ما يدل عليها من القانون الجزائري للوقف.

المبحث الأول: ما يخدم قصد الواقف باعتبار شرطه

تضمن هذا المبحث بيان شرط الواقف في الفقه المالكي والقانون الجزائري للوقف، معرجا على الصيغة لما تضمنته من شروط تخدم اعتبار قصد الواقف، ثم ذكر تعارض اللفظ والقصد وأيهما يقدم.

المطلب الأول: شرط الواقف في الفقه المالكي والقانون الجزائري

وهذا ما سأحاول إبرازه وفق ما يلي:

الفرع الأول: شرط الواقف في الفقه المالكي: اشترط الفقه المالكي للمحبس شرطين أساسيين هما¹⁷:

أولاً: أن لا يكون مكرهاً على الوقف: فالإكراه لا يتأتى معه القصد مع أنه لا يتم به التحبیس أصلاً.

ثانياً: أن يكون من أهل التبرع: والمغزى منه الرشد حتى يمضي تحبسه ونفي الحجر كلياً أو جزئياً:

1- الحجر الكلي: كالتصرف الذي يحصل من الصبي فيحجر عليه في القليل والكثير ولو أذن له حاجره.

2- الحجر الجزئي: كالتصرف الذي يحصل من الزوجة والمريض فما زاد على الثلث إلا إذا أجاز الزوج أو

الوارث فإنه يلزم.

الفرع الثاني: شرط الواقف في القانون الجزائري: ذكرت المادة 22: أن شروط الواقف معتبرة في الأوقاف

الخاصة فتبقى تحت تصرف أهلها الشرعيين المحددين منه، أو الذين ألحقهم القاضي في الحكم، بينما يؤول الوقف مباشرة في حالة ما انقرض العقب ولم يحدد الواقف مآل الوقف إلى السلطة المكلفة بالأوقاف.¹⁸

المطلب الثاني: الصيغة بين اللفظ الصريح والدال عليه وبين المفسر والمبهم

الصيغة وإن كانت ركناً من أركان الوقف وليست شرطاً - وقد سبق بيان العلاقة بين الركن والشرط - إلا أن

من شرطها أن تكون في ما يدل على التأيد - كما في التعريف وبيانه - وتنتظر لها هنا بما يخدم قصد الواقف،

فالصيغة إما صريحة (مفسرة أو مبهمة) أو ما يدل عليها من التصرف. فالفاظ التحبیس والوقف أحياناً تصدر من

الواقف مبهمة، وأخرى تصدر منه مفسرة فتتقسم بحسب الوضوح إلى حالتين.¹⁹

الفرع الأول: اللفظ الصريح: مثل قول المحبس: حبست، ووقفت -والأنسب أن يجمع بينهما؛ لقول البعض أنّ "حبس" لا يدل على التأييد-، أو تصدقت مع ما يدل على التأييد، نحو صدقة على الفقراء لا تباع ولا توهب أو لهم غلتها، أو ينتفعون بالسكنى فيها، أو يكون من دون تعيين نحو هذه صدقة على فلان وعقبه.

الفرع الثاني: ما يدل على الوقف: مثل التخلية بين الذات الموقوفة وبين الموقوف عليه، من كلما يدل عرفاً على إعطاء المنفعة، كالمسجد يبني ويفتح للصلاة فيه، وما أشبهه من كل ما كانت منفعته عامة.

الفرع الثالث: اللفظ المبهم: إذا صدر اللفظ من الواقف مبهماً إما أنه لم يحدد أصلاً أو حدد الجهة ولم يحدد المال بعد انقضائها فهو على قسمين:

أولاً: عدم التحديد: إذا صدر اللفظ من الواقف مبهماً ولم يحدد أصلاً، كقوله: داري حبس فلا خلاف إنها حبس مؤبد ولا ترجع ملكاً وتصرف في الفقراء والمساكين، أو يسكنها قرابة المحبس، إن لم يكن في الموضع عرف للوجوه التي توضع فيها الأحباس وإلا حملت عليه.

ثانياً: عدم تحديد المال: إذا صدر اللفظ من الواقف مبهماً وحدد الجهة ولم يحدد المال بعد انقضائها فإنه يمضي أبداً ويرجع بعد انقطاع الوجه الذي جعل فيه إلى ما ترجع إليه الأحباس مثاله: إذا قال: داري حبس على أولاد زيد أو على أعقابهم أو على طلبة العلم ونحو ذلك من المبهمات. ويتبين لنا تفعيل القصد من الواقف دون لفظه أو شرطه فيما يلي مما ذكره فقهاء المالكية²⁰:

- أنه في حالة الإبهام يمضي الحبس من معينين أو مساكين، أو أهل السبيل، ولم يشترط فيه شرطاً من عدد الناس؛ فإن ما أوقفه فهو عليه حبس حتى يموت، فإن بقي منه شيء -بعد وفاته- ينتفع به فليعط لغيره.
- وكذلك لو لم يبهمه، وجعل للوقف عدداً من الأيام أو الشهور فمضت، فليؤخذ منه ويدفع إلى غيره حتى لا يبقى منه شيء.

الفرع الرابع: حالة اللفظ المفسر: وقع الخلاف بين الفقهاء في حالة ما إذا صدر اللفظ من الواقف مفسراً، كقوله: داري حبس على فلان أو على أولاد فلان وسماهم، إما أن يكون مؤبداً أولاً، بحسب ما يلي²¹:

أولاً: حين يكون مؤبداً: المشهور أنه لا يرجع ملكاً للمحبس، وعليه إذا مات المحبس عليه رجعت حبساً على أقرب الناس بالمحبس على سنن مراجع الأحباس فإن لم يكن له قرابة رجع للفقراء والمساكين، تفعيلاً لقصد الواقف.

ثانياً: حين لا يكون مؤبداً: فيرجع الحبس ملكاً للمحبس أو لورثته أن مات كالعمرى خلاف.

المطلب الثالث: تعارض اللفظ والقصد

سنحاول التفصيل بعض الشيء في هذا المطلب من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: صدر الخلاف بين فقهاء المالكية في هذه الحالة (تعارض اللفظ والمقصد) فهل المنظور إليه اللفظ ومنه نقف في بحثنا على شرط الواقف أو يرجح المقصد من الأوقاف الذي هو التبرعات وهو رجاء الثواب الأخروي والصدقة الجارية، ومن باب تفعيل قصد الواقف فالذي رجحه المحققون أن المنظور إليه المقصد لا اللفظ، وعليه جواز صرف لفظ المحبس عن ظاهره. فمراعاة القصد قال بها كثير من الأندلسيين، وجماعة من عمدة

الأفريقين كالإمام سحنون واللكمي والقاسي، وتبعهم على ذلك البرزلي، وجرى به عمل فاس، واستمر عمل تونس بصرف فواضل الأحباس بعضها في بعض.

الفرع الثاني: بعض أقوال فقهاء المالكية:

أولاً: قال الإمام العبدوسي رحمه الله: يغلب على الظن أنه لو عرض على المحبس في حياته لرضيه، وعليه يجوز إحداث التصرف في الحبس. ونظمه مياره الفاسي رحمه الله فقال:

للقصد جاز فعل ما لو حضرا موقفه رءاه أيضاً نظراً

ثانياً: وقال صاحب العمل الفاسي رحمه الله:

وروعي المقصد في الإحباس لا اللفظ في عمل أهل فاس

ومنه كتب حبست تقرأ في خزانة فأخرجت عن موقف

ثالثاً: قال الإمام ابن رشد رحمه الله: اللفظ إن اتبع دون المعنى هو خطأ واضح في الفتوى؛ لأن الأحكام تناط بالمعاني دون ظواهر الألفاظ؛ ولأنه يؤدي إلى الكفر والتلاعب بالدين، فظاهر قوله تعالى: ﴿فَاعْبُدُوا مَا شِئْتُمْ مِنْ دُونِهِ﴾ [الزمر: 15] أمر بينما المعنى وعيد ونهي.²²

المبحث الثاني: الشروط التي تقع في الحبس

الحبس قد يشترط شروطاً في حبسه وإنها قد تكون جائزة شرعاً، وقد تكون غير جائزة؛ فتنبني عليها أحكام صحة وفساد. فكل اشتراط يشترطه الحبس -مما هو جائز شرعاً- فإن الحبس يجري على ذلك الاشتراط، وإذا اشترط ما ليس بجائز ففيه تفصيل، وهو أنه: - إذا كان محتلفاً فيه عمل به بعد الوقوع ولو كان لا يجوز ابتداءً. - وإذا كان متفقاً على حرمة فإنه لا يجوز العمل به.²³

المطلب الأول: ما لا يشترط في الوقف

وهذا ما سأحاول بيانه في النقاط التالية:

الفرع الأول: اشتراط التأبيد: لا يشترط في الوقف التأبيد، بل يصح ويلزم مدة تعيينه -سنة مثلاً- ثم يكون بعدها ملكاً.

الفرع الثاني: اشتراط التنجيز: لا يشترط في صحة الوقف التنجيز، بل يصح فيه الأجل. فيلزم إذا جاء الأجل الذي عينه، فإن حدث دين على الواقف في ذلك الأجل لم يضر إذا حيز على الواقف في الأجل وكانت منفعة لغيره.

الفرع الثالث: اشتراط الخيار: لا يصح في الوقف شرط الخيار، بل يبطل الشرط إن وقع ويلزم الحبس ولا يحتاج في إبطاله إلى حكم حاكم.

الفرع الرابع: اشتراط القبول: لا يشترط في صحة الوقف قبول مستحقه إن كان غير معين، إذ لو كان شرطاً لما صح على الفقراء ونحوهم ولتعدده من المساجد والمقابر والطرق ونحوها، أما المعين فينظر فيه إلى الرشد وعدمه كما هو آت:

أولاً: المعين الرشيد: فإنه يشترط قبوله حقيقة أو حكماً. فإن لم يقبله يمضي الحبس تفعيلاً للمقصد العام من الأوقاف والتبرعات، فيجعل حبساً على غيره، وذلك باجتهاد الحاكم أو السلطة المخولة للوقف، على القول المعتمد، وقيل يرجع ملكاً لصاحبه.

ثانياً: المعين غير رشيد: فإن وليه يقبله له فإن لم يكن له ولي أقام الحاكم من يقبل له.²⁴

المطلب الثاني: خلاصة الشروط

تحصل مما سبق أن الشروط التي تقع في التحبيس ونحوه ثلاثة أقسام: - جائز - ومكروه - وممنوع. وتفصيلها كما يلي²⁵:

الفرع الأول: الجائز: وهو متفرع حسب ما يلي:

أولاً: اشتراط الحبس التساوي بين الذكور والإناث في الغلة، وكذا اشتراط أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين أو العكس، فإن أطلق حمل على التساوي. وإنما يعمل بالشرط في حق الموجودين من الحبس عليهم، وأما بعد انقطاعهم وصيرورة الحبس مرجعاً فلا يعمل بشرطه، ويجري الحبس على التساوي بين أهل المرجع؛ لأن مرجعه ليس إنشاء للواقف، وإنما حكم الشرع به عند انقطاع الحبس عليهم. هذا إذا سكّت الحبس عن المرجع ولم يذكر إلا من حبس عليهم أولاً وشرط فيهم شرطه، أما لو صرح بهم في حبسه لجرى فيهم شرطه.

ثانياً: اشتراط إن من ابتلي بفقر من الحبس عليهم أو الحبس نفسه باع، ولا بد من إثبات الحاجة واليمين عليها، وأنه لا مال له لا ظاهراً ولا باطناً، إلا أن يشترط الحبس أنه مصدق فيها بلا يمين فيعمل به.

ثالثاً: اشتراط الحبس لنفسه قدر الثلث من المساكن في الدار أو من الغلة فيما له غلة ودون الثلث أحسن، ثم يلحق بعد موته بالحبس.

رابعاً: اشتراط الحبس إن تسلط على الحبس حاكم بما لا يحل شرعاً رجع إليه ملكاً إن كان حياً، أو لورثته يوم المرجع ملكاً.

خامساً: اشتراط الحبس التبديل والتغيير والإدخال والإخراج.

الفرع الثاني: المكروه: وهو متفرع كذلك وفق ما يأتي:

أولاً: اشتراط بيع الحبس إن وجد فيه ثمن رغبة واشترى غيره، فإنه لا يجوز الإقدام عليه ابتداءً، ويمضي بعد الوقوع والنزول.

ثانياً: اشتراط إخراج البنات من الحبس مطلقاً أو إذا تزوجن إلى غير ذلك —مما يفعله البعض—؛ فإنه لا يجوز ابتداءً، فإن وقع ونزل مضى على القول المعمول به.

وأما على القول المشهور فإنه حرام؛ لأنه من عمل الجاهلية فيبطل الحبس. وحيث جرى العمل بالمضي فلا يعدل عنه إلى غيره على مقتضى القاعدة في تعارض الأقوال.

الفرع الثالث: الممنوع: وكذلك يتم تفريعه بما يلي:

أولاً: اشتراط إصلاح الحبس على مستحقه، فإن شرطه لا يتبع ولا يعمل به؛ لأنه كراء بمجهول، ويبطل الشرط ويصح الوقف؛ لأن البطلان منصب على الشرط لا على الوقف، بل مرسته تكون من غلته.

ثانياً: وكذلك لو شرط في حبسه أن النظر له فإنه لا يجوز لما فيه من التحجير ويجبر على جعل النظر لغيره قبل المانع وإلا بطل.

ثالثاً: ومثله من حبس نحيلاً مثلاً على المساكين وكان يتولى أمره ولم يخرج من يده إلى أن مات أو فلس ونحوهما مما سبق من الموانع فهو ميراث.

المطلب الثالث: الجانب القانوني لإعمال شرط الواقف

عاج (ق ج و) ما يتعلق بإعمال شرط الواقف وفقاً للشريعة الإسلامية وهو كما يلي²⁶:

الفرع الأول: ذكرت المادة 14: أن تفعيل شرط الواقف من أجل تنظيم الوقف صائغ ما لم تنهى الشريعة الإسلامية عن التصرف.

الفرع الثاني: ذكرت المادة 15: أنه يلي للواقف رغبته حال اشتراطه لنفسه تراجعاً عن بعض شروط وقفه وقت الانعقاد مما فيه دلالة ضمنية تفعيلية على الإقدام والحث على الوقف.

الفرع الثالث: ذكرت المادة 16: أن شروط الواقف في مقتضاها تخضع لرقابة القاضي إمضاء أو إلغاء.

- إمضاء: في حال وافق مقتضى حكم الوقف (الذي هو اللزوم)، أو يخدم مصلحة محل الوقف أو الموقوف عليه.

- إلغاء: في حال العكس إن كان منافياً مقتضى حكم الواقف (الذي هو اللزوم)، أو ضاراً بمحل الوقف، أو بمصلحة الموقوف عليه.

المبحث الثالث: ما يخدم قصد الواقف باعتبار المحل

تحييس الأصول جائز، وذلك مثل الأراضي والدور والمساجد والمقابر والحوانيت والحوائط والطرقات والمصانع والآبار والقناطر، إلا ما كان مثل المنقولات فإنها لا يجوز تحييسها؛ لأنها لا ينتفع بها إلا بإتلاف عينها، حيث لا يمكن خلفها فلا يبقى فيها حق للواقف.

المطلب الأول: يشترط في صحة ما يراد وقفه ما هو آتي:

الفرع الأول: أن يكون مملوكاً ذاتاً أو منفعة، بأن كان بكرام، وسواء كانت مدة كرائه محدودة فإذا انقضت يرجع ملكاً لصاحبه، أو كانت غير محدودة وهو ما كان على وجه الإنزال على القول المعمول به.

الفرع الثاني: أما الإنزال ففيه التفصيل الآتي:

أولاً: إن كان على أصل حبس - كما هو الغالب - فلا يصح تحييسه؛ لأنه حبس والحبس لا يحبس.

ثانياً: إن كان على أصل ملك - كما يقع في بعض حوانيت السرقة وديار سكنى اليهود بتونس - صح تحييسه.

الفرع الثالث: بخصوص تحييس السلاطين فيحكم له بالصحة إذا كان على وجه البر، فإن لم يكن في وجهه البر فلا يصح، مثل تحييس الفضولي ولو رضيه المالك؛ لأنه ليس في مقابلة عوض وهذا بخلاف البيع.²⁷

المطلب الثاني: تقسيم القانون لمحل الوقف

قسم (ق ج و) محل الوقف إلى: - عقار - ومنقول - ومنفعة، شريطة أن يكون: - معلوماً - محددًا - مشروعا، بل حتى ولو كان مشاعا فيصح معه الوقف، وتتم إحالة المشاع للمالكين إلى تعيين القسمة. وهي تشير إلى ركن المال الموقوف في التصرف الوقفي من حيث ماهيته وأوصافه، وتحليل هذه المادة نستخلص منها النقاط التالية²⁸:

الفرع الأول: العقارات (ما استقر وثبت في حيزه)، حيث أنه لا يمكن نقله دون إتلافه، كما يشمل المخصص لخدمة العقار من المال المنقول، كالألات والمفروشات ونحوها.

الفرع الثاني: المنقولات (ما عدا العقار)، بحيث تشمل ما ينقل دون إتلافه، فالمنقول يشمل ما كان ماديا كالأدوات، وما كان معنويا، كالإسم التجاري وبراءة الاختراع، مما يصلح أن يكون محلا للوقف، كما يمكن أن يكون هذا الأخير غير صالح للتأييد فإن المشرع الجزائري قد يقصد بها التأييد على ما يأتي:

أولاً: الصالح للتأييد: وهو في كل عين بما يناسبها، ما لا يقبل الفناء عادة يصلح لدوام الوقف، وما ليس قابلا للفناء يكون بمقداره دوامه.

ثانياً: ما يقصد به التأييد: لا ينتهي بسببه الوقف، ويستبدل بعين أخرى عند بدء انتهائها، لتحل محل الوقف.

الفرع الثالث: المنافع تصلح أن تكون محلا للوقف، وهو ما توافق فيه (ق ج و) مع الفقه المالكي.

المطلب الثالث: جواز وقف المال المشاع في الفقه المالكي (ق ج و)

تفصيل جواز وقف المال المشاع ما يتم بيانه في الفروع التالية:

الفرع الأول: الحكم في تحبيس الجزء المشاع أنه جائز تبعا لغير المشاع، ولو كان الأصل شائعا بحيث لا يقبل القسمة فجوز المالكية تحبيسه وبه جرى العمل، وبجبر الواقف على البيع في حال ما طلب الشريك القسم، إن كان مما ينقسم قسم، فما أصاب الحبس من ذلك فهو على التحبيس، وما كان من ذلك لا ينقسم بيع جميع العقار صفقة إذا طلب الشريك ذلك، وعلى الواقف أن يجعل ثمن حصته من الأصل المشاع في مثل ما وقفه، وإلا بيع الجزء الحبس فقط، فما أصاب الحبس من الثمن اشترى به ما يكون حبسا فيما سبيله فيه.²⁹

الفرع الثاني: الجانب القانوني لوقف المشاع وهو ما يقرره نص المادة 11: من قانون الوقف، صحة وقف الشائع في المال، المال مهما كان نوع المال، فمتى كان موصوفا بالشيوع فإنه يجوز أن يكون محلا للوقف، غير أن هذا الجواز يرتب عليه أثرا فوريا يتمثل في وجوب إجراء القسمة؛ لأجل إزالة صفة الشيوع، حتى يتبين بصفة واضحة الجزء الموقوف.³⁰

المطلب الرابع: قسمة الوقف للانتفاع

ينظر إلى قسمة الوقف للانتفاع كما يلي:

الفرع الأول: قسمة الوقف ينظر فيها في الفقه المالكي إلى الملك والوقف، وينظر إلى الوقف إلى أصوله كالأرض والشجر على وفق الآتي:

أولاً: إذا كان الوقف جزءا من أصل بعضه حبسا وبعضه ملكا جازت قسمته.

ثانياً: إذا كان الوقف أصول شجر فلا يجوز قسمها مطلقاً على المشهور وإنما يقتسمون الغلة في وقتها.

ثالثاً: إذا كان الوقف -غير أصل شجر- كالأرض البيضاء للزراعة ونحوها فيه تفصيل:

- 1- إذا طالب أحد الشركاء المعينين قسمة الوقف على وجه البت والقطع، فإنه لا يجاب إلى مطلبه، ولو وافقه شريكه على ذلك؛ لأن المعتبر من القسمة -على وجه البت والقطع- أنها نوع من البيع والحبس لا بيع.
- 2- أما إذا طلب قسمة الوقف انتفاعاً فإنه يجاب إلى مطلبه؛ لأنه جائز، وهذا إعمالاً للمصلحة فإنه يجبر من أجلها من امتنع من القسم انتفاعاً. وعلى القاضي أن يوكل من يقبض نصيب الغائب منهم، ويشهد على ذلك ويستمر بينهم القسم -على وجه الانتفاع- إلى أن يحدث من الموت أو الولادة ما يغيره بزيادة أو نقصان، فينتقض إذا لم يكن كل فرع تابعاً لأصله.³¹

الفرع الثاني: الحكم في استحالة القسمة في القانون الجزائري هذا فصلت فيه المادة 11 من قانون الوقف فأضافت حكماً مستقلاً نوعاً ما، يكمن في ترتب أثر القسمة في المال المشاع، فالنصوص السابقة لهاته المادة لا تفيد بطلان الوقف عند استحالة القسمة؛ لأنه يمكن للمال المشاع كأصل يجوز أن يكون وقفاً، فينظر له من جهة قابليته للقسمة أو عدمها على النحو الآتي:

أولاً: فإن كان يقبلها دون إضرار بالمال فالواجب القسمة، لتحقيق إمكانية القبض في المال الموقوف.

ثانياً: فإن كان لا يقبلها إلا بإلحاق ضرر بالمال فيحكم بصحة الوقف ويبقى الحكم قائماً، لكن ينظر في عدم الإضرار بالموقوف عليهم مع مراعاة مصلحة الوقف على وفق ما يلي:

- 1- حالة ما إذا كان الشيوع لا يلحق ضرراً بالأشخاص الموقوف عليهم ويبقى الحال على ما هو عليه.
- 2- حالة ما إذا كان الشيوع لا يحقق مصلحة سواء للوقف أو الموقوف عليهم فيكون من الضروري استبداله، فمثلاً إن كان عقاراً فبيع الجزء الموقوف منه ليشتري به محلاً آخر بدله للوقف. أو يشتري الجزء الشائع المتبقي إن أمكن ليستكمل به الوقف، وذلك على وفق ما تراه السلطة المخول لها الأمر.³²

المبحث الرابع: ما يخدم شرط الواقف باعتبار التصرف في الوقف

وفيه الكلام عن تصرف الموقوف عليه في الوقف في الفقه المالكي، وبيان أن للموقوف عليه حق الانتفاع لا حق الملكية في القانون الجزائري.

المطلب الأول: تصرف الموقوف عليه

اشتراط التملك في حق الموقوف عليه، فلا بد أن يكون من أهل التملك فيجوز صرف منفعة الوقف له أو في الوقف نفسه.³³ ومع ذلك فإن الموقوف عليه ليس له تحبيس المنفعة التي يستحقها؛ لأن الحبس لا يحبس.³⁴ ولأنه لا يملك تلك المنفعة؛ لما تقرر أن الموقوف عليه إنما يملك الانتفاع لا المنفعة.³⁵ وبيانه كالاتي:

الفرع الأول: وهو صرف منفعته له، جوز الفقه المالكي أن يكون الحبس على الإنسان مسلماً كان أو كافراً شريطة أن يكون غير حربي، كبيراً كان أو صغيراً، غنياً كان أو فقيراً، وعلى الجنين في بطن أمه، بل وحتى على من ليس بموجود أصلاً مثاله: وقف على من يولد لزيد وزيد صغير.

وهذا الأخير - من ليس بموجود- فيه تفصيل:

أولاً: فإنه يصح، ويوقف لزومه والغلة إلى أن يولد فيعطاه ويلزم.

ثانياً: فإن آيس من الحمل أو مات في بطن أمه أو نزل ميتاً بطل الحبس ورد لصاحبه ملكاً.³⁶

الفرع الثاني: وهو صرف منفعته فيه، إن الناظر على الأوقاف يقدم إصلاحه وعمارته إن كان عقاراً على الموقوف عليهم، ولو اشترط الواقف عدم التقديم، وكذلك يقدم النفقة على الحيوان، ولا يعمل بشرط الواقف.³⁷ فجوز الفقه المالكي أن تصرف المنفعة فيما يخدم الوقف في حد ذاته، وذلك مثل الأوقاف على المساجد والطرق مما هو من شأن المسلمين، فتصرف لها؛ لأن المساجد وإن كان لا يصح منها التملك تصرف لها لانتفاع من يصح منه التملك ولانتفاع المارة بالطرق، لا ما ليس من شأن المسلمين فلا يجوز صرف الغلة في مثل الكنائس ومجتمعات اللهب؛ لأنه لا يجوز الحبس عليه ولا يصح أن يحبس لها.³⁸

المطلب الثاني: للموقوف عليه حق الانتفاع لا الملكية في (ق ج و)

يتيح (ق ج و) لمن وقف عليه وقف أن ينتفع به دون تملكه وهو ما يتم توضيحه في الفروع الآتية:³⁹

الفرع الأول: هل للموقوف عليه حق ملكية الوقف أم وحق الانتفاع، أم يبقى الوقف في ملكية الواقف؟

هذا ما بينته المادتين التاليتين من قانون الوقف:

أولاً: ذكرت المادة 17: زوال حق الملكية للواقف إن كان وقفه صحيحاً، بينما يؤول حق الانتفاع - في حدود أحكام وشروط الوقف - إلى الموقوف عليه.

ثانياً: المادة 18: ضبطت حدود الانتفاع بالوقف وحصرته بالحفاظ على العين الموقوفة، وجاء فيها بيان ما للموقوف عليه من حق الانتفاع لا التملك.

الفرع الثاني: شرط التنازل في الوقف الخاص

ذكرت المادة 19: شرط التنازل في الوقف الخاص حيث أن الموقوف عليه يجوز له التنازل عن حقه في المنفعة، وهو لا يؤثر في الوقف كما أنه لا يعتبر إبطالا لأصل الوقف.

الفرع الثالث: شرط التنازل في الوقف العام

ذكرت المادة 20: تنازل الموقوف عليه في الوقف العام واشترطت فيه:

أولاً: أن يكون لجهة من نوع الجهة الخیر الموقوف عليها أصلاً.

ثانياً: أن يكون بعد موافقة صريحة من السلطة المكلفة بالأوقاف.

الفرع الرابع: تخصيص المنفعة مقابل الدين

وهو ما ذكرته المادة 21: تخصيص حصة المنتفع ضماناً للدائنين يجوز في : - المنفعة فقط. - أو في الثمن الذي يعود عليه.

المبحث الخامس: التصرف في الوقف بالبيع والاستبدال ونحوهما

اشتمل هذا المبحث على التصرف بالبيع من الموقوف عليه الوقف وما يترتب على عذا التصرف، مع بيان الجانب القانوني في التصرف، والجانب التطبيقي لمراعاة القصد دون اللفظ فب نوازل الفقه المالكي.

المطلب الأول: بيع الموقوف عليه الوقف وما يترتب عليه

سبق تحديد شروط الانتفاع من الموقوف عليه بالوقف دون التملك وفي هذا المطلب بيان التصرف بالبيع في الفقه المالكي وما يترتب عليه وفق الفروع الآتية:

الفرع الأول: الأصل في الأوقاف أنها لا تباع، فتصرف الموقوف عليه غير جائز في الحبس بالبيع أو غيره، فإن وقع ونزل وتصرف الوقف عليه في الحبس بالبيع فإن بيعه يفسخ وجوباً، إلا إن كان في شرط الواقف بأن جعل للموقوف عليه البيع. سواء فيه العلم بأنه حبس أو لم يعلم به، كان محتاجاً أو غير محتاج؛ لأن الجهل بأنه حبسه إنما يرفع عنه الإثم والعقوبة، أما إن ثبت علمه قبل البيع فعليه الإثم ويزجره الحاكم عن ذلك بما يناسبه، إلا إذا كان مضطراً للنفقة وباع لأجلها فلا زجر ولا عقاب، ويرد البيع فقط. فإذا ترتب على هذا التصرف فوت منفعة - كأن استغل المشتري منفعة الحبس ثم فسخ البيع - ينظر فيه:

أولاً: إن كان عالماً بأنه حبس (قبل الشراء، أو بعده واستمر على استغلال المنفعة)، فإن يرد الغلة.

ثانياً: أما إن كان غير عالم بأنه حبس (إلى وقت الاستحقاق والفسخ) فليس عليه رد الغلة.

الفرع الثاني: الموقوف عليه له حق الانتفاع فقط، فلا يخوله هذا الحق أن يبيع الوقف، فإن وقع منه هذا

التصرف ترتب عليه فسخ البيع، ومتى وقع فسخ البيع في الوقف فإنه ينظر فيه إلى جانبين اثنين:

أولاً: إن قدر على رده، فإن البائع يرد الثمن الذي قبضه من المشتري له.

ثانياً: فإن لم يقدر على رده - بأن كان عديمًا، وثبت بالفعل عدمه، وحلف أنه لا مال له - فإن المشتري يمكن من غلة ذلك الحبس في مقابلة ثمنه إلى الخلاص، وينظر فيه:

1- فإن طال حياة البائع حتى اقتضى المشتري جميع ثمنه فالغلة ترجع للبائع الموقوف عليه.

2- وإن مات قبل أن يستكمل المشتري ما دفعه فإنه لا شيء له؛ لأن الحبس انتقل لغير بائعه بعد موته - ومثله لو كان البائع أجنبيًا عن الوقف - فإن المشتري يرجع عليه في ذمته إذ لا تصرف غلة حبس لغير من يستحقه.⁴⁰

3- يباع الحبس وينفق على الموقوف عليه إن خيف عليه الموت بسبب مجاعة مثلاً؛ وعللوا ذلك بأن إحياء النفس أولى من الحبس.⁴¹

الفرع الثالث: إذا عدت منفعة الوقف فإن الأصل فيه أن لا يباع وإن خرب، وإنما يجوز بيعه تحصيلًا للمنفعة وإعمالاً لمصلحة الوقف ويفرق في ذلك بين العقار والمنقول ففي تفصيله ما يلي:

أولاً: إذا كان عقاراً فالأصل فيه ألا يباع، لكن الذي جرى به العمل هو جواز بيعه بشرط أن يعوض بما هو أغبط للحبس.

ثانيا: أما إن كان الحبس غير عقار (منقولاً) فإنه يجوز بيعه إذا صار لا ينتفع به فيما جعل له -مثل فرس الغزو-، ويجعل ثمنه في مثله ثم يكون وقفاً، فإن كان ثمنه ناقصاً بحيث أنه لا يقدر به على شراء مثله فإنه يستعان به على شراء مثله ليكون وقفاً، فإن كان النقص في ثمنه كبيراً لا يفي بشراء مثله ولا يستعان به في غيره تصدق به.⁴²

المطلب الثاني: الجانب القانوني في التصرف بالبيع أو الاستبدال

تم بيان التصرف بالبيع وما يترتب عليه، وفق ما حدده الفقه المالكي، وفي هذا المطلب سأذكر شيئاً مما عالجته (ق ج و) على حسب الفروع الآتية⁴³:

الفرع الأول: منع التصرف بالبيع ونحوه

ذكرت المادة 23: أنه لا يحول لأي كان وبأي صفة كانت من صفات التصرف أن يتصرف - سواء البيع أو الهبة.. الخ - في أصل الملك الموقوف المنتفع به.

الفرع الثاني: حالات لتعويض أو استبدال العين الموقوفة

ذكرت المادة 24: تحديد حالات التعويض أو الاستبدال في العين الموقوفة، شرط أن يتم إثباتها بقرار من السلطة الوصية، وبعد المعاينة والخبرة. وبيان ذلك فيما يلي:

- حالة التعرض للضياع والاندثار.
- حالة فقد المنفعة المرجوة من الملك الذي وقف ولا يمكن إصلاحه.
- حالة قصد من أجلها مصلحة دعتهما الضرورة عامة، وكان مما سمحت به الشريعة الإسلامية مثل توسعة المسجد - المقبرة - الطريق العام.
- حالة انعدام المنفعة في الموقوف من العقار، بشرط التعويض بعقار يكون مماثلاً له أو أفضل منه.

المطلب الثالث: الجانب التطبيقي لمراعاة القصد دون اللفظ في الوقف

بناء على ما سبق من الدراسة نصل إلى الجانب التطبيقي منها في تفعيل قصد الواقف إعمالاً لمصلحة الوقف وهو ما يوضح في الفروع التالية⁴⁴:

الفرع الأول: أفتى فقهاء المالكية من الأندلس جواز التصرف في المال الموقوف بإبدال عينه الموقوفة إذا اقتضت المصلحة الإبدال، فقد نقل ابن لب رحمه الله أن الفقهاء في قرطبة والقضاة يميزون صرف الفوائد من الأوقاف في بعضها البعض؛ على أساس أن ما قصد به الله سبحانه لا بأس أن يجوّي الانتفاع به فيما هو الله سبحانه، فليس من الضروري الالتزام باللفظ؛ لأنهم يرون مراعاة القصد، وهو ما أشار إليه نظم العمل المطلق:

وقد أجاز صرف بائر الحبس في غير مصرف له في الأندلس
ونقلوا غلة حبس ما خرب من المساجد إلى غير الخرب

وفي نوازل الإمام الأجهوري رحمه الله: سؤال عن من وقف عليه البيع للحاجة وشرط الواقف أن لا يبيع إلا لشريكه في الوقف. هل يصح له بيعه لغير شريكه مع استقلاله بالحبس أو وجود الشريك مفلساً؟.

جوابه: إن جعل الواقف للموقف عليه أن يبيع للحاجة ان جعل الواقف له ذلك، وشرط عليه أن لا يبيع الحبس إلا لشريكه فيه، ومع تعذر البيع له استقلالاً للموقف أو لفلس الشريك فإن له أن يبيع لأجنبي إن احتاج؛ لأن غرض الحبس سد خلة الموقوف عليه، وهو ما دل عليه ظاهر الشرط، كما أنه تحمل شروط المحسين على مقاصدهم لا على ظاهر ألفاظهم.

الفرع الثاني: المتأخرون من الملكية جرى العمل عندهم ببيع ما لا ينتفع به حتى ولو كان عقاراً.

- أورد الإمام الونشريسي رحمه الله في المعيار أن أئمة الملكية في جانب الفتوى في الوقف ببيع ما لا ينتفع به فمنهم من يمنع الإحداث بأي وجه كان في الحبس ويشدد غاية التشدد في الفتوى. ومنهم من يقول بالجواز معللاً لفتواه بإعمال المصلحة.... وقال في كل خير وعلى هدى وبصيرة .
- وفيه كذلك أن بيع الوقف وتعويضه بما هو أنفع للحبس جائز، وتصرف الغلة لفائدة الوقف وهو ما عليه العمل استناداً لمراعاة قصد الواقف لا لفظه.
- ومنها جواز أخذ المدرس مرتبه مما فضل من الأقباس؛ لأنه من المصالح المعتبرة.
- ومنها ما نقل في الحكم بمراعاة القصد نازلة رفعت إلى الشيخ إسماعيل التميمي التونسي رحمه الله مضمونها:

شرط في حبس أن لا حق للأئمة مع الذكور إلا إن كانت عمية زمنة فقيرة غير متزوجة، وبعد وفاة الواقف اشكت إحدى بناته وطلبت إدخالها مع إخوانها في الوقف للفقير الذي بها هي وزوجها وأولادها، فمنعت من ذلك لشرط الواقف. وحين نظر في حالتها وثبت فقرها وفقر الزوج والأولاد الصغار أفتى رحمة عليه بدخولها في الوقف مع إخوانها؛ معللاً لفتواه أن الأب لو كان على قيد الحياة يرى حالة ابنته وما آلت إليه رضي بإدخالها واستحسن هذا الصنيع وهو لا خفاء فيه لظهوره.

- ومنها كذلك ما يعتبر القصد فيه لا اللفظ مما يوجد في بعضها رسوم الأقباس - التي تأتي من القرى والبوادي بل حتى لكتاب الحضرة - من التخليط، مثل: حبس فلان على أولاده فلان وفلان وفلان وعلى أعقابهم وعلى أعقاب أعقاب أعقابهم، فلو روعي هو ظاهر اللفظ لسقط أعقاب الأقباب من الحبس، ولو روعي المقصد لم يسقطوا وهو المتعين. فالحكم بعدم سقوطهم كما هو ظاهر؛ لأن الحبس غرضه أنهم مع من لم يوجد من ذريته، وإنما هو جهل من الموثق.

خاتمة:

في ختام هذا البحث نتطرق إلى أهم نتائج المتحصل عليه وهي كالآتي:

- الوقف على يكون على التأييد حقيقة أو حكماً.
- الوقف الراجح أنه لا يسقط أصل الملك.
- صيرورة الوقف الخاص عاماً فيه نوع من مراعاة مقاصد الوقف
- إعمال المصلحة له تأثير بالغ الأهمية في تغيير أحكام الوقف سلماً وإيجاباً تحقيقاً لبعض مقاصده.
- تفعيل قصد الواقف فيه توسيع لموارد الدولة مما يجعلها تقوم بدورها أحسن قيام لسد الحاجيات.

- الإكراه لا يتأتى معه القصد مع أنه لا يتم به التحبّيس.
 - صدور اللفظ من الواقف في الصيغة ولو مبهما هو دال على إمضاء الوقف ولا يرجع ملكا.
 - كل اشتراط يشترطه المحبس -مما هو جائز شرعا- فإن الحبس يجري على ذلك الاشتراط.
 - شروط الواقف تخضع لرقابة القاضي لينظر في مقتضاه إمضاء أو إلغاء.
 - حتى ولو كان الملك مشاعا يصح معه الوقف ويحيل بسببه المالكين إلى تعيين القسمة.
 - إن كان الوقف على أصل حبس فلا يصح تحبّيسه، بخلاف ما إذا كان على أصل ملك.
 - ما يصلح فيه التأييد حقيقة أو حكما من العقارات والمنقولات والمنافع يصلح أن يكون محلا للوقف.
 - للموقوف عليه حق الانتفاع لا الملكية.
 - تصرف الموقوف عليه غير جائز في الوقف -بالبيع أو غيره-، فإن وقع يفسخ البيع وعلى البائع رد الثمن فإن لم يقدر على رده فإن المشتري يمكن من غلة ذلك الوقف مقابل ثمنه.
 - إذا عدت منفعة الوقف جاز بيعه تحصيلًا للمنفعة وإعمالا لمصلحة ومقاصد الوقف.
 - حدد القانون الجزائري للوقف حالات تعويض أو استبدال للعين الموقوفة تصدرها السلطة الوصية هي: العرضة للضياع، انعدام المنفعة أو فقدانها، ضرورة المصلحة العامة.
 - أجاز فقهاء المالكية التصرف في الوقف بإبدال عينه إذا اقتضت المصلحة ذلك باعتبار قصد الواقف.
- أما الاقتراحات فهي كالآتي:
- جدير بنا في هذا العصر أن نحبي سنة الوقف، وأن تخصص له حملات تعويية من ندوات وملتقيات وغيرها حتى يتبصر بها العامة والخاصة
 - وبما أنه خصص له ديوان مستقل في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف أصبح لزاما تقنين ما ذهب إليه الفقهاء، وخصوصا فقهاء المالكية في جانب المقاصد وتفعيلها وجانب إعمال المصلحة في الوقف.

قائمة المصادر والمراجع:

- 1- ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط01، س1999م.
- 2- ابن رشد، مسائل أبي الوليد ابن رشد (الجد)، دار الجيل، بيروت/ دار الآفاق الجديدة، المغرب، ط02، س1414هـ/1993م.
- 3- ابن عرفة، حدود ابن عرفة (ضمن شرح ابن عرفة للرصاع)، شركة القدس للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، ط01، س1430هـ/2009م.
- 4- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط03، س1414هـ.
- 5- أبو بكر بن دريد، جمهرة اللغة، دار العلم للملايين، بيروت، ط01، س1987م.
- 6- أبو الحسن علي التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط03، س1438هـ/2017م.
- 7- أبو العباس أحمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية - بيروت، (د ط)، (د س).

- 8- أبو عبد الله محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة (الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية)، شركة القدس للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، ط01، س1430هـ/2009م.
- 9- أبو منصور الهروي، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط01، س2001م.
- 10- أبو نصر الفارابي، الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية)، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، ط04، (د)، س1407هـ/1987م.
- 11- أحمد بن فارس، مجمل اللغة لابن فارس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط02، س1406هـ/1986م.
- 12- أحمد الدردير، الشرح الصغير، مع حاشية الصاوي، دار المعارف، (د ط)، (د س).
- 13- أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، كانو - نيجيريا، (د ط)، س1420/2000م.
- 14- أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك.
- 15- إسماعيل بن عباد، المحيط في اللغة، عالم الكتب، بيروت - لبنان، ط01، س1414هـ/1994م.
- 16- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، دار مكتبة المعارف للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، ط01، س1435هـ/2014م.
- 17- خليل بن إسحاق، التوضيح (شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب)، خدمة التراث، ط01، س1429هـ/2008م.
- 18- رمضان قنفود، شروط الوقف وفق آخر تعديلات قانون الوقف، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، عدد 02، 15-07-2010.
- 19- عبد الباقي الزرقاني، شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت/ لبنان، ط01، س1422هـ/2002م.
- 20- عبد الله بنطاهر، استبدال الوقف المهجور بين الفقه المالكي وقانون مدونة الأوقاف، مجلة المذهب المالكي العدد 24، س1441هـ/2019م.
- 21- عثمان التوزري، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، المطبعة التونسية، ط1، س1339هـ.
- 22- القانون رقم: 91-10، المؤرخ في 27/04/1991م، المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 21.
- 23- محمد ابن عرفة، المختصر الفقهي، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط01، س1435هـ/2014م.
- 24- محمد أحمد القياتي محمد، مقاصد الشريعة عند الإمام مالك بين النظرية والتطبيق، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط02، س1433هـ/2012م.
- 25- محمد الخطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط03، س1412هـ/1992م.
- 26- محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، وزارة الإرشاد والأبناء، الكويت، (د ط)، س1422هـ/2001م.
- 27- محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق - سوريا، ط02، س1427هـ/2006م.
- 28- مولاي أحمد الطاهري، فتوحات الإله المالك على نظم أسهل المسالك، مطبعة الواحات، غرداية - الجزائر، (د ط)، س1996م، (160/04).

الهوامش:

- 1 - أبو بكر بن دريد، جوهرة اللغة، دار العلم للملايين، بيروت، ط 01، س 1987م، (2/967-968). أحمد بن فارس، مجمل اللغة لابن فارس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 02، س 1406هـ/1986م، ص 934.
- 2 - أبو العباس أحمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية - بيروت، (د ط)، (د س)، (2/669).
- 3 - أبو منصور الهروي، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 01، س 2001م، (14/03). ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط 03، س 1414هـ، (343/08). محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، وزارة الإرشاد والأنباء، الكويت، (د ط)، س 1422هـ/2001م، (22/218).
- 4 - ابن عرفة، حدود ابن عرفة (مع شرح الرصاع)، شركة القدس للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، ط 01، س 1430هـ/2009م، ص 538.
- 5 - أبو عبد الله محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة (الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية)، شركة القدس للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، ط 01، س 1430هـ/2009م، ص 538-539. أبو الحسن علي التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 03، س 1438هـ/2017م، (368/02).
- 6 - أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، كانو - نيجيريا، (د ط)، س 2000/1420م، ص 124.
- 7 - أحمد الدردير، الشرح الصغير، مع حاشية الصاوي، دار المعارف، (د ط)، (د س)، (4/97-98).
- 8 - القانون رقم: 91-10، المؤرخ في 1991/04/27م، المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 21.
- 9 - إسماعيل بن عباد، المحيط في اللغة، عالم الكتب، بيروت - لبنان، ط 01، س 1414هـ/1994م، (7/291). أبو نصر الفارابي، الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية)، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، ط 04، (د س)، (3/1136).
- 10 - محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق - سوريا، ط 02، س 1427هـ/2006م، (403/1).
- 11 - المرجع نفسه، (1/404).
- 12 - عثمان التوزري، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، المطبعة التونسية، ط 1، س 1339هـ، (4/4).
- 13 - المرجع نفسه، (5/4).
- 14 - رقم الحديث 2494، صحيح ابن خزيمة، أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة السلمي النيسابوري (ت 311 هـ)، ت: محمد مصطفى الأعظمي [ت 1439 هـ]، المكتب الإسلامي - بيروت، (د س)، (د س)، (122/04).
- 15 - عثمان التوزري، مرجع سابق، (5/4).
- 16 - محمد أحمد القبايي محمد، مقاصد الشريعة عند الإمام مالك بين النظرية والتطبيق، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط 02، س 1433هـ/2012م، (696/02).
- 17 - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، دار مكتبة المعارف للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، ط 01، س 1435هـ/2014م، (409/06) 410.
- 18 - القانون رقم: 91-10، المؤرخ في 1991/04/27م، المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 21.
- 19 - عثمان التوزري، مرجع سابق، (4/17-8-7).
- 20 - ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 01، س 1999م، (17/12).
- 21 - عثمان التوزري، مرجع سابق، (4/17).
- 22 - المرجع نفسه، (4/13-14).
- 23 - عثمان التوزري، مرجع سابق، (4/11).
- 24 - الحبيب بن طاهر، مرجع سابق، (6/408).
- 25 - عثمان التوزري، مرجع سابق، (4/22..11).
- 26 - القانون رقم: 91-10، المؤرخ في 1991/04/27م، المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 21.
- 27 - عثمان التوزري، مرجع سابق، (4/5-6).

- 28 - القانون رقم: 91-10، المؤرخ في 27/04/1991م، المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 21.
 - 29 - خليل بن إسحاق، التوضيح (شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب)، خدمة التراث، ط 01، س 1429هـ/2008م، (280/07). محمد الخطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط 03، س 1412هـ/1992م، (19/06).
 - 30 - القانون رقم: 91-10، المؤرخ في 27/04/1991م، المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 21.
 - 31 - محمد ابن عرفة، المختصر الفقهي، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط 01، س 1435هـ/2014م، (434/08).
 - 32 - رمضان قنفود، شروط الوقف وفق آخر تعديلات قانون الوقف، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، عدد 02، 15-07-2010، ص 50.
 - 33 - عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت/ لبنان، ط 01، س 1422هـ/2002م، (138/07).
 - 34 - أحمد الدردير، الشرح الصغير، مع حاشية الصاوي، مرجع سابق، (97-98/4).
 - 35 - أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، مرجع سابق، (98-99/4).
 - 36 - عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت/ لبنان، ط 01، س 1422هـ/2002م، (138/07).
 - 37 - أبو الحسن علي التسولي، مرجع سابق، (392/02).
 - 38 - عثمان التوزري، مرجع سابق، (7/4).
 - 39 - القانون رقم: 91-10، المؤرخ في 27/04/1991م، المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 21.
 - 40 - عثمان التوزري، مرجع سابق، (25/4).
 - 41 - أبو الحسن علي التسولي، مرجع سابق، (389/02) وما بعدها.
 - 42 - ابن رشد، مسائل أبي الوليد ابن رشد (الجد)، دار الجيل، بيروت/ دار الآفاق الجديدة، المغرب، ط 02، س 1414هـ/1993م، (949/02).
 - 43 - القانون رقم: 91-10، المؤرخ في 27/04/1991م، المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 21.
 - 44 - مولاي أحمد الطاهري، فتوحات الإله المالك على نظم أسهل المسالك، مطبعة الواحات، غرداية - الجزائر، (د ط)، س 1996م، (160/04).
- عبد الله بن طاهر، استبدال الوقف المهجور بين الفقه المالكي وقانون مدونة الأوقاف، مجلة المذهب المالكي العدد 24، س 1441هـ/2019م، ص 65.