الحبس على بعض الأبناء دون بعض في ضوء الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا وأحكام الفقه الإسلامي

إعداد الدكتور خالد بوشمة

أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة سعد دحلب II بالبليدة

مقدمة

إن مسألة الاشتراط في الوقف من المسائل المتشعبة التي تناولها الفقهاء، وقد تباينت فيها آراءهم من منطلق اختلافهم في بعض المبادئ التي تحكم الوقف، ومن الاشتراطات التي تناولتها كتب الفروع مسألة إخراج بعض الأبناء من الوقف الخاص، حيث تباينت فيها أراء فقهاء المذاهب الأربعة، واختلفت فيها آراؤهم، وهذه المسألة ليست من المسائل النظرية، ولا من المسائل التي أضحت حبيسة الكتب الفقهية، بل هي مسألة ما زالت مطروحة في الواقع الجزائري إلى وقت غير بعيد، بل هي مطروحة في القضاء الجزائري، ولهذا فقد كانت موضوع قرار لغرفة الأحوال الشخصية التابعة للمحكمة العليا ، وكان للمشرع الجزائري رأي خاص به فيها.

أولا : نص قرار غرفة الأحوال الشخصية التابعة للمحكمة العليا

ملف رقم 171658 قـــرار بتاريخ 1997/ 09/ 30

إقامة الحبس على الزوجة والبنات - حرمان الابن- عدم جواز ذلك شرعا.

(الشريعة)

انعدام التسبيب

إن القرار الذي لا يكون معتمدا على أي أساس قانوني أو شرعي يكون مشوبا بالانعدام في الأساس القانوني.

ومتى تبين - في قضية الحال- أن القرار المنتقد لما قضى بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد بصحة الحبس الذي أقامه المحبّس على زوجته وبناته، وحرم ابنه الطّاعن من كل الاستفادة من الحبس المذكور، فإنه عرض قراره لانعدام الأساس القانوني والشرعي.

مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.

إن المحكمة العليا

.....

القرار المنتقد قد اعتمد على الحبس المؤرخ في 14 /05/ 1971 والذي أقامه والد الأطراف على جميع أملاكه على زوجته ثم على بناته الثلاثة المطعون ضدهن، وحرم منه ابنه الطاعن، كما أجاز للمحبس عليهن وأولادهن البيع والرَّهن الخ. هو حبس باطل، فحرمان ابنه المذكور ليس من أعمال البر، بل هو مخالف للشريعة.

حيث أنه بالفعل فالقرار المنتقد القاضي بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بصحة الحبس المؤرخ في 14 /05/ 1971 الذي حرره المرحوم، والذي حرم ابنه الطاعن من كل استفادة من الحبس المذكور، لم يقم على أي أساس قانوني أو شرعي، وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو الصادر بتاريخ 23 /03/ 1996 وبدون إحالة.

ثانيا : تحليل القرار

إن هذا القرار المتضمن إبطال الحبس، والذي أقامه الوالد على جميع أملاكه على زوجته ثم على بناته الثلاثة، وحرم منه ابنه، بحجة أنه ليس من أعمال البر، بل هو مخالف للشريعة. كما أجاز للمحبس عليهن وأولادهن البيع والرهن الخ. وهو صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، ومن خلال التمعُّن في هذا القرار يتبين أن هذا الحبس يقوم على أساسين هما:

- إفراد الزوجة والبنات بالوقف دون الابن.
- اشتراط الواقف شروطا في وقفه، وهو جواز البيع والرَّهن ونحوهما للشيء الموقوف.

ويظهر جليا أن أصحاب هذا القرار بنوا توجههم على أساس بطلان إفراد الزوجة والبنات بالوقف دون الابن، بحجة أنه مخالف لأحكام الشريعة، ولم يقفوا على مسألة الاشتراطات التي اشترطها الواقف في وقفه. ونحن في هذا التحليل سنقف على كل مسألة على حدة.

1/ الوقف على بعض الأبناء دون بعض.

لقد تناول الفقهاء مسألة الوقف على بعض الأبناء دون بعض، ولهم فيها عدة آراء، وهي:

الرأي الأول: أنّ الشرط والوقف صحيحان؛ أي أنّ من وقَّف على بعض أبنائه دون بعض، أو وقَّف على الذكور دون الإناث، أو وقَّف على الإناث دون الذكور، فوقفه صحيح، وشرطه ينفذ، وهذا رأي الأحناف ومتأخري المالكية وأكثر الشافعية والحنابلة، لأن الواقف يتصرّف في ملكه في صحّته ما شاء، وليس هذا من فعل الجاهلية من حرمان الإناث من الميراث، وإنّ الْمُغَلَّبَ فِي الْوَقْفِ التَّمْلِيكُ لَا الْقُرْبَةُ.

الرأي الثاني: أنّ الشرط والوقف باطلان مطلقا، أي أنّ الوقف يفسخ على كل حال، وإن حيز عن الواقف أو مات بعد أن حيز عنه، ويرجع لملكه، وهو قول مالك في العتبية، وهو رأي لبعض الشافعية.

الرأي الثالث: أنّ الشرط والوقف باطلان ما لم يتم الحوز، أي أنّ الوقف يفسخ، ويرجع لمالكه ما لم يحز عنه، وهو قول ابن القاسم على ما نقله اللخمي عنه.

الرأي الرابع: أن الشرط يبطل ويصح الوقف مطلقا، أي أنّ الوقف يفسخ، ويدخل فيه البنات وإن حيز عنه، وهو متأوّل على قول مالك في العتبية.

الرأي الخامس: أن الشَّرط يبطل ويصح الوقف ما لم يتم الحوز، أي أنّ الوقف يفسخ، ويدخل فيه البنات ما لم يحز عنه لم يدخلن إلا برضا المحبس عليهم، وهو ظاهر قول ابن القاسم في هذا السماع.

الرأي السادس: أنّ الوقف لا يفسخ، ويدخل فيه الإناث وإن لم يأخذ عنه إلا برضا المحبس عليهم، وهو قول محمد بن المواز(1).

وبعد عرض رأي فقهاء المذاهب الأربعة نجد أن أغلبهم يتجه إلى عدم إبطال الوقف الذي يكون فيه حرمان لبعض الأبناء دون بعض، وسواء كانت الصحة مطلقة أو بعد الفوات إما بالموت أو بالحوز، وإن كان بعض هؤلاء الفقهاء يبطل الشرط، إلا أنه يبقي الوقف صحيحا، إلا ما روي عن الإمام مالك وما ذهب إليه بعض الشافعية من إبطال الشرط والوقف معا.

مع العلم أن إبطال الإمام مالك للوقف والشرط عند حرمان الإناث من الحبس على ما روي عنه في العتبية، إنما كان ذلك منه على خلاف الأصل، واستحسان بالنص؛ لأن فيه مشابهة بفعل الجاهلية من حرمان البنات من إرث أبيهن، على ما ورد في

قوله تعالى: (وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَى أَزْوَاجِنَا)(2). وليس ذلك لذات الشرط، بدليل أنه يجيز الوقف مع اشتراط إخراج الذكور من الحبس، وهو حكم اتفق عليه المالكية(3).

وبهذا يتبين لنا بأن الاجتهاد القضائي الجزائري القاضي ببطلان الحبس، ما هو إلا رأي داخل الفقه الإسلامي في مقابل ما ذهب إليه الجمهور، وبذلك يكون تعليل هذا الحكم في هذا القرار القضائي بأن حرمان الابن من الحبس ليس من أعمال البر، بل هو مخالف للشريعة فيه مجازفة كبيرة، بل فيه مخالفة لما هو عليه أغلب الفقهاء.

2/ الاشتراط في الوقف.

الوقف من التصرُّفات التي ينشئها الواقف بمحض إرادته، ويضعها فيمن شاء وبالطريقة التي يشاء، وله أن يضع من الشروط ما لا يخالف المقصود الشرعي أو تنافي مقتضى عقد الوقف، والشروط التي يضعها الواقف يجب تنفيذها، ولا يجوز مخالفتها؛ إذ إنّ شرط الواقف كنص الشرع كما يقول الفقهاء(4).

هذا، وقد اختلف فقهاء المذاهب في الاشتراطات التي تعتبر جائزة، ويجب العمل بها، والاشتراطات التي تخالف المقصود الشرعي، أو تنافي مقتضى الوقف، ويجب إبطالها، ومنه فلا بد عند التعامل مع هذه الاشتراطات أن يبنى ذلك على ما اختير من المقصود الشرعي والمقتضيات الموافقة للوقف، ولا ينبغي التلفيق بين المذاهب في هذه الاشتراطات، حتى لا يكون الفرع مخالفا للأصل المختار. ومن خلال كلام فقهاء الشريعة حول الاشتراطات المتعلقة بالوقف، يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسام هي:

القسم الأول: اشتراطات صحيحة، ويصح الوقف والشرط معا.

القسم الثاني: اشتراطات باطلة، ومبطلة للوقف.

القسم الثالث: اشتراطات باطلة، ولكن إذا اشترطها الواقف صحَّ الوقف، وبطل الشرط.

وهذه الاشتراطات بأنواعها الثلاثة تختلف من مذهب إلى مذهب، فقد تكون باطلة في مذهب صحيحة في آخر، وبيان ذلك فيما يلي:

أ/ اشتراطات صحيحة، يصح الوقف والشرط معا: وهي كلّ الاشتراطات التي لا تخالف المقصود الشرعي، ولا تنافي مقتضى الوقف، وعادة تتجه هذه الاشتراطات إلى كيفية الانتفاع بالموقوف، وصفة من ينتفع، ومقدار ما ينتفع منه، وزمن ذلك، ونحو هذا كلّه، ومثل هذه الشروط يجب تنفيذها ما أمكن إلى ذلك سبيلا، ولا يجوز مخالفتها، بل لا يجوز مخالفتها إلى ما هو أولى منها مع الإمكان؛ لأنّ ألفاظ الواقف تتبع كألفاظ الشّارع، إلاّ أن يتعطل المقصود الشّرعي من الوقف كلية، بأن لا ينتفع به أصلا، أمّا لو اشترط الواقف مثلا أن ينتفع بالموقوف بالمزارعة، وكان الانتفاع به بالإيجار أحظ له، لم تجز المخالفة ما لم تتباين المصلحة تباينا كبيرا، وأمّا إذا تباينت المصلحة تباينا كبيرا بين ما اشترطه الواقف وبين ما تحتاجه الأمة: كأن يكون الواقف اشترط صرف ريع الموقوف على الفقهاء، واحتاجت الأمة إلى الجهاد لرد العدوان، وجب تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح منه، وكذا لو اشترط شروطا يتعطل بها الموقوف، ولا يستفاد به مطلقا، كأن يكون الموقوف أرضا بورا، ولا يمكن الانتفاع بها إلاّ بتحكيرها، وكان الواقف قد اشترط أن لا تحكّر، ولم يجد الناظر من يعمرها بغير التحكير، وجب حينئذ مخالفة شرط الواقف(5).

وكذا هو الحكم في الاشتراطات التي تؤدّي إلى تعطيل الانتفاع بالوقف مع مرور الزمن، أي قد يكون الاشتراط

في عصر الواقف صحيحا لا يعطل الانتفاع بالموقوف، ولكن مع مرور الزمن قد يصبح ذلك الاشتراط معطلا للانتفاع بالموقوف، فحينئذ لا يعمل بذلك الاشتراط، لأنّ الواجب في الوقف أن ينظر إلى قصد الواقف لا إلى ألفاظه، ومنه يبطل الشرط، ويصح الوقف(6).

ب/ اشتراطات باطلة، ومبطلة للوقف: وهي الاشتراطات التي تنافي مقتضى الوقف، وبعض هذه الاشتراطات الباطلة والمبطلة للوقف متفق عليها، وذلك عندما تخالف مقتضى من مقتضيات الوقف المتَّفق عليها، كأن يقف الشخص على نفسه؛ فهذا الاشتراط باطل، ومبطل للوقف عند جميع الفقهاء من جميع المذاهب، والبعض الآخر من هذه الاشتراطات الباطلة والمبطلة للوقف مختلف فيها، وذلك عندما تخالف مقتضى من مقتضيات الوقف المختلَف فيها، مثل أن يشترط عدم التأبيد، فهذا الشرط باطل، ومبطل للوقف عند فقهاء الأحناف والشافعية والحنابلة، وأمّا عند المالكية فالشرط صحيح، ولا يبطل الوقف، ويجب تنفيذه(7).

ج/ اشتراطات باطلة، ولكن إذا اشترطها الواقف صح الوقف، وبطل الشرط: وهي الاشتراطات التي تخالف المقصود الشرعي للوقف أو شرائطه، ولا تخل بالأركان الأساسية للوقف، كالاشتراطات التي تعطل الانتفاع بالوقف، أو الاشتراطات التي تصرف ريع الوقف في غير محلّه، وهذه الاشتراطات كذلك تختلف من مذهب إلى آخر، بحسب ما يعتبره كلّ مذهب ذلك الاشتراط مخالفا للمقصود الشرعي للوقف أولا، أو هل فيه إخلال بركن من أركان للوقف أم لا؟ وحكم مثل هذه الاشتراطات أن تبطل، ويبقى الوقف صحيحا، وهذا عند جميع الفقهاء، إلاّ أن المالكية الذين يشترطون الحوز في الوقف، فيبطلون الوقف في هذه الحالة قبل الحوز،

ويصححونه بعده، وذلك بناء على أصل عندهم، وهو مراعاة الخلاف(8).

وأمّا المشرع الجزائري، فالاشتراطات المتعلقة بالوقف عنده حسب المادة 218 من قانون الأسرة والمادتين 14 و 16 من القانون 91 - 10 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، فتنقسم إلى قسمين هما:

القسم الأول: الاشتراطات الصحيحة: وهي الاشتراطات التي تنظم الوقف ولا تنافي مقتضياته، ولم تنه عنها الشريعة الإسلامية.

القسم الثاني: الاشتراطات الباطلة: وهي الاشتراطات التي تنافي مقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم، أو ضارة بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه.

والملحوظ أن الاشتراطات الباطلة في نظر المشرع الجزائري لا أثر لها في إبطال عقد الوقف، حيث نص في المادة 218 من قانون الأسرة على أنّه إذا اشترط الواقف شروطا تتنافى ومقتضيات الوقف شرعا، فيبطل الشرط، ويبقى الوقف صحيحا، وهذا ما أكدته المادة رقم 16 من القانون 91 - 10 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، حينما منحت للقاضي سلطة إلغاء أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم، ولم تمنحه سلطة إبطال عقد الوقف.

ويظهر جليا أن المشرع الجزائري قد فصل في الأمر وحسم رأيه، حيث اعتبر الاشتراطات التي تنافي مقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم، هي اشتراطات باطلة، والاشتراطات التي تنافي لزوم الوقف هو جواز بيعه أو رهنه مثل ما اشترطه الواقف في هذا القرار.

فإبطال الوقف على أساس أن هذا الاشتراط منافي لمقتضى الوقف وهو اللزوم، مخالف لما هو منصوص عليه صراحة في قانون الأسرة والقانون رقم 91 - 10 المتعلق بالأوقاف المعدل

والمتمم، وإن كان هو موافق لما هو مقرر في الشريعة الإسلامية على مختلف مذاهبها كما سبق بيانه.

المراجع

·محمد أمين بن عمر المشهور بابن عابدين. رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار. المحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. سنة النشر 1423هـ/2002م.

·منصور بن يونس بن إدريس البهوتي. كشاف القناع عن متن الإقناع. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر.

·علي بن محمد الشهير بالماوردي. الحاوي في فقه الشافعي. دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى 1414هـ - 1994م.

·ابن حجر الهيتمي. الفتاوى الكبرى الفقهية. دار الفكر. بيروت. لبنان. بدون سنة.

·محمد بن محمد الطرابلسي المغربي ، المعروف بالحطاب. مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل. تحقيق زكريا عميرات. دار عالم الكتب. بيروت. لبنان. طبعة خاصة 1423هـ - 2003م.

·محمد بن أحمد الشهير بميارة الفاسي المالكي. الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام. دار المعرفة. بيروت. لبنان. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر.

·زكريا الأنصاري أبو يحيى. أسنى المطالب شرح روض الطالب. دار الكتاب الإسلامي. القاهرة. مصر. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر.

·أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية تقي الدين الحنبلي. الفتاوى الكبرى. المحقق: محمد عبد القادر عطا. مصطفى عبد القادر عطا. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. الطبعة الأولى سنة 1408هـ/1987م.

·محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمَوَّاق. التاج والإكليل لمختصر خليل. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. الطبعة الأولى سنة 1416هـ/1994م.

·محمد بن عبد الواحد الإسكندري السيواسي كمال الدين المعروف بابن الهُمام الحنفي. فتح القدير (شرح الهداية). دار الفكر. بيروت. لبنان. الطبعة الثانية. سنة النشر 1977م.

·علي الصعيدي العدوي المالكي. حاشية العدوي على شرح الخرشي على خليل. دار الفكر. بيروت. لبنان. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر.

·القانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 09 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة والمعدل والمتمم بالأمر 05 – 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م.

·القانون رقم 91 – 10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق 27 أبريل سنة 1991 م والمتعلّق بالأوقاف.

الهامش

1 -محمد أمين بن عمر المشهور بابن عابدين الحنفي. رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار. المحقق: عبد المنعم خليل إبراهيم. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. سنة النشر 1423هـ/2002م.: 4 /468. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي. كشاف القناع عن متن الإقناع. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر: 4 /285. علي بن محمد الشهير بالماوردي. الحاوي في فقه الشافعي. دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى 1414هـ - 1994م: 7 /529. ابن حجر الهيتمي الشافعي. الفتاوى الكبرى الفقهية. دار الفكر. بيروت. لبنان. بدون سنة : 3 /256. محمد بن محمد الطرابلسي المغربي ، المعروف بالحطاب. مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل. تحقيق زكريا عميرات. دار عالم الكتب. بيروت. لبنان. طبعة خاصة 1423هـ - 2003م: 7 /651.

(2) من الآية 139 من سورة الأنعام.

(3) الحطاب المالكي. المرجع السابق: 3 /37.

(4)ابن عابدين الحنفي. المرجع السابق: 4 /433. محمد بن أحمد الشهير بميارة الفاسي المالكي. الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام. دار المعرفة. بيروت. لبنان. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر: 2 /139. زكريا الأنصاري أبويحيى. أسنى المطالب شرح روض الطالب. دار الكتاب الإسلامي. القاهرة. مصر. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر: 2 /466. البهوتي الحنبلي: المرجع السّابق: 4 /258.

(5)ابن عابدين الحنفي. المرجع السابق: 4 /343 و 4 /367. ميارة المالكي. المرجع السّابق: 2 /139. زكريا الأنصاري الشافعي. أسنى المطالب: 2/ 465. أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية تقي الدين الحنبلي. الفتاوى الكبرى. المحقق: محمد عبد القادر عطا. مصطفى عبد القادر عطا. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. الطبعة الأولى سنة 1408هـ/1987م: 5 /429.

(6) ميارة المالكي. المرجع السّابق: 2 /139.

(7) ابن عابدين الحنفي. المرجع السابق: 4 /342. محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمَوَّاق. التاج والإكليل لمختصر خليل. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. الطبعة الأولى سنة 1416هـ/1994م: 7 /637. زكريا الأنصاري. أسنى المطالب: 2 /464. البهوتي الحنبلي. المرجع السّابق: 4/251.

(8)محمد بن عبد الواحد الإسكندري السيواسي كمال الدين المعروف بابن الهُمام الحنفي. فتح القدير (شرح الهداية). دار الفكر. بيروت. لبنان. الطبعة الثانية. سنة النشر 1977م: 6/227. علي الصعيدي العدوي المالكي. حاشية العدوي على شرح الخرشي على خليل. دار الفكر. بيروت. لبنان. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر: 7 /92. زكريا الأنصاري. أسنى المطالب: 2 /465. البهوتي الحنبلي. المرجع السّابق: 4 /251.