الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر
للعلوم الإسلامية
. قسنطينة .

كلية أصول الدين و الشريعة
و الحضارة الإسلامية
قسم : الشريعة و القانون

آثار الشخصية الاعتبارية للوقف الإسلامي

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص : نظام الوقف و الزكاة

إعداد الطالب :
شبيرة سفيان

تحت إشراف الدكتور :
سمير جاب الله

السنة الجامعية : 1430 . 1431 هـ / 2009 . 2010م

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

شكر و تقدير

وأنا أضع اللمسات الأخيرة لهذا البحث الذي رافقني لمدة تقارب سنتين لا يسعني إلا أن أتقدم بالحمد و الشكر الجزيل لله تعالى على ما لا أستطيع عده ، كما أنه لمن دواعي الاعتراف بالجميل بعد إتمام هذه المذكرة أن أتوجه بجزيل الشكر و عظيم التقدير و خالص الامتنان إلى أستاذي الفاضل الدكتور سمير جاب الله لقبوله الإشراف على هذه المذكرة ، و لما أفادني به من نصائح سديدة و توجيهات رشيدة و صبره معي إلى آخر المطاف ، كما أشكر كل من ساعدني على إنجاز و إتمام هذه المذكرة ، و لا أود أن أنسى منهم كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية على منحة التربص الذي منحتها لي ، والتي ساعدتني كثيرا في إتمام هذه المذكرة .

إليكم جميعا جزاكم الله خيرا .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

إهداء

- إلى اللذيْن أُمرت بالإحسان إليهما مصداقا لقوله تعالى: ﴿و و ﴾

- إلى التي قال فيها النبي صلى الله عليه و سلم لمن سأله عن أحقية إحسان مصاحبته له ، فأجابه صلى الله عليه و سلم : أمك : **الوالدة العزيزة التي لقنتني مبادئ الرجولة ومكارم الأخلاق** .

- إلى الذي قال فيه النبي صلى الله عليه و سلم : (**الوالد أوسط أبواب الجنة**) : **والدي الكريم الذي طالما كان قدوة لي في هذه الدنيا بعد حبيبنا صلى الله عليه و سلم** .

- إلى زوجتي وابنتي المْيمونة فاطمة الزهراء اللتان طالما كانتا بمثابة العون الذي يؤنسني .

- إلى إخوتي وأخواتي الأشقاء الأعزاء

- إلى كل طلبة دفعة نظام الوقف و الزكاة .

- إلى كل الزملاء والأصدقاء (محمد ، إسماعيل ، إبراهيم ، هواري ، صرفاق ، طاهر ، مسعود ، قادة ، عبد الوهاب ، الحاج العربي ، محمود ، ميلود ... وغيرهم) .

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة

هذا الجهد المتواضع .

– سفيان –

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل التمهيدي

المبادئ العامة للوقف

المبحث الأول : تعريف الوقف .

المبحث الثاني : بيان مشروعية الوقف .

المبحث الثالث : أركان الوقف .

المبحث الرابع : أنواع الوقف .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تمهيد :

تتوقف دراستنا لآثار الشخصية الاعتبارية للوقف، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري على معرفة الوقف معرفة حقيقية و واضحة، ذلك أن الحكم عن الشيء فرع عن تصوره، فلا يمكن الكلام عن الشخصية الاعتبارية للوقف، ولا عن آثارها عليه إلا بعد تحقيق تلك المعرفة، لذلك جاءت دراستنا في هذا الفصل لبيان حقيقة الوقف، وكذا بيان حكمه الشرعي و أدلة ذلك، كما ارتكزت دراستنا في هذا الفصل على بيان الشروط التي اشترط الفقهاء توافرها في أركان الوقف، وبيان أنواع الوقف الإسلامي، كل ذلك على وِفق ما قرّره الفقهاء في الفقه الإسلامي، و ما نظّمه التشريع الجزائري في تشريعاته التي تناولت مسألة الوقف الإسلامي .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الأول : تعريف الوقف

سنتناول في هذا المبحث تعريف الوقف في اللغة و في الاصطلاح الفقهي بمختلف تفرعاته المذهبية، بالإضافة إلى تعريف الوقف في التشريع الجزائري، حتى نتمكن من تكوين تصور شامل و دقيق حول مفهوم الوقف، يمكننا من ولوج عالم البحث في مجال الوقف الإسلامي، كل ذلك من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : تعريف الوقف لغة

المطلب الثاني : تعريف الوقف في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث : مفهوم الوقف في التشريع الجزائري

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول : تعريف الوقف لغة

قال في معجم مقاييس اللغة : الواو و القاف و الفاء أصل واحد، يدل على التمكث في شيء ثم يقاس عليه [1] .

ويطلق الوقف ويراد به الحبس، كما أنه يطلق و يراد به المنع .

فأما الوقف بمعنى الحبس فهو مصدر من قولك : وقفت الشيء وقفا أي حبسته، ومنه وقف الأرض على المساكين، و الحُبس بالضم ما وُقف .

و أما الوقف بمعنى المنع : فلأن الواقف يمنع التصرف في الموقوف، فإن مقتضى المنع أن يحول بين الرجل و بين الشيء الذي يُريده، وهو خلاف الإعطاء [2].

و الجمع أوقاف و أحباس .

وسمي وقفا لأن العين موقوفة، وحبسا لأن العين محبوسة [3].

([1]) ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (د.ط.د.ت)، مادة (وقف)، ج 6، ص 135 .

([2]) ابن منظور : لسان العرب، دار القلم، ط 6، (د . ت)، ج 8، ص 343 .

([3]) أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي : المصباح المنير، ط 5 (1922 م . 1342هـ)، ج 2، ص 922 .

المطلب الثاني : تعريف الوقف في الفقه الإسلامي

اختلف أهل العلم في بيان معنى الوقف لاختلافهم في طبيعة العقد ذاته من حيث اللزوم وعدمه، وانتقال ملكية المال الموقوف، وهل الوقف عقد تعتبر فيه إرادة المتعاقدين أم أنه إسقاط ؟ فجاء كل تعريف ليعبر عن الوجهة التي اختارها صاحب التعريف محددا فيه هذه العناصر .

وعليه فسنورد تعريف كل مذهب مع بعض الشرح و المناقشة حتى نخرج بتعريف راجح .

أولا : تعريف الوقف عند أبي حنيفة

أ. جاء في كتاب تنوير الأبصار، تعريفا للوقف من وجهة نظر أبي حنيفة فقال : (هو حبس العين على ملك الواقف و التصدق بالمنفعة) .

وعُرِّف في الهداية بتعريف آخر نُسب إلى أبي حنيفة مع إضافة عبارة (بمنزلة العارية) حيث قال : (وهو في الشرع عند أبي حنيفة : حبس العين على ملك الواقف و التصدق بالمنفعة بمنزلة العارية) [1] .

ب. شرح حدود التعريف :

قوله : "**حبس العين** ": يعني المنع، وهو يشمل كل حبس كالرهن و الحجر .

قوله : "**على ملك الواقف**" : تفريع على ما أفاده التعريف من عدم لزوم الوقف على رأي أبي حنيفة لثبوت التلازم بين اللزوم و الخروج عن ملكه باتفاق الأئمة الثلاث (أبوا حنيفة وصاحباه) كما ذكره ابن عابدين [2] .

قوله : "**و التصدق بالمنفعة ولو في الجملة**" : وهو المناسب ؛ لأنه أعم، فيدخل فيه الوقف على نفسه ثم على الفقراء، وكذا الوقف على الأغنياء، ثم الفقراء [3] .

قوله : "**بمنزلة العارية** " : وإنما قيل بمنزلة العارية، لا العارية الحقيقية، إذ لا تسليم في الوقف عند أبي حنيفة، وحتى لو وقع تسليمه فليس من يتسلمه – وهو الناظر – هو المنتفع كالمستعير في العارية، لذا قيل إنه بمنزلة العارية، كما أنه يشبه العارية من حيث إن هذه الأخيرة عقد غير لازم

---

(1) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي، دار الفكر، بيروت (لبنان) ط2 (د.ت)، ج6، ص 203 .

(2) ابن عابدين : رد المحتار، دراسة و تحقيق و تعليق : عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض، قدم له و قرظه : محمد بكر اسماعيل، دار عالم الكتب، الرياض (المملكة العربية السعودية)، (د.ط.د.ت)، ج6، ص 519، 520 .

(3) المرجع نفسه، ج 6، ص 519، 520 .

يجوز الرجوع فيه و نقضه من قِبل المعير المالك في أي وقت، كما أن العين لا تخرج بهذا العقد عن ملك صاحبها، مثلما هو الشأن في الوقف عند أبي حنيفة [1] .

ولعل من بين الملاحظات التي يمكن ملاحظتها على هذين التعريفين ما يأتي :

أ_ أول ما يلاحظ على هذين التعريفين على الرّغم من أنّها تنسب في مجموعها إلى الإمام أبي حنيفة، أنّها تختلف في مضمونها من تعريف إلى آخر، والسبب في ذلك أنها ليست بالضرورة أن تكون من صياغة صاحب المذهب نفسه .كأبي حنيفة في مقامنا هذا .، بل هي في كثير من الأحيان من صياغة التلاميذ أو تلاميذ التلاميذ .

ب_ أُعترض على هذين التعريفين ذكرهما واستعمالهما لكلمة (حبس) إذ لا يناسب ذلك تعريف غير اللازم، حيث لا حبس فيه ؛ لأنه غير ممنوع من بيعه مثلا – حسب رأي أبي حنيفة – بخلاف اللازم فإنه محبوس حقيقة [2] .

ومنه فالمناسب حذف كلمة (حبس) واستبدالها بكلمة أخرى تتناسب مع نظرة الإمام أبي حنيفة للوقف .

ثانيا :تعريف الوقف عند الصاحبين .

أ . عرّف فقهاء الحنفية الوقف على رأي الصاحبين أبي يوسف ومحمد بتعاريف مختلفة [3] لا تخرج في معناها ومضمونها عن تعريف صاحب تنوير الأبصار حيث قال : (وعندهما هو حبسها على ملك الله تعالى وصرف منفعتها على من أحب) [4] .

([1]) فتحي الدريني : دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، دار قتيبة، دمشق (سوريا)، ط1 (1408م . 1998 هـ)، ج2، ص651 .

([2]) ابن عابدين : رد المحتار، المصدر السابق، ج6، ص 519 .

([3]) من هذه التعاريف، تعريف الحصفكي في كتابه الدر المختار بقوله : (وعندهما هو حبسها على حكم ملك الله تعالى وصرف منفعتها على من أحب ولو غنيا فيلزم) ،وعرّفه صاحب الهداية المرغيناني على رأي الصاحبين بتعريف مختصر فقال : (وعندهما حبس العين على حكم ملك الله)

([4]) التمرتاشي : تنوير الأبصار ، دراسة و تحقيق و تعليق : عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض، قدم له و قرظه : محمد بكر اسماعيل، دار عالم الكتب، الرياض (المملكة العربية السعودية)، (د.ط.د.ت)، ج6، ص520 .

ب. شرح حدود التعريف :

قوله : **"حبسها على ملك الله تعالى"** : فكلمة الحبس تعني المنع –كما سبق وأشرنا – وهي تشمل كل حبس كالرّهن و الحجر [1]، و أمّا قوله على ملك الله تعالى يفيد بأنّه لم يبق على ملك الواقف ، ولا انتقل إلى ملك غيره، فيزول ملك الواقف عنها إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث [2] .

قوله : **"وصرف منفعتها على من أحب "** : دل على أنّ الوقف يصح لمن يحب من الأغنياء بلا قصد القربة، وإن كان لابد من القربة في آخره كأن يكون على الفقراء، أو مصالح مسجد، لكنه يكون وقف قبل انقراض الأغنياء بلا تصدق [3] .

ثالثا : تعريف الوقف عند المالكية

أ. عرّف ابن عرفة الوقف بقوله : (إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا) [4].

ولم يخرج فقهاء المذهب المالكي في معظمهم عن فحوى هذا التعريف .

ب. شرح حدود التعريف :

قوله : **"إعطاء"** : تولى الرّصاع [5] شرح هذه الكلمة فقال (التمليك و الإعطاء هل هما مترادفان ؟) [6] أي هل الإعطاء يقتضي التمليك أم يقتضي شيئا آخر كالإباحة مثلا ؟، إلى أن رجّح في الأخير أن يكون الإعطاء مرادف للتمليك عند ابن عرفة قياسا على تعريف هذا الأخير للعطية حين قال :

([1]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، دار النفائس، عمان (الأردن)، ط 1 (1428هـ. 2008م)، ص28 .

([2]) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي، المصدر السابق ، ج 6، ص 203، 204 .

([3]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 32 .

([4]) أبو عبد الله الرصاع : شرح حدود ابن عرفة، تحقيق : محمد أبو الأجفان و الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت (لبنان)، ط1 (1993 م. 1423هـ)، ج 2، ص 540 .

([5]) هو الفقيه أبو عبد الله محمد بن قاسم الرصاع الأنصاري التونسي، من أعلام المذهب المالكي، من مؤلفاته : شرح حدود ابن عرفة، وغير ذلك من الكتب، : أنظر : محمد مخلوف شجرة النور الزكية، المصدر السابق، ص 259 .

([6]) أبو عبد الله الرصاع : شرح حدود ابن عرفة، المصدر السابق، ج 2، ص 540 .

(ما وقع للشّيخ في حدِّ العطية في باب الهبة مع ما هنا يدُل على الترادف ؛ لأنه قال : العطية تمليك متمولٍ بغير عوض إن شاء . فيدخل الحبس و الهبة و هذا يدل على ما ذكرناه) [1] .

قوله : **"منفعة"** : قيد احترز به عن إعطاء ذات العين كالهبة مثلا، فالواهب يُعطي ذات العين للموهوب له و يُملّكه إيّاها [2] .

قوله : **"شيء "** : وهذا لفظ عام يشمل المال و المتمول، لكن هذا التعميم قد خُصِّص بما ورد في سياق التعريف عند قوله : (لازما بقاؤه في ملك مُعطيه)، فهذا يخص الشيء بالمتمول .

قوله : **"مدة وجوده"** : قيد احترز به عن العارية [3] و العمرى [4]، وخروج العارية و العمرى ظاهر ؛ لأن للمعير الحق في استرجاع العين المُعارة متى شاء [5]، وأمّا العمرى فلكونها تُرجع لصاحبها بعد موت المستفيد منها .

قوله : **" لازما بقاؤه في ملك مُعطيه ولو تقديرا "** : حُذف من هذه العبارة لفظ (كان) ،أي ولو كان لزوم بقائه في ملك مُعطيه تقديرا، ذلك أن تصرفه فيما وقفه ممنوع، هذا ما ذكره الرّصاع [6]، وذهب الخرشي إلى أن هذه العبارة تحتمل أن يكون اللفظ راجعا إلى الإعطاء، فيكون المعنى : داري حبس على من سيكون، فيكون بذلك المُراد بالتقدير هو التعليق، ويُحتمل أن يكون اللفظ راجعا إلى الملك فيكون المعنى : إن ملكت دار فلان فهي حبس، ولم يُرجح المالكية أيًّا من الاحتمالين، ذلك لأنهم يُجيزون الوقف المعلق [7] .

اعترض على تعريف ابن عرفة باعتراضين :

([1]) المصدر نفسه، ج 2، ص 539 .

([2]) محمد عليش : شرح مُنح الجليل، دار صادر، (د . ط . د . د . ت)، ج 4، ص 34 .

([3]) لقد عرف الفقهاء العارية بتعاريف مختلفة، و لعل من أبسط التعاريف التي عرفت بها العارية هي : أباحة الانتفاع مدة بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه بلا عوض، انظر : راشد بن فهد آل حفيظ : ضمان العارية، مجلة العدل، العدد 24، شوال 1425، المملكة العربية السعودية، ص 85 .

([4]) هي جعل المالك شيئا يملكه لشخص آخر عمر هذا الشخص أو عمر أحدهما (على حسب ما تشرطه المذاهب الفقهية) الإعارة، انظر : وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية : الموسوعة الفقهية، ط 1 (1414 هـ . 1994 م)، الكويت، ج 30، ص 311 .

([5]) أبو عبد الله الرّصاع : شرح حدود ابن عرفة، المصدر السابق، ج 2، ص 540 .

([6]) أبو عبد الله الرّصاع : شرح حدود ابن عرفة، المصدر السابق، ج 2، ص 540

([7]) علي بن أحمد العدوي : حاشية العدوي على الخرشي، ضبط وتخريج : زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 (1417 هـ . 1997 م)، ج 7، ص 362 .

1 . أن هذا التعريف يُفيد تأبيد الوقف وهو دليل قوله : (مدة وُجوده) و عليه يكون التعريف غير شامل للوقف المُؤقت على الرغم من أن المالكية يرون صحة الوقف المؤقت [1] .

ولقد تولى الشيخ العدوي الرد على هذا الاعتراض بالقول بأن الحقيقة و الأصل في الوقف أن يكون على التأبيد دون حاجة إلى قرينة لذلك، وعلى هذا يكون الوقف حقيقة في المؤبد، مجازا في المؤقت، والتعاريف عادة للحقائق لا للمجازات فيكون التعريف جامعا [2] .

2. اعترض الشيخ محمد عليش على تعريف ابن عرفة لاستعماله لكلمة المنفعة حيث قال : (... بقي أن الوقف تمليك انتفاع لا منفعة) [3]، ورُدّ على هذا الاعتراض بأن لفظ " المنفعة " الوارد في التعريف أولى ؛ لأنه يطلق على معنى المصدر و الحاصل من المصدر و هو الناجم عن الانتفاع، فهو أشمل من الانتفاع [4].

رابعا : تعريف الوقف عند الشافعية

أ . عرّف فقهاء الشافعية الوقف بتعاريف متعددة لم تخرج في مجملها عن التصور العام للوقف داخل المذهب، وعليه فسنذكر أهم هذه التعاريف .

1 / عرّف الرّملي الكبير [5] و الشربيني الخطيب و الوقف بأنه (حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود) [6] .

2/ أما الشيخ شهاب الدين القليوبي فقد حذف عبارة (بقطع التصرف في رقبته)، بقوله : (حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه على مصرف مباح) [7] .

([1]) محمد عليش : شرح منح الجليل، المصدر السابق، ج 4، ص 34 .

([2]) علي بن أحمد العدوي : حاشية العدوي على الخرشي، المصدر السابق، ج 7، ص 362 .

([3]) محمد عليش : شرح منح الجليل، المصدر السابق، ج 4، ص 34 .

([4]) صالح بن حسن المبعوث : من قضايا الأوقاف المعاصرة الآثار المترتبة على الوقف على الذرية، بحث مقدم لمؤتمر الأوقاف الأول في المملكة العربية السعودية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، عام 1422هـ، ص 73 .

([5]) الخطيب الشربيني، المغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،دار الفكر، (د. ط . د . ت)،ج 2، ص 376 .

([6]) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرّملي : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ط(الأخيرة) (1404 _ 1984)، ج 5، ص 358 .

([7]) القليوبي و عميرة : حاشيتا القليوبي و عميرة على كنز الراغبين، تحقيق و تخريج : عماد زكي البارودي، المكتبة التوفيقية، القاهرة (مصر)، (د . ط .د . ت)، ج 3، ص 149 .

ب. شرح حدود التعاريف :

قوله : "**حبس مال**" : تعني كلمة (حبس) الواردة في كل التعاريف ـ كما سبق وأشرنا ـ المنع وهو لفظ عام يشمل كل حبس كالرّهن و الحجر .

وخرج بكلمة (مال) ما ليس بمال مقوّم في الشريعة الإسلامية كالخمر و الخنزير، و الآدمي الحر ؛ لأنه لا يقوّم بمال أصلا [1] .

قوله : " **يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه**" : عبّر الإمام جلال الدين المحلي عن هذا المعنى بقوله : (وشرط الموقوف دوام الانتفاع به لا مطعوم ولا ريحان) [2]، والعبارة نفسها منقولة عن الإمام النّووي [3]، ومنه فالعبارة قيد احترز به عمّا لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالطعام فلا يصح وقفه ؛ لأن منفعته في استهلاكه [4] .

وقولهم (يمكن) دلالة على عدم اشتراط حصول الانتفاع في الحال، إذ يجوز وقف المدرسة التي لم يكتمل بناؤها مثلا [5] .

قوله : "**على مصرف مباح** ": قيد احترز به عن الوقف على جهة غير مباحة كالوقف على فعل الزّنا أو وقف آلات الملاهي .

قوله : "**بقطع التصرف في رقبته** " : سبق وأشرنا أنّ كلمة (حبس) لفظ عام يشمل كل حبس كالرّهن و الحجر فبقي بذلك التعريف مفتوحا شاملا لكل أنواع الحبس الأخرى، حتى أضيفت هذه العبارة كقيد لإخراج غير الوقف من أنواع الحبس الأخرى كالرّهن إذ الرهن لا يقطع التصرف في العين المرهونة بخلاف الوقف فإنه يقطع التصرف في المال الموقوف .

قوله : "**موجود**" : أُضيفت هذه الكلمة بناء على اشتراطهم أن يكون مصرف الوقف موجودا أثناء الوقف .

([1]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق ، ص 38 .

([2]) جلال الدين المحلي : كنز الرّاغبين، حققه وخرّج أحاديثه : عماد زكي البارودي، المكتبة التوفيقية، القاهرة ، (د . ط. د .ت)، ج 3، ص149 .

([3]) أبو زكريا بن شرف النّووي : منهاج الطالبين، حققه وخرّج أحاديثه : عماد زكي البارودي، المكتبة التوفيقية، القاهرة ، (د . ط. د . ت)، ج 3، ص149

([4]) جلال الدين المحلي : كنز الرّاغبين، المصدر السابق ،ج 3، ص 149 .

([5]) جلال الدين المحلي : كنز الرّاغبين، المصدر السابق ،ج 3، ص 149

ما يلاحظ على هذين التعريفين هو إضافة عبارة (بقطع التصرف في رقبته) إلى التعريف و ما هي إلا تكرار لا فائدة منه، وبالتالي لا يمكن لهذه العبارة أن تكون قيدا في التعريف، ذلك أن الحبس يحمل معنى هذه العبارة، إذ يعني كما هو معلوم المنع من التصرف ولا أدلّ على ذلك من حذف القليوبي لهذه العبارة من تعريفه .

خامسا : تعريف الوقف عند الحنابلة

أ. عرّف فقهاء الحنابلة الوقف بتعاريف متعددة من أهمها :

1 . عرّف موفق الدين ابن قدامة الوقف بأنه :(تحبيس الأصل و تسبيل الثمرة) [1]، واستعمل شمس الدين ابن قدامة نفس العبارة باستبداله كلمة الثمرة بالمنفعة فقال : (وهو تحبيس الأصل و تسبيل المنفعة) [2] .

2 . وعرّفه ابن النّجار [3] صاحب منتهى الإرادات بقوله : (تحبيس مالك مُطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرفه، وغيره في رقبته يُصرف ريعه إلى جهة بر تقربا إلى الله تعالى) [4] .

ب. شرح حدود التعاريف :

قوله : "**تحبيس الأصل** ": كلمة الحبس كما سبق و أشرنا تعني المنع وهي تشمل كل حبس كالرّهن والحجر، ويُقصد بالأصل العين الموقوفة، واستعمال كلمة الأصل كان تبعا لاستعمال كلمة (المنفعة أو الثمرة)، إذ لا يُستصاغ أن يُقال : تحبيس المال وتسبيل الثمرة أو المنفعة .

([1]) موفق الدين ابن قدامة : المُغني، دار الكتاب العربي، بيروت (لبنان)، د. ط (1403 هـ. 1983 م)، ج 6، ص 185 .

([2]) شمس الدين ابن قدامة : الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي، بيروت (لبنان)، د . ط (1403هـ. 1983م)، ج 6، ص 185 .

([3]) هو تقي الدين ابن شهاب الدين الشهير بـ : ابن النجار قاضي القضاة، أخذ الفقه و الأصول عن والده، سافر إلى الشام و أقام بها مدة من الزمان، و عاد و قد ألف مصنفه ((منتهى الإرادات))، كانت وفاته يوم الجمعة ثامن عشر صفر سنة 972 هـ . أنظر : محمد بن عبد الله النجدي : السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة، تحقيق و تقديم : بكر أبو زيد و عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، ط1 (1416 هـ. 1996 م)، ج 2،ص 854 .

([4]) منصور بن يونس بن إدريس البُهوتي : شرح منتهى الإرادات، دار الفكر (د . ط . د . ت)، ج 2، ص 489، 490

قوله : "**تسبيل الثمرة (المنفعة)**" : أي إطلاق فوائد العين الموقوفة للجهة الموقوف عليها [1]، وأما لفظ الثمرة أو المنفعة فهو رمز لكل ما يُنتفع به .

قوله : "**تحبيس مالك مُطلق التصرف**" : أي إن التحبيس يكون ممن يملك العين المُحبسة، وأن لا يكون هذا المالك ممنوعا من التصرف في ماله لحجر أو غير ذلك ؛ أي أن يكون ملكه مُطلقا يُبيح له مُطلق التصرف فيه

قوله "**ماله المنتفع به**" : هذا قيد أخرج به ما لا يمكن أن يُنتفع به لسبب شرعي كالخمر أو الخنزير أو غيره من الأسباب .

قوله : "**مع بقاء عينه**" : أي إنه يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه حيث إن عينه لا تزول وتتلف بسرعة استعمالها و الانتفاع بها كالطعام، و الورود و الرّياحين و الشموع وغيرها .

قوله : "**بقطع تصرفه وغيره في رقبته**" : أي إنه لا يمكن بيع هذه العين أو هبتها أو غيرها سواء كان ذلك من المالك الأصلي أو من غيره .

قوله : "**يصرف ريعه إلى جهة بر تقربا إلى الله تعالى**" : أي إنه يشترط في الوقف القربة .

و يلاحظ على هذين التعريفين مايأتي :

1 . امتاز كل من تعريف موفق الدين ابن قدامة وشمس الدين ابن قدامة بأنه اقتصر على ذكر حقيقة الوقف فقط، ولم يدخلا في تفصيلات أخرى كاشتراط القربة أو إبقاء الملكية للواقف، أو خروجها لغيره، وغيرها من التفاصيل التي إذا دخلت في التعريف أخرجته عن دلالته و أبعدته عن الغرض الذي وُضع من أجله .

2 . إن تعريف كل من موفق الدين ابن قدامة و شمس الدين ابن قدامة مُقتبس من الحديث النّبي صلى الله تعالى عنه وسلم حين قال لعمر ابن الخطاب رضي الله عنه " حبس الأصل و سبل الثمرة " و النبي صلى الله تعالى عنه وسلم كما هو معلوم أفصح الناس لسانا و أقدرهم بيانا، ممّا جعل هذا التعريف لم يسبق أن اعترض عليه من قبل العلماء بمثل ما اعترض على التعاريف الأخرى .

3 . يُلاحظ على تعريف موفق الدين ابن قدامة استعماله للفظ (الثمرة)، في حين أورد التعريف الآخر لفظ (المنفعة) فكان التعريف أعم و أشمل في الدلالة من التعريف الأول [2] .

([1]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 42 .

([2]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 42.

سادسا : التعريف المختار :

باستعراض التعاريف السابقة للوقف يمكن القول إنها جميعا **يدور معناها حول حبس العين فلا يتصرف فيها** بالبيع والرهن والهبة ولا تنتقل بالميراث والمنفعة وتصرف لجهات الوقف **على مقتضى شروط الواقف لذلك يمكن القول** إن أجمع و أدق و أرجح تعريف من التعريفات السابقة هو **التعريف** الذي ذكره ابن قدامة بقوله إن **الوقف هو : تحبيس الأصل و تسبيل الثمرة، و سبب** الترجيح يعود إلى الأسباب الآتية :

. إن هذا التعريف مقتبس من الحديث النبوي الشريف الآنف الذكر حين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب رضي الله عنه **حبّس الأصل و سبّل الثمرة،** و النبي صلى الله عليه وسلم **كما هو معلوم** بداهة أفصح الناس لسانا و أقدرهم بيانا .

. إن هذا التعريف لم يسبق أن اعترض عليه من قبل العلماء كما اعترض على تعاريف المذاهب الأخرى .

. امتاز هذا التعريف بأنه اقتصر على ذكر حقيقة الوقف فقط، ولم يدخل في تفصيلات أخرى، ذلك ن دخول هذه التفصيلات من شأنها أن تخرج التعريف عن دلالته، وإبعاده عن الغرض الذي وضع من أجله [1] .

(1) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 42.

المطلب الثالث : مفهوم الوقف في التشريع الجزائري

أولا :تعريف الوقف في التشريع الجزائري

لم يتطرق المُشرع الجزائري لتعريف الوقف في أول مرسوم تشريعي **مُنظم للأوقاف وهو المرسوم رقم 64 . 283** المؤرخ في 10 جمادى الأولى 1384 هـ الوافق 17 ديسمبر 1964 م الذي يتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة [1]، **حيث استهل مواد المرسوم بالكلام عن أقسام الأملاك الحبسية دون أن يعرفها** [2] .

في حين نجد أن أول تعريف للوقف في التشريع الجزائري ورد في **المادة 213 من قانون الأسرة رقم 84 . 11** الصادر في 09 يونيو 1984 [3]، **حيث نصت المادة على أن الوقف هو : (حبس مال عن التملك لأي شخص، على وجه التأبيد و التصدق)**، وبقي تعريف الوقف على هذه الشاكلة إلى غاية صدور القانون رقم 90 . 25، المتضمن التوجيه العقاري المُؤرخ في 18 نوفمبر 1990، حيث قام هذا القانون بتعريف الأملاك الوقفية بنص المادة 31 بقوله : (الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية

ذات منفعة عامة أو مسجد أو مدرسة قرآنية سواء أكان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة أحد الموصين **الوُسطاء الذين يُعيّنهم المالك المذكور)** [4] .

ولم يختلف تعريف الوقف في قانون الأوقاف رقم 90 . 10 الصادر في 27 أبريل 1991 م [5] عن هذا التعريف كثيرا حيث نصت المادة 03 منه على تعريف الوقف بقولها : (

([1]) الجريدة الرسمية عدد 35، الصادرة سنة 1964 م .

([2]) تنص المادة الأولى على : (تنقسم الأملاك الحبسية أو الموقوفة إلى قسمين : الأحباس العمومية و الأحباس الخاصة " المعقبة ")، **فالأحباس العمومية لا تقبل التفويت ولا تجري عليها المعاملات التجارية بناء على إرادة المحبس**، ويُخصص مدخولها بصورة قطعية **لأعمال** الخير أو للصالح الاجتماعي، أما الأحباس الخاصة (المعقبة) فتشمل أملاكا يخصص المحبس منفعتها لمستحقين معينين، وعند انقراضهم تُضم إلى عموم الأوقاف)

([3]) **الجريدة** الرسمية عدد 24، الصادرة سنة 1984 م

([4]) الجريدة الرسمية عدد 49، الصادرة سنة 1990 .

([5]) **الجريدة** الرسمية عدد 21، الصادرة سنة 1991 م .

الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد و التصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير) .

ومن الملاحظات التي يمكن أن نلاحظها هذا **على التعريف** ما يأتي :

1 . يُمكن أن يُعترض على هذا التعريف أنه لا يشمل وقف المنافع 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 .

2 . كما أنه يمكن الاعتراض على هذا التعريف أنه لم يشمل الوقف الخاص رغم اعتراف هذا القانون . **القانون رقم 91 / 10 . به،** ومنه فحتى يكون التعريف جامعا شاملا لنوعي الوقف العام و **الخاص، كان** من الأفضل إضافة عبارة " في الحال و المآل " أو " ابتداء وانتهاء" **حيث إن الحال و الابتداء لقصد الوقف العام المباشر،** أما المآل و الانتهاء فيُقصد به أن يكون الوقف الخاص في **الابتداء، وينتهي عاما** [1] .

ثانيا : مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

يمكن القول إن تعريف الوقف في التشريع الجزائري كان مزيجا بين ما جاءت به مختلف المذاهب فقهية، فمثلا نص على التأبيد و هو ما نص عليه الصاحبين و الشافعية و الحنابلة، كما اشترط صراحة أن يكون التصدق بالمنفعة على الفقراء دون الأغنياء على خلاف ما سمح به الإمام **أبو حنيفة و صاحبيه مثلا .**

و منه لا يمكن نسبة هذا التعريف إلى أي مذهب من المذاهب الفقهية .

([1]) رمول خالد : الإيطار القانوني و التنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، **دار هومة، الجزائر،** ط 2 (2006)، ص 29 .

المبحث الثاني : مشروعية الوقف

يتضمن هذا المبحث مسألة مشروعية الوقف من خلال إبراز رأي المانعين و بيان أدلتهم و مناقشتها، بالإضافة إلى رأي المُجوِّزين و بيان أدلتهم و مناقشتها، كما سنعرج على رأي المشرع الجزائري، كل ذلك من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : رأي المانعين و بيان أدلتهم

المطلب الثاني : رأي القائلين بإطلاق مشروعية الوقف و بين أدلتهم

المطلب الثالث : مشروعية الوقف في التشريع الجزائري

المطلب الأول : رأي المانعين وبيان أدلتهم

أولا : أدلة هذا الفريق

ذهب إلى هذا الرأي أبو حنيفة في رواية عنه [1]، **و القاضي شُرَيْح** [2]، و إسماعيل بن اليسع الكِندي، وزُفر والشعبي [3] وحكاه بعض الرواة **عن ابن مسعود، و ابن عباس، وعطاء بن السائب،** [4]، **و هو مذهب أهل الكوفة** [5] .

واستدل هؤلاء بمجموعة من الأدلة المنقولة و المعقولة .

أ : من المنقول

1 . **ما رُوي عن** ابن مسعود من طريق سفيان بن عُيينة **عن مطرف بن طريف عن رجل عن القاسم** . وهو ابن عبد الرحمن بن **عبد الله** بن مسعود . **عن ابن مسعود أنه قال :** (لا حبس إلا في سلاح **أو كراع**) .

2 . ما رواه ابن عباس عن النّبي صلى الله تعالى عنه وسلم أنه قال : لما نزلت سورة **النِّساء و فُرضت** فيها الفرائض، **قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لا حبس بعد سورة النساء**) وفي **رواية أخرى (لا حبس عن فرائض الله)** [6] .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن الاحباس كانت جائزة قبل نزول آيات الفرائض من سورة النساء، و لما نزلت هذه الآيات نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يُحبس مال عن القسمة بين

---

(1) السرخسي : المبسوط، دار المعرفة، بيروت (لبنان)، د . ط (1409 هـ . 1989 م)، ج 11، ص 27 .

(2) ابن حزم : المحلى، دار الفكر، (د . ط . د . ت)، ج 9، ص 175 .

(3) هو عامر بن شرحيل و قيل عبد الله بن شرحيل الشعبي أبو عمرو الكوفي، ولد سنة 21 هـ، عرف عنه قوة حفظه و نباهة خاطره و سعة علمه و تورعه عن الفتوى و ذمه للرأي، توفي سنة 103 أو 104هـ . أنظر : أحمد فريد : من أعلام السلف، دار الإيمان، ألإسكندرية (مصر)، ط1 (1418 هـ . 1998 م)، ج 1، ص 110 .

(4) محمد أبو زهرة : محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة (مصر)، ط 2 (1391 هـ . 1971 م)، ص 45 .

(5) موفق الدين ابن قدامة : المغني، المصدر السابق، ج 6، ص 186 .

(6) ابن حزم : المحلى، المصدر السابق، ج 9، ص 175 .

الورثة إذا مات صاحبه، لما كان الوقف يتضمن هذا المعنى . معنى الحبس عن فرائض الله . فإن النّفي يشمله ويكون منهيا عنه [1] .

3 . مارُوي عن أبي العون عن شُريح قال : جاء محمد بمنع الحبس .

4 . ما رواه عبد الملك بن حبيب عن الواقدي قال : ما من أحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا وقد أوقف وحبس أرضا إلا عبد الرحمن بن عوف فإنه كان يكره الحبس .

5 . ما رواه ابن حزم عن أبي بكر بن محمد قال : (إن عبد الله بن زيد بن عبد ربه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : يا رسول الله إن حائطي هذا صدقة وهو إلى الله و رسوله، فجاءه أبواه فقالا : يا رسول الله كان قوام عيشنا، فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم ماتا فورثهما ابنهما، وزاد بعضهم عبارة " موقوفة " أي قوله : " إن حائطي هذا صدقة موقوفة ") [2] .

7 . استدل بعضهم بقوله تعالى مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ وَلَا سَآئِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ ٱلسَّمَٰوَٰتِ المائدة : 103

ووجه الاستدلال أن الله سبحانه و تعالى عاب على العرب ما كانت تفعله من تسيِّيب البهائم وحمايتها عن انتفاع الناس بها كالبحيرة و السائبة و الوصيلة و الحام [3]، والوقف مثل ذلك [4] .

ب : من المعقول

1 . إن الوقف إنما هو للتصدق بالمنفعة مستقبلا بخلاف العارية، وبالتالي فالمنفعة في الوقف معدومة وقت الإيجاب، والتصدق بالمعدوم لا يصح [1] ؛ لأنه لا يوجد شيء يقع عليه التملك و التمليك وقت العقد، وهذا باطل [2] .

([1]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 60، 61 .

([2]) ابن حزم : المحلى المصدر السابق، ج 9، ص 175 .

([3]) اختلف المفسرون في تحديد معنى البحيرة، ففي الصحيح عن سعيد بن المسيب : البحيرة هي التي يمنع ردها للطواغيت، فلا يحتلبها أحد من الناس، أما السائبة فهي التي كانوا يسيّبونها لآلهتهم، و أما الحام فهو الفحل من الإبل إذا انقضى ضرابه سيَّبوه، في حين أن الوصيلة تتمثل في الغنم إذا ولدت أنثى بعد أنثى حتى بلغت سبعة أبطن و قيل عشرة أبطن سيّبوها، أنظر : أبو عبد الله محمد بن أحمد القر طبي : الجامع لأحكام القرآن الكريم، دار الكتاب العربي، بيروت (لبنان)، (د . ط . د . ت)، ج 6، ص 335، 336، 337 .

([4]) عبد الله بن أحمد بن علي الزيد : أهمية الوقف و أهدافه، دار طيبة، الرياض (المملكة العربية السعودية)، ط 1، (1414 هـ)، ص 101، 102

2 . إن أوقاف الصحابة رضوان الله عليهم، والتي كانت على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم من المحتمل أن تكون قبل نزول آيات المواريث التي وردت في سورة النساء، لذا لا تكون حبسا عن فرائض الله حينئذ، أما ما كان بعد نزول آيات المواريث فمن المحتمل أن ورثتهم أمضوها فصارت أوقاف بالإجازة [3] .

ثانيا : مناقشة أدلة هذا الفريق

رُد على أدلة المانعين للوقف بمجموعة من الردود تتمثل في الآتي :

أ . رُد استدلال المانعين بحديث (**لا حبس عن فرائض الله**) من عدة وجوه :

1. طعن العلماء في هذا الحديث من حيث السند فقال ابن حزم :(هذا حديث موضوع) [4]، وذكر الزيلعي بأنهما (عبد الله ابن لهيعة و أخوه عيسى) ضعيفان [5]، ومنه لا يرقى هذا الحديث للاستدلال به على عدم جواز الوقف .

ومما يؤكد أيضا وضع هذا الحديث [6] أن آيات المواريث الواردة في سورة النساء قد نزلت في معركة أحد سنة 3 هـ في حين أن أول وقف في الإسلام . على قول الأنصار . إنما كان بعد غزوة خيبر سنة 7 هـ، بل إن معظم وقفيات الصحابة رضوان الله عليهم جرت بعد هذا التاريخ ، وعليه لمّا كان هذا الحديث يعارض الواقع العملي لإقامة الوقفيات كان ذلك دلالة على وضعه .

2 . وعلى فرض صحة الحديث من حيث السند فإنه يمكن الرد عليه من الوجوه الآتية :

. لا تعارض ولا تضارب بين أحكام الوقف و فرائض الله ؛ لأن الوقف ليس حبسا عن فرائض الله، وإنما هو تصرف في العين حال حياة الواقف، شأنه شأن الصدقة العاجلة والهبة والوصية التي يسري مفعولها بعد وفاة الموصي، ولم يقل أحد من الفقهاء بأن هذه التصرفات هي حبس عن فرائض الله

([1]) المرغيناني : الهداية شرح بداية المبتدي، المصدر السابق، ج 6، ص 203 .

([2]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 62 .

([3]) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت (لبنان)، ط 2 (1402 هـ . 1982 م)، ج 5، ص 219 .

([4]) ابن حزم : المحلى بالآثار، المصدر السابق، ج 8، ص 152 .

([5]) الزيلعي : نصب الراية، دار الحديث، القاهرة (مصر)، (د . ط . د . ت)، ج 3، ص 477 .

([6]) أبو زهرة : محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 50 .

[1]، وإن كانت هي الأخرى مسقطة لفرائض الورثة عما لو لم تكن فيه لورثوه على فرائض الله عز وجل [2] .

. قد يكون مقصود النبي صلى الله تعالى عليه وسلم من قوله : (لا حبس عن فرائض الله) أنه لا يجوز حبس النساء في البيوت ؛ لأن حبس النساء كان مشروعا ويعتبر عقوبة من العقوبات لقوله تعالى : وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡۖ فَإِن شَهِدُواْ فَأَمۡسِكُوهُنَّ فِي ٱلۡبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلۡمَوۡتُ أَوۡ يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلٗا ﴿١٥﴾ النساء : 15، فالحبس كان حدا من حدود الله مثل الجلد والرّجم، ثم نُسخ حكم الحبس بقوله تعالى : ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ ﴿٢﴾ النور: 2، وبقوله صلى الله عليه وسلم (خذوا عني، خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا، البِكر بالبِكر جلد مئة ونفي سنة، و الثيِّب بالثيِّب جلد مائة و الرجم) [3] .

. وقد يُراد من الحديث النهي عما عُرف من أحباس الجاهلية من البحيرة و السائبة و الوصيلة و الحام، و التي أشار إليها القرآن الكريم بقوله تعالى : مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٖ وَلَا سَآئِبَةٖ وَلَا وَصِيلَةٖ وَلَا حَامٖ وَلَٰكِنَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ يَفۡتَرُونَ عَلَى ٱللَّهِ ٱلۡكَذِبَۖ وَأَكۡثَرُهُمۡ لَا يَعۡقِلُونَ ﴿١٠٣﴾ المائدة : 103 فالله عز وجل لم يُقر للعرب بهذه المُسمّيات للأنعام التي وهبوها وحبسوها على الآلهة [4].

ب . رد الفقهاء ما ورد عن القاضي شُريح من قوله : (جاء محمد بمنع الحبس) من عدة وجوه :

1 / إن هذه الرواية تدعوا إلى الغرابة كما تدعوا إلى الشك في صحتها، فالرواية ليس فيها تأدب مع رسول الله عليه الصلاة و السلام، حيث جاءت الرواية بلفظ (محمد) دون ذكر النبي أو الرسول، ودون الصلاة والتسليم عليه، ومما يزيد الأمر غرابة وشكا وجود رواية أخرى تقول : (جاء محمد ببيع الحبس) [5]، ولا شك أن بين البيع و المنع فرق كبير .

([1]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 62 .

([2]) ابن حزم : المحلى بالآثار، المصدر السابق، ج 8، ص 152 .

([3]) أبو الحسين مسلم بن الحجاج : صحيح مسلم مع شرح النووي، رواه مسلم كتاب الحدود، باب حد الزنى، رقم 1690، ج 11، ص 2097 .

([4]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 70، 71 .

([5]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق ، ص 71 .

2/ حكم ابن حزم على هذا الأثر بالانقطاع، وسواء اعتبرنا قول القاضي شُريح منقطعا أو غير منقطع فلا غرابة في ذلك، يقول ابن حزم مُعلقا : (أيُّ نكرة في جهل شُريح سنة و ألف سنة ..... لقد غاب عن أبي بكر ميراث الجدة، ولقد غاب عن عمر أخذ الجزية من المجوس سنين، وإجلاء الكفار من جزيرة العرب إلى آخر عام من خلافته ، ومثل هذا لو تتبع أزيد من ألف سنة غابت عمن هو أجل من شُريح) [1] .

3/ كما يمكن الرد على هذا القول بما رُد به عما رواه ابن لُهيعة من أن منع رسول الله صلى الله عليه وسلم للحبس محمول على منع الحبس الذي كان موجودا في الجاهلية .

ج . ورد على استدلال المانعين بأن الصحابي عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه كان يكره الحبس من وجهين :

1 / قول الواقدي دليل لمن أجاز الوقف وليس دليلا على منعه، إذ هو اعتراف بأن الصحابة كانوا يوقفون الأوقاف، وأن كراهة صحابي واحد للوقف يعني أن جمهور الصحابة كانوا يوقفون .

2 / ثم إن ما قيل في الواقدي يدعونا للشك في كراهة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه للوقف [2] .

د . رد ابن حزم ما رواه عن أبي بكر بن محمد من عدة أوجه :

1/ قال إن الزيادة الواردة في الحديث " موقوفة " زيادة غير صحيحة .

2/ إنه منقطع ؛ لأن أبا بكر لم يلق عبد الله بن زيد قط .

3/ أن فيه أنه قوام عيشهم، وليس لأحد أن يتصدق بقوام عيشه، بل هو مفسوخ إن فعله، فهذا الخبر لو صح لكان حجة لنا عليهم وموافقا لقولنا ومخالفا لقولهم في إجازته الصدقة بما لا يبقى للمرء بعده غنى، أما الرواية التي لم تتضمن الزيادة " موقوفة " فإن ابن حزم لم ينكرها [3] .

هـ . وُرد على الأدلة العقلية بـ :

1/قالوا إن إبطال الوقف بسبب انعدام المنفعة وقت الإيجاب غير مُسَلَم به لانعدام دليل شرعي من الكتاب و السنة يمنع التصدق بالمنفعة و هي غير موجودة وقت الاستقبال . ثم إن الدليل هو دليل

([1]) ابن حزم : المحلى بالآثار، المصدر السابق، ج 8، ص 153 .

([2]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 72 .

([3]) ابن حزم : المحلى بالآثار، المصدر السابق، ج 8، ص 153

عقلي اجتهادي، **و الدليل الاجت**هادي لا يقوى في مقابلة النص ؛ لأنه **أنه لا اجتهاد مع وجود النص**، و النص **على الوقف ثابت** .

2/ **رُد** احتمال أن **يكون ورثة الصحابة قد أمضوا** أوقافهم . يعني أمضوا أوقاف آبائهم الصحابة . **فصارت وقفا بالإجازة**، بأن الصحابة لو علموا أن الوقف لا ينفذ إلا بإجازة من قبل الورثة لأخرجوا الوقف مخرج الوصية، ومن المعلوم بداهة أن للوقف أحكاما خاصة به غير أحكام الوصية [1] .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

(1) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، **المرجع السابق**، ص 72، 73 .

المطلب الثاني :رأي القائلين بإطلاق مشروعية الوقف وبيان أدلتهم

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية [1] و المالكية [2] و الشافعية [3] و الحنابلة [4] و الظاهرية [5] إلى أن الوقف جائز شرعا في الأموال المنقولة وغير المنقولة .

وقد استدل الفقهاء على مشروعية الوقف بجملة من النصوص الشرعية من الآيات الكريمة و الأحاديث النبوية الشريفة , وأعمال الصحابة رضي الله عنهم جميعا، نكن بيانها ومناقشتها على النحو الآتي :

أولا : أدلتهم من القرآن الكريم

تحتل نظرية الإحسان العام مكانها في نصوص القرآن الكريم، والوقف ليس إلا لونا من الإحسان بل إحدى صوره الرئيسية [6]، وقد حثت على ذلك آيات كثيرة نذكر بعضها :

قال تعالى وَأَن تَصَدَّقُوا۟ خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٨٠﴾ البقرة : 280 ، وقوله : لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ ۚ وَمَا تُنفِقُوا۟ مِن شَىْءٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ بِهِۦ عَلِيمٌ ﴿٩٢﴾ عمران : 92، وقوله أيضا وَمَا يَفْعَلُوا۟ مِنْ خَيْرٍ فَلَن يُكْفَرُوهُ ۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌۢ بِٱلْمُتَّقِينَ ﴿١١٥﴾ عمران : 115، وقوله : يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱرْكَعُوا۟ وَٱسْجُدُوا۟ وَٱعْبُدُوا۟ رَبَّكُمْ وَٱفْعَلُوا۟

([1]) محمد بن الحسن الشيباني : كتاب السِّير الكبير، إملاء : محمد بن أحمد السرخسي، تحقيق : أبو عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، ط1 (1417 هـ . 1997 م)، ج 5، ص 254 . شمس الدين السرخسي : المبسوط، المصدر السابق، ج 11، ص27، ابن عابدين : ردالمحتار، المصدر السابق، ج6، ص 520

([2]) الحطاب : مواهب الجليل لشرح مُختصر خليل، دار الفكر، ط 3 (1412 هـ . 1992 م)، ج 6، ص 18 .

([3]) أبو زكريا بن شرف النّووي : منهاج الطالبين، المصدر السابق، ج 5، ص 358، شمس الدين الرّملي : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المصدر السابق، ج 5، ص،358 . أبي حامد الغزالي : الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، ضبط وتنقيح وتصحيح : خالد العطار، دار الفكر، بيروت (لبنان) د.ط (1414 هـ . 1994 م)، ص 199 .

([4]) منصور بن يونس بن إدريس البُهوتي : شرح منتهى الإرادات، المصدر السابق، ج 2 ن ص 489 . ابن قدامة المقدسي : المغني، المصدر السابق، ج 5، ص 455 .

([5]) ابن حزم : المحلى بالآثار، المصدر السابق، ج 8، ص 149 .

([6]) محمد كمال الدين إمام : الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي، المكتبة الجامعية للدراسات، بيروت (لبنان)، د. ط (1998م)، ص 154 .

ٱلْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٧٧﴾ الحج : 77، والخير يدخل في عموم هذه الآيات الكريمة ؛ لأن الصدقات مندوب إليها، والوقف في حقيقته صدقة وبر و إحسان ومعروف ومندوب إليه [1]

ثانيا : أدلتهم من السنة النبوية الشريفة

ورد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم روايات كثيرة يُسنِد بعضها بعضا، وتكفي للقول بأنه صلى الله عليه وسلم شرّع الوقف وأمر به، ومن هذه السنن :

أ/ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة : إلا من صدقة جارية، أو علم يُنتفع به، أو ولد صالح يدعوا له) [2].

ووجه الدلالة أن " الصدقة الجارية " المستمرة محمولة على الوقف عند العلماء [3]؛ لأن الوصية بالمنافع . و إن شملها الحديث . نادرة، فكان حمْل الحديث على الوقف أولى [4] .

ب/ ما ورد عن عمرو ابن الحارث أنه قال : (ما ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم عند موته درهما، ولا دينارا، ولا عبدا، ولا أمة، ولا شيئا، إلا بغلته البيضاء وسلاحه وأرضا جعلها صدقة) [5]

وفي هذا الحديث تصريح بجعل الرسول صلى الله عليه وسلم أرضه صدقة، ولا يتأتى ذلك إلا بحبسها على ما هي عليه، وهذا عين الوقف [6].

ج / ما رواه أسامة بن زيد عن الزهري عن مالك بن أوس ابن الحدثان قال : كان فيما احتج به عمر أنه قال : (كانت لرسول الله . صلى الله عليه وسلم . ثلاث صفايا : بنوا النضير، وخيبر،

([1]) محمد حسنين مخلوف : منهج اليقين في بيان أن الوقف الأهلي من الدين، مطبعة مصطفى لبابي الحلبي، مصر، د . ط (1351 هـ)، ص 5 .

([2]) أخرجه مسلم، كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من ثواب بعد وفاته، رقم : 4223 أبو الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، إشراف ومراجعة : صالح بن عبد العزيز آل الشيخ، دار السلام، الرياض (المملكة العربية السعودية)، ط3 (1421 هـ . 2000م)، ص 963 .

([3]) فتحي الدريني : دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج2، ص 661 .

([4]) شمس الدين الرّملي : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المصدر السابق، ج 5، ص،358 .

([5]) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب الوصايا : رقم : 2739، البخاري : الجامع الصحيح، إشراف ومراجعة : صالح بن عبد العزيز آل الشيخ، دار السلام، الرياض (المملكة العربية السعودية)، ط3 (1421 هـ . 2000م)، ص 220 .

([6]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 44 .

وفدك، فأما بنوا النضير فكانت حبسا لنوائبه، **وأما فدك فكانت حبسا لأبناء السبيل، وأما خيبر فجزأها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة أجزاء ...)** [1] .

د . ما رواه الطرابلسي [2] عن محمد ابن بشير ابن حميد عن أبيه قال : سمعت عمر ابن عبد العزيز رحمه الله يقول في خلافته سمعت بالمدينة و الناس بها يومئذ كثير من مشيخة من المهاجرين و الأنصار أن حوائط رسول الله صلى الله عليه وسلم السبعة التي وقف من أموال مُخيريق وقال : إن أُصبت فأموالي لمحمد يضعها حيث أراه الله تعالى وقُتل يوم أحد فقال **رسول الله صلى الله عليه وسلم :(مُخيريق خير يهود)** [3] .

ثالثا : أدلتهم من أفعال الصحابة رضي الله عنهم أجمعين

استدلوا بما ثبت من وقف أصحاب النبي صلى **الله عليه وسلم وموافقته وحثه على ذلك، ومن** هذه الأوقاف :

أ . عن نافع عن بن عمر قال : أصاب عمر أرضا بخيبر، فأتى النبي صلى الله عليه **و** سلم يستأمره **فيها،** فقال : يا رسول الله إني أصبت أرضا بخيبر ، لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تامرني به ؟ قال : (**إن شئت حبّست أصلها وتصدقت بها**)، نال : فتصدق بها أنه لا يُباع أصلها، **ولا يبتاع،** ولا تورث، **ولا توهب،** قال : فتصدق بها عمر في الفقراء، وفي القربى، وفي **الرقاب،** وفي سبيل **الله وابن السبيل، و الضيف،** لا جناح على من وليها **ان ياكل منها بالمعروف،** أو يُطعم صديقا غير **متول فيه** [4] .

([1]) أخرجه أبو داود، **كتاب الخراج و الفيء و الإمارة،** باب في صفايا رسول الله صلى الله عليه وسلم من الأموال، **رقم :** 2963، أبو داود : سنن أبي داود، إشراف ومراجعة : صالح بن عبد العزيز آل الشيخ، **دار السلام،** الرياض (**المملكة العربية** السعودية)، ط3 (1421 هـ . 2000م)، ص 1444 .

([2]) هوابراهيم بن موسى بن أبي بكر إبن الشيخ علي برهان الدين الطرابلسي ثم الدمشقي، **نزيل القاهرة الحنفي المذهب، أخذ علمه عن العلامة السخاوي،** من مؤلفاته كتاب الإسعاف في أحكام الأوقاف، توفي سنة 922 هـ . أنظر : محمد الغزي : **الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة، دار الكتب العلمية،** بيروت(لبنان)، ط1 (1418هـ . 1997 م)، ج 2، ص 121 .

([3]) **برهان الدين** إبراهيم الطرابلسي : الإسعاف في أحكام الأوقاف، دار الرائد العربي، بيروت (لبنان)، د . ط (1401 هـ . 1981 م)، ص9 .

([4]) رواه مسلم، كتاب الوصية، باب الوقف، رقم 4224، **أبو الحسين مسلم بن الحجاج : صحيح مسلم،** المصدر السابق، ص 963 .

قال النووي في الكلام عن هذا الحديث : (فيه دليل على صحة أصل الوقف، وأنه مخالف لشوائب الجاهلية) [1] .

ب . عن أنس رضي الله عنه قال : لما نزلت : لَن تَنَالُواْ ٱلۡبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَۚ وَمَا تُنفِقُواْ مِن شَيۡءٖ فَإِنَّ ٱللَّهَ بِهِۦ عَلِيمٞ ﴿٩٢﴾ آل عمران : 92 جاء أبو طلحة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله، يقول الله تعالى في كتابه :لَن تَنَالُواْ ٱلۡبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَۚ وَمَا تُنفِقُواْ مِن شَيۡءٖ فَإِنَّ ٱللَّهَ بِهِۦ عَلِيمٞ ﴿٩٢﴾ وإن أحب أموالي إليَّ بير حاء [2] . قال : وكانت حديقة كان رسول الله يدخلها يستظل فيها ويشرب من مائها . فهي إلى الله عز جل وإلى رسوله صلى الله عليه وسلم، أرجوا بره وذخره، فضعها . أي رسول الله . حيث أراك الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (بخ بخ [3] يا أبا طلحة ذلك مال رابح قبلناه منك ورددناه عليك فاجعله في الأقربين) فتصدق به أبو طلحة على ذوي رحمه، قال : وكان منهم أُبيٌّ وحسّان، قال : وباع حسّان حصته منه من معاوية، فقيل له تبيع صدقة أبي طلحة ؟ فقال : ألا أبيع صاعا من تمر بصاع من دراهم ؟ قال : وكانت تلك الحديقة في موضع قصر بني حُديلة الذي بناه معاوية [4] .

وفي هذا الحديث دلالة على جواز وقف الأراضي و العقارات .

جـ . ما روي عن ثُمامة القرشي قال : شهدت الدار حين أشرف عليهم عثمان فقال : أنشدكم الله و لإسلام هل تعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة [5] فقال : (من يشتري بئر رومة ويجعل دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة ؟) فاشتريتها من صلب مالي [1] .

([1]) أبو زكريا يحي بن شرف النووي : صحيح مسلم بشرح النووي، المصدر السابق، ج 11، ص 2014 .

([2]) هي الأرض الظاهرة المنكشفة، أنظر : مختصر نيل الأوطار، ج 3، ص 269 .

([3]) بخ بخ : بفتح الباء وسكون الخاء معناها تفخيم الأمر و الإعجاب به، أنظر : محمد بن علي الشوكاني : مختصر نيل الأوطار، اختصره : خالد عبد الرحمن العك، دار الحكمة، دمشق (سوريا)، ط 1 (1409 هـ . 1988 م)، ج 3، ص 269 .

([4]) رواه مسلم، كتاب الزكاة، باب فضل النفقة و الصدقة على الأقربين و الزوج و الأولاد و الوالدين ولو كانوا مشركين، رقم 998، أنظر : أبو الحسين مسلم بن الحجاج : صحيح مسلم مع شح النووي، المصدر السابق، ج 7، ص 1217 .

([5]) بئر رومة : بضم الراء وسكون الواو ،إذ كانت لرجل من بني غفار عين يُقال لها رومة، وكان يبيع منها القربة بمد، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : تبعنيها بعين في الجنة ؟ فقال الرجل : يا رسول الله ليس لي و لا لعيالي غيرها، فبلغ ذالك عثمان فشتراها

د . عن الصحابي أبي هريرة رضي الله عنه قال : بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر على الصدقة وفيه يقول صلى الله عليه وسلم (**وأما خالد فقد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله**) [2]، وهذا إقرار من النبي صلى الله عليه وسلم لوقف خالد [3]، ولو كان ذلك غير جائز لما أقره عليه الصلاة و السلام، وفي الحديث دلالة على جواز وقف الأموال المنقولة مثل الأدرع و الأسلحة و الخيول .

هـ . ما ورد عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال : لما قدم رسول الله صلى الله عليه سلم المدينة أمر بالمسجد وقال : (**يا بني النجار ثامنوني حائطكم هذا**) فقالوا : لا والله لا نطلب ثمنه إلا إلى الله [4] .

وفي الجملة فإن للصحابة من الأوقاف ما لا يُمكن عدُّها ولا حصرها، ويقول في هذا جابر ابن عبد الله رضي الله عنهما (ما بقي أحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم له مقدرة إلا وقف)، وذلك للدلالة على العدد الكبير من الصحابة الذين وقفوا ممتلكاتهم .

وقد عقّب ابن قدامة على هذه الرواية فقال : (وهذا إجماع منهم، فإن الذي قدر على الوقف وقف واشتهر ذلك فلم يُنكره أحد فكان إجماعا) [5] .

بخمسة و ثلاثين ألف درهم، ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : أتجعل لي ما جعلت له ؟ قال : نعم، قال : فقد جعلتها للمسلمين، أنظر : الإمام السندي : حاشية الإمام السندي بهامش سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، المطبعة المصرية بالازهر، القاهرة (مصر)، (د . ط . د . ت)، ج6، ص 234 .

([1]) أخرجه البخاري، كتاب الوصايا، باب إذا وقف أرضا أو بئرا أو اشترى لنفسه مثل دلاء المسلمين، رقم 2778، أنظر : البخاري : الجامع الصحيح، المصدر السابق، ص 223 .

([2]) أخرجه مسلم، كتاب الزكاة، باب في تقديم الزكاة ومنعها، رقم 1623، أنظر : أبو الحسين مسلم بن الحجاج : صحيح مسلم، المصدر السابق، ص 983 .

([3]) هو خالد بن الوليد بن المغيرة بن عبد الله بن مخزوم، أمه لبابة بنت الحارث، أسلم قبل الفتح و شهد مؤتة، و الفتح، و حنينا، سماه رسول الله صلى الله عليه و سلم سيف اللع المسلول على الكفار، توفي بحمص سنة 21هـ . أنظر : أبي نعيم الأصبهاني : معرفة الصحابة، تحقيق : عادل بن يوسف العزازي، دار الوطن، الرياض (المملكة العربية السعودية) ن ط1 (1419هـ . 1998 م)، ص 925، 926

([4]) أخرجه البخاري، كتاب الوصايا، باب وقف الأرض للمسجد، رقم 2774، أنظر : البخاري : الجامع الصحيح، المصدر السابق، ص 223 .

([5]) موفق الدين ابن قُدامة : المُغني، المصدر السابق، ج 6، ص 186 .

ومنه يمكن ترجيح القول بجواز الوقف، ذلك أن الأمة الإسلامية مُتفقة من لدن صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يومنا هذا على مشروعية الوقف ونفذته عمليا بوقف العقارات و الأراضي و الآبار، وبوقف الأموال المنقولة، كالأسلحة و الكتب و القدور و المراجل، ولا يزال المسلمون يتقربون إلى الله عزوجل بإقامة المساجد و المدارس ودور القرآن الكريم، بل أفردوا لذلك وزارات قائمة بذاتها، مهمتها رعاية الأوقاف وحمايتها .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الثالث : مشروعية الوقف في التشريع الجزائري

أولا : موقف المُشرع الجزائري

غداة إعلان الجزائر عن استقلالها رسميا بتاريخ الخامس من جويلية عام اثنين وستون وتسع مئة وألف، كانت الملكية العقارية في الجزائر تنقسم إلى أربعة أصناف :

أ/ أملاك تابعة للدّولة

ب/ أملاك تابعة لمعمرين و أجانب

ج/ أملاك تابعة للملكية الخاصة لبعض الجزائريين

د/ أملاك مُشاعة تتمثل في أراضي العرش

فلم يكن هناك ضمن أصناف الملكية العقارية تصنيف قانوني للملكية الوقفية [1] بسبب تصفيتها من قبل الاستعمار، إذ كانت هذه الأوقاف تندرج ضمن الأملاك التابعة للدولة، وظل الوضع على حاله . عدم الاعتراف بالأملاك الوقفية . إلى غاية سنة 196 . أين أصدر المشرع الجزائري المرسوم رقم 64 . 383 المؤرخ في 17سبتمبر 1964 المتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة، وذلك بعدما لاحظت الحكومة الجزائرية الوضعية الرديئة التي آلت إليها وقاف في غياب أي إطار أو تنظيم قانوني خاص بها [2]، ولا يعني عدم صدور أي تشريع قانوني خاص بتنظيم العملية الوقفية خلال هذه الفترة من غُداة الاستقلال إلى غاية صدور المرسوم رقم64 . 383 عدم الاعتراف القانوني بالوقف، بل إن إعادة تنظيم وصياغة منظومة تشريعية كاملة وشاملة لكل الجوانب السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية كان يتطلب مدة زمنية مُحددة، ومع ذلك لم تتوقف العملية الوقفية من طرف الشعب الجزائري، بل ظل الناس يوقفون أموالهم في سبيل الله ويوثقون ذلك رغم غياب تنظيم قانوني لهذه العملية ولا حتى حماية قانونية تحمي أموالهم الموقوفة من الاعتداء عليها، ولم تكن السلطات حينئذ تمنعهم من وقف أموالهم فاعتبر هذا بمثابة الإقرار الضمني لمشروعية الوقف من طرف الحكومة الجزائرية .

([1]) محمد كنازة : الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، د.ط (2004م)، ص 57 .

([2]) المرجع نفسه، ص 57 .

وإذا كان المرسوم رقم 64 . 383 يُعتبر أول تشريع لنظام الوقف في الجزائر و أول اعتراف رسمي به، إلا أن هذا المرسوم بقي حبرا على ورق و جُمِّد فور صدوره [1]، واستمر بذلك نظام الوقف في الجزائر دون تنظيم قانوني إلى غاية سنة 1984 م أين أصدر المشرع الجزائري أول قانون للأسرة وهو القانون رقم 84 . 11 المؤرخ في 12 يونيو 1984 و الذي نظم أحكام الوقف في مواده من 123 إلى 200 . وكان بذلك هذا القانون أول غطاء قانوني عملي للتصرفات الوقفية في الجزائر .ولم يمر على صدور قانون الأسرة بضع سنين حتى صار الوقف حقا دستوريا حين نص دستور 1989 على أن الأملاك الوقفية ملك من الأملاك التي ينبغي على الدولة حمايتها ، ليأتي بعده قانون التوجيه العقاري رقم 90 . 28 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 حيث صنفت المادة 23 منه الملكية العقارية على اختلاف أنواعها إلى ثلاث أنواع :

1/ الأملاك الوطنية .

2/ الأملاك الوقفية .

3/ الأملاك الخواص أو الأملاك الخاصة .

ليستأنف المشرع الجزائري اعترافه واهتمامه بالوقف فأصدر القانون رقم 91 . 10 المؤرخ في 12 شوال 1411 هـ الموافق لـ 27 أفريل 1991 م المتعلق بتنظيم الأوقاف، وهو تشريع شامل وضع فيه المشرع نظاما جديدا للوقف، ويعتبر أحدث نظام تشريعي للوقف في دول المغرب العربي [2] .

ثانيا : مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

لقد كان موقف المشرع الجزائري من مشروعية الوقف موافقا لما جاء به جمهور الفقهاء حين أثبتوا مشروعيته بمختلف الأدلة .

([1]) حمدي باشا : عقود التبرعات (الهبة . الوصية . الوقف)، دار هومة، الجزائر، (د. ط . د . ت)، ص 114 .

([2]) جمعة الزريقي : الإطار التشريعي لنظام الوقف في بلدان المغرب العربي، ندوة نظام الوقف و المجتمع في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط1 (2003)، ص 146، 147 .

المبحث الثالث : أركان الوقف

يتوقف وجود الوقف على أمور أربعة، وهي الصيغة المُنشئة له، **والواقف الذي تصدر** منه الصيغة، **و الموقوف وهو الشيء المراد وقفه، و الموقوف عليه، وهو من يستحق غلة الموقوف ومنافعه** . و هذا ما سنتناوله في هذا المبحث مع بيان أنواع الوقف باعتبار الهدف منه، كل ذلك على وِقف ما قرّره الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : الصيغة و شروطها

المطلب الثاني :شروط الواقف

المطلب الثالث : شروط الموقوف

المطلب الرابع : شروط الجهة الموقوف عليها

المطلب الخامس : أنواع الوقف

المطلب الأول : الصيغة و شروطها

أولا : ألفاظ الوقف

اتفق الفقهاء على أن الوقف لا ينعقد إلا بالإيجاب، واختلفوا في اشتراط القبول لانعقاده .

و الإيجاب في صيغة الوقف هو ما يدل على إرادة الواقف من لفظ أو ما يقوم مقامه من إشارة مفهمة أو كتابة أو فعل، وأما الألفاظ التي ينعقد بها الوقف فهي كل لفظ يدل على حبس العين الموقوفة و التصدق بمنفعتها، وهذه الألفاظ نوعان : ألفاظ صريحة، وألفاظ كنائية [1].

أ . الألفاظ الصريحة : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية [2] و الشافعية [3] و الحنابلة [4] إلى أن الألفاظ الصريحة لانعقاد الوقف ثلاثة وهي : **وقفت، وحبّست،** وسبّلت فمتى استعمل الواقف واحدا من هذه الألفاظ الثلاثة صار وقفا من غير قرينة، لثبوت الاعتبار لهذه الألفاظ في الشرع، من خلال قوله صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب رضي الله عنه : (**إن شئت حبّست أصلها وسبّلت ثمرتها**)، بإضافة إلى ثبوت عرف الاستعمال لها بين الناس [5].

وحصر المالكية [6] اللفظ الصريح في : حبّست ووقفت، دون غيرهما من الألفاظ إلا إذا اقترنت بقرينة .

ب . ألفاظ الكناية : وهي الألفاظ التي تحتمل معنى الوقف وغيره من التبرعات، وهي ألفاظ كثيرة [7]، أبرزها : تصدقت، وحرّمت، وأبّدت فهذه ألفاظ عامة تستعمل في غير الوقف كالزكاة مثلا و الهبات و الأيمان و الظهار و غيرها .

([1]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 140

([2]) كمال الدين ابن همام : شرح الفتح القدير، دار الفكر، بيروت (لبنان)، ط 2 (د . ت)، ج 6، 202، 203 .

([3]) أبو زكريا بن شرف النووي : منهاج الطالبين، المصدر السابق، ج2، ص 382 .

(4) منصور بن يونس بن إدريس البُهوتي : شرح منتهى الإرادات، المصدر السابق، ج 2، ص 490، 491 .

([5]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص141 .

([6]) محمد ابن أحمد ابن عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، خرّج آياته وأحاديثه : محمد عبد الله شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (د . ط . د . ت)، ج 5، ص 469 .

([7]) مصطفى أحمد الزرقا : أحكام الأوقاف، مكتب النشر العربي، دمشق، (د . ط . د. ت)، ص 28 .

وحكم الكناية أن الوقف لا ينعقد بها لعدم ثبوت عرف الاستعمال لهذه الألفاظ، إذ لا يحصل الوقف بمجردها بل لابد أن ينضم إليها أحد الأمور الثلاثة و يُخرجها من المعنى العام إلى المعنى الخاص، وتتمثل هذه الأمور في :

1 أن يقرنها بأحد الألفاظ الخمسة، وهي صدقة موقوفة، أو صدقة محبسة، أو صدقة مسبلة، أو صدقة محرمة، أو صدقة مؤبدة .

2 . أن يصفها بصفات الوقف فيقول : صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث ؛ لأن هذه القرينة تُزيل المعنى المشترك .

3 . أن ينوي الواقف بلفظه الوقف [1] .

ثانيا : شروط الصيغة

اشترط الفقهاء لتحقق الصِّيغة الشرعية لإنشاء الوقف جملة من الشروط تتمثل في الآتي :

أ . **الجزم** : اشترط الحنفية [2] و الشافعية [3] في صيغة الوقف أن تكون جازمة، فلا ينعقد الوقف بالوعد كأن يقول سأقف كذا وكذا، كما يتفرع عن هذا الشرط ضرورة أن تكون الصيغة خالية من خيار الشرط كأن يشترط الواقف لنفسه حق إمضاء الوقف أو إبطاله خلال أيام معينة ففي هذه الحالة يبطل الشرط و يُصحح الوقف إن كان في المسجد، أما إن كان الوقف في غير المسجد ، فقد ذهب محمد بن الحسن من الحنفية [4]، و الشافعية [5]، و الحنابلة [6] إلى أن الوقف باطل، في حين ذهب أبو يوسف من الحنفية [7] ، والمالكية [8] إلى تصحيح الوقف و الشرط .

([1]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 142 .

([2]) شمس الدين السرخسي : المبسوط، المصدر السابق، ج 11، ص 42 .

([3]) منهاج الطالبين : أبو زكريا بن شرف النووي، المصدر السابق، ج 2، ص 385 .

([4]) شمس الدين السرخسي : المبسوط، المصدر السابق، ج 11، ص 42 .

([5]) منهاج الطالبين : أبو زكريا بن شرف النووي، المصدر السابق، ج 2، ص 385 .

([6]) شمس الدين ابن قدامة : الشرح الكبير، تحقيق عبد الله ابن عبد المحسن و عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة، الجيزة (مصر)، ط 1 (1415 هـ. 1995 م)، ج 16، ص 391 .

([7]) شمس الدين السرخسي : المبسوط، المصدر السابق، ج 11، ص 42

([8]) الحطاب : مواهب الجليل، المصدر السابق، ج 6، ص 35 .

ب . التنجيز : ذهب جمهور الفقهاء [1] . ما عدا . المالكية [2] إلى اشتراط التنجيز في صيغة الوقف، و المراد بالتنجيز هنا ما يقابله التعليق و الإضافة .

و على هذا يشترط أن تكون صيغة الوقف منجزة بحيث لا يكون فيها تعليق على شرط غير كائن، و لا إضافة إلى مستقبل، ذلك أن الوقف فيه معنى تمليك المنافع، و التمليكات عامة كالهبة و الصدقة و العارية لا تقبل التعليق و الإضافة [3] .

ويرى المالكية أن التنجيز ليس شرطا لصحة الوقف، بل يصح إذا كان لأجل كالعتق، سواء كان المعلق عليه محقق الوجود، أو كان غير محقق الوجود [4] .

جـ . التأبيد : اختلف الفقهاء في اشتراط التأبيد في صيغة الوقف، فمنهم من اشترطه، ومنهم من لم يشترطه، فأجازوا التوقيت في الوقف .

فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية . إلا في رواية عن أبي يوسف [5] . و الشافعية [6]، و الحنابلة [7] إلى اشتراط التأبيد في صيغة الوقف، وعلى هذا فلا ينعقد الوقف إذا كان مؤقتا بمدة معينة كأن يقول الواقف : داري هذه وقف على جهة كذا لمدة خمس سنوات ذلك لأن التأبيد من مقتضى الوقف، كما أن الوقف إخراج للمال على سبيل القربة، وما كان كذلك لم يجز توقيته [8]

وذهب المالكية [1] إلى صحة الوقف المؤقت سواء أكان هذا الوقف قصيرا أم طويلا، وسواء أكان مقيدا بمدة زمنية كقوله : وقفت بستاني على الفقراء لمدة سنة، أم كان مقيدا بحدوث أو تحقق أمر معين .

([1]) ابن عابدين : حاشية ابن عابدين، المصدر السابق، ج 6، ص 529، أبو زكريا بن شرف النووي : منهاج الطالبين، المصدر السابق، ج 2، ص 384، موفق الدين بن قدامة : الشرح الكبير على متن المقنع، المصدر السابق ،ج 6، ص 199

([2]) أبو البركات أحمد ابن محمد العدوي : الشرح الكبير، خرج آياته و أحاديثه : محمد عبد الله شاهين، دار الكتب العلمية (بيروت)، ط 1 (1417 هـ . 1996 م)، ج5، ص 473 .

([3]) محمد بن عبيد الله الكبيسي : أحكام الوقف، المرجع السابق، ج 1، ص34 .

([4]) العدوي : الشرح الكبير، المصدر السابق، ج 5، ص 473 .

([5]) ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، ج 6، ص 535 .

([6]) شمس الدين الرملي : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المصدر السابق، ج 5، ص 373 .

([7]) شمس الدين ابن قدامة : الشرح الكبير على متن المقنع، المصدر السابق، ج 6، ص 204 .

([8]) محمد بن عبيد الله الكبيسي : أحكام الوقف، المرجع السابق، ج 1، ص216 .

وإذا كان المالكية يرون صحة الوقف المؤقت [2]، فهم يحملون الوقف المطلق على التأبيد والدوام، فإذا قال الواقف : داري موقوفة ولم يزد على ذلك، فإن الوقف يكون في هذه الحالة لازما مؤبدا، ثم إن المساجد وهي نوع من الأوقاف لا يمكن أن تكون إلا مؤبدة، ودليل المالكية في جواز التأقيت أن الوقف نوع من الصدقات، والصدقات تجوز مؤقتة ومؤبدة، ثم إنه ليس هناك من الأدلة ما يوجب ذلك .

د . بيان المصرف : اختلف الفقهاء في اشتراط تعيين المصرف في صيغة الوقف، بحيث تكون جهة الوقف معلومة، وهذا الاختلاف ليس منصبا على كونه معلوما في الواقع ؛ لأن هذا متفق عليه بينهم، إنما الخلاف في اشتراط ذكره في الصيغة و التصريح به، فمنهم من اشترط ضرورة التصريح به في صيغة الوقف، ومنهم من لم يشترطه [3] .

فقد ذهب الحنفية إلا أبي يوسف [4]، و الشافعية [5] إلى اشتراط كون جهة الوقف معلومة، بذكرها صراحة في الصيغة ليعلم مصرفه وجهة استحقاقه، فلو قال : وقفته على ماشاء زيد، أو قال : وقفته فيما شاء الله، كان الوقف باطلا ؛ لأنه لا يمكن معرفة مشيئة زيد ولا مشيئة الله تعالى .

وذهب أبو يوسف من الحنفية [6] و المالكية [7] والحنابلة [8]، إلى عدم اشتراط ذكر المصرف في صيغة الوقف .

هـ . عدم اقتران الصيغة بشرط يخل بأصل الوقف أو ينافي مقتضاه : إن الشروط التي تقترن بصيغة الوقف نوعين : أولهما : شروط يشترطها الواقف، تؤدي إلى الإخلال بأصل الوقف وتنافي مقتضاه و

([1]) أبو محمد عبد الوهاب علي بن نصر : المعونة على مذهب أهل المدينة، تحقيق : محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، ط1 (1418 هـ . 1998 م)، ج 2، ص 488 .

([2]) أبو محمد عبد الوهاب البغدادي : كتاب التلقين، تحقيق : محمد ثالث سعيد الغاني، جامعة أم القرى، مكة المكرمة (المملكة العربية السعودية)، د .ط (1406 هـ . 1986 م)، ج 2، ص 575 .

([3]) محمد بن عبيد الله الكبيسي : أحكام الوقف، المرجع السابق، ج 1، ص217، 218، 221 .

([4]) ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، ج 6، ص 557 .

([5]) أبو زكريا يحي بن شرف النووي : روضة الطالبين، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض، دار عالم الكتب (المملكة العربية السعودية)، د . ط (1423هـ . 2003 م)، ج 4، ص 396 .

([6]) ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، ج 6، ص 557

([7]) محمد ابن أحمد ابن عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير, المصدر السابق، ج 5، ص 474 .

([8]) شمس الدين ابن قدامة : الشرح الكبير على متن المقنع، المصدر السابق، ج 6، ص 203 .

الغاية من إنشائه، و الثاني : شروط يشترطها الواقف ينظم فيها استحقاق الموقوف عليهم في الوقف، وتوزيع غلاته، وطرق إدارته واستغلاله، فلكي تكون صيغة الوقف صالحة لإنشائه، لابد أن تكون الشروط خالية من أيّ شرط من الشروط التي تؤثر في أصل الوقف أو تنافي مقتضاه [1] .

فجمهور الفقهاء من الحنفية[2] و المالكية[3] و الشافعية [4] الحنابلة [5] يرون أن كل شرط ينافي أصل الوقف يؤدي إلى إبطال الوقف وعدم انعقاده . ومن الشروط التي تنافي أصل الوقف كأن يشترط مثلا بأن له حق بيعه، أو هبته في أي وقت شاء ؛ لأن ذلك ينافي لزوم الوقف [6] .

ثالثا : الصيغة في التشريع الجزائري

يُقصد بصيغة الوقف في التشريع الجزائري، العبارة التي تؤدي إلى إنشاء الوقف، أو التعبير الذي يصدر عن الواقف دالا على إرادته ورغبته في الوقف، ويتم التعبير عن هذه الصيغة وفقا للمادة 12 من القانون رقم 91 . 10 باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، وحتى يكون الوقف صحيحا يُشترط في الصيغة الشروط الآتية :

أ . التأبيد : ويعني الدوام وعدم التأقيت، وهذا ما نصت عليه المادة 28 من القانون رقم 91 . 10، حيث قررت هذه المادة أنه يبطل الوقف إن كان محددا بزمن .

ب . التنجيز : لم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط صراحة، ولكن يمكن القول إنه أشار إليه من خلال المادة 29 من القانون رقم 91 . 10 التي نصت على أنه : " لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف "، وعليه يمكن القول إن الوقف المعلق على شرط مخالف لنص شرعي يقع صحيحا ببطلان الشرط المتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية [1] .

([1]) محمد بن عبيد الله الكبيسي : أحكام الوقف، المرجع السابق، ج 1، ص229، 230 .

([2]) ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، ج 6، ص 527 .

([3]) محمد بن عبد الله بن علي الخرشي : حاشية الخرشي على مختصر خليل، ضبط و تخريج : زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 7، ص 386 .

([4]) جلال الدين السيوطي : منتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض، دار عالم الكتب (المملكة العربية السعودية)، د . ط (1423هـ . 2003 م)، ج 4، ص 394 .

([5]) شمس الدين ابن قدامة : الشرح الكبير على متن المقنع، المصدر السابق، ج 6، ص 197 .

([6]) محمد بن عبيد الله الكبيسي : أحكام الوقف، المرجع السابق، ج 1، ص233 .

ج . عدم اقتران الصيغة بشرط باطل : يعد شرطا باطلا كل شرط يتنافى **مع مقتضى الوقف، وهذا ما تطرق إليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 16 من القانون رقم 91 . 10** التي نصت على أنه يجوز للقاضي أن يلغي أيّ شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في حجة وقفه إذا كان منافيا **لمقتضى حكم الوقف .**

د . بيان مصرف الوقف : لم ينص المشرع الجزائري على اشتراط هذا الشرط، حيث ذهب إلى القول بأن الأصل أن مطلق لفظ الوقف يفيد التصدق على وجوه البر و الخير، **أما المراد من بيان مصرف** الوقف فهو تحديد وجه البر و نوعه، **وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 6 من القانون رقم 91 . 10 .**

رابعا : مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

بالإضافة إلى الشروط السابقة التي اشترطها الفقهاء عموما، ووافقهم في ذ**لك المشرع الجزائري،** فإن هذا الأخير قد جاء بشرط آخر أملته **الظروف،** والمصلحة يتمثل في رسمية الصيغة وإفراغها في **شكل معين،** وهذا ما ظهر من خلال عدة نصوص، **مثل المادة 217 من قانون الأسرة، والمادة 35 و 41 من القانون رقم 91 . 10،** حيث نصت المادة الأخيرة على أنه : " يتوجب على **الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق، وأن يسجله** لدى المصالح المكلفة بالسجل **العقاري الملزمة** بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف " [2] .

([1]) سالمي محمد : التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، **كلية الحقوق، جامعة الجزائر،** 2003، ص 22 .

([2]) سالمي محمد : التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، **المرجع السابق، ص** 23 .

المطلب الثاني :شروط الواقف

يُشترط في الواقف نوعان من الشروط يجب توفرها معا، و التنويع هنا قائم على الأساس الآتي :

أولا : لمّا كان الوقف من التبرعات، اشترط في الواقف أن يكون من أهلها، وعليه فلابد من توفر شروط الأهلية فيه .

ثانيا : ولمّا كان الوقف تصرفا مع الغير، وجب أن ينفذ هذا التصرف بالنسبة للغير، فكان لابد من تحقق أمرين :

1/ أن لا يكون محجورا عليه لدين .

2/ أن لا يكون مريضا مرض الموت .

أولا : شروط أهلية الواقف

تتوفر في الواقف أهلية الوقف إذا تحققت فيه أهلية التبرع التي تقتضي بدورها توافر أربعة أوصاف [1] :

أ . العقل : إتفق الفقهاء [2] على اشتراط العقل لصحة الوقف وانعقاده كباقي التصرفات الأخرى، وعليه فلا يصح وقف المجنون لعدم تمييزه، ولعدم اعتبار عباراته إذ هي لاغية لا يترتب عليها أيُّ أثر، وقد ألحق الفقهاء بالمجنون كلا من المعتوه، والمغمى عليه، والنائم لنقص العقل الذي يُسلبه الأهلية للإسقاطات و التبرعات، وسائر التصرفات التي تضره ضررا ماديا محضا، وكذلك من اختل عقله لكبر، أو مُصيبة فاجأته [3] وكذلك السكران .

ب . البلوغ : لا يصح وقف الصبي الذي لم يبلغ لأنه إن كان غير مميز فهو ليس أهلا لأي تصرف، وإن كان مميزا فهو ليس أهلا للإسقاطات و التبرعات وسائر التصرفات التي تضر به ضررا ماديا محضا .

([1]) محمد بن عبيد الله الكبيسي : أحكام الوقف، المرجع السابق، ج 1، ص 274

([2]) كمال الدين ابن الهمام : شرح الفتح القدير، المصدر السابق، ج 6، ص 200، محمد ابن عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ج 4، ص 457، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد عبد الكريم الرافعي : العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تعليق و تحقيق : علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، ط 1 (1417 هـ . 1997 م)، ج 6، ص 250 . موفق الدين ابن قدامة : المغني، المصدر السابق، ج 6، ص 187 .

([3]) محمد بن عبيد الله الكبيسي : أحكام الوقف، المرجع السابق، ج 1، ص 274

ولا فرق بين أن يكون الصبي مأذونا له بالتجارة أو غير مأذون له **بذلك** [1]، و إلى هذا ذهب جمهور **الفقهاء من الحنفية** [2]، **و المالكية** [3]، **و الشافعية** [4]، **و الحنابلة** [5]، **وهذا الرأي يتفق مع** القواعد العامة ؛ لأن الصبي المميز ناقص الأهلية، **وناقص الأهلية** لا يملك التبرع، ولا يجوز لوليِّه أن يتبرع له **من ماله، سواء كان** ذلك بإذن القاضي أو بدونه، **والقاضي نفسه لا يملك هذا الحق، و** بالتالي لا يملك الإذن به .

وهذا كله على الوفاق و الخلاف فيما يتحقق به البلوغ عند الفقهاء .

ج . عدم الحجر لسفه أو غفلة : الأصل في الفقه الإسلامي عُموما أنّ التبرعات لا تصح إلا مع **الرشد وهو** مُنتف عن السفيه وذي الغفلة، لذلك فإن وقفهما يكون باطلا إذا حُجر عليهما [6] .

إلا أن جمهور الفقهاء من الحنفية [7]، **و المالكية** [8]، **و الشافعية** [9]، **و الحنابلة** [10] **صرّحوا بأن** وصية السفيه تجوز في حدود **الثُلث إذا كانت كوصية الرُشداء العاقلين** ؛ لأن **الغرض من الحجر عليه هو المحافظة على ماله،** وهو القدر الذي حدّده الشارع للوصايا النافذة من غير حاجة إلى إجازة **الورثة** .

([1]) محمد بن عبيد الله الكبيسي : أحكام الوقف، **المرجع السابق**، ج 1، ص 297 .

([2]) كمال الدين ابن الهمام : شرح فتح القدير، **المصدر السابق**، ج6، ص 200 .

([3]) محمد ابن عرفة **الدسوقي : حاشية الدسوقي، المصدر السابق**، ج 5، ص 457 .

([4]) شمس الدين الرملي : نهاية المحتاج، **المصدر السابق**، ج 5، ص 360 .

([5]) موفق الدين ابن قدامة : المغني : المصدر السابق، ج 6، ص 528 .

([6]) **الخصّاف : أحكام الأوقاف**، ضبطه وصحّحه : محمد عبد السلام **شاهين، دار الكتب العلمية** بيروت (لبنان)، ط 1 (1420 هـ . 1999 م)، ص 250 .

([7]) كمال الدين ابن الهمام : شرح فتح القدير، **المصدر السابق**، ج 6، ص 201 .

([8]) **الدسوقي : حاشية الدسوقي، المصدر السابق**، ج 5، ص 457 .

([9]) أبي زكريا بن شرف النووي : منهاج الطالبين، **المصدر السابق**، ج 2، 377 .

([10]) موفق الدين ابن قدامة : المغني، **المصدر السابق**، 6ج، ص 528 .

د . الاختيار : اشترط الفقهاء في الواقف لصحة وقفه ألا يكون مكرها [1]، والإكراه المبطل للوقف لا يقتصر على الإكراه الفعلي فقط، **بل إنه يتحقق أيضا** بتوعده بما يكون مضرا به في نفسه أو من يجري مجراه بحبس ماله، **مع قدرة المتوعد على فعل ما يتوعد به**، و العلم أو الظن : أن يفعله به لو لم ينفذ ما يأمره به .

هـ . الحرية : اتفق الفقهاء على اشتراط الحرية في الواقف [2]، وهذا الاشتراط أساسه أن العبد لا **يملك**، إذ العبد وما ملكت يمينه لسيده، وإذا كان العبد مأذونا له في التجارة، فإن هذا الإذن لا يتناول إلا ما يكون من شأن التجارة ولذلك لا يتناول التبرعات، فوقف العبد على هذا يكون غير **مأذون فيه**، فإن أذن له مولاه فوقفه صحيح ؛ لأنه يكون نائبا عنه ونيابة العبد تصح ولو لم **يكن مأذونا له بالتجارة** .

ثانيا : شروط نفاذ الوقف من الواقف

أ . **وقف المحجور عليه لدين : لا خلاف بين الفقهاء** [3] . **عدا المالكية** [4] . في كون وقف المدين قبل **الحجر وحال الصحة يقع صحيحا لازما لا يُنقضه أصحاب الديون وإن قصد به المماطلة، وذلك لثبوت حقهم** في ذمته **دون العين** .

وأما وقف المدين حال المرض سواء كان محجورا عليه أو لم يكن كذلك، **وكذا وقف المدين** المحجور عليه حال صحته إن كان دينه مستغرقا لجميع ماله فإنه لا يلزم الدائنين ولا ينفذ في ماله، **إلا إذا أجازوا هم وقفه**، وأما إن كان دينه لا يستغرق جميع ماله فإن وقفه يصح ويلزم بالنسبة لدائنيه في القدر الزائد عن ديونهم .

ب . **وقف المريض مرض الموت : مرض الموت هو المرض الذي يعجز الرجل فيه عن ممارسة أعماله المعتادة خارج البيت**، والمرأة عن أعمالها المعتادة داخل البيت، **ويتصل به الموت دون أن يستمر سنة**

([1]) برهان الدين إبراهيم الطرابلسي : الإسعاف في أحكام الأوقاف، **المصدر السابق**، ص 23، ابن عرفة الدسوقي : **حاشية الدسوقي، المصدر السابق**، ج 5، ص 457 . أبي زكريا بن شرف النووي : منهاج الطالبين، **المصدر السابق**، ج 2، 377 . موفق الدين ابن قدامة : المغني، **المصدر السابق**، ج 6، ص528 .

([2]) برهان الدين إبراهيم الطرابلسي : الإسعاف في أحكام الأوقاف، **المصدر السابق**، ص 23 . ابن عرفة الدسوقي : **حاشية الدسوقي، المصدر السابق**، ج 5، ص 457 . شمس الدين الرملي : نهاية المحتاج، **المصدر السابق**، ج 5، ص 360 . موفق الدين ابن قدامة : المغني، **المصدر السابق** ،ج 6، ص 528 .

([3]) برهان الدين إبراهيم الطرابلسي : الإسعاف في أحكام الأوقاف، **المصدر السابق**، ص 23 .

([4]) ابن عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ج 5، ص 457 .

كاملة على حال واحدة من غير ازدياد، فلا فرق بذلك بين أن يلزمه الفراش أو لا، ولا فرق أيضا بين أن يموت الإنسان من نفس المرض أو بسبب آخر في خلال المرض، فلو لم يتصل به الموت بل شفي منه ثم مات لا يكون المرض السابق مرض موت بل حكمه كحكم الصحة، وكذا لو استمر سنة فأكثر على حال واحدة فإنه حينئذ يعتبر حالة مزمنة حكمها كحكم الصحة، أما إذا دام أكثر من سنة وهو يتزايد ولو تزايدا بطيئا خفيفا فإنه يعتبر مرض موت من أوله ولو دام سنين كثيرة [1] .

و المريض مرض الموت إما أن يكون مدينا أو غير مدين :

1 / إذا كان مدينا غير محجور عليه وكان دينه مستغرقا لماله فإن وقفه غير نافذ بل يتوقف على إجازة الغرماء، أما إذا كان دينه غير مستغرق، فإن لم يكن له ورثة ينفذ الوقف فيما يزيد من ماله عن الدين، وإن كان له ورثة يُنظر، فإذا كان الثلث من الباقي يفي بالموقوف يُخرج الموقوف كله من ثلث ما يبقى بعد الدين ينفذ الوقف كله، وإذا كان هذا الثلث من الباقي لا يفي بالموقوف فإنه ينفذ من الوقف بمقداره ويتوقف الوقف في القسم الزائد على إجازة الورثة، أما إن كان محجورا عليه فإنه يأخذ حكم المحجور عليه .

2 / إذا كان المريض مرض الموت غير مدين وغير محجور عليه، فإنه يجب أن تراعى في وقفه قاعدتين لابد من تطبيقهما معا وهما [2] :

. إن وقف المريض مقيد بثلث ماله، أما ما زاد على ذلك فإنه يتوقف نفاذه على إجازة الورثة كالوصية .

. إن وقف المريض على وارث لا يجوز، إلا بإجازة باقي الورثة، لقوله صلى الله عليه وسلم بعد نزول آية المواريث : (إن الله قد فرض لكل ذي حق حقه، ألا لا وصية لوارث)

ووقف المريض على الوارث كالوصية له، فلا ينفذ إلا بإجازة الورثة الآخرين [3] .

ثالثا : شروط الواقف في التشريع الجزائري

الواقف في التشريع الجزائري هو الذي يحبس ماله عن التملك بصفة دائمة، على أساس التبرع لا المعاوضة، والوقف تصرف تبرعي يلزم لصحته أن يكون الواقف ممن تتوفر فيهم أهلية التبرع، وهي أهلية الأداء كاملة، أي بلوغه سن الرشد القانوني (19 سنة) حسب المادة 40 من القانون المدني

([1]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية التطبيق، المرجع السابق، ص 219 .

([2]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية التطبيق، المرجع السابق، ص 219، 220 .

([3]) مصطفى أحمد الزرقا : أحكام الأوقاف، المرجع السابق، ص 66، 67 .

[1] لذلك فإن وقف الصبي **لا يعد صحيحا وفقا للمادة 30 من قانون الوقف رقم 91 . 10** التي تنص : " وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي "، **كذلك لا يصح وقف المجنون و المعتوه وفقا للمادة 1/31** من قانون الوقف التي تنص في صلبها على : " لا يصح وقف المجنون و المعتوه لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير ...) .

الحكم موافق للقاعدة العامة التي تقضي ببطلان تصرفات المجنون تصرفا مطلقا، **لكن بالرجوع للمادة 2/31** من نفس القانون و التي تنص على : " ... أما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقته وتمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية "، **لكن ما** يلاحظ هنا أن المشرع قد خالف القاعدة العامة السابقة الذكر وقرر صحة تصرف الواقف المجنون **جنونا متقطعا بشرطين :**

. أن يكون الواقف في حالة الإفاقة ولو أعقبها الجنون على أساس تمام العقل في هذه الفترة .

. أن تثبت تلك الإفاقة بإحدى طرق الإثبات الشرعية .

أما بالنسبة لحكم وقف السفيه و ذي الغفلة فقد قررته المادة **2/10 من قانون رقم 91 . 10** التي نصت على : " ... أن يكون الواقف ممن يصح في ماله غير محجوز عليه لسفه أو دين "، **و** نلاحظ على هذه المادة أنها تناولت حكم وقف السفيه دون ذي الغفلة، **لكن يمكن أن يُستنتج حكم بطلان وقف ذي** الغفلة من نص المادة 43 من القانون المدني [2] التي تنص على أن تصرفات السفيه وذي الغفلة كحكم تصرفات الصبي المميز، وهذا الأخير لا يصح وقفه طبقا لنص المادة 30 **من قانون الأوقاف السابقة .**

أما لنفاذ التصرف الوقفي فيشترط أن لا يكون الواقف مدينا وفقا لأحدى **حالتين :**

حالة كون الواقف محجورا عليه لدين : بغض النظر عن صحته أو مرضه، **فالوقف هنا لا يقع** صحيحا ويكون محلا للبطلان حسب المادة **10 / 3 من قانون الأوقاف 91 . 10** التي تنص على : " يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي : ... أن يكون الواقف ممن يصح **تصرفه** في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين ".

---

(1) القانون المدني : وزارة العدل ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، ط3(2002 م) ، ص 10 .

[2] المرجع نفسه : ص 10 .

حالة كون الواقف مريضا مرض الموت وكان مدينا بدين يستغرق أملاكه ولكن دون أن يحجر عليه فإنه وفقا للمادة 32 من قانون 91 . 10 التي نصت على : " يصح للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق جميع أملاكه "، وعليه فإن الوقف هنا يأخذ حكم الوصية، فإذا لم يجزه الدائنون كان لهم أن يطلبوا بيع المال الموقوف لاستيفاء ديونهم، أما إذا أجازوه فإنه ينظر إلى الورثة الذين يبقى حقهم في الثلثين كأصل إلا ما أجازوه زيادة عن الثلث " [1]

رابعا : مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

لم تختلف شروط الواقف في التشريع الجزائري عمّا قرّره الفقهاء من اشتراط العقل و البلوغ و عدم الحجر لأي سبب من الأسباب و الحرية و الاختيار و عدم المرض مرض الموت .

(1) سالمي محمد : التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 23 .

المطلب الثالث : شروط الموقوف

أولا : شروط الموقوف في الفقه الإسلامي

يُشترط في الشيء الموقوف لكي يصِّح وقفه الشروط الآتية :

أ . أن يكون مالا متقوما : المال المتقوم هو ما كان في حيازة الإنسان وجاز الانتفاع به شرعا في حال السّعة و الاختيار كالنقود و الكتب و العقارات ومنه فإن ما ليس في حيازة الإنسان لا يعتبر مالا متقوما، كالطير في الهواء، و السمك في الماء، وكذلك ما لا يباح للإنسان الانتفاع به، كالخمر و الخنزير بالنسبة للمسلم .

أما المال غير المتقوم فهو ما لا يمكن الانتفاع به حال السِّعة و الاختيار ولم يكن في حيازة الإنسان، ولم يجعل له الشرع قيمة ولا حماية عند إتلافه كالمسكرات وغيرها من المحرمات بالنسبة للمسلم .

وجامع ذلك أنّ ما يصّح وقفه هو : كل ما جاز بيعه وجاز الانتفاع به .

ب . أن يكون معلوما : اشترط الفقهاء لصحة الوقف أن يكون الموقوف معلوما علما ينفي الجهالة عنه، وذلك منعا للنّزاع فلو وقف واقف أرضا فيها أشجار، واستثنى الأشجار بمواضعها فإن الوقف يبطل ؛ لأن الداخل تحت الوقف مجهول المقدار [1] .

وما يجري عليه العمل الآن في كل تصرف ناقل للملكية هو ضرورة ذكر الحدود الأربعة (الشمال و الجنوب و الشرق و الغرب)، وعدم الاكتفاء بالشهرة [2] كما كان سابقا ؛ لأن هذه التصرفات تستمر أحكامها آمادا طويلة، فقد يأتي وقت تزول فيه شهرتها مع بقاء حكمها، فيجب أن تكون الوثيقة شاملة لبياناتها مادام حكمها قائما وذلك عن طريق حدِّها بالحدود الأربعة المحيطة بها .

جـ . أن يكون ملكا للواقف : اتفق الفقهاء على أنه لا يصح الوقف ولا يلزم، إلا إذا كان الموقوف ملكا للواقف ؛ أو يملك التصرف في الرقبة بالوقف، وذلك بالوكالة من صاحب العين الموقوفة أو

([1]) برهان الدين إبراهيم الطرابلسي : الإسعاف في أحكام الأوقاف، المصدر السابق، ص 24، أبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي : مناهج التحصيل و نتائج لطائف التأويل في شرح المدونة و حل مشكلاتها، تقديم : علي علي لُقَّم، دار ابن حزم، بيروت (لبنان)، ط 1 (1428 هـ . 2007 م)، ج 9، 331 . أبي زكريا شرف النووي : منهاج الطالبين، المصدر السابق، ج 2، ص 377 . شمس الدين ابن قدامة : الشرح الكبير على متن المقنع، المصدر السابق، ج 5، ص 191 .

([2]) بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني : عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ضبط و تصحيح : عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، ط1 (1421 هـ 2001 م)، ج 14، ص 93 .

الوصاية منه، إلا أنهم اختلفوا في وجوب توفر هذا الشرط ساعة الوقف [1]، فذهب المالكية إلى عدم جواز اشتراط كون الموقوف ملكا للواقف وقت الوقف، فإن قال : إن ملكت تلك الدار فملكها صح الوقف، إلا أن يعم التعليق فإن ذلك غير جائز كما لو قال : كل ما دخل في ملكي فهو ملحق بوقفي، فإن ذلك من قبيل حجر الإنسان على نفسه ما أباحه له الشارع [2] .

هذا وذهب الجمهور إلى عدم جواز التعليق في الوقف أي إنه يُشترط لصحة الوقف أن يكون الموقوف مملوكا للواقف ساعة الوقف ملكا باتا، ومنه فلا يصح للموهوب له أن يقف العين الموهوبة له قبل أن يقبضها، ولا الموصى له قبل موت الموصي، وكذلك إذا وقف المشتري عينا اشتراها من غير مالكها، أو أرضا اشتراها ثم أُخذت بالشفعة أو قبل أن تنقضي مدة الخيار ورجع البائع في بيعه أثناء تلك المدة، كما يتوقف وقف الفضولي على إجازة صاحب الشأن [3] .

د . أن يكون قابلا للوقف بطبيعته : لابد في الشيء الموقوف أن يكون قابلا بطبيعته للوقف لكي يصح وقفه ؛ لأن ما لا يصح للوقف لا يصح وقفه ضرورة، إلا أن الفقهاء اختلفوا في طبيعة العين قابلة للوقف، فذهب الحنفية إلى أن ذلك لا يتأتى إلا إذا كان الموقوف عقارا، أو منقولا على شيء من القيود فيه، بينما ذهب الشافعية و الحنابلة إلى أنه يُمكن أن يكون عقارا ويمكن أن يكون منقولا مطلقا، وزاد المالكية على ذلك صحة وقف المنافع و الحقوق [4].

ثانيا : شروط الموقوف في التشريع الجزائري

يقصد بالموقوف عليه في التشريع الجزائري المال الذي يتصرف فيه الواقف، ويُشترط في هذا المال أن يكون مما يجوز وقفه، وهو ما يجوز الانتفاع به و التعامل به شرعا وقانونا، وأن يكون معينا تعيينا ينفي عنه الجهالة حسب ما ورد في المادة 11 من القانون رقم 91 . 10، وهو إما أن يكون عقارا

([1]) محمد بن محمد بن محمد الغزالي : الوسيط في المذهب، تحقيق و تعليق : أحمد محمود إبراهيم، دار السلام، القاهرة (مصر)، ط 1 (1417 هـ . 1997 م)، ج 4، ص 239 . سليمان عبد الله الأشقر : المحلى في الفقه الحنبلي، دار القلم، دمشق (سوريا)، ط1 (1419 هـ . 1997 م)، ج 2، ص 155 .

([2]) الحطاب : مواهب الجليل، المصدر السابق، ج 6، ص 20 .

([3]) كمال الدين ابن الهمام : شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج 6 ،ص 200، شمس الدين الرملي : نهاية المحتاج، المصدر السابق، ج 5، ص 360، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي : شرح منتهى الإرادات، المصدر السابق، ج 2، ص 492

([4]) محمد بن عبيد الله الكبيسي : أحكام الوقف، المرجع السابق، ج 1، ص 284

أو منقولا، وهذا الأخير قد يكون ماديا كالكتب، **أو معنويا كالاسم** التجاري وبراءة الاختراع، وغير ذلك [1] .

ثالثا : مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

لم تختلف شروط الموقوف في التشريع الجزائري **عمّا جاءت** به المذاهب الفقهية، **ووافق المذهب** المالكي مخالفا في ذلك ما قرره الجمهور حين جوّز وقف المنافع .

(1) سالمي محمد : التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، **المرجع السابق**، ص20 .

المطلب الرابع : شروط الجهة الموقوف عليها

أولا : شروط الموقوف عليه في الفقه الإسلامي

لمّا كانت الغاية من الوقف هي دوام الثواب **للواقف، فقد كانت القربة ودوامها هي مدار كلام** الفقهاء **عند تطرقهم لبحث شروط الجهة الموقوف عليها،** وقد تمثلت هذه الشروط في الآتي :

أن يكون الموقوف عليه جهة بر .

أن تكون الجهة الموقوف عليها غير منقطعة .

ألا يعود الوقف على الواقف .

أن يكون على جهة يصح ملكها و التملك لها .

أ . أن يكون الموقوف على جهة بر : إن الأصل في شرعية الوقف أن يكون صدقة يتقرب بها العبد **لربه، وذلك** بالإنفاق في أوجه البر و الإحسان، إلا أن التطبيق العملي للوقف الإسلامي لم يقتصر على جهات البر المحض، **بل خالطها الصرف على جهات أخرى ليس الإنفاق عليها من الصدقات** المعروفة في شريعتنا **الإسلامية** [1] .

وعلى ذلك اختلف الفقهاء في اشتراط البر في الجهة الموقوف عليها، فقد اشترط الحنفية [2] في **الجهة الموقوف عليها أن تكون** جهة قربة، واشترطوا **لاعتبار القربة قربة، أن تكون كذلك** في نظر الشريعة الإسلامية وكذا في نظر **الواقف، فلا يصح مثلا عندهم أن يقف مسيحي على مسجد من مساجد المسلمين،** فمثل هذا العمل ليس بقربة في نظر الواقف .

ووافق الحنابلة [3] رأي الحنفية في اشتراط القربة في الجهة الموقوف عليها وإن كانوا أقل تشددا في هذه المسألة من نظرائهم الحنفية، فالمعتبر عندهم في **كون الجهة الموقوف عليها جهة قربة، إنما** يرجع إلى موضوع الوقف في حد ذاته، لا إلى اعتقاد الواقف كما قرر الحنفية، **إذ يصح عندهم وقف المسيحي على المسجد وعدم صحة وقفه على الكنيسة .**

([1]) محمد بن عبيد الله الكبيسي : أحكام الوقف، **المرجع السابق**، ج 1، ص 347، 348 .

([2]) كمال الدين ابن الهمام : شرح فتح القدير، **المصدر السابق**، ج 6، ص 201 .

([3]) عبد الرحمن محمد بن قاسم العاصمي النجدي : حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، ط1 (1498 هـ)، ج 5، ص 536

في حين ذهب المالكية [1] **و الشافعية** [2] إلى عدم اشتراط كون الجهة الموقوف عليها **جهة بر و قربة بل يكفي عندهم ألا يكون الوقف على معصية**، واتفقوا في العموم على أن المُعتبر في المعصية، **إنما هو** بالنظر إلى موضوع الوقف لا إلى اعتقاد **الواقف** .

2/ أن يكون على جهة غير منقطعة : إن الوقف الذي لا اختلاف في صحته ما كان معلوم الابتداء و الانتهاء غير **منقطع**، مثل أن يجعل على المساكين أو طائفة لا يمكن انقراضهم كطلاب العلم **مثلا**، **أما إذا كان الوقف معلوم الانتهاء**، مثل أن يقف على جماعة يجوز انقراضهم بحكم العادة، ولم يجعل آخره لجهة غير منقطعة فقد اختلف فيه الفقهاء على النحو الآتي :

ذهب فريق من الفقهاء إلى **عدم جواز الوقف على جهة منقطعة وذلك ما** نُقل عن الإمام أبي حنيفة وعن محمد [3] **و صرّح به الشافعية** [4]، **كأن يقف على من لا ينقرض كالفقراء و المجاهدين وطلبة العلم وما أشبههم، أو أن يقف على من ينقرض**، ثم من بعده على **من لا ينقرض مثل أن يقف على رجل بعينه**، ثم على الفقراء [5] .

وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى جواز الوقف على جهة يُتوهم انقطاعها، وهذا ما نُقل عن أبي **يوسف من الحنفية و عن الحنابلة** [6]، فقد رأى أبوا يوسف أنه لا يُشترط عدم **الانقطاع**، فإذا سمّى **فيه جهة تنقطع جاز** وصار بعدها للفقراء وإن لم يُسمهم **وقد قرر صاحب الفتح أن قول أبوا يوسف أرجح عند المحققين** [7]، في حين ذهب الحنابلة إلى أنه إذا انقطعت الجهة الموقوف عليها وكان الواقف حيًا **رجع الموقوف وقفا عليه أو ملكا له**، أما إذا كان الواقف ميتا فإن كان **الوقف منقطع الابتداء و الوسط** صُرف إلى من بعده، **أما إن كان** منقطع الآخر فعن الإمام أحمد أربع

([1]) محمد ابن عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي، **المصدر السابق**، ج 4، ص 458 .

([2]) **أبو زكريا بن شرف النووي : روضة الطالبين، المصدر السابق**، ج 4، ص 384 .

([3]) كمال الدين ابن الهمام : شرح فتح القدير، **المصدر السابق** ن ج 6، ص 201 .

([4]) الخطيب الشربيني : تحفة الحبيب على شرح الخطيب، **المصدر السابق**، ج 3، ص 621 .

([5]) محمد بن عبيد الله الكبيسي : **أحكام الوقف، المرجع السابق**، ج 1، ص 364 .

([6]) علاء الدين أبو الحسن المرداوي : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، **دار الكتب العلمية**، بيروت (لبنان)، ط1 (1418 هـ . 1998 م) ، ج7، ص 28

([7]) كمال الدين ابن الهمام : شرح فتح القدير، **المصدر السابق** ن ج 6، ص 201

روايات، قيل يُصرف للفقراء، وقيل إلى أقارب الواقف، وقيل إلى بيت المال ليصرف في المصالح العامة، وقيل على أقرب عصبة الواقف دون بقية الورثة [1].

أما المالكية [2] فقد ذهبوا إلى صحة الوقف المنقطع مُطلقا بناء على أصلهم في جواز الوقف المؤقت، فإن صدر الوقف مؤقتا كأن يقف عشرة وعيّنهم مدة حياتهم ثمّ ماتوا مثلا، فإن الوقف يعود ملكا للواقف، أو لورثته إن مات .

د . ألا يعود الوقف على الواقف : اختلف الفقهاء في صحة وقف الواقف على نفسه، فقد ذهب محمد ابن الحسن الشيباني من الحنفية [3] و المالكية [4]، و الشافعية [5]، و أكثر الحنابلة [6]، إلى عدم جواز الوقف على النفس، ويُعتبر المالكية من أكثر الفقهاء تشددا في هذه المسألة، إذ الحكمة من الوقف تتنافى مع جواز الوقف على النفس، فتسبيل الثمرة كما جاء في الحديث (حبِّس الأصل وسبِّل الثمرة) يمنع أن يكون للواقف فيها حق، ثم إن كان الوقف صدقة فإنه لا تصح صدقة الإنسان على نفسه، فكذلك لا يجوز وقفه على نفسه [7] .

هذا وذهب أبو يوسف من الحنفية [8] إلى جواز الوقف على النفس، واستدلوا لذلك بجملة من الأدلة، فقد وقف عمر بن الخطاب دارا له وسكنها إلى أن مات، ومثله الزبير ابن العوام فقد جعل رباعه صدقات موقوفات، وسكن منزلا منها إلى أن خرج إلى العراق، وغيرها من الأدلة الأخرى .

ثانيا : شروط الموقوف عليه في التشريع الجزائري

إن الموقوف عليه في التشريع الجزائري يقصد به من يستحق الانتفاع بالعين الموقوفة، وإن كان الفقهاء يفرّقون بين الموقوف عليه المُعين وغير المُعين، فإن القانون الجزائري يفرق هو الآخر بين الموقوف عليه كشخص طبيعي وكشخص معنوي حسب ما جاء في المادة 13 من القانون رقم 91 . 10، إذ نصت على أنه : " الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ويكون

([1]) علاء الدين أبي الحسين المرداوي : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المصدر السابق، ج 7، ص 28

([2]) الحطاب : مواهب الجليل لشرح مُختصر خليل، المصدر السابق، ج 6، ص 25 .

([3]) كمال الدين ابن الهمام : شرح فتح القدير، المصدر السابق ن ج 6، ص225.

([4]) محمد ابن عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي، المصدر السابق ،ج 4، ص 462 .

([5]) أبو زكريا النووي : روضة الطالبين، المصدر السابق، ج 4، ص 383 .

([6]) علاء الدين أبي الحسين المرداوي : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المصدر السابق، ج 7، ص 15

([7]) محمد بن عبيد الله الكبيسي : أحكام الوقف، المرجع السابق، ج 1، ص 386 .

([8]) كمال الدين ابن الهمام : شرح فتح القدير، المصدر السابق ن ج 6، ص 225 .

شخصا معلوما طبيعيا أ ومعنويا، فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية "

هذا ويشترط في الموقوف عليه إن كان شخصا طبيعيا أن يكون معلوما، وفي حالة سكوت الواقف عن تحديد جهة الوقف بعد انقراض الموقوف عليهم، فإنه يؤول إلى السلطة المكلفة بالأوقاف حسب ما نصت عليه المادة 22 من القانون رقم 91 . 10، ويفهم كذلك من هذه المادة أنه لا يُشترط أن تكون الجهة الموقوف عليها غير منقطعة ، إذ يؤول في هذه الحالة إلى السلطة المكلفة بالأوقاف كما سبق و أشرنا .

كما اشترط التشريع الجزائري في الموقوف عليه أن يكون جهة بر و خير حسب ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 6 من القانون رقم 91 . 10، و يشترط فيه أن يكون موافقا لأحكام الشريعة الإسلامية حسب ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 13 من نفس القانون [1]

ثالثا : مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

لم يخرج المشرع الجزائري عموما عمّا اشترطه الفقهاء في الموقوف عليه حين اشترط ألا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية، فكانت بذلك شروط الموقوف عليه في التشريع الجزائري هي نفسها الشروط جاءت بها الشريعة الإسلامية بنص المادة .

كما وافق المشرع الجزائري جمهور الفقهاء من المالكية و الحنابلة و أبو يوسف من الحنفية حين أجاز الوقف المنقطع ، وجعل مآله إلى السلطة المكلفة بالأوقاف .

(1) سالمي محمد : التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص23 .

المطلب الخامس : أنواع الوقف

ينقسم الوقف باعتبار الجهة الموقوف عليها أو الهدف المرجوِّ منه ابتداء إلى وقف خيري ووقف ذُرِّي ووقف مُشترك، وهذا التقسيم حديث وضعته الحكومات الحديثة [1]، إذ لم يكن في عهد الصحابة ولا في العصور الأولى تمييز بين الوقف الخيري و الوقف الذري، إذ إنهم لم يفرقوا بين وقف الإنسان على ذريته وقرابته، وبين وقفه على جهات الخير و البر عامة على اعتبار أن الوقف هو نوع أنواع الصدقات التي حث الشارع على فعلها و ندب القيام بها، بل كانت الأوقاف معروفة بالصدقات، و الحديث الذي استدل به الفقهاء على مشروعية الوقف إنما عبر عن الوقف باسم الصدقة، وكذلك كُتب أوقاف الصحابة كلها عبّرت عن الوقف بالصدقة ، فالتقسيم إذًا ليس فقهيا ينبني عليه الاختلاف في الأحكام، وإنما هو ضرورة الإجراءات القضائية الحكومية المعروفة، وبتعبير آخر هو تقسيم إداري، ويمكن القول إن هذا التقسيم أول ما ظهر كان في عهد المماليك، دعت إليه اتساع الأوقاف واختلاف جهة مصارفها [2] .

أولا : الوقف الخيري

أ . الوقف الخيري في الفقه الإسلامي :

يظن القارئ من الوهلة الأولى للعنوان، أن غير هذا الوقف ليس خيريا، أي لا ينال ثوابه الواقف، وليس الأمر كذلك ؛ لأن التقسيم مبني على أن الغاية الأولى و الأخيرة في الوقف على جهات الخير و البر العامة هي الأجر و المثوبة ، فلغلبة هذه الصفة أُطلق عليه اسم الوقف الخيري، بخلاف الوقف الأهلي أو الذري فإن الغاية فيه إلى جانب الأجر و المثوبة هي حفاظ الواقف على أمواله من الضياع، لكي يستفيد منها نسله وذريته دون أن يأتي واحد من نسله فيتسبب في تلفها أو ضياعها كما سنرى . وعليه فالوقف الخيري أو العام كما يُسمى في بعض الأحيان هو حبس الأصل وتسبيل الثمرة على جهة من جهات البر العامة، كالوقف على المساجد و المدارس و المستشفيات و الملاجئ وغيرها من وجوه البر ابتداء و انتهاء [3] .

([1]) محمد رشيد نوري الديرشوي : شرط الواقف ومدى سلطة ولي الأمر في تعديله، رسالة ماجستير، إشراف : بلال أحمد صفي الدين، جامعة دمشق، (1430 هـ . 2009 م)، ص 48 .

([2]) محمد مصطفى شلبي : أحكام الوصايا و الأوقاف، الدار الجامعية، بيروت (لبنان)، ط 4 (1402 هـ . 1982 م)، ص 319 .

([3]) خالد عبد الله الشعيب : الترتيب الإقرادي و الجملي في الوقف المرتب الطبقات، مجلة الأوقاف، العدد 10، السنة السابعة، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، (1428هـ . 2007 م)، ص 17 .

أو هو تحبيس العين وجعل غلتها أو منافعها في سبيل وجوه البر و الإحسان، ابتداء وانتهاء ؛ أي أن يجعل وقفه منذ البداية في مجال الخير و الثواب، كأن يكون على الفقراء و المساكين وهم مُعينون غير محصورين، أو أن يكون لصالح مسجد معين أو مدرسة أو ملجأ للأيتام أو غير ذلك من وجوه البر و الإحسان، وفي جميع الأحوال لا يكون ريع الوقف أو منافعه لشخص طبيعي معين، بل لمؤسسة عامة أو خاصة أو قُربة في سبيل الله، وقد يكون من أجل غايات وأهداف كبرى كالجهاد في سبيل الله، أو قراءة القرآن الكريم وتعليمه، أو افتداء أسرى المسلمين، فكل هذه الأنواع من الوقف تعتبر وقفا خيريا خالصا منذ البداية للنفع العام .

ويمكن للوقف الخيري أن يشمل الإنفاق على أشخاص معينين كأن يجعل الواقف عينا من أعيانه التي يملكها وقفا على مسجد معين، على أن يدفع من غلتها مُرتبا لأحد الأشخاص، أو أن يجعل سكنى إحدى الدور لشخص معين، فالوقف يبقى في هذه الحالة خيريا لأنه لم يكن موقوفا على أشخاص معينين طبيعيين، بل جعل لهم الوقف الاستفادة مؤقتا من بعض المنافع دون الوقف عليهم ، وما قام به الواقف لا يعدوا كونه شرطا من شروطه التي يجب احترامها [1]

لكن يلاحظ على التعريفين السابقين ومعظم التعاريف الأخرى التي عرّفت الوقف الخيري اشتراطها في هذا الأخير أن يكون على جهة بر لا تنقطع ابتداء وانتهاء، إلا أن الملاحظ على تعريف الأستاذ مصطفى شلبي للوقف الخيري عدم اشتراطه أن يُجعل هذا الوقف على جهة خير ابتداء وانتهاء ،حيث اقتصر على أن تكون بداية هذا الوقف خيرية بغضِّ النظر عن مآله فيما بعد إذ يقول : " فالخيري هو ما جُعل ابتداءً على جهة من جهات البر ولو لمدة معينة يكون بعدها على شخص أو أشخاص معينين، فإذا وقف داره لينفق من غلتها على المحتاجين من أهل البلدة أو على المستشفى مؤبدا كان الوقف خيريا، وكذلك إذا جعلها وقفا على جهة البر مدة معينة كعشر سنوات مثلا، ثم من بعدها على أشخاص معينين كأولاده مثلا . " [2]

ب. الوقف الخيري في التشريع الجزائري :

عرَّف القانون الجزائري الوقف العام بنص المادة الثالثة من القانون رقم 02 . 10 المؤرخ في 10 شوال 1423 هـ الموافق لـ : 14 ديسمبر 2002 م، المعدلة للمادة السادسة من القانون رقم

([1]) جمعة محمود الزريقي : الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، منشورات كلية الدعوة، طرابلس (ليبيا)، ط 1 (2000)، ص 114 .

([2]) مصطفى شلبي : أحكام الوصايا و الأوقاف، المرجع السابق، ص 318 .

91 . 10 بقوله : " الوقف العام هو ما حُبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويُخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات، **وهو قسمان :**

. وقف يحدَد فيه **مصرف معين لريعه فيسمى وقفا عاما** محدد الجهة، ولا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير إلا إذا استنفذ .

. وقف لا يُعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة، **ويُصرف ريعه** في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبل الخيرات . "

و الملاحظ على هذه المادة التي عرَّفت **الوقف هو تعلق** وصف الوقف العام في الشطر الأول من **المادة بالمال الموقوف**، لا بالوقف كتصرف قانوني، في حين تعلق وصفه (الوقف العام) في الشطر الثاني بالتصرف القانوني .

ويرى بعض الباحثين أن القانون الجزائري و بالإضافة إلى عدم دقة المصطلحات المستعملة للتفريق **بين الوقف كتصرف** و الوقف كملك موقوف فإنه لم يضع تعريفا محددا جامعا مانعا للوقف العام، **إذ** وبعد ما قصر وصفه في المادة المذكورة آنفا على ما حُبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، **جاء** في المادة الثامنة من القانون رقم 91 . 10 والتي مازالت سارية المفعول، عند حصره للأوقاف العامة **ليذكر** الأوقاف الخاصة التي لم تُعرف الجهة المحبسة عليها باعتبارها أحد أنواع هذه الأوقاف **العامة**، وهي التي لم تُحبس على جهة خيرية عند إنشائها [1] .

ويذهب الأستاذ محمد كنازة في كتابه الوقف العام في التشريع الجزائري إلى حدِّ اقتراحه تعريفا **بديلا للوقف العام إذ يقول : " أما بالنسبة لما يُمكن أن يُعرَّف به الوقف العام بوصفه مالا موقوفا**، فيمكن أن نصوغه كما يلي : ((الوقف العام هو كل ما تم حبس رقبته عن التملك **على وجه** التأبيد مع التصدق بمنفعته على جهات خيرية **عامة، ويتمتع الوقف العام بالشخصية المعنوية**)) " [2] .

ولم يكتف المشرع الجزائري بتعريف الوقف العام فحسب، بل ذهب إلى حصرها وتعدادها من **خلال المادة الثامنة من القانون رقم 91 . 10 فقال : " الأوقاف العامة المصونة هي :**

1/ الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية .

([1]) سالمي محمد : التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، **المرجع السابق، ص18** .

([2]) محمد كنازة : الوقف العام في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 31 .

2/ العقارات والمنقولات التابعة لهذه الأماكن سواء كانت متصلة بها أم بعيدة عنها .

3/ الأموال و العقارات و المنقولات الموقوفة على الجمعيات و المؤسسات و المشاريع الدينية .

4/ الأماكن العقارية المعلومة وقفا و المسجلة لدى المحاكم .

5/الأماكن التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار .

6/ الأوقاف الثابتة بعقود شرعية وضُمت إلى أملاك الدولة أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين .

7/ الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها .

8/ كل الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة ولم يُعرف واقفها ولا المنوف عليها ومتعارف أنها وقف .

9/ الأملاك و العقارات و المنقولات الموقوفة أو المعلومة وقفا والموجودة خارج الوطن ." [1]

ثانيا : الوقف الذري

أ. الوقف الذري في الفقه الإسلامي :

إن الوقف الذري هو ما جُعل حبسا على الأولاد أو الأحفاد، أو على الأولاد الذكور دون الإناث ما تناسلوا، أو على أقاربه المعينين ما تناسلوا، ويُسمى أيضا الوقف الأهلي، نسبة إلى الأهل وهم الذرية [2]، و الموقوف عليهم قد يكونون :

أ/ معينين بالذات، كأيمن ومحمد و إبراهيم أولاد فلان .

ب/ أو معينين بالوصف، كأولاده أو أولاد فلان، أو نساء قومه المطلقات، أو المتوفى عنهن أزواجهن

ب. الوقف الذري في التشريع الجزائري :

يقصد بالوقف الخاص في التشريع الجزائري ما جعل أول الأمر على عقبه ثم على جهة بر لا تنقطع، وهذا ما تناولته المادة 06 / 2 من القانون رقم 91 . 10 و التي جاء فيها : " الوقف الخاص هو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور و الإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعيِّنها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم " .

([1]) حمدي باشا عمر : عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)، المرجع السابق، ص 117، 118 .

([2]) أحمد محمودالشافعي : الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي، د . ط (1414 هـ . 1994 م)، ص 203 .

لم يقتصر المشرع الجزائري على تبيان مفهوم الوقف الخاص بل ذهب إلى تنظيم بعض الأحكام الخاصة به و التي تتمثل في الآتي :

. إذا لم يقبل الموقوف عليه الوقف الخاص فإن هذا الوقف يصير وقفا عاما حسب ما جاء في المادة 07 من القانون رقم 91 . 10 .

. يجوز للموقوف عليه التنازل عن حقه في المنفعة، ولا يُعتبر ذلك إبطالا لأصل الوقف، طبقا لما جاء في المادة 19 من قانون الأوقاف رقم 91 . 10 .

. في حلة انقراض عقب الواقف ولم يُحدد هذا الأخير مآل وقفه، فإن هذا الوقف يؤول بصفة آلية للسلطة المكلفة بالأوقاف، كما جاء في المادة 22 من القانون رقم 91 . 10، كما يحق لمصالح هذه السلطة عند الاقتضاء الإشراف على الأوقاف الخاصة وترقيتها وضمان حسن سيرها، وهذا ما قررته المادة 47 من القانون رقم 91 . 10 .

غير إن هذا النوع من الأوقاف قد أُلغي بموجب القانون رقم 02 . 10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 م المعدل و المتمم للقانون 91 . 10 وذلك من خلال النصوص الآتية :

. عدّلت المادة 02 من القانون رقم 10.02 المادة 01 من القانون رقم 91 . 10 بحيث أصبحت صياغتها على النحو الآتي : " يحدد هذا القانون القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية العامة ... " بعدما كانت صياغة المادة "يحدد هذا القانون القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية " ويمكن الملاحظة من هذا النص المعدّل أن المشرع أراد تنظيم الأملاك الوقفية العامة فقط دون الخاصة، وهذا ما يوحي إلى إلغاء الأوقاف الخاصة .

. ألغت المادة 03 من القانون رقم 02 . 10 الفقرة 02 من المادة 06 من القانون القديم بحيث أبقت على الفقرة الأولى فقط المتعلقة بتعريف الوقف العام وتحديد أقسامه، وفي هذا إشارة إلى تخلي المشرع الجزائري عن الأوقاف الخاصة .

. عدّلت المادة 05 من القانون رقم 02 . 10 المادة 13 من القانون القديم، إذ أصبحت تنص على : " الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون، هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية "، و الذي يفهم من هذه المادة أنه لا يمكن أن يكون الموقوف عليه شخصا طبيعيا و إلا

وقع الوقف غير صحيح **لتخلف أحد أركانه وهو الموقوف عليه،** وهذا ما يوحي أيضا بإلغاء الوقف الخاص باعتباره وقف على أشخاص طبيعيين يتمثلون في عقب الواقف [1] .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

([1]) سالمي محمد : التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، **المرجع السابق، ص 18، 19** .

خلاصة :

إن أرجح تعاريف الوقف التي رجّحها **الباحثين المعاصرين هو تعريف ابن قدامة بقوله إن الوقف هو : تحبيس الأصل و تسبيل الثمرة ذلك لأنه اقتصر على ذكر حقيقة الوقف فقط،** ولم يدخل في **تفصيلات أخرى ؛** لأن دخول هذه التفصيلات من شأنها أن تخرج التعريف عن دلالته، وإبعاده عن الغرض الذي وضع من أجله .

أما بالنسبة **لمشروعية الوقف فقد تجاذبته العديد من الآراء،** لعل من أهمها قول الجمهور **بمشروعيته، وقول شُريح و** من معه **بعدم المشروعية،** و إذا كان لكل فريق دليله فإن أدلة الجمهور كانت قوية مما رجح قولهم، حتى ذهب بعض العلماء إلى اعتبار الوقف من المسائل المجمع عليها و التي لا يمكن مخالفتها .

هذا و يتوقف وجود الوقف على أركان أربعة، وهي الصيغة المُنشئة له، **والواقف الذي تصدر منه** الصيغة، **و الموقوف وهو** الشيء المراد وقفه، **و الموقوف عليه، وهو من يستحق غلة الموقوف ومنافعه،** و لكل ركن من هذه الأركان شروط اشترطها الفقهاء

و ينقسم الوقف باعتبار الجهة الموقوف عليها أو الهدف المرجوّ منه ابتداء إلى وقف خيري ووقف **ذُرّي** ووقف مُشترك، **وهذا التقسيم حديث وضعته الحكومات الحديثة .**

وفي خضم كل هذا لم يَجِدْ المشرع الجزائري عما قرره الفقهاء في الفقه الإسلامي ،كما لم يلتزم **بمذهب واحد،** بل راح يتخير من المذاهب الفقهية الإسلامية ما تُمليه **المصلحة المقتسمة بين الواقف** و الموقوف عليه و الوقف في حد ذاته، و ما تُمليه عليه أيضا طبيعة المجتمع الجزائري .

الفصل الأول :

حقيقة الشخصية الاعتبارية

المبحث الأول : ماهية الشخصية الاعتبارية

المبحث الثاني : طبيعة الشخصية الاعتبارية في الفكر القانوني

المبحث الثالث : حقيقة الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

تمهيد :

يتوقف كلامنا حول آثار الشخصية الاعتبارية للوقف الإسلامي على مدى إدراكنا لنظرية الشخصية الاعتبارية في حدِّ ذاتها، خاصة إذا علمنا أن فقهاء القانون قد تعددت آراؤهم حول طبيعة الشخصية الاعتبارية بين مُثبت لها ومعتبرا إيّاها شخصية حقيقية وواقعية شأنها شأن الشخصية الطبيعية، و بين منكر لها على الإطلاق، و بين من ذهب إلى اعتبارها شخصية افتراضية.

ولما كان من الفقهاء . فقهاء القانون . من ينكر هذه الشخصية على الإطلاق كما سبق و أشرنا، كان لزاما علينا خوض غمار هذا البحث لإثبات وجود هذه الشخصية، ذلك أن القول بإنكارها يمنع عنا و يحرمنا من ولوج عالم الشخصية الاعتبارية للوقف و آثارها، **هذا من جهة، و من جهة**

أخرى يُعتبر تحديد موقف الفقه الإسلامي من هذه الشخصية أمر ضروري و لابد منه باعتبار أن بحثنا يتطرق إلى الشخصية الاعتبارية للوقف، **و الوقف مبحث من مباحث الفقه الإسلامي قبل أن يكون مبحثا قانونيا**، فإذا كان الفقه الإسلامي لا يعرف هذه النظرية . **نظرية الشخصية الاعتبارية** ، فإنه لا يمكن تحميله هذه النظرية، و بالتالي لا يمكن ولوج هذا البحث أصلا .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الأول : ماهية الشخصية الاعتبارية

يتناول هذا المبحث بيان معنى الشخصية الاعتبارية، بالإضافة إلى تطور الفكرة في حدِّ ذاتها . فكرة الشخصية الاعتبارية ، وتحديد مدى أهميتها في المنظومة القانونية ،كل ذلك من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : مفهوم الشخصية الاعتبارية

المطلب الثاني : بيان تطور فكرة الشخصية الاعتبارية و أهميتها

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول : مفهوم الشخصية الاعتبارية

الشخص في المعنى الاصطلاحي القانوني لهذه الكلمة يعني صلاحية كل كائن لأن يكون صاحب حق . وتكون بذلك الشخصية القانونية هي: صلاحية الكائن لأن يكون صاحب حق.

ولإيضاح المعنى الاصطلاحي هذا، نميز بينه وبين معنى الشخص في غير اللغة القانونية، كما في الفلسفة أو الأخلاق أو علم النفس، حيث يراد به الإنسان، أمّا في اللغة القانونية فالشخص– كما قلنا- هو كل كائن صالح لأن يكون صاحب حق، فليس هناك تلازم بين الشخصية وصفة إنسان على مستوى الفكر القانوني .

فمن ناحية ليس هناك ما يحتم- في **منطق القانون**- اعتبار كل إنسان شخصًا، أي صالحًا لأن **يكون صاحب حق** [1] . صحيح أنّ القوانين الحديثة تعترف بالشخصية القانونية لكل إنسان، لكن بعض القوانين القديمة لم تكن تعترف للرّقيق- **وهو إنسان- بالشخصية القانونية** [2].

ومن ناحية أخرى- وهذه التي تعنينا على **وجه الخصوص- لا تقتصر الشخصية القانونية على الإنسان الفرد، بل تثبت لبعض الكائنات المعنوية كالدولة والجمعيات والشركات والمؤسسات.**

ومن هذا يتضح لنا أنّ مصطلح الشخص يصدق- في لغة القانون- أولاً على الإنسان، **ويطلق عليه الشخص الطبيعي، وثانيا على كائنات معنوية، ويطلق على الشخص عندئذ الشخص الاعتباري، أو الشخص المعنوي.**

ونظرًا إلى أنّ هذه الأشخاص لا تعدوا أن تكون معان تقوم في الذّهن، **و** ليس لها كيان مادي **ملموس، فيطلق عليها حينئذ مصطلح الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية .**

و أمام التضارب الكبير بين فقهاء القانون حول المعنى **المقصود من عبارة الشخصية الاعتبارية،** فإنه يمكن القول إن أوفى تعريف لهذه الشخصية ما عرفه بها الدكتور عبد المنعم البدراوي و هي أنها : (جماع من الأشخاص يضمهم تكوين يرمي إلى هدف معين، أو مجموعة من الأموال ترصد لتحقيق غرض معين، يخلع عليها القانون الشخصية، **فتكون شخصا مستقلا و متميزا عن الأشخاص الذين** يساهمون في نشاطها أو يفيدون منها، كالدولة و الجمعية و الشركة و المؤسسة)) [3].

ما بالنسبة للفقهاء المسلمين فإنهم لم يتناولون تعريف الشخصية الاعتبارية بالمصطلح القانوني المعاصر ؛ و إنما عبروا عنها بلفظ "الذمة " [4] .

المطلب الثاني : تطور فكرة الشخصية الاعتبارية

إنّ الشخصية في الأصل، إنّما هي الشخصية الطبيعية التي تتجلى في كل فرد من الأفراد، **فكل** واحد من هؤلاء شخص مستقل بشخصيته التي تثبت بها **له الحقوق، وتقع عليه الواجبات**

([1]) محمد طمّوم: الشخصية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الأول، السنة الثانية (1398هـ-1978م)، الكويت، ص 98.

([2]) عبّاس الصّراف وجورج خربون: المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة عمّان، ط 2 (1991م)، ص 150.

([3]) نقلا عن : محمد سعيد رمضان البوطي : الشخصية الاعتبارية أهليتها ... و حكم تعلق الزّكاة بها، (د . ط . د . ت)، ص 2 .

([4]) عبد العزيز خياط : الشركات في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، منشورات وزارة الأوقاف و شؤون المقدسات الإسلامية، الأردن، ط 1 (1390 هـ. 1971م)، ص 213

غير أنّ الفكر الحقوقي لم يتوقف عند هذا **التصور المحدود للشخصية، إذ** تطور هذا الفكر في تصور الشخصية منذ القديم إلى أبعد من هذا الحد الطبيعي المادي، **حيث** لوحظ أنّ هناك جهات من المصالح العامّة الدينية، من أماكن عبادة ونحوها هي ثابتة دائما، وغير مختصة بشخص معين، تتوقف حياتها على نفقات دائمة، **فكانت تُرصد** لها أموال ومستغلات، تعتبر ملكًا لها لسد حاجاتها، وتعقد من أجلها وباسمها العقود .

فمن هنا اعتبرت لتلك المؤسسات العامة شبه شخصية الأفراد الطبيعيين في قابلية التملك وثبوت الحقوق.

ومع تقدم عجلة الزمن تطور الفكر الحقوقي في تجريد الشخصية إلى صور أخرى، إذ لم يعد يقتصر تصور هذه الشخصية على تلك الجهات من المصالح العامّة الدينية **فقط، حيث تعرف الناس** على أسلوب جديد في الاجتماع، فظهرت الجماعات المنظمة التي تتوحد فيها الجهود والأموال من أناس عديدين في سبيل الاكتساب المشترك، **أو النّفع العام** [1] .

فإن كانت الغاية من هذه الجماعة المنظمة هي توحيد الجهود الفردية حتى يتكون منها قوة أكبر على عمل يبتغى به الربح والاكتساب المالي فهي الشركات التي قد تكون تجارية أو صناعية أو غير ذلك، وإن كانت الغاية ليست ابتغاء الكسب والأرباح وإنّما هي خدمة مصالح عامّة دينية أو علمية أو أدبية أو اجتماعية أو إنسانية أو غير ذلك، فتلك في لغة العرف الزمني والقانون هي الجمعيات، منه فهذه الشخصية المجردة التي تمنح لها من الوجهة الحقوقية قد سميت في الاصطلاح القانوني الحديث : **الشخصية الاعتبارية**، ويقال لها أيضًا الشخصية الحكمية، وتسمى في الفقه الأجنبي : *Personnalité Morale*

لكن ومع ظهور هذه الشخصية الاعتبارية المتمثلة في مجموعات الأشخاص والأموال، لم تكن هذه الشخصية أكثر وضوحا ممّا هي عليه اليوم، فبالنسبة لجماعات الأشخاص في القانون الروماني، لم يكن الشخص المعنوي مستقلا بذاته ومنفصلا عن **الأشخاص المكونين له، وكانت ديونه هي ديون أعضائه يُسألون عنها ويلتزمون بسدادها**، وفي بعض الأحيان كانوا يجيزون أن تكون ذمة **الشخص المعنوي هي المسؤولة أولا عن ديونه**، ثمّ بعد ذالك ذمة الأشخاص المكونين له، إلى أن جاء **الكنسيون وطوّروها، فجعلوا للشخص المعنوي استقلالا أكثر**، وله ذمة مستقلة بذاتها عن الأشخاص

([1]) مصطفى أحمد الزرقا : المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار الفكر، (د . ط . د . ت) ، ج 1، ص 238 .

المكونين له، **وهي منفصلة عنهم،** ومع هذا لم يتخلص هذا الانفصال من الفكرة القديمة تمامًا، لذالك نجد أنّ البعض اعتبر الشخص المعنوي مسؤولا عن ديونه في أمواله بصفة أصلية، ثمّ يسأل عنها الأشخاص المكونين له بصفة احتياطية بناءً **على أنّ أموال الشخص المعنوي تنصب عليه ملكيتان، ملكية الشخص المعنوي بصفة أصلية،** ثمّ ملكية الأشخاص المكونين له بصفة احتياطية [1].

ثمّ اكتملت صورة الشخص المعنوي بالفصل المطلق بين ذمته وذمة الآخرين من الأشخاص المكونين له .

أمّا بالنسبة لمجموعات الأموال، فلم تكن فكرة الشخص موجودة في القانون الروماني إلى أن ظهرت المؤسسات الخيرية في العصر المسيحي، ولم تكن في بادئ الأمر لها ذمة مستقلة، ثمّ تطورت فكرة **الشخص المعنوي،** وامتدت إلى الدولة والهيئات الإقليمية، ثمّ إلى الجماعات والمؤسسات [2].

وهكذا تطور الفكر الحقوقي، وتجرد عن التقيد بالنّاحية المادية المحضة، فألقى ثوب الشخصية على غير الأشخاص الطبيعيين، من مؤسسات وجماعات نشأت في المجتمع، وأصبح لها في نظر القوانين موقع شخصي ذو شأن كبير يزداد مكانة واتساعا مع مرور الزمن، كما أصبح لها في النظر السياسي أهمية عظيمة لما تملكه **من قدرة مالية وعملية لا يملك مثلها الفرد عادة** [3].

([1]) محمد طموم : الشخصية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 101، 102 .

([2]) المرجع نفسه، ص 102.

([3]) مصطفى أحمد الزرقاء : المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج 1، ص 238 .

المبحث الثاني : طبيعة الشخصية الاعتبارية في الفكر القانوني

اختلف الفقه القانوني حول طبيعة الشخصية الاعتبارية أو المعنوية، إذ يدور هذا الخلاف حول معرفة ما إذا كانت الشخصية الاعتبارية هي مجرد صياغة قانونية اتُّخذت للوصول إلى الغرض المقصود، أم أنّ لها أساس من الحقيقة والواقع. وبتعبير آخر هل تعتبر الأشخاص الاعتبارية أشخاصًا من خَلْق القانون، أم أنها اعتبرت كذلك لأنّه قد توفرت لها مقومات الشخص القانوني .

لقد تنازعت هذه المسألة ثلاثة اتجاهات في الفقه القانوني : الأول يرى أنصاره أنّ الشخصية الاعتبارية افتراض تخالف الحقيقة، والثاني ينكر أنصاره وجود شخصية قانونية على الإطلاق، والثالث يذهب أنصاره إلى أنّنا بصدد شخصية حقيقية لا افتراض فيها. وهذا هو الاتجاه السائد.

وقد ترتبت على هذا الخلاف الفقهي نتيجة عملية هامّة تعلقت بمدى سلطة الدولة حيال الأشخاص الاعتبارية، فاعتبار الشخص الاعتباري مجرد افتراض من خلق المشرع يؤدي إلى إطلاق سلطة الدولة على الأشخاص الاعتبارية، إذ لا يمكن أن توجد هذه الأشخاص إلا إذا منحها القانون هذه الشخصية، وتنتهي إذا سلبها القانون شخصيتها، ولا تتمتع إلا بالحقوق التي يحددها القانون، أمّا اعتبار الأشخاص الاعتبارية حقيقة واقعية فمقتضاه أنّ على المشرع لاعتراف بهذه الشخصية لكل تكوين توفرت له العناصر اللازمة لثبوت الشخصية .

وذلك ما سنتناوله في المطالب الآتية :

المطلب الأول : نظرية الشخصية الافتراضية

المطلب الثاني : نظرية إنكار الشخصية

المطلب الثالث : نظرية الشخصية الحقيقية

المطلب الرابع : القول الراجح في الشخصية الاعتبارية

المطلب الأول : نظرية الشخصية الافتراضية

أولا : محتوى النظرية :

تزعّم هذه النظرية الفقيه سافيني *SAVIGNY*، ومن أنصاره بارتيلمي *BARTHELEMY*، دوجي *DUGUIT*، جيز *JEZE* ، بونار *BONNARD*، بلانيول *PLANIOL* [1] وغيرهم .

لقد سادت هذه النظرية في فرنسا وقتا طويلا [2] وتسمى نظرية التصور القانوني *Théorie de la biction légale*، هذه النظرية قديمة العهد قال بها الرومان واقتبسها الفرنسيون عنهم إلى وقت قريب .

تتمثل نقطة الارتكاز عند أنصار هذه النظرية في أنّ الشخصية القانونية تقتضي أن يكون صاحبها أهلا للإلزام والالتزام، **ولن يكون كذالك إلا إذا كان صاحب إرادة حرة، حيث ترتبط** الإرادة بالملكات الذهنية التي تمارس عملية الإدراك، والتي تختار وتتجه لترتب الإلزام والالتزام على **حد سواء**، ومن هنا فالشخص القانوني لا يمكن أن يكون إلا شخصًا طبيعيًا صاحب إرادة وإدراك .

ولمّا كانت الشخصية الاعتبارية لا تملك العقل والملكات الذهنية التي تعبر بها عن إرادتها، ت لا تعني سوى الإقرار بالشخصية القانونية لمجموعة من الأفراد أو الأموال متجردة عنهما فإنّها تكون مجرد افتراض لجأ إليه الفكر القانوني ليجعل في مكنة هذه الشخصية الإلزام **والالتزام على غرار الشخصية القانونية الثابتة للشخص الطبيعي.** [3]

فالحق لدى أنصار هذه النظرية هو سلطة إرادية لا تثبت إلا للإنسان لأنه وحده صاحب الإدراك **والإرادة** [4]، **أي أنّه** كائن خيالي خلقته إرادة **المشرع واسعت عليه الشخصية القانونية** [5] .

---

(1) محمد الشافعي أبو راس: القانون الإداري، عالم الكتب، القاهرة (مصر)، (د.ط.ر.ت)، ص 138.

(2) عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت (لبنان)، د.ط (1978م)، ص 475.

(3) محمد الشافعي أبو راس: القانون الإداري، المرجع السابق، ص 139.

(4) محمد حسين منصور: المدخل إلى القانون، الدار الجامعية، بيروت (لبنان)، د.ط (2000م)، ص 407.

(5) عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، المرجع السابق، ص 139.

وهكذا انتهت هذه النظرية إلى أنّ "الشخصية الاعتبارية" ليست إلا مجرد افتراض، وعبّر الأستاذ جيز JEZE عن هذا الاعتقاد بأسلوب ساخر حين قال "إنّني لم أتناول على الإطلاق طعام غذاء مع شخصية اعتبارية" " *je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale*"[1]

ثانيا : أهم النتائج المترتبة على هذه النظرية:

لقد ترتب على هذه النظرية عدة نتائج بعضها إيجابي، وبعضها الآخر سلبي وصف بالخطير[2] ، ومن أهم النتائج الإيجابية أنّه كان لظهور فكرة "الشخصية الاعتبارية" وقبول قسم كبير من الفقهاء لهذه الفكرة، ولو على سبيل المجاز والافتراض، فضل في أن أصبح من المقبول تجميع جهود أفراد أو أموال للقيام بعمل يتجاوز تنفيذه عن الأفراد، إذ لولا وجود فكرة "الشخصية الاعتبارية" لما تمكنت مثل هذه المجموعات من هذا العمل، أو تحقيق هذا الغرض .

ولقد كان من زاوية أخرى لهذه الفكرة - فكرة الشخصية الاعتبارية- فضل في استمرار وجود الدولة، والفصل بينها وبين الأشخاص الحكّام، بكل ما يترتب على ذالك من استمرار نفاذ وسريان القوانين والمعاهدات بعد وفاة من أصدروها وأبرموها أو فقدهم لمواقعهم في السلطة [3] .

وأمّا النتائج السلبية فإنّها تتمثل في الآتي :

1/ إطلاق يد المشرع فيما يتعلق بمنح أو)منع الشخصية الاعتبارية طبقًا لما تمليه الاعتبارات السياسية، التي توجه التشريع وتتحكم فيه، بحيث يكون هو المتحكم في منحها أو منعها، وهو صاحب القول الفصل في بقائها، إن شاء مدّ في حياتها وإن شاء أنهاها [4] ، ولذا سميت هذه النظرية (بالدولانية) أي التي تشايع الدولة، ومن ثم فبقاء هذه الشخصية رهن برضاء الدولة عنها [5].

([1]) محمد الشافعي أبو راس: القانون الإداري، المرجع السابق، ص 139.

([2]) أحمد محمود الخولي: نظرية الشخصية الاعتبارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار السلام، القاهرة (مصر)، ط 1 (1423 هـ . 2003 م)، ص 24.

([3]) محمد الشافعي أبو راس: القانون الإداري، المرجع السابق، ص 140.

([4]) حسن كيرة: المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر)، ط 5 (د.ت)، ص 623.

([5]) أحمد محمود الخولي: نظرية الشخصية الاعتبارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 24.

2/ يستطيع المشرع تقييد أهلية الشخص المعنوي والحد من حقوقه في نطاق الغرض من وجوده أي تخصيصه بهذا الغرض وحده، **وهذا ما يسمى بمبدأ التخصيص**، حيث لا يجوز للشخص المعنوي أن يباشر من الاعمال والتصرفات إلا ما يلزم لتحقيق غرضه.

3/ يمتنع تقرير المسؤولية المدنية والجنائية للشخص الاعتباري، لأن القصد الجنائي والخطأ الشخصي يقتضيان الإدراك والوعي والإرادة، وتلك الأمور لا يتصور نسبتها إلى شخص[1] اعتباري افتراضي ليس له وجود حقيقي، وهذا أمر بالغ الخطورة، لأن هذه النظرية وإن كانت تعتبر الشخصية الاعتبارية مجرد افتراض ومجاز فإنّها تعترف بها. [2]

ثالثا : تقدير النظرية :

لقد تعرضت هذه النظرية إلى نقد عنيف من **الفقهاء الألمان** من منطلق أنها **تقوم على** مقدمات غير مُسَلَمة، فالقول بأن الإنسان وحده هو الذي تثبت له الشخصية القانونية، **باعتبار ذلك من قبيل المسلمات** البديهية المحتومة، قول يعوزه الدليل، كما يقوم على خلط ظاهر ينبغي **توقيفه**، بين مدلول الشخصية في القانون وبين مدلولها الفلسفي أو النفسي، **إذ يتسع** هذا الأخير للإنسان ولغير الإنسان. [3]

وأمّا المقدمة غير المسلمة الأخرى التي تقوم عليها هذه النظرية أنّها تعتبر الحق سلطة إرادية، في حين **أن القدرة الإرادية ليست هي جوهر الحق وإنّما تلتزم غالبا لمباشرته.**

ومنه فإذا راعينا المعنى الصحيح للشخص في نظر القانون، **وتبيّنا أن القدرة الإرادية ليست هي جوهر الحق**، اتضح لنا أنّ الاعتراف بالشخصية الاعتبارية لا ينطوي على أي افتراض. [4]

وبالإضافة إلى هذا تعرضت هذه النظرية لعديد **الانتقادات الأخرى**، فإذا كان اعتناق هذا الرأي يعني **بسط سلطان الدولة على الأشخاص المعنوية**، مما يعني تضييق نطاق هذه الأخيرة ووقوعها في **أسر** الكثير من القيود، وإذا ما تمّ ذلك كان له أثره في إمكانية **أداء الأشخاص الاعتبارية لرسالتها وتحقيق أغراضها وأهدافها، إذ سيظل ذلك كله رهينا** بإرادة الدولة [5] .

([1]) محمد حسين منصور: المدخل إلى القانون، **المرجع السابق، ص** 408،409.

([2]) أحمد محمود الخولي: نظرية الشخصية الاعتبارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 24.

([3]) **حسن كيرة**: المدخل إلى **القانون، المرجع السابق، ص** 624.

([4])عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، المرجع **السابق، ص** 476.

([5]) محمد الشافعي أبو راس: القانون الإداري، المرجع السابق، ص 140، 141.

كما أن اعتبار الشخصية الاعتبارية مجرد مجاز لا يحل المشكلة الضخمة التي تختفي وراء هذه الفكرة (الشخصية الاعتبارية) وهي مشكلة تحديد من يعتبر مالكا لأشياء غير مملوكة لإنسان بعينه، كما هو الحال في صورة جماعات الأفراد أو مجموعات الأموال، أو تحلها على نحو غير معقول أو مقبول باعتبار أنّ المالك هو ذلك الشخص الاعتباري الافتراضي الذي لا وجود حقيقي له، وهو ما يعني في الواقع أنّ هذه الأشياء سائبة غير مملوكة لأحد. [1] ومن ثم فإنّه يجوز للدولة مصادرتها والاستيلاء عليها .

ولعلّ من أهم ما لاقته هذه النظرية من نقد ما نسبه لها المعارضون من وقوعها في التناقض، ويشرح المعارضون هذا النقد في أنّ نظرية المجاز تقرر أنّه وقد ثبت لديها أنّ "الشخصية الاعتبارية" مجرد مجاز، أنّها لا توجد إلا إذا أقامتها الدولة ومنحتها وحددت أغراضها ونشاطها.

و لما كانت الدولة من وجهة نظر هذه النظرية شخص اعتباري، فإن التساؤل المطروح: كيف تقوم شخصية الدولة ؟ أو بمعنى آخر من يصنع الدولة ؟ [2]

وأما هذه النتيجة الخطيرة التي يرتبها منطق هذه النظرية في إطلاقه إذ يعتم اعتبار الدولة نفسها شخصا افتراضيا وهميا [3] لم يستطع أنصار النظرية الافتراضية تبرير هذا التناقض. وقالوا في محاولة للخروج من هذا المأزق إنّ الدولة هي الشخص المعنوي الوحيد الذي يقوم ذاتيا، وأنها الشخص المعنوي الوحيد الذي لا يتحدد له هدف أو غرض أو عمل أو نشاط.

ويبقى بعد هذا القول أنّ أنصار هذا المذهب يقولون به دون أن يسوقوا له تبريرا أو سندا غير التبريرات المذكورة آنفا [4].

(1) حسن كيرة: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 624 و ما بعدها .

(2) محمد الشافعي أبو راس: القانون الإداري، المرجع السابق، ص 141.

(3) حسن كيرة: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 624 .

(4) محمد الشافعي أبو راس: القانون الإداري، المرجع السابق، ص 141.

المطلب الثاني : نظرية إنكار الشخصية

إزاء النقد الذي واجهته نظرية "الشخصية الافتراضية" ظهر اتجه متطرف **يُنكر الفكرة من أساسها، وأطلق عليه "نظرية إنكار الشخصية الاعتبارية" ،كما يُطلق على هذا المذهب تسمية** "المذهب الواقعي" إشارة إلى أنهم لا يعرفون إلا الشخصية المتمتعة بالوجود الواقعي، أما الافتراض أو المجاز فلا قيمة له عندهم، ولا يعترفون به على الإطلاق .

ويتفق أنصار هذا المذهب على أنّ فكرة الشخصية الاعتبارية، فكرة لا وجود لها، **وأنه لا** ضرورة لابتداعها. ذلك أنّ العلوم القانونية قد بلغت من التقدم ما يجعلها الآن في غير حاجة إلى مثل هذه الحيل والافتراضات، وأنّ في وسع الباحث الآن أن يجد حلاً لكل المشاكل والصعوبات **القانونية مرتكزا على أساس من الواقع**، وأنّه لمن الميسور تحقيق النتائج المترتبة على فكرة الشخصية الاعتبارية بالاستناد إلى مبادئ وأفكار قانونية أخرى، تمتاز بأنها أقدم ظهورا، **وأرسخ قدما، وأوضح معالما.**

واختلف فقهاء هذه النظرية حول الأفكار القانونية التي تحقق نتائج **الشخصية الاعتبارية** [1] على النّحو الآتي :

أولاً : نظرية الملكية المشتركة (أو الملكية الجماعية) :

1. مرتكزات النظرية :

تَزَعم هذه النظرية كل من العالم الألماني "إهرنج"، **والفرنسي "بلانيول"** [2]

أُسست هذه النظرية على أن الإنسان وحده هو الذي يتمتع بالشخصية **القانونية**، ومن ثمّ فالتكوينات الاجتماعية التي تكون عبارة عن مجموعة من الأموال أو تجمع من الأشخاص، ليس لها في الحقيقة تلك الشخصية القانونية والأمر **-على وجه الدقة- عبارة عن نوع من الملكية** [3] ، **هي الملكية** المشتركة التي **تخضع لنظام الملكية الفردية فليس هناك شخص** ولو بطريقة افتراضية، **إنّما هو**

([1])محمد الشافعي أبو راس: القانون الإداري، المرجع السابق، ص 141،142.

([2]) عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، المرجع السابق، ص 477 هامش.

([3]) أحمد محمود الخولي: نظرية الشخصية الاعتبارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 19.

مال مشترك مملوك لمجموع من الأفراد، وكل فرد من هؤلاء لا يمكنه أن ينفرد بالتعامل في هذا المال كما هي الحال في الملكية الفردية، **مفرزة كانت أو شائعة**، وإنّما يتعامل في شأنه **بالاتفاق مع الآخرين**، أي أنّ مجموع الأفراد هو الذي يملك **هذا المال ويتعامل فيه**، فهم الملاك الحقيقيون لهذه **الأموال**، وهم الذين يجب أن **تُنسب إليهم تلك الأموال**، وإن كانت ملكيتهم المشتركة لهذه الأموال تختلف عن الملكية الخاصة أو الملكية الفردية، فالملكية الجماعية هي ملكية مشتركة لا ملكية فردية لأنّ المالك فيها هو جماعة **من النّاس لا** يملك أي واحد منهم بمفرده لا شيئا **ولا حصة فيه بل الجميع** يملكون كل شيء مجتمعين دون ما حاجة إلى ابتداع شخصية معنوية وهمية [1].

ويقول أنصار الملكية المشتركة وفي مقدمتهم "بلانيول" [أنّ الذي يميز الشخص المعنوي هو **وجود مال مستقل** يملكه، **ولمّا كان هذا المال يستدعي وجود مالك فقد لجأ أصحاب نظرية** الشخصية المعنوية الفرضية إلى تصور شخص وهمي يُسندون إليه الملكية مع أنّه لا حاجة إلى هذا الخيال والتصور لتخفى تحته ضربا من الملكية هي الملكية المشتركة، **إذ أن** المال الذي تسند ملكيته إلى **هذا الشخص الموهوم إنّما هو** مملوك لجميع الأفراد الذين **تتألف منهم الجماعة لا ملكية فردية يتحدد فيها نصيب الفرد، بل الجماعة** هي التي تملك وتتعامل وتسند إليها الحقوق] [2].

ويذكر الدكتور أحمد محمود الخولي أنّ القانون المدني في مصر وفرنسا لا يعرف هذه الصورة من الملكية (المشتركة أو الجماعية)، **ولا يعرف سوى الملكية الفردية أو الشائعة** [3]، **وإن كانت معروفة** في جماعات بشرية قديمة، **إلا أنّها اختفت** بعد ظهور الملكية الفردية [4].

ومنه لا يوجد شخص اعتباري مع مجموع الملاك حيث تظل شخصيتهم ظاهرة باعتبارهم مُلاّكًا بالاشتراك في مال معين، وهذا المجموع **هو الذي تُسند إليه الحقوق والالتزامات** [5].

---

(1) محمد حسنين: الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، **المؤسسة الوطنية للكتاب (الجزائر)**، د .ط (1985 م)، ص 153.

(2) **زهدي يكن: القانون الإداري**، منشورات المكتبة العصرية، بيروت (لبنان)، (د . ط .د . ت)، **ج 1**، ص 50.

(3) الفرق بين الملكية الشائعة والملكية المشتركة أو الجماعية يكمن في أنّ من يملكون المال على الشيوع يستطيع كل واحد منهم وله الحق في التصرف فيما يملك من هذا المال كالبع أو الثلث مثلا أمّا في الملكية المشتركة (أو الجماعية)فإنّه لا يستطيع **أن ينفرد أحدهم** بالتصرف في هذا المال إلا بالاتفاق مع الآخرين، كأنّهم مالك واحد. مثال ذالك رأس مال الشركة المساهمة يعتبر مملوكا للشركاء ملكية جماعية وليس ملكية مشاعة.

(4) **المرجع نفسه، ص 20** (هامش).

(5) محمد حسين منصور: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 410.

و يقول الدكتور عمار عوابدي في هذا الشأن :[...وأنّه يمكن الاستغناء عنها-الشخصية الاعتبارية- باعتماد أفكار ونظريات قانونية أخرى تكون البديل الأكثر سلامة ومنطقية ووضوح مثل"فكرة الملكية المشتركة" عند أهرج، وفكرة التضامن الاجتماعي والمراكز القانونية، عند الفقيه ليون دوجي] [1] .

ويقول دوجي بأنّه لا سند من الحـ ة بأنّ الدولة شخص معنوي وأنّها ذات إرادة عامّة، إذ الملاحظ أنّ الدولة تتكون من فئتين: فئة حاكمة وفئة محكومة، وما إرادة الدولة في الواقع إلا إرادة هذه الفئة الحاكمة التي تلزم الطبقة المحكومة بإتباع واحترام أوامرها .

ومن ثمّ تكون محاولة نسبة إرادة هذه الفئة الحاكمة إلى شخص معنوي وهو الدولة، لا يعدو أن يكون مجرد افتراض لا فائدة منه .

ويضيف دوجي أنّ القوة التي تفرض على المحكومين احترام القانون مصدرها سلطة الحاكمين دون حاجة إلى افتراض مخالف للواقع.

و يمكن القول أن دوجي علاوة على إنكاره لشخصية الدولة فهو ينكر وجود الحق أساس و يستغيض عنه بفكرة المراكز القانونية بمعنى أنّ حق الملكية يكون وظيفة اجتماعية يعددها مركز قانوني يمكن تغييره أو تقييده. [2]

2. تقدير النظرية:

لم تسلم هذه النظرية من النّقد إذ لوحظ عليها مايأتي :

1- يؤخذ عليها ما يؤخذ على سابقتها- نظرية الافتراضية- ـ أنّها تعتبر الإنسان هو وحده الشخص الحقيقي في نظر القانون [3]

2- وجه الخطأ في هذه النظرية أيضا ـا تنظر إلى الأموال باعتبارها الشيء الرئيسي في نظام الشخصية الاعتبارية، وترتب على ذلك أنّه ما دمنا قد وجدنا للأموال صاحبا فلا حاجة إلى نظام الشخصية الاعتبارية، وكأنّ ما يَعنينا هو البحث عن إيجاد صاحب لتلك الأموال، ومتى وجدناه

([1]) عمار عوابدي: القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط (2000م)، ج 1، ص 187.

([2]) صالح فؤاد: مبادئ القانون الإداري الجزائري، دار الكتاب اللبناني ومكتبة المدرسة، بيروت، ط 1 (1403ه-1983م)، ص 48،49.

([3]) عبد المنعم فرج الصده : أصول القانون، المرجع السابق، ص 477 هامش.

انتفت الحاجة إلى نظام الشخصية الاعتبارية، **مع أنّ** هذه الأخيرة قد ابتُدِعَت **من أجل تحقيق** الغرض الذي تسعى إليه الجماعة، **وهو غرض تعجز عن تحقيقه حياة الإنسان**، وإن كان دور المال في نظام الشخصية الاعتبارية دورًا هامًا إلا أنّه ليس الدّور الرئيسي فما المال إلا وسيلة لتحقيق أغراض الشخص المعنوي كما هو الشأن بالنسبة للإنسان [1].

3- إنّ هذه النظرية تهتم في نظرتها إلى الشخص الاعتباري بالمال وحده، في حين أنّ المال لا يشكل العنصر الهام فيه في كثير من الحالات، كما هو الحال بالنسبة للدولة بما لها من حقوق السلطة وما **تسعى إليه من** أغراض غير مادية، **بل إنّ هناك من أشخاص القانون الخاص من** يسعى إلى تحقيق أغراضه بوسائل غير مادية كالجمعيات العلمية والفنية [2].

4- **تصور الشخص الاعتباري بوصفه تجمعا من الأشخاص تُنسب** إليهم الملكية المشتركة، **فهي بذلك تُغفل** مجموعات الأموال، **كالأوقاف مثلا** .

5- **أنّها لا تستطيع تفسير مركز المؤسسين لمجموعات الأموال المرصودة لبعض الأغراض كمستشفى أو دار لإيواء العجزة**، إذ لا يملك المؤسس شيئا من هذه المؤسسات، بل في كثير من الأحيان لا **يتمتع بأي سلطة عليها** [3] .

6- وأخيراً فإنّ فكرة الشخصية الاعتبارية تعني استقلال الشخص الاعتباري عن الأفراد المكونين له، **واستقلال ذمته عن ذممهم، وهذا المراد لا يمكن أن تُحققه** فكرة الملكية المشتركة [4]، **وفضلا عن كل** هذا فإنّ ما تقول به النظرية من نسبة الملكية المشتركة إلى مجموع الأفراد ككل مستقل عن أيّ فرد منهم إنّما هو عينه فكرة الشخصية الاعتبارية التي تنكرها هذه النظرية [5] .

([1]) محمد حسنين : الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المرجع السابق، ص 154.

([2]) محمد حسين منصور: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 410.

([3]) أحمد محمود الخولي: نظرية الشخصية الاعتبارية، المرجع السابق، ص 20، 21.

([4]) محمد حسين منصور: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 410.

([5]) عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، المرجع السابق، ص 478.

ثانيا: نظرية ذمة التخصيص(أو ذمة الغرض) :

أ. مرتكزات النظرية :

ظهرت هذه النظرية في الفقه الألماني، وتُنسب للفقيه الألماني "برنز Brinz"، وتَشيَّع لها الفقيه الفرنسي "دوجي Duguit" ، مؤداها أن منح الشخصية القانونية للجمعيات والشركات و المؤسسات هو اصطناع لا مبرر له، ذلك أنّ أموال الجمعية أو الشركة أو المؤسسة تتميز عن أموال أعضاء الجمعية أو الشركة أو عن أموال من رصد مجموعة من أمواله لغرض من أغراض البر أو النّفع العام كما في حالة المؤسسة الخاصة [1] . لذلك يرى أنصار هذه النظرية وجوب الاستغناء عن فكرة الشخصية الاعتبارية والوقوف عند الغرض المقصود من قيام جماعة من الأشخاص أو رصد مجموعة من الأموال، فهذا الغرض يكفي في ذاته كمركز تسند إليه الحقوق والالتزامات التي تتعلق بنشاط هذه الجماعات بحيث تكون ذمّة مستقلة عن أعضائها أو المنتفعين بها [2]، ويجب لبلوغ تلك الغاية أن نسلم بأن هذه الحقوق والالتزامات تكون ذمة مستقلة تجمع بين عناصرها المختلفة وحدة الغرض الذي خصصت له دون أن تستند في وجودها إلى شخص ما [3] .

ب. تقدير النظرية:

عِيب عن هذه النظرية كذلك أنّها تخلط بين معنى الشخص في نظر القانون ومعناه في لغة الفلسفة والأخلاق .

وبالإضافة إلى هذا النقد العام الذي لم تسلم منه النظريات السابقة، فقد وُجِّهت إلى هذه النظرية انتقادات عديدة تتمثل في الآتي:

1/ أنّها تتعارض مع ما هو مسلم في القوانين الحديثة بوجه عام من أنّ الحقوق والالتزامات لا توجد إلا مستندة إلى شخص ما [4]

2/ أنّ فكرة "المال دون مالك" تؤدي إلى أن يكون للدولة حق الاستيلاء على هذا المال .

([1]) محمد حسنين: الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المرجع السابق، ص 152.

([2]) محمد حسين منصور: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 409.

([3]) عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، المرجع السابق، ص 476.

([4]) محمد حسين منصور: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 409.

3/ فضلا عن هذا فإنّه إن كان من المتصور- جدلا- صلاحيتها في دائرة جماعات الأموال، أي تلك الجماعات التي يكون قوامها المال، فإنّها لا تصلح على الإطلاق لتبرير الأشخاص المعنوية التي تقوم دون أن يكون لها مال على الإطلاق، ولا تهدف إلى أيّ غاية مالية كذلك [1] .

4/ كما أنّ نظرية الشخصية الاعتبارية تفصل هذه النظرية– نظرية ذمة التخصيص- من حيث استيعابها لكل ألوان النشاط التي يسمح بها طبيعة الشخص الاعتباري، سواء أكان هذا النشاط ماليا أو غير مالي [2] .

ثالثا: نظرية التضامن الاجتماعي:

أ . مرتكزات النظرية :

صاحب هذه النظرية هو الفقيه الفرنسي"ليون دوجيL .Duguit"، وبداية القول عند دوجي أنّ (الحقوق) "مراكز ثقافية"، يخلقها القانون ويحميها، وهذا القانون الذي يخلق المراكز القانونية ويحميها، لا يجد له أساسا إلا في التضامن الاجتماعي، فالتضامن الاجتماعي واقعة اجتماعية، ولا محل للبحث فيما إذا كانت الواقعة الاجتماعية مشروعة أو غير مشروعة.

ومنه يخلق التضامن الاجتماعي عند دوجي قواعد ومبادئ منذ قيام الجماعة، ويفرض الإحساس بأنّها ملزمة، ومن ثم يكون هذا التضامن أساسا للقانون، ويتولى القانون خلق المراكز القانونية ويتولى حمايتها، بما يتولد من إحساس لدى الجماعة، وموقف الناس تجاهها.

ويترتب على هذا- في نظر دوجي- أنّ الدولة ليست شخصية معنوية، وأنّه لا إرادة عامة تعلو على إرادة الأفراد، وأنّه كذلك لا وجود للحقوق "الذاتية أو الإرادية"، إذ كل الحقوق "مراكز قانونية"، ومنه فلا ضرورة للقول بفكرة "الشخصية الاعتبارية" ذلك أنّ في "فكرة الضمان الاجتماعي" ما يكفي أساسا للقانون، وأساسا للمراكز القانونية التي هي "الحقوق" دون ما حاجة إلى مثل هذه الأفكار الافتراضية المجازية [3] .

([1]) محمد الشافعي أبو راس: القانون الإداري، المرجع السابق، ص 144، 145.

([2]) عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، المرجع السابق، ص 477.

([3]) محمد الشافعي أبو راس: القانون الإداري، المرجع السابق، ص 143.

ب . تقدير النظرية:

رغم مكانة دوجي العلمية الرفيعة، إلا أن نظريته قد تعرضت إلى نقد حاد تمثل في الآتي :

1/ أنها اهتمت بالجانب الموضوعي للقانون، وأهملت الجانب الشكلي، رغم أنّ الإجماع يكاد ينعقد على أنه مع أهمية الجانب الموضوعي، فإنّ للجانب الشكلي أهمية لا تقل عن أهمية الجانب الموضوعي، ذلك أنّ الجانب الشكلي المتمثل في صياغة القاعدة وإعلانها، هو الذي يجعل"للموضوع" أو"لمحل القاعدة القانونية" آو" الجانب المادي الموضوعي في القانون" حدودا معلومة وواضحة.

2/ كون هذه النظرية ترى أنّ جزاء القاعدة القانونية يتحدد برد الفعل، وأنّ تحديده مرهون برد الفعل لدى الجماعة، هو قول يتنافى مع ما هو متفق عليه من ضرورة تحديد الجزاء مسبقا، بما يجعله معلوما لدى الجميع، وبحيث لا يكون محلا للإبهام، ولا للمساومة .

3/ انتقد الفقيه "هوريو Houriou" هذه النظرية، بأنّه رغم أنّ دوجي وصف أفكاره بـ "الواقعية" بإنّها كانت غير واقعية ، إذ أنكر وقائع ملموسة مثل شخصية الدولة وتمتعها بالسيادة، الأمر الذي جعل آراء دوجي آراء فوضوية، وبعبارة هوريو *ANARCHITE DE LA CHAIRE* [1].

ولم يقف الأمر عند هذه النظريات المشار إليها، وإنّما وُجدت آراء أخرى كانت أقل صدى وأضيق نطاقا . من هذه الآراء رأي الفقيه "بونار Bonar" الذي ذهب إلى أنّه للوصول إلى ذات النتائج "فكرة الشخصية المعنوية" فإنّه يكفي أن نُقرّ للدولة ولسائر الجماعات ، بأنّها "صاحب الحق" دون أن نقول لها "شخصية اعتبارية"، ذ أنّ القول أنّها "صاحب الحق" يؤدي إلى ذات النتائج ، ومن ثم فإنّ القول بأنّ لها شخصية على سبيل الافتراض والمجاز، إنّما هو قول ليست له نتائج عملية إذ لا ضرورة للالتجاء إليه، وواضح أنّ بونار يعتنق "فكرة الشخصية المعنوية" بكل نتائجها العملية والقانونية، إلا أنّه يعتنقها تحت اسم"فكرة صاحب الحق" دون المساس بجوهر الفكرة الأصلية أو نتائجها العملية [2] .

([1]) محمد الشافعي أبو راس: القانون الإداري، المرجع السابق، ص 143، 144.

([2]) المرجع نفسه، ص 144.

المطلب الثالث : نظرية الشخصية الحقيقية

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ الشخص الاعتباري ليس شخصا مجازيا من صنع المشرع، **بل إنّه** حقيقة قانونية واقعة تفرض نفسها على المشرع الذي لا يملك إلا أن يعترف بها.

فجماعات خاص ومجموعات الأموال التي تهدف إلى تحقيق مصالح مشتركة، **ليست** أشخاصا افتراضية بل هي أشخاص حقيقية ملموسة، **وإذا** أثبت أو اعترف المشرع لها بالشخصية فهو لا يخلق شيئا من العدم وإنّما يقرر هذا الوجود ويعترف به[1]، كما أنّه لا يوجد في القانون أفكار **أو آراء تُغني** عنها أو تصلح للحلول محلها.

ومن أنصار هذا الاتجاه على سبيل المثال الفقيه هوريو، وجييرك، **و ميشود**(Michoud) ، **زيتلمن**(Zeitlemann)، **و**(Beselen)، **و**(Fouillée) [2] ، وكاري دي مليرج، وجلييرك [3].

ولكن أنصار هذه النظرية يختلفون فيما بينهم حول بيان الأساس الذي تقوم عليه هذه الشخصية **على ثلاثة مذاهب** تتمثل في الآتي :

أولا : المذهب الأول :

أصحاب تشبيه الشخصية الاعتبارية بالشخصية الحقيقية، وهم في هذا فريقان : **فريق أسس النظرية الحقيقية العضوية**، والثاني ذهب إلى ما يسمى بنظرية الإرادة .

أ– النظرية العضوية:

وتسمى أيضا بالنظرية الحيوية Théorie Organique ou Biologique، ويرى أصحاب هذه النظرية أنّ الشخص الاعتباري يشبه الإنسان في تكوينه العضوي، **فكما أنّ** الإنسان يتكون من تجمع مجموعة من الخلايا الحية، فإنّ الشخص الاعتباري يتكون هو الآخر مجموعة من الخلايا هم الأفراد الذين يدخلون في تكوينه[1]، **وإذا كانت إرادة الفرد تصدر نتيجة**

([1]) صالح فؤاد: مبادئ القانون الإداري الجزائري، المرجع السابق، ص 50.

([2]) محمد الشافعي أبو راس: القانون الإداري، **المرجع السابق، ص** 145.

([3]) صالح فؤاد: مبادئ القانون الإداري الجزائري، المرجع السابق، ص 50.

تفاعل خلاياه فإنّ إرادة الشخص الاعتباري وقراراته تنشأ عن نشاط خلاياه المتمثلة في الأفراد المكونين له [2] .

و الحق أنّ هذا ضرب من الخيال الواسع ، فمن ناحية لا توجد أي رابطة تشابه بين تفاعل الخلايا الحية-المكونة للشخص الطبيعي- مع بعضها البعض لتضمن حيويته وحياته، وبين تفاعل الأفراد المكونين للشخص الاعتباري .

ومن ناحية أخرى لا علاقة لتجمع الخلايا الحية في الشخص الطبيعي وتفاعلها مع بعضها البعض لتكسبه وجوده الحسي الطبيعي وإكسابه الشخصية القانونية، ففي كثير من الشرائع-سماوية وشرعية- لا تمنح للعبيد الشخصية القانونية مع تمتعهم الكامل بالوجود الحسي الطبيعي[3]

فضلا عن أنّ القول بكفاية وجود خلايا تُكَوّن بتجمعها كلاً أو جسما واحدا لقيام الشخصية قول غير صحيح على إطلاقه، فالحيوانات والنباتات تتكون هي الأخرى من خلايا ومع ذالك لا تتمتع بالشخصية في نظر القانون [4] .

ب – نظرية الإرادة :

لقد نادى بهذه النظرية الفقهاء الألمان جيبرك وجلينك وزيتلمان [5] .

يرتكز أنصار هذه النظرية في تشبيه الشخص الاعتباري بالشخص الطبيعي على اعتبار أنّ الحق سلطة إرادية، فهم يرون أن الشخص الاعتباري شخص حقيقي له إرادته المشتركة الخاصة به التي يعبر عنها من يُديره والتي تغاير الإرادات الفردية لأعضائه، وله نشاطه المتميز عن النشاط الشخصي لهؤلاء الأعضاء، ومنه فعلى المشرع أن يعطي الشخصية لكل مجموع صالح لأن تكون له إرادته الخاصة ولأن يحمي مصالحه الخاصة [6] .

([1]) أحمد محمود الخولي: نظرية الشخصية الاعتبارية، المرجع السابق، ص 25.

([2]) محمد حسين منصور: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 411.

([3]) أحمد محمود الخولي: نظرية الشخصية الاعتبارية، المرجع السابق، ص 26.

([4]) حسن كبيرة: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 626.

([5]) عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، المرجع السابق، ص 479 (هامش).

([6]) مرجع نفسه، ص 478.

وتركيز هذه النظرية على عنصر الإرادة وتعليقها الشخصية على وجود الإرادة أو إمكان ظهورها، ناشئ من أخذها الحق على التعريف التقليدي من أنّه قدرة أو سلطة إرادية، **وهو تعريف بيّن الفساد.** [1]

ويعاب على هذه النظرية أيضا أنّها تحاول خلق تماثل أو تطابق بين الشخص الطبيعي، **والشخص المعنوي وخاصة فيما تعلق بالإرادة مما** يدخلنا في معايير نفسية تخرج عن دائرة القانون، أضف إلى **ذالك أنّ الإرادة ليست هي مناط الشخصية،** لذلك تعجز هذه النظرية عن تفسير إعطاء الشخصية لغير جماعات الأفراد(جمعيات، شركات)، أي لمجموعات الأموال كالأوقاف والمؤسسات [2] .

ثانيا : المذهب الثاني : القائلون بنظرية المصلحة

أمام التطرف والمغالاة في تشبيه **الشخص المعنوي بالشخص الطبيعي،** ظهرت نظرية المصلحة ماعية التي نادى بها الفقيه ميشو [3]، ورُوج لها عند جمهور الفقه الفرنسي **الحديث**[4]، **حيث** ذهب أنصار هذه النظرية في نطاق التأسيس والتبرير لمذهب الشخصية الحقيقية، إلى القول بأنّ الحق ليس سلطة أو قوة إرادية يقرها ويحميها القانون كما قال أصحاب نظرية الافتراض أو المجاز القانوني، بل إنّ الحق هو مجرد مصلحة معتبرة يقرها ويحميها القانون[5]

فالمصالح قد تكون فردية أو جماعية تتمثل في تنظيم معين يحقق لها كيانا مستقلا عن المصالح **الخاصة لأفراد هذا التنظيم،** والشخص الاعتباري كائن اجتماعي يقوم على تحقيق مصالح عملية هامّة **كالشخص الطبيعي،** وما دام الشخص المعنوي يتكون بهدف تحقيق مصالح معينة. فمن **الضروري أن** يحمي القانون هذه المصالح ويرفعها إلى مرتبة الحقوق، ويتعين عليه بالتالي أن يعطي الشخصية القانونية لأصحاب تلك المصالح ما دامت **مشروعة وجديرة بالحماية** [6]

ومن ثمّ فإنّ الشخصية الاعتبارية هي واقعية وليست مجرد افتراض أو مجاز قانوني .

([1]) **حسن كيرة**: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 626.

([2]) محمد حسين منصور: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 411.

([3]) عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، المرجع السابق، ص 479 (هامش).

([4]) **حسن كيرة**: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 626.

([5]) **عمار عوابدي: القانون الإداري، المرجع السابق، ج 1، ص 186.**

([6]) محمد حسين منصور: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 412.

كما يرى أنصار هذه النظرية-أولا- أنّ الأساس القانوني لنظرية الحيلية خاطئ، ذلك أساس الحق ليس في الإرادة وإنّما في المصلحة التي يحميها القانون، فيزود بذلك صاحب تلك المصلحة بالسلطة التي تكفل له تحقيقها، تلك السلطة هي الحق، أما دور الإرادة فثانوي ويأتي لاحقا لذالك عند مباشرة السلطة .

شك أنّ الصبيّ غير المميز أو المجنون، بل والحمل المستكن لهم حقوقهم وهم عديمو الإرادة، ولهؤلاء الشخصية القانونية لاكتساب الحقوق دون أن تكون لهم إرادة، فالشخصية القانونية إذن لا ترتبط بتوفر الإرادة أو عدمها بل بتوفر المصلحة المشروعة التي يحميها القانون.

ومنه فكلما كنا إزاء كائن له مصالحه المتميزة كانت له شخصية قانونية حقيقية في عالم القانون، صر دور المشرع على الاعتراف بها وتنظيمها، دون أن يصل إلى حد خلقها أو اصطناعها وبهذا المعنى قضت محكمة النّقض الفرنسية في 24 يناير 1954 [1] .

وإذا كانت هذه النظرية تفضل النظرية العضوية أو الحيوية ونظرية الإرادة بتجنبها محاولات هاتين النظريتين العقيمة الفاشلة لإثبات شخصية فلسفية أو نفسية للأشخاص الاعتبارية كالأشخاص الطبيعية سواء من حيث التكوين العضوي أ والإداري، إلا أنّها ترتكز على تعريف الحق بأنّه مصلحة يحميها القانون، ولابد أن نتعرض لما يتعرض له هذا التعريف من انتقادات كثيرة، فضلا ذلك فإنّ ربط الشخصية بهذا التعريف يقودنا إلى حصر الشخصية في صاحب المصلحة أو المتمتع بالفائدة والمنفعة، وهو ما يكشف عن أن الشخصية يجب أن لا تثبت لجماعات الأفراد أو مجموعات الأموال نفسها ككل واحد مستقل ولكن الأشخاص الطبيعيين المكونين لهذه الجماعات المنتفعين بهذه المجموعات، لأنّ المنفعة والتمتع إنّما يعود إليهم وحدهم في نهاية المطاف لا إلى هذه لجماعات أو تلك المجموعات بذلك يغدو الاعتراف بالشخصية لهذه الجماعات أو المجموعات ككل مستقل مجرد افتراض لا يتفق مع الواقع [2].

([1]) محمد حسنين: الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المرجع السابق، ص 155، 156.

([2]) حسن كيرة: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 627.

ثالثا : المذهب الثالث: القائلون بنظرية النظام القانوني

ترجع الجذور الأولى لهذه النظرية إلى الفقه الألماني، وإن كان بناؤها كنظرية متكاملة قد تمّ في الثلث الأول من القرن الحالي على يد جانب من الفقه الفرنسي الحديث وهي تُنسب فيه إلى الفقيه "هوريو"، إلا أنّ فكرتها قد أثارها من قبل الفقيه الألماني "سالي"[1]

وتسمى هذه النظرية أيضا بالنظرية الاجتماعية [2] أو نظرية النُّظم [3]، وصاحب هذه النظرية هو الفقيه هوريو، ويسوق فيها الفقيه الفرنسي هوريو نظريته كنظرية عامة لا تقتصر على بيان طبيعة الشخص الاعتباري، وإنّما تفسر الظواهر الاجتماعية بصفة عامة [4]، على أساس من البصر بالواقع الاجتماعي وما تنظمه ظواهره من نظم مختلفة، وهي تقصد بالنظم وجود فكرة موجهة تتحقق وتستمر في الجماعة عن طريق سلطة منظمة تعمل بأدوات وأجهزة خاصة، وتعطيها كيانا أو أهمية اجتماعية مستقلة لها حياتها الداخلية ونشاطها الخارجي، ومنه فليس كل فكرة تتحقق لنا وتستمر في الواقع الاجتماعي نمنحها الشخصية الاعتبارية وبالتالي الشخصية القانونية، فثمّ نظم يمكن تسميتها "النُّظم الأشياء" (*Institition-Choses*) ليست بأشخاص، لأنها رغم اعتبارها فكرة تعيش وتحقق في الواقع الاجتماعي إلا أنها لا تتخذ شكل هيئة ذات كيان مستقل تعمل بأدوات وأجهزة ذاتية لتحقيق هذه الفكرة وإنّما نتوصل إلى هذا التحقيق باستمارة سلطة الدولة، ولذلك تظل مجرد نظام من الأنظمة الأشياء .

ومنه فلكي يدخل أي نظام مرحلة التشخيص المعنوي فالقانوني ينبغي له بعد ميلاد الفكرة أن يكون لـ هيئة لها وجود ذاتي في المجتمع، وتنظيم معين يعمل لتحقيقها بوسائل وأجهزة خاصة، وباندماج واتحاد جماعة من الأفراد سواء كانوا أعضاءً أم منتفعين مع هذه الأجهزة في هذه الفكرة .

فالدولة مثلا تعتبر من "النُّظم الأشخاص *Personnes Institutions*" ؛ لأنّ الفكرة الموجهة- وهي حماية مجتمع وطني- لا تلبث أن تخلق هيئة اجتماعية لها كيان ذاتي مستقل هي الدولة تقوم على تنظيم معين وأجهزة خاصة لتحقيق هذه الفكرة.

([1]) حسن كيرة: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 628 (هامش).

([2]) محمد حسين منصور: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 412.

([3]) حسن كيرة: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 627.

([4]) عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون، المرجع السابق، ص 480.

فاجتماع هذه العناصر الأساسية **اللازمة للشخصية من شأنه أن يُصيِّر الفكرة كائنا اجتماعيا** مميَزا، له وعي بذاته وبصر بمصيره وأهدافه، وقدرة على النشاط لتأكيد استمرار بقائه محققا غاياته **بوسائله وأجهزته الخاصة، ومتحملا مسئولية أفعاله وتصرفاته** [1].

وطبقا لهذه النظرية فإنّ التنظيمات القانونية في الجماعة هي كائنات معنوية، **ولكنها حقيقة** اجتماعية لها وجود حقيقي، يعترف بها القانون، **ومنحها الشخصية القانونية كالإنسان**، وبالتالي صفة **صاحب الحق**، مع عليها الأهلية القانونية لأنّها أعدت لتحقيق مصالح الإنسان، وتمثل قيمة **اجتماعية معينة** [2].

وإذا كانت هذه النظرية تفضل نظرية المصلحة بما تقدم من تحليل مبتكر لحياة الكائنات **الجماعية**، إلا أنّه يبقى يحوطها الكثير من الغموض، **وأنّ معيار الشخصية المعنوية أو الاعتبارية فيها ما يزال يفتقد دقة التحديد، وأنّ الفصل بين"النظم الأشياء" و"النظم الأشخاص" فصل تحكمي** يعوزه الوضوح والتبرير على السواء .

ما يعاب على هذه النظرية أنّها تدور في نفس محور النظريات السابقة من محاولة بناء وتصوير **الشخصية الاعتبارية على هيئة وحذاء شخصية الإنسان**، فمحاولة الوصول إلى **تلك** الغاية عن طريق **بناء شخصية الإنسان نفسها على نسق شخصية الجماعات واعتبارها كذالك أحد الأنظمة القائمة** على أهداف معينة بوسائل محددة وتنظيم معين بمحاولة اشتراك خلايا متعددة [3] .

ومنه يمكن القول أنّ هذه النظرية مازالت تدور في الحلقة المفرغة التقليدية من محاولة تصوير **الشخص المعنوي على هيئة وتكوين شخص الإنسان، وآية ذلك** أنّها تستلزم في الكائن الاجتماعي وعيا بذاته وبصرا بأهدافه وتحكما في وسائله بما يحقق الغاية الموجهة [4].

([1]) **حسن كيرة**: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 628، 629.

([2]) محمد حسين منصور: المدخل إلى القانون، **المرجع السابق، ص 412.**

([3]) **المرجع نفسه، ص 412،413.**

([4]) **حسن كيرة**: المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 629، 630.

المطلب الرابع : القول الراجح في الشخصية الاعتبارية

أولا : قول الراجح حول حقيقة الشخصية الاعتبارية

على ضوء ما أُثير من جدل ومناقشات حول تكييف طبيعة **الشخصية الاعتبارية، يبدوا واضحا** مما تقدم أنّ الشخصية الاعتبارية حقيقة واقية اجتماعية لا مجال فيها للافتراض، تحتل مكانة بارزة في **النظم القانونية المعاصرة**، غير أن التصويرات المختلفة لهذه الحقيقة ليست بالتصويرات المقنعة، **من أجل** ذلك ينبغي محاولة التماس تصوير **آخر لحقيقة الشخصية الاعتبارية يكون أكثر منطقية وقبولا**، باستهداء الحقائق التي استخلصناها من مناقشة التصويرات المختلفة لحقيقة هذه الشخصية والمدلول **المحدد الذي** أعطيناه الشَّخصية القانونية [1]، وعلى ضوء ذلك فإنّ الفقه القانوني الحديث يقرر مجموعة من الحقائق يُخلص من خلالها إلى بيان حقيقة هذه الشخصية .

أ : أنّ الشخصية الاعتبارية تمثل حقيق اجتماعية واقعية، **كان على المشرع** الوضعي أن يسلم بها، لوجودها من ناحية ولأهميتها من ناحية أخرى، **فصارت بذالك حقيقة قانونية**، لا مجال فيها للافتراض ولا للمجاز، **ومنه** يمكن تفسير وتقويم النظريات التي تحدثت عن طبيعة الشخص **الاعتباري، وعدم إغفال** السياق التاريخي الذي نشأت فيه وصاحبته تلك النظريات.

فكما كانت تحمل تلك النظريات بين جنابتها شيئا من العيوب كانت تتمتع كذلك بشيء واضح من المزايا، أو يمكن القول أنّ مزاياها كانت مطابقة لمقتضيات عصرها فراجت آنذاك .

فنظرية الغرض القانوني ظهرت في عصر اشتد فيه ساعد السلطة العامة [2]، **فكان لزاما عليها أن** تلائم هذا العصر بأن تجعل لهذه السلطة سيطرة تامة على إنشاء الأشخاص الاعتبارية وضبط طريقة أدائها لوظائفها .

وأما نظرية الشخص الحقيقي، فهي وليدة مذاهب الحرية الشخصية، وقد كان ظهورها بمثابة رد فعل ضد **الحكم المطلق**، بغية سلب السلطة العامة سيطرتها على إنشاء الأشخاص الاعتبارية **ومراقبتها**، فهي وليدة الأفكار الحرة التي أشعلت الثورة الفرنسية الكبرى أو انبثقت عنها، **وقد راجت** هذه النظرية ابتداءً من الشطر الأخير من القرن التاسع عشر لملاءمتها العصر [3] .

([1]) أحمد محمود الخولي: نظرية الشخصية الاعتبارية **بين لبفقه الإسلامي و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 30.**

([2]) ونقصد به عهد الإمبراطورية الرومانية، وعهد الملكية المطلقة في فرنسا، ففي هذين العهدين ظهرت النظرية الافتراضية.

أنظر: أحمد محمود الخولي: نظرية الشخصية الاعتبارية **بين لبفقه الإسلامي و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 30.**

([3]) ونقصد به عهد الإمبراطورية الرومانية، وعهد الملكية المطلقة في فرنسا، ففي هذين العهدين ظهرت النظرية الافتراضية.

وأما نظرية الملكية المشتركة التي نادى بها الفقيه الألماني إهرنج **باعتبارها تُغني** عن الالتجاء إلى فكرة الشخصية المعنوية [1] **كما سبق وأشرنا**، فقد كان ظهورها نتيجة للمذاهب الاشتراكية في القانون، و بمثابة رد فعل على المذاهب الفردية، وبغية إعلاء شأن المصالح المشتركة دون إضعاف السلطة العامة كما تؤدي إليه نظرية الشخص الحقيقي، ودون تخويل السلطة العامة السيطرة التامة على تلك المصالح المشتركة كما تؤدي نظرية الغرض القانوني.

ب : إنّ اختلاف الشخص الاعتباري عن الطبيعي في التكوين أو غيره لا يعني القانون من قريب ولا من بعيد، فالصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات- وهي حقيقة الشخصية القانونية- غير مرتبطة بطبيعة تكوين صاحبها [2] .

جـ : إن اصطلاح " الشخص " في المجال القانوني مختلف في مدلوله عنه في العلوم الاجتماعية الأخرى، ومن ثمّ ليس هناك ما يدعو إلى محاولة المقارنة بين الشخص الطبيعي (الإنسان) والشخص الاعتباري (تجمعات الناس أو مجموعات الأموال) ثمّ الحكم بإنكار أحدهما، أو بالمشابهة التامة وما ينبني على ذالك من خلال التصور التشريعي، أو البحث عن حقيقة واقعية لشيء اعتباري، إذ الجمع بين المفترق أو الفرق بين المجتمع لا يؤديان إلا إلى خلل محقق.

د : أن كثيرا من القانونيين المعاصرين يرون أن جوهر الحق الذي يمكن أن تكتسبه الشخصية القانونية ليس السلطة الإرادية وإن احتاجها صاحبها لممارسة هذا الحق، وليس المصلحة التي يحميها القانون وإن كانت هي الهدف والغاية من إثبات الحق، وإنّما هو إلا استئثار بقيمة معينة استئثارا يحميه القانون عن طريق التسلط والاقتضاء بغية تحقيق مصلحة لهذا الشخص يراها المجتمع جديرة بالحماية.

هـ : أنّه طالما توافرت في نظر القانون لأي كائن قيمة اجتماعية بحيث يصبح صالحا لأن يكتسب الحقوق ويتحمل بالواجبات، فقد ثبتت له الشخصية القانونية.

ومن كل ما سبق يمكن القول بأنّ الشخصية الاعتبارية هي:

- أن يكون هناك جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال .
- وغرض أو هدف يراد به تحقيقه من هذا التجمع .

أنظر: المرجع نفسه، ص 30.

([1]) محمد الشافعي أبو راس: القانون الإداري، المرجع السابق، ص 142.

([2]) أحمد محمود الخولي: نظرية الشخصية الاعتبارية بين لبفقه الإسلامي و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 30.

- تنظيم يكفل بلوغ هذا الغرض يرتضيه القانون [1].

ثانيا : النتائج المترتبة عن هذا الترجيح

يترتب على اعتناق هذه النظرية عدد من النتائج، كن أن توصف بأنها نقيض النتائج، التي يرتبها القول بأن الشخصية الاعتبارية ليست إلا مجرد مجاز أو افتراض وهي كالآتي:

1/ تُخلص هذه النظرية الشخص الاعتباري من سطوة الدولة فالشخص الاعتباري - في ظل هذه النظرية - يقوم ذاتيا ودون أن يكون في حاجة إلى أن تقيمه الدولة . فإذا ما اكتملت للشخص الاعتباري عناصر قيامه وأركان وجوده، فحينئذ لا تملك الدولة إلا الإقرار به والاعتراف بوجوده، ويكون هذا الإقرار من جانب الدولة مجرد تقرير لواقع وفقط.

2/ ليس للدولة الحق في تحديد نشاط الشخص الاعتباري أو تعيين أغراضه، ولا الحق في حلّه أو سحب الترخيص بقيامه أو إنهاء شخصيته ووجوده، وينحصر دور الدولة عند حد المراقبة حفاظا على النظام العام وحسن الاداب، وبالقدر اللازم لصيانتها دون تَزَيُّدٍ أو شطط.

3/ إنّ القول بأنّ الشخصية الاعتبارية شخصية حقيقية يترتب عنه أن يكون للشخص كافة الحقوق والصلاحيات وكامل الأهلية، المقررة للشخص الطبيعي، دون ما قيد إلا ما تفرضه [2] طبيعة الشخص الاعتباري، تجد الأشخاص الاعتبارية المجال رحبًا لتنطلق بكامل الأهلية والصلاحيات صوب تحقيق أهدافها، والقيام باغراضها [3] .

(1) أحمد محمود الخولي: نظرية الشخصية الاعتبارية بين لبفقه الإسلامي و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 32، 33.

(2) محمد الشافعي أبو راس: القانون الإداري، المرجع السابق، ص 147، 148.

(3) المرجع نفسه، ص 148.

المبحث الثاني : موقف الفقه الإسلامي و تشريع الجزائري من نظرية الشخصية الاعتبارية

سنتناول في هذا المبحث موقف الفقه **الإسلامي و التشريع الجزائري من نظرية الشخصية الاعتبارية، و ما جاء** به الفكر القانوني في هذا الشأن ، و ذلك من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : موقف الفقه الإسلامي من نظرية الشخصية الاعتبارية

المطلب الثاني : موقف المشرع الجزائري من نظرية الشخصية الاعتبارية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول : موقف الفقه الإسلامي من نظرية الشخصية الاعتبارية

أولا : موقف الحنفية من فكرة الشخصية الاعتبارية

إن الذمة تثبت للإنسان لما اختص الله به من خصوصيات، ولا تثبت للبهائم و الدواب لانعدام تلك الخصوصية فيها، أما غير الدواب مما لا حياة له كالمسجد و المدرسة و المستشفى و الوقف وبيت المال، وما إلى ذلك من المنشآت و الجهات الخيرية، فالمعروف أن الحنفية يذهبون إلى أن ذلك كله لا ذمة له، وقد بنى الحنفية هذه الفكرة على عدم صحة الهبة لهذه المنشآت [1]، **ويقول الشيخ** علي الخفيف في رده على هذه الدعوى : ((ومع ذلك نرى في مؤلفاتهم الفقهية و الأصولية أنهم كثيرا ما يقرِّرون لمثل هذه الجهات أحكاما تقتضي أن لها حقوقا قِبل غيرها يقوم بطلبها من يقوم ليها من ولي أو ناظر، و أن عليها واجبات مالية يطلبها أربابها ممن له الولاية عليها، من ذلك مثلا إذا اشترى القيِّم على المسجد و أعيانه الموقوفة عليه حصيرا للمسجد بالنَّسيئة، ثم عزل و **أُقيم مقامه** ناظر جديد كان لبائع الحصير مطالبة ذلك الناظر الجديد على اعتبار أن الدين يبقى على ذمة المسجد مهما تغير الناظر)) [2] .

ثانيا : موقف عامة الفقه الإسلامي من فكرة الشخصية الاعتبارية

يتّسم الفقه الإسلامي بالنّزعة العملية في منهجه في سنّ الأ**حكام وفرض التشريعات، وقد** انعكس هذا المنهج على موقفه ممّا **عُرف بين القانونيين المعاصرين بالشخصية الاعتبارية أو المعنوية.** ذلك أنّ الفقه الإسلامي في فترات ازدهار الاجتهاد الفقهي لم يواجَه في واقعه بالتوسعات الضخمة في أنشطة الناس الجماعية، أو المالية التي تقتضي تجمع طوائف من الناس أو مجموعات من الأموال **لتحقيق هدف معين،** بحيث يكون نشاط هذه التجمعات البشرية أو المالية خارج إطار نشاط أفرادها **الخاص، مما يستلزم إعطاءها الشخصية القانونية الاعتبارية التي تكون بها مسؤولة أمام القانون عمّا اكتسبت من حقوق، وعمّا التزمت به من واجبات،** دون المساس بذوات أفرادها إلا في **حدود** مسئولياتهم عن نشاط هذا الشخص الاعتباري .

([1]) القطب محمد الطبلية : نظام الإدارة في الإسلام دراسة مقارنة بالنظام المعاصر، دار الفكر العربي، القاهرة (مصر)، د . ط (1978 م) ، ص 52، 53 .

([2]) نقلا عن القطب محمد الطبلية : نظام الإدارة في الإسلام، **المرجع السابق، ص 52، 53** .

ومع ذلك ظهرت مجموعة من الظواهر الاجتماعية التي بدا فيها الاحتياج إلى فكرة الشخص المعنوي، أو الاعتباري بالمعنى الذي نص عليه القانونيون المعاصرون، فقدَّر فيها الفقهاء أحكاما تؤكد أنّ الفقه الإسلامي عَرَف ما يُسمى بنظرية الشخصية الاعتبارية، ربما ليس من خلال أحكام مجمَّعة وقواعد متشابكة، وإنّما نلحظ تلك المعرفة في مجموعة من الظواهر التشريعية والأحكام الفرعية التي أطلقت على بعض تجمعات الناس أو مجموعات الأموال .

فلقد بدا واضحا منحُه . الفقه الإسلامي . الشخصية القانونية لطائفتين من الكيانات الاعتبارية، التي يمكن أن نسمي أُولاها بالشخصيات الاعتبارية العامَّة، ومنها الأُمّة بوصفها تجمعا من الأفراد، تتميز شخصيته عن شخصية كل فرد فيه، بحيث تثبت لها ذمة من ذمم أفرادها أيضا، ومثلها الإمام العام أو من يُنيبُه في المواقع المختلفة أو ما يسمى في الفقه الإسلامي بالولايات الشرعية كالقضاء والحسبة وغير ذلك، يظهر هذا بوضوح في النُّصوص الشرعية كما يظهر أيضًا أنَّ الواجبات والحقوق المتعلّقة بذمّة الأمّة تختلف – أولاً في طبيعتها وحدودها، وثانيا في طريقة أدائها – عن تلك التي تتعلق بذمم أفرادها .

وعرف الفقه أيضًا الطائفة الثانية من الأشخاص الاعتبارية (الأشخاص الخاصة) ومنها الأوقاف، فالوقف يعتبر شخص معنوي، له وجود شرعي يبيح له التعامل مع الناس، مباشرة بواسطة ممثله الشرعي، و هو المتولي [1]، إلاّ أنّه يبقى أنّ الفقه الإسلامي لم يعرف الشخص الاعتباري في إطار النشاط البشري الخاص كشركات الأموال إلاّ في الاجتهاد الفقهي الحديث، على تردد في الاجتهاد بين الإباحة المطلقة و الإباحة المقيدة .

ويمكن التنبيه إلى فكرة منهجية أساسية تتعلّق بطبيعة التصنيف الفقهي إضافة إلى النزعة العملية المشار إليها آنفًا ألا وهي أنّ الفقهاء لم يُعنُوا فيما يخص الشخص الاعتباري بالتنظير على غرار التنظير القانوني، فلم يتعرضوا لطبيعة هذا الشخص ببحث مستقل يختلفون في تصورهم عنه أو يتفقون، ولم يوَفقوا ليضعوا مقومات هذا الشخص وخصائصه وأقسامه في تصنيف خاص، أو باب مستقل من أبواب الفقه، على النّحو الذي وُجد عند القانونيين [2] .

([1]) زهدي يكن : أحكام الوقف، منشورات المكتبة العصرية، صيدا (لبنان)، ط1(د . ت)، ص 25 .

([2]) أحمد محمود الخولي: نظرية الشخصية الاعتبارية بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 63- 67.

وذهب البعض الآخر إلى القول بصفة أدق أن أدبيات الفكر الإسلامي قديمًا لم تعرف **مصطلح** [الشخصية المعنوية] كمصطلح يعبّر عن مدلول معين، **وذلك راجع** إلى حداثة المصطلح الذي هو وليد الإرهاصات الفكرية الغربية حديثًا، وكذا انعدام الحاجة إلى هذا المصطلح عند المسلمين بسبب **وجود** بديل له **عندهم** .

فإذا كان فقهاء القانون قد جعلوا فكرة الشخصية القانونية أساسًا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات سواء كانت هذه شخصية **طبيعية أو معنوية**، فإنّ فقهاء الشريعة الإسلامية قد جعلوا فكرة **الذمة هي الأساس** لذلك...قال السَّرخسي 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** [1]

و منه يمكن القول إذن بأن الجدل الفكري الذي كان واقعا فيه الكثير من فقهاء القانون، وبخاصة في مسألة تمتع مجموع الأشخاص أو الأموال بشخصية قانونية **اعتبارية قد عرفه الفقه الإسلامي من قبل بقرون عدة،** كن بصيغة ونظرة أخرى أدق وأحكم من نظرة القانونيين التي كانت تشوبها ضبابية أنتجت تعدد النظريات حولها **كما ذكرنا سالفا** [2] .

وعليه فإنّ الشخصية القانونية المعنوية وإن لم **توجد** بهذا الاصطلاح في الفكر الإسلامي إلا أنّها كانت معروفة في الممارسة العملية ، **وأطلق عليها الباحثون المسلمون مصطلح [الذمة]**، وهذه الذمة ما تكون متعلقة بغير الإنسان يصفونها بأنها ليست حسية بل حكمية أي اعتبارية [3]، **وبذلك** نستطيع القول بإنّ **الشخصية القانونية المعنوية هي ما نطلق عليه** [**الذمة الحكيمة**]، هذه **الذمة** الحكيمة أقرتها صراحة العديد من نصوص الكتاب والسنة، وأثبتتها الكثير من الوقائع العملية

---

(1) بن تونس زكرياء: المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال قانون الأوقاف الجزائري، رسالة ماجستير، **كلية أصول الدين، جامعة الجزائر**، (1427 هـ. 2006 م)، ص 60.

(2) **المرجع نفسه**، ص 60.

(3) أمير سلم أقدم : حماية نظام الوقف (دراسة فقهية مقارنة مع نظام الوقف في إيران)، رسالة ماجستير، **كلية الشريعة، جامعة دمشق**، 1429 هـ. 2008 م)، ص 178 .

والتطبيقات الميدانية وبخاصة في ميدان الأوقاف، مما لا يدع شكًا في اعتبارها نظرية إسلامية أصيلة، نابعة من وجدان الأمة وثقافتها [1] .

المطلب ثالث : موقف المشرع الجزائري من نظرية الشخصية الاعتبارية .

يسلم المشرع الجزائري ويعترف بفكرة الشخصية الاعتبارية مثل بقية دول العالم، نظرا للأهمية القصوى والفعّالة لفكرة الشخصية بصفة عامّة ولدورها الكبير كأداة فنية وقانونية لتقسيم النظام الإداري الجزائري على مجموعة من الوحدات والمؤسسات والأجهزة الإدارية، وتوزيع سلطات واختصاصات الوظيفة الإدارية في الدولة بينها، وتحديد علاقاتها بشكل متناسق ومنتظم على أسس علمية وقانونية من أجل تحقيق الأهداف العامة على أكمل وجه وبأقل وقت و تكلفة و مجهود .

ويبدو من مضمون ومحتوى النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم فكرة الشخصية الاعتبارية في النظام القانوني الجزائري، وصياغته وعباراته واصطلاحاته عند تطرقه ومعالجته لهذه الفكرة (مثل اضطلاع الأشخاص الاعتبارية)، أنّ المشرع الجزائري يميل إلى الأخذ بنظرية ومذهب المجاز والافتراض القانوني في تحديد وتكييف طبيعة الشخصية المعنوية .

ويزيد في تدعيم وتأكيد موقف ومذهب المشرع الجزائري- حسب رأي الأستاذ عمار عوابدي - طبيعة النظام الاجتماعي للدولة الجزائرية (النظام الاشتراكي)، فالدولة الجزائرية الاشتراكية تعتبر فكرة الشخصية الاعتبارية مجرد افتراض ومجاز قانوني مما يحتم بالمنطق تحكم الدولة عن طريق المشرع في سياسة منع الشخصية الاعتبارية، وتحديد نطاقها، ورسم قيودها وأهدافها وتقرير شروطها [2]

([1]) بن تونس زكرياء: المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال قانون الأوقاف الجزائري، المرجع السابق، ص 60.

([2]) عمار عوابدي : القانون الإداري، المرجع السابق، ج 1، ص 187، 188.

خلاصة :

تعتبر فكرة "الشخصية المعنوية"، أو "الشخصية الاعتبارية" **على ما هي عليه اليوم فكرة حديثة، جديدة على المشرع وكذلك الفقه،** ومن هنا كانت محل خلاف في تكييف طبيعتها، شأنها في **ذلك** شأن **كل جديد،** تختلف فيه الآراء وتتعدد **حوله النظريات،** إلى أن يستقر وضعه، وتتحدد ملامحه **وطبيعته .**

فبالنسبة إلى "الشخصية المعنوية" أو "الاعتبارية" وقع في الفقه انقسام حول قبول **الفكرة أولا،** ثمّ أنّه وقع انقسام آخر في فريق المتقبلين للفكرة حول طبيعتها، فمنهم من اعتبر "الشخصية الاعتبارية" مجرد افتراض، **وهُ** ، أن يطلق عليها تسمية "الشخصية الاعتبارية" إعلانا على أنها مجرد "اعتبار" أي مجرد مجاز، بمعنى أنها مجرد افتراض لا واقع له على **المستوى المادي الحقيقي المعروف، ويرى فريق ثان أنّ "الشخصية المعنوية" ليست مجازا أو** افتراضا، **بل** إنها حقيقة واقعة بكل ما يترتب على **ذلك من** آثار ونتائج .

وإذا كانت الشخصية الاعتبارية تعني رصد مجموعة من الأموال، أو قيام جماعة من الناس لتحقيق **غرض معين ممكن** ومشروع ومستمر، وإذا كانت الشخصية الاعتبارية تعني انفصال مجموعة الأموال هذه عن الذمة المالية للذين رصدوها، واستقلال الجماعة من الناس . كجماعة وككل . عن الأعضاء أو الأفراد الذين كوَّنوها، وإذا كانت الأعمال التي يأتيها ممثلوا هذا الشخص الاعتباري، باسم هذا **الشخص** تنصرف آثارها ونتائجها (حقا أو واجبا) إلى هذا الشخص، وليس إلى الذين اتخذوها، فإن الشريعة الإسلامية لا ترفض هذه الفكرة (فكرة الشخصية الاعتبارية) و لا تُنكرها على أنها وصف شرعي تترتب عليه أحكام شرعية، أو على أنها معبر أو جسر لتحقيق مصلحة خاصة كانت **أو عامة .**

ومن ذلك كله ذهب المشرع الجزائري إلى التسليم و الاعتراف **بفكرة الشخصية الاعتبارية مثل بقية** دول العالم، نظرا للأهمية القصوى والفعّالة لفكرة الشخصية بصفة عامّة ولدورها الكبير كأداة فنية وقانونية لتقسيم النظام الإداري الجزائري على مجموعة من الوحدات **والمؤسسات والأجهزة الإدارية .**

الفصل الثاني :
الآثار الأصلية للشخصية الاعتبارية للوقف الإسلامي

المبحث الأول : المسؤولية المدنية و الجنائية للشخصية الاعتبارية للوقف

المبحث الثاني : الذمة المالية للوقف الإسلامي

المبحث الثالث : أهلية الشخصية الاعتبارية للوقف الإسلامي

المبحث الرابع : ناظر الشخصية الاعتبارية للوقف

المبحث الخامس : الاسم و الموطن و الجنسية كآثار لشخصية الاعتبارية للوقف

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تمهيد :

تتمثل الآثار الأصلية للشخصية الاعتبارية للوقف و غيره من الشخصيات الاعتبارية الأخرى في الذمة المالية المستقلة، و أهلية التصرف، و وجود نائب يُعبر عن إرادتها و يتقاضى باسمها، بالإضافة إلى الاسم و الجنسية، هذا في الوقت الذي يعتبر فيه أكثر الباحثين القانونيين هذه الآثار مقومات أو مُيزات للشخصية الاعتبارية، لا يمكن أن تقوم أيُّ شخصية الاعتبارية إلا بها .

و عليه فإن كانت هذه النظرة لا تخلوا من الصواب و الواقعية، فالوقف مثلا قد ثبتت أهليته و استقلال ذمته المالية و وُجد من يعبر عن إرادته و يتقاضى باسمه منذ ظهوره على مدى أربع عشر قرنا مضى، أي حتى قبل أن يظهر هذا المصطلح في حد ذاته، فإنه يمكن أيضا النظر للمسألة من زاوية أخرى .كما ذهب بعض الباحثين . وهي أن هذه المقومات أو المميِّزات لا يمكن أن يكون لها وجود قانوني إلا بعد اعتراف المشرع بالشخصية الاعتبارية، فالوقف لا يمكن له أن يستدين، و لن لكون له حق في الشفعة، و لن تكون لذمته المالية استقلالية عن أموال الإدارة التي تسيِّره وغيرها من المسائل الأخرى إلا إذا اعترف له المشرع بالشخصية الاعتبارية، هذا على خلاف المسؤولية المدنية و الجزائية، ومنه يمكن القول أن الذمة المالية المستقلة و أهلية التصرف و وجود النائب تُعتبر مقومات و مميِّزات من النَّاحية الواقعية إذ هي موجودة قبل الاعتراف بالشخصية الاعتبارية، لكنها تُعتبر آثاراً من الناحية القانونية إذ الاعتراف القانوني بالشخصية الاعتبارية هو الذي أنشأها و أنتجها .

و اعتبار هذه الآثار أصلية بخلاف التبعية .كما سنرى . نظرا لثبوتها لكل الشخصيات الاعتبارية كيفما كانت وعدم ارتباطها بالوقف فقط، لذلك أطلقنا عليها وصف الأصلية .

وانطلاقا من كل هذا فإننا سنعمل في هذا الفصل على إبراز المسؤولية المدنية و الجزائية للوقف على أنها أثر من آثار الاعتراف له بالشخصية الاعتبارية بالإضافة إلى الذمته المالية و أهليته في التصرف وكذا الناظر باعتباره الشخص الذي يعبر عن إرادة الشخصية الاعتبارية للوقف و يتقاضى باسمها .

المبحث الأول : المسؤولية المدنية و الجنائية للشخصية الاعتبارية للوقف

تعتبر المسؤولية المدنية و الجنائية من أهم الآثار الناتجة عن الاعتراف للوقف بالشخصية الاعتبارية، لذلك تحددت مسؤولية الشخص الاعتباري مدنيا وجزائيا، بعد أن قرر القانونيين أنّ ممثلي هذا الشخص من الأشخاص الطبيعيين هم الذين يقومون بالنشاط لحسابه، أو هم الأداة التي يمارس نشاطه بواسطتها .

ووفق هذا المفهوم يصبح الشخص الاعتباري مسئولا مسؤولية أصلية ومباشرة عن أعمال ممثليه خطأ كانت أم صوابا، طالما أنّ هذه الأعمال قد تمت في حدود السلطة المخولة لهم من الشخص الاعتباري، فإن تجاوزوا حدود سلطتهم أصبحوا مسؤولين عن تصرفاتهم وليس الشخص الاعتباري .

ومنه سنتناول في هذا المبحث المطالب الآتية :

المطلب الأول : المسؤولية المدنية للشخصية الاعتبارية

المطلب الثاني : المسؤولية الجنائية للشخصية الاعتبارية للوقف

المطلب الأول : المسؤولية [296] المدنية للشخصية الاعتبارية للوقف

لقد قام جدل قانوني حول جواز مساءلة الشخص المعنوي ذو الصفة الخاصة، **كالشركة والجمعية**، فاتجه البعض إلى معارضة هذه المساءلة المدنية ؛ **لأنّه ليس للشخص المعنوي إرادة مستقلة عن إرادة** المجموعة التي يتألف منها، فإن أتى أحد العاملين في شركة بخطأ فإنّها تُسأل عن الضرر ليس بصفتها **الشخصية**، وإنّما بصفتها وليا مسؤولا عن فعل من يتبعها في الخدمة .

ولكنّ الفعل الضار قد يصدر عن شخص في الشركة لا ينطبق عليه تعريف التابع، كرئيس مجلس **الإدارة أو المدير العام**، أو يحصل نتيجة قرار من هذا المجلس، أو يكون غير ملتصق بشخص محدد بذاته في الشركة كأن يتجلى في منافسة غير مشروعة، فإنّ هذا الوضع يبعث على التساؤل عن مدى **إمكانية ملاحقة الشركة شخصيا على أساس العمل الضار الذي وُصف** .

و انطلاقا من ذلك يمكن القول إنّه ليس هناك ما يمنع من قيام المسؤولية عن الشخص المعنوي بصفته هذه لأنّ الخطأ الذي يرتكبه جهاز **تابع له** يعمل باسمه ولمصلحته يعتبر مرتدا إلى الشخص **نفسه، وكأنّه هو الذي ارتكب العمل الذي يمتد إليه**، هذا ما أقرّه الاجتهاد اللبناني في ترتيبه **المسؤولية على الشركة المُدَّعى عليها، على أساس أن من أتى التقصير المشارك في التسبب بالحادث كان الجهاز العامل فيها وعليه** فيكون تقصيره بحكم المرتد إليها أو الحاصل منها تكييفا .

والوجهة ذاتها تجد لها تبريرا قانونيا في المادة 210 من قانون العقوبات التي أوردت أن الهيئات **المعنوية، مسؤولة جزائيا على أعمال مديريها وأعضاء إدارتها وممثليها عندما يأتون هذه الأعمال باسم** الهيئات المذكورة أو بإحدى الوسائل التي تضعها تحت تصرفهم، ولا يمكن الحكم عليها إلا بالغرامة **أو المصادرة ونشر الحكم** .

ومع هذا النص الصريح لا يكون من المنطق القانوني مساءلة الهيئة المعنوية جزائيا **واستبعاد المسؤولية** المدنية عنها بالنسبة إلى **الأفعال** الضارة التي **استتبعت تلك المساءلة الجزائية**.

([296]) تدل كلمة المسؤولية على الالتزام بتعويض الضرر الذي يتسبب للغير سواء بعمله الشخصي أو بخطأ بعض الأشخاص أو بسبب حادث نشأ عن شيء كان مالكا له أو حائزا له، **وهذا هو التعريف العصري للمسؤولية الذي تدخل فيه مسؤولية المرء عن** عمله الشخصي أو بوصفه مسؤولا عن الغير أو بصفته مالكا حائزا للجمادات . **انظر : زهدي يكن : شرح قانون الموجبات و العقود**، بيروت (لبنان)، ط2 (د . ت)، ج 2، ص 57 .

ومن الرّاهن أنّه لو أنّ الهيئة المعنوية قد لوحقت جزائيا، فإنّه يكون من الجائز إقامة الدّعوى المدنية عليها تبعا للدعوى العامة، وعملا بالمادة 08 من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي تجيز للمتضرر من جرم جزائي أن يقيد دعواه المدنية بالتعويض تبعا للدعوى العامة، أو أن يقيمها لدى القضاء المدني، وهو المرجع المختص بها أصليا.

فإن كان من المسوّغ في الوضع الذي بُسط مُساءلة الهيئة المعنوية لدى القضاء المدني على أساس الضرر المتولد لدى المدعى عن الجرم الجزائي الذي عنته المادة 210 المذكورة، فإنّ هذه الوجهة القانونية تصلح مصدرا أو أساسا يُعتمد اجتهادا أو قياسا للقول بالمسؤولية المدنية على الهيئة المعنوية لو أنّ الفعل الضار قد صدر عن جهاز عامل فيها وباسمها ولحسابها وكان الفعل يؤلف خطأ مدنيا تتحقق به المسؤولية التقصيرية .

والوجهة تلك كرستها محكمة التمييز الفرنسية في قرار الذي أصدرته في 1967/07/17 وقالت فيه بأنّ الشخص المعنوي يُسأل عن الأخطاء التي تُؤاخذ عنها أجهزة تابعة له، ويُلزم بالتعويض على المتضرر من غير أن يُجبر هذا الأخير على اختصام هذه الأجهزة بصفتها تابعة للشخص ذاك .

والقضية الصادر فيها هذا القرار تتعلق بحادث وقع لشخص في نطاق تنفيذ أشغال لمصلحة شركة فكان وقوعه بفعل تصرف غير سليم من أحد الشركاء، فجاء ورثة الضحية يقاضون بضررهم ليس الشريك الذي صدر عنه التصرف الضار وإنّما الشركة بصفتها هذه وعلى أساس خطأ شخصي في جانبها، فردّت المحكمة الإستئنافية الإدعاء لعلة أنّ مساءلة الشخص المعنوي لا تكون على أساس الخطأ الشخصي ؛ لأنّ هذه المساءلة الشخصية تنحصر بالشخص الطبيعي، لتأتي بعده محكمة التمييز لتنقض القرار الاستئنافي على النحو الذي شُرح .

وبذلك تكون المحكمة العليا قد أقرت نظرية مسؤولية الشخص المعنوي بصفة ذاتية على أساس أن هذه المسؤولية تتحقق بفعل تصرفات خاطئة تأتيها أجهزة تعمل باسم ذاك الشخص ومصلحته .

ومن الطبيعي أنّ مساءلة الشركة بذاتها لا تمنع من اختصام من كان من العاملين فيها ولها و قد ارتكب الفعل الضار لاهماله المسؤولية عن فعله [297] .

([297]) عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، منشورات عويدات، بيروت- باريس، ط 3(1984م)،ص 162- 163- 164.

و على هذا الأساس يمكن القول بجواز مسائلة الشخصية الاعتبارية للوقف في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري ما لم يتعارض ذلك مع القواعد العامة للوقف، و الشروط التي يشترطها الواقف، باعتبار جواز مسائلته جزائيا كما سنرى .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الثاني : المسؤولية الجنائية للشخصية الاعتبارية للوقف

أولا : مفهوم المسؤولية الجزائية

يُقصد بالمسؤولية الجنائية **تحمُّل تبعة الجريمة**، و الالتزام بالخضوع للجزاء الجنائي المقرر لها قانونا، **و الذي** قد يأخذ شكل العقوبة أو التدبير الاحترازي الذي يحدده القانون، إذ بدونهما تُفرغ المسؤولية الجنائية من مضمونها وتصبح بلا هدف، **فالجزاء الجنائي هو الأثر أو النتيجة المنطقية لقيام المسؤولية الجنائية** .

و لكي تتحقق المسؤولية الجنائية لابد من **توفر ثلاثة عناصر هي : الخطأ، و العلاقة السببية، و الضرر** [298] .

ثانيا : المسؤولية الجنائية للشّخص المعنوي في الشريعة الإسلامية

لقد تضمنت الشريعة الإسلامية من **الأحكام الشرعية ما يصلح أساسا لنظرية متكاملة للمسؤولية، اشتملت** على جملة من المبادئ لم تعرفها التشريعات الحديثة **إلا خلال القرون المتأخرة** [299]، **أما بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من مسائلة الشخص المعنوي جنائيا**، فإنه يمكن القول بأن الفقه انتهى إلى القول بامتناع المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، **ويرى البعض تعليلا لذلك أن الشخص المعنوي لا يتحمل وِزْر الجريمة** إن وقعت في سبيل مصالحه، فإن قتل الإمام بغير حق، **وجب القصاص على الإمام نفسه**، ولا حق على الدولة شيئ من هذه العقوبات [300] .

لكن الأستاذ حسن كيرة [301] **يرى أن الفقه الإسلامي يسأل الشخص المعنوي جنائيا، و أن** تلك المسؤولية تتحول إلى مسؤولية مدنية خالصة، **ذلك أن مناط المسؤولية الجنائية العقل و الإدراك**، وهما أمران يفتقد إليهما الشخص المعنوي [302] .

([298]) علي عبد القادر القهوجي : قانون العقوبات (القسم العام)، الدار الجامعية للطباعة، الجزائر، د . ط (2000م)، ص578 .

([299]) عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، ط 14 (1421 هـ . 2000 م)، ج 1، ص 90 .

([300]) محمد كمال الدين إمام : المسؤولية الجنائية أساسها وتطورها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية (مصر)، د . ط (2004م)، ص 204، 403 .

([301]) حسن كيرة : المدخل إلى القانون، المرجع السابق ، ص 500

([302]) منذر قحف : الوقف الإسلامي (تطوره، إدارته، تنميته)، دار الفكر، دمشق (سوريا)، ط 2 (1427 هـ . 2006 م)، ص 119

ثالثا : مدى إمكانية مسائلة الشخص المعنوي جزائيا في التشريع الجزائري

لمعرفة موقف المشرع الجزائري لابد من استقراء نصوص قانون العقوبات والنصوص المكملة له خلال مختلف المراحل التي عرفها القانون الجزائري وهي على النحو الآتي :

أ . مرحلة عدم الإقرار بالمسؤولية الجزائية الجزائرية للشخص المعنوي :

لم يكن قانون العقوبات الجزائري الصادر سنة 1966 يأخذ بالمسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية غير أنه لم يستبعدها [303]) صراحة حيث إن المادة 9 من قانون العقوبات في بندها الخامس نصت على حل الشخص المعنوي ضمن العقوبات التكميلية التي يجوز للقضاة الحكم بها، مما يبعث على الاعتقاد بأن المشرع الجزائري اعترف ضمينا بمسؤولية الأشخاص المعنوية جزائيا، إلا أنّه يمكن رد هذا الإفتراض لسببين اثنين :

أولهما: غياب أدنى أثر في قانون العقوبات يمكن الاستناد إليه للقول أن عقوبة الحل هي مقررة للشخص المعنوي، بل هي عقوبة تكميلية مقررة للشخص الطبيعي الذي ارتكب جريمة.

وثانيهما: نص المادة 17 من قانون العقوبات التي جاءت لتوضيح مفهوم العقوبة وشروط تطبيقها وذلك بنصها على منع الشخص الاعتباري من الاستمرار في ممارسة النشاط بدلا من الحل، وأيضا وبما أنها عقوبة تكميلية فإنه لا يجوز الحكم بها إلا إذا نص المشرع صراحة عليها كجزاء لجريمة معينة تطبيقا للمبدأ الذي آقره قانون العقوبات في مادته الأولى " لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن بغير قانون" .

وبالرجوع إلى قانون العقوبات والنصوص المكملة له لا نجد إطلاقا عقوبة حل الشخص المعنوي، ما يجعل نص المادة 9 في البند الخامس مفرغا من محتواه، ولذلك استبعد بناء على ذلك القضاء الجزائري في عدة مناسبات مساءلة الأشخاص المعنوية جزائيا [1] .

([303]) صمودي سليم : المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري الفرنسي، دار الهدى، عين مليلة (الجزائر)، د . ط (2001 م)، ص 21 .

وهناك نص المادة 647 من قانون الإجراءات الجزائية الصادر سنة 1966 والتي تنص على الأحكام الخاصة بصفيحة السوابق القضائية للشركات والتي جاء في فقرتها الثانية :

" يجب تحرير بطاقة عامة :

كل عقوبة ضريبية صادرة ضد شركة .

كل عقوبة جنائية في الأحوال الاستثنائية التي يصدر فيها مثلها على الشركة،

كل إجراء أمن أو إغلاق ولو جزئيا أو مؤقتا وكل مصادرة محكوم بها على شركة ولو نتيجة لجزاء موقع على شخص طبيعي ... ".

يرى بعض شراح القانون الجزائري ومنهم الدكتور رضا فرج أن هذه المادة تدل على أن المشرع الجزائري استبعد مساءلة الأشخاص المعنوية وجاء هذا النص لمعالجة بعض الحالات الاستثنائية [304] الخارجة عن القاعدة العامة .

ب . مرحلة الإقرار الجزئي بالمسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية

وتجلى ذلك في بعض القوانين الخاصة التي أقرت وبصراحة بمساءلة الأشخاص المعنوية جزائيا بينما لم تستبعد ذلك نصوص أخرى [305] .

فمن النُّصوص التي أقرت بصريح العبارة بإمكانية مساءلة الأشخاص المعنوية نجد الأمر رقم 75-37 [306] في مادته 61 التي تنص على : " عندما تكون المخالفات المتعلقة بأحكام هذا الأمر مرتكبة من قبل القائمين بإدارة الشخص المعنوي أو مُسيِّريه أو مدرائه... باسم ولحساب الشخص المعنوي يلاحق هذا الأخير بذاته وتصدر بحقه العقوبات المالية المنصوص عليها في هذا الأمر، فضلا عن الملاحقات التي تجري بحق هؤلاء في حالة ارتكابهم خطأ عمديا ".

وقد أُلغي هذا النص بالقانون رقم 89-12 المؤرخ في 1989/7/5 المتعلق بالأسعار .

([304]) رضا فرج : شرح قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، د . ط (1976 م)، ص 112

([305]) أحسن بوسقيعة : الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هومة، الجزائر، ط2 (2004)، ص219 .

([306]) الجريدة الرسمية عدد 38، الصادرة سنة 1975.

ومثله ما ورد في قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة الصادر بموجب القانون رقم 90-36 [307] المعدَّل بالقانون 91- 25 وهذا في المواد من 4 إلى 57، حيث نصت المادة 303 منه في المقطع 9 على ما يأتي : "عندما ترتكب المخالفة من شركة أو شخص معنوي آخر تابع للقانون الخاص، ويصدر الحكم بعقوبات الحبس المستحقة وبالعقوبات الملحقة ضد المتصرفين أو الممثلين الشرعيين أو القانونيين للمجموعة، ويصدر الحكم بالغرامات الجزائية المستحقة ضد المتصرفين أو ممثلين الشرعيين أو القانونيين وضد الشخص المعنوي، دون الإخلال فيما يخص هذا الأخير بالغرامات الجنائية المنصوص على تطبيقها ".

وهو نفس النهج الذي سلكه الأمر 96 -22 المُعدل والمُتَمِّم بالأمر 03/ 01 بنص المادة 5 منه والتي تنص " يُعتبر الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص دون المساس بالمسؤولية الجزائية لممثيله الشرعيين مسؤولا عن مخالفات الصرف المرتكبة لحسابه من قبل أجهزته أو ممثليه الشرعيين " .

والملاحظ في الأمر 03-01 [308]أنه تدارك ما جاء به الأمر 96-22 الذي نص على مسؤولية الأشخاص المعنوية بصفة عامة من دون تحديد أو تقييد ولم يستثن حتى الدولة والجماعات المحلية من نطاق أحكامه وهذا في ظل قانون عقوبات لا يُقر أصلا بمبدأ مُساءلة الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص [309].

وإلى جانب ذلك نجد القانون رقم 03 - 09 [310] الذي يعاقب بنص مادته 18 الشخص المعنوي الذي يرتكب جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه بالمواد من 9 إلى 17 بغرامات مالية تعادل خمس مرات الغرامة المقررة للشخص الطبيعي .

([307]) الجريدة الرسمية عدد 57، الصادرة سنة 1990

([308]) الجريدة الرسمية عدد 12، الصادرة سنة 2003 .

([309]) أحسن بوسقيعة : الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 220.

([310]) الجريدة الرسمية عدد 43 ، الصادرة سنة 2003 .

أما النصوص التي أخذت ضمنيا بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي فأهمها الأمر رقم 95-06 والمتضمن قانون المنافسة والأسعار والذي تضمن ضمن بنوده جزاءات مالية تسلط على المؤسسات المخالفة لأحكامه .

وتصدر هذه الجزاءات عن مجلس المنافسة وهو هيئة تضم ضمن تشكيلتها قضاة [311]، وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد ما جاء به القانون 01-09 الصادر في 2001/6/26 المعدل والمتمم لقانون العقوبات حيث نصت المادة 144 مكرر المستحدثة والمادة 146 المعدلة على المسؤولية الجزائية للنَّشرية التي تسيء إلى رئيس الجمهورية أو الهيئات النِّظامية أو العمومية بنشرها ما يتضمن إهانة أو سبا أو قذفا، إذ تتعرض النّشرية لغرامة تصل إلى 500.000 دج كحد أدنى، و هو حكم غريب ؛ لأن النشرية ليست شخص بالمفهوم القانوني ولا تعدوا كونها منتج فكري يصدر عن شخص معنوي وهي مؤسسة الطباعة والنشر .

وما يُخلص إليه من ذلك أن النظام القانوني السائد في الجزائر قبل 2004 وإن لم يكن يقر بصريح العبارة بإمكانية مساءلة الأشخاص المعنوية مع تحديد النظام الإجرائي المطبق عليها والعقوبات المقررة لها وكيفية تنفيذها، فإنه بالمقابل لم يستبعد ذلك من خلال عديد النصوص الخاصة التي أوردنا بعضها .

ج. مرحلة التكريس الفعلي للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

أقّر القانون رقم 04-15 المؤرخ في 2004/11/10 المعدل والمتمم لقانون العقوبات المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي وكرّسها في المادة 51 مكرر منه، وكذلك القانون 14/04 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية .

ولقد جاء هذا التكريس تتويجا لما توصلت إليه مختلف اللّجان التي سبق وأن عهد إليها بإعداد مشروع تعديل قانون العقوبات منذ سنة 1979، ولِمَا أوصت به لجنة إصلاح العدالة في تقريرها لسنة 2000 [312] .

([311]) أحسن بوسقيعة : الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 221

([312]) المرجع نفسه، ص 222.

ولقد قاد لهذه الخطوة التطور الكبير الذي عرفته الأشخاص المعنوية ومساهماتها الفعّالة في الحياة العامة، ومسايرة للنظرية الحديثة والاتجاهات الحديثة للمسؤولية الجزائية التي أملتها متغيرات العصر .

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري وهو بصدد مراجعة المنظومة التشريعية قد أصدر القانون رقم 06-22 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية وأيضا القانون رقم 06-23 المعدل والمتمم لقانون العقوبات وهذا بتاريخ 20 ديسمبر 2006 والصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 84 في 24 ديسمبر 2006 وتضمن تدابير جديدة وسَّعت من نطاق مسؤولية الأشخاص المعنوية .

رابعا : الأشخاص المعنوية المعنية بالمسؤولية الجنائية

إن جميع التشريعات التي تبنت المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية لم تختلف في إخضاع الشخص المعنوي الخاص إلى المساءلة الجزائية، ذلك أنه أيًّا كان شكله وبغض النظر عمّا إذا كان الشخص يسعى إلى تحقيق الربح المادي كالشَّركات المدنية و التجارية أو تحقيق غرض آخر كالجمعيات و الأحزاب السياسية، وهذا ما نهجه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 51 مكرر من القانون رقم 04 . 15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 م و المتضمن قانون العقوبات [313]، و التي قرّرت : " باستثناء الدولة و الجماعات المحلية و الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا ... " .

و بالوقوف على حيثيات هذه المادة يتضح جليا أن المشرع الجزائري قد نفى المسؤولية الجزائية عن الأشخاص المعنوية العامة، ليحصرها فقط في مجال الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص .

كما أن المشرع الجزائري قرّر مسؤولية الأشخاص المعنوية الخاصة خارج نطاق قانون العقوبات وذلك في إطار القوانين الخاصة، ومن أمثلتها الأمر رقم 03 . 01 ، حيث نصت المادة 05 من هذا الأمر على أنه : " يُعتبر الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص دون المساس بالمسؤولية الجزائية لممثليه الشّرعيّين، مسؤولا عن المخالفات المنصوص عليها في الأولى و الثانية من هذا الأمر، والمرتكبة لحسابه من قِبل ممثليه الشرعيين " [314] .

([313]) الجريدة الرسمية عدد 71، الصادرة سنة 2004 .

([314]) برابح أمينة : نطاق المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع القانون الخاص الأساسي، جامعة معسكر، 2009 م، ص 72، 73 .

خامسا : نطاق تطبيق المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي

لقد اختلفت التشريعات التي تأخذ بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في تحديد الجرائم التي يُسأل عنها الشخص المعنوي، فمنها من أخذ بمبدأ العمومية أين يكون الشخص المعنوي مثل الشخص الطبيعي عن جميع الجرائم المقررة في القانون، وعلى خلاف هذه التشريعات أخذ المشرع الجزائري بمبدأ التخصيص، حيث جاء النص بالعبارة الصريحة في المادة 51 مكرر من قانون العقوبات مايلي : " ... يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي تُرتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك "، وعليه فالشخص المعنوي في التشريع الجزائري لا يُسأل عن جميع الجرائم ، وإنما يسأل فقط عن الجرائم التي يحددها القانون .

إن السؤال الذي يطرح نفسه يتمثل في بيان الجرائم التي يُساءل عنها الشخص المعنوي، ومنه يمكن القول أنه بتصفح مواد المعدلة للقانون رقم 04 . 15 المؤرخ في 10/ 11/ 2004 م المعدل لقانون العقوبات، نجد حصر نطاق المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في ثلاث أنواع من الجرائم هي : تكوين جمعية أشرار، تبيض الأموال، المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، حسب ما ورد في المواد 177 مكرر 1، و 389 مكرر، و 394 مكرر على التوالي، ليتسع نطاق هذه المسؤولية بعد التعديل الأخير لقانون العقوبات، وذلك بموجب القانون رقم 06 . 23 المؤرخ في 2006/12/20 م [315]، حيث أصبح من الممكن مساءلة الشخص المعنوي عن طائفة كبيرة من الجرائم في إطار قانون العقوبات، ومن أمثلتها :

. الجنايات والجنح ضد أمن الدولة : كجرائم خيانة الأمانة و التجسس، وجرائم التعدي على الدفاع أو الاقتصاد الوطني، والجرائم الموصوفة بأعمال إرهابية أو تخريبية حسب ما نصت عليه المواد من 61 إلى 76، ومن 87 إلى 87 مكرر 10 على التوالي من قانون العقوبات .

. الجنايات والجنح ضد النظام العمومي : كالجرائم المتعلقة بالمدافن وحرمة الموتى، وجنايات وجنح متعهدي تموين الجيش، والجرائم المتعلقة بالصناعة و التجارة و المزايدات العمومية حسب ماجاء في المواد 150 إلى 154، و 161 إلى 164، ومن 170 إلى 175 على التوالي من قانون العقوبات .

([315]) الجريدة الرسمية عدد 84، الصادرة سنة 2006 .

. جرائم التزوير : وذلك كجرائم تزوير النقود، وجرائم تقليد أختام الدولة، والدمغات، و الطوابع و العلامات حسب ما ورد في المواد من 197 إلى 213 من قانون العقوبات .

هذا وقد تضمن التعديل الأخير لقانون العقوبات وهو القانون رقم 09 . 01 المعدل و المتمم لقانون العقوبات المؤرخ في 2009/02/25 م [316] توسيعا في مجال المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية، فنص على جرائم الهجرة السرية، و الاتجار بالبشر حيث نصت المادة 304 مكرر 11 على أنه : " يكون الشخص المعنوي مسؤولا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من هذا القانون . تُطبق على الشخص المعنوي العقوبات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من هذا القانون ." [317] .

سادسا : المسؤولية الجنائية للوقف

تُعدُّ نظرية المسئولية الجنائية للشخص المعنوي في عرف فقهاء القانون نظرية متطورة أثارت ولازالت تثير الجدل، وعلى الرغم من ذلك فإن المتصفح لنصوص فقهائنا المسلمين تجد فيها حديثا واضحا وصريحا عن تحميل الوقف المسئولية الجنائية، وهذا ما يُثبت سبقهم في طرح كثير من الأفكار التشريعية، فضلا عن إمكان استنباط منحهم لجهة الوقف الشخصية الاعتبارية التي تؤهله لتحمل تبعة جنايته [318] .

نجد ذلك في بعض نصوص الحنابلة الذين قالوا : " إذا جنى الوقف جناية توجب القصاص وجب سواء كانت الجناية على الموقوف عليه أو على غيره...وإن كانت الجناية موجبة للمال لم يكن تعلقها برقبته ؛ لأنه لا يمكن بيعها، ويجب أرشها على الموقوف عليه ؛ لأنه ملكه تعلق أرشه برقبته

فكان على مالكه...وإن قلنا : الوقف لا يملك فالأرش في كسبه ؛ لأنه تعذر تعلقه برقبته لكونها لا تباع، وبالموقوف عليه ؛ لأنه لا يملكه، فكان في كسبه كالحر يكون في ماله...وإن كان الوقف على

([316]) الجريدة الرسمية عدد 15، الصادرة سنة 2009 .

([317]) برابح أمينة : نطاق المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في القانون الجزائري ،المرجع السابق، ص 85، 86 .

(318) أحمد محمود الخولي: نظرية الشخصية الاعتبارية، دار السلام، القاهرة،ط1،(1423هـ- 2003م)، ص 118.

المساكين فينبغي أن يكون الأرش في كسبه ؛ لأنه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الأرش عليه، ولا يمكن تعلقه برقبته لتعذر بيعها، فتعين في كسبه" (319) .

لكن على الرغم من ذلك فقد ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى استحالة مسائلة الشخصية الاعتبارية للوقف جنائيا ؛ ذلك أن شرط المسؤولية توفر عنصر العمد و العدوان، وذلك غير متصور في جهة الوقف إلا إذا كان الوقف نفسه إنسانا كالعبد الموقوف، فحينئذ يسأل جنائيا بسبب إنسانيته لا بسبب أنه وقف (320) .

ومنه يمكن القول أنه و بالرجوع إلى المادة ثانية من القانون رقم 91 . 10 و التي تنص على ((على غرار كل مواد القانون، يُرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه .))، و بالرجوع أيضا إلى المادة الخامسة من نفس القانون و التي تنص هي الأخرى على ((الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين و لا الاعتباريين، و يتمتع بالشخصية لا معنوية و تسهر الدولة على احترام إرادة الواقف و تنفيذها))، و بالنظر إلى الخلاف الحاصل بين الفقهاء المعاصرين حول إمكانية مسائلة الشخصية الاعتبارية للوقف جنائيا على النحو الذي ذكرنا آنفا، فإنه يمكن القول إنه من الممكن مسائلة الشخصية الاعتبارية للوقف جنائيا على ضوء ما قرّره قانون العقوبات الجزائري . كما سبق و أشرنا . وعلى ضوء التطور الذي شهدته هذه النظرية . نظرية الشخصية الاعتبارية . خاصة في مسألة مسائلتها جنائيا، على أن تحكم هذه المساءلة القواعد العامة المنظمة لأحكام الوقف و شخصيته الاعتبارية و كذا شروط الواقف ذلك أن شرط الواقف كنص الشارع .

(319) موقف الدين ابن قدامة: المغنى، دار الكتاب الغربي، بيروت، د.ط (1403هـ- 1983م)، ج6، ص 230.

(320) محمود الموافي : الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 203 .

المبحث الثاني : الذمة المالية للوقف الإسلامي

تُعتبر الذمة المالية للوقف الإسلامي من أهم النتائج التي يمكن للوقف أن يتمتع بها بصفة قانونية بعد الاعتراف له بالشخصية الاعتبارية، لذلك سنتناول في هذا المبحث **بيان مفهوم الذمة و تاصيلها** الشرعي في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، بالإضافة إلى إمكانية تعدد الذمة **المالية للشخص** الاعتباري في القانون الوضعي، و موقع الوقف من ذلك، كل ذلك من خلال المطلبين الآتين :

المطلب الأول : مفهوم الذمة وتأصيلها الشرعي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المطلب الثاني : تعدد الذمة المالية في القانون الوضعي و موقع الوقف منها

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول : مفهوم الذمة وتأصيلها الشرعي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

اقتصرت الذمة في الفقه الإسلامي على الإنسان الحي فقط، واستتبع ذلك ثبوت الشخصية القانونية له دون غيره من المنشآت والشركات، وذلك لأنّ الفقه الإسلامي حين ظهر عُني بتنظيم الصلات بين الإنسان وربّه أو ما يطلب منه من عبادة وغيرها، وإلى تنظيم الصلات والمعاملة بين الناس بعضهم مع بعض، فتناولت أحكامه وشمل تنظيمه ما يُطلب من الإنسان من عبادات يتقرب بها إلى خالقه، كما عُني ببيان حقوق الإنسان وما يجب عليه لغيره من الناس .

أما القانون والفقه الوضعي فقد كان ولا يزال تشريعا خاصا بتنظيم العلاقات فيما بين الأفراد ولا يتجاوز ذلك إلى علاقته بربه، فلذلك افترضت أحكامه فيما لا صلة له بالعبادة، وتبع ذلك تفسير الذمة تفسيرا يفي بهذا الغرض ولا يتجاوزه ففُسِّرت بأنّها وحدة قانونية تنتظم فيها جميع الحقوق والواجبات، مما مكننا من افتراضها بهذا المعنى في الإنسان وفي غيره من الهيئات إذا دعت إلى ذلك حاجة الناس [321] .

أولا : مفهوم الذمة في الفقه الإسلامي

لقد تعددت آراء فقهاء المسلمين في تحديد مفهوم الذمة، فمنهم من ذهب إلى أنها هي النفس الإنسانية ذاتها، واعتبرها بعضهم وصفا اعتباريا مقدرا في الشخص يجعله أهلا للوجوب له و عليه حتى يكون قادرا على عقد العقود وتحمل نتائجها و آثارها من جانب الإلزام و الإلتزام [322] ، ومنهم من اعتبرها أمرا زائدا لا معنى له [323] .

وفي الحقيقة لم يتعد الرأي الأول- الذمة هي النفس الإنسانية ذاتها- على أن الافتراض في هذه الحالة خاص بالتعلق في نفس الإنسان [324] .

وعلى هذا الأساس، ظهر رأي آخر ذهب إليه أغلب فقهاء المسلمين، و علماء الأصول خاصة، نقل فيه تعلق الحقوق والالتزامات مع نفس الإنسان إلى محل يفترض وجوده في الإنسان،

([321]) علي الخفيف: الشركات في الفقه الإسلامي، معهد الدراسات العربة العالية، (د.ط.و.ت)، ص 22، 23.

([322]) نوح علي سليمان : إبراء الذمة من حقوق العباد، دار البشير، عمان، ط1(1407هـ – 1986م)، ص33.

([323]) عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، ط 2، (1998م)، ج 1، ص 22.

([324]) منصور حاتم محسن الفتلاوي: نظرية الذمة المالية، مكتبة دار الثقافة عمان، ط 1 (1999 م)، ص 103.

وهذا يعني أن الافتراض قد أصبح خاصا بالمحل المقدر وجوده في الإنسان، فالذمة وفقا لهذا الرأي وصف اعتباري مقدر وجوده في الإنسان يجعله أهلا للوجوب له وعليه [325] .

ويكفي الرد على الرأي الثالث - الذي يقول بأن الذمة أمر زائد لا معنى له- **أنّ** لفظ "الذمة" قد ورد في كثير من المباحث الفقهية، كالدّين **والضمان و الحوالة**، بل حتى في العبادات كالصلاة والصوم وغيرها من المباحث الفقهية، فلا نستطيع بعد هذا أن نقول بأنّ الذمة في الفقه الإسلامي، **و** في كل هذه المباحث لفظ زائد لا معنى له، **وقد ردّ الشيخ عبد العزيز البخاري شارح أصول فخر الإسلام البزدوي على من يقول بأنّ الذمة أمر لا فائدة منه ردا قاسيا، إذ قال : " إنّ الذمة ثابتة** بالإجماع فمن أنكرها فهو مخالف للإجماع " [326] .

يقول الأستاذ علي الخفيف : (إنّ نظرية الذمة وما فرع عليها من أحكام ليست إلا تشريعا فقهيا لا يراد منه إلا ضبط الأحكام واتساقها، وليست إلا أمرا اجتهاديا يصح أن يتغير ويتطور لمقتضيات المعاملات وتطورها وتغير أحكامها وتنوعها **إذا ما اقتضت المصلحة والعرف ذلك، وليس فيما جاء به الكتاب ولا فيما أثر من السّنة ما يمنع من أن تُفرض** الذمة لغير الإنسان وتفسر تفسيرا يتسع لأن **تثبت** للشركات والمؤسسات والأموال العامّة على أن يكون ما يثبت لهذه الجهات من الذمة دون ما يثبت للإنسان **منها**، فيكون ما يثبت للإنسان على درجة من الكمال تجعله أهلا لأن **يُكلف بما هو عبادة**، ولن تشغل بما هو واجب ديني وما يثبت لغيره دون ذلك فلا يتسع لغير الالتزامات **المالية من** ناحيتها السلبية والإيجابية...).

ثانيا : تعريف الذمة المالية في القانون الوضعي

لقد تنازع أمر الذمة المالية في القانون الوضعي **نظريتان** هما : النظرية التقليدية التي قام الفقيهان **الفرنسيان أبري و رو** (*Aubry et Rou*) في القرن التاسع عشر بتأسيسها، **بالإضافة** إلى

([325]) ابن أمير الحاج: التقرير والتحبير، **دار الكتب** العلمية، بيروت (لبنان)، ط 2 (1403 هـ . 1983 م) ،ج2، ص 164.

([326]) **عبد العزيز البخاري: كشف الأسرار** عن أصول إسلام البزدوي، دار الكتاب العربي، القاهرة (مصر)، (د . ط . د . ت)، ج4، ص 238.

النظرية الحديثة **وتسمى أيضا بنظرية التخصص،** وقد ظهرت هذه النظرية في الفقه الألماني **على يد** الفقيه الألماني برنز (*Brins*) **. ولكل نظرية من هاتين النظريتين تعريف خاص للذمة المالية** [327] .

أ . تعريف النظرية التقليدية للذمة المالية:

يرى أنصار النظرية التقليدية أن الذمة المالية هي مجموع الحقوق المالية الموجودة أو التي توجد و الالتزامات المالية الموجودة أو التي قد توجد لشخص معين [328] .

فالذمة المالية عندهم هي مجموع أموال الشخص والتزاماته منظورا على أنها وحدة غير متجزئة، **وعلى هذا استخلصت من النظرية** التقليدية نتيجتان اعتبرتا الأساس الذي قامت عليه هذه النظرية، **وهاتان النتيجتان الأساسيتان** تمثلتا في أنّ الذمة المالية هي مجموعة قانونية، **و ارتباط الذمة المالية بالشخصية** [329] .

ب . تعريف النظرية الحديثة للذمة المالية :

يذهب أنصار هذه النظرية، وفي مقدمتهم الفقيه الألماني برنز، إلى أنّ الذمة المالية لا تستند على **أساس الشخصية،** بل تستند على أساس التشخيص لغرض معين، **فالذمة المالية ليست هي** الشخصية ولا هي متفرعة عنها ولا مرتبطة بها، بل هي مجموعة من الحقوق والواجبات ترتبط فيما بينها لا بسبب انتمائها إلى شخص معين وإنّما بسبب تخصيصها لغرض معين، فحيث توجد مجموعة من الحقوق والالتزامات المالية يجمعها الاستناد إلى غرض معين، **يمكن القول بوجود الذمة المالية .**

وقد أراد أنصار هذه النظرية من وراء نظريتهم هذه الاستغناء عن فكرة الشخص المعنوي، **إذ** إنّهم **يقْصرون الشخصية القانونية** على الشخص الطبيعي وحده .

و استُنتج من النظرية الحديثة للذمة المالية ثلاث نتائج تخالف النتائج المستخلصة من النظرية **التقليدية، و هي :** إمكانية وجود ذمة مالية دون إسنادها إلى شخص ما، **و إمكانية تعدد الذمة المالية للشخص الواحد، و إمكانية انتقال الذمة المالية .**

لم تسلم كلا النظريتين من النقد، لذلك توصل الأمر إلى أنّه لا يجوز القول بأن الذمة المالية توجد بدون شخص تستمد إليه (كما تذهب إلى **ذلك النظرية الحديثة)، وكذلك** لا يجوز القول بأنّ الذمة **المالية هي** الشخصية ذاتها (كما تذهب إلى **ذلك النظرية التقليدية)، بل نقول أنّ الذمة المالية صفة**

---

(327) منصور حاتم محسن الفتلاوي: نظرية الذمة المالية، المصدر السابق، ص 19-20-51.

(328) عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، **المرجع السابق، ج 1، ص 22.**

(329) منصور حاتم محسن الفتلاوي: نظرية الذمة المالية، المصدر السابق، ص 20.

ملازمة للشخصية، فلا توجد ذمة مالية دون شخص ترتبط به فعندما يوجد الشخص فلابد أن تكون له ذمة مالية يدخل في نطاقها ما يكسبه وما يتحمله من حقوق والتزامات مالية، ومع هذا فإنّ من الواجب التفرقة بين الذمة المالية والشخصية، فالشخصية هي الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، بينما الذمة المالية هي الوعاء الافتراضي الذي يضم ما للشخص من حقوق مالية وما عليه من التزامات مالية، وعليه تكون الذمة المالية هي المظهر المالي للشخصية القانونية (330)

ثالثا : مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي

يمكن القول إنه لا تقتصر محتويات الذمة في الفقه الإسلامي على الحقوق المالية - كما هو في القانون الوضعي- بل يتسع معناها ليشمل الحقوق المالية وغير المالية، فهي عبارة عن وعاء اعتباري تستقر فيه الحقوق والالتزامات جميعا سواء كانت مالية أم غير مالية .

(330) حسن كيرة: مدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 505.

المطلب الثاني : تعدد الذمة المالية في القانون الوضعي و موقع الوقف منها

أولا : تعدد الذمة المالية في القانون الوضعي [331]

يتجاذب مسألة تعدد الذمة المالية في القانون الوضعي نظريتان اثنتان : **النظرية التقليدية و النظرية الحديثة** ، و لكل منهما رأيها وأدلتها القانونية :

أ . تعدد الذمة عند أصحاب النظرية التقليدية:

لقد توصل أنصار النظرية التقليدية **من ارتباط الذمة المالية بالشخصية**، إلى عدم قابلية هذه الذمة **للتعدد، إذ ليس للشخص الواحد إلا ذمة مالية واحدة**، شأنها شأن الشخصية التي **لا تتعدد ولا تتجزأ** [332] .

أما إذا وجدت ذمة مالية مضافة إلى جانب الذمة المالية الأصلية فهي حالات قليلة معينة [333] .

ولقد تعرضت هذه النتيجة- **عدم قابلية الذمة المالية للتعدد-** والتي تعتبر من أهم النتائج التي **بنيت على فكرة ارتباط الذمة المالية بالشخصية**، إلى مجموعة من **الانتقادات**، ومن جملة هذه **الانتقادات ما وجهه الأستاذ (مازو)**، حيث قال : " إننا نتساءل لماذا لا يمكن التسليم بإمكان وجود مجموعة قانونية دون وجود شخصية..."

ويقول الأستاذان مارتي و رينو في نقدهما لهذه النتيجة - **أي عدم قابلية الذمة المالية للتجزئة والتعدد-** " **إنّ هذا البناء** المنطقي والمجرد الذي أقام عليه **أبري ورو** فكرة الذمة المالية **يبتعد عن الواقع** العملي الذي لم يقيما له وزنا، لم يكن **أبري** و رو يجهلان ذلك، فالصلة التي تقيمها النظرية التقليدية بين الذمة والشخصية بحيث لا يمكن التفرقة بينهما غير صحيحة، **فبدون شك أنّ أبري و رو يؤكدان على التفرقة بين الإنسان وذمته ويقولان أن الإنسان وهو** صاحب الذمة المالية **ليس إلا شخصية** الإنسان منظورا إليها في **علاقاتها** بالأشياء الخارجية التي يباشر الشخص أو سيباشر حقوقا عليها " .

إلاّ أنّ الحقيقة تكمن في أن الذمة المالية هي صفة ملازمة **للشخصية فلا يتصور وجود ذمة مالية** دون شخص تسند إليه سواءً كان طبيعيا أو معنويا، **وأنّ هذا التلازم بين** الذمة المالية

([331]) لما لم تكن هذه المسألة مطروحة على مستوى لفقه الإسلامي آثرنا البدء بالقانون الوضعي .

([332]) منصور حاتم محسن الفتلاوي: نظرية الذمة المالية، المصدر السابق، ص 27.

(333) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج08،ص 235.

والشخصية لا يستلزم إعطاء الذمة المالية صفات الشخصية نفسها، أي لا يستتبع القول بأن الذمة المالية لا تتعدد ولا تتجزأ، فقد وردت في القوانين الوضعية حالات كثيرة تؤيد إمكانية أن يكون للشخص الواحد أكثر من ذمة مالية واحدة، ومن هذه الحالات [334] :

ماورد في المادة 774 من القانون المدني الفرنسي من أنّ للوارث أن يقبل التركة بشرط الجرد، ففي هذه الحالة يكون للوارث ذمته المالية الأصلية، وذمة مالية أخرى هي التركة التي انتقلت إليه بما لها من حقوق وما عليها من ديون وقد انفصلت عن ذمته المالية الأصلية، إذ يتحقق فصل تام بين أموال الوارث وديونه من جهة، وبين أموال الموروث، وديونه من جهة أخرى وبالتالي يصبح ث ذمتان ماليتان لكل ذمة مالية حقوقها وديونها، فلا تضمن الذمة المالية الأصلية الديون المتعلقة بها ؛ لأن أموال التركة والديون المتعلقة بها لها ذمة مالية يضمن الجانب الإيجابي لها جانبها السلبي [335] .

ومنه فهذه الحالة وغيرها كثير تؤيد إمكان تعدد الذمم المالية للشخص الواحد، حيث تجمعها فكرة واحدة هي عندما تخصص بعض أموال الشخص لخدمة غرض معين .

وبعد كل هذا يصبح ما جاءت به النظرية التقليدية من عدم قابلية الذمة المالية للتعدد أمرا غير مقبول ؛ لأنه يتعارض مع ما ذكرناه من الحالات الثابتة في القوانين الوضعية [336] .

ب . تعدد الذمة المالية عند أصحاب النظرية الحديثة

تستند الذمة المالية وفقا للنظرية الحديثة، على أساس تخصيص مجموعة من الحقوق والالتزامات لتحقيق غرض معين، ولا تستند على أساس الشخصية، فمن الممكن أن تتعدد الذمم المالية للشخص الواحد، فيكون له أكثر من ذمة مالية واحدة بقدر تعدد أوجه تخصيص المال، أي تتعدد الذمم المالية للشخص الواحد بتعدد الأغراض التي تخصص بها مجموعات من حقوقه والتزاماته [337] .

(334) منصور حاتم محسن الفتلاوي: نظرية الذمة المالية، المصدر السابق، ص 39-40-41.

([335]) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النهضة، القاهرة (مصر)، ج2، ص 238.

(336) منصور حاتم محسن الفتلاوي: نظرية الذمة المالية، المصدر السابق، ص 35.

([337]) حسن كيرة : المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 503.

وذكرت على سبيل المثال لا الحصر عدة حالات للدَّلالة على تعدد الذمم المالية للشخص الواحد فمن هذه الحالات- إضافة إلى الحالة المذكورة آنفا (حالة الوارث الذي يقبل التركة بشرط الجرد) - حالة النظام المالي للزواج في القانون الفرنسي، إذ يتعارض هذا النظام، ومبدأ وحدة الذمة المالية، حيث توجد ثلاث طوائف من الأموال هي : الأموال المشتركة، والأموال الخاصة بالزوج، والأموال الخاصة بالزوجة .

وتشمل الأموال المشتركة، الأموال التي يكتسبها كل من الزوجين بعملهما أثناء قيام الزوجية، وعلى هذا يكون للزوج أو الزوجة أكثر من ذمة مالية واحدة، ما يدل على عدم صحة مبدأ وحدة الذمة المالية [338] .

ولم تسلم هذه النظرية من النقد أيضا، حيث يرى نُقَّاد هذه النظرية أنّه إذا كان أنصار نظرية التخصيص قد قصدوا بالتخصيص الذي يؤدي إلى تكوين ذمة مالية مستقلة، التخصيص الذي يكون مصدره القانون أي يكون بنص القانون كان قولهم هذا صحيحا، وأما إذا كان أنصار نظرية التخصيص قد ذهبوا إلى تعدد الذمة المالية بقدر تعدد أوجه نشاط الشخص، بأن يقوم الشخص بإرادته هو بتخصيص مجموعة من أمواله لتحقيق غرض معين، ومن ثم تكوين ذمة مالية مستقلة عن ذمته المالية العامة، فهذا غير صحيح .

فإن كان الرابط الذي يجمع بين عناصر الذمة المالية ليس هو الشخص الذي تُسند إليه الذمة المالية، وإنّما هو كونها- أي عناصر الذمة المالية- في وعاء واحد يجمعها الغرض الذي خصصت له، ففكرة التخصيص هي التي تجمع عناصر الذمة المالية في إناء واحد، ولكن القانون وحده هو

الذي يقتطع مجموعا من أموال الشخص من ذمته المالية الأصلية ويخصصها لغاية معينة، فيخضع هذا المجموع إلى مركز قانوني يختلف عن المركز الذي تخضع له بقية أموال الذمة المالية الأصلية، وعليه يصبح هذا المجموع بما يشمل عليه من حقوق والتزامات مالية ذمة منفصلة عن الذمة المالية العامة .

ونستخلص من كل ما تقدم أن التخصيص لغرض معين يحدده القانون وهو الذي يربط العناصر المختلفة للذمة المالية ويجمعها في مجموعة واحدة، ولكن يجب أن ترتبط هذه الذمة المالية بشخص يكون صاحبها، فلا يُتصور قيام ذمة مالية دون شخص ترتبط به، وسواء أكانت الذمة

(338) منصور حاتم محسن الفتلاوي: نظرية الذمة المالية، المصدر السابق، ص 42، 43.

المالية لهذا الشخص قد تعددت أم كانت له ذمة مالية واحدة، **ولكن إذا تعددت الذمة المالية للشخص الواحد**، فيجب أن يكون هذا التعدد على النحو الذي تم بيانه [339] .

ثانيا : موقع الوقف في النظرية الحديثة للذمة المالية

يذهب أنصار هذه النظرية، وفي مقدمتهم الفقيه الألماني برنز، إلى أن الذمة المالية لا تستند **على أساس الشخصية**، بل تستند على أساس التشخيص لغرض معين، **فالذمة المالية ليس هي** الشخصية ولا هي متفرعة عنها ولا مرتبطة بها، بل هي مجموعة من الحقوق والواجبات ترتبط فيما بينها لا بسبب انتمائها إلى شخص معين وإنّما بسبب تخصيصها لغرض معين .

وبناء على هذا فقد ذُكرت حالات قانونية واردة في القانون المصري على اعتبارها أنّها لا يمكن تفسيرها إلا بالاعتماد على نظرية التخصيص، ومن بين هذه **الحالات حالة وقف، فقد ذهب** إلى هذا الرأي الدكتور شفيق شحاتة حيث يقول : " إنّ الذمة المالية باعتبارها مجموعة من الحقوق والالتزامات المالية لا تفترض حتما أن هناك شخصا من الأشخاص تستند إليه هذه الحقوق **والالتزامات**، فقد تكون هناك مجموعة من الحقوق والالتزامات قائمة بذاتها وغير مستندة إلى شخص ما، وهذه هي المؤسسة **الوقف ...**"

وفي الحقيقة أنّ هذا التفسير غير دقيق وغير مقبول، لا في القانون الجزائري ولا في القانون **المصري**، إذ يعتبر الوقف شخصا اعتباريا، وعليه لا محل للقول بعد ذلك، **بأنّ الأموال الموقوفة والالتزامات الناشئة** عندها تكون ذمة مالية غير مستندة إلى شخص .

ثالثا : ذمة الوقف ومدى قابليتها للتعدد

أ . هل للوقف ذمة مالية ؟

لقد جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية في الفقه الحنفي ما نصه "...**المُصرح** به أنّ **الوقف وأنّ الاستدانة من القيم، لا تُثبت** الدين في الوقف، **إذ لا ذمة له، ولا يثبت الدين إلا على القيم ويرجع** به على الوقف وورثته تقوم مقامه في الرجوع..." [340]

([339]) منصور حاتم محسن الفتلاوي: نظرية الذمة المالية، المصدر السابق، ص 63، 64.

([340]) تنقيح الحامدية : ج1، ص 222، نقلا عن : منصور حاتم محسن الفتلاوي: الذمة المالية، المصدر السابق، ص 125.

والمراد بالذمة الواردة في هذا النص، الذمة بمعناها العام وليس الذمة بمعناها المالي ؛ لأن الذمة بمعناها العام نطاقها شامل لحقوق الله تعالى وحقوق العباد، ومن ثمة فلا ذمة - بهذا المفهوم - لغير الإنسان . ونجد في الفقه الإسلامي أحكاما تقرر لجهات غير الإنسان ذمة تختلف عن الذمة التي للإنسان [341] .

ومن هذه الأحكام ما جاء به في تنقيح الفتاوى الحامدية، حيث جاء فيه ما نصه : " للمسجد وقف، فإن أذن الناظر لحُصَيري أن يكسو المسجد ويكون ثمن الحصير من ريع الوقف، ففعل وعُزل الناظر، ثم تولى ناظر آخر النظر و هو إلى الآن ناظر، والناظر الأول لم يتناول من ريع الوقف شيئا، فهل يلزم الناظر الثاني تخليص حق حصري ؛ لأنه حق متعلق بريع الوقف أو يلزم الناظر الأول ؟ الجواب يلزم الناظر الثاني تخليص حق الحصري ودفعه له من ريع الوقف ولا يلزم ذلك الناظر الأول حيث عزل..." [342] .

فعلى أساس هذا الحكم وغيره من الأحكام يتعين بأن لجهات غير الإنسان في الفقه الإسلامي ذمة مالية بالمعنى المعروف في الفقه الوضعي، فما على هذه الجهات من واجبات تتحملها ذمتها المالية دون ذمة الأعضاء الذين يمثلونها، وما لها من حقوق لا يطالب بها إلا من يمثلها، يُؤكد تمتعها بالذمة المالية، وعليه تشتمل هذه الذمة على جميع حقوقها والتزاماتها المالية الخاصة بها، ولهذا وصفنا ذمتها بـ "المالية"، وقلنا بأن لها ذمة مالية .

وأما بالنسبة للشخص الطبيعي في الفقه الإسلامي فإنه يبقى مصطلح " الذمة " لوحده دون وصفه بـ " المالية " وذلك لشمول ذمته لحقوق الله تعالى وحقوق العباد على حد سواء [343] .

ب. مدى قابلية الذمة المالية للوقف للتعدد :

لا شك أنّ الوقف إما أن يكون لصالح شخص وذريته أو نحو ذلك مما يسمى في الفقه الإسلامي بالوقف الأهلي أو الذري، فهذا له طابعه الخاص، وتكون إدارته في إطار الشخص الموقوف عليه، أو ذريته فيما بعد، حسب تفصيل لا يهم موضوع البحث .

([341]) منصور حاتم محسن الفتلاوي: الذمة المالية، المصدر السابق، ص 125.

([342]) تنقيح الحامدية : ج 1، ص 213، نقلا عن : منصور حاتم محسن الفتلاوي : الذمة المالية، المصدر السابق، ص 126.

([343]) منصور حاتم محسن الفتلاوي : الذمة المالية، المصدر السابق، ص 126.

أما أن يكون الوقف على جهة خيرية مثل : **الوقف على المساجد، أو المدارس أو الفقراء، أو المساكين، أو الأرامل أو اليتامى**، أو غير ذلك، فإن السُّؤال الذي يطرح نفسه علينا في هذه الحالة يتمثل في : هل هذه الجهات لو اجتمعت كلها أو بعضها تحت إشراف مؤسسة **واحدة يكون لكل واحد منها ذمة مستقلة، وتعمل على أساس شخصيتها المستقلة**، فلا يجوز التداخل **بين حقوقها** والتزاماتها **وبين حقوق والتزامات جهة أخرى، أم أنّه** يُنظر إلى كل هذه الجهات كذمة واحدة، **وحينئذ** يحمل بعضها عن بعض ؟

للجواب عن ذلك نقول : **إنّ الأصل والمبدأ العام والقاعدة الأساسية هو الحفاظ** على خصوصية **كل وقف وكل جهة وإن كانت تحت إشراف إدارة واحدة ؛ وذلك لضرورة مراعاة أن يكون ريع** الوقف لنفس الجهة التي وقف عليها الواقف، **وكذلك** الأصل في حالة الالتزامات، والتعمير والبناء، **وذلك** من خلال ترتيب هذه الجهات كصناديق خاصة لها ذمتها المالية المستقلة بقدر الإمكان .

وهذا هو الأصل مادام ذلك ممكنا ولم يكن هناك ما يعارضه، **ويدل على ذلك العديد من** الأدلة المعتبرة **الدالة** على ضرورة الحفاظ على الوفاء بالعقود والشروط إلا الشروط التي **تكون مخالفة للكتاب الله و السنة نبيه صلى الله عليه وسلم، أو** لا تحقق الغرض المنشود من الوقف ، قال القرافي [344] : " ويجب اتباع شروط الوقف...لأنه ماله ولم يأذن في صرفه إلا على وجه مخصوص، **والأصل** في الأموال العصمة..." [345].

ومع هذا الأصل العام فإنّ الذي يظهر **راجحا** هو جواز التصرف في جميع الأموال المرصودة لجهة **واحدة**، كالمساجد مثلا حيث لابد أن ينظر إلى جميع موقوفات المساجد الواقعة تحت إدارة الوقف **كذمة واحدة حسب المصلحة الراجحة**، ولكن مع تقديم مصالح الموقوف عليه من وقفه الخاص به على غيره، وإذا فضل أو اقتضت المصلحة غير **ذلك صُرف** منه إلى بقية الموقوف عليه من نفس **الجهة**، وهكذا الأمر في الوقف على جهة الفقراء، **أو المدارس**، أو نحوها [346] .

([344]) **هو الإمام** الفقيه شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي المصري أحد أعلام المالكية ، من أهم مؤلفاته : الذخيرة و **الفروق**، توفي سنة 684هـ، . انظر : محمد مخلوف : شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، **دار الفكر**، بيروت (لبنان)، (د . ط . د . ت)، ص 188.

([345]) **شهاب الدين** أحمد بن إدريس القرافي : الذخيرة، تحقيق: سعبد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1(1994م)، ج6، ص 326،327.

([346]) جمعة محمود زريقي : الطبيعة القانونية للشخصية المعنوية للوقف، المرجع السابق، ص 61

ولكن يرد سؤال آخر وهو مدى إمكانية أن يُنظر إلى جهات الخير كلها كأنها جهة واحدة يصرف من ريعها على الجميع حسب الأولوية ؟ .

لقد أفتى فقهاء المالكية بذلك حيث جاء في نوازل العلمي : (الأحباس كلُّها- إذا كانت لله- بعضها من بعض، وذلك مقتضى فتوى أبي محمد العبدوسي) [347]، كما نقلت فتاوى بهذا الشأن للبرزلي وابن ماجشون وغيرهما، وجاء فيهما أيضا : " قال أصبغ وابن ماجشون : إنّ ما يقصد به وجه الله يجوز أن ينتفع ببعضه من بعض، وروى أصبغ عن أبي القاسم مثل ذلك في مقبرة قد عفت فيبني قوم عليها مسجدا : لم أرَ به بأسا، قال : وكذلك ما كان لله فلا بأس أن يُستعان ببعضه على بعض، وقد رأى بعض المتأخرين أن هذا القول أرجح في النظر ؛ لأنّ استنفاد الزائد في سبيل الخير أنفع للمُحبِس، وأنمى للأجرة..." [348].

وقال أبو محمد العبدوسي في الجواب على جمع أحباس فاس : " يجوز جمعها، وجعلها نقطة واحدة وشيئا واحدا لا تعدد فيه، وأن تجمع مستفادات ذلك كله، ويقام منه ضروري كل مسجد من تلك المستفادات مجتمعة..." [349].

وأفتى بعض علماء الحنابلة بجواز عمارة وقف من ريع وقف آخر على جهته، قال ابن مفلح : " ويصرف ثمنه- أي الموقوف في حالة بيعه- في مثله " كذا في المحرر، والوجيز، والفروع، وزاد : " أو بعض مثله، قاله أحمد لأنه أقرب إلى غرض الواقف"، ثم قال : "وظاهر الخرقي أنّه لا يتعين المثل، واقتصر عليه في المغني والشرح، إذ القصد النفع، لكن يتعين صرف المنفعة في المصلحة التي

كانت أولى أن تصرف إليها، لأنّ تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه لا يجوز، وكذلك الفرس إذا لم يصلح للغزو بيع واشترى بثمنه ما يصلح للجهاد، وعنه رواية أخرى : يصرف على الدواب الحبس وما فَضُلَ من حصره وزيته جاز صرفه إلى مسجد آخر، والصدقة به على فقراء المسلمين... واختاره الشيخ تقي الدين، وقال أيضا : وفي سائر المصالح، وبناء مساكن لمستحق ريعه القائم بمصلحته..." [350]

([347]) نقلا عن : جمعة محمود زريقي : الطبيعة القانونية للشخصية المعنوية للوقف، المرجع السابق، ص61

([348]) شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي: الذخيرة، المصدر السابق، ج6، ص 326،327.

([349]) نقلا عن : جمعة محمود زريقي : الطبيعة القانونية للشخصية المعنوية للوقف، المرجع السابق، ص62

([350]) نقلا عن : جمعة محمود زريقي : الطبيعة القانونية للشخصية المعنوية للوقف، المرجع السابق، ص 62

فهذه الفتاوى لعلماء المذهبين تجيز النظر إلى جميع الجهات نظرة واحدة قائمة على ذمة واحدة حسب المصالح المعتبرة، **والذي يظهر رجحانه هو أن يكون** ذلك في دائرة الاستثناء ويبقى الأصل العام في رعاية كل وقف بذاته إلا لمصلحة راجحة [351] .

جاء عن الشيخ خالد سيف الله الرحماني : (. . . كما سبق ذكره أن الفائض من إيراداتها يُصرف أولا على الوقف المجانس صونا عن الضياع و التغلب، و إن لم يمكن استعمالها في المجانس فيسع استعمالها في الخدمات التعليمية و الخيرية الخاصة بفقراء المسلمين نظرا إلى أن **آخر مصرف للأوقاف هو الفقراء و المساكين من المسلمين . و الله أعلم)** [352] .

هذا في الفقه الإسلامي أما في التشريع الجزائري فإن الأمر يبدوا واضحا جدا من خلال المادة الخامسة من القرار الوزاري المشترك و المؤرخ في **14 ذي القعدة عام 1419 هـ الموافق لـ 2 مارس 1999 م المتضمن إنشاء صندوق مركزي للأملاك الوقفية** [353]، حيث جاء في هذه المادة : (تُصب في الحساب المركزي للأملاك الوقفية الإيرادات و الموارد الوقفية المحصلة على مستوى نظارات ؤون الدينية بالولايات، بعد خصم النفقات المرخص بها طبقا لأحكام المادة **33 من المرسوم التنفيذي رقم 98 . 381** المؤرخ في **12 شعبان عام 1419** الموافق ل أول ديسمبر سنة **1998** و المذكور أعلاه)، و منه يمكن القول انطلاقا من هذه المادة باستحالة استقلال كل وقف بذمته المالية، إذ أصبح يُنظر في التشريع الجزائري للأوقاف كلها على أنها جهة

واحدة، بل و على خلاف ما رجّحه بعض الفقهاء من إمكانية النظر للأموال المرصودة لجهة واحدة، كالمساجد مثلا على أنها جهة واحدة، ذهب المشرع الجزائري إلى أبعد من ذلك . كما ذهب بعض **الفقهاء أيضا . من اعتبار كل الأوقاف المتواجدة على مستوى البلد جهة واحدة، و هذا ما يبدوا جليا من خلال** المادة الثانية من القرار المؤرخ في **5 محرم عام 1421 هـ الموافق ل 10 أبريل 2000 م المحدد لكيفيات ضبط الإيرادات و النفقات الخاصة بالأملاك الوقفية** [354]، **حيث جاء**

([351]) جمعة محمود زريقي : الطبيعة القانونية للشخصية المعنوية للوقف، المرجع السابق، ص 62

([352]) خالد سيف الله الرحماني : الوقف في العصر الحديث، بحوث مختارة مقدمة في الندوة الفقهية العاشرة لمجمع الفقه الإسلامي في الهند، **بومباي** (1997 م)، إعداد و تقديم : مجاهد الإسلام القاسمي، **دار الكتب العلمية**، بيروت (لبنان)، **ط1** (1422هـ . 2001 م)، ص 89 .

([353]) الجريدة الرسمية **عدد 32، الصادرة سنة 1999 م .**

([354]) الجريدة الرسمية **عدد 26، الصادرة سنة 2000 م .**

في صلب المادة : (دون الإخلال بأحكام المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 98 . 381 المؤرخ في 12 شعبان عام 1419 الموافق ل أول ديسمبر سنة 1998 و المذكور أعلاه تُعتبر من إيرادات الأوقاف العامة ما يأتي :

1 . العائدات الناتجة عن رعاية الأملاك الوقفية و إيجارها .

2 . الهبات و الوصايا المقدمة لدعم الأوقاف، وكذا القروض الحسنة المحتملة المخصصة لاستثمار الأملاك الوقفية و تنميتها .

3 . أموال التبرعات الممنوحة لبناء المساجد و المشاريع الدينية و كذا الأرصدة الآيلة إلى السلطة المكلفة بالأوقاف عند حل الجمعيات الدينية المسجدية أو انتهاء المهمة التي أُنشئت من أجلها) . و منه فإن الذي يظهر لنا من خلال هذه المادة أن إيرادات كل الأوقاف المختلفة تصب في حساب مركزي واحد و ينظر إليها على أنها جهة واحدة .

و إذا كانت إيرادات كل الأوقاف على اختلاف أنواعها تصب في حساب مركزي واحد، وهو الحساب الخاص بالأملاك الوقفية رقم : 19700261 كما جاء في المادة الحادي عشر (11) من القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 14 ذي القعدة عام 1419 هـ الموافق ل 2 مارس 1999 م المتضمن إنشاء صندوق مركزي للأملاك الوقفية، فإن النفقات العامة للأوقاف هي الأخرى تكون من الصندوق المركزي للأوقاف على كل ما تحتاجه هذه الأوقاف على اختلاف أنواعها دون مراعاة خصوصية أموال وقف على وقف آخر ، وذلك ما يمكن استخلاصه بوضوح من المادة الخامسة من القرار المؤرخ في 5 محرم عام 1421 هـ الموافق ل 10 أبريل 2000 م المحدد لكيفيات ضبط الإيرادات و النفقات الخاصة بالأملاك الوقفية .

المبحث الثالث : أهلية الشخصية الاعتبارية للوقف الإسلامي

يتضمن هذا المبحث تعريف الأهلية و بيان أقسامها، بالإضافة إلى بيان حدود أهلية الشخصية الاعتبارية للوقف من خلال التطرق إلى أهم حقوق و واجبات الشخصية الاعتبارية للوقف ذلك أن الأهلية من الآثار القانونية التي تتمتع بها الشخصية الاعتبارية للوقف، و هذا ما سنلحظه من خلال المطلبين الاتيين :

المطلب الأول : تعريف الأهلية و بيان أقسامها

المطلب الثاني : أهلية الشخصية الاعتبارية للوقف الإسلامي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول : تعريف الأهلية و بيان أقسامها

أولا : تعريف الأهلية

أ . في الفقه الإسلامي :

إن أهلية الإنسان للشيء تعني صلاحيته لصدور ذلك الشيء و طلبه منه، وهي في لسان الشرع : عبارة عن صلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، وهي الأمانة التي أخبر الله عزوجل بحمل الإنسان إياها بقوله وَحَمَلَهَا ٱلْإِنسَٰنُۖ إِنَّهُۥ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا ﴿٧٢﴾ الأحزاب :72 ، فالأهلية ملازمة للإنسان من يوم ظهوره في الحياة الحقيقية أو حكما، فيصير أهلا للإلزام و الإلتزام [355] .

ب . في القانون الجزائري :

ينصرف لفظ الأهلية في التشريع الجزائري إلى أهلية الأداء [356] على خلاف ما هو مقرر في الفقه الإسلامي على حسب إطلاعنا، إذ المُلاحظ على التعريف السابق ذِكْرُه في الفقه الإسلامي أنه هو التعريف ذاته الذي يمكن نسبته إلى أهلية الوجوب كما سنرى ، وعليه تُعرَّف الأهلية في الاصطلاح القانوني بأنها : " الصلاحية لكسب الحقوق، وتحمل الالتزامات والقيام بالأعمال، و التصرفات القانونية " [357] .

فالأهلية في عرف القانون، مرتبطة بمدى صلاحية و مناسبة الإنسان لأن تكون له حقوق على غيره، ناط به واجبات تجاه غيره في شتى المجالات القانونية ، الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والاسرية ...إلخ [358] .

ثانيا : أقسام الأهلية

ترتبط الأهلية ارتباطا وثيقا بالشخصية القانونية ذلك أن كل شخص أهل من الناحية القانونية للتمتع بالحقوق والتحمل الالتزامات، والأهلية نوعان : أهلية وجوب، وأهلية أداء .

([355]) وهبة الزحيلي : أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق (سوريا)، ط2 (1418 هـ . 1998 م)، ج 1، ص 163 .

([356]) نبيل صقر : تصرفات المريض مرض الموت (الوصية، البيع، الهبة ....)، دار الهدى، عين مليلة (الجزائر)، د. ط (2008)، ص 35 .

([357]) هجيرة دنوني : موجز المدخل للقانون، منشورات دحلب، الجزائر، د .ط (1992م)، ص 167 .

([358]) عبد القادر بن عزوز : فقه استثمار الوقف و تمويله في الإسلام، رسالة دكتوراه، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، (1425 هـ . 2004 م)، ص 58 .

أ . أهلية الوجوب :

تعني أهلية الوجوب **قابلية الشخص لأن يكون صاحب حق أو يكون عليه التزام فهي تثبت** للإنسان- **ومثله الشخص الاعتباري-** منذ ولادته حتى وفاته، **وتطبيقا** لهذه الفكرة فإن للشخص ما دام **شخصا أهلية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات** [359] .

ولما كان الشخص الاعتباري يختلف عن الشخص الطبيعي في مدى الصَّلاحية **لاكتساب الحقوق** والتحمل بالالتزامات نجم عن ذلك تباين واختلاف في نطاق الشخصية بينهما.

ويختلف الشخص الاعتباري عن الشخص الطبيعي في مدى الصلاحية لاكتساب الحقوق **والتحمل بالالتزامات من ناحيتين :**

أولا: إن الشخص الاعتباري ليس إنسانا , فامتنع له بذلك ثبوت الحقوق اللازمة لصفة الإنسان الطبيعية , ذلك شأن حقوق الأسرة و الحقوق المتعلقة بكيان الإنسان المادي و الأدبي مثل **حق الحياة , و حق السلامة الجسدية , كما أن الشخص الاعتباري لا يتحمل بالالتزامات المرتبطة بالإنسان مثل واجب أداء الخدمة الوطنية** [360] .

أما الحقوق السياسية فهناك من الأنظمة ما يسمح فيها للأشخاص الاعتبارية بالاشتراك في المجالس النيابية أو الشعبية، **وقد يكون** له حقوق أدبية كما هو الحال في المصنفات الجامعية [361]

ثانيا: أن الشخص الاعتباري لم ينشأ إلا لتحقيق غرض معين , لذلك **فإن أهلية الوجوب بالنسبة له** مقيدة بطبيعته لذا تأكدت هذه **المحدودية , و نص عليها القانون بقوله: " الشخص الاعتباري** يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان **منها ملازما لصفة الإنسان الطبيعية،** وذلك في الحدود التي قررها **القانون.." وعطف على ذلك :** " أن للشخص الاعتباري أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه، أو التي يقررها القانون "

فالحقوق المالية تتقيد بالغرض الذي يسعى إلى تحقيقه، **وليس له أن يكسب من الحقوق** تلك التي **لا** تتفق مع هذا الغرض، **وهذا ما يسمى بمبدأ التخصيص،** فليس لشركة قامت للاتجار في السلع أن

([359]) وهبة الزحيلي : أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق (سوريا)، ط2 (1418 هـ. 1998 م)، ج 1، ص 163 .

([360]) نبيل صقر : تصرفات المريض مرض الموت (الوصية، البيع، الهبة ....)، دار الهدى، عين مليلة (الجزائر)، د. ط (2008)، ص 35 .

([361]) هجيرة دنوني : موجز المدخل للقانون، منشورات دحلب، الجزائر، د .ط (1992م)، ص 167 .

تملك الأراضي الزراعية فلا يتمتع الشخص الاعتباري بالشخصية القانونية إلا بالقدر اللازم لتحقيق أهدافه التي يعينها سند إنشائه أو التي يعينها القانون [362] .

ب. أهلية الأداء :

هلية الوجوب التي تثبت للشخص عبارة عن أهلية ساكنة بمعنى أنها تقرر لشخص حقا أو تجعله يتحمل بالتزام ما، ولكن الممارسة الفعلية للحق وترتيب الالتزام مردها في الحقيقة إلى ما يسمى بأهلية الأداء [363]، إذ تتمثل هذه الأهلية في صلاحية الشخص لمباشرة حق وأداء واجب [364] .

أو هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعا، ي أنها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، كالبيع والإيجار والوصية وغير ذلك من التصرفات [365] ولما كان مناط أهلية الأداء هو التمييز والإرادة وهو ما لا يتوفر بالنسبة للشخص الاعتباري [366] فإن السؤال المطروح يتمثل في ما مدى تمتع الشخص الاعتباري بأهلية الأداء ؟

يرى الدكتور محمد حسنين أنه لا يتصور أبدا أن تتوافر أهلية الأداء للشخص الاعتباري، إذ أن هذه الصلاحية تقوم على الإرادة، والشخص المعنوي عديم الإرادة على الأبد- حسب كلامه- [367]، لذلك كان من اللازم أن يقوم عنه أشخاص طبيعيون بمباشرة نشاطه القانوني ويعملون لحسابه، بحيث تتصرف الآثار القانونية لهؤلاء العمال للشخص الاعتباري مباشرة [368].

و على النقيض من ذلك يرى الدكتور أحمد محمود الخولي أن للشخص الاعتباري أهلية أداء حيث يقول : (ولذا يحدد بعض القانونين مفهوم أهلية الأداء- على وجه الخصوص- عند الشخص

---

(362) جمعة محمود الزريقي: الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، المرجع السابق، ص 95.

(363) نبيل صقر : تصرفات المريض مرض الموت (الوصية، البيع، الهبة ....)، دار الهدى، عين مليلة (الجزائر)، د. ط (2008)، ص 35 .

(364) هجيرة دنوني : موجز المدخل للقانون، منشورات دحلب، الجزائر، د .ط (1992م)، ص 167 .

(365) عبد القادر بن عزوز : فقه استثمار الوقف و تمويله في الإسلام، رسالة دكتوراه، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، (1425 هـ 2004 م)، ص 58 .

(366) ابن عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ج 5، 377 .

(367) جمعة محمود الزريقي: الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، المرجع السابق، ص 95.

(368) نبيل صقر : تصرفات المريض مرض الموت (الوصية، البيع، الهبة ....)، دار الهدى، عين مليلة (الجزائر)، د. ط (2008)، ص 35 .

الاعتباري بالمعنى الذي يتفق مع طبيعته، كون المراد بها مدى ما يستطيع الشخص الاعتباري أن يمارسه من نشاط إرادي بواسطة ممثليه) [369] .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

([369])جمعة محمود الزريقي: الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، المرجع السابق، ص 95.

المطلب الثاني : أهلية الشخصية الاعتبارية للوقف الإسلامي

أولا : حدود أهلية الشخصية الاعتبارية للوقف

لا شك أنّ الوقف يتكون من عنصرين هامين اثنين يتمثلان في وجود المال الموقوف، والنظام الذي يحكمه، وهذا النظام له أحكام عامة قرَّرها الفقه الإسلامي، وكذا الشروط التي يضعها الواقف، ومن ذلك تنبثق شخصية مستقلة عن الواقف وعن ماله الموقوف، وهذه الشخصية تحكمها القواعد العامة وشروط الواقف، وبالتالي تكون لها أهلية وجوب وأهلية أداء بما لا يخالف تلك القواعد والشروط، فيجوز للوقف التعامل مع غيره وكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، كل ذلك في حدود الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي وشروط الواقف [370] .

ولقد سئل الإمام ابن رشد عن رجل حبّس فرنا على مسجد ليكون في منافعه من وقيد وحصر وبناء ما رثّ من الجدران، هل يُعطى من ذلك الإمام الذي يؤم الصلاة في المسجد ؟ فكان جوابه : وأما الفرن المحّبس على منافع المسجد من كذا وكذا فلا يتعدى فيه ما يسمى ولا حق فيه للإمام ؛ لأنّه قد بيّن المنافع التي أرادها من منافع المسجد [371] .

وهكذا يتبنى أن أهلية الوجوب والأداء للوقف [372] إنّما تكون وفقا للأحكام المقررة وشروط الواجب، وذلك ما يوافق خصائص الشخصية في القانون الذي تشترط الأهلية اللازمة في حدود سند إنشائه أو التي يقررها القانون [373] .

ثانيا : حقوق و واجبات الشخصية الاعتبارية للوقف

أ . حقوق الشخصية الاعتبارية للوقف

لجهة الوقف حقوق ناشئة من أنها جهة مالكة، و ناشئة كذلك من مفهوم أن الوقف عند إجراء صدقته قصد منها أن تكون مؤبدة حتى يجري عليه ثوابها بعد مماته لما ثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية أ و علم

([370]) جمعة محمود الزريقي: الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، المرجع السابق، ص 95.

([371]) أبو الوليد ابن رشد : مسائل ابن رشد، تحقيق : محمد الحبيب التجكاني، دار الآفاق الجديدة، المغرب، ط1 (1412 هـ . 1992 م)، ج 1، ص 522.

([372]) محمد بن أحمد بن صالح الصالح : الوقف في الشريعة الإسلامية و أثره في تنمية المجتمع، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض (المملكة العربية السعودية)، ط1 (1422 هـ . 2001 م)، ص 161 .

([373]) جمعة محمود الزريقي: الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، المرجع السابق، ص 95.

ينتفع به، أو ولد صالح يدعوا له) [374]، ومراعاة لحرمة الملكية و نية إجراء الثواب ما أمكن، يكون من مقتضى حقوق الشخصية الاعتبارية للوقف، أن يُبدأ من ريعه ومنافعه لصيانته وحفظه بحالة تجعله مستفادا منه دائما [375] .

جاء في المبسوط : إنما يبدأ من غلتها برمتها و إصلاح مجاريها ؛ لأنها لا تبقى منتفعا بها إلا بعد ذلك ومقصود الواقف أن تكون الصدقة جارية إلى يوم القيامة [376] .

وقال الدسوقي[377] : قوله ((ويصلح من غلته)) فإن أصلح من شرط عليه الإصلاح رجع بما أنفق لا بقيمته منقوصا ... [378] .

وقال الدردير [379] : ((أو)) شرط عدم بدء بإصلاحه)) فلا يتبع شرطه لأنه يؤدي إلى إبطال الوقف من أصله بل يبدأ برمته لتبقى عينه . ((أو)) شرط عدم بدأ ((بنفقته)) فيما يحتاج لنفقته كحيوان فيبطل شرطه و يُنفق عليه من غلته [380] .

وورد عن ابن قدامة أنه قال : ((ونفقة الوقف من حيث شرطه و إلا فمن غلته إذ لا يحصل التحبيس إلا بإنفاق عليه فكان ذلك من ضروراته)) [381].

وعليه فإن المذاهب الفقهية التي ذكرناها متفقة على أن حق الشخصية الاعتبارية للوقف في الرعاية و الصيانة مقدم على حقوق المستحقين فيه، مراعاة لقصد الواقف إجراء الثواب ما أمكن

([374]) سبق تخريجه .

([375]) محمود الموافي : الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 191 .

([376]) شمس الدين السرخسي : المبسوط، المصدر السابق، ج 11، ص 32 .

([377]) هو الإمام الفقيه أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، أحد أعلام الفقه المالكي في زمانه، من مؤلفاته : حاشية على الدردير، توفي سنة1230هـ. انظر: محمد مخلوف : شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، المصدر السابق، ص 361 .

([378]) ابن عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ج 5، 377 .

([379]) هو الإمام الفقيه المالكي المذهب أبو البركات أحمد بن الشيخ صالح محمد العدوي المعروف بالدردير ،من أهم مؤلفاته : أقرب المسالك إلى مذهب مالك و شرح مختصر خليل، توفي سنة 1201هـ . انظر : محمد مخلوف : شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، المصدر السابق، ص 359 .

([380]) أبي البركات سيدي أحمد بن محمد العدوي الدردير : الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، ط 1 (1417 هـ . 1996 م)، ج 5، ص 477 .

([381]) موفق الدين ابن قدامة : المغني، المصدر السابق، ج 5، ص 245 .

و لفائدة المستحقين أنفسهم، ليس ذلك فحسب بل إن على ناظر الوقف إن لم يجد في ريعه ما يصونه به أن يؤجره و يصونه من الإجارة التي هي منفعة من منافعه، و إن لم يكن بحالة يؤجر بها أو كان و لم يجد من يستأجره فعليه آن يستدين عليه لمرمته [382] .

وبما أن لكل مال حرمة فلا يحق لأي شخص أن يعتدي على جهة الوقف و لا أن يأخذ منها شيئا بغير حق و لئن فعل عوقب، فقد جاء في الشرح الكبير : ((**ومن هدم وقفا تعديا فعليه إعادته على ما كان عليه ولا تأخذ قيمته و الراجح أن عليه قيمته كسائر المتلفات**)) [383] .

1 الوقف و نظام الشفعة كمظهر من مظاهر أهليته

إن من مظاهر أهلية الشخصية الاعتبارية للوقف هي حق الوقف متمثلا في شخصيته الاعتبارية في الأخذ **بالشفعة** .

أولا : تعريف الشفعة

الشفعة مأخوذة من الشفع و هو الضم، وقد كانت معروفة عند العرب، فكان الرجل في الجاهلية إذا أراد بيع منزل أو حائط أتاه الجار و الشريك و الصاحب يشفع إليه فيما باع فيشفعه و يجعله أولى به ممن بعد منه، فسميت شفعة، و سُمي طالبها شفيعا، و المقصود بها في الشرع : تملم المشفوع فيه جبرا عن المشتري بما قام عليه من الثمن و النفقات [384] .

وأما وجوب الحكم بالشفعة، فالمسلمون متفقون عليه لما ورد في ذلك من الأحاديث الثابتة [385] .

أما في التشريع الجزائري فقد عرّف القانون المدني الشفعة **من خلال المادة 794 بقوله** : ((الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار . . . .)) .

([382]) محمود الموافي : الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، **المرجع السابق، ص** 193 .

([383]) الدردير : الشرح الكبير، المصدر السابق، ج 5، ص 481 .

([384]) **السيد سابق : فقه السنة**، دار الفتح للإعلام العربي، **القاهرة (مصر)**، ط1 (1421هـ . 200 م)، ج3، ص 152 .

([385]) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي : بداية المجتهد و نهاية المقتصد، **دار ابن حزم**، بيروت (لبنان)، ط 1 (1420 هـ . 1999 م)، ص 604 .

ثانيا : حق الوقف في الأخذ بالشفعة

اتفق الفقهاء على جواز وقف المال الشائع سواء كان قابلا للقسمة أم غير قابل للقسمة، فأما في الأول فلا مجال للوقف في الأخذ شفعة ؛ لأنها على القول الصحيح تعتبر إفراز حق و ليست تصرفا من التصرفات، و بالتعبير القانوني الحديث : هي كاشفة مقررة للحق و ليست منشئة له .

و أما في الثاني . أي إذا كان الوقف غير قابل للقسمة . فإنه إذا صح وقف الحصة الشائعة في العقار **الذي لا يقبل القسمة**، فذلك يعني بقاء الوقف مع غيره من الشركاء في الشيوع، و إذا أراد أحد الشركاء بيع حصته الشائعة مع الوقف فإن الراجح من أقوال الفقهاء المالكية أنه يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة مادام شريكا في الشيوع، غير أن ذلك يجب ألا يخالف شروط الواقف، و ينبغي معرفة **أهلية كل وقف على حدى لمعرفة صلاحيته للأخذ بالشفعة من عدمه، و هذا ما قال به ابن رشد** [386] من أنه يجوز للواقف أو الموقوف عليه أن يأخذ بالشفعة شريطة أن تؤول الحصة المشفوع فيها **وقفا و تجري عليها أحكامه** [387] .

هذا في الفقه الإسلامي أما في التشريع الجزائري فإن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة إلا في شقّها السلبي وهي إمكانية امتلاك ملك وقفي عن طريق الشفعة، فقد حمى المشرع الجزائري الملك **الوقفي من الشفعة من خلال المادة 798** من القانون المدني الجزائري حيث قررت الفقرة الثالثة (**3**) من المادة أنه : ((**لا شفعة . . . إذا كان** العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة))، في حين لم يُشر . المشرع الجزائري . إلى حق الوقف بالأخذ في الشفعة لكن و باللجوء إلى المادة **الثانية من قانون الأوقاف رقم 10 / 91** التي تنص على أنه يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم ينص عليه هذا القانون، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن اعتراف المشرع الجزائري بالشخصية الاعتبارية للوقف يدعونا للقول بحق الوقف في الأخذ بالشفعة انطلاقا مما قرّره الفقهاء، و انطلاقا أيضا من اعتراف المشرع الجزائري للوقف بالشخصية الاعتبارية .

2 الوقف و حق التقاضي كمظهر من مظاهر أهليته

([386]) **نقلا عن** : جمعة محمود الزريقي : الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، **المرجع السابق، ص 99**

([387]) جمعة محمود الزريقي : الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، **المرجع السابق، ص 98، 99** .

يعطي القانون للشخصية الاعتبارية حق التقاضي، أي في رفع الدعاوى القضائية ضد شخص حقيقي أو طبيعي،كما يحق لغيره أن يرفع دعوى ضده .وإن صفة حق التقاضي

صفة أقرها الفقهاء للوقف كحالة إثبات الوقف، و تغريم المتعدي عليه وغير ذلك من الخصومات القضائية .

ومما يدل على أن فقهاء الإسلام نظروا إلى الوقف في حق التقاضي مثلما نظروا للشخص الحقيقي ما نقله الونشريسي [388] في مسألة النزاع في الوقف المشاع [389] بأن يرفع حكمه إلى القضاء، ومسألة تفريط مستغل الحبس حتى تهدم [390]، ومسألة من غرس أرض الحبس تعديا، فعليه الكراء، ثم يؤمر بالتخلية عنها بعد تأديبه [391]، و كذلك، ما نقله شيخ الإسلام ابن تيمية[392] أنه : " إن حصل ضرر من الشيئ الموقوف عوض بما لا ضرر فيه على جيرانه، و يعود الأول ملكا " [393].

و مسألة القضاء بالحبس عند البرزلي في نوازله[394] و مسألة التعدي على الحبس[395] .

([388]) هو الفقيه الإمام أبو العباس أحمد بن يحي الونشريسي التلمساني، ثم الفاسي، من أعلام المذهب المالكي في زمانه، من أهم مؤلفاته : المعيار المعرب، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، توفي سنة 914هـ . أنظر : محمد مخلوف : شجرة النور الزكية، المرجع السابق، ص 274 .

([389]) الونشريسي : المعيار المعرب، تحقيق : مجموعة من الأساتذة، إشراف محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت (لبنان)، ط1(1401هـ – 1981م)، ج 8، ص 53 .

([390]) عبدالله مبروك النجار : افتراض الشخصية و آثاره في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، دار النهضة العربية، القاهرة (مصر)، ط1(1416هـ – 1996م)، ص77 .

([391]) الونشريسي : المعيار المعرب، المرجع السابق، ج 7، ص 150 .

([392]) هو تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني الدمشقي الحنبلي، الفقيه المجتهد، أحد أعلام المذهب الحنبلي، من أهم مصنفاته : الفتاوى، ورفع الملام الأعلام عن الأئمة الأعلام، وغير ذلك، توفي سنة 728هـ . انظر : ابن كثير : البداية و النهاية، منشورات مكتبة المعارف، بيروت (لبنان)، (د . ط . د . ت)، ج14، ص 135 .

([393]) ابن تيمية : الفتاوى، تقديم : حسين معلوف، دار المعرفة، بيروت (لبنان)، (د . ط . د . ت) ج 4، ص 514 .

([394]) هو أبو القاسم بن أحمد البرزلي البلوي القيرواني فقيه تونس ومفتيها في زمانه، منة مؤلفاته : الحاوي في النوازل، توفي ما بين سنة841هـ –844هـ . انظر : محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، المرجع السابق، ص245 .

([395]) البرزلي : الإعلام بنوازل الأحكام، دار الفكر، بيروت (لبنان)، (د . ط . د . ت)، ج 2 ، ص 325 .

إن الأمثلة المذكورة – سابقا- تدل على حق الوقف أن يقاضي أو يقاضى، وبذلك ثبت أن الوقف شخصية اعتبارية لتحقق صفة التقاضي التي يشترطها القانون في الشخصية الاعتبارية .

وفي الأخير و بعد البحث و المقارنة بين الأركان و الشروط التي وضعها القانون لمدلول الشخصية الاعتبارية ، و مقارنتها بالممارسة العملية لنشاطات الوقف وأغراضه المتعددة الاجتماعية و الاقتصادية أصبح من الواضح أن نستنتج أن مواصفات الشخصية الاعتبارية تنطبق على الوقف، وأنه :" شخص معنوي، له وجود شرعي يبيح له التعامل مع الناس، مباشرة بواسطة ممثله الشرعي، و هو المتولي "[396] .

والوقف شخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية الواقف ومتوليه والموقوف عليهم حيث إن الخصومات التي ترفع من الوقف أو عليه لا تكون إلا من وضد متولي الوقف، بدون ضرورة لإدخال المستحقين فيها [397].

كما أن :" الوقف إذا صح خرج من ملك الواقف، ولم يدخل في ملك الموقوف عليهم .... و إذا خرج عن ملك الواقف و الموقوف عليهم أصبح له وجودا مستقلا عن ذمة الواقف والموقوف عليه .." [398] و بذلك يجوز لناظره الاستدانة له و عليه مما يدل على استقلال ذمته عن ذمة مؤسسه و ناظره .

ومن هذا كله يمكن القول إن الوقف شخصية اعتبارية كاملة الأهلية ضمن حدود مقاصد الشريعة الإسلامية.

ب. واجبات الشخصية الاعتبارية للوقف

تُفرض على جهة الوقف واجبات في مقابل الحقوق التي اكتسبتها، فالمعادلة في الغالب لا تتم إلا بذلك، ومن واجبات الشخصية الاعتبارية للوقف :

396 - زهدي يكن، أحكام الوقف، منشورات المكتبة العصرية، صيدا (لبنان)، ط1(د . ت)، ص 25 .

397 حسن عبد الله الأمين : الوقف في الفقه الإسلامي، البنك الإسلامي للتنمية و المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة (المملكة العربية السعودية)، ط2(1415هـ - 1994م)، ص 127 .

398 مصطفى الزرقا : المدخل الفقهي العام، المرجع سابق، ج3، ص 259-260 .

1 . على الشخصية الاعتبارية للوقف أن تُؤدي كل الضرائب التي ترد على أعيان من خراج وعشور، وكل الالتزامات التي تتطلبها إدارة الوقف و تصريف أموره من أجور الناظر ووكلائه و الموظفين و العمال وغير ذلك [399]، جاء في المبسوط : ((ويُشترط فيه . أي الوقف . أن يرفع الوالي من غلته كل عام ما يحتاج إليه لأداء العشر و الخراج و ما يحتاج إليه لبذر الأرض و مُؤنتها **و أرزاق** الولاة لها ووكلائها و أجور وكلائها ممن يحصدها ويدرسها و غير ذلك من نوائبها ؛ لأن مقصود الواقف استدامة الوقف و أن تكون المنفعة واصلة إلى الجهات المذكورة في كل وقت، ولا يحصل ذلك إلا برفع هذه المؤن من رأس الغلة . . .)) [400] .

2 . **دفع حصص المستحقين من ريع و منافع الوقف، إذ إن من المتفق عليه أن منافع وريع الموقوف** تذهب لجهة المصرف وفقا لشرط الواقف، وهو حق ثابت لهم و محترم .

3 . دفع و إرجاع الديون التي تستدان للصيانة و كافة ما يحتاجه الوقف بما يحقق الغاية منه [401] .

1 الاستدانة للوقف كمظهر من مظاهر الأهلية

إن من مظاهر أهلية الشخصية الاعتبارية للوقف هو جواز الاستدانة للوقف، فهو بذلك يتحمل واجب الدين المُلقى على ذمته، إذ لا تبرأ ذمته إلا بدفع الدين لأصحابه، **فالوقف بذلك شخص و** إن لم يكن عاقلا إلا أنه يتعامل كما يتعامل الأشخاص العاقلون فيستدين و يثبت الدين في ذمته، كما يُستدان منه و يثبت الدين في ذمم الآخرين تجاهه [402].

أولا : تعريف الاستدانة

قال الحصفكي : و الاستدانة القرض و الشراء نسيئة [403] .

وقال ابن عابدين : صوابه : الاستقراض [404] .

([399]) عبد القادر بن عزوز : فقه استثمار الوقف و تمويله في الإسلام، المرجع السابق، ص 69 .

([400]) شمس الدين السرخسي : المبسوط، **المصدر السابق**، ج 11، ص 43 .

([401]) محمود الموافي : الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، **المرجع السابق**، ص 194 .

([402]) محمود الموافي : الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، **المرجع السابق**، ص 195 .

([403]) **الحصفكي** : الدر المختار، المصدر السابق، ج6، ص 657 .

([404]) ابن عابدين : رد المحتار، المصدر السابق، ج6، ص 657 .

فالمراد بالاستدانة من ذلك أن يقترض ناظر الوقف مالا للوقف على غيره أو يشتري شيئا نسيئة، أما إذا أنفق الناظر من ماله على عمارة الوقف، فإن ذلك لا يسمى استدانة و يختلف حكمه عن حكم الاستدانة [405]

ثانيا : الاستدانة للوقف [406]

الأصل أنه لا يجوز لناظر الوقف أن يستدين على الوقف، سواء أكان عن طريق الاقتراض، أو عن طريق شراء ما يلزم لمصالح الوقف نسيئة، على أن يدفعه من غلة الوقف عند حصولها، مخافة الحجز على أعيان الوقف، أو غلته فيؤدي إلى ضياع الوقف أو حرمان المستحقين من حقوقهم .

إلا أن الفقهاء استثنوا حالة الضرورة الملحة لمصلحة الوقف من هذه القاعدة [407]، فأجازوا للناظر **أن يستدين على الوقف إذا كانت هناك ضرورة تقتضي ذلك، و ما لا يكون منه بد، على أن** يُرجع به في غلة الوقف عند حصولها [408] .

و حالات الضرورة مثلا : كأن يستولي ظالم على الوقف، و ليس في استطاعة القيّم أن يسترده إلا بدفع شيء من المال إليه، و لا مال في يده من الوقف، فإنه يجوز له أن يستدين، أو يحتاج إلى عمارة ضرورية، و لم يكن في يد الناظر غلة ليعمره بها، و ليس هناك من يرغب في استئجاره، و الصرف على عمارته من الأجر، أو تحتاج الأرض الوقف إلى البذر و نحوه مما لا بد منه في زراعتها، و ليس في يد الناظر من غلة الوقف ما يشتري به ذلك، و نحو ذلك [409] .

([405]) الصديق محمد الضرير : ديون الوقف، منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول للأمانة العامة للأوقاف و بالتعاون مع البنك الإسلامي (11 . 13 أكتوبر 2003 م)، ط1 (1425هـ . 2004 م)، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، ص 26 .

([406]) الاستدانة للوقف إذا كانت بأمر الواقف فإنها تجوز قولا واحدا، أنظر : الصديق محمد الضرير : ديون الوقف، المرجع السابق، ص 22 .

([407]) محيي الدين القرة داغي : ديون الوقف، مجلة أوقافنا، العدد الخامس، الإدراة العامة للأوقاف، قطر، مارس 2010، ص 52 .

([408]) ناصر بن عبد الله الميمان : ديون الوقف، منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول للأمانة العامة للأوقاف و بالتعاون مع البنك الإسلامي (11 . 13 أكتوبر 2003 م)، ط1 (1425هـ . 2004 م)، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، ص 80 .

([409]) عبد الجليل عبد الرحمن عشوب : كتاب الوقف، دار الفكر، دمشق (سوريا)، (د . ط . د . ت)، ص 96 .

فقد ذهب الحنفية و الشافعية إلى جواز الاستدانة على الوقف إذا أذن القاضي بذلك ؛ لأن له بذلك ولاية عامة في مصالح المسلمين، وزاد الحنفية على إذن **القاضي أن لا تتيسر له إجارة العين و** رف من أجرتها، كما قيّدوا استئذان القاضي بما إذا لم يبعد عنه، فإن كان بعيدا، و لا يمكنه **الحضور بنفسه، فلا بأس أن يستدين بدون استئذانه .**

قال ابن نجيم : ((الاستدانة على الوقف لا تجوز إلا إذا احتيج إليها لمصلحة الوقف كتعمير و شراء **بذور، فتجوز بشرطين : أولا : إذن القاضي، ثانيا : أن لا تتيسر إجارة عين الوقف و الصرف من** إجارتها)) [410]، و قال أيضا الرَّملي من فقهاء الشافعية : ((ووظيفته . أي الناظر . الإجارة و العمارة، وكذا الإقتراض على الوقف عند الحاجة، إن شرط له الواقف، **أو أذن له الحاكم**)) [411] .

و ذهب المالكية و الحنابلة إلى أن للواقف أن يستدين على الوقف بنفسه عندما تستدعي ذلك **ضرورة مصلحة الوقف، بدون إذن الحاكم .**

قال الدسوقي من فقهاء المالكية : ((و له . الناظر . أن يقترض لمصلحة الوقف بلا إذن الحاكم، ويُصدق في ذالك)) [412]، ونقل عن البهوتي قوله : ((و للناظر الاستدانة على الوقف بلا إذن الحاكم، كسائر تصرفاته، لمصلحة الوقف، كشرائه للوقف نسيئة، أو بنقد لم يعينه ؛ لأن الناظر مؤتمن، مطلق التصرف، فالإذن و الائتمان ثابتان)) [413] .

هذا في الفقه الإسلامي، أما التشريع الجزائري **فلم يتناول مسألة الاستدانة للوقف، لكن و** باللجوء إلى المادة الثانية من قانون الأوقاف رقم 10 / 91 التي تنص على أنه يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم ينص عليه هذا القانون، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن اعتراف **المشرع الجزائري بالشخصية الاعتبارية للوقف** يدعونا للقول بجواز الاستدانة للوقف انطلاقا مما قرّره الفقهاء، و انطلاقا أيضا من اعتراف المشرع الجزائري للوقف بالشخصية الاعتبارية .

([410]) ابن نجيم : الأشباه و النظائر، المصدر السابق، ص 219 .

([411]) الرملي : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المصدر السابق، ج 5، ص 400 .

([412]) ابن عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ج 5، ص 476 .

([413]) الماوردي : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المصدر السابق، ج 7، ص 73 .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الرابع : ناظر الشخصية الاعتبارية للوقف

سنتطرق في هذا المبحث إلى بيان مفهوم النظارة بداية، ثم إبراز المركز القانوني لمن يمثل الشخصية الاعتبارية للوقف في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، بالإضافة إلى إبراز علاقة ناظر الوقف بالشخصية الاعتبارية له إذ من شأن ذلك أن يساهم في إبراز المركز القانوني لممثل الشخصية الاعتبارية للوقف، حيث إن ناظر الوقف هو نفسه ـ المُعبر عنه في القانون ـ بالنائب الذي يعبر عن الشخص المعنوي ويتقاضى باسمه، وهو من بين الآثار التي تتمتع بها الشخصية الاعتبارية للوقف، كل ذلك من خلال المطالب الاتية :

المطلب الأول : مفهوم النظارة

المطلب الثاني : المركز القانوني لممثل الشخصية الاعتبارية للوقف

المطلب الثالث : علاقة ناظر الوقف بالشخصية الاعتبارية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول : مفهوم النظارة

أولا : تعريف النظارة لغة

النظارة في اللغة تعني : الفراسة و الحدق، يقال : لم تُخطأ نظارتي أي لم تُخطأ فراستي، وهي أيضا حرفة الناظر [414] .

و النظارة مأخوذة من النظر وهو البصر، و الفكر و التدبر، يقال نظر في الأمر : تدبر و تفكر، و أصل النظر الطلب لإدراك الشيء، يقال نظر في الشيء تأمله أو قلّب بصره أو بصيرته فيه ليدركه و يراه فهو ناظر .

ويستعمل النظر بمعنى الحفظ، يقال نظر الشيء أي حفظه . فالناظر هو الحافظ و من يتدبر أمور الأشياء [415] .

ثانيا : تعريف النظارة في الفقه الإسلامي

النظارة في اصطلاح الفقهاء هي : الولاية على الوقف

فالنظارة وصف يثبت بمقتضاه لصاحبه الحق في وضع اليد على أعيان الوقف، و القيام على حفظها و رعايتها، و الحق في إدارته و استغلال أعيانه و توزيع غلاته على مستحقيها، و الحق في التعاقد نيابة عنه و تمثيله فيما يدعى له و عليه، إلى غير ذلك من الحقوق و الواجبات التي ترسم الشريعة الإسلامية حدودها [416] .

و تطلق عبارة الناظر على متولي الوقف و القيم عليه، أو المشرف على متولي الوقف، وقيل أن القيم و المتولي و الناظر في كلامهم بمعنى واحد عند الإفراد، أما لو شرط الواقف متوليا و ناظرا عليه فيراد بالناظر المشرف على متولي الوقف .

و الهدف من تعيين الناظر أو القيم أو المتولي على الوقف هو العمل على تحقيق المقاصد الشرعية للوقف بحبس أصله، و التصدق بثمرته على المدى الطويل، وذلك بحفظ أعيان الوقف و إدارة أمواله و استثماره، وحفظ غلته و ريعه، و توزيعه و حماية الأصل و الدفاع عن حقوقه المخاصمة له .

([414]) ابن منظور : لسان العرب، المصدر السابق، ج 5، ص 219 . ا

([415]) الفيومي : المصباح المنير، المصدر السابق، ص 612 .

([416]) خالد عبد الله الشعيب : النظارة على الوقف، رسالة دكتوراه، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، ط1 (1426 هـ . 2006 م)، ص 58 .

ثالثا : النظارة في التشريع الجزائري

يعتمد المشرع الجزائري في تحديده لمفهوم النظارة على المفهوم الفقهي لها، ذلك أن تأصيل الأوقاف ينطلق من الأساس الشرعي .

لم يتعرض قانون الأوقاف 91 . 10 على تحديد مفهوم النظارة و إنما ركز في ومواده على ماهية الوقف (أركانه، شروطه، مبطلاته، .....)، فإن المرسوم التنفيذي رقم 98 . 381 أشار في مادته السابعة إلى معنى النظارة، إذ نصت هذه المادة على أنه : (يقصد بنظارة الوقف في صلب هذا النص ما يأتي : التسيير المباشر للملك الوقفي، رعايته، عمارته، استغلاله، حفظه، حمايته) [417] .

ومنه يلاحظ من هذه المادة أن المشرع الجزائري ذهب إلى تعداد جملة من التصرفات التي يجب على الناظر القيام بها دون بيان المعنى الحقيقي و الدقيق للنظارة أو الناظر .

و تقوم اليوم وزارات الشؤون الدينية و الأوقاف بعمل النظارة [418] على الوقف و إدارته في كثير من البلدان الإسلامية بل في أكثرها على غرار ما هو قائم في الجزائر، و تنهض بتنظيم شؤون الأوقاف باسم الدولة و تتولى أعمال الناظر (المذكور في كتب الفقه) كاملة، كل حسبما نص عليه الفقهاء و شرطه الواقفون في حجج أوقافهم [419] .

ومن كل ذلك يمكن القول إن اشتراط وجود نائب يعبر عن إرادة الشخصية الاعتبارية لا يعدمه الوقف، والمتمثل في ناظره ؛ فهو المعبر عن إرادته و المسؤول عن رعايته و تنميته، وإبرام العقود النافعة باسمه، وهذا ما نص عليه الفقهاء في كتبهم الفقهية [420] .

ومن أمثلة ذلك، ما ذكره ابن شاس [421] الفقيه المالكي :" أن تولية أمر الوقف، والنظر في مصالحه إلى من شرط الواقف ؛ فإن لم يول، ولاه الحاكم، و يتول هو بنفسه " [422]

([417]) زكريا بن تونس : المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال قانون الأوقاف الجزائري، المرجع السابق، ص 98 .

([418]) كان في السابق القضاء العادي هو من يتولى القيام بشؤون الأوقاف، بحفظ أصولها و القبض عليها، و صرفها في سبيلها، بينما كان ديوان المظالم يقوم بالنظر في شؤون الأوقاف من ناحية تنفيذ شروطها و بناء ما خرب منها، و محاسبة النظراء عليها، أنظر : محمد مصطفى الزحيلي : التنظيم القضائي في فقه الإسلامي، (د . ط . د . ت)، ص 125، 127 .

([419]) محمد مصطفى الزحيلي : مشمولات أجرة الناظر المعاصرة، مجلة أوقاف، العدد 6، السنة 3 (ربيع الآخر 1425 هـ . يونيو 2004 م)، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، ص 14 .

([420]) عبد القادر بن عزوز : فقه استثمار الوقف و تمويله في الإسلام، المرجع السابق، ص 68 .

إن كلام ابن شاس، يدل على أن مذهب الفقهاء كابن الهمام و النووي [423].

وغيرهما [424] اشتراط ناظر للوقف، يشرف على تسييره و تنميته أو بتعبير أخر يعبر عن إرادته .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

([421]) **هو الإمام** الفقيه جمال الدين عبد الله بن نجم بن شاس الجذامي، أحد أعلام المالكية في زمانه، من مؤلفاته : **عقد الجواهر الثمينة**، توفي سنة 616هـ . انظر : محمد مخلوف : **شجرة النور، المرجع السابق**، ص 155 .

([422]) **إ بن شاس** : عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، **تحقيق** : محمد أبو الأجفان، و مجموعة من الأساتذة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1/ 1405 هـ – 1995م، ج 3، ص 50 .

([423]) **هو الإمام الفقيه الزاهد**، يحي بن شرف بن مري بن حسن الحزامي النووي الشافعي، من أعلام المذهب الشافعي، من أهم مؤلفاته : المجموع، **رياض الصالحين**، و غيرها من **المصادر الثمينة الأخرى**، توفي سنة 676هـ . انظر : ابن عبد الهادي : **طبقات علماء الحديث، تحقيق** : أكرم اليوشي وإبراهيم الزيبق، مؤسسة الرسالة، بيروت،ط2(1417هـ – 1996م)، ج 4، ص 254، 255، 256، 257 .

([424]) **كمال الدين** ابن الهمام : **شرح فتح القدير، المرجع السابق**، ج6، ص 223 .

المطلب الثاني : المركز القانوني لمن يمثل الشخصية الاعتبارية للوقف

أولا : في الفقه الإسلامي

النظارة كما سبق و أشرنا تصرف شرعي رتب الشارع عليها الكثير من الأحكام، وقد اجتهد فقهاؤنا قديما في أحكامها بحسب ما استجد عندهم من الحوادث، وحتى نستطيع أن نحدد المركز القانوني لمن يمثل الشخصية الاعتبارية للوقف الإسلامي كان **لابد علينا من معرفة حقيقة النظارة على الوقف الإسلامي هل هي عقد بين طرفين كبقية العقود وهو ما يتمثل في عقد الوكالة أو عقد** بصاء، أم هي من قبيل الولايات التي يُفوض إلى أصحابها بالتصرف فيما تحت ولايتهم ضمن قواعد محددة معروفة ؟ .

لعل المتأمل في كتب الفقه الإسلامي يجد كلا فكرتين مطروحتين كالأتي :

أ . النظارة عقد وكالة [425] : **مما سبق يتضح أن النظارة قد تتصف بالصفة العقدية وهي عقد** الوكالة، وذلك في حالة ما إذا اشترط الواقف النظارة لنفسه، ثم عين شخصا آخر على الوقف [426]، فإن الناظر في هذه الحالة يكون وكيلا **عن الواقف باتفاق الفقهاء** .

كما اتفقوا على أن الواقف إذا لم يشترط النظارة لنفسه و شرطها لشخص آخر فإن هذا الشخص يتصرف في الوقف بصفة النيابة و الوكالة لا بصفة الأصالة لكنهم اختلفوا فيمن يمثله الناظر بالوكالة على قولين :

القول الأول : لأبي يوسف من الحنفية [427] **وهو المذهب عندهم و المالكية** [428]، وهو أن الناظر **وكيل عن الواقف** .

القول الثاني : لمحمد بن الحسن من الحنفية [429] **و الشافعية** [430] **و الحنابلة** [431]، وهو أن الناظر **وكيل عن الموقوف عليه** .

([425]) أرجح تعريف للوكالة في الفقه الإسلامي هو تعريف الشافعية مع بعض الإضافة كما يرى بعض الباحثين فيكون التعريف كالآتي : تفويض شخص ما له فعله في تصرف معلوم مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته . أنظر : سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي : أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، دار البحوث للدراسات الإسلامية و إحياء التراث، دبي (الإمارات العربية المتحدة)، ط 1 (1422 هـ . 2002 م)، ص 89 .

([426]) خالد عبد الله الشعيب : النظارة على الوقف، المرجع السابق، ص 62، 63 .

([427]) برهان الدين الطرابلسي : الإسعاف في أحكام الاوقاف، المصدر السابق، ص 39 .

([428]) الحطاب : مواهب الجليل، المصدرالسابق، ج 6، ص 39 .

([429]) برهان الدين الطرابلسي : الإسعاف في أحكام الاوقاف، المصدر السابق، ص 49

ب . النظارة عقد إيصاء : قد تكون حقيقة النظارة على الوقف عقد إيصاء في **حالة ما إذا شرط** الواقف النظارة لأحد بعد وفاته، أو شرطها في حياته و بعد وفاته ؛ لأن الواقف في هذه الحالة قد أقام غيره مقامه بعد وفاته في تصرف من التصرفات و هـذه هي حقيقة الإيصاء، ومن ثم فإن الناظر يتخذ صفة الوصي في تصرفه في الوقف و إدارته [432] .

قال هلال [433] : ((إذا شرط الواقف أن يليها هذا الرجل في حياته وبعد وفاته، فالوصية صحيحة في الحياة وبعد الوفاة، أما في الحياة فهو كالوكيل، وأما بعد الوفاة فهو كالوصي بقول الواقف وبعد وفاتي، فهذه منه وصية إليه في ولايتها)) [434] .

جـ . النظارة من الولايات : قد لا تكون لحقيقة النظارة الصفة العقدية كما في الحالتين السابقتين، **وإنما تكون من قبيل الولايات، وهي ولاية خاصة على الموقوف تثبت ابتداء للواقف أو للقاضي أو** للموقوف عليه على خلاف بين الفقهاء، وذلك في حالة ما إذا لم يعين الواقف على وقفه، أو مات الناظر المشروط له النظر من قِبل الواقف، فإن النظارة في هذه الحال تثبت لأحد المذكورين أنفا ابتداء **دون تعيين من أحد .**

وثبوت النظر لأحد هؤلاء المذكورين يكون من قبيل الولاية و ليس من قبيل العقد، ذلك أن من مقومـات العقد وجود عاقدان و صيغة لإنشاء العقد و هو ما لا يمكن توفره في هذه **الحالة** [435] .

ثانيا : في القانون الوضعي :

لقد ثار جدل قانوني حول من يمثل الشخص الاعتباري وهي الشخص أو الجماعة التي تتولى تصريف شؤون الشخص الاعتباري و تمثله، أيكون هذا التمثيل و التصرف بالوكالة عنه، أم بالنيابة القانونية، فيستمد هؤلاء سلطتهم في التصرف من القانون ذاته، فيكون مركزهم القانوني كمركز الولي

([430]) الخطيب الشربيني : مغني المحتاج، المصدر السابق، ج 2، ص 393، 394 .

([431]) موفق الدين ابن قدامة : المغني، المصدر السابق، ج 6، ص 197

([432])خالد عبد الله الشعيب : النظارة على الوقف، المرجع السابق، ص 65 .

([433]) هو هلال بن يحي بن مسلم البصري، من فقهاء الحنفية الكبار، لُقب بـ : هلال الرأي لسعة علمه وكثرة فقهه، أخذ العلم عن أبو يوسف و زفر، وروى الحديث عن أبي عوانة و ابن مهدي، تتلمذ على يديه عديد العلماء منهم : بكار بن قُتيبة و عبد الله بن قحطبة و الحسن بن بسطام، توفي سنة 245 هـ، من أهم مصنفاته : الشروط وهو أول كتاب أُلف في الشروط و السجلات، وكتاب أحكام الوقف. أنظر : ابن أبي الوفاء : الجواهر المضية 3 / 572، الأعلام 8 / 92 .

([434]) نقلا عن : خالد عبد الله الشعيب : النظارة على الوقف، المرجع السابق، ص 65 .

([435]) خالد عبد الله الشعيب : النظارة على الوقف، المرجع السابق، ص 66 .

أو الوصي أو القيم الذي ينوب عن عديم الأهلية أو ناقصها في التصرف، أم هناك تكييف قانوني آخر ؟.

يعيب بعض القانونيين فكرة الوكالة ؛ لأنها تفترض وجود إرادتين إحداهما للموكل (الشخص الاعتباري)، و الأخرى للوكيل (الشخص الطبيعي الذي يمثله)، وواقع الأمر أن الموكل لا إرادة له، حيث أن القدرة الإرادية مبنية على التمييز، وكلاهما من خصائص الشخص الطبيعي، ولعل هذا الذي حذا بالمشرع الوضعي على النص بأن الشخص الاعتباري يكون له نائب يعبر له عن إرادته .

ويعيب فريق آخر فكرة النيابة القانونية، إذ يرون أن قيام شخص أو أشخاص طبيعيين بتمثيل الشخص الاعتباري و القيام بنشاطه نيابة عنه شيء مرتبط بطبيعته، فهو أمر دائم مادام الشخص الاعتباري قائما، أما نيابة الوصي أو الولي أو القيم عن عديمي الأهلية، أو ناقصيها إنما هي لحماية هؤلاء، تلك الحماية التي ريثما تُرفع برفع الوصاية أو الولاية أو القوامة عندما تكتمل الأهلية أو تُرد إلى صاحبها، ومن ثم نجد أن النيابة عن الشخص الاعتباري دائمة و مرتبطة بطبيعته، و النيابة الثانية استثناء مؤقت من أصل تصرف الإنسان بنفسه لنفسه [436] .

و أمام ما وُجه لهاتين الفكرتين من انتقادات ذهب فريق من الفقه الحديث إلى القول بنظرية الجهاز أو العضو أو الأداة، وهي تعني أن الشخص الاعتباري يستند في وُجوده إلى أجهزة تعتبر جزءً منه، ويستخدمها في مباشرة نشاطه، كما يستخدم الشخص الطبيعي أعضاء جسمه، بحيث يُعتبر العمل الذي تقوم به هذه الأجهزة هو عمل الشخص الاعتباري نفسه .

ويرى فقهاء القانون أن لهذه النظرية ميزتها و عيبها، أما الميزة فتتمثل في جعل مسؤولية الشخص الاعتباري عما يصدر من أعمال ممثليه مسؤولية مباشرة، ومن هذه الزاوية تفضل نظرية الوكالة و النيابة القانونية .

وأما عيبها فيتمثل في المبالغة في تشبيه الشخص الاعتباري بالشخص الطبيعي في فكرة التكوين العضوي، على الرغم من الخلاف الحقيقي في هذا الأمر [437] .

لكن وعلى الرغم من ذلك فإن المشكلة التي تطرح نفسها على مستوى التشريع الجزائري، وخاصة على المستوى الهيكل المسير للأوقاف في الجزائر هو وجود جهتين مسيرتين ومختلفتين تتمثل

([436]) عبد المنعم فرج الصده : أصول القانون، المرجع السابق، ص 454، 455 .

([437]) أحمد محمود الخولي : نظرية الشخصية الاعتبارية بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 41 .

فيما يسمى بوكيل الأوقاف و ناظر الملك الوقفي الذي يعتبر أقل درجة من الأول، ومنه فالسؤال المطروح يكمن في أنه إذا كان وكيل الأوقاف وكيلا بمقتضى عقد الوكالة، فما هو التكييف القانوني لناظر الأوقاف خاصة إذا علمنا أن الناظر هو الممثل المباشر الذي يعبر عن إرادة الشخصية الاعتبارية للوقف كما سنرى أي هو الذي ينصرف إليه الذهن إذا ما أردنا الكلام عن عمن يعبر عن إرادة الشخصية الاعتبارية للوقف ؟، وهل وكيل الأوقاف يعتبر وكيلا بمعنى الوكالة القانونية **و** الشرعية التي نعلمها ؟ .

يمكن القول إجابة عن السؤال المطروح أنه و بالنظر إلى نص المادة السادسة و العشرون (26) و التي تتعلق بشروط توظيف وكيل الأوقاف و التي قررت أنه يتم عن طريق المسابقة على أساس الشهادات بالنسبة للحاصلين على درجة الماجستير في العلوم **الإسلامية، وعن طريق الاختيار بالنسبة** للحاصلين على شهادة الليسانس في العلوم الإسلامية أو ما يعادلها، أو الأئمة الأساتذة المرسمين الذين يمتلكون أقدمية ثلاث سنوات في الخدمة، المسجلين في قائمة التأهيل (في حدود **20 بالمائة من المناصب المتاحة)، أو عن طريق** التأهيل المهني من بين موظفي قطاع الشؤون الدينية المرتبين في **الصنف 15** على الأقل المثبتين لأقدمية خمس سنوات و المسجلين في قائمة التأهيل، و منه فلا إشارة في هذه المادة لمن اشترط له الواقف (باعتباره هو الموكل) النظارة بعده أو اشترطها له مباشرة إذا لم تتوفر فيه هذه الشروط، و بالتالي يمكن القول على حسب اطلاعنا . أن إطلاق المشرع الجزائري لهذا المصطلح . مصطلح وكيل الأوقاف . إنما كان من باب التمييز بينه و بين ناظر الملك الوقفي لا غير دون النظر للمعنى الدقيق الذي يشير إليه المصطلح في القانون أو في الفقه الإسلامي .

ثالثا : مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

إذا كان هذا هو التكييف القانوني لمن يمثل الشخص الاعتباري بصفة عامة، فإن التكييف القانوني لمن يمثل الشخصية الاعتبارية للوقف يختلف عن باقي الشخصيات الاعتبارية الأخرى، ذلك أنه بإمكان من يمثل الشخصية الاعتبارية للوقف أن يكون وكيلا بمقتضى عقد الوكالة، كما بإمكانه أن **يكون وصيا بمقتضى عقد الإيصاء على خلاف ما عِيب عن عقد الوكالة آنفا مثلا .**

ومنه فإنه يمكن القول أن التكييف القانوني لمن يمثل الشخصية الاعتبارية للوقف على مستوى **القانون الوضعي أو بالأحرى** التشريع الجزائري ينبغي أن يكون تبعا لما جاء به الفقه الإسلامي عملا بالمادة الثانية من قانون الأوقاف التي تنص على أنه يُرجع للشريعة الإسلامية فيما لم يُنص عليه في **قانون الأوقاف .**

المطلب الثالث : علاقة ناظر الوقف بالشخصية الاعتبارية له

يُعتبر تحديد العلاقة القائمة بين القائم على إدارة الأوقاف و جهة الوقف . أي الشخصية الاعتبارية للوقف . ذات أهمية بالغة، إذ من خلالها يمكن الوقوف على حدود تصرف القائم ومدى المسؤولية المترتبة عن هذه العلاقة [438] .

وللقائم على الأوقاف صفة متميزة اكتسبها من تميز الشخصية الاعتبارية للوقف نفسها مقارنة بسائر الشخصيات الاعتبارية الأخرى، فقد يكون القائم على جهة الوقف (الشخصية الاعتبارية للوقف) هو الواقف نفسه، أو شخص آخر يقوم الواقف بتوليته شؤون الوقف و تسييره، وقد يكون معينا من قبل الجهة التي لها الولاية العامة، بالإضافة إلى هذا فإن للقائم على الشخصية الاعتبارية للوقف مهمة مزدوجة دُنيوية باعتبار التسيير الإداري للأوقاف، و دينية باعتبار الحرمة الشرعية التي تُميّز الأموال الوقفية و كذا مآلها .

أولا : علاقة ناظر الوقف بالشخصية الاعتبارية له في الفقه الإسلامي

تذهب أكثر الآراء الفقهية إلى اعتبار القائم على الوقف . أي الشخصية الاعتبارية للوقف . وكيلا و نائبا، مع اختلافهم في من هو وكيل عنهم، أهم الموقوف عليهم أم الواقف أم القاضي، أم من له الولاية العامة، حقيقة الاختلاف بين الفقهاء مردّها إلى اختلاف آرائهم بمن له الولاية على الوقف أصلا .

و السديد في هذا الأمر، و الرافع للخلاف هو اعتماد الرأي الذي يجعل ناظر الوقف وكيلا عمن عيّنه و ألحق به هذه الولاية، فإن عيّنه الواقف اعتبر وكيلا عن الواقف، و إن اختاره الموقوف عليهم كان وكيلا عن الموقوف عليهم، و إن اختاره القاضي كان وكيلا له على الأوقاف [439] .

و اتفاق الفقهاء على جعل علاقة الناظر بالوقف علاقة وكالة، لا يعني أنها وكالة من جميع الوجوه بل هي وكالة من وجهة أن يده نائبة [440]، وهو ما يجعل يده على الأوقاف يد أمانة، أي أنه لا يضمن إلا بالتعدي و التقصير، و إنما كانت يده يد أمانة لأنه يعمل لمصلحة غيره و جاء وضع يده

([438]) **زكريا بن تونس** : المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال قانون الأوقاف الجزائري، **المرجع السابق، ص** 99 .

([439]) **زكريا بن تونس** : **المسؤولية المدنية** المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال قانون الأوقاف الجزائري، **المرجع السابق،** ص 99 .

([440]) أبو زهرة : محاضرات في الوقف، **المرجع السابق،** 404 .

على الوقف بسبب شرعي، فلا يُعد معتديا في الأموال التي تحت يده، و لا يضمن منها إلا بالتعدي أو الإهمال أو التقصير، ومسؤوليته مقيدة بشرط الخطإ وليست مسؤولية مطلقة كما هو الحال في الغصب، لكنه يُفرق في الضمان بين الوكيل الذي **يأخذ أجرة و الوكيل الذي لا يأخذ أجرة** [441]، فإذا هلك شيء من الوقف بشكل لا دخل للناظر فيه، ولم يكن بمقدوره تجاوزه كآفة سماوية فلا ضمان على الناظر، أما إذا ثبتت خيانته لأمانة الإشراف التي استأمن عليها، انتقلت يده من يد أمانة إلى يد مدمرة حق عليها الغرم ولا مانع **من أن توضع زواجر رادعة** [442] **للنظار الخائنين ليكونوا** عبرة لغيرهم، و اعتبر الناظر بذلك ضامن لما بدر منه و لما فرّط فيه [443] .

ثانيا : علاقة ناظر الوقف بالشخصية الاعتبارية له في التشريع الجزائري

يعتبر المشرع الجزائري ناظر الوقف أمينا على الوقف بما أنه **وكيلا على الموقوف عليهم، إلا أن** المشرع آخذا برأي الجمهور لم يطلق صفة الأمانة دون قيد بل نص على أنه ضامن لكل تقصير في مواجهة الموقوف عليهم، و الأثر قانوني لذلك هو معاملة الناظر المبدد لمال الوقف معاملة الوكيل **المبدد لمال موكله، فلا تقبل أقواله إلا إذا عززت** بمستندات صحيحة، وإذا قصّر في واجبه اعتبر ضامنا لما نشأ عن تقصيره إلا إذا كان تقصيرا يسيرا، أما إذا كان ممن يأخذ أجرا على نظارته فيعتبر ضاما لكل تقصير لأنه أجير .

ومن هنا يظهر بأن صفة النيابة [444] و الوكالة ملازمة لوضعية الناظر أو القائم على الأوقاف **تجاه** الأملاك الوقفية، و بالتالي فهو لا يتصرف في أصل ماله الخاص، و أي خروج و تجاوز

([441]) محمد أحمد سراج : ضمان العُدوان في الفقه الإسلامي، **المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع**، بيروت (لبنان)، ط 1 (1414 هـ . 1993 م)، ص 324 .

([442]) ذكر أبوا زهرة أن بعض القضاة في الأزمنة السابقة كانوا يستخدمون السوط في زجر النظار، وذكر عن أبي الطاهر عبد الملك بن محمد الحزمي الذي وُلي قضاء مصر سنة 173 هـ أنه كان يتفقد الأحباس بنفسه ثلاثة أيام في كل شهر، **يأمر برمتها و** إصلاحها و كنس ترابها، **ومعه طائفة من عماله عليها**، فإن رأى خللا في شيء منها ضرب المتولي عشر جلدات، أنظر : **أبو زهرة**، محاضرات في الوقف، **المرجع السابق**، ص 398، 399 .

([443]) أبو زهرة : محاضرات في الوقف، **المرجع السابق**، ص 398 .

([444]) لم يخرج الفقهاء المتأخرين في تعريفهم للنيابة، عن التعريف الذي وضعه فقهاء اللغة، وهو يدور حول قيام شخص مقام آخر في تصرف ما.

وقد عرّف الأستاذ أحمد حمد النيابة بقوله: هي التصرف عن الغير، ويراد به أن ينوب إنسان عن غيره في عمل تعود منفعته إلى الأصيل، ولقد فهم الأستاذ أحمد حمد أن هذه التصرفات التعاقدية التي يقوم بها إنسان لمصلحة آخر أنها تصرفات نيابية، ويطلق

لمقتضى الأمانة الموضوعة فيه فإنه يتحمل المسؤولية و تبعاتها [445] .

كما يمكن القول و الإشارة إلى أن موقف المشرع الجزائري كان موافقا لما جاء به الفقه الإسلامي من أن يد الناظر يد أمانة، لا يلزمه الضمان حتى يثبت تقصيره .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

عليها في الوقت نفسه لفظ الوكالة. **أنظر**، أحمد حمد : نظرية النيابة في الشريعة والقانون، دار القلم، الكويت، ط1(1401هـ-1981م)، ص 19، 21، 22.

([445]) **زكريا بن تونس : المسؤولية المدنية المترتبة** عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال قانون الأوقاف الجزائري، **المرجع السابق**، ص 100، 101 .

المبحث الخامس : الإسم و الموطن و الجنسية كآثار للشخصية الاعتبارية للوقف

نتناول في هذا المبحث الاسم و الموطن و الجنسية كآثار أصلية للشّخصية الاعتبارية للوقف و ذالك من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : الإسم كأثر أصلي للشخصية الاعتبارية للوقف

المطلب الثاني : الموطن كأثر أصلي للشخصية الاعتبارية للوقف

المطلب الثالث : الجنسية كأثر أصلي للشخصية الاعتبارية للوقف

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول : الإسم كأثر أصلي للشخصية الاعتبارية للوقف

الإسم خصيصة هامة من خصائص الشخص الاعتباري، و إذا كان الوقف لا يستلزم بالضرورة أن يكون له إسم، إلا أن وجود اسم للوقف جائز تماما فهناك أوقاف تسمى بأسماء الواقفين، بل إن إسم الوقف له دور جوهري في تمييز الشخص الاعتباري عن غيره و تحديد ذاتيته، لذا فإن كافة التشريعات تهتم بأن يكون للشخص الاعتباري اسم خاص به، وكمبدأ عام فإنه على خلاف الأشخاص الطبيعية يجوز اختيار أي إسم ليعبر عن الشخص الاعتباري .

و إذا كان اسم الجمعيات غالبا ما يأخذ من الغرض الذي أنشأت من أجله، فإن اسم الوقف يكون في العادة مستمدا من اسم الواقفين، ذلك أن اسم الوقف ظل مبعث فخر للواقفين و أسرهم من بعدهم [446]، و من ذلك أوقاف محمد الزنكي و أوقاف صلاح الدين الأيوبي بالشام، و كذا وقف سيدي يحيى [447]، ووقف سيدي مجوبة [448] بالجزائر، لكن لم يكن ذلك هو السائد فقط، إذ شهد تاريخ الحُبس ظهور أوقاف كانت تسمى باعتبار الغرض الذي أنشأت منه على غرار ما كان سائدا عندنا في الجزائر، حيث عرفت بلادنا كل من مؤسسة الحرمين الوقفية [449] التي كانت أوقافها تابعة للحرمين، وأوقاف الجامع الأعظم [450] التي كانت أوقافها هي الأخرى على الجامع الأعظم

([446]) داليا محمد شتا أبو سعد : الشخصية الاعتبارية للوقف دراسة قانونية شرعية مقارنة، المرجع السابق، ص 135، 136 .

([447]) يسمى هذا الوقف وقف " سيدي يحي الطيار " يقع ببلدية بئر مراد رايس، يعود هذا الوقف لأكثر من ثلاثة قرون من الزمن حسب بعض الكتابات التاريخية . أنظر : مكتب خبرة عقارية و هندسة معمارية مكلف بالبحث عن أوقاف الجزائرية من قبل وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف : تجربة الجزائر في عملية البحث عن الأملاك الوقفية، بحث مقدم للملتقى الدولي الثاني الموسوم بعنوان : الوقف الإسلامي في الجزائر تاريخه و سبل تفعيله، المنعقد بقسنطينة، أيام 15 . 16 . 17 جمادى الثانية 1430 هـ الموافق لـ 09 . 10 . 11 جوان 2009 م، ص 1 .

([448]) وقف سيدي مجوبة هو في الأصل زاوية للتعليم ومازالت شواهد هذه الزاوية قائمة إلى يومنا هذا و كانت له أوقاف تابعة له، يقع هذا الوقف بالجزائر العاصمة . أنظر : المرجع نفسه، ص 3 .

([449]) أكد القنصل الفرنسي فاليار لدا زيارته للجزائر العاصمة عام 1781 م أن مؤسسة الحرمين الشريفين تمتلك جل مساكن مدينة الجزائر، و أغلب البساتين المحاورة لها . أنظر : نادية براهيمي : الوقف و علاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ص

([450]) تجاوزت أوقاف هذه المؤسسة 543 وقفا خلال سنة 1841 م . أنظر : أبو القاسم سعد الله : تاريخ الجزائر الثقافي، بيروت، ط1 (1998 م)، ج5، ص

بالعاصمة، و أوقاف مسجد و مدرسة أبي مدين [451] بتلمسان التي وُقفت على المسجد و المدرسة ، بل و يُحدد لنا الباحث موسى بن خميس بن محمد البوسعيدي أكثر من 48 إسما لمؤسسات وقفية بسلطنة عمان [452] لها تدل تسمياتها على الغرض الذي أنشأت من أجله كأوقاف الأفلاج [453]، و أوقاف المعلمين، و اوقاف القرطاس [454] و اوقاف العميان و و اوقاف المقاشيع [455] و أوقاف الطوبان [456] و غيرها من الأوقاف الأخرى التي إن دلت على شيء فإنها تدل على كثرة الأوقاف و تنوعها و حسن تنظيمها و ترتيبها .

([451]) يملك هذا الوقف أقدم و ثيقة وقفية في الجزائر إذ يُرجع تاريخها إلى عام 906 هـ الموافق لـ 1500 م، تتوزع أوقاف أبي مدين على الشكل التالي : 09 بساتين، 04 مزارع، قطعتا أرض، طاحونتان، حمام واحد داخل تلمسان، و نصف حمام بالمنصورة، بالإضافة إلى نصف بستان و قطعة أرض للحراثة تقدر مساحتها بعشر زوجات (100) هكتار، و قطعة أرض صالحة للزراعة تقدر مساحتها بعشرين زوجة (200 هكتار) . أنظر : ناصر الدين سعيدوني : دراسات تاريخية في الملكية و الوقف و الجباية، دار الغرب الإسلامي، بيروت (لبنان)، ط1 (2001)، ص

([452]) موسى بن خميس بن محمد البوسعيدي : الشخصية الاعتبارية للوقف، وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية لسلطنة عمان، مسقط، ط1 (1422 هـ . 2002 م)، ص 208 .

([453]) توجد هذه الأوقاف في أغلب القرى العمانية، نظرا لاعتماد أهل عمان منذ القدم على تلك الأفلاج في الاستعمال المنزلي و الزراعة، و لهذا وقفت العديد من الأموال لصالح هذه الأفلاج لضمان استمرار تدفق الماء و لصيانة عين الفلج و قنواته، و يفهم من هذه العبارة أن الأفلاج هي عبارة عن أحواض تجمع فيها المياه أنظر : موسى بن خميس بن محمد البوسعيدي : الشخصية الاعتبارية للوقف، المرجع السابق، ص 109 .

([454]) هو ما يُخصص لكتابة الصكوك فقط، فيشترى من ريع ذالك الوقف الورق و المداد و ما يخص ذالك لكتابة الصكوك الوقفية . أنظر : المرجع نفسه، ص 110 .

([455]) و يقصد به صرف مبلغ من ريع الوقف لشراء عصي العميان و نحو ذالك . أنظر : المرجع نفسه، ص 111 .

([456]) يقصد بالطوبان الآبار . أنظر : المرجع نفسه، ص 114

المطلب الثاني : الموطن كأثر أصلي للشخصية الاعتبارية للوقف

إن المقصود من **الموطن الخاص بالشخصية الاعتبارية، هو المكان الذي أنشئت فيه والذي تزاول فيه نشاطها، و** موطن الوقف هو مكان وجود مديريته المركزية المشرفة على تسيير شؤونه و توابعها عبر التراب الوطني أو خارجه، فموطن الوقف إذن ؛ هو المكان الذي أنشأ فيه عقد الوقف، **وترتبت عليه آثار العقد شرعا** [1] .

و تظهر أهمية **الموطن** بالنسبة **للشخص الاعتباري بصفة عامة و الشخصية الاعتبارية للوقف** صفة خاصة في سهولة توجيه إعلانات مقاضاتها و توصيلها إليها، وليس هذا فحسب ذلك أن الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق و الواجبات إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، و لا يخفى على أحد شدة احتياج كل إنسان لموطن خاص حتى **يسهل إيصال حقوقه وواجباته إليه.**

و يظهر أكثر أهمية هذا الموطن بالنسبة للوقف إذا كان موجودا خارج البلد حتى يُتمكن من تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص عليه، و لعل أبرز مثال على هذه الأهمية الأوقاف **محمد علي بمدينة قولة و** جزيرة طاشيوز باليونان التي مازالت موضوعا للمفاوضات الرسمية بين مصر و اليونان **منذ قيام ثورة 1952** م، و لم تنته بعد (حتى سنة **1997** م) [2] .

([1]) عبد القادر بن عزوز : فقه تمويل الوقف و استثماره، **المرجع السابق، ص** 67 .

([2]) داليا محمد شتا أبو سعد : الشخصية الاعتبارية للوقف دراسة قانونية شرعية مقارنة، **المرجع السابق، ص**138، 139 .

المطلب الثالث : الجنسية كأثر أصلي للشخصية الاعتبارية للوقف

إن من ثوابت الأمور في الوقت الحالي أن الشخص الاعتباري يجب أن يُسند إلى دولة معينة من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على إنشائه و تسييره و انحلاله، و الوقف له جنسيته ككل شخص اعتباري آخر [1] .

و إذا كان مصطلح الجنسية من مشتقات القانون الوضعي، فإن النظام الإسلامي قديما لم يعرف هذا المصطلح، ذلك أن الإسلام هو الرابط الوحيد بين المسلمين جميعا أينما كانوا في دار الإسلام أو دار الحرب .

لقد وُجدت في التاريخ الإسلامي أوقاف رُصدت لفك الأسرى من المسلمين في ديار لحرب، مما يدل على أن الجنسية التي كانت تتمتع بها الشخصية الاعتبارية للوقف في ذلك الوقت هي الجنسية الإسلامية إن صح التعبير .

ذلك من الناحية الفقهية الإسلامية، أما فيما يتعلق بالجانب القانوني فالمشرع الوضعي بما له من سيادة على بلاده يستطيع أن يفرض من الأحكام ما يتفق مع سيادته و مصالحه، و بالتالي فإن القواعد القانونية السارية هي التي تطبق على جميع الأشخاص الطبيعيين و الاعتباريين على حد السواء، فإذا كان الوقف عبر التاريخ ليس له جنسية واضحة ؛ لأن قواعد الشريعة الإسلامية هي التي تحكمه، فإنه في الوقت الحاضر يخضع للقواعد القانونية التي يصدرها المشرع المحلي، و بالتالي يمكن القول بتمتع الوقف كشخص اعتباري بجنسية البلد الموجود فيها أعيان الوقف، أو جنسية الواقف ، لكن ما يواجهنا في بعض الأحيان أن نجد مسلما يتمتع بجنسية دولة معينة يملك عقارا في دولة أخرى، و قام بوقفه في سبيل الله، أو لصالح مسجد في دولة أخرى ثالثة، فأي جنسية يتمتع بها هذا الوقف ؟ .

إن المعيار السائد في معظم القوانين يربط بين الجنسية و بين مركز الإدارة الرئيسي الفعلي، فإذا اتخذ شخص اعتباري بلدا معينا مركزا لإدارته ثبتت له جنسية هذا البلد، و تبعا لذلك تتحدد جنسية الشخصية الاعتبارية للوقف في المكان الذي يقع فيه مركز إدارته، وطبقا للجنسية يتحدد

([1]) داليا محمد شتا أبو سعد : الشخصية الاعتبارية للوقف دراسة قانونية شرعية مقارنة، المرجع السابق، ص 140 .

القانون الواجب التطبيق، و بالتالي لا يمكن الاعتداد بجنسية الواقف، أو جنسية ناظر الوقف، بل بالمكان الذي تدار منه أعيان الوقف، وهو غالبا ما يكون مكان أعيان الوقف في الديار الإسلامية [1].

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

([1]) جمعة محمود الزريقي : الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، المرجع السابق، 101، 102، 103 .

خلاصة :

لا يمكن أن يكون للاعتراف للوقف بالشخصية الاعتبارية فائدة إذا لم يكن لهذا الاعتراف آثار **تعود** بالفائدة على الوقف في حد ذاته **، و ذلك ما كان بعد** إقرار المشرع الجزائري بهذه الشخصية للوقف الإسلامي، ما أعطى لها . الآثار . وجودا قانونيا بعد أن سجلت وجودها حتى قبل أن تظهر نظرية الشخصية الاعتبارية في حد ذاتها .

و لعل من بين أهم هذه الآثار تلك المسؤولية التي يمكن أن تلقى على عاتق الوقف باعتباره شخصية الاعتبارية، سواء كانت هذه المسؤولية مدنية أو جنائية، فما كان بالإمكان مسائلة الوقف إلا بعد الاعتراف له بهذه الشخصية .

كما تعتبر كل من الذمة المالية و الأهلية التي يتمتع بها الوقف بالإضافة إلى وجود الشخص الذي يعبر عن إرادته و يتقاضى باسمه و الذي يتمثل في الناظر بتعبير الفقه الإسلامي من آثار الشخصية بارية للوقف أو بالأحرى من آثار الاعتراف للوقف بالشخصية الاعتبارية باعتبار أنها كانت جودة قبل الاعتراف للوقف بهذه الشخصية، فالاعتراف هو من أخرجها و أعطى لها وجودا قانونيا، فلولاه ما أمكن لنا الاعتراف بأحقية الوقف في اكتساب الحقوق و تحمل الواجبات مثلا، و لا دخول الأشياء في ملكيته المنفصل عن ملكية مؤسسه (الواقف)، و لا أمكن لأي شخص أن يتكلم باسمه و يعبر عن إرادته .

الفصل الثالث :

الآثار التبعية للشخصية الاعتبارية للوقف

المبحث الأول : الشخصية الاعتبارية للوقف و أثرها على لزومه

المبحث الثاني : الشخصية الاعتبارية للوقف و أثرها على ملكية الوقف

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تمهيد :

لقد تعددت آراء الفقهاء حول كثير من مسائل الوقف، حتى إن الباحث ليجد صعوبة كبيرة في ترجيح رأي معين على حساب الآراء المتعددة حول مسألة معينة .

لكن وبعد اعتراف المشرع الجزائري . شأنه في ذلك شأن العديد من التشريعات العربية الأخرى . للوقف بالشخصية الاعتبارية، أصبح من الممكن جدا ترجيح آراء معينة على حساب آراء أخرى تبعا لما تمليه علينا خصائص و مميزات نظرية الشخصية الاعتبارية في حد ذاتها، وهذا ما يمثل الآثار الجانبية أو التبعية للشخصية الاعتبارية للوقف .

لذا تعتبر مسألتي ملكية الوقف و لزومه من المسائل الأكثر جدلا بين الفقهاء، و التي يتفرع عنها بدورها اختلاف في مسائل أخرى، إذ الفصل فيهما يعتبر فصلا في العديد من أحكام الوقف الأخرى كالاشتراط التسليم و القبض مثلا من عدم اشتراطه، و جواز الوقف على النفس و الوقف المؤقت و غيرها من المسائل الأخرى، فأمام الاعتراف للوقف بالشخصية الاعتبارية أصبح من السهل جدا الفصل في تلك المسائل بعد الفصل في مسألتي الملكية و اللزوم .

المبحث الأول : الشخصية الاعتبارية للوقف و أثرها على لزومه

اختلف الفقهاء في لزوم الوقف، فذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية و المالكية والشافعية والحنابلة في المذهب إلى أنّ الوقف متى صدر ممّن هو أهل للتصرّف مستكملا شرائطه أصبح لازما، وذهب الإمام أبو حنيفة إلى القول بعدم لزوم الوقف إلاّ في حالتين سيأتي بيانهما. وعليه سنقوم بعرض أدلة الفريقين ومناقشتها لنرى أثر فكرة الشخصية الاعتبارية للوقف على لزومه، كل ذلك من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : رأي القائلين بعدم لزوم الوقف

المطلب الثاني : رأي القائلين بلزوم الوقف

المطلب الثالث : أثر الشخصية الاعتبارية على لزوم الوقف

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول : رأي القائلين بعدم لزوم [1] الوقف

ذهب إلى هذا الرأي أبو حنيفة وتلميذه زُفَر من أنّ الوقف عقد غير لازم بمنزلة العارية [2]، والعارية جائزة غير لازمة إذ يحق للواقف الرجوع عن وقفه كما يحق له التصرف فيه بالبيع أو الهبة أو الرّهن أو غير ذلك من التصرفات مع الكراهة [3]، ولا يكون الوقف عقدا لازما إلاّ في ثلاث حالات، هي : حالة قضاء الحاكم إذ إن قول الحاكم (القاضي) يرفع الخلاف، وحالة إخراجه مخرج الوصية بعد الوفاة، وحالة المسجد [4] .

وصورة حكم الحاكم الذي به يزول الملك عنده أن يسلمه إلى متمولٍ، ثم يظهر أن يرجع فيه، فيخاصمه إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه، وفي حالة إخراجه مخرج الوصية بعد الوفاة يصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم [5] .

واستدل أبو حنيفة لرأيه بما يأتي :

أولا : الأدلة النقلية [6]

- **ما رُوي عن ابن عباس،** أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال لمّا نزلت آية الفرائض : **(لا حبس بعد سورة النّساء)** [7].

([1]) يُقصد بلزوم الوقف أن لا يملك أحد المتعاقدين فسخ العقد إلا برضا الآخر، وأ ما معنى عدم اللزوم كون أحد المتعاقدين يمكن له أن يستقل بفسخه للعقد متى شاء بدون توقف على رضا الآخر . أنظر : شاكر الحنبلي و محمود بك النحاس : موجز في أحكام الأوقاف، مطبعة التوفيق، دمشق (سوريا)، د . ط (1346 هـ)، ص 5 .

([2]) معنى ذلك أنه كما يحق للمعير أن يتبرع بمنفعة العين المعارة تبرعا غير لازم، يجوز له أن يرجع عن تبرعه في أي وقت شاء، كذلك الواقف يتبرع بمنفعة العين الموقوفة تبرعا غير لازم فيجوز له أن يعدل عنه في أي وقت شاء، وكما أن العين المعارة تبقى على ملك المعير، كذلك العين الموقوفة تبقى على ملك الواقف.

وإنّما كان الوقف بمنزلة العارية ولم يكن عارية حقيقية عند أبي حنيفة، لوجود الفارق بينهما. أنظر : زكي الدين شعبان ومحمد الغندور: أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص457.

([3]) وهبة الزحيلي : الوصايا و الوقف، دار الفكر، دمشق (سوريا)، ط2 (1414 هـ 1993 م)، ص 169 .

([4]) برهان الدين إبراهيم الطرابلسي : الإسعاف في أحكام الأوقاف، المصدر السابق، ص 7، 8 .

([5]) كمال الدين ابن الهمام : فتح القدير، المصدر السابق، ج 6، ص 204، 207 .

([6]) قد نكرر في هذا المطلب و المطلب الذي يليه مجموعة من الأدلة سبق و أن سردناها في المبحث الثاني من الفصل التمهيدي و ذلك لاختلاف وجه الاستدلال .

([7]) سبق تخريجه .

- وروى الطحّاوي في شرح معاني الآثار، قال : "سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ينهي عن الحبس" [1]

ووجه الدّلالة أنّ لزوم الوقف بقطع التصرّف في رّقبة العين الموقوفة، وخروج العين عن ملك الواقف عند من يقول به، وعدم انتقاله بالإرث، يترتب عليها حبس عن فرائض الله ومنعٌ للورثة من الوصول إلى حقوقهم، كما أن الإرث خلافة شرعية جبرية، ولزوم الوقف مناف لذلك فيكون غير مشروع ؛ لأنه يمنع على الورثة حقوقهم في الإرث، فيكون حبسا عن فرائض الله وهو غير مشروع، لذا فعدم اللزوم يتفق وما جاءت به آيات المواريث، ليأخذ كل ذي حق حقه من الورثة الشرعيين .

فالوقف جائز و لكن لزومه غير جائز، كيلا يترتب على القول باللزوم الوقوع في منهي عنه [2] .

وُردّ على هذا الاستدلال بما يأتي :

يقول الشيخ فتحي الدريني : (ونحن نرى أنَّ لا نسخ مع إمكان التوفيق، وذلك على الوجه الآتي :

- يمكن حمل "الحبس" على معنى منع المال عن الورثة الفعليين بعد وفاة مورثهم، وبعد نزول آيات الفرائض كالنساء والصغار، الذين كانوا يُحرمون من حقهم في الإرث زمن الجاهلية، فأبطل الإسلام ذلك، وأكدته السنّة، وعلى هذا المعنى تُحمل سائر الروايات من مثل: "سمعت رسول الله صلى الله عنه ينهي عن الحبس" تأكيدا لما أبطله القرآن الكريم .

وعلى هذا فلا ترد قضية النّسخ، إذ لا يدخل الوقف أصلا في عموم هذا الحديث ؛ لأن لفظ الحديث "لا حبس" عام أريد به الخصوص ؛ أي خصوص منع الصّغار والنّساء من الإرث مجازا، وهذا لا علاقة له بالوقف ولزومه .

. يمكن التوفيق أيضا من وجه آخر وذلك بالتسليم بعموم الحديث ؛ لأن قوله صلى الله عليه وسلم : (لا حبس عن فرائض الله) ، أو (لا حبس بعد سورة النّساء) عام لوقوع النكرة في سياق النّفي، ويشمل بعمومه الوقف وكل طريق فيه حبس عن الميراث، لكن ورد من السنة الصحيحة الثابتة، ما يُثبت أصل مشروعية الوقف ولزومه فكانت هذه السنة بمثابة المخصص العام الذي ذكرنا .

([1]) سبق تخريجه .

([2]) فتحي الدّريني : دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج 2، ص673 .

. ومن وجوه التوقيف أيضا، أن يُحمل معنى هذا الحديث على إبطال ما كان متعارفا عليه في الجاهلية، من حبس البحيرة، والسائبة، والوصيلة، والحام [1] .

2- احتجوا بما رُوِيَ عن شريح [2] القاضي قال : "جاء محمد ببيع الحبيس"

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن الحبيس هو المال المحبوس عن التصرف فيه، فقد كانت في الجاهلية أموال محبوسة، كالبحيرة و السائبة، فجاء النبي صلى الله عليه وسلم ببيعها، وإبطال حبسها، فالقول بلزوم الحبس يستلزم مشروعية الحبس، وقد جاء النبي صلى الله عليه وسلم بإبطاله، فيكون لزوم الوقف غير مشروع .

ورُدّ على هذا الاستدلال من عدة أوجه :

- ليس المراد بـ : "الحبيس" الوارد فيما روي عن شريح الوقف، بل المقصود منه حبيس الجاهلية المعروف، والمتمثل في البحيرة، و السائبة، و الوصيلة، والحام، وما هذا الأثر إلاّ تأكيدا لما أبطله القرآن الكريم للأحباس الجاهلية المذكورة آنفا ولا علاقة له بالوقف أصلا، ولا بلزومه .

وتوفيقا بين هذا الأثر وبين ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من مشروعية أصل الوقف ولزومه، فيما روي عنه صلى الله عليه وسلم في الكتب الستة، منها وقف عمر رضي الله عنه، تعيّن علينا حمل هذا الأثر على المعنى الذي ذكرناه ما دام ذلك ممكنا .

- معلوم أن البيع أو الإبطال فرع الوجود، ومنه فإنّ الوقف شرع إسلامي اختص به المسلمون، ولم يكن معروفا بصورته الإسلامية في الجاهلية حتى يجيء محمد صلى الله عليه وسلم ببيعه وإبطاله .

- وإذا سلّمنا جدلا أن الأثر شامل للوقف الإسلامي إلا أنه لم يتضمن لفظ النبي صلى الله تعالى عليه وسلم [3]، ولا لم يكن في هذا القول بهذا النص تأدبا مع رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم [4]، وهذا ما يصعب تصور صدوره من قبل القاضي شريح مما يدفعنا إلى القول بأن لفظ محمد الوارد

([1])فتحي الدّريني : دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج 2، ص 675، 677.

([2]) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، أبو أمية، من أشهر القضاة و الفقهاء في صدر الإسلام، أصله من اليمن، وُلي قضاء الكوفة في زمن عمر و عثمان وعلي و معاوية، و استعفى في أيام الحجاج فأعفاه سنة 77 هـ، كان ثقة في الحديث مأمونا في القضاء، له باع في الأدب و الشعر و عمّر طويلا، و مات بالكوفة . أنظر : خير الدين الزركلي : الأعلام (قاموس تراجم لأشهر الرجال و النساء من العرب و المستعربين و المستشرقين)، دار العلم للملايين، بيروت (لبنان)، ط 5، (1980 م)، ج 3، ص 161 .

([3]) فتحي الدّريني: دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر ،المرجع السابق، ج 2، ص 680، 681.

([4]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 61.

في الأثر ليس المراد منه النبي صلى الله عليه وسلم، إنما المراد به أحد الصحابة، ومنه فإن كان كذلك فرأي الصحابي ليس بحجة على الراجح من قول العلماء [1] .

- لقد قيل أنّ شُريحا أبطل الأحباس في عهد الأمويين لما رأى فيها من الجور وحرمان النّساء [2]

3- احتجوا بما رُوِيَ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : لولا أنِّي ذكرت صدقتي لرسول الله صلى الله عليه وسلّم لرددتُها [3] .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يجوز الرجوع في الوقف، وأنّ الذي منع عمر من الرجوع هو كونه أنه كره أن يبرم أمرا في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم، ثم يرجع عنه بعد مفارقته لفرط مودته ووفائه له، لا لأن الوقف لازم لا يجوز الرجوع فيه، ومؤدى هذا ينهض بالدلالة على عدم لزوم الوقف .

ردّ على هذا الأثر من ثلاثة أوجه :

- الوجه الأول أنّ هذا الأثر منقطع ؛ لأن الراوي وهو الزُهري لم يدرك عمر، ولم يأتي في الرواية ذكر الراوي بينهما [4] .

وقد جزم ابن حزم [5] بكذب هذا الخبر حيث قال : (نحن نثبت ونقطع بأن عمر رضي الله عنه لم يندم على قبوله أمر الرسول صلى الله عليه وسلّم وما اختاره له من تحبيس أرض وتسبيل ثمرتها والله تعالى يقول :وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْۗ وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَٰلًا مُّبِينًا ﴿٣٦﴾ الأحزاب: 36، وليت

([1]) فتحي الدّريني: دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج 2، ص 681.

([2]) محمد مصطفى شلبي: أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية، بيروت، ط 4،(1402هـ-1982م)، ص 311 .

([3]) ابن حزم : المحلى، المصدر السابق، ج 8، ص 159 .

(4) فتحي الدّريني : دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج2، ص 684. وعكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 158، 164.

([5]) هو الإمام الفقيه المحدث أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري فقيه الأندلس في زمانه، يُعتبر من أعلام المذهب الظاهري بل يكاد يُنسب إليه المذهب بعد داود الظاهري، من مؤلفاته : الفصل في الملل و النحل، و المحلى ، توفي سنة= =456هـ، الذهبي : سير أعلام النبلاء، تحقيق : شعيب الأرناؤوط، ومحمد نعيم العرقوسي، مؤسسة الرسالة، ط1(1405هـ - 1985 م)، ج 18، ص 184 .

شعري إلى أي شيء كان يصرف عمر تلك الصدقة لو ترك ما أمره به عليه الصلاة والسلام فيها، حاشا لعمر من هذا ؟) [1] .

- وأما الوجه الثاني، فعلى فرض صحة الرواية فإنّ هذا رأي صحابي، ولا وزن للرأي في مقام النص، إلاّ أن يكون إجماعا من الصحابة، ولم يقع ذلك، بل الذي وقع هو انعقاد الإجماع عملا على لزوم الوقف، فضلا عن أن هذا الأثر لا يقوى على رد ومعارضة النصوص الصحيحة والصريحة الناهضة بلزوم الوقف، ولا سيما حديثه في وقف عمر الذي رويته كتب السنة الستة [2] .

- وأما الوجه الثالث فيكمن في أنه لا يمكن لعمر رضي الله عنه أن يتوانى عن إبطال وقفه وهو الوقّاف عند حدود الله، إذا بلغه أنّ النبي صلى الله عليه وسلّم قال بمنع الحبس- كما روي عن شريح - .

فهذه هي المودة الحقيقية والوفاء الصحيح له صلى الله عليه وسلّم، ومنه لا يمكن أن نتصور أن يمتنع عمر عن الرجوع عن وقفه كونه قد ذكره للنبي صلى الله عليه وسلّم فكَرِهَ أن يُفارقه على أمر ثم يخالفه إلى غيره، إذا بلغه أنه صلى الله عليه وسلّم منع الحبس ؛ لأن مخالفة أمر رسول الله صلى الله عليه وسلّم أعظم وأكبر من كُرْهِ مفارقته على أمر ثم يخالفه إلى غيره، ومثل هذا الفهم لا يخيب على اللّبيب عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

4- ما رُوي من أن حسّان بن ثابت [3] باع نصيبه من وقف أبي طلحة إلى معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهم جميعا [4] .

ووجه الاستدلال أنّ بيع حسّان بن ثابت حصته لمعاوية بن أبي سفيان دليل على عدم اللزوم، إذ لو كان لازما لما جاز له بيعه والتصرف فيه .

---

(1) المحلى : ابن حزم، المصدر السابق، ج 8، ص 159 .

(2) فتحي الدّريني : دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج2، ص 684 . وعكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص 164.

(3) هو الصحابي الجليل حسان بن ثابت بن المنذر بن حرام بن عمرو بن زيد مناة بن عدي بن عمر بن مالك بن النجار الأنصاري الخزرجي ثم البخاري، كُني بأبي الوليد، شاعر رسول الله صلى الله عليه و سلم، و مما قاله عنه النبي صلى الله عليه و سلم ما رواه أبو داود عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : ((إن روح القدس مع حسان مادام ينافع عن رسول الله صلى الله عليه و سلم)) . أنظر: ابن حجر العسقلاني : الإصابة في تمييز الصحابة، دار الكتاب العربي، بيروت (لبنان)، (د . ط. د . ت)، ج 1، ص 325 .

(4) كتاب الجوهر النقي على هامش سنن البيهقي ج6، ص 164.

وردّ على هذا الاستدلال بأن الجمهور قد أجابوا على ذلك بأنّ بيع طلحة لوقفه غير صحيح وغير جائز وفيه تعد على الوقف ودليل ذلك أن صحابة رضوان الله عليهم أنكروا عليه فعلته .

كما أنّ الأحاديث الكثيرة والمستفيضة على لزوم الوقف تنهض حجة دامغة أمام هذا الأثر [1] إذا علمنا أنّ عمل الصّحابي ليس بحجة على الراجح إذا لم يصحبه إجماع من الصحابة رضوان الله عليهم- كما سبق وأن أشرنا- وهذا ما لم يحدث .

5- احتج الطحاوي لأبي حنيفة، أنّ قوله صلى الله عليه وسلّم لعمر رضي الله عنه : "حبّس أصلها" لا يستلزم التأبيد بل يحتمل أن يكون أراد مدة اختيار الواقف وهو ما يُنافي اللزوم .

وردّ هذا الاستدلال بتضعيف هذا التأويل، حيث إنه لا يتبادر من إطلاق كلمة"وقفت و حبّست" إلاّ التأبيد، والتبادر أمارة الحقيقة . وإن لم تكن هي الحقيقة عينها ،، ولا يُصار إلى التأويل إلا بدليل، ولا دليل، بل الأدلة تؤكد تأبيد ولزوم الوقف .

ويؤكد هذا ما ورد في رواية البيهقي: (**حبيس ما دامت السماوات والأرض**) [2] .

6- احتجوا بما رواه مطرف عن أبيه (عبد الله بن شخير) قال : أتيت النبي صلى الله عليه وسلّم وهو يقرأ إِنَّآ أَعۡطَيۡنَٰكَ ٱلۡكَوۡثَرَ ﴿١﴾ الكوثر: 1، قال : (**يقول ابن آدم: مالي، مالي (قال): وهل لك يا ابن آدم من مالك إلاّ ما أكلت فأفنيت أو لبست فأبليت أو تصدقت فأمضيت ؟**) [3] .

فبيّن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم أن الإرث إنّما ينعدم في الصدقة التي أمضاها و لا يكون ذلك إلا بعد التمليك من غيره [4]، ولمّا كان الوقف لا يُملّك للغير فلم يمنع ورود الإرث عليه، وبالتالي عدم لزومه .

ويُجاب على هذا الاستدلال بأنّ التمليك من الغير ليس وحده مانع من موانع الإرث، فالمسجد مثلا ليس مملوكا لأحد من العباد ومع ذلك لا أحد يرثه .

---

(1) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظريةو التطبيق، المرجع السابق، ص 164.

(2) فتحي الدّريني : دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي و المعاصر، المرجع السابق، ج 2، ص 681 .

(3) أبو الحسن مسلم بن الحجاج : صحيح مسلم، كتاب الزهد والرّقائق، رقم 2958، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2(1972م)، ج 4، ص 2273.

(4) شمس الدين السرخسي : المبسوط، المصدر السابق، ج 11، ص 29 .

ثانيا : الأدلة العقلية

استدل أبو حنيفة **للتدليل العقلي** على أنّ الوقف غير لازم بما يأتي :

1- إنّ الوقف تمليك منفعة دون رقبة فلا يلزم كالعارية .

أجاب **الجمهور** عن **هذا بأنّ** العواري قبل الحكم وبعده سواء وكذ**لك الوصايا، فوجب أن يكون** الوقف بعد الحكم وقبله سواء فلا مبرر لربط الوقف بالحكم ليكون لازما [1] .

2- **يرى الحنفية أنّ هناك تلازما بين ملكية الوقف ولزومه ومن** هنا ذهبوا إلى أنّه مادام أنّ **ملكية الوقف ما** زالت للواقف فإنّ الوقف غير لازم ذلك أن قطع التصرّف في العين الموقوفة يستلزم زوال **الملك عن الواقف،** وإلاّ بقي الملك مسلوب المزايا والثمرات المتمثلة في حرية التصرف وهذا ليس **معهودا شرعا،** إذ ليس الملك حكما مجردا، **كما أنّ خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف** لا إلى مالك يغدو كالسائبة **المنهي عنها شرعا**، فكان القول باللزوم المؤدي إلى ذ**لك منهيا عنه أيضا ؛ لأنّ ما يُؤدى** إلى محرم لا يكون مشروعا، فكان لزوم الوقف غير مشروع .

ودليل ثبوت الملك للواقف الذي ينتفي معه اللزوم ما يلي :

- **أنّ للواقف ولاية خاصة على الموقوف،** فله الحق في تعيين النُّظار **والقوّام،** وعزلهم وتوزيع الغلة على شرطه وهذه الحقوق لم يستفدها الواقف من ولاية طارئة وإنما كان أساسها ملكه الثابت،

وإذا ثبت بقاء الملك في الموقوف، **انتفى لزوم الوقف للتلازم، وكانت له حرية التصرف فيه، وحرية** التصرف تنافي اللزوم .

أجاب الجمهور عن هذا أنّ الحق لا يعني بقاء ملكية الوقف **للواقف إذ لا تلازم بينهما، فعلى سبيل** المثال القرابين تصير إلى الله تعالى وقد خرجت عن ملك صاحبها بإراقة دمها مع أنّ صاحبها **يتصرف فيها بالأكل والتصدق، فليكن أمر الوقف كذلك** [2] .

- انتفاع الموقوف عليهم بالعين الموقوفة زراعة وسكنى وغير **ذلك دليل على ثبوت حقوقهم فيها، وثبوت حقوق العباد أثر لبقاء الملك،** فدّل على أنّ الملك في الموقوف باق ببقاء هذه الحقوق، **ومادام** أنّه لم يقل أحد بثبوت ملك الموقوف لغير الواقف من النّاس، **وجب أن يكون هو المالك، وثبوت**

(1) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي : الحاوي الكبير، **المصدر السابق**، ج 9، ص 368.

(2) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، **المرجع السابق**، ص 165.

ذلك يستلزم حريته في التصرف فيه وهذا ينافي اللزوم ؛ لأنّ الملك الصوري في الإسلام غير مشروع [1] .

وهذا ما أفاده صاحب الفتح الكمال بن الهمام [2] بقوله : (إن حقوق العباد لم تنقطع عنه - يعني الموقوف - حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى لغير الواقف، وتعلق حقوق العباد بالعين، أثر ثبوت ملكهم فيها، على ما هو الأصل، فإمّا أن يكون الملك لغير الواقف، أو له، واتفقنا على أنّه لا يكون ملكا لغيره من العباد فوجب أن يكون ملكا للواقف) [3] .

3- قالوا كذلك بأن الوقف لا ينقطع فيه أجر الواقف بموته، بنص الحديث الشريف :(إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية...)، ولا ريب أن استمرار الأجر بالصدقة لا يتم للواقف إلا إذا كان مالكا للعين التي يتصدّق بريعها، إذ لا صدقة لأحد فيما لا يملك .

4- إن غرض الواقف التصدّق بالمنفعة، وهذا لا يُتصور إلا إذا بقي الأصل على ملكه، ويدل عليه قول رسول الله صلى الله عليه وسلّم لعمر فيما رواه النسائي [4]، وابن ماجه [5] : (احبس أصلها وسبل ثمرتها) ؛ أحبسه على ملكك وتصدّق بثمرتها، إذ لو خرج الأصل عن ملكه لكان الجميع مسبلا (الأصل والثمرة) [6] .

وُرد على هذا بأنّ التصدّق بالمنفعة لا يستلزم إبقاء الأصل على ملكه ؛ لأنّ المقصود من التصدّق حصول الثواب وهو حاصل سواء بقي ملك الأصل أو لم يبق، وأمّا قوله صلى الله عليه وسلم : (إحبس أصلها وسبّل ثمرتها) ليس معناه أحبسه على ملكك، بل معناه أحبسه عن التصرف فيه بالبيع والهبة وغيرهما [7] .

---

(1) برهان الدين إبراهيم الطرابلسي : الإسعاف في أحكام الأوقاف، المصدر السابق، ص 8 .

(2) هو محمد ابن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السكندري، أحد أعلام المذهب الحنفي في زمانه، من مؤلفاته : فتح القدير، التحرير...إلخ، توفي سنة 861هـ . أنظر : الزركلي : الأعلام، المرجع سابق ،ج6، ص255 .

(3) كمال ابن الهمام : شرح الفتح القدير، المصدر السابق، ج6، ص203 .

(4) جلال الدين السيوطي : سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، المطبعة المصرية بالأزهر، القاهرة،(د.ط.د.ت)،ج6 ،230، 231.

(5) أبوعبدالله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه: سنن ابن ماجه، تحقيق وتعليق:محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر ،(د.ط.د.ت)، الفكرج2، ص 801.

(6) الزيلعي: تبين الحقائق، نقلا عن: محمد مصطفى شلبي:أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص 309 .

(7) السرخسي : المبسوط، المصدر السابق، ج 11، ص 30 .

5- استدلوا بالقياس الفقهي فقالوا : كلام أبي حنيفة في عدم لزوم الوقف قوي من حيث المعنى ؛ لأنّ الوقف هو التصدق بالمعدوم، بل هو التصدق بالمعدوم على المعدوم .

والنتيجة أنه لا يصح أصلا ولا لزوما، لكنّه أُجيز بالنص استثناءً من حيث أصل مشروعيته، لا من حيث لزومه [1] .

6- قالوا كذلك لا يمكن قياس الوقف على المسجد وذلك لأنّ المسجد غير مملوك لأحد من العباد، بل جُعل محررا خالصا لوجه اللّه تعالى لقوله : وَأَنَّ ٱلْمَسَٰجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا۟ مَعَ ٱللَّهِ أَحَدًا ﴿١٨﴾ الجن : 18وليس لأحد من الناس حق الانتفاع به بغير العبادة فيه، أما ما سوى المسجد من الموقوفات فيجوز للموقوف عليه أن ينتفع بسائر المملوكات وبكل أنواع الانتفاع زراعة وسكنى وغير ذلك [2] .

ومنه فلا يمكن القول أن الوقف لازم كلزومه في المسجد ؛ لأنّه قياس مع الفارق لما بيّناه.

رُد على هذا الاستدلال بـ :

. ردّ محمد بن الحسن الشيباني [3] على هذا بأنّ للنّاس حاجة فيما يرجع إلى مصالح معاشهم ومعادهم، فإذا جاز هذا النوع من الإخراج والحبس لمصلحة المعاد فكذلك لمصلحة المعاش كبناء الخانات والرباطات واتخاذ المقابر، ولو جاز الفرق بين هذه الأشياء لكان الأولى أن يقال لا يلزم المسجد وتلزم المقبرة حتى لا تورث لما في النّبش من الأضرار والاستبعاد عند الناس أي أنّ مصلحة المعاش مقدمة على مصلحة الميعاد، كما كان ينبغي أن يلزم الوقف دون المسجد ؛ لأن في الوقف وإن انعدم التمليك في عينه فإنّه يوجد فيما هو المقصود به وهو التصدّق بالغلة وهو ما لا يوجد في المسجد، فكان زيادة على ما في المسجد توجب القول فيه باللّزوم، وهذا الفرق أبعد عن التحكم ممّا ذهب إليه أبو حنيفة - كما يقول محمد [4] .

. إن التلازم الذي ذهب إليه أبو حنيفة وتبعه في ذلك بعض علماء المذهب من أنّ بقاء الملك يستلزم عدم اللّزوم غير مسَلم [5]، وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء من الشافعية [6] والحنابلة [1] وإليه

(1) برهان الدين إبراهيم الطرابلسي : الإسعاف في أحكام الأوقاف، المصدر السابق، ص 8 .

(2) المصدر نفسه : ص 8 .

(3) هو الإمام الفقيه محمد أبو الحسن بن فرقد الشيباني الكوفي الحنفي، صاحب أبي حنيفة، من مؤلفاته: الجامع الكبير، الجامع الصغير، توفي سنة 189هـ . انظر: الذهبي : سير أعلام النبلاء، المصدر السابق، ج9، ص172 .

(4) شمس الدين السرخسي : المبسوط، المصدر السابق، ج 11، ص 29 .

(5) فتحي الدريني : دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج 2، ص 689 .

(6) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي : الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج 9، ص 368

ذهب صاحب الفتح القدير(الكمال بن الهمام) من أئمة الحنفية، إذ رجّح الانفكاك بين لزوم الوقف وملكية الواقف للعين الموقوفة بعدما اختار ما ذهب إليه المالكية من بقاء العين الموقوفة على ملك واقفها مع امتناع جواز تصرفه فيها بكل أنواع التصرفات، إذ يقول : " لكنّ أبا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزومه، صدقة أو برّا، وليس كذلك، بل هما منفكّان...والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لأنّ الأحاديث والآثار متضافرة على ذلك " [2] .

وعلى هذا فما أجهد به بعض فقهاء الحنفية أنفسهم، استدلالا لإمامهم في إثبات دعواه، " بقاء الملك للواقف " ليثبتوا عدم لزومه، لا معنى له لما بيّنا من الانفكاك الحاصل بين ملكية الوقف ولزومه [3] .

(1) شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي: شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تحقيق وتخريج: عبدالله الجبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1(1413هـ-1993م)، ج4، ص271، 272

(2) كمال ابن الهمام: شرح الفتح القدير، المصدر السابق، ج6، ص203 .

(3) فتحي الدريني : دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج 2، ص 689 .

المطلب الثاني : رأي القائلين بلزوم الوقف

استدل جمهور الفقهاء من المالكية [1]، والشافعية [2]، والحنابلة [3] على لزوم الوقف بمجموعة من الأدلة النقلية والعقلية :

أولا : الأدلة النقلية

1- عن نافع عن عبد الله بن **عمر رضي الله عنهما** : أن عمر ابن الخطاب أصاب أرضا بخيبر يقال لها ثمغ [4]، وجاء في الحديث قول الرسول صلى الله **عليه وسلم (تصدق بأصله، لا يباع ولا يوهب ولا يورث، ولكن ينفق ثمره، فتصدق به عمر)** [5] .

ووجه الدلالة أنّ ماهية الحبس بيّنها الرسول صلى الله عليه وسلم بالشرط الصريح من قوله : (لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث)، وهي المنع من التصرف تمليكا بالنسبة لأيٍ كان، **والمنع من** انتقالها بالإرث أيضا حتى لا يرد عليها الملك **الفردي وهذا يستلزم اللزوم وعدم جواز النقض أو** الرجوع في الوقف إذ لو كان الوقف غير لازم، **لجاز التصرف فيه،** والتصرف في الوقف دليل الرجوع **فيه،** وهو ينافي اللزوم .

فالتحبيس انطلاقا من هذا الشرط منصب على التصرف وقصد الشارع فيه بيّن، فلا يقال إذن أن المقصود هو حبس العين الموقوفة على ملك الواقف، حتى لا تخرج عن ملكه بالوقف على ما **ذهب إليه بعضهم. هذا ما فهمه عمر-رضي الله عنه- عندما امتثل لواقع ما أمر به الرسول -صلى الله عليه وسلم-** فأدرجه في حجة وقفه وأشهد عليه كبار الصحابة، ثم **تتابع** الصحابة في أوقافهم على النهج الذي سار عليه عمر دون نكير من أحدهم، ولم يثبت أن أحدا منهم قد رجع عن وقفه، **أو تصرف فيه** [6] .

---

(1) يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي : الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، ط 3 (1413 هـ. 1992 م)، ص 536 .

(2) أبو حامد الغزالي : الوجيز، **المصدر السابق، ص 200** .

(3) الماوردي : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، **المصدر السابق، ج 7، ص 35** .

(4) حديث متفق على صحته : أنظر : حسين بن مسعود البغوي : شرح السنة، تحقيق و تعليق و تخريج : شعيب الأرناؤوط، المكتب الإسلامي، دمشق، ط 2، (1403 هـ. 1983 م)، ج 8، ص 288 .

(5) سبق تخريجه .

(6) فتحي الدريني : دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، **المرجع السابق، ج 2، ص 694، 695.**

واعترض المانعون على هذا الاستدلال من أن الشرط الصريح الوارد في وقف عمر رضي الله عنه والذي اتخذه الصحابة من بعده أساسا لأوقافهم، والمتمثل في قوله : " غير أنه لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث " مصدره عمر نفسه، لا النبي صلى الله عليه وسلم، بدليل إسناده إلى عمر في بعض الروايات، فكان العمل بهذا الشرط على أنه شرط الواقف، فكان اللزوم في وقف عمر أثر لشرطه، لا عملا بنص الشارع .

وُردّ عن هذا الاعتراض بأنّ الوارد في الصحيحين أنّ الشرط كان مصدره المشرع نفسه بيانا منه لماهية التحبيس، ثم أن التصدق بالأصل الذي أمر به النبي صلى الله عليه وسلم عمر يفيد الخروج من ملك الواقف، وعدم جواز التصرف فيها .

2- وقف عثمان - رضي الله عنه - بئر رومة بعد أن حث عليه الرسول صلى الله عليه وسلم بما بشّر به من جزاء في الجنة، فجعلها عثمان وقفا للمسلمين وصار بذلك دلوه فيه كدلاء المسلمين استجابة لدعوة الرسول صلى الله عليه وسلم (**من يشتري بئر رومة، فيجعل فيه دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة**) [1] .

ووجه الاستدلال أنّ عثمان رضي الله عنه وقف بئر رومة لينتفع بها المسلمون ما بقيت، كما أن دلوه فيها أصبح كدلاء المسلمين، ينتفع معهم منها صدقة لا ملكا، فدل ذلك على خروجها عن ملكه ولزومها بعد أن أقرّه الرسول صلى الله عليه وسلم على ذلك .

كما لم يثبت عن عثمان رضي الله عنه أنه قد رجع عن وقفه هذا، بدليل أن هذه البئر، لا تزال أثارها شاخصة إلى اليوم، يزورها كثير من الحجاج كل عام [2] .

3- ما روي عن أبي هريرة - كما وسبق أن أشرنا - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (**إذا مات ابن آدم انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة أشياء** : صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له) [3] .

ووجه الدلالة أن الصدقة الجارية هي الوقف كما فسرها العلماء وإن كان يدخل في معناها، الوصية بالمنافع، إلا أنها نادرة الحصول [1]، وجريان الصدقة يدل على اللزوم، إذ لو كان غير لازم لكان صدقة منقطعة غير لا جارية، والحديث وصفها بعدم الانقطاع [2] .

---

(1) سبق تخريجه.

(2) فتحي الدريني : دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج 2، ص 695، 698 .

(3) سبق تخريجه .

4- وقد دلّ أيضا على لزوم الوقف أوقاف الصحابة - رضي الله عليهم - فما من أحد له مقدرة على الوقف إلا و وقف، وكتبوا في ذلك كتبا منعوا فيها البيع والهبة و الإرث، وأوقافهم مشهورة بالحرمين بشروطها وأحوالها، ينقلها خلفهم عن سلفهم، فهم بين واقف وموقوف فكان شبه إجماع [3] .

ثانيا : الأدلة العقلية

1- استدلوا بالقياس، وذلك بقياس المسجد على الوقف من جهة، وقياسه على العتق من جهة أخرى .

ففي قياسه على المسجد قالوا : اتخاذ المسجد وقفا يلزم مؤبدا باتفاق العلماء، وهو إخراج البقعة التي شُيّد عليها المسجد عن ملك الواقف من غير أن تدخل في ملك أحد من الناس ولم يقل أحد بأن ذلك من باب السائبة المحرمة، فكذلك الوقف [4]، ومنه فالحكم خروج العين عن ملك الواقف، لا إلى مالك من الناس ولزوم الوقف مؤبدا، والعلة الجامعة هي قصد القربة إلى الله تعالى [5] .

فإن قيل أن هذا قياس مع الفارق للاختلاف في المصلحة بين وقف المسجد والوقف بصفة عامة، فالمصلحة في المسجد أخروية خالصة، وليس كذلك في غيره من الأوقاف بدليل ثبوت حقوق العباد فيها زراعة وسكنى وغير ذلك من وجوه الانتفاعات والمصالح الدنيوية، وليس المسجد كذلك [6]، فإنه يجاب عن ذلك بما حكاه الإمام السّرخسي عن الإمام محمد من أن لزوم الوقف في غير المسجد أولى منه في المسجد لتقدم مصلحة المعاش على مصلحة المعاد [7] .

و أما قياس الوقف على العتق، من حيث إن كلا منهما إسقاط للملك دون عوض [8]، والحكم هو خروج الملك لا إلى مالك، وبالتالي لزوم الوقف كلزوم العتق [9] .

---

(1) شمس الدين الرملي : نهاية المحتاج، المصدر السابق، ج 5، ص 696 .

(2) فتحي الدريني : دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج 2، ص 696 .

(3) شهاب الدين القرافي : الذخيرة، المصدر السابق، ج6، ص323، 324

(4) شمس الدين السرخسي : المبسوط ، المصدر السابق، ج11، ص 28 .

(5)فتحي الدريني : دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج 2، ص 700 .

(6)كمال الدين ابن الهمام : شرح فتح القدير، المصدر السابق، ج 6، ص 207 .

(7) شمس الدين السرخسي : المبسوط، المصدر السابق، ج 11، ص 29 .

(8) برهان الدين إبراهيم الطرابلسي : الإسعاف في أحكام الأوقاف، المصدر السابق، ص 8 .

(9) فتحي الدريني : دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج 2، ص 701

و رد الإمام أبو زهرة [1] على هذا القياس : (...ولكن لا نقرهم على المقايسة بين الوقف والعتق، فإنّ الوقف فيه خروج شيء من شأنه أن يملك وطبيعته أن يكون مملوكا يجري عليه البيع والشراء والهبة والاتهاب إلى غير مالك، أمّا العتق، فإنّه فك لغل الرِّق عن آدمي ليس من شأنه أن يكون مملوكا، إذ الرق أمر عارض له والعتق رافع له يرده إلى أصله، فلا قياس بينهما) [2] .

2- استدلوا من المعقول أيضا، بالباعث على الوقف .

فقالوا : إنّ الباعث عليه، يستلزم اللزوم، إذ الوقف تصرف شرعي لاستمرار وصول الثواب إلى الواقف في الحياة وبعد الممات بنص الحديث [3]، ولن يكون ذلك إلا بلزومه وعدم الرجوع فيه وهذا الذي رآه الكثير من العلماء [4]، إذ يقول الإمام الشوكاني في هذا الصدد : (قوله صلى الله عليه وسلم"صدقة جارية" يشعر بأن الوقف لازم، ولا يجوز نقضه، ولو جاز النقض لكان الوقف صدقة منقطعة، وقد وصفه الحديث بعدم الانقطاع) .

فإن قيل أن الحاجة إلى استمرار الثواب، لا تستلزم حرمة التصرف، وإلا كان الوقف واجبا، وهذا لم يقل به أحد إذ الوقف مستحب ومندوب إليه .

فإنّه يمكن القول إن الوقف من حيث أساس تشريعه قربة خالصة لله عزّ وجلّ، وقواعد الشرع قاضية بعدم جواز الرجوع في القربات والصدقات، لقوله تعالى ﴿الَّذِينَ أَعْمَالَهُمْ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ محمد : 33 تعظيما لله تعالى، ولا مِرية أن تعظيمه سبحانه مقصد شرعي قطعي، قد شُرِع له من الأحكام ما يحققه .

وأمّا قولهم : " إنّ الوقف من المندوبات " فهذا لا نزاع فيه، ولكن قبل الشروع لا بعد إنشاء الوقف، فمن أنشأ الوقف قربة لله عز وجل باختياره، فقد ألزمه شرعا بآثاره، تعظيما لشأنه سبحانه وتحقيقا لمقصد الشارع من أساس تشريعه وأدلة لزوم الوقف ناهضة بذلك، كالعتق فهو قربة لله تعالى ومندوب إليه، ولكنّه بعد إنشائه يصبح لازما بحكم الشرع، تحقيقا لمقصد الشارع الحكيم وهو إعادة

---

(1) هو الشيخ محمد أبو زهرة ، أحد أعلام الفقه الإسلامي المعاصر في مصر والعالم الإسلامي أجمع، له عدة أبحاث أثرى بها المكتبة الإسلامية منها : تاريخ المذاهب الإسلامية، أصول الفقه ، محاضرات في الوقف، و غيرها من الكتب الأخرى، توفي سنة 1394هـ . انظر : الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، ج6، ص 25 .

(2) أبو زهرة : محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 49 .

(3) " إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية... "

(4) فتحي الدريني : دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج 2، ص 702

الحرية والحياة الإنسانية إلى الرّقيق، ولو لم يكن لازما لما تحقق مقصد الشرع على أكمل وجه، **وكذلك الوقف**، فلا يلزم من كونه مستحبا في الأصل أن يكون غير لازم، **إذ ليس من ضرورة كون التصرف** الذي هو في الأصل قربة إلى الله عز وجل مندوبا أو مستحبا أن يكون غير لازم ، **ويؤكد هذا ما** جاء في الفواكه الدواني : " **أن الصدقة لثواب الآخرة**، بل لا يجوز أن ترجع الصدقة على المتصدق، **ولو بعوض**، لأن التسبب في تملكها منافٍ لقصد الفاعل، **وهو ثواب الآخرة**، والأصل في ذلك **قوله صلى الله عليه** وسلم لعمر في الفرس الذي تصدق به : **(لا تشتره، ولو أعطاكه بدرهم)** والنهي بالتحريم، كما استظهره الإمام ابن عرفة [1]، **فكيف يقال بعد هذا فيما وُجه للقائلين باللزوم من نقد** : " إنّ الحاجة إلى استمرار ثواب الوقف لا تستلزم حرمة التصرف بالموقوف "

4- **استدلوا بالمعقول** أيضا من أن النظر الشرعي في حكم لزوم الوقف، **منصب على مصلحتين معا** مصلحة الواقف في قصد القربة لله عز وجل، **تعظيما لشأنه**، ومصلحة الموقوف عليهم في الانتفاع **المستمر**، وهو نوع من البر العام المقصود شرعا، **ولا يتم ذلك على الوجه الأكمل - كما يقول** فتحي الدريني - **إلا باللزوم** [2] .

([1]) هو الإمام أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي إمام المالكية في عصره وفقيهها، **تعلم على يد بن عبد السلام**، وأخذ عنه جماعة منهم : البرزلي والأبي، من أشهر مؤلفاته مختصره في الفقه، توفي سنة 803هـ . محمد مخلوف : **شجرة النور**، **المرجع السابق**، ص361 .

([2]) فتحي الدريني : دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ج 2، ص 702، 705 .

المطلب الثالث : أثر الشخصية الاعتبارية على لزوم الوقف

إن القول بلزوم الوقف يعني استمرار الشخصية الاعتبارية للوقف في مواصلة عملها، و عدم قابليتها للانتهاء إلا في أحوال معينة، في حين إن القول بعدم لزوم الوقف يقتضي منا أن نجد أنفسنا أمام شخصية الاعتبارية قابلة للانتهاء و الزوال في أي وقت كان [1] .

و منه فإن البحث عن أثر نظرية الشخصية الاعتبارية على لزوم الوقف من عدم لزومه يلزم علينا ولوج عالم البحث عن طرق انتهاء الشخصية الاعتبارية .

أولا : طرق انتهاء الشخصية الاعتبارية

يمكن للشخصية الاعتبارية أن تنقضي بإحدى الطرق الآتية :

1 . إذا حُدد للشخص الاعتباري في سند إنشائه مدة معينة، فإنه ينتهي بانتهاء تلك المدة المحددة، أما إذا لم يرد في سند إنشائه تحديد لمدة معينة، و لكن حُدد له غرض يقوم به، فإنه ينتهي بتحقيق ذلك الغرض، أو حن يصبح من المستحيل تحقيقه .

2 . قد ينتهي الشخص الاعتباري باتفاق الأشخاص المؤسسين له وفقا لسند إنشائه، أو بسحب الترخيص الممنوح له من الجهات المختصة .

3 . يمكن للشخص الاعتباري أن يُحل بحكم قضائي في حالة مخالفته للقانون، أو إخلاله بالأمن العام و الآداب العامة .

و في جميع هذه الأحوال التي ينتهي فيها الشخص الاعتباري يتم خضوعه للتصفية وفقا لما هو محدد في سند إنشائه لحصر ما عليه من التزامات و ما له من حقوق تجاه الغير، الأمر الذي يفرض معه بقاء الشخصية الاعتبارية قائمة خلال فترة من الزمن لتسوية تلك الالتزامات و إجراء التصفية النهائية، غير إن شخصيته القانونية خلال تلك الفترة لا تمكنه إلا من إجراء عملية التصفية، ومتى انتهت شخصية الشخص الاعتباري بتصفية ذمته عن طريق تسديد ديونه يتم توزيع الباقي من المال و فقا لما جاء في سند إنشائه إلا أن ينص القانون على خلاف ذلك [2] .

([1]) داليا محمد شتا أبو سعد : الشخصية الاعتبارية للوقف دراسة قانونية شرعية مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة (مصر)، د . ط (2001 م)، ص 169 .

([2]) محمود جمعة الزريقي : الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، المرجع السابق، ص 66، 67 .

ثانيا : موقع لزوم الوقف و عدم لزومه من طرق انتهاء الشخصية الاعتبارية

إن السؤال الذي يطرح نفسه، ونحاول الإجابة عنه من خلال هذا العنوان يتمثل في مدى تأثير نظرية الشخصية الاعتبارية **على لزوم الوقف، أي هل فكرة الشخصية الاعتبارية تُلزم و تُحتم علينا أن يكون الوقف** لازما ليس بإمكان الواقف الرجوع فيه، أم أن هذه الفكرة لا تمنع الواقف من الرجوع في و قفه، و بالتالي يكون الوقف غير لازم، قابلا للرجوع فيه ؟

إن المتتبع للطرق القانونية لانتهاء الشخصية الاعتبارية يمكن له أن يستخلص ما يأتي :

. يقابل الطريقة الأولى التي تنتهي بها الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي ما يُعرف بالوقف المؤقت، إذ الواقف يُحدد في سند إنشائه مدة استمرار وقفه، تماما كما هو حاصل في الشخصيات الاعتبارية القانونية، و بالتالي لا يمكن لهذه الطريقة أن تُرشدنا لاكتشاف مدى تأثير نظرية الشخصية **الاعتبارية على لزوم الوقف أو عدم لزومه** .

. إن المتتبع للطريقة الثانية لانتهاء الشخصية الاعتبارية و المتمثلة في انتهاء الشخص الاعتباري باتفاق الأشخاص المؤسسين له وفقا لسند إنشائه، يمكن له أن يكتشف من خلالها مدى تأثير نظرية **الشخصية الاعتبارية على لزوم الوقف، ذلك أن لزوم** الوقف إنما يعني عدم جواز الرجوع في الوقف، في حين يعني عدم لزوم الوقف، السماح للواقف بالرجوع في وقفه، و هذا ما عُبر عنه بعبارة : (**ينتهي الشخص الاعتباري باتفاق الأشخاص المؤسسين له**)، **و منه يمكن القول إن فكرة الشخصية** الاعتبارية لا تمنع على الواقف الرجوع في وقفه و بالتالي ترجيح القول بعدم لزوم الوقف، لكن و بالرجوع إلى الشطر الثاني من العبارة و المتمثل في : (. . . وفقا لسند إنشائه . . .) يمكنه التراجع عن هذا الترجيح، لأن ما يُفهم من هذه العبارة أن الواقف يمكن له أن يشترط الرجوع في وقفه إذا اشترط ذلك في سند إنشاء وقفه، و لكن السؤال الذي يطرح نفسه : هل يجوز للواقف أن يشترط مثل هذا الشرط ؟ .

يرى جمهور الفقهاء أن الشروط المبطلة للوقف المانعة من انعقاده، هي الشروط التي تنافي اللزوم و التأبيد كأن يشترط الواقف عند إنشاء الوقف أن يكون له حق بيعه أو هبته أو أن يعود إلى ورثته بعد موته، أو يصير ملكا لهم عند احتياجهم إليه و غير ذلك من الشروط التي تنافي اللزوم و التأبيد ؛ لأن الصيغة إذا اقترنت بهذه الشروط تكون غير مُنشئة له [1] .

([1]) أبو زهرة : محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 151 .

هذا من جهة و من جهة أخرى ذهب المشرع الجزائري إلى أن الوقف لا يقع إلا مؤبدا **و لا يمكن** الرجوع فيه، كما لا يمكن اشتراط شرط يمكّن للواقف الرجوع عن وقفه، و ذلك ما نصت عليه المادة 16 من القانون رقم 91 . 10 بقولها : ((يجوز لقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم، أو ضارا **بمحل الوقف، أو بمصلحة الموقوف عليه**)) .

ومنه يمكن القول أن فكرة الشخصية الاعتبارية لا تسمح للواقف بالرجوع في وقفه ؛ لأنه ليس بإمكان الواقف أن يشترط في سند وقفه أحقيته في الرجوع عن وقفه، و هو الشرط الذي اشترطت نظرية الشخصية الاعتبارية وجوده في سند إنشاء أي شخص اعتباري، و بالتالي كان لهذه النظرية . **نظرية الشخصية الاعتبارية . أثر على أحكام الوقف من خلال ترجيح لزومه .**

المبحث الثاني : الشخصية الاعتبارية للوقف و أثرها على ملكية الوقف

سنتناول في هذا المبحث عرض أقوال الفقهاء حول ملكية الوقف، و موقف التشريع الجزائري منها، لنعرض ذلك فيما بعد على نظرية الشخصية الاعتبارية لترجيح رأي واحد، كل ذلك من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : تعريف الملكية

المطلب الثاني : آراء الفقهاء حول ملكية الوقف

المطلب الثالث : أثر الشخصية الاعتبارية على ملكية الوقف

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول : تعريف الملكية

أولا : تعريف الملكية في الفقه الإسلامي

تنوعت عبارات الفقهاء و الأصوليين في تعريف الملكية، و اختلفت في بيان حقيقة من يوصف بها، و إن كانت كل التعاريف تتفق في المدلول و المعنى، إذ أن اختلافهم إنما كان حرصا منهم على إعطاء كل كلمة مدلولها الحقيقي و معناها الصحيح .

و لقد استخدم الفقهاء مصطلح (الملك) أكثر من مصطلح الملكية [1]، بل نكاد نجزم على عدم ورود هذا المصطلح - مصطلح الملكية - في كتابات الفقهاء المتقدمين، إنما الذي استعمله المتأخرون من الفقهاء، و على هذا التباين في الاستعمال إلا أن مصطلح الملك و الملكية يؤديان نفس المعنى و المفهوم [2] .

لقد ذهب الإمام القرافي إلى أن تعريف الملك قد صعب ضبط معناه عند أكثر الفقهاء حيث يقول : " اعلم أن الملك أشكل ضبطه على كثير من الفقهاء، إنه علم يترتب على أسباب مختلفة : البيع، و الهبة، و الصدقة، و الإرث و غير ذلك فهو غيرها... " [3] .

ولمّا لم يكن لاختلاف عبارات الفقهاء في تعريف الملك (الملكية) أثر [4] يمكن القول إن الملكية عند الفقهاء بوجه عام هي: علاقة شرعية بين الإنسان والأشياء تجعله مختصا فيه اختصاصا يمنع غيره عنه بحيث يمكن التصرف فيه عند تحقق أهليته بكل الطرق السائغة له شرعا، وفي الحدود التي يثبتها الشرع، فالملكية ليست شيئا ماديا إنما هي حق من الحقوق .

أو بعبارة الأخرى هي تلك العلاقة الاعتبارية التي تكون بين المالك و المال ، فإذا حاز الإنسان مالا وكان له الانتفاع به شرعا أصبح هو المالك و المال مملوكا، و ظهرت بينهما علاقة اعتبارية يقرها الشارع و يرتب عليها آثارها .

---

(1) عبد الله مختار يونس: الملكية في الشريعة الإسلامية و دورها في الاقتصاد الإسلامي، مؤسسة شاب الجامعة، الإسكندرية، ط1(1407هـ-1987م) ص 100.

(2) المرجع نفسه : ص 100.

(3) شهاب الدين القرافي : الفروق، عالم الكتب، بيروت،(د.ط.د.ت.) ج 3، ص208.

(4) عبد الله مختار يونس: الملكية في الشريعة الإسلامية و دورها في الاقتصاد الإسلامي، المرجع نفسه، ص 100 .

و من آثار الملكية تمكين المالك دون غيره من الانتفاع بالمملوك و التصرف فيه بأنواع التصرفات، فالملك إذن اختصاص بالشيء يمكن صاحبه شرعا من الانفراد بالانتفاع به و التصرف فيه عند عدم المانع الشرعي [1] .

ثانيا : تعريف الملكية في التشريع الجزائري

عرفت المادة 674 من القانون المدني الملكية على أنها : " حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرّمه القوانين و الأنظمة " و عرّفت المادة 27 من القانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، الملكية العقارية الخاصة كمايلي : " الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع و التصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها " .

كما قد يكون العقار في يد شخصين أحدهما صاحب الرقبة و الآخر صاحب حق الانتفاع، فتكون الملكية مجزأة يتقاسمها مالك الرقبة مع شخص أو أكثر مالك لحق الانتفاع أو حق الاستعمال أو حق السكن على العقار سواء عن طريق التعاقد أو الحيازة أو القانون . فملكية الرقبة هي ملكية العقار بطبيعته أي الوعاء المنصب عليه العقار أما حق الانتفاع فهو حق عيني يخول للمنتفع سلطة استعمال شيء مملوك للغير و استغلاله مع وجوب المحافظة عليه لرده إلى صاحبه عند نهاية الانتفاع الذي ينتهي حتما بموت المنتفع [2] .

([1]) عبد الكريم زيدان : المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان)، ط 16 (1421هـ . 2001 م)، ص 189 .

([2]) ليلى تونسي : الحماية الجزائية للملكية العقارية، الجزائر، د . ط (2006 م)، ص 04 .

المطلب الثاني : آراء الفقهاء حول ملكية الوقف

يُقسّم الفقهاء الوقف إلى وقف مؤقت، **و وقف مؤبد** [1]، **فأما الوقف المؤقت فالعين الموقوفة فيه** ملك للواقف مادام حيًّا ثم لورثته من بعده، و ليس للموقوف عليه إلا الانتفاع فقط بالعين الموقوفة مدة **الأجل المضروب** في العقد، فإذا انقضى الأجل زال ذلك الحق و عادت ملكا خالصا للواقف أو **لورثته** [2] .

و أما الوقف المؤبد فقد ثارت آراء الفقهاء و تعددت حول ملكيته، وهو ما يمكن إجماله على النحو الآتي :

. **بقاء العين الموقوفة على ملك الواقف** .

. انتقال العين الموقوفة إلى ملك **الموقوف عليهم** .

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

أولا : بقاء العين الموقوفة على ملك الواقف

ومعنى ذلك أن الوقف لا يُخرج العين [3] **الموقوفة عن ملكية واقفها، بل تبقى على ملكه إلا أنه** لا يحق له بيعها أو هبتها و لا تورث عنه، كل ذلك في غير المسجد، إذ المساجد لا ملك فيها لأحد، لقوله تعالى **وَأَنَّ ٱلْمَسَٰجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا۟ مَعَ ٱللَّهِ أَحَدًا ﴿١٨﴾ الجن** : 18

و بهذا الرأي قال المالكية [4]، و رجَّحه الكمال ابن الهمام من الحنفية ([5]، و رواية عن الإمام أحمد [1] .

([1]) يُقصد بالوقف المؤقت أن يقف الشخص ما أراد وقفه مدة معينة من الزمن كقوله : جعلت أرضي هذه موقوفة مدة سنة واحدة، **و أما الوقف المؤبد فهو الوقف الذي يكون منتهيا لجهة بر لا تنقطع**، كقوله : وقفت أرضي هذه على الفقراء و المساكين، او على طلبة العلم فهذه الأشياء من شأنها أنها لا تنقطع مادامت السموات و الأرض، أنظر : محمد زيد الأبياني بك : مختصر كتاب مباحث الوقف، **مطبعة البوسفو، مصر، ط 1 (1333 هـ . 1914 م)**، ص 10، 11 .

([2]) أحمد إبراهيم بك و واصل علاء الدين أحمد إبراهيم : موسوعة أحكام الوقف على المذاهب الأربعة، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة (مصر)، د .ط (2009 م)، ص 65 .

([3]) هذا بخلاف الغلة فإنه ملكيتها تعود للموقوف عليهم، و الغلة تشمل أجرة الموقوف و الثمرة و اللبن و نحو ذالك، لا الولد فإنه يتبع الذات . أنظر : محمد الشيباني بن محمد بن أحمد الشنقيطي : تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، **دار** الغرب الإسلامي، بيروت (لبنان)، ط 2 (199(م)، ج 4، ص 272 .

([4]) محمد الشيباني بن محمد بن أحمد الشنقيطي : تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، **المصدر السابق**، ج 3، ص 272 .

([5]) كمال الدين ابن الهمام : شرح فتح القدير، **المصدر السابق**، ج 6، ص 204 .

استدل هذا الفريق لتدليل على بقاء ملكية الموقوف على ملك الواقف بمجموعة من الأدلة نذكر منها :

. إن قول النبي صلى الله عليه و سلم لعمر بن الخطاب في بعض الروايات : (**حبِّس الأصل و سبِّل الثمرة**) يشير إلى استبقاء الملك بيد الواقف و إخراج المنافع [2]، **إذ إن تحبيس الأصل لا يقتضي خروجه عن ملك الواقف، بل** إقراره على ملكه [3] . **و قالوا إن الحديث دل على لزوم الوقف، و** ليس فيه ما يدل على خروج المال الموقوف عن ملك الواقف، و الملك الثابت لا يُحكم بزواله من غير دليل، بل قالوا إن في الحديث ما يدل على بقائه ؛ لأن التصدق اللازم الدائم يقتضي بقائه مع منعه **من التصرفات الناقلة للملكية، و لقد فهم عمر من قول رسول الله (إن شئت حبست أصلها و تصدقت بها**) إن المراد من تحبيس الأصل تحبيسها على ملكه مع منعه من التصرفات، و لهذا قال في كتاب وقفه : (. . . على ألا تباع و لا توهب و لا تورث)، و لو كان الوقف يُفيد خروجها **عن ملكه لما** كان هنا معنى للنص على عدم البيع و غيره [4] .

. استدلوا من المعقول فقالوا : إن الواقف كان مالكا للعين الموقوفة قبل وقفه لها، و الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يزيلها، وحيث لم يثبت ذلك تبقى العين الموقوفة في حوزة صاحبها، إلا أن الملكية للعين غير مطلقة بل مقيدة بالقدر الذي يتحقق معه الغرض من الوقف و هو التصدق **بالثمر أو الريع أو المنافع** [5] ثم إن الوقف إنما هو تصرف في غلات الأعيان الموقوفة، و لم يتجاوز ذلك إلى الأعيان إلا بالقدر الذي يلزم لاستيفاء الغلات منها، و ذلك لا يقتضي أن تخرج الأعيان من ملك أصحابها [6] .

ثانيا : انتقال العين الموقوفة إلى ملك الموقوف عليهم

ومعنى ذلك أن يُخرج الوقف العين الموقوفة من ملكية الواقف إلى ملك الموقوف عليهم، وهو وقول **عند الشافعية** [7]، **و المشهور عند الحنابلة** [1]، **لكن ملكيتهم للعين الموقوفة تبقى ملكية ناقصة تُتيح**

([1]) علاء الدين أبي الحسن المرداوي : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، **المصدر** السابق، ج 7، ص 38 .

([2]) عكرمة سعيد صبري : **الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص** 167 .

([3]) أبو زهرة : محاضرات في الوقف، **المرجع السابق، ص** 100 .

([4]) محمد مصطفى شلبي : أحكام الوصايا و الأوقاف، **المرجع السابق، ص** 314 ن 315 .

([5]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، **المرجع السابق، ص** 167 .

([6]) أبو زهرة : محاضرات في الوقف، **المرجع السابق، ص** 100 .

([7]) الماوردي : الحاوي الكبير ،المصدر السابق، ج 9، ص 373 .

لهم الانتفاع بأعيان الوقف دون التصرف في الرقبة، و ترتب على هذا الرأي أيلولة العقارات الموقوفة إلى الموقوف عليهم عند انتهاء الوقف لأي سبب من الأسباب، كما تقع عليهم مصاريف الوقف إذا لم تكن له غلة، و بذلك تنتهي سلطة الواقف على وقفه إلا بما يرد من شروط قرّرها **عند قيامه بالوقف** [2] .

واستدل من ذهب من الشافعية إلى القول بانتقال الملك إلى الموقوف عليه إلى أن الوقف لا يخرج **الموقوف عن المالية**، إذ تبقى العين بعده فيها مالا يستلزم وجوده تحت يد تتملكه، **وامتناع بيع الوقف** لا يقتضي بقاءه دون مالك أو على أن الموقوف عليه **لا يملكه، لأن السيد لا يبيع أم الولد وهي ملك له .**

ردّ الماوردي على هذا الدليل من أنه ينتقض بحصير المسجد إذ أنها تضمن باليد على الرغم من أنها ليست ملكا لأحد [3] .

واستدل الحنابلة لذلك بـ :

- **إن الوقف من جهات القرب فأشبه الصدقات** [4]، **إذ الملكية بعد التصدق إنّما** تنتقل إلى المتصدق عليه، **فكذلك الوقف .**
- **إنّ كل ما ضبط بالقيمة كان له مالك** [5] **فلا يمكن تصور الوقف (العين الموقوفة) دون مالك .**

ووجّه أصحاب هذا الرأي رأيهم بأنه إذا ثبت من دلالة الحديث خروج المال الموقوف عن ملك الواقف، خروج الملك إلى غير مالك غير معهود شرعا، بل هو السائبة التي أبطلها القرآن، فلا بد من دخوله في ملك أحد غير الواقف، و ليس هنا أحد أقرب من الموقوف عليهم حيث ملكوا المنفعة، و لولا إن إباحة التصرف لهم فيها يُخرج الوقف عن أصل وضعه، وهو التصدق الدائم بالمنفعة، لولا ذلك لأبيح لهم **التصرف التام، و لكنها الضرورة تقدر بقدرها** [6] .

ولهذا الرأي بعض الثمار يمكن إجمالها على النحو الآتي :

([1]) أبو علي الحسن بن أحمد بن عبد الله بن البنا : المقنع في شرح مختصر الخرقي، **تحقيق و دراسة : عبد العزيز بن سليمان بن إبراهيم البعيمي، مكتبة الرشد، الرياض، ط 2 (1415 هـ . 1994 م)، ج 2، ص 771 .**

([2]) محمود جمعة الزريقي : الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، **المرجع السابق، ص 90 .**

(3) **الماوردي** : الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج9، ص373 .

(4) أبو علي الحسن بن احمد بن عبد الله بن **البنّا** : المقنع في شرح مختصر الخرقي، المصدر السابق ،ج2، ص771 .

(5) **المصدر نفسه، ج 2، ص 771 .**

([6]) محمد مصطفى شلبي : أحكام الوصايا و الأوقاف، **المرجع السابق، ص316 .**

1/ وجوب الزكاة :

إذا كان الموقوف ماشية، فإن الزكاة تجب على الموقوف عليه على ظاهر كلام الإمام احمد رحمه الله، واختاره غير واحد من العلماء الحنابلة [1] وقدّمه الزركشي [2]، ومثل هذا قال المالكية [3]، وقيل لا تجب الزكاة على الموقوف عليه لضعف الملك وهو انتفاء التصرف في الرّقبة [4] .

أمّا الشجر الموقوف فتجب الزكاة في ثمره على الموقوف عليه وجها واحدا ؛ لأن ثمرته للموقوف عليه .

2/ أرش جناية الوقف :

إذا جنى الوقف خطأ فالأرش على الموقوف عليه [5]، لانتفاء التعلق بالرقبة لامتناع البيع [6]، هذا إن كان الموقوف عليه معينا، أما إن كان غير معين كالمساكين ونحوهم فينبغي أن يكون الأرش في كسبه ؛ لأنه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الأرش عليه ولا يمكن تعلقها برقبته، فتتعين في كسبه [7] .

3/ استحقاق الشفاعة بشركة الوقف :

إنّ القول بانتقال الملك في العين الموقوفة إلى الموقوف عليه يجعله يستحق بذلك الشفاعة، هذا بناءً على القول بجواز قسمة الوقف وهو مذهب الحنابلة، وعلى القول بمنع القسمة فإنّه لا شفاعة للموقوف عليه .

4/ نفقة الموقوف :

تجب نفقة الموقوف حيث شرطت ومع عدمه في الغلة ، ومع عدم الغلة فإنّها تجب على الموقوف عليه [8] .

---

(1) شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي : شرح الزركشي على مختصر الخرقي، المصدر السابق، ج 4، ص 271.

(2) المرداوي : الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المصدر السابق، ج 7، ص 43 .

(3) أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري : التفريع، دراسة و تحقيق : حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، بيروت (لبنان)، ط1 (1307 هـ . 1987 م)، ج 2، ص 310 .

(4) الزركشي : شرح الزركشي على مختصر الخرقي، المصدر السابق، 4ج، ص 271.

(5) المرداوي : الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المصدر السابق، ج 7، ص 43 .

(6) الزركشي : شرح الزركشي على مختصر الخرقي، المصدر السابق، 4ج، ص 271.

(7) موفق الدين ابن قدامة : المغني، المصدر السابق، ج 6، ص 230 .

(8) الزركشي : شرح الزركشي على مختصر الخرقي، المصدر السابق، 4ج، ص 271، 272 .

ثالثا : خروج العين الموقوفة من ملك الواقف إلى حكم ملك الله تعالى

ومعنى ذلك أن يُخرج الوقف العين الموقوفة من ملك الواقف إلى حكم الله سبحانه و تعالى، و لك ترغيبا للناس في الوقف، و بهذا الرأي قال الحنفية [1]، **و الراجح من مذهب الشافعية** [2]، **و** إحدى الروايات عن الإمام أحمد، مع الإشارة إلى أن الحنابلة يقولون بأن الموقوف إذا كان عاما على جهة خيرية كمدرسة، أو ملجئ، أو قنطرة، فإن الملك لا ينتقل إلى الموقوف عليهم، و إنما ينتقل إلى حكم الله تعالى [3] .

و استدل هذا الفريق بمجموعة من الأدلة يمكن بيانها على النحو الآتي :

. قالوا إن الذي يفهم من قول النبي صلى الله عليه و سلم لعمر بن الخطاب رضي الله عنه : (**تصدق بأصله، لا يباع و لا يوهب و لا يورث و لكن ينفق ثمره) أنه صلى الله عليه و سلم إنما أمر عمر بأن يتصدق بأصل المال الموقوف، و التصدق بالأصل يقتضي خروج العين الموقوفة عن** ملك الواقف لا إلى ملك أحد من العباد ؛ لأن لفظ (الصدقة) يقتضي خروجها إلى ملك الله عز وجل ؛ لأن الأصل في المتصدق أن يقصد بصدقته وجه الله سبحانه و تعالى .

أما الموقوف فليس له إلا ناتج العين الموقوفة ؛ أي له الغلة على ضوء ما يقرره الواقف فلا يتصور انتقال العين الموقوفة إلى الموقوف عليه ؛ لأن المالك يكون حرا في التصرف بما يملك على خلاف العين الموقوفة التي لا يجوز التصرف فيها **بأي نوع من التصرفات كانت .**

. و استدلوا بالمعقول من خلال ان حكم الوقف بعد موت الواقف كحكمه في حياة واقفه، و الواقف لا يبقى له بعد الموت ملك بالاتفاق فدل على أنه لم يكن له في الحياة ملك بالقياس [4] .

رابعا : موقف التشريع الجزائري من ملكية الوقف

نصت المادة الثالثة من قانون الأوقاف الجزائري على أن لوقف هو : "حبس العين عن التملك..." فدلت هذه العبارة على نفي صفة التملك عن الوقف إطلاقا سواء من الواقف أو غيره **من الجهات الأخرى، وأكدت هذا الإطلاق المادة الخامسة من هذا القانون حيث نصت على أن :**

([1]) أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري : مختصر القدوري في الفقه لحنفي، تحقيق و تعليق : كامل محمد محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، ط 1 (1418 هـ. 1997 م)، ص 127 .

([2]) **الماوردي : الحاوي** الكبير ،المصدر السابق، ج 9، ص 373، 374 .

([3]) **المرداوي** : الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، **المصدر السابق، ج 7، ص** 38 .

([4]) عكرمة سعيد صبري : الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق، **المرجع السابق، ص** 169 .

"الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا للاعتباريين..."، كما نصت المادة السابعة عشرة على أنه : "إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف، و يؤول الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه "، كما قررت المادة الثامنة عشرة على أنه : "يحصر حق المنتفع بالعين فيما تنتجه، وعليه استغلالها استغلالا غير متلف للعين، وحقه حق انتفاع لا حق ملكية "

من خلال هذه النصوص يتبلور لنا حكم ملكية الوقف في قانون الأوقاف الجزائري، فمحل الوقف عين و منفعة، والعين لا ملكية فيها لأحد، لا للموقوف عليه ولا غيره ؛ لأن حق الموقوف عليه ينحصر فيما تنتجه العين الموقوفة، فحقه حق انتفاع، لا حق ملكية للعين .

وتكييف عدم ملكية الواقف لما وقف مع معنى الملكية في القانون والذي يعني : حق التمتع بالشيء باستعماله واستغلاله، وحق التصرف فيه تصرفا قانونيا أو ماديا، أنه بعد أن كانت هذه الحقوق ثابتة للشخص في ملكه قبل أن يقف، تزول عنه بعد وقفه و لا يصير له حق في استعماله إذا لم يقف على نفسه، أما إذا وقف على نفسه فاستعماله لما وقفه لا لكونه يملك أصله، ولكن لأنه صار منتفعا، ولا أن يستغله ولو لغيره، إذا لم يكن هو المتولي، وإلا فيجوز له ذلك لكونه متوليا لا لكونه مالكا، و لا أن يتصرف فيه تصرفا يخرجه عن ملكيته .

و إذا كان أساس الملكية هو التصرف، وكان التصرف في الوقف بالبيع و نحوه غير جائز في القانون إلا في حالات نادرة، فمعناه أنه لا ملكية في الوقف لأي أحد لا للواقف لأنها زالت عنه و لا للموقوف عليه لأن حقه مقصور على الانتفاع، ولا للمتولي على الوقف .

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هل يوجد في التشريع الجزائري ملك بلا مالك، أو بتعبير آخر هل من الممكن لأي مالك أن يتنازل عن ملكه لا إلى مالك آخر؟

لقد نصت المادة الثالثة و السبعون بعد المائة السابعة من القانون المدني الجزائري على أنه : "يعتبر من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أحوال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم " .

و أكد هذا الحكم قانون الأملاك الوطنية [1]، إذ أنه جعل من طرق تكوين الأملاك الخاصة للدولة شغور الممتلكات، فقد جاء في المادة التاسعة و الثلاثين منه على أنه : " يمكن أيضا أن

(1) قانون الأملاك الوطنية: قانون رقم 90- مؤرخ في14جمادى الأولى عام 1411ه الموافق ل 1 ديسمبر سنة 1990 الصادرة بالجريدة الرسمية ل: ج ج د ش العدد 52،السنة 27 بتاريخ: 15 جمادى الأولى عام 1411ه الموافق ل 2 ديسمبر سنة 1980

تشكل طرق تكوين الأملاك الخاصة للدولة من : ...أيلولة الممتلكات الشاغرة و الأملاك التي لا ملك لها إلا الدولة " .

فهل الوقف يعتبر ملكا شاغرا و بالتالي يعود إلى الدولة [1] ؟

لا شك أن فرضية رجوعه إلى الدولة ملكا من أملاكها قد نفاها قانون الأوقاف الجزائري صراحة في مادته الخامسة بقوله : " الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين"، وكل ما أثبتته المادة للدولة هو رعاية إرادة الواقف في وقفه و تنفيذها، بقولها : "...وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف و تنفيذها " .

و بهذا يكون الوقف ليس ملكا شاغرا، و لتوافق التشريعات لابد أن يعتبر معنى الشغور هنا؛ إما بأن المقصود به هو التخلي عن منافع المملوك، لا عن ذاته و إما بأن قانون الأوقاف لا يعني بعدم ملكية محل الوقف شغوره من الملكية، و لكن الارتقاء به من مجرد مال مملوك إلى مال ذي شخصية معنوية، أو يجعل قانون الأوقاف مخصصا لقانون الأملاك الوطنية و القانون المدني الجزائري بما أنه صدر بعدهما .

---

(1) يرى الدكتور أحمد مجدوب (أحد وزراء الأوقاف و الشؤون الإسلامية في الجمهورية العربية السودانية أن ملكية الأوقاف تعود للدولة فيقول ما نصه : (...وهذا الخلاف بين الفقهاء خلاف لم ينتبهوا فيه إلى البحث عن طبيعة هذا المال بعد أن طرأ عليه هذا الحكم وهو الوقف، فالحديث أن المال لا زال باقيا في ملك صاحبه حديث غير مقبول لأن من شروط الملك حرية التصرف في المال المملوك وهي غير متحققة هنا.)

ومن شروط الصدقة خروج المال المتصدق به ابتغاء القربة لله تعالى إلى المتصدق إليه وهو غير متحقق هنا لأن الصدقة التي تخرج عن صاحبها هي الصدقة المستهلكة التي لا تبقى بعد الانتفاع بها، وعليه فإن لا مجال للحديث عن ملك الموقوف عليه للمال الموقوف لأن الأصل في الوقف هو التصدق بمنفعته وبالتالي فإن ملك الموقوف عليهم يتعلق بالمنافع.

والقول الذي يمكن ان يكون مقبولا من هذه الأقوال هو أن المال الموقوف يخرج عن ملك الواقف إلى ملك الله تعالى.

والفقهاء لم ينتبهوا على أمر مهم . على حسب تعبيره . وهو ضرورة وجود جهة لها ذمة يضاف إليها الملك وتقوم بتحمل التبعات والالتزامات الناتجة عن هذا الملك وتعالى الله عن ذالك علوا كبيرا، وكان الأَجْوز لهؤلاء أن ينسبوا المال الموقوف إلى ملكية الدولة التي ترعى شؤون العباد وتقوم بحراسة الدين وسياسة الدنيا، وهي المكلفة بتنفيذ الأحكام الشرعية.

وكان يمكنهم ان يقيسوا مال الوقف على مال الزكاة الذي يخرج عن ملك صاحبه ويصبح مالا عاما قبل ان يوزع على مستحقيه فيملكونه ملكية خاصة. فالقول بأن الكال الموقوف مال عام على وجه الإطلاق لا يصح لأن الدولة هي القائمة على المال العام يست لها مطلق التصرف فيه لأنها مقيدة بشرط الواقف فأنسب تغيير يمكن أن نصف به مال الأوقاف هو أنه مال = = عام مخصص لمصرف . أنظر : محمد التيجاني احمد الجعلي : الاتجاهات المعاصرة في تطوير الاستثمار الوقفي، دار اشبيليا، الرياض (المملكة العربية السعودية)، ط1 (1423هـ-2002م)، ص46، 47

و إذا زالت **ملكية الواقف عن العين**، و لم تؤل إلى ملكية الموقوف عليهم، و لا إلى أحد غيره، فإنه حسب المادة الخامسة من قانون الأوقاف الجزائري يصير الوقف يتمتع بشخصية مستقلة عن شخصية الواقف، و **الموقوف عليه** [1] .

(1) بلبالي إبراهيم : قانون الأوقاف الجزائري دراسة تحليلية نقدية مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص77،78،79.

المطلب الثالث : أثر الشخصية الاعتبارية على ملكية الوقف

أولا : موقع الوقف من نظرية الشخصية الاعتبارية

تعددت آراء الفقهاء حول ملكية العين موقوفة لمن تعود ملكيتها بعد الوقف . هل للواقف ؟ أم للموقوف عليهم ؟ أم أنها تعود لله تعالى كما قال بعض الفقهاء ؟.

و إذا كانت نظرية الشخصية الاعتبارية تتميز بذمة مالية مستقلة تسمح بوجود وعاء مالي مستقل، و أهلية للتصرف تسمح لها أيضا باكتساب الحقوق و تحمل الواجبات، و غيرها من المميزات الأخرى، فما مدى توافق هذه المميزات القانونية و آراء الفقهاء حول ملكية العين الموقوفة، أو بتعبير آخر ما مدى تأثير نظرية الشخصية الاعتبارية على ملكية الوقف ؟ . هل يمكن تصور وجود شخصية اعتبارية مع بقاء العين الموقوفة على ملك الواقف، أو على ملك الموقوف عليهم، و هل يمكن تصورها . شخصية اعتبارية . إذا أسندنا الملكية لله تعالى ؟ .

تبدوا الإجابة عن هذا التساؤل واضحة و قصيرة في نفس الوقت، فنحن إذا ما أخذنا شخصية اعتبارية أخرى غير شخصية الوقف كمؤسسة خاصة مثلا تنشأ بتخصيص مبلغ من المال لعمل اجتماعي علمي فني أو حتى رياضي فإن الأموال التي تملكها هذه المؤسسة لا يمكن قانونيا أن تعود إلى ملكية دافعيها، بل تُعتبر ملكا لهذه المؤسسة .

و منه لا يمكن تصور شخصية اعتبارية للوقف مع بقاء ملكية هذا الأخير تابعة للواقف أو للموقوف عليهم، و ذلك لعدم إمكانية تحقق الذمة المالية المستقلة، إذ من شأن ذلك أن يجعلنا أمام ذمة مالية مختلطة بين ذمة الواقف أو الموقوف عليهم من جهة و ذمة الوقف ككيان مستقل . إن كان له كيان مستقل في هذه الحالة . من جهة أخرى، وهذا ما يتنافى و مميزات الشخصية الاعتبارية .

ويقول في هذا الشأن الأستاذ أحمد الزرقا : (فالأحسن تخريجا هو أن تعتبر الجهة الخيرية التي لابد من وجودها في الوقف بداية أو نهاية هي المالكة باعتبار أنها شخص حكمي دائم، لا الأشخاص الطبيعيين إذا كانوا موقوفا عليهم . وهذا يتماشى مع فكرة الشخصية الحكمية و النظريات الحقوقية فيها و مع القواعد الفقهية نفسها . . .) [1] .

([1]) مصطفى أحمد الزرقا : أحكام الأوقاف، المرجع السابق، ص 25 .

ما يمكن أن يستشف من كلام الأستاذ أحمد الزرقا و إجابةً عن التساؤل الذي طرحناه في البداية و المتمثل في إمكانية تصور شخصية اعتبارية مع بقاء الملكية للواقف أو انتقالها للموقوف عليهم، أنه لا يمكن وجود شخصية الاعتبارية للوقف إذا كانت هذه الشخصية تعيش على أملاك الغير إذا سلمنا إن هذه الأملاك هي عصب حياتها .

و لتدليل على إن ملكية الوقف تخرج إلى غير مالك أو إلى ملكية الله تعالى كما عبَّر عن ذلك الكثير من الفقهاء و تبعهم الكثير من الباحثين المعاصرين و المتمثل بلغة القانون في ملكية الشخصية الاعتبارية، هو صحة تملك هذه الأخيرة، فلو لم يصح تملك الشخصية الاعتبارية للوقف للعين الموقوفة لما صح الوقف عليها و لا تقديم الهبة لها و لا الإيصاء لها كما ذهب إلى ذلك فقهاءنا، وذلك ما سنتناوله في الفرع الموالي من هذا المطلب .

وعليه يمكن القول إن المشرع الجزائري قد وُفِّقَ في اختيار الرأي الذي يتناسب مع ما منحه للوقف من شخصية اعتبارية، بعد أن نفى الملك عن الواقف و الموقوف عليهم من خلال المواد الثالثة و الخامسة و السابعة عشر و الثامنة عشر .

ثانيا : مظاهر ملكية الشخصية الاعتبارية للوقف

أ . الوقف على الوقف :

إن من مظاهر الملكية الحكمية لجهة الوقف أنه يصح أن يوقف عليها، ومن ثم يدخل الموقوف في ملكها [1]، و في هذا يقول ابن عابدين : ((إن وقف على مسجد جاز))، وظاهر العبارة عند الحنفية تقتضي أنه لا يشترط فيه كون أهله ممن يحصون ؛ لأن الوقف على المسجد لا على أهله [2].

وجاء عن المالكية ما أشار إليه الخرشي حين شرح عبارة خليل : ((على أهل لتملك))، قال : يُشير بهذا إلى أن الموقوف عليه يشترط فيه أن يكون أهلا لتملك حكما كالمسجد، أو حسا كالادمي، ولذا قال ابن عرفة : المحبس عليه ما جاز صرف منفعة الحبس له او فيه، فقوله على أهل للتملك هو الموقوف عليه و الموصوف بالتملك، و الواقف يتصف بالتمليك [3] .

([1]) أحمد علي عبد الله : الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 185 .

([2]) ابن عابدين : رد المحتار، المصدر السابق، ج6، ص 387

([3])محمد بن عبد الله بن علي الخرشي : حاشية الخرشي على مختصر خليل، المصدر السابق، ج 7، ص 365 .

و ذهب الشافعية إلى جواز الوقف على الوقف، قال الرملي : ((و يصرف ريع ما وقف على المسجد وقفا مطلقا أو على عمارته في بناء و تجصيص و . . .)) [1] .

وجاء عن الحنابلة ما نقله صاحب المُغني بقوله : ولا يصح الوقف على من لا يملك كالعبد القن و أم الولد و المدبر و الميت و الحمل و المَلَك و الجن و الشياطين . قال أحمد فيمن وقف على مماليكه : لا يصح الوقف حتى يعتقهم وذلك لأن الوقف تمليك فلا يصح **على من لا يملك** [2] .

هذا الفقه الإسلامي أما في التشريع الجزائري فإننا لا نجد ما يدل على جواز الوقف على الوقف، لكن وعلى من ذلك فإن نظرية الشخصية الاعتبارية لا تمنع ذلك قياسا على صحة الوصية و الهبة **على الوقف كما سنرى** .

ب . الوصية للوقف :

أجاز الفقهاء الوصية على جهات الوقف، وعبّروا عن ذلك المعنى في كتبهم بوضوح [3]، **فقد** نقل الكاساني [4] عن الحنفية قولهم : ((وكذا كونه من أهل الملك ليس بشرط . أي الموصى له . حتى لو أوصى مسلم بثلث ماله للمسجد أن ينفق عليه في إصلاحه وعمارته و تجصيصه يجوز ؛ لأن **قصد المسلم** من هذه الوصية التقرب إل الله سبحانه و تعالى [5] .

و جاء في المدونة : (قلت : آرأيت إن أوصى بوصايا و بعمارة مسجد ؟ قال ابن القاسم : بلغني عن مالك في رجل أوصى فقال : أوقدوا في هذا المسجد مصباحه و أقيموا له، و أوصى معه بوصايا، كيف يرى العمل فيه ؟ قال : قال مالك : ينظر كم قيمة ثلث الميت و إلى ما أوصى به من الوصايا، فيحاصون في ثلث الميت يحاص للمسجد بقيمة الثلث، و للوصايا بما سمى لهم في **الثلث**) [6]، على أن يصبح هذه الوصية وقفا بالتبع ((... فما صار للمسجد من ذلك في **المحاصة وقف**)) [1] .

([1]) شمس الدين الرملي : نهاية المحتاج، **المصدر السابق**، ج 5، ص 396 .

([2]) **موفق الدين ابن قدامة** : المغني، المصدر السابق، ج 6، ص 214 .

([3]) محمود موافي : الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، **المرجع السابق**، ص 187

(2) هو الإمام علاء الدين بن أبي بكر بن مسعود الفقيه الحنفي، **من مؤلفاته** : **بدائع الصنائع** ،و الكليات في أصول الدين، توفي سنة587هـ . انظر : الزركلي، **الأعلام**، المرجع السابق، ج2، ص70.

([5]) **علاء** الدين الكساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت (لبنان)، ط 2 (1402 هـ . 1982 م)، ج 5، ص 654

ونُقل عن الشافعية قولهم .كما جاء في شرح الخطيب الشربيني . ((وتصح لعمارة مسجد و مصالحه و مطلقا، بأن يقول أوصيت به لمسجد))، و يقول البجيرمي شرحا لهذه العبارة : ((. . . و بحث الرافعي صحتها . أي الوصية للمسجد . أنه قصد تمليك المسجد و هو المعتمد، وعلم من تعليله بأن للمسجد ملكا، فإن قال جعلتها للمسجد كان ملكا له))، و ليس الأمر مقتصرا على المساجد فقط بل يتعداه لغيره من الأوقاف الأخرى [2] .

وقال ابن قدامة من الحنابلة : ((و إن أوصى لكتب القرآن، أو العلم، أو لمسجد .....)) [3]، فدلّ ذلك على أن الحنابلة يرون جواز الوصية للوقف .

وعليه فالمذاهب الفقهية الأربعة متفقة على صحة الوصية لجهة الوقف، ممّا يعني إن الوقف كائن يملك .

هذا و لا يمنع التشريع الجزائري من تقديم الوصايا للأوقاف تكريسا منه لمبدأ الشخصية الاعتبارية للوقف، و ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثانية من القرار المؤرخ 5 محرم 1421 هـ الموافق لـ 10 أبريل 2000، المحدد لكيفيات ضبط الإيرادات و النفقات الخاصة بالأملاك الوقفية، حيث جاء في صلب الفقرة : (تعتبر من إيرادات الأوقاف . . . الهبات و الوصايا المقدمة لدعم الأوقاف . . .) .

جـ. الهبة للوقف [4] :

ورد في تحفة المحتاج أن شرط الهبة إيجاب وقبول لفظا، قال ابن القاسم : قوله في المتن إيجاب وقبول لفظا . قال في التكملة هذا غير الضمني إلى أن قال في المعين، أما في الهبة للجهة العامة فإن الغزالي جزم في الوجيز في باب اللقيط بالصحة و توقف فيه الرافعي لكونه غير معين، يعني تعيين

([1]) مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التنوخي، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، ط 1 (1415 هـ . 1994 م)، ج 4، ص 360، 361 .

(2) المصدر نفسه، ج 4، ص 361 .

(3) سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي : تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، ط 1 (1417 هـ . 1996 م)، ج 4، ص 64، 65 .

(4) موفق الدين بن قدامة : المقنع، تحقيق : عبد الله بن عبد الله المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، (د . ط .د . ت)، ج 17، ص 306 .

([4]) محمود الموافي : الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 189، 190 .

المتهب شرط كالمشتري، ثم قال ويجوز أن يقول الجهة العامة بمنزلة المسجد حتى يجوز تمليكها بالهبة كما يجوز الوقف عليها وحينئذ يقبلها القاضي [1]، وعليه فقد قرّر الشافعية صحة الهبة للوقف .

هذا و لا يمنع التشريع الجزائري تقديم الهبات **للأوقاف تكريسا منه لمبدأ الشخصية الاعتبارية للوقف، و ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثانية من القرار المؤرخ 5 محرم 1421 هـ الموافق لـ 10 أبريل 2000، المحدد لكيفيات ضبط الإيرادات و النفقات الخاصة بالأملاك الوقفية،** حيث جاء في صلب الفقرة : (تعتبر من إيرادات الأوقاف . . . الهبات و الوصايا المقدمة لدعم **الأوقاف** . . .) .

(1) الشرواني و ابن القاسم : **حواشي تحفة المحتاج**، دار إحياء التراث العربي، (د . ط . د . ت)، ج 6، ص 298 .

خلاصة :

إن الذي يقف على أحكام الوقف الإسلامي ليجد نفسه أمام حشد هائل من الاختلافات الفقهية حول معظم قضاياه ابتداء من تعريفه إلى لزومه، إلى مرجع ملكيته، إلى اشتراط قبضه من عدم اشتراطه، إلى تكييف مهمة ناظره، إلى غيرها من الاختلافات الأخرى، بل أن هذا الاختلاف امتد حتى إلى مناقشة مشروعيته، و كل ذلك في الحقيقة مرده عدم التكييف على أساس فكرة جامعة مانعة تشد هذا الحشد من الآراء، وهذا ما يتجلى في فكرة الشخصية الاعتبارية .

فنظرية الشخصية الاعتبارية وبعد الاعتراف للوقف بها تعتبر هي الفيْصل في الترجيح بين الكثير من الأحكام الفقهية المتعلقة بالوقف، على غرار ما حصل معنا من خلال مسألتي اللزوم و الملكية اللتان تعتبران من أكبر المسائل المختلف فيها، إذ على أساسها ينبني الخلاف في العديد من المسائل **الأخرى .**

ولقد كان تأثير هذه النظرية . نظرية الشخصية الاعتبارية . على مسألة لزوم الوقف واضحا من خلال استحالة تصورها مع القول بعدم لزومه، كما كان تأثيرها واضحا أيضا على ملكية الوقف من خلال ترجيحنا للقول بأنها تخرج و تنتقل إلى ملكية جهة الوقف .

و بذلك نكون قد خففنا، أو بالأحرى تكون نظرية الشخصية الاعتبارية قد خففت من شدة الاختلاف حول مسائل الوقف بعد ترجيحنا للزوم الوقف و لانتقال ملكيته إلى جهة الوقف .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

خاتمة

إن مما اهتم به العلماء بشكل عام و الفقهاء على وجه الخصوص، وأَوْلَوْهُ العناية الكبرى بحثا، و تأليفا و إفتاءً، الوقف الإسلامي و الأحكام الفقهية المتعلقة به، لذلك تعددت آراؤهم حول مختلف المسائل المتعلقة به، بدءً من تعريفه، إلى حكمه الشرعي، إلى بيان الشروط التي يجب توافرها في أركانه، إلى ما أثير من جدل في العصر الحديث حول أنواعه خاصة ما تعلق بالوقف الذري، بالإضافة إلى اعتراف الكثير من التشريعات الحديثة له بالشخصية الاعتبارية، حيث لم يكن للاعتراف للوقف بالشخصية الاعتبارية فائدة إذا لم يكن له آثار تعود بالفائدة على الوقف في حد ذاته ، و ذلك ما كان بعد إقرار المشرع الجزائري بهذه الشخصية للوقف الإسلامي، ما أعطى لها . الآثار . وجودا قانونيا بعد أن سجلت وجودها حتى قبل أن تظهر نظرية الشخصية الاعتبارية في حد ذاتها .

ومنه يمكن تلخيص النتائج التي توصلنا إليها على النحو الآتي :

. يمكن للباحث أن يلاحظ غياب المشرع في كثير من أطوار البحث، إذ نكتفي بالإشارة إلى المادة 02 من قانون الأوقاف التي تُحيلنا بدورها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و عليه يمكن الحكم على قانون الأوقاف الجزائري و غيره من التشريعات الأخرى التي جاءت بعده بالسطحية المفرطة في معالجة أحكام الوقف .

. اكتفاء المشرع الجزائري بالاعتراف السطحي للوقف بالشخصية الاعتبارية، دون الالتزام بتنظيم يلات هذه الشخصية كالذمة المالية و الأهلية و الشخص الذي يعبر عن إرادتها و يتقاضى باسمها و غير ذلك من التفصيلات الأخرى التي تحتاج إلى تنظيم خاص باعتبار باعتبار حساسية موضوع الوقف و اختلاف شخصيته الاعتبارية عن باقي الشخصيات الاعتبارية الأخرى

. يمكن إيجاد منظومة فقهية و قانونية خالية من الاختلافات الفقهية من خلال توظيف فكرة شخصية الاعتبارية بعد الاعتراف للوقف بها، و ذلك بإسقاط مميّزات وخصائص هذه النظرية على أحكام الوقف الإسلامي .

. بالنظر إلى الخلاف الحاصل بين الفقهاء المعاصرين حول إمكانية مسائلة الشخصية الاعتبارية للوقف جنائيا على النحو الذي ذكرنا آنفا، فإنه يمكن القول أنه من الممكن مسائلة الشخصية الاعتبارية للوقف جنائيا على ضوء ما قرّره قانون العقوبات الجزائري .كما سبق و أشرنا . وعلى ضوء التطور الذي شهدته هذه النظرية . نظرية الشخصية الاعتبارية . خاصة في مسألة مسائلتها جنائيا،

على أن تحكم هذه المسائلة القواعد العامة المنظمة لأحكام الوقف و شخصيته الاعتبارية و كذا شروط الواقف ذلك أن شرط الواقف كنص الشارع .

. الذي يظهر راجحا هو جواز التصرف في جميع الأموال المرصودة لجهة واحدة، كالمساجد مثلا حيث لابد أن ينظر إلى جميع موقوفات المساجد الواقعة تحت إدارة الوقف كذمة واحدة حسب المصلحة الراجحة، ولكن مع تقديم مصالح الموقوف عليه من وقفه الخاص به على غيره، وإذا فضل أو اقتضت المصلحة غير ذلك صُرف منه إلى بقية الموقوف عليه من نفس الجهة، وهكذا الأمر في الوقف على جهة الفقراء، أو المدارس، أو نحوها ، كما يمكن القول باستحالة استقلال كل وقف ذمته المالية، إذ أصبح يُنظر في التشريع الجزائري للأوقاف كلها على أنها جهة واحدة، بل و على خلاف ما رجّحه بعض الفقهاء من إمكانية النظر للأموال المرصودة لجهة واحدة، كالمساجد مثلا على أنها جهة واحدة، ذهب المشرع الجزائري إلى أبعد من ذلك .كما ذهب بعض الفقهاء أيضا . من اعتبار كل الأوقاف المتواجدة على مستوى البلد جهة واحدة

. تبنى المشرع الجزائري للنظرية الحديثة التي تقضي بإمكانية تعدد الذمة المالية للشخصية الاعتبارية للوقف الإسلامي و ذالك ما يتجلى في الصندوق المركزي للأملاك الوقفية، و الذي تُصب فيه مداخيل كل أنواع الأوقاف، و يُنفق منه على تسييرها ككل متكامل .

. للوقف أهلية وجوب وأهلية أداء بما تتوافق و تلك القواعد والشروط المنظمة للمنظومة الوقفية، فيجوز للوقف التعامل مع غيره وكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، كل ذلك في حدود الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي وشروط الواقف .

. غياب دراسات قانونية تفصيلية و دقيقة . على حسب اطلاعنا . حول من يمثل الشخصية لاعتبارية و يعبر عن إرادتها ويتقاضى باسمها، على خلاف ما عُنِيَ به نائب الشخصية الاعتبارية للوقف على مستوى الفقه الإسلامي مِن حيث مَن يثبت له الحق في تعيين هذا النائب و من تثبت له النظارة، و مراتب النظار و تعددهم و حكم غيبتهم، ووظيفة الناظر على وجه الدقة، و غيرها من المسائل الأخرى الكثيرة، ساهم في غياب دراسة مقارنة دقيقة نستخلص من خلالها طبيعة النائب الذي يمثل الشخصية الاعتبارية للوقف عن غيرها من الشخصيات الاعتبارية الأخرى

. إن صفة حق التقاضي، صفة أقرها الفقهاء للوقف كحالة إثبات الوقف، و تغريم المتعدي عليه وغير ذلك من الخصومات القضائية، و إذا كان الوقف لا يستلزم بالضرورة أن يكون له إسم، إلا أن وجود اسم للوقف جائز تماما فهناك أوقاف تسمى بأسماء الواقفين، بل إن إسم الوقف له دور جوهري في

تمييز الشخص الاعتباري عن غيره و تحديد ذاتيته، لذا فإن كافة التشريعات تهتم بأن يكون للشخص الاعتباري اسم خاص به، وكمبدأ عام فإنه على خلاف الأشخاص الطبيعية يجوز اختيار أي إسم ليعبر عن الشخص الاعتباري .

. موطن الوقف هو مكان وجود مديريته المركزية والمشرفة على تسيير شؤونه و توابعها عبر التراب الوطني أو خارجه، فموطن الوقف إذن ؛ هو المكان الذي أنشأ فيه عقد الوقف، وترتبت عليه آثار العقد شرعا، و بذلك، فللوقف موطن، مما يضفي عليه وصف الشخصية الاعتبارية كما ينص عليه القانون .

. لقد وجدت في التاريخ الإسلامي أوقاف رصدت لفك الأسرى من المسلمين في ديار الحرب، مما يدل على أن الجنسية التي كانت تتمتع بها الشخصية الاعتبارية للوقف في ذلك الوقف هي الجنسية الإسلامية إن صح التعبير .

. أن فكرة الشخصية الاعتبارية لا تسمح للواقف بالرجوع في وقفه ؛ لأنه ليس بإمكان الواقف أن يشترط في سند وقفه أحقيته في الرجوع عن وقفه، و هو الشرط الذي اشترطت نظرية الشخصية الاعتبارية وجوده في سند إنشاء أي شخص اعتباري، و بالتالي كان لهذه النظرية . نظرية الشخصية الاعتبارية . أثر على أحكام الوقف من خلال ترجيح لزومه .

. لا يمكن تصور شخصية اعتبارية للوقف مع بقاء ملكية هذا الأخير تابعة للواقف أو للموقوف عليهم، و ذلك لعدم إمكانية تحقق الذمة المالية المستقلة، إذ من شأن ذلك أن يجعلنا أمام ذمة مالية مختلطة بين ذمة الواقف أو الموقوف عليهم من جهة و ذمة الوقف ككيان مستقل . إن كان له كيان مستقل في هذه الحالة . من جهة أخرى، وهذا ما يتنافى و مميزات الشخصية الاعتبارية ، كما أن المشرع الجزائري قد وُفِّقَ في اختيار الرأي الذي يتناسب مع ما منحه للوقف من شخصية اعتبارية، بعد أن نفى الملك عن الواقف و الموقوف عليهم من خلال المواد الثالثة الخامسة و السابعة عشر و الثامنة عشر .

. اتفقت المذاهب الفقهية الأربعة على صحة الوصية لجهة الوقف، ممّا يعني أن الوقف كائن يملك، صرّح بذلك الدسوقي من فقهاء المالكية، وهو مدلول عبارات الآخرين ، إذ لا تصح الوصية إلا بدخول الموصى به في ملك الموصى له، و اتفقوا أيضا على أحقية الوقف في الأخذ بالشفعة ، كما قرّر الشافعية صحة الهبة للوقف .

هذا و لا يمنع التشريع الجزائري من تقديم الوصايا و الهبات للأوقاف و أحقية هذه الأخيرة في الأخذ بنظام الشفعة تكريسا منه لمبدأ الشخصية الاعتبارية للوقف، و ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثانية من القرار المؤرخ 5 محرم 1421 هـ الموافق لـ 10 أبريل 2000، المحدد لكيفيات ضبط الإيرادات و النفقات الخاصة بالأملاك الوقفية، حيث جاء في صلب الفقرة : (تعتبر من إيرادات الأوقاف . . . الهبات و الوصايا المقدمة لدعم الأوقاف . . .) .

. إذا كان الفقه الإسلامي يقضي بأحقية الوقف في الأخذ بنظام الشفعة فإنه من الضرورة استحداث مادة قانونية تقضي بأحقية الوقف في الأخذ بالشفعة باعتباره يتمتع بالشخصية الاعتبارية، وعدم الاكتفاء بحماية الوقف من أن يُأخذ بالشفعة، و وجوب أن تشمل حماية الوقف من الشفعة كل أنواع الأوقاف و ليس محل العبادة فقط كما ورد في المادة 798 من القانون المدني .

. وفي الأخير، و بعد البحث و المقارنة بين الأركان و الشروط التي وضعها القانون لمدلول الشخصية الاعتبارية ، و مقارنتها بالممارسة العملية لنشاطات الوقف وأغراضه المتعددة الاجتماعية و الاقتصادية أصبح من الواضح أن نستنتج أن مواصفات الشخصية الاعتبارية تنطبق على الوقف، وأنه شخص معنوي، له وجود شرعي يبيح له التعامل مع الناس، مباشرة بواسطة ممثله الشرعي، و هو المتولي .

والوقف شخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية الواقف ومتوليه والموقوف عليهم حيث أن الخصومات التي ترفع من الوقف أو عليه لا تكون إلا من وضد متولي الوقف،بدون ضرورة لإدخال المستحقين فيها .

كما أن الوقف إذا صح خرج من ملك الواقف، ولم يدخل في ملك الموقوف عليهم . و إذا خرج عن ملك الواقف و الموقوف عليهم ؛ أصبح له وجودا مستقلا عن ذمة الواقف والموقوف عليه و بذلك يجوز لناظره الاستدانة له و عليه مما يدل على استقلال ذمته عن ذمة مؤسسه و ناظره .

ومن هذا كله ؛ فالوقف شخصية اعتبارية كاملة الأهلية ضمن حدود مقاصد الشريعة الإسلامية.

تفرض على جهة الوقف واجبات في مقابل الحقوق التي اكتسبتها، فالمعادلة في الغالب لا تتم إلا بذلك .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفهارس

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الآيات

فهرس الآيات القرآنية

الآية	رقمها	السورة	الصفحة
. وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيۡرٞ لَّكُمۡۖ إِن كُنتُمۡ تَعۡلَمُونَ ٢٨٠	280	البقرة	25
. لَن تَنَالُواْ ٱلۡبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَۚ وَمَا تُنفِقُواْ مِن شَيۡءٖ فَإِنَّ ٱللَّهَ بِهِۦ عَلِيمٞ ٩٢	92	آل عمران	28
. وَمَا يَفۡعَلُواْ مِنۡ خَيۡرٖ فَلَن يُكۡفَرُوهُۗ وَٱللَّهُ عَلِيمُۢ بِٱلۡمُتَّقِينَ ١١٥	115	آل عمران	25
. وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعٗة مِّنكُمۡۖ فَإِن شَهِدُواْ فَأَمۡسِكُوهُنَّ فِي ٱلۡبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلۡمَوۡتُ أَوۡ يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلٗا ١٥	15	النساء	22
. مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٖ وَلَا سَآئِبَةٖ وَلَا وَصِيلَةٖ وَلَا حَامٖ وَلَٰكِنَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ يَفۡتَرُونَ عَلَى ٱللَّهِ	113	المائدة	22

ٱلْكَذِبَ ۖ وَأَكْثَرُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ ﴿١٠٣﴾			
. يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱرْكَعُوا۟ وَٱسْجُدُوا۟ وَٱعْبُدُوا۟ رَبَّكُمْ وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٧٧﴾	77	الحج	26
. ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ	02	النور	22
. وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَٰلًا مُّبِينًا ﴿٣٦﴾	36	الأحزاب	163
. وَحَمَلَهَا ٱلْإِنسَٰنُ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا ﴿٧٢﴾	72	الأحزاب	124
يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا۟ ٱلرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوٓا۟ أَعْمَٰلَكُمْ ﴿٣٣﴾	33	محمد	174
ـ وَأَنَّ ٱلْمَسَٰجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا۟ مَعَ ٱللَّهِ أَحَدًا ﴿١٨﴾	18	الجن	167
. إِنَّآ أَعْطَيْنَٰكَ ٱلْكَوْثَرَ ﴿١﴾	01	الكوثر	164

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

الحديث	الصفحة
. وأما خالد فقد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله	29
. إن الله قد فرض لكل ذي حق حقه ، ألا لا وصية لوارث	43
. إن شئت حبّست أصلها وتصدقت بها	27
. إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة : إلا من صدقة جارية ، أو علم يُنتفع به ، أو ولد صالح يدعوا له	26 . 129
. بخ يا أبا طلحة ذلك مال رابح قبلناه منك ورددناه عليك فاجعله في الأقربين	28
. يا بني النجار ثامنوني حائطكم هذا	29
. يقول ابن آدم: مالي ، مالي (قال): وهل لك يا ابن آدم من مالك إلاّ ما أكلت فأفنيت أو لبست فأبليت أو تصدقت فأمضيت ؟	164 . 165
. لا حبس بعد سورة النساء	19
. لا حبس عن فرائض الله	19
. من يشتري بئر رومة ويجعل دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة ؟	29
. مُخيريق خير يهود	27
. خذوا عني ، خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ، البِكر بالبِكر جلد مئة ونفي سنة ، و الثيِّب بالثيِّب جلد مائة و الرجم	22

فهرس الأعلام

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الأعـلام

العلم	الصفحة
. إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ابن الشيخ علي برهان الدين الطرابلسي	27
. أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي	129
. أبو عبد الله محمد بن قاسم الرصاع الأنصاري التونسي	08
. أبو عبد الله محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي	173
. جمال الدين عبد الله بن نجم بن شاس الجذامي	140
. أبو البركات أحمد بن الشيخ صالح محمد العدوي المعروف بالدردير	129
. حسان بن ثابت بن المنذر	164
. يحي بن شرف بن مري بن حسن الحزامي النووي الشافعي	140
كمال الدين ابن الهمام	166
. محمد أبو زهرة	172
. محمد أبو الحسن بن فرقد الشيباني	167
. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري	162
. ابن النجار	13

. عامر بن شرحيل و قيل عبد الله بن شرحيل الشعبي	19
. أبو العباس أحمد بن يحي الونشريسي التلمساني	132
. علاء الدين بن أبي بكر بن مسعود الكاساني	190
. أبو القاسم بن أحمد البرزلي البلوي القيرواني	133
. شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي	179
شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي	119
. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية	132

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

قائمة المصادر و المراجع

أ . القرآن الكريم برواية حفص

ب . كتب الفقه الإسلامي

1 . البجيرمي (**سليمان بن محمد بن عمر**) :

تحفة الحبيب على شرح الخطيب ، دار الكتب العلمية ، بيروت (لبنان) ، ط 1 (1417 هـ . 1996 م) .

2 . البُهوتي (**منصور بن يونس بن إدريس**) :

شرح منتهى الإرادات ، دار الفكر (د . ط . د . ت)

3 . ابن عبد البر (**يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبي**) :

الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، دار الكتب العلمية ، بيروت (لبنان) ، ط 3 (1413 هـ . 1992 م)

4 . البرزلي (**أبو القاسم بن أحمد**) :

الإعلام بنوازل الأحكام ، دار الفكر ، بيروت (لبنان) ، (د . ط . د . ت)

5 . برهان الدين إبراهيم الطرابلسي :

الإسعاف في أحكام الأوقاف ، دار الرائد العربي ، بيروت (لبنان) ، د . ط (1401 هـ . 1981 م) .

6 . ابن الجلاب (**أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن البصري**) :

التفريع ، دراسة و تحقيق : حسين بن سالم الدهماني ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت (لبنان) ، ط1 (1307 هـ . 1987 م)

7 . جلال الدين المحلي :

كنز الرّاغبين ، حققه وخرّج أحاديثه : عماد زكي البارودي ، المكتبة التوفيقية ، القاهرة ، (د . ط. د .ت)

8 . جلال الدين السيوطي :

منتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع ، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض ، دار عالم الكتب (المملكة العربية السعودية) ، د . ط (1423هـ . 2003 م)

9 . الدردير (**أبو البركات سيدي أحمد بن محمد العدوي**) :

الشرح الكبير ، دار الكتب العلمية ، بيروت (لبنان) ، ط 1 (1417 هـ . 1996 م)

10 . الدسوقي (**محمد ابن أحمد ابن عرفة**) :

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، خرّج آياته وأحاديثه : محمد عبد الله شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت (لبنان).

11 . عبد الوهاب البغدادي (**أبو محمد**) :

كتاب التلقين ، تحقيق : محمد ثالث سعيد الغاني ، جامعة أم القرى ، مكة المكرمة (المملكة العربية السعودية) ، د .ط (1406 هـ . 1986 م)

12 . وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية :

الموسوعة الفقهية ، ط 1 (1414 هـ . 1994 م) ، الكويت

13 . الونشريسي (**أبو العباس أحمد بن يحي**):

المعيار المعرب ، تحقيق : مجموعة من الأساتذة ، إشراف محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت (لبنان) ، ط1(1401هـ – 1981م)

14 . الزركشي (**شمس الدين محمد بن عبد الله**) :

شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تحقيق وتخريج: عبدالله الجبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1(1413هـ-1993م)

15 . ابن حزم (**أبو محمد علي بن أحمد سعيد**) :

المحلى بالآثار ، ، تحقيق : عبد الغفار سليمان البنداري ، دار الكتب العلمية ، بيروت (لبنان) ، (د . ط . د . ت)

16 . الحطاب :

مواهب الجليل لشرح مُختصر خليل، دار الفكر، ط 3 (1412 هـ . 1992 م)

17 . الطرابلسي (**برهان الدين إبراهيم**):

الإسعاف في أحكام الأوقاف، دار الرائد العربي، بيروت (لبنان)، د . ط (1401 هـ . 1981 م)

18 . الكساني (علاء الدين أبي بكر بن مسعود) :

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتاب العربي ، بيروت (لبنان) ، ط 2 (1402 هـ . 1982 م)

19. كمال الدين ابن الهمام :

شرح الفتح القدير، دار الفكر، بيروت (لبنان)، ط 2 (د . ت)

20 . الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب) :

الحاوي الكبير، تحقيق وتعليق : محمد مسطرجي و آخرون ، دار الفكر ، بيروت (لبنان) ، د . ط (1414هـ . 1994م)

21 . مالك بن أنس الأصبحي:

المدونة الكبرى ، رواية سحنون بن سعيد التنوخي ، دار الكتب العلمية ، بيروت (لبنان) ، ط 1 (1415 هـ . 1994 م)

22 . أبو محمد عبد الوهاب علي بن نصر :

المعونة على مذهب أهل المدينة ، تحقيق : محمد حسن إسماعيل الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت (لبنان) ، ط1 (1418 هـ . 1998 م)

23 . محمد بن الحسن الشيباني :

كتاب السِّير الكبير ، إملاء : محمد بن أحمد السرخسي ، تحقيق : أبو عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت (لبنان) ، ط1 (1417 هـ . 1997 م)

24 . محمد الشيباني بن محمد بن أحمد الشنقيطي :

تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت (لبنان) ، ط 2 (199(م)

25 . محمد عليش :

شرح مُنح الجليل ، دار صادر ، (د . ط . د . د . ت)

26 . المرداوي (علاء الدين أبو الحسن) :

الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل ، دار الكتب العلمية ، بيروت (لبنان) ، ط1 (1418 هـ . 1998 م)

27 . المرغيناني (برهان الدين علي بن أبي بكر) :

الهداية شرح بداية المبتدي ، دار الفكر ، بيروت (لبنان) ط2 (د.ت)

28 . ابن نجيم :

الأشباه و النظائر، دار الفكر ،دمشق (سوريا)، (د . ط . د . ت)

29 . النّووي (محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف) :

. منهاج الطالبين ، حققه وخّرج أحاديثه : عماد زكي البارودي ، المكتبة التوفيقية ، القاهرة ، (د . ط. د . ت) ، ج 3 .

. روضة الطالبين ، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض ، دار عالم الكتب (المملكة العربية السعودية) ، د . ط (1423هـ . 2003 م)

31 . السيد سابق :

فقه السنة ، دار الفتح للإعلام العربي ، القاهرة (مصر) ، ط1 (1421هـ . 2001 م)

32 . سليمان عبد الله الأشقر :

المجلى في الفقه الحنبلي ، دار القلم ، دمشق (سوريا) ، ط1 (1419 هـ . 1997 م)

33 . السرخسي (شمس الدين) :

المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت (لبنان) ، د . ط (1409 هـ . 1989 م)

34 . علاء الدين السمرقندي :

تحفة الفقهاء ، دار الكتب العلمية ، بيروت (لبنان) ، ط1 (1405 هـ . 1984 م)

35 . ابن عابدين (محمد أمين) :

رد المحتار ، دراسة و تحقيق و تعليق : عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض ، قدم له و قرظه : محمد بكر اسماعيل ، دار عالم الكتب ، الرياض (المملكة العربية السعودية)

36 . العدوي (علي بن أحمد) :

. حاشية العدوي على الخرشي ، ضبط وتخريج : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 (1417 هـ . 1997 م)

. الشرح الكبير ، خرج آياته و أحاديثه : محمد عبد الله شاهين ، دار الكتب العلمية (بيروت) ، ط 1 (1417 هـ . 1996 م)

38 . أبو علي الحسن بن أحمد بن عبد الله بن البنا :

المقنع في شرح مختصر الخرقي ، تحقيق و دراسة : عبد العزيز بن سليمان بن إبراهيم البعيمي ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ط 2 (1415 هـ . 1994 م)

39 . عشوب (عبد الجليل عبد الرحمن) :

كتاب الوقف ، دار الفكر ، دمشق (سوريا) ، (د . ط . د . ت) .

40 . ابن قدامة (موفق الدين) :

. المُغني ، دار الكتاب العربي ، بيروت (لبنان) ، د. ط (1403 هـ . 1983 م)

. المقنع ، تحقيق : عبد الله بن عبد الله المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو ، (د . ط . د . ت)

42 . ابن قدامة (شمس الدين) :

الشرح الكبير على متن المقنع ، دار الكتاب العربي ، بيروت (لبنان) ، د . ط (1403هـ 1995 م)

43 . القدوري (أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر) :

مختصر القدوري في الفقه لحنفي ، تحقيق و تعليق : كامل محمد محمد عويضة ، دار الكتب العلمية ، بيروت (لبنان) ، ط 1 (1418 هـ . 1997 م)

44 . القليوبي و عميرة :

حاشيتا القليوبي و عميرة على كنز الراغبين ، تحقيق و تخريج : عماد زكي البارودي ، المكتبة التوفيقية ، القاهرة (مصر) ، (د . ط .د . ت)

45 . القرافي (شهاب الدين أحمد بن إدريس) :

. الذخيرة ، تحقيق: سعبد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1(1994م)

. الفروق، عالم الكتب، بيروت،(د.ط.د.ت.)

47 . القرطبي (أبو عبد الله محمد بن أحمد) :

الجامع لأحكام القرآن الكريم، دار الكتاب العربي، بيروت (لبنان)، (د . ط . د . ت)

48 . القرطبي (محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد) :

بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، دار ابن حزم ، بيروت (لبنان) ، ط 1 (1420 هـ . 1999 م) .

49 . الرافعي (أبو القاسم عبد الكريم بن محمد عبد الكريم) :

العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ، تعليق و تحقيق : علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت (لبنان) ، ط 1 (1417 هـ . 1997 م)

50 . الرجراجي (أبو الحسن علي بن سعيد) :

مناهج التحصيل و نتائج لطائف التأويل في شرح المدونة و حل مشطلاتها ، تقديم : علي علي لُقَّم ، دار ابن حزم ، بيروت (لبنان) ، ط 1 (1428 هـ . 2007 م)

51 . الرصاع (أبو عبد الله) :

شرح حدود ابن عرفة، تحقيق : محمد أبو الأجفان و الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت (لبنان)، ط1 (1993 م . 1423هـ)

52 . عبد الرحمن محمد بن قاسم العاصمي النجدي :

حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع ، ط1 (1498 هـ)

53 . الرّملي :

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، دار الفكر ، بيروت (لبنان) ، ط(الأخيرة) (1404 _ 1984)

54 . ابن رشد (أبو الوليد) :

مسائل ابن رشد ، تحقيق : محمد الحبيب التجكاني ، دار الآفاق الجديدة ، المغرب ، ط1 (1412 هـ . 1992 م)

55 . ابن شاس :

عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، تحقيق : محمد أبو الأجفان و آخرون ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ط1/ 1405 هـ – 1995م

56 . الشربيني (محمد الخطيب) :

المغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الفكر ، (د. ط . د . ت)

57 . الشرواني و ابن القاسم :

حواشي تحفة المحتاج ، دار إحياء التراث العربي ، (د . ط . د . ت)

58 . ابن تيمية :

الفتاوى ، تقديم : حسين معلوف ، دار المعرفة ، بيروت (لبنان) ، (د . ط . د . ت)

59 . التمرتاشي :

تنوير الأبصار ، دراسة و تحقيق و تعليق : عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض، قدم له و قرظه : محمد بكر اسماعيل، دار عالم الكتب، الرياض (المملكة العربية السعودية)، (د.ط.د.ت)

60 . الخصّاف :

أحكام الأوقاف ، ضبطه وصحّحه : محمد عبد السلام شاهين ، دار الكتب العلمية بيروت (لبنان) ، ط 1 (1420 هـ . 1999 م) .

61 . الخرشي (محمد بن عبد الله بن علي) :

حاشية الخرشي على مختصر خليل ، ضبط و تخريج : زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت (لبنان) ، (د . ط . د . ت)

62 . الغزالي (محمد بن محمد بن محمد) :

. الوسيط في المذهب ، تحقيق و تعليق : أحمد محمود إبراهيم ، دار السلام ، القاهرة (مصر) ، ط 1 (1417 هـ . 1997 م)

. الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي ، ضبط وتنقيح وتصحيح : خالد العطار ، دار الفكر ، بيروت (لبنان) د.ط (1414 هـ . 1994 م) .

ج . كتب القانون

64 . أحسن بوسقيعة :

الوجيز في القانون الجزائي العام ، دار هومة ، الجزائر، ط2 (2004) .

65 . جمعة محمود الزريقي :

الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية ، منشورات كلية الدعوة ، طرابلس (ليبيا) ، ط 1 (2003) .

66 . هجيرة دنوني :

موجز المدخل للقانون ، منشورات دحلب ، الجزائر ، د . ط (1992م) .

67 . زهدي يكن :

. القانون الإداري، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت (لبنان) ، (د . ط .د . ت) .

. شرح قانون الموجبات و العقود ، بيروت (لبنان) ، ط2 (د . ت)

69 . حمدي باشا :

عقود التبرعات (الهبة . الوصية . الوقف) ، دار هومة ، الجزائر ، (د. ط . د . ت) .

70 . حسن كيرة:

المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر) ، ط 5 (د.ت)

71 . ليلى تونسي :

الحماية الجزائية للملكية العقارية ، الجزائر ، د . ط (2006 م) .

72 . محمود الموافي :

الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية< ض ، القاهرة (مصر)، (د . ط . د . ت)

73 . محمد حسين منصور:

المدخل إلى القانون، الدار الجامعية، بيروت (لبنان) ، د.ط (2000م)

74 . محمد حسنين :

الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب (الجزائر) ، د .ط (1985 م) .

75 . محمد الشافعي أبو راس:

القانون الإداري، عالم الكتب، القاهرة (د.ط.د.ت)

76 . محمد كمال الدين إمام :

المسؤولية الجنائية أساسها وتطورها ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية (مصر) ، د . ط (2004م)

77 . محمد كنازة :

الوقف العام في التشريع الجزائري ، دار الهدى ، الجزائر ، د.ط (2004م) .

78 . عبد المنعم فرج الصده :

أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت (لبنان) ، د.ط (1978م) .

79 . منصور حاتم محسن الفتلاوي:

نظرية الذمة المالية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان (الأردن) ، ط 1 (1999 م) .

80 . نبيل صقر :

تصرفات المريض مرض الموت (الوصية ، البيع ، الهبة ....) ، دار الهدى، عين مليلة (الجزائر) ، د. ط (2008) .

81 . عاطف النقيب:

النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، منشورات عويدات، بيروت- باريس، ط 3(1984م) .

82 . عباس الصراف و جورج خربون:

المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة، عمان (الأردن) ، ط2(1991) .

83 . علي عبد القادر القهوجي :

قانون العقوبات (القسم العام) ، الدار الجامعية للطباعة ، الجزائر ، د . ط (2000م) .

84 . عمار عوابدي :

القانون الإداري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، د.ط (2000م)

85 . صالح فؤاد:

مبادئ القانون الإداري الجزائري، دار الكتاب اللبناني ومكتبة المدرسة، بيروت، ط 1 (1403هـ-1983م) .

86 . صمودي سليم :

المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري الفرنسي ، دار الهدى ، عين مليلة (الجزائر) ، د . ط (2001 م) .

87 . عبد الرزاق السنهوري :

الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النهضة ، القاهرة (مصر)

88 . رمول خالد :

الإيطار القانوني و التنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر ، دار هومة ، الجزائر ، ط 2 (2006)

89 . رضا فرج :

شرح قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، د . ط (1976 م) .

د . الكتب العامة

90 . أحمد إبراهيم بك و واصل علاء الدين أحمد إبراهيم :

موسوعة أحكام الوقف على المذاهب الأربعة ، المكتبة الأزهرية للتراث ، القاهرة (مصر) ، د .ط (2009 م) .

91 . أحمد حمد :

نظرية النيابة في الشريعة والقانون، دار القلم، الكويت، ط1(1401هـ-1981م) .

92 . عبد الله بن أحمد بن علي الزيد :

أهمية الوقف و أهدافه ، دار طيبة ، الرياض (المملكة العربية السعودية) ، ط 1 ، (1414هـ) .

93 . عبد الله مختار يونس:

الملكية في الشريعة الإسلامية و دورها في الاقتصاد الإسلامي، مؤسسة شاب الجامعة، الإسكندرية، ط1(1407هـ-1987م) .

94 . أحمد محمود الشافعي :

الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي ، د . ط (1414 هـ . 1994 م) .

95 . أحمد محمود الخولي :

نظرية الشخصية الاعتبارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار السلام ، القاهرة (مصر) ، ط 1 (1423 هـ . 2003 م) .

96 . داليا محمد شتا أبو سعد :

الشخصية الاعتبارية للوقف دراسة قانونية شرعية مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة (مصر) ، د . ط (2001 م) .

97 . وهبة الزحيلي :

الوصايا و الوقف ، دار الفكر ، دمشق (سوريا) ، ط2 (1414 هـ . 1993 م) 98 98 .

زهدي يكن :

أحكام الوقف ، منشورات المكتبة العصرية ، صيدا (لبنان) ، ط1(د . ت) .

99 . زكي الدين شعبان ومحمد الغندور:

أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، دار القلم، القاهرة (مصر)، (د . ط . د . ت)

100 . عبد الكريم زيدان :

المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت (لبنان) ، ط 16 (1421هـ . 2001 م) .

101 . موسى بن خميس بن محمد البوسعيدي :

الشخصية الاعتبارية للوقف، وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية لسلطنة عمان، مسقط، ط1 (1422 هـ . 2002 م)

102 . محمد أبو زهرة :

محاضرات في الوقف ، دار الفكر العربي ، القاهرة (مصر) ، ط 2 (1391 هـ . 1971 م) .

103 . محمد أحمد سراج :

ضمان العُدوان في الفقه الإسلامي ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت (لبنان) ، ط 1 (1414 هـ . 1993 م) .

104 . محمد بن أحمد بن صالح الصالح :

الوقف في الشريعة الإسلامية و أثره في تنمية المجتمع ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، الرياض (المملكة العربية السعودية) ، ط1 (1422 هـ . 2001 م)

105 . محمد بن عبيد الله الكبيسي :

أحكام الوقف، دار الأرقم ، بغداد (العراق) ، (د . ط .د . ت)

106 . محمد زيد الأبياني بك :

مختصر كتاب مباحث الوقف ، مطبعة البوسفو ، مصر ، ط 1 (1333 هـ . 1914 م)

107 . محمد حسنين مخلوف :

منهج اليقين في بيان أن الوقف الأهلي من الدين ، مطبعة مصطفى لبابي الحلبي ، مصر ، د . ط (1351 هـ)

108 . محمد كمال الدين إمام :

. المسؤولية الجنائية أساسها وتطورها ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية (مصر) ، د . ط (2004م)

. الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي ، المكتبة الجامعية للدراسات ، بيروت (لبنان) ، د. ط (1998م) .

110 . محمد مصطفى الزحيلي :

التنظيم القضائي في فقه الإسلامي ، دار عالم الكتب ، (د . ط . د . ت) .

111 . محمد مصطفى شلبي :

أحكام الوصايا و الأوقاف ، الدار الجامعية ، بيروت (لبنان) ، ط 4 (1402 هـ . 1982 م)

112 . محمد سعيد رمضان البوطي :

الشخصية الاعتبارية أهليتها ... و حكم تعلق الزكاة بها ، (د . ط . د . ت) .

113 . محمد التيجاني أحمد الجعلي :

الاتجاهات المعاصرة في تطوير الاستثمار الوقفي، دار اشبيليا، الرياض (المملكة العربية السعودية) ، ط1 (1423هـ-2002م) .

114 . منذر قحف :

الوقف الإسلامي (تطوره ، إدارته ، تنميته) ، دار الفكر ، دمشق (سوريا) ، ط 2 (1427 هـ . 2006 م).

115 . مصطفى أحمد الزرقا:

. المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار الفكر ، (د . ط . د . ت)

. أحكام الأوقاف ، مكتب النشر العربي ، دمشق ، (د . ط . د. ت) .

117 . نوح علي سليمان :

إبراء الذمة من حقوق العباد ، دار البشير ، عمان ، ط1(1407هـ – 1986م) .

118 . سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي :

أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية ، دار البحوث للدراسات الإسلامية و إحياء التراث ، دبي (الإمارات العربية المتحدة) ، ط 1 (1422 هـ . 2002 م) .

119 . عبد العزيز خياط :

الشركات في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، منشورات وزارة الأوقاف و شؤون المقدسات الإسلامية ، الأردن ، ط 1 (1390 هـ . 1971م) .

120 . علي الخفيف:

الشركات في الفقه الإسلامي، معهد الدراسات العربة العالية، (د.ط.و.ت) .

121 . عبد القادر عودة :

التشريع الجنائي الإسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت (لبنان) ، ط 14 (1421 هـ . 2000 م)

122 . عبد الرزاق السنهوري:

مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات حلبي القوقية، بيروت، ط 2 ، (1998م)

123 . فتحي الدريني :

دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر ، دار قتيبة ،دمشق (سوريا) ، ط1 (1408م . 1998 هـ)

124 . القطب محمد الطبلية :

نظام الإدارة في الإسلام دراسة مقارنة بالنظام المعاصر ، دار الفكر العربي ، القاهرة (مصر) ، د . ط (1978 م)

125 . شاكر الحنبلي و محمود بك النحاس :

موجز في أحكام الأوقاف ، مطبعة التوفيق ، دمشق (سوريا) ، د . ط (1346 هـ) .

هـ . كتب الأصول

126 . ابن أمير الحاج:

التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، ط 2 (1403 هـ . 1983م)

127 . وهبة الزحيلي :

أصول الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، دمشق (سوريا) ، ط2 (1418 هـ . 1998 م)

128 . عبد العزيز البخاري:

كشف الأسرار عن أصول إسلام البزدوي ، دار الكتاب العربي ، القاهرة (مصر) ، (د . ط . د . ت)

و . كتب السنة

129 . البغوي (حسين بن مسعود) :

شرح السنة ، تحقيق و تعليق و تخريج : شعيب الأرناؤوط ، المكتب الإسلامي ، دمشق ، ط 2 ، (1403 هـ . 1983 م)

130 . البخاري (ابو عبد الله بن اسماعيل بن ابراهيم ابن المغيرة ابن بردزبه) :

صحيح البخاري ، إشراف ومراجعة : صالح بن عبد العزيز آل الشيخ ، دار السلام ، الرياض (المملكة العربية السعودية) ، ط3 (1421 هـ . 2000م) .

131 . أبو داود (سليمان بن الاشعث السجستاني الأزدي) :

سنن أبي داود ، إشراف ومراجعة : صالح بن عبد العزيز آل الشيخ ، دار السلام ، الرياض (المملكة العربية السعودية) ، ط3 (1421 هـ . 2000م) .

132 . الزيلعي (فخر الدين بن علي) :

نصب الراية ، دار الحديث ، القاهرة (مصر) ، (د . ط . د . ت)

133 . مسلم (أبو الحسين مسلم بن الحجاج) :

صحيح مسلم ، إشراف ومراجعة : صالح بن عبد العزيز آل الشيخ ، دار السلام ، الرياض (المملكة العربية السعودية) ، ط3 (1421 هـ . 2000م) .

134 . النووي (محي الدين أبي زكريا يحي بن شرف) :

صحيح مسلم بشرح النووي، خرج أحاديثه : محمد عبد العظيم ، دار التقوى ، د.ط (2004)

135 . الإمام السندي :

حاشية الإمام السندي بهامش سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي ، المطبعة المصرية بالأزهر ، القاهرة (مصر) ، (د . ط . د . ت)

136 . العيني (بدر الدين أبي محمد مجمود بن أحمد) :

عمدة القاري شرح صحيح البخاري ، ضبط و تصحيح : عبد الله محمود محمد عمر ، دار الكتب العلمية ، بيروت (لبنان) ، ط1 (1421 هـ 2001 م)

137 . الشوكاني (محمد بن علي) :

مختصر نيل الأوطار ، اختصره : خالد عبد الرحمن العك ، دار الحكمة ، دمشق (سوريا) ، ط 1 (1409 هـ . 1988 م)

ز . كتب اللغة

138 . ابن منظور :
لسان العرب ، دار القلم ، ط 6 ، (د . ت)
139 . ابن فارس :
معجم مقاييس اللغة ،دار الكتب العلمية ، بيروت (لبنان) ، (د . ط . د .ت)، مادة (وقف)
140 . الفيومي (أحمد بن محمد بن علي المقري) :
المصباح المنير ، ط 5 (1922 م)

ح . كتب التاريخ و التراجم

141 . أحمد فريد :
من أعلام السلف ، دار الإيمان ، ألإسكندرية (مصر) ، ط1 (1418 هـ . 1998 م)
142 . جلال الدين السيوطي :
سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، المطبعة المصرية بالأزهر، القاهرة،(د.ط.د.ت)
143 . ابن عبد الهادي :
طبقات علماء الحديث، تحقيق أكرم اليوشي وإبراهيم الزيبق ، مؤسسة الرسالة ، بيروت (لبنان) ، ط02 (1417هـ – 1996م)
144 . ابن حجر العسقلاني :
الإصابة في تمييز الصحابة ، دار الكتاب العربي ، بيروت (لبنان) ، (د . ط. د . ت)
145 . ابن كثير (أبو الفداء عمادالدين إسماعيل) :
البداية و النهاية ، منشورات مكتبة المعارف، بيروت (لبنان)، (د . ط . د . ت)

146 . محمد بن عبد الله النجدي :

السحب الوابلة على ضرائح الحنابلة ، تحقيق و تقديم : بكر أبو زيد و عبد الرحمن بن سليمان العثيمين ، مؤسسة الرسالة ، بيروت (لبنان) ، ط1 (1416 هـ . 1996 م)

147 . محمد مخلوف :

شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، دار الفكر ، بيروت (لبنان) ، (د . ط . د . ت) .

148 . محمد الغزي :

الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة ، دار الكتب العلمية ، بيروت(لبنان) ، ط1 (1418هـ . 1997 م)

149 . ناصر الدين سعيدوني :

دراسات تاريخية في الملكية و الوقف و الجباية ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت (لبنان) ، ط1 (2001) .

150 . أبو نعيم الأصبهاني :

معرفة الصحابة ، تحقيق : عادل بن يوسف العزازي ، دار الوطن ، الرياض (المملكة العربية السعودية) ن ط1 (1419هـ . 1998 م)

151 . أبو القاسم سعد الله :

تاريخ الجزائر الثقافي ، بيروت (لبنان) ، ط1 (1998 م)

152 . خير الدين الزركلي :

الأعلام (قاموس تراجم لأشهر الرجال و النساء من العرب و المستعربين و المستشرقين)، دار العلم للملايين، بيروت (لبنان)، ط 5، (1980 م)

153 . الذهبي (أبو عبد الله شمس الدين) :

سير أعلام النبلاء ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط، ومحمد نعيم العرقوسي ، مؤسسة الرسالة ، ط1(1405هـ -1985 م)

ط . قائمة المقالات

154 . حسن عبد الله الأمين :

الوقف في الفقه الإسلامي ، البنك الإسلامي للتنمية و المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، جدة (المملكة العربية السعودية) ، ط2(1415هـ - 1994م)

155 . محمود جمعة الزريقي :

الإطار التشريعي لنظام الوقف في بلدان المغرب العربي ، ندوة نظام الوقف و المجتمع في الوطن العربي ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، ط1 (2003) .

156 . محيي الدين القرة داغي :

ديون الوقف ، مجلة أوقافنا ، العدد الخامس ، الإدراة العامة للأوقاف ، قطر، مارس 2010

157 . محمد طمّوم:

الشخصية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والشريعة ، العدد الأول، السنة الثانية (1398هـ-1978م)، الكويت .

158 . محمد مصطفى الزحيلي :

مشمولات أجرة الناظر المعاصرة ، مجلة أوقاف ، العدد 6 ، السنة 3 (ربيع الآخر 1425 هـ . يونيو 2004 م) ، الأمانة العامة للأوقاف ، الكويت .

159 . مكتب خبرة عقارية و هندسة معمارية مكلف بالبحث عن أوقاف الجزائرية من قبل وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف :

تجربة الجزائر في عملية البحث عن الأملاك الوقفية ، بحث مقدم للملتقى الدولي الثاني الموسوم بعنوان : الوقف الإسلامي في الجزائر تاريخه و سبل تفعيله ، المنعقد بقسنطينة ، أيام 15 . 16 . 17 جمادى الثانية 1430 هـ الموافق لـ 09 . 10 . 11 جوان 2009 م .

160 . ناصر بن عبد الله الميمان :

ديون الوقف ، منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول للأمانة العامة للأوقاف و بالتعاون مع البنك الإسلامي (11 . 13 أكتوبر 2003 م) ، ط1 (1425هـ . 2004 م) ، الأمانة العامة للأوقاف ، الكويت .

161 . صالح بن حسن المبعوث :

من قضايا الأوقاف المعاصرة الآثار المترتبة على الوقف على الذرية ، بحث مقدم لمؤتمر الأوقاف الأول في المملكة العربية السعودية ، جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، عام 1422هـ

162 . الصديق محمد الضرير :

ديون الوقف ، منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول للأمانة العامة للأوقاف و بالتعاون مع البنك الإسلامي (11 . 13 أكتوبر 2003 م) ، ط1 (1425هـ . 2004 م) ، الأمانة العامة للأوقاف ، الكويت .

163 . راشد بن فهد آل حفيظ :

ضمان العارية ، مجلة العدل ، العدد 24 ، شوال 1425 ، المملكة العربية السعودية

164 . خالد سيف الله الرحماني :

الوقف في العصر الحديث ، بحث مقدم في الندوة الفقهية العاشرة لمجمع الفقه الإسلامي في الهند ، بومباي (1997 م) ، إعداد و تقديم : مجاهد الإسلام القاسمي ، دار الكتب العلمية ، بيروت (لبنان) ، ط1 (1422هـ . 2001 م) .

165 . خالد عبد الله الشعيب :

الترتيب الإقرادي و الجملي في الوقف المرتب الطبقات ، مجلة الأوقاف ، العدد 10 ، السنة السابعة ، الأمانة العامة للأوقاف ، الكويت ، (1428هـ . 2007 م)

ي . قائمة الرسائل الجامعية

166 . إبراهيم بلباي :

قانون الأوقاف الجزائري دراسة تحليلية نقدية مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة ماجيستير ، كلية أصول الدين ، جامعة الجزائر ، 2003-2004 .

167 . أمير سلم أقدم :

حماية نظام الوقف (دراسة فقهية مقارنة مع نظام الوقف في إيران) ، رسالة ماجستير ، كلية الشريعة ، جامعة دمشق ، 1429 هـ . 2008 م) .

168 . برابح أمينة :

نطاق المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، فرع القانون الخاص الأساسي ، جامعة معسكر ، 2009 م .

169 . محمد رشيد نوري الديرشوي :

شرط الواقف ومدى سلطة ولي الأمر في تعديله ، رسالة ماجستير ، إشراف : بلال أحمد صفي الدين ، جامعة دمشق ، (1430 هـ . 2009 م)

170 . نادية براهيمي :

الوقف و علاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير ، معهد الحقوق و العلوم الإدراية ، جامعة الجزائر .

171 . سالمي محمد :

التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2003

172 . عبد القادر بن عزوز :

فقه استثمار الوقف و تمويله في الإسلام ، رسالة دكتوراه ، كلية أصول الدين ، جامعة الجزائر ، (1425 هـ . 2004 م)

173 . بن تونس زكرياء :

المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال قانون الأوقاف الجزائري، رسالة ماجستير ، كلية أصول الدين ، جامعة الجزائر ، (1427 هـ . 2006 م) .

174 . خالد عبد الله الشعيب :

النظارة على الوقف ، رسالة دكتوراه ، الأمانة العامة للأوقاف ، الكويت ، ط1 (1426 هـ . 2006 م) .

ك . الجرائد الرسمية

175. الجريدة الرسمية عدد 35 ، الصادرة سنة 1964 م .

176. الجريدة الرسمية عدد 38 ، الصادرة سنة .1975

177. الجريدة الرسمية عدد 24 ، الصادرة سنة 1984 م

178. الجريدة الرسمية عدد 49 ، الصادرة سنة 1990 م .

179. الجريدة الرسمية عدد 57 ، الصادرة سنة 1990

180. الجريدة الرسمية عدد 21 ، الصادرة سنة 1991 م .

181. الجريدة الرسمية عدد 32 ، الصادرة سنة 1999 م .

182. الجريدة الرسمية عدد 26 ، الصادرة سنة 2000 م .

183. الجريدة الرسمية عدد 12، الصادرة سنة 2003 .

184. الجريدة الرسمية عدد 43 ، الصادرة سنة 2003 .

185. الجريدة الرسمية عدد 71 ، الصادرة سنة 2004 .

186. الجريدة الرسمية عدد 84 ، الصادرة سنة 2006 .

187. الجريدة الرسمية عدد 15 ، الصادرة سنة 2009 .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الموضوعات

. مقدمة ..... أ
. الفصل التمهيدي : المبادئ العامة للوقف **01**
. المبحث الأول : : تعريف الوقف **03**
. المطلب الأول : تعريف الوقف لغة **03**
. المطلب الثاني : تعريف الوقف في الفقه الإسلامي **04**
. أولا : تعريف الوقف عند أبي حنيفة 05
. أ. محتوى التعريف 05
. ب. شرح حدود التعريف 05
. ثانيا :تعريف الوقف عند الصاحبين 06
. أ. محتوى التعريف 06
. ب. شرح حدود التعريف 07
. ثالثا : تعريف الوقف عند المالكية 08
. أ. محتوى التعريف 08
. ب. شرح حدود التعريف 08
. رابعا : تعريف الوقف عند الشافعية 11
. أ. محتوى التعريف 11
. ب. شرح حدود التعريف 11
. خامسا : تعريف الوقف عند الحنابلة 13
. أ. محتوى التعريف 13
. ب. شرح حدود التعريف 13
. سادسا : التعريف المختار 15

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

. المطلب الثالث : مفهوم الوقف في التشريع الجزائري 16
. أولا : تعريف الوقف في التشريع الجزائري 16
. ثانيا : مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري 17

. المبحث الثاني : مشروعية الوقف 18
. المطلب الأول : رأي المانعين و بيان أدلتهم 19
. أولا : أدلة هذا الفريق 19
. أ : من المنقول 19
. ب : من المعقول 21
. ثانيا : مناقشة أدلة هذا الفريق 21
. المطلب الثاني :رأي القائلين بإطلاق مشروعية الوقف وبيان أدلتهم 25
. أولا : أدلتهم من القرآن الكريم 25
. ثانيا : أدلتهم من السنة النبوية الشريفة 26
. ثالثا : أدلتهم من أفعال الصحابة رضي الله عنهم أجمعين 27
. المطلب الثالث : مشروعية الوقف في التشريع الجزائري 31
. أولا : موقف المُشرع الجزائري 31
. ثانيا : مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري 32
. المبحث الثالث : أركان الوقف 33
. المطلب الأول : الصيغة و شروطها 34
. أولا : ألفاظ الوقف 34
. أ . الألفاظ الصريحة 34
. ب . ألفاظ الكناية 34
. ثانيا : شروط الصيغة 35
. أ . الجزم 35
. ب . التنجيز 36
. ج . التأبيد 36

. د . بيان المصرف 37
. هـ . عدم اقتران الصيغة بشرط يخل بأصل الوقف أو ينافي مقتضاه 38
. ثالثا : الصيغة في التشريع الجزائري 38

. أ . التأبيد 38
. ب . التنجيز 38
. جـ . عدم اقتران الصيغة بشرط باطل 38
. د . بيان مصرف الوقف 39
. رابعا : مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري 39
. المطلب الثاني : شروط الواقف 40
. أولا : شروط أهلية الواقف 40
. أ . العقل 40
. ب . البلوغ 41
. جـ . عدم الحجر لسفه أو غفلة 41
. د . الاختيار 42
. هـ . الحرية 42
. ثانيا : شروط نفاذ الوقف من الواقف 42
. أ . وقف المحجور عليه لدين 42
. ب . وقف المريض مرض الموت 43
. ثالثا : شروط الواقف في التشريع الجزائري 44
. رابعا : مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري 45
. المطلب الثالث : شروط الموقوف 46
. أولا : شروط الموقوف في الفقه الإسلامي 46
. أ . أن يكون مالا متقوما 46
. ب . أن يكون معلوما 46
. جـ . أن يكون ملكا للواقف 47

. د . أن يكون قابلا للوقف بطبيعته 47
. ثانيا : شروط الموقوف في التشريع الجزائري 48
. ثالثا : مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري 48

. المطلب الرابع : شروط الجهة الموقوف عليها 49
. أولا : شروط الموقوف عليه في الفقه الإسلامي 49
. أ . أن يكون الموقوف على جهة بر 49
. ب . أن يكون على جهة غير منقطعة 50
. ج . ألا يعود الوقف على الواقف 51
. ثانيا : شروط الموقوف عليه في التشريع الجزائري 52
. ثالثا : مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري 52
. المطلب الخامس : أنواع الوقف 53
. أولا : الوقف الخيري 53
. أ . الوقف الخيري في الفقه الإسلامي 53
. ب . الوقف الخيري في التشريع الجزائري 55
. ثانيا : الوقف الذري 56
. أ . الوقف الذري في الفقه الإسلامي 56
. ب . الوقف الذري في التشريع الجزائري 57
. خلاصة 59
. الفصل الأول : حقيقة الشخصية الاعتبارية 60
. المبحث الأول : ماهية الشخصية الاعتبارية 62
. المطلب الأول : مفهوم الشخصية الاعتبارية 63
. المطلب الثاني : تطور فكرة الشخصية الاعتبارية 64
. المبحث الثاني : طبيعة الشخصية الاعتبارية في الفكر القانوني 66
. المطلب الأول : نظرية الشخصية الافتراضية 67

. أولا : محتوى النظرية 67
. ثانيا : أهم النتائج المترتبة على هذه النظرية 67
. ثالثا : تقدير النظرية 69

. المطلب الثاني : نظرية إنكار الشخصية 71
. أولاً : نظرية الملكية المشتركة (أو الملكية الجماعية) 71
. أ . مرتكزات النظرية 71
. ب . تقدير النظرية 73
. ثانيا: نظرية ذمة التخصيص(أو ذمة الغرض) 75
. أ . مرتكزات النظرية 75
. ب . تقدير النظرية 75
. ثالثا: نظرية التضامن الاجتماعي 76
. أ . مرتكزات النظرية 76
. ب . تقدير النظرية 76
. المطلب الثالث : نظرية الشخصية الحقيقية 78
. أولا : المذهب الأول : نظرية العضوية و الإرادة..... 78
. أ- النظرية العضوية 78
. ب - نظرية الإرادة 79
. ثانيا : المذهب الثاني : القائلون بنظرية المصلحة 81
. ثالثا : المذهب الثالث: القائلون بنظرية النظام القانوني 83
. المطلب الرابع : القول الراجح في الشخصية الاعتبارية 85
. أولا : قول الراجح حول حقيقة الشخصية الاعتبارية 85
. ثانيا : النتائج المترتبة عن هذا الترجيح 87
. المبحث الثاني : موقف الفقه الإسلامي و تشريع الجزائري من نظرية الشخصية الاعتبارية 88
. المطلب الأول : موقف الفقه الإسلامي من نظرية الشخصية الاعتبارية 89

. أولا : موقف الحنفية من فكرة الشخصية الاعتبارية 89
. ثانيا : موقف عامة الفقه الإسلامي من فكرة الشخصية الاعتبارية 89
. المطلب ثالث : موقف المشرع الجزائري من نظرية الشخصية الاعتبارية 92

. خلاصة 93
. الفصل الثاني : الآثار الأصلية للشخصية الاعتبارية للوقف الإسلامي 94
. المبحث الأول : المسؤولية المدنية و الجنائية للشخصية الاعتبارية للوقف 96
. المطلب الأول : المسؤولية المدنية للشخصية الاعتبارية 97
. المطلب الثاني : المسؤولية الجنائية للشخصية الاعتبارية للوقف 100
. أولا : مفهوم المسؤولية الجزائية 100
. ثانيا : المسؤولية الجنائية للشّخص الاعتباري في الشريعة الإسلامية 100
. ثالثا : مدى إمكانية مسائلة الشخص الاعتباري جزائيا في التشريع الجزائري 101
. أ . مرحلة عدم الإقرار بالمسؤولية الجزائية الجزائرية للشخص الاعتباري 101
. ب . مرحلة الإقرار الجزئي بالمسؤولية الجزائية للأشخاص الاعتبارية 102
. ج . مرحلة التكريس الفعلي للمسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري 104
. رابعا : الأشخاص المعنوية المعنية بالمسؤولية الجنائية 105
. خامسا : نطاق تطبيق المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري 106
. سادسا : المسؤولية الجنائية للوقف 107
. المبحث الثاني : الذمة المالية للوقف الإسلامي 109
. المطلب الأول : مفهوم الذمة وتأصيلها الشرعي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 110
. أولا : مفهوم الذمة في الفقه الإسلامي 110
. ثانيا : تعريف الذمة المالية في القانون الوضعي 112
. أ . تعريف النظرية التقليدية للذمة المالية 112
. ب . تعريف النظرية الحديثة للذمة المالية 112
. ثالثا : مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي 113

. المطلب الثاني : تعدد الذمة المالية في القانون الوضعي و موقع الوقف منها 114
. أولا : تعدد الذمة المالية في القانون الوضعي 114
. أ . تعدد الذمة عند أصحاب النظرية التقليدية 114
. ب . تعدد الذمة المالية عند أصحاب النظرية الحديثة 116
. ثانيا : موقع الوقف في النظرية الحديثة للذمة المالية 117
. ثالثا : ذمة الوقف ومدى قابليتها للتعدد 118
. أ . هل للوقف ذمة مالية ؟ 118
. ب . مدى قابلية الذمة المالية للوقف للتعدد 119
. المبحث الثالث : أهلية الشخصية الاعتبارية للوقف الإسلامي 123
. المطلب الأول : تعريف الأهلية و بيان أقسامها 124
. أولا : تعريف الأهلية 124
. أ . تعريف الأهلية في الفقه الإسلامي 124
. ب . تعريف الأهلية في القانون الجزائري 124
. ثانيا : أقسام الأهلية 125
. أ . أهلية الوجوب 125
. ب . أهلية الأداء 126
. المطلب الثاني : أهلية الشخصية الاعتبارية للوقف الإسلامي 128
. أولا : حدود أهلية الشخصية الاعتبارية للوقف 128
. ثانيا : حقوق و واجبات الشخصية الاعتبارية للوقف 129
. أ . حقوق الشخصية الاعتبارية للوقف 129
1 . الوقف و نظام الشفعة كمظهر من مظاهر أهليته 130
. أولا : تعريف الشفعة 130
. ثانيا : حق الوقف في الأخذ بالشفعة 131
2 . الوقف و حق التقاضي كمظهر من مظاهر أهليته 132

. ب. واجبات الشخصية الاعتبارية للوقف 133
. الاستدانة للوقف كمظهر من مظاهر الأهلية 134
. أولا : تعريف الاستدانة 134

. ثانيا : الاستدانة للوقف 134
. المبحث الرابع : ناظر الشخصية الاعتبارية للوقف 137
. المطلب الأول : مفهوم النظارة 138
. أولا : تعريف النظارة لغة 138
. ثانيا : تعريف النظارة في الفقه الإسلامي 138
. ثالثا : النظارة في التشريع الجزائري 139
. المطلب الثاني : المركز القانوني لمن يمثل الشخصية الاعتبارية للوقف 141
. أولا : في الفقه الإسلامي 141
. ثانيا : في القانون الوضعي 142
. ثالثا : مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري 144
. المطلب الثالث : علاقة ناظر الوقف بالشخصية الاعتبارية له 146
. أولا : علاقة ناظر الوقف بالشخصية الاعتبارية له في الفقه الإسلامي 146
. ثانيا : علاقة ناظر الوقف بالشخصية الاعتبارية له في التشريع الجزائري 146
. المبحث الخامس : الإسم و الموطن و الجنسية كآثار للشخصية الاعتبارية للوقف 149
. المطلب الأول : الإسم كأثر أصلي للشخصية الاعتبارية للوقف 150
. المطلب الثاني : الموطن كأثر أصلي للشخصية الاعتبارية للوقف 152
. المطلب الثالث : الجنسية كأثر أصلي للشخصية الاعتبارية للوقف 153
. خلاصة 155
. الفصل الثالث : الآثار التبعية لوقف الإسلامي 156
. المبحث الأول : الشخصية الاعتبارية للوقف و أثرها على لزومه 158
. المطلب الأول : رأي القائلين بعدم لزوم الوقف 159

. أولا : الأدلة النقلية 159
. ثانيا : الأدلة العقلية 165
. المطلب الثاني : رأي القائلين بلزوم الوقف 169

. أولا : الأدلة النقلية 169
. ثانيا : الأدلة العقلية 171
. المطلب الثالث : أثر الشخصية الاعتبارية على لزوم الوقف 174
. أولا : طرق انتهاء الشخصية الاعتبارية 174
. ثانيا : موقع لزوم الوقف و عدم لزومه من طرق انتهاء الشخصية الاعتبارية 175
. المبحث الثاني : الشخصية الاعتبارية للوقف و أثرها على ملكية الوقف 177
. المطلب الأول : تعريف الملكية 178
. أولا : تعريف الملكية في الفقه الإسلامي 178
. ثانيا : تعريف الملكية في التشريع الجزائري 179
. المطلب الثاني : آراء الفقهاء حول ملكية الوقف 180
. أولا : بقاء العين الموقوفة على ملك الواقف 180
. ثانيا : انتقال العين الموقوفة إلى ملك الموقوف عليهم 182
. ثالثا : خروج العين الموقوفة من ملك الواقف إلى حكم ملك الله تعالى 184
. رابعا : موقف التشريع الجزائري من ملكية الوقف 185
. المطلب الثالث : أثر الشخصية الاعتبارية على ملكية الوقف 188
. أولا : موقع الوقف من نظرية الشخصية الاعتبارية 188
. ثانيا : مظاهر ملكية الشخصية الاعتبارية للوقف 189
. أ. الوقف على الوقف 189
. ب. الوصية للوقف 190
. ج. الهبة للوقف 191
. خلاصة 193

. خاتمة 194
. فهرس الآيات 200
. فهرس الأحاديث النبوية الشريفة 204
. فهرس الأعلام 206

. قائمة المصادر و المراجع 209
. فهرس الموضوعات 230

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية