لزوم الوقف
في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

د/ دليوح مفتاح

جامعة الجلفة

ملخص :

يعتبر اللزوم في عقد الوقف إحدى خصائصه الفارقة ، ويقصد به عدم جواز الرجوع في تصرف الوقف من الواقف ، و لا نقضه ولا التصرف فيه ، وهو مما يكاد يجمع عليه فقهاء الشريعة لولا أن خالفهم رأس المذهب الحنفي أبو حنيفة وبعض الحنفية . وقد استقر الرأي بلزوم الوقف في القانون الجزائري، ونصت عليه مواد من القانون 91/10 المتعلق بالأوقاف . ولاسيما المادتان 16 و 17 ، وهو مما يساعد في استقرار التصرف الوقفي ، وحمايته من التراجعات التي تجعل الوعاء العقاري الوقفي مضطربا .

Résumé :

Le fait que le contractant ne peut reculer dans le contrat du waqf est l'un de ses caractéristiques qui le distingue .Il peut être définit comme étant l'interdiction de tout real dans l'acte.

les spécialistes du droit islamique se sont tous mis d'accord sur ce point , a l'exception du leader de la doctrine hanafite Abu Hanifa et certains de ses élèves .

le droit algérien a établit la règle de l'interdiction de tout recule dans l'acte du waqf , ce qui a été stipulé par des articles de la loi 91/10 concernant le waqf , notamment les articles 16 et 17 . ces dispositions aident a la stabilité des actes concernant le waqf et le protéger de tout acte pouvant le déstabiliser.

مقدمة

الوقف أحد أوجه الانفاق التي استقر الفقه الاسلامي على مشروعيتها والتي ندب الشارع الى إتيانها، وقد ثبت ذلك من خلال قوله عليه الصلاة والسلام ،وإقراره ، وما اشتهر من فعل كثير من الصحابة .

وقد تناوله المشرع الجزائري بالتنظيم في عدد من التشريعات ،أهمها القانون الرئيس 91/10[1] متخذا من الفقه الإسلامي مصدره الرئيس والمباشر،ومرجعه في حال سكوت النص.

وقد وصف القانون الوقف بأنه عقد،[2] تأسيا بهذا الفقه الذي يجعل الوقف عقدا بالمفهوم العام للعقد ، وهو ما يقابل (التصرف) في مفهوم القانون.

كما أن المشرع الجزائري حين صدور قانون الأسرة الجزائري [3] وضع الوقف ضمن عقود التبرع .وذلك هو موضعه الطبيعي . لكون هذه العقود قد أخذت أحكامها كلها من الفقه الإسلامي ، ثم للأحكام المتشابهة بينها .

ولكن الوقف قد يوافق هذه التصرفات في بعض أحكامها ، وقد يخالفها في أحكام أخرى ،لذلك عاد المشرع الجزائري وأفرد للوقف قانونا خاصا كما سبقت الإشارة ،مستشعرا الحاجة لتفصيل هذه الأحكام مستقلة ،وأتبعه بنصوص أخرى.

على أن من أهم خصائص الوقف الفارقة ،والمميزة له حتى عن طائفة التصرفات التبرعية، والتي ترتب أحكاما ذات شأن، خاصية (اللزوم) والتي وقع فيها بعض الاختلاف في الفقه الإسلامي، وبناء على ذلك نطرح الإشكالية التالية:

ماهو اللزوم ؟ وما هي اتجاهات الفقهاء في مسألة لزوم الوقف؟ وما هو موقف المشرع الجزائري من آراء واتجاهات فقهاء الشريعة الإسلامية في الموضوع ؟

ولما كان مصطلح (اللزوم) من الاصطلاحات الشرعية التي لا يستعملها فقهاء القانون الوضعي وجب بسط مصطلح اللزوم أولا ، ثم الإجابة عن الإشكالية المطروحة ضمن عناصر البحث الآتية :

1ـ مفهوم اللزوم

2 ـ الاتجاه القائل بلزوم الوقف

3 ـ الاتجاه القائل بعدم لزوم الوقف

4 ـ مناقشة أدلة الفريقين

5 ـ موقف المشرع الجزائري من لزوم الوقف

خاتمة

1ـ مفهوم اللزوم

مفهوم اللزوم كمصطلح غريب عن الدراسات القانونية ، لكنه متضمن في العقد بطبيعته ، وجزء من آثاره ،إلا إذا تعرض العقد للبطلان النسبي خاصة ،والذي يقابله في الاصطلاح الفقهي الشرعي حالة سلب اللزوم [4] .

ولما كان اللزوم صفة في العقود ، فيجب إيضاح هذه الفكرة في الفقه الإسلامي وفي القانون؛ ولكن قبل ذلك نعرف اللزوم في اللغة والاصطلاح ،وفي الأخير نعالج فكرة اللزوم وقوتها في الوقف خاصة، مقارنة بغيره من التصرفات .

1 ـ أ.تعريف اللزوم

نعرف اللزوم في اللغة أولا ،ثم ننظر دلالته الاصطلاحية عند الفقهاء.

1ـ أ ـ 1 / تعريف اللزوم لغة:

اللزوم في اللغة مصدر للفعل (لَزِمَ ، يلزَم) واسم الفاعل منه (لازِم) ، ولزم الشيءَ بمعنى ثبت، ودام ،ووجب ؛ ولزم الأمرُ ثبت حكمه .[5]

1 ـ أ ـ 2 /تعريف اللزوم اصطلاحا

إذا كان من معاني اللزوم في اللغة كما سبق أن يثبت حكم الأمر، فإن هذه الدلالة هي التي انتقلت إلى الاصطلاح الشرعي؛ فعرفه الشيخ مصطفى الزرقاء على أن» معناه ألاّ يستطيع أحد الطرفين بعد العقد التحلل من قيده ما لم يتفقا على الإقالة ... واللزوم فكرة أساسية ضرورية في العقود لولاها لفقد العقد أهم مزاياه في بناء الأعمال والحياة الاكتسابية « [(6)] .

والواضح من كلام الزرقاء انطباقه على كل العقود، خاصة العقد بمعناه الخاص في الفقه الإسلامي والذي يقصد به معنى العقد في القانون أي ما يتم بتوافق إرادتين، ولذلك فإن الأصل في العقود أن تكون لازمة ،ومرتبة لآثارها بمجرد الإبرام ، فلا يمكن لأي طرف التراجع عمّا ألزم به نفسه ،وما أثبت عليها بموجب العقد، وهذا أيضا ما نلمسه في القانون، إذ يعتبر القانون

المدني الجزائري العقد قد أصبح بمثابة قانون بين طرفيه موجب لكليهما بما ينجرّ عن انعقاده، ولا يجوز التراجع فيه ولا نقضه ولا تعديله إلا باتفاق العاقدين، أو إلا إذا كان العقد غير لازم بحكم القانون، كما تنص عليه المادة 106 من القانون المدني[7].

أما ما يقابل اللزوم في صفة العقد فهو (الجواز) ويراد به إمكانية العاقد ، أو أحد العاقدين أن يرجع عن تصرفه أو إبرامه ، كما هو الأمر في الوصية ، والعارية والإيداع .

واللزوم في الوقف خاصة لا يخرج عن معنى ما سبق إذ عرفه بعض الدارسين بأنه « عدم

جواز الرجوع في الوقف أو نقضه، أو انتقاله بالإرث» [8] ويستتبع ذلك أنه لا يمكن التصرف فيه، لا من الواقف، ولا من الموقوف عليه إلا في حالات استثنائية .

1 ـ بـ/ اللزوم كصفة أصلية في العقود

الأصل أنه إذا تبادل طرفا العقد التراضي بينهما، فقد انعقد العقد وأصبح مرتّبا لكل آثاره، والتزم العاقدان بهذه الآثار، فيلتزم البائع ـ مثلا ـ في عقد البيع بنقل ملكية المبيع وتسليمه، وبالضمانات التي يرتبها عقد البيع، ويلتزم المشتري بدفع الثمن ،وتسلّم المبيع ...وكذلك الأمر في سائر العقود على الإجمال، ولا يستطيع طرف من الطرفين التنصل من هذه الالتزامات، أو إنهاء العقد إلا في حالات أهمها :

ـ أن يتفق العاقدان على نقضه أو تعديله.

ـ أن يمنح العقد ـ باتفاقها ـ حق نقضه أو تعديله لأحدهما أو كليهما[9].

ـ أن يكون العقد بطبيعته غير لازم (أي جائزا بالتعبير الشرعي)، وذلك في عقود محددة هي: الوديعة والعارية والشركة، وهناك عقود أخرى الأصل فيها أنها جائزة ولكنها قد تلزم في حالات مثل الوكالة، وهناك عقود الأصل فيها اللزوم ، ولكنها قد تكون جائزة في أحوال[10] كما في عقد الهبة[11]؛ ومن التصرفات غير اللازمة الوصية ، أمّا أهم التصرفات اللازمة فهو الوقف .

1 ـ ج/القوة اللزومية في الوقف

اللزوم في الوقف أقوى منه في العقود الأخرى كالبيع والهبة والإيجار ... كما أنه يعتبر استثناء من الحكم العام في التصرفات بإرادة منفردة.

ففي التصرفات بإرادة منفردة كالجعالة والوصية يتمتع المتصرف بسلطان إرادة واسع في إنهاء التصرف أو تعديله.

ففي الجعالة (أو الوعد بجائزة) يستطيع الواعد إذا لم يعين أجلا لإنجاز العمل أن يرجع في ما التزم به بإعلان الجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل موضوع الوعد بالجائزة قبل الرجوع في الوعد[12].

وفي الوصية فإن الموصي يمكنه الرجوع فيها متى شاء صراحة أو ضمنا[13].

وإذا قارنّا قوة اللزوم في الوقف بها في العقود الملزمة لجانبين كالبيع والإيجار والرهن والقرض والمقاولة والتأمين ...فإننا نجد أن هذه العقود يمكن أن تنتهي بالتقايل بين الطرفين ، كما يمكن أن تكون المدة عاملا في إنهاء أو تعديل العقود الزمنية ، لكن هذا الأمر غير متصوَّر في الوقف إذ أن التقايل فيه غير وارد لأنه في الأصل العام تصرف بإرادة منفردة ،ثم إن الموقوف عليه لا حق له في أي تصرف في أصل الوقف، كما أن الوقف تصرف مؤبد، وإذا اشترط الواقف إمكانية الرجوع عن وقفه كان شرطا لاغيا[14] .

ورغم أن الوقف استقر على اعتباره لازما في القانون الجزائري كما سنبين، إلا لأن الفقه لم يكن على رأي واحد في ذلك ،مما يجدر معه معرفة الاتجاهين في المسألة.

2 ـ الاتجاه القائل بلزوم الوقف

لقداختلفت آراء فقهاء الشريعة الاسلامية من لزوم الوقف، ولعل مرد هذا الاختلاف في شق منه الى نظرتهم الى مآل ملكية الموقوف ، وإلى تأبيده أو تأقيته ، وسنعرض للآراء الفقهية التي اعتبرت الوقف تصرفا لازما ،ثم نورد أدلتها في ذلك.

2 ـ أ/ الاتجاه إلى اعتبار الوقف لازما في مذاهب الفقه الإسلامي

الحق أن الجمهور من المذاهب الإسلامية ـ باستثناء أبي حنيفة وتلميذه زفر بن الهذيل وبعض الأحناف ـ يعتبرون الوقف لازما، مع بعض الاختلافات في شرط اللزوم ومداه، وسنتطرق إلى رؤية المذاهب الفقهية المؤيدة للزوم في الوقف

2.أ.1/ رؤية الأحناف للزوم

فللحنفية في لزوم الوقف رأيان مشهوران ، أحدهما هو رأي الصاحبين أبي يوسف ومحمد بن الحسن وجمهورهم وهم يرون الوقف لازما بالتسليم، وقد أشار إليه الكاساني بالقول : ((وقال أبو يوسف ومحمد و عامة العلماء يجوز* حتى لا يباع ولا يورث ولا يوهب ...)) [15]

واشترط محمد حتى تزول الملكية عن الواقف القبض أو التسليم؛ وفي وقف المسجد اشترط أبو حنيفة ومحمد الإفراز والإذن بالصلاة، واكتفى أبو يوسف بالقول [16].

2ـ أ.2/ رؤية المالكية للزوم الوقف

يرى المالكية أن الواقف لا يستطيع أن يتصرف في الوقف ببيع أو هبة أو غيرهما من التصرفات الناقلة للملكية، وذلك لقولهم بلزوم الوقف وامتناع الرجوع فيه إجمالا ، إلا أن لديهم تفصيلا في المسألة ، قال اللخمي من فقهائهم ((الحبس أصناف : صنف لا يصح بقاء يد المحبِّس عليه و لا يحتاج الى حائز مخصوص كالمساجد ، وصنف لا يصح بقاء يد المحبس عليه ويتعين حائزه ، وهو المحبّس على معيّن، وصنف يصح بقاء يده عليه إذا أنفذه في ما حبسه عليه كالخيل يغزى عليها والكتب ... فإذا لم يكن الحبس على معين صح أن يعود إلى يده بعد قبضه؛ ويختلف إذا لم يأت وقت إنفاذه للجهاد أو الكتب للقراءة ... حتى مات المحبّس، وقيل يبطل الحبس ، ولو كان يركب الدابة إذا عادت إليه لرياضتها لم يفسد حبسها ، ولو كان يركب حسب ما كان يفعل بطل حبسه ...)) [17]

أما بداية لزومه فإنها متعلقة بحيازة الموقوف ، فإن لم يخرجه من يده حتى مات لم يجز، لأنه لا يأخذ حكم الوصية عند المالكية إلا بالإيصاء [18]

2ـ أ.3 /رؤية الشافعية للزوم الوقف

رغم أن الشافعية اتفقوا مع المالكية والحنابلة وغيرهم في لزوم الوقف إلا أنهم اعتبروه لازما في الحال ، ولو أضافه إلى ما بعد الموت، ولو لم يسلّمه ، كما هي شروط غيرهم، إلا أن الوقف إذا كان على معين لا يلزم إلا بقبول الموقوف عليه؛ قال النووي في متن المنهاج : ((... وأن الوقف على معين يشترط فيه قبوله، ولو ردّ بطل حقه، شرطنا القبول أم لا.)) [19]

2ـ أ.4 /رؤية الحنابلة للزوم الوقف

سلك الحنابلة مسلك الجمهور في لزوم الوقف ، واشترطوا لذلك القبض وفاقا للمالكية في الحبس على معيّن ، فعن أحمد لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الواقف له عن يده [20] ، كما انتقد ابن قدامة ما ذهب اليه أبو حنيفة وما احتج به من رأى رأيه .

وأضاف : ((أن الوقف إذا صح زال به ملك الواقف عنه في الصحيح .. ولنا (أي المؤلف) أنه سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة فأزال الملك كالعتق ... وفائدة الخلاف أننا لو حكمنا ببقاء ملكه لزمته مراعاته والخصومة فيه ... وعن أحمد لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الواقف له عن يده [21].

2ـ ب/ حجة الاتجاه المثبت للزوم الوقف

وقد استند الجمهور في لزوم الوقف الى حديث عمر في وقف ماله بخيبر وإلى اجماع الصحابة رضوان الله عنهم، وحديث عمر المشهور والذي هو أصل في مشروعية الوقف ، وحجة لمن يرى لزومه ، وهو حديث صحيح ، فعن ابن عمر أن عمر

أصاب أرضا بخيبر، فقال : يارسول الله أصبت أرضا بخيبرلم أصب مالا قط أنفس عندي منه ، فما تأمرني ؟ فقال صلى الله عليه وسلم: « إن شئت حبست أصلها وتصدقت به» ، فتصدق بها عمر على ألا تباع ولا توهب ولا تورث ، في الفقراء وذوي القربى والرقاب والضيف وابن السبيل ، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متموّل [22] «

وفيه عمل عمر بمقتضى إشارة النبي صلى الله عليه وسلم فتصدّق بمنفعة الأرض على ألا يباع أصل الأرض أي رقبتها، ولا توهب ولا تورث ...

كما استندوا إلى حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :» إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له «[23]، فلا تكون صدقة جارية إلا إذا كانت لازمة ومؤبدة ،وإلا كانت مما يتصرف فيه فيخرج من حكم الصدقة الجارية إلى حكم الصدقة العادية.

واستدلوا أيضا على اللزوم بعمل الصحابة المستفيض إلى حد قول الصحابي جابر بن عبد الله رضي الله عنه :»ما أعلم أحدا كان له مال من المهاجرين والأنصار إلا حبّس من ماله صدقة مؤبدة لا تشترى أبدا ولا توهب ولا تورث» فلو كان مما يمكن الرجوع في هذه الصدقات لعلمه جابر وغيره ولنقل إلينا[24] .

3ـ الاتجاه الذي يرى عدم لزوم الوقف

ساق الشيخ أبو زهرة رأيا يخالف الجمهور في لزوم الوقف اتساقا مع رؤية لعدم مشروعيته فقال : ((ولقد كان من الفقهاء من أنكر شرعية الوقف بهذا المعنى وعده باطلا)) [25]

وبذلك فإن عدم مشروعية الوقف ينسف مبدأ اللزوم من أصله.

ورغم ضيق هذا الرأي في مساحة الاجتهاد الفقهي الإسلامي، إلا أن له بعض أثر في بعض القوانين الحديثة ، وهو رأي له دليله الذي سنعرض له.

3ـ أ/أشهر من ذهب إلى عدم لزوم الوقف

ولعل أشهر من قال بذلك هو القاضي شريح بن الحارث الكندي، الذي يروى عنه قوله :»جاء محمد بمنع الحبس»[26]

وكذلك أبو حنيفة كما يفهم من بعض تلامذته ، ومرويات عن بعض المتقدمين من الأحناف وعامة أهل الكوفة[27] أنه كان لا يرى جواز الوقف أصلا،غير أنه كان يقصد عدم لزومه لا عدم مشروعيته وهذا ما صححه بعض فقهاء الحنيفة، فقد ورد في المبسوط للسرخسي صريح هذا الرأي حيث قال ((وظن بعض أصحابنا رحمهم الله أنه غير جائز على قول أبي حنيفة ، وإليه يشير في ظاهر الرواية ، فنقول أما أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه فكان لا يجيز ذلك ومراده ألا يجعله لازما، فأما أصل الجواز فثابت عنده [28] لأنه يجعل الواقف حابسا للعين على ملكه صارفا للمنفعة إلى الجهة التي سماها فيكون بمنزلة العارية والعارية جائزة وغير لازمة ...)) [29]

ونجد أن رأي أبي حنيفة هذا هو نتيجة ما ذهب إليه من أن الوقف هو حبس العين على ملك الواقف ،وله حق الرجوع فيه واعتبره بمنزله العارية ، وهي جائزة غير لازمة؛ وقال في بدائع الصنائع : ((قال أبو حنيفة لا يجوز حين كان للواقف بيع الموقوف وهبته و إذا مات يصير لورثته))[30].

إلا أن أبا حنيفة استثنى من عدم لزوم الوقف ثلاث حالات هي :

ـ وقف المساجد إذا أفرزت عن غيرها وأذن فيها للصلاة ذلك « أن المساجد لله «

الآية 18 من سورة الجن.

ـ حالة ما إذا قضى قاض أو حاكم بتقرير ملك وقع فيه النزاع على أنه وقف، فهذا الحكم حسْمٌ للنزاع ، وفصل بين الخصوم .

ـ إذا أضيف الوقف إلى ما بعد الموت فيلزم كما تلزم وصية المورث بعد وفاته ، شرط ألا يجاوز ثلث التركة و إلا ارتهن بإجازة

الورثة.

3ـ ب/ حجة من لا يرى لزوم الوقف

احتج هذا الفريق ببعض المرويات منها،ما روي ((أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان جعل حائطه صدقة و جعله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتى أبواه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالا يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا من هذا الحائط،فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم ماتا فورثهما ، رواه المحاملي في أماليه)) [31]

ففي هذا الخبر صريح رد النبي للصدقة الموقوفة بعد أن قبضها صلى الله عليه وسلم.

كما استدلوا على عدم جواز الوقف ذاته وكونه غير مشروع بحديث مروي عن لبن عباس رضي الله عنهما،أنه قال :» لما نزلت سورة النساء وفرضت الفرائض(أي المواريث) قال رسول الله صلى الله وسلم:لا حبس على فرائض الله.» وفهموا من الحديث أنه لا يمكن أن تحبس أموال المورث عن أن تقسم على الورثة كما كان معمولا به الجاهلية ...فكان شريح يقول : جاء محمد بمنع الحبس.[32]

واحتجوا أيضا بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه ((لولا أني ذكرت صدقتي لرسول الله صلى الله عليه وسلم لرددتها)) [33] مما يدل على أن مانعه من الرجوع في صدقته ليس لزومها، ولكن ما كان من ذكره إياها لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، وصدقته هنا يقصد بها وقف خيبر .

وقالوا إن الحبس يناقض المبدأ الفقهي في أن الملكية تقتضي حرية التصرف، و كل عقد يمنع هذه الحرية باطل ، والوقف مانع للتصرف في الملك الموقوف ، ولو بقي في ملك صاحبه كما يرى المالكية، وكذا يناقض المبدأ الفقهي الذي يقرر أن إخراج الشيء من الملك لا يكون إلى غير مالك ، والوقف لا يخرج الى ملك معين ، ولو بقي في ملك الواقف فإنه يناقض المبدأ الأول في حرية التصرف ، فإن ذهب إلى ملك الموقوف عليهم كما يقول الحنابلة فإنهم مقطوعون عن التصرف فيه، وهو مناقض للمبدأ الأول [34] .

4 ـ مناقشة أدلة الفريقين

غير أن الشيخ أبا زهرة ساق ردود الجمهور على من لم يرلـزوم الوقف بأدلة منها :

1- أن خبر إرادة عمر الرجوع عن وقفه إنما ذلك رأي له وليس لرأي الصحابي موضع في مقام النص [35].

2- وأما مخالفة الوقف للقواعد الفقهية فردوه بأن القياس لايجب مصادمة النص به ، وبأن خروج الشيء من مالكه الى غير مالك قد يقره الشرع كما في العتق . وهنا في المسالة الاخيرة لا يقرهم أبو زهرة على قياس الوقف على العتق لأن الموقوف شيء من شأنه أن يملك ، وأما العتيق فليس ذلك من شأنه ، إذ أن الرق أمر عارض والعتق يرفعه ويرده الى أصله فلا مقايسة بينهما .

3- أن الحديث الذي سبق والمستدلّ به على عدم اللزوم ،وهو حديث عبد الله بن زيد ...فهو حديث في سنده انقطاع،ولا يصمد في مواجهة حديث عمر المشهور، ومن حيث المتن فقد دل على أن الحائط الذي تصدق به عبد الله كان هو قوام عيشه ووالديه ، لذلك رده رسول الله صلى الله عليه وسلم لما فيه من كراهية الصدقة بكل المال، ولما فيه من إضرار بالوالدين، كما أن في الحديث إشارة إلى أن المال كان لهما، وورثهما بعد ذلك عبد الله[36] .

4- كما ردّ ابن قدامة المقدسي على من لم ير الوقف لازما فقال تعقيبا على حديث عبد الله بن زيد الذي يحتج به من لا يرى لزوم الوقف ، ((وحديث عبد الله بن زيد إن ثبت فليس فيه ذكر الوقف ، والظاهر أنه صدقة استناب فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما ولهذا لم يردها عليه .. ويحتمل أن يكون الحائط لهما وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما فلم ينفذاه وأتيا النبي صلى الله عليه وسلم فرده إليهما ، والقياس على الصدقة لا يصح لأنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم ، وإنما تفتقر إلى القبض والقبض لا يفتقر إليه))[37].

5ـ موقف المشرع الجزائري من لزوم الوقف

لا شك أ ن الشريعة الإسلامية، والفقه الإسلامي خاصة كان مصدر أحكام الوقف في البلاد الإسلامية والعربية، ولذا ليس بدعا أن تختلف أحكام اللزوم في هذه القوانين نظرا لاختلاف المذاهب السائدة في كل بيئة، وقد أثّر رأي أبي حنيفة خاصة في المشرع المصري في القانون 46/48 و نص على إمكانية عن وقفه ؛ وأشترط لصحة رجوع الواقف شروطا هي :

أ- أن يصدر الرجوع من الواقف نفسه إذ أن هذا الحق شخصي لا ينتقل الى خلفه العام أو الخاص .

ب- أن يكون الرجوع صريحا ووفق الإجراءات القانونية .

ج-أن يكون في غير المسجد أو ما وقف له [38] .

و خلافا لما أخذ به المشرع المصري اتجه المشرع الجزائري الى النص على لزوم الوقف وفاقا لرأي جمهور الفقهاء؛ فقد نص في المادة 3 من قانون الأوقاف 91/10[93] على حبس المال عن التملك مؤبدا ، كما ورد ذلك في نص المادة 16 منه: ((يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم ...)) إلا أن عبارة (يجوز) تجعل إمكانية تمرير الشرط واردة، وهي صياغة سقيمة ليست مقصودة بالضبط لأنها تناقض حكم المادتين :3 و5 اللتين تنفيان الملكية عن الوقف ولا تسندها لأي جهة ، كما بين حكم اللزوم بيانا شافيا في مادته 17 : ((وإذا صح الوقف زال حق الملكية للواقف)) وفي المادة ،23 منع التصرف في أصل الملك بأي تصرف ناقل للملكية إلا في الاستثناءات المنصوص عليها في المادة 24 منه .

خاتمة

لقد تظاهرت الآراء المؤيدة لفكرة لزوم الوقف ،ويبدو أنه موقف أشد تماسكا من الرأي القائل بعدم لزومه ، لاستناده الى نص قطعي ، وبذلك نهج المشرع الجزائري في هذه المسألة ، وحسنا فعل في رأينا لأن عدم اللزوم يترك الباب مفتوحا أمام عدم استقرار الأوقاف واضطراب نظامها ، وكذلك تراجع أصحاب الوقوف الذين قد تتغير نزواتهم من حين الى حين، ولاسيما مع فساد حال المجتمع وتراجع حرمة الهيئات الدينية الخيرية .

المراجع

أولا:الكتب

1. السنهوري، أحمد عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني ،المجلد الأول ،بيروت ، دار التراث العربي

2- إمام ،محمد، وفراج، أحمد حسين، نظام الإرث في التشريع الإسلامي. الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي ، الدار الجامعية بيروت ط 2001

3. أبو زهرة ، محمد ، محاضرات في الوقف ، القاهرة ،مطبعة أحمد علي مخيمر، 1959

4. - البخاري ،محمد بن إسماعيل ، الجامع الصحيح ،مج2،القاهرة ،دار الزهراء للإعلام العربي

5. الزرقاء،مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي العام ،ج1 ، دمشق ، دار الفكر ، ط9 ، 1968

6. - الزرقاني ،عبد الباقي بن يوسف ، شرح الزرقاني على خليل ،ج7 ،(أنظر الحاشية لمحمود البناني)، بيروت، دار الفكر (دون تاريخ)

7. السرخسي، شمس الدين ،المبسوط ،ج12 ،ط 89 ، دار المعرفة ، بيروت.

8. شلبي، محمد مصطفى ، أحكام الوصايا والأوقاف،بيروت ،الدار الجامعية، دون تاريخ

9. الشوكاني ،محمد بن علي، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار،تخريج أحمد إبراهيم زهوة، بيروت، دار الكتاب العربي .

10. - الغمراوي،الشيخ محمد الزهري ، السراج الوهاج على متن المنهاج للنووي، بيروت، دار الجيل، 1984 .

11.. صبري ،عكرمة سعيد ، الوقف الإسلامي بيم النظرية والتطبيق،الأردنّ ،دار النفائس،ط2 ،2011

12. - الكاساني ، أبو بكر بن مسعود ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، المجلد السادس، ط 2 ،بيروت،دار الكتاب العربي.

13. الإمام مالك ،المدونة الكبرى ،رواية سحنون بن سعيد التنوخي ،مج 1، دار الفكر ، بيروت.

14. مجموعة من اللغويين العرب ، المعجم العربي الأساسي ،المنظمة العربية للتربية والثقافة والفنون ،1989 .

15- المقدسي، ابن قدامة ، المغني ،ج6 ، ط13 ، بيروت، دار الكتاب العربي .

16. النووي، محي الدين بن أبي زكريا ، شرح صحيح مسلم،المجلد السادس،المنصورة. مصر،مكتبة الإيمان، دون تاريخ.

ثانيا :التشريعات

1.الأمر 75/ 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975

[2] .القانون 91/10 ، المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق 27 أفريل1991 ،المتعلق بالأوقاف .

[3] .القانون 84/11 ، المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة .

الهوامش:

1 .القانون 91/10 ، المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق 27 أفريل1991 ،المتعلق بالأوقاف .

2.القانون نفسه ،المادة : 4

3.القانون 84/11 ، المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة .

4 .مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ،ج1 ، دمشق ، دار الفكر ، ط9 ، 1968 ، ص 457

5 .مجموعة من اللغويين العرب ، المعجم العربي الأساسي ،المنظمة العربية للتربية والثقافة والفنون ،1989، ص 1084

6 - مصطفى أحمد الزرقاء ، مرجع سابق، ص 444

7 .الأمر 75/ 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 ، المادة : 106

8 - محمد إمام و أحمد فراج حسين، نظام الإرث في التشريع الإسلامي .الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي ، الدار الجامعية بيروت ط 2001،ص 176 .

9.أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،المجلد الأول ،بيروت ، دار التراث العربي،دون تاريخ، ص 626.

10.المرجع نفسه ،الموضع نفسه،وانظر أيضا : مصطفى أحمد الزرقاء ،مرجع سابق ،ص 447 وما بعدها.

11.انظر القانون 84/11 المتضمن قانون الأسرة والمشار إليه سابقا، المادة 211.

12.الأمر 75/58 المتضمن القانون المدني ، المشار إليه ، المادة 123 مكرر 1.الفقرة الثانية .

13.القانون 84/11 المتضمن قانون الأسرة والمشار إليه ،المادة 192.

14.القانون 91/10 المشار إليه ، المادة: 16.

*.المراد بقوله(يجوز) هنا أي أنه مشروع ،لا باطل كما كان مفهوما من بعض الروايات عن أبي حنيفة في أن الوقف غير جائز شرعا ...،وليس المقصود بالجواز هنا عدم اللزوم ،وهذا هو مقتضى سياق كلام الكاساني.

15 - الكاساني ، أبو بكر بن مسعود ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، المجلد السادس،بيروت،دار الكتاب العربي، ط 2 ، ص218 .

16 - المرجع نفسه ،الموضع نفسه .

17 - عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل ،ج7 ،(أنظر الحاشية لمحمود البناني)، بيروت، دار الفكر (دون تاريخ) ، ص 67 .

18 - انظر: الإمام مالك بن أنس ،المدونة الكبرى ،رواية سحنون بن سعيد التنوخي ،مج 1،بيروت، دار الفكر ، ص 346 .

19 - الشيخ محمد الزهري الغمراوي ، السراج الوهاج على متن المنهاج للنووي ،بيروت، دار الجيل، 1984 ، ص 303/304 .

20- ابن قدامة المقدسي ، المغني ،ج6 ، ط13 ، بيروت، دار الكتاب العربي ، ص ص 186 _ 187 .

21 - المرجع نفسه ، ص ص 187 _188 .

22 - البخاري محمد بن إسماعيل ، الجامع الصحيح ،مج2،القاهرة ،دار الزهراء للاعلام العربي، الحديث رقم 2737 ، ص 255 .

23.- انظر الشوكاني ،محمد بن علي، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار،تخريج أحمد إبراهيم زهوة، بيروت، دار الكتاب العربي ، ص 1096 .

والحديث رواه مسلم وغيره ،انظر: محي الدين بن أبي زكريا النووي، شرح صحيح مسلم،المجلد السادس،المنصورة . مصر،مكتبة الإيمان، دون تاريخ، رقم الحديث 1634 ،ص 76.

24.محمد مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف،بيروت ،الدار الجامعية، دون تاريخ ،ص 314.

25 - محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، القاهرة ،مطبعة أحمد علي مخيمر، 1959 ، ص 45 .

26 .عكرمة سعيد صبري ، الوقف الإسلامي بيم النظرية والتطبيق،الأردنّ ،دار النفائس،ط2 ،2011، ص 61.

27.محمد مصطفى شلبي،مرجع سابق،ص 310.

28- يقصد بالجواز هنا ، جوازه الحكمي أي كونه مشروعا .

29 - شمس الدين السرخسي ،المبسوط ،ج12 ،ط 89 ، دار المعرفة ، بيروت ، ص 27 .

30 - الحديث مروي عن بكر بن حازم ، وهو منقطع من ناحية السند ، انظر مناقشته عند : عكرمة سعيد صبري ، مرجع سابق ،ص 163 .

31 - ابن قدامة ،المغني ،ج6 ، ط83 ،بيروت ، دار الكتاب العربي ،ص 186 .

32 .للتفصيل انظر :عكرمة سعيد صبري،مرجع سابق،ص ص 62.60

33 - أنظر الشوكاني ،محمد بن علي، مرجع سابق ، ص 1096 .

34 - أنظر في تفصيل هذ الحجج والرد عليها ، محمدا أبا زهرة ،مرجع سابق ص 47 وما بعدها .

35 - المرجع السابق، ص 55 .

36 .عكرمة سعيد صبري ، مرجع سابق ، ص163.

37 ابن قدامة المقدسي ،مرجع سابق، ص 188.187 .

38 - محمد إمام و أحمد فراج حسين، ص 181 .

39.القانون91/10 المشار إليه سابقا .