كلية الشريعة - ايت ملول
FACULTÉ CHARIAA- AÏT MELLOUL

CNRST

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES, ECONOMIQUES ET SOCIALES

Hanns Seidel Stiftung

هيئة المحامين باكادير

منشورات مختبر القانون والمجتمع ﴿6﴾

أشغال المؤتمر الدّولي

نظام الوقف

في التجربة المغربية والدولية

اعداد وتنسيق
ذ كمال بلمكي

أشغال المؤتمر الدّولي

نظام الوقف

في التجربة المغربية والدولية

اعداد وتنسيق
ذ كمال بلمكي

2025

DAR ALIRFAN العرفان

أشغال المؤتمر الدولي

نظام الوقاف

في التجربة المغربية والدولية

أيام 14 – 15 -16 أكتوبر 2024

المنظم في:

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير

كلية الشريعة

بالمركب الإداري لهيئة المحامين بأكادير

المنظمون:

مختبر القانون والمجتمع

بنية البحث بكلية الشريعة

بدعم:

المركز الوطني للبحث العلمي والتقني

مؤسسة هانس زايدل الألمانية

هيئة المحامين لدى محاكم الاستئناف بأكادير كلميم والعيون

منشورات

مختبر القانون والمجتمع ﴿6﴾

أشغال المؤتمر الدولي

نظام الأوقاف في التجربة المغربية والدولية

عنوان الكتاب: نظام الأوقاف في التجربة المغربية والدولية

المؤلف: جماعة من المؤلفين

تنسيق وتصفيف: ذ/كمال بلحركة

الطبعة: الأولى أبريل 2025

الناشر: مختبر القانون والمجتمع بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير جامعة ابن زهر

رقم الإيداع القانوني: 2025MO1480

الترقيم الدولي: 978-9920-9012-9-1

المطبعة: دار العرفان للطباعة

حقوق المؤلف محفوظة للناشر

خصوص الغلاف: جمعية اليراع لمريد الخط والإبداع – إنزكان

محتويات الكتاب

الكلمة الافتتاحية للمؤتمر 4
ذ/العميد سي محمد بوعزيز
إثبات الوقف وخاصيات الطعن في الأحكام الوقفية 8
ذ/محمد بنيعيش
الوقف بقوة القانون: نظر في الاختيار التشريعي لمدونة الأوقاف المغربية على ضوء قواعد الفقه المالكي 37
ذ/حسن القصاب، ذ/كمال بلحركة
دور سياسة الوقف في تحقيق التنمية المستدامة بالمغرب 66
ذ/عبد الرحيم بوزياني
استقلال الوقف العام عن المال العام في مدونة الأوقاف 95
ذ/يوسف بوعلي
الحوز واشكالاته على ضوء مدونة الأوقاف 107
دة/نعيمة الغاشي
الضمانات القانونية للأوقاف العامة وسؤال التطبيق القضائي الإداري 123
د/عبد الرزاق الأزهري
الحبس المعقب بين النص القانوني والواقع العملي 147
ذ/عبد العزيز إدزني
ثبات صفة الوقف العام للعقارات في التشريع المغربي 171
ذة/نادية أيوب، الباحث/ جمال اقبلي
تأثير مساطر صعوبات المقاولة على الكراء الوقفي 195
ذ/أشرف جنوي، ذة/مينة الزات

التدبير العمراني للأملاك الوقفية وتنازع القوانين: قراءة في مدى تلاؤم مقررات وثائق التعمير المفضية لنزع الملكية مع مدونة الأوقاف..... 214

ذ/فيصل بوشكورت، د/ميمون بويدرى

الهاجس الاستثماري بين الطبيعة الخاصة للوقف واعتبارات الحكامة الجيدة في تدبيره: تقييم مساطر الأكرية والمعاوضات نموذجا..... 248

ذ/عدنان عبد العلي

المنازعات الناتجة عن احتلال الملك الوقفي بدون سند: الكراء الوقفي نموذجا..... 276

الباحث/عبد القادر هرهاري

دور ادارة الوقف في تدبير واستثمار أوقاف إمارة الشارقة بالإمارات العربية المتحدة..... 301

د/جمال سالم عبيد الطريفي الشامسي

تنظيم أعمال النظارة على الأوقاف: دراسة فقهية نظامية، في إطار الأنظمة في المملكة العربية السعودية..... 334

د/حسن بن أحمد بن بكري السميري

حوكمة الأوقاف الدولية: دراسة مقارنة في التجربة الأمريكية والبريطانية والألمانية..... 360

ذة/ريهام أحمد خفاجي

ضوابط بناء فكر استراتيجي للاستثمارات الوقفية: التعليم العالي نموذجا..... 393

ذة/زهيرة فونتير

حماية الأوقاف في السنة النبوية: تأصيلا وتطبيقا على أنظمة الأوقاف في المملكة العربية السعودية..... 415

ذ/مُحَمّد بن عَبْد الله بن رَاشد آل مُعَدِّي

رواق المغاربة في جامع الأزهر ودور الوقف في تمويله..... 442
د/العياشي الحموشي
الوقف بالمغرب خلال العهدين السعدي والعلوي الأول..... 467
ذ/بويزكارن هشام
طرق إنشاء الوقف وأنواعه في العهد النبوي: في ضوء السنة النبوية..... 493
ذ/طارق بن عودة بن عبد الله العودة
الصيغ المعاصرة لاستثمار الأوقاف وأحكامها الفقهية: دراسة مقارنة... 513
ذ/عبد الله بن علي بن سالم الهمامي
خدمة الأوقاف للتعليم بمملكة تايلاند..... 550
د/البشير أسكوري، د/مصطفى القصاب
نسخة الوقف: الأنموذج العُماني لتوثيق الأوقاف وحفظها..... 586
د/خالد محمد الرحبي
الحماية القانوني للمساجد في القانون المغربي..... 614
ذ/د.محسن الصويب، د/ ياسين مومن

Shared Governance of Waqf Between Muslims and Non-Muslims :Morocco as a case study..... 1
ذ/رشيد براضة
The Legal and Financial Incentives of Waqf Institutions: A Comparative: Study of England & Wales and Malaysia..... 26
ذ/حسن أزكانين

الوقف بقوة القانون: نظر في الاختيار التشريعي لمدونة الأوقاف المغربية في ضوء قواعد الفقه المالكي

ذ/حسن القصاب
أستاذة التعليم العالي بكلية الشريعة جامعة ابن زهر
ذ/كمال بلحركة
أستاذ التعليم العالي، بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير

تقديم

على المعهود من التميز المغربي، فقد عرف التشريع الخاص الأوقاف خصوصية تعكس ما عليها لتلك الأملاك من عيانة استثنائية في المملكة الشريفة. لا سيما بعد صدور مدونة الأوقاف[1] التي طالعت تلك المدونة بتميز في خضم التميز. إذ كانت ابرز مستجداتها ما نصت عليه من فصيل للوقف ينشأ بقوة القانون، وهو ما شكل استثناءً من القاعدة الأصلية التي تشترط الإرادة الصريحة للواقف

فصار مستجدا منبثا ألا ينبني وقف على إرادة الأفراد. بل يُنشأ مباشرة بموجب نصوص قانونية صريحة دون حاجة لإرادة الواقف أو لصيغ إنشاء الوقف المعهودة، فيترتب أحكاما فقهية وآثار قانونية ملزمة، وهو نوع خاص يتم بموجب. ويأتي هذا النوع من الوقف في إطار الحفاظ على المصلحة العامة وتنظيم تسيير بعض الأملاك العقارية أو المنقولة.

- القضية البحثية :

[1]- بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.09.236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 23(فبراير 2010) يتعلق بمدونة الأوقاف . كما تم تغييره وتتميمه بـ- :الظهير الشريف رقم 1.19.46 صادر في 23 من جمادى الآخرة 1440 (فاتح مارس 2019) ، - الجريدة الر سمية عدد 6759 بتاريخ 4 رجب 1440 (11مارس 2019)، ص .137.

ولئن كانت هذه الخطوة التشريعية غير خفية المقاصد بما تمثله من آلية تشريعية فعالة لحماية بعض الأملاك الوقفية لطابعها التعبدي المحض. غير أن التطبيق العملي لهذا النوع من الوقف يقتضي ضبطًا دقيقًا للحالات التي يشملها، بما يحقق التوازن بين متطلبات النفع العام وحقوق الأفراد. رغم التحديات التي يطرحها من حيث الإثبات والإدارة.

فمبعث الاشكال ليس من جهة المقصد بل من جهة الانشاء، لأن المتفق عليه الذي لا يعلم له مخالف أن التبرعات بكل أنواعها، وليس الوقف الا واحدا، إنما تكون بالإرادة. فهل بالغ التشريع المغربي في الحماية حتى أهدر الأصل في تشكل الوقف. أم أن الصياغة هي التي أغربت دون مساس بسلامة المقتضى؟ ثم ماهي التحديات التي يثيرها على مستوى التطبيق؟

تجنبا لكل تسرع، فإننا نسعى أن نتمثل تمثلا واضحا هذا التسمية بكل اثارها وفق منهج يسمح بالسبر الهادئ، فنعرض للقضية وفق منهج تحليلي يستكشف مكنون هذه الإشكالية من خلال ثلاثة محاور:

- أولا من خلال التعريف بما تشمله هذه الأوقاف بقوة القانون في التشريع المغربي، وبما يقابلها في تشريعات مماثلة.
- ثانيا دواعي الحماية تاريخا وتشريعا
- ثالثا روز هذا الاختيار التشريعي على ضوء قواعد الفقه و رصد تاثيره على العمل القضائي.

1- الوقف بقوة القانون في الاختيار المغربي والتشريعات المقارنة:

لن نكرر الحديث عن أهمية الوقف وتعريفه لغة وإن كنا سنحتاج تذكيرا بذلك في خضم النقاش الفقهي كشف تناقض الوصف المعطى للوقف بقوة

القانون. على أننا في هذا المستوى نعرض للصيغة التي يرد بها هذا المقتضى سواء في مدونة الأوقاف أو فيما قبلها، ثم نعرض عرضا خفيفا لما يماثله في تشريعات اوقاف بعض الدول الإسلامية من غير إطالة. لأن الغاية أن ننفي عن تشريعنا الوطني صفة الشذوذ دون أن نطمئن على انسجامه.

1-1 الوقف بقوة القانون والنطاق التشريعي المغربي:

تنص المادة الأولى من مدونة أن "الوقف هو كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة. ويتم إنشاؤه بعقد، أو بوصية، أو بقوة القانون .يكون الوقف إما عاما، أو معقبا، أو مشتركا". فجلي أن الوقف بقوة القانون إضافة استثنائية حاول من خلالها التقنين المغربي أن يحافظ على الأساس المقرر في إنشاء الوقف، وهو الإرادة الحرة للواقف، سواء كانت بإرادة واحدة (الوصية) أو بإرادتين. وكأنه أراد أن يتم لهذا الاستثناء الادراج السلس.

وستحدد المادة 50[1] الحُبُس المعنية بهذا التخصيص فتعتبر " وقفا عامة بقوة القانون على كافة المسلمين جميع المساجد والزوايا، والأضرحة والمقابر الإسلامية، مضافاتها والأملاك الموقوفة عليها" وتضيف المادة نفسها في فقرتها الأخيرة مقتضى وكأنه خاص بالوقف العام دون الأوقاف الخاصة بأن ذكرت أنه " يتمتع الوقف العام بالشخصية الاعتبارية منذ إنشائه، وتتولى إدارة الأوقاف تدبير شؤونه وفقا لأحكام هذه المدونة، وتعتبر ممثله القانوني.". وكأن هذا الوصف يخص وقفا دون آخر.

وأما من حيث ما تقتضيه المادتان مجتمعتين، فيتبادر ويفهم منه أن يكون الوقف بقوة القانون تحبيسا تلقائيًا لمال بمقتضى نص قانوني، دون تدخل إرادي

[1]- الواردة في الفصل الأول من الباب الثاني من المدونة المخصص للأوقاف العامة من المدونة.

من المالك، ويترتب عنه إخراج العين من ملكية الفرد الخاصة وجعلها موقوفة على جهة عامة أو هدف معين دون الحاجة إلى تصريح صريح من المالك بإرادته.

فيصير وقفًا بقوة القانون كل مال رُصّد لتحقيق غرض وقفي بناء على نص قانوني، ولو لم يصدر به إيقاف صريح من الواقف". وهذا يعني أن التقنين المغربي اعتمد هذا النوع من الوقف ليشمل حالات خاصة، وهي التي تختص بأماكن العبادة والاضرحة والمقابر،[1] وما في حكمها مما لا يختص بها فرد دون بقية من المسلمين. فيكون الأمر متعلقا بشكل وظيفي بأوقاف دينية مهمة في المملكة، إذ يزيد عدد المساجد عن 50000 مسجد، ويقدر عدد الزوايا بنحو 5038 زاوية، وتتجاوز الأضرحة 1476 ضريحا، فضلا عن الكتاتيب القرآنية التي تناهز 6311، والمدارس الحبسية المقدرة بحوالي 137 مدرسة....[2]

وما هذا إلا إحصاء تقريبي، إذ ما ذكر في المادة 50 ليس على سبيل الحصر، بل على مقتضى التمثيل. فتلحق تبعا لذلك عقارات من غير ما ذكر في المادة، من قبيل الأملاك التي وضعت رهن إشارة الزوايا والأضرحة، إذا ثبت أنها خُصصت تاريخيًا لهذه الوظائف، ولو لم يوجد رسم إيقاف رسمي. أو الأوقاف التي تُحدث في بعض المشاريع التي تُرصد فيها أملاك الدولة أو الجماعة المحلية لغرض ديني أو اجتماعي (كمدارس قرآنية، مساجد، مستشفيات خيرية). وتندرج فيها أيضا المساجد القديمة التي ليس لها وثائق تحبيس رسمية ولكن تُعامل كأوقاف عام.

وكما يمكن أن تدرج ضمنها الأملاك التي تحوّلت إلى أوقاف بناءً على قرارات إدارية أو تنظيمية. فضلا عن العقارات التي تم تحفيظها باسم الأوقاف العامة دون

---

[1]- وإن كان الأمر بالنسبة لهذا النوع من العقارات الوقفية على إطلاقه، إذ ما يزال معمولا بالمقابر الخاصة حتى بين المسلمين

[2]- يراجع: المعهد الدولي للوقف الإسلامي، التقرير الإستراتيجي للأوقاف 2023-2022م، ط1، 2024

وجود عقد تحبيس صريح. انما استند إلى استصحاب استخدامها التاريخي مرافقَ دينية دون انقطاع. فيكون جامع هذه الحالات التي ذكرتها المادة وما لم تذكره، أن تكسب صفة الوقف بالاستعمال وإن افتقرت إلى ما يثبت الإنشاء، اكتفاء بالمآل وواقع الحال والوصف.

ويزكي هذا الإطلاق ما جاء في ظهير سابق متعلق بالأماكن المخصصة للعبادة، وهو الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 150-84-1 المعدل والمتمم بالقانون رقم 29-04 [1]. فقد جاء الفقرة الثانية من فصله الأول أنه "من أجل تطبيق أحكام هذا النص تعتبر أماكن مخصصة لإقامة شعار الدين الإسلامي فيها المساجد والزوايا وجميع الأماكن الأخرى التي يمارس فيها المسلمون شعائرهم الدينية"، ثم أوضح فصله السادس أنها " تعتبر وقفا عاما على عامة المسلمين، ولا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة جميع الأبنية التي تقام فيها الشعائر الدين الإسلامي سواء منها ما هو موجود الآن أو ما سيشيد في المستقبل من مساجد وزوايا وأضرحة ومضافاتها.."

ولعلنا بهذا التوضيح نكون قد حصرنا محل الجدة في القضية البحثية، وهي تخصيص هذه الأوقاف الخاصة باستثناء في الانشاء. وإمعانا في اعتبار ما أقدم عليه المقنن المغربي. نرصد ما يقابل هذا الاختيار في بعض الدول الإسلامية العربية.

2-1 الوقف بقوة القانون في تشريعات مقاربة:

ليس التقنين بدعا في إنشاء أوقاف بقوة القانون، مخالفا أصلها من إرادة التبرع. فهو تشريع متأخر مستفيد من تجارب سبقته، ولعل من أدرج تلك

[1]- الظهير الشريف 56. 01.07 صادر في 03 ربيع الأول1428(23 مارس 2007) بتنفيذ القانون رقم 29.04 بتغيير وتتميم الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.84.150 الصادر 06 محرم 1405 (2 أكتوبر 1984) المتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي فيها.

المقتضيات[1] كان متأثرا باختيارات بعض الدول التي نحت ذلك المنحى. لكن مع ذلك فإنه كان اختيارا تشريعيا غير غالب. لذلك نشير أولا لمن نحى المغرب نحوه، ثم نذكر من حاول الإبقاء على ركن الواقف من غير بناء للمجهول. على أن ما يلحظ أن هذه التشريعات تختلف من حيث وضوح اختيارها التشريعي.

أ – تشريعات اختارت فكرة الوقف بقوة القانون:

لا نعدم تشريعات عربية تبنت فكرة الوقف بقوة القانون،[2] وإن لم تكن بنفس الصيغة الواضحة والمباشرة كما في التشريع المغربي، فهي تبرز من خلال نصوص قانونية أو اجتهادات قضائية تُلزم باعتبار بعض الأموال أو العقارات أوقافًا بحكم القانون، دون الحاجة إلى إرادة الواقف الصريحة.

ومن تلك التشريعات تقنين الإمارات العربية المتحدة، فقد جاء صريحا في المادة(2) من هذا القانون تنص على: "تسري أحكام هذا القانون على كافة أنواع الوقف القائمة في الدولة وقت العمل بأحكام هذا القانون، وما قد ينشأ منها بعد العمل بأحكامه". هذا يشير إلى أن القانون يعترف بالأوقاف القائمة والتي قد تنشأ مستقبلاً، بما في ذلك تلك التي تنشأ بقوة القانون[3]

وينضم إلى هذا التوجه قانون الأوقاف الجزائري[4] في مادته 38 التي تنص على أنه "تسترجع الأملاك الوقفية التي أممت..إذا ثبتت بإحدى الطرق الشرعية

---

[1]- يسمح لنا بهذا الاعتقاد أن مشروع المدونة لم يعرض للنقاش حتى يتنسى الحكم على طبيعة المقترحين، فالغالب أن من أدرج هذا المقتضى يغلب عليه التكوين المالي و القانوني مقابل ما كان يلزم من دراية عميقة بأحكام مجمع عليها في الفقه الإسلامي.

[2]- أو ما يمكن تسميته أيضًا بـ"الوقف الجبري" أو"الوقف القانوني". بحسب ما اختارته بعضها .

[3]- قانون اتحادي رقم (5) لسنة 2018 بشأن الوقف.

[4]- القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002، والمتعلق بالأوقاف.

والقانونية، وتؤول إلى الجهات التي أوقفت عليها أساساً. وفي حالة انعدام الموقوف عليه الشرعي تؤول إلى السلطة المكلفة بالأوقاف.."فهذا توجه واضح في إمكان أن تتحول تلك العقارات إلى أوقاف بقوة القانون عند الاسترجاع

أما بالنسبة للتشريع المصري، فبالرغم من أن الغالب فيه أن يربط الوقف بإرادة الواقف، إلا أن هناك حالات تعامل فيها القضاء أو الإدارة بعض الأملاك كأوقاف بقوة القانون[1]، وخاصة: الأوقاف الخيرية القديمة :حيث اعتبر القانون بعض الأوقاف – حتى دون وثائق وقفية – أوقافًا ثابتة لا يجوز تملكها أو التصرف فيها، اعتمادًا على الاستعمال الطويل ووظيفتها الاجتماعية)مثل المدارس والزوايا والمقابر. وقريب من هذا التوجه ما اختاره التشريع السوداني،[2] وردت إشارات إلى اعتبار بعض الأموال أو العقارات أوقافًا لمجرد تخصيصها لخدمة دينية أو خيرية دائمة من قبل الدولة أو المجتمع، ولو دون إنشاء وقفي رسمي، وخاصة في المناطق الريفية.

ب – تشريعات حافظت على وحدة القواعد العامة للوقف:

هو توجه واضح في بعض التقنينات وضمني في بعضها الآخر. وإن التقنين الأردني لمن التشريعات التي تجنبت صراحة الوقف بقوة القانون.[3] فبالرغم من تنصيصه على التصرفات الضمنية التي يمكن اعتبارها وقفًا بحكم الواقع أو العرف. إلا أنه لم يعتمد فكرة "الوقف بقوة القانون." بل تنص المادة 14 فيه على: أن "

---

[1]- تسمح المادة 11 من القانون رقم 48 لسنة 1946 بشأن أحكام الوقف إلى إمكانية تعديل شروط الوقف من قبل الواقف، لكن تعديلات لاحقة سمحت للدولة بالتدخل في بعض الأوقاف وتحويلها إلى أوقاف خيرية بقوة القانون، خاصة في حالات التأميم.

[2]- قانون الأوقاف السوداني لسنة 2008

[3]- القانون رقم 32 لسنة 2001 بشأن الأوقاف الإسلامية

أ- تسجل العقارات والأراضي الموقوفة وقفاً خيرياً إسلامياً في سندات خاصة، يبين فيها أن نوع الأرض وقف خيري، وأن المتولى عليها الوزارة ويجري بيان الجهة الموقوف عليها. وأي شروط للواقف ترد في الحجة الوقفية على هذه السندات. وعلى دوائر التسجيل أن تقوم بتصحيح قيودها وفقاً لذلك ..

ب- تسجل أراضي الخزينة التي تخصص للوزارة أو تفوض لها وقفاً صحيحاً وفق أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة سواء كانت من نوع الأراضي الأميرية أوالمملوكة[1]

ويستشف التوجه نفسه في قانون الأوقاف اللبناني الذي أكد على:" كل من يرغب في بناء مسجد عليه أن يقوم بوقف العقار المراد بناء المسجد عليه..."[2] مما يفيد أن الواقف يكون دائما جهة معلومة تلتزم بأركان الوقف المعهودة .

ومن تلك التشريعات التي لم تستثن الأوقاف المخصصة لإقامة الشعائر الدينة من قواعد الوقف العامة، قانون سلطنة عمان للأوقاف الذي ورد فيه أنه:"..يعتبر وقفاً كل ما تخصصه الدولة من أراضٍ لبناء مساجد أو مدارس تحفيظ القرآن الكريم، وتسري في شأنه أحكام الوقف المنصوص عليها في هذا القانون.[3]

2- هاجس الحماية وتأثيره تشريعا وقضاء

---

[1]- قانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية رقم 32 لسنة 2001

[2]- (المادة 309 من مدونة الأسرة على أن: "الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية والعلمية وسائر المصالح العامة، تصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها، وغير ذلك من شؤونها".[2])_ القرار رقم 34 صادر بتاريخ 18 رمضان لسنة 1388 الموافق ل 8 كانون الأول 1968 المتعلق بنظام الجهاز الديني لدى دوائر الأوقاف الإسلامية في الجمهورية اللبنانية في الفقرة الثانية من المادة 95 من الجريدة الرسمية اللبنانية .

[3]- قانون الأوقاف الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 2000/65 المادة (26). وإن وُجدت في هذا القانون حالات لأوقاف اعتُبرت قائمة بقوة التنظيم القانوني للدولة، مثل بعض الأوقاف المخصصة للمدارس أو الحمامات أو الطرق، حيث كانت تُنشأ أحيانًا بمبادرة الدولة وتُعامل كوقف حتى دون وثيقة صريحة من شخص معين.

من البين الواضح أن هاجس الحماية هو الدافع الذي دفع التقنين المغربي إلى أن يختار اختيار الاستثناء، الذي سبق إليه من بعض التشريعات كما أشرنا في الإشارة العجلى الانفة. وإننا إذ نقدر هذا الباعث على تلك الصياغة المُغربة، لفهم سياق الحماية المتذرع بها نشير إلى دواعيها التاريخية والواقعية، فهي حماية بطابع مستمر وان كانت بتحديات مختلفة. فإننا سنذكر بسياقة التاريخي والواقعي. انصافا لهذا المسلك الذي سلكه المقنن المغربي دون أن تتزعزع قناعتنا بنشاز الاختيار وتناقضه لوجود مقتضيات تفي بذلك الغرض من غير مخالفة شرعية ولا تناقض قانوني، ولأن المقاصد لا تبرر الوسائل خاصة إن كانت منافية لأصل تشريع تعبدي بصبغة دينية.

2-1- حماية الأوقاف في السياق التاريخي للمغرب

منذ الفتح الأول، كانت المساجد أظهر المؤسسات الوقفية[1] وبقيت كذلك عبر تاريخ المغرب. إذ لم يزد تعاقب الدول التي حكمت بلاد المغرب إلا إقبالا وعناية بالأوقاف، وماتزال على ما عهد إلى أن شهدت في عهد الدولة العلوية تنظيما خاصا جعلها مدرسة مميزة بين مختلف البلاد الإسلامية .

ولعل أول تهديد عرفت الأوقاف المغربية، ما حاولته الحماية الفرنسية من وضع اليد مبكرا على تلك الثروة العقارية، لذلك كان موقف المملكة حاسما جازما، بأن عارض المغرب بشدة ادراج الأوقاف ضمن مقررات مؤتمر الجزيرة الخضراء، باعتبارها شأنا دينيا خالص لا يحوز التفاوض بشأنه،[2] وهو البين من المادة الأولى من الاتفاقية التي تبعد المستعمر عن الولاية على المؤسسات الدينية.

---

[1]- أحمد الريسوني: الوقف الإسلامي مجالاته وأبعاده ، منشورات المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة ايسسكو ص:29

[2]- الناصري المكي، الأحباس الإسلامية في المملكة المغربية، فضالة المحمدية- منشورات الأوقاف ، 1992، ص 24

ولقد اتبع المغرب ذلك الموقف بإرادة تشريعية واضحة إبان سنوات الحماية الأولى، فكان أول ظهير حاول الحماية هو الذي بتاريخ فاتح محرم 1331 وافق 11 دجنبر 1912 بغاية إحصاء الأوقاف المغربية. ثم استمرت الظهائر بعده في التوجه نفسه حتى سنة 1920، وتتعلق أساسا بكيفية كراء الأملاك الوقفية وبيع غلتها ومعاوضتها، وما بقي من أحكام الوقف فظلّ يخضع لأحكام الفقه الإسلامي.[1]

وستتكرس تلك العناية الاستثنائية بالأوقاف الدينية في ظهير، وتحديدا 1333 في الفصل 73 منه، بتقريره أن "الحبس أموال أوقفها الواقف المسلم ويكون التمتع بها لفائدة أنواع المستفيدين الذين عينهم الواقف" وزاد الفصل 75" تبقى الاحباس خاضعة لقوانين والأنظمة الخاصة والعادات الإسلامية التي تجري عليها". ولم يعن ان مرحلة الاستعمار لم تعرف اطماعا فرنسية فقد امتدت يدها للعقارات الحبسية بمحاولة نزع ملكية العديد من العقارات الوقفية أو معاوضتها أو كرائها لمدد طويلة للمعمرين الأجانب،[2]

وجملة فإن التشريع المغربي حاول إبقاء الأوقاف المغربية محمية من خلال الدفاع عن خضوعها لأحكام الفقه الإسلامي، وخاصة الفقه المالكي باعتباره فقه أهل البلد.[3] ولقد ظلت الأوقاف شأنا سلطانيا يحظى برعاية خاصة ، خصوصا بعد جلاء الاستعمار الفرنسي. ومن ثمرات ذلك أن شهدت سنة 1961 ميلاد وزارة خاصة بالوقف الإسلامي المغربي تسمت بمسمى وزارة عموم الأوقاف والشؤون

---

[1]- عبد العزيز بن عبد الله، الوقف في الفكر الإسلامي، الرباط- منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1996 : 2/329- 330

[2]- محمد المكي الناصري :الأحباس الإسلامية في المملكة المغربية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1992م-1412هـ، ص17،

[3]- بوركبة السعيد، دور الوقف في الحياة الثقافية في المغرب في عهد الدولة العلوية، منشورات وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، 1996 م ، ص 4

الإسلامية، لتعرف ابتداء من 12 أبريل 1976 باسمها الأشهر الذي عرفت به، وهو وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. وستعرف عناية أخص بصدور ظهير ملكي بتاريخ 04 سبتمبر 2003 يمكن إدارة الأوقاف من الاستقلال عن إدارة الشأن الديني في المستويات الجهوية والمحلية.

2-2الحماية التشريعية للأوقاف والتحديات الو اقعية:

أ- كفاية الحماية التشريعية:

لا شك أن دخول مدونة الأوقاف المغربية حيز التنفيذ بتاريخ 23 سبتمبر 2013م، هو تتويج لكل الحماية التاريخية والتشريعية السابقة القانونية للأوقاف. فقد جاءت المدونة بمقتضيات تفضيلية للأوقاف في مواجهة خصومها المترامين. سواء على مستوى القواعد المساطر أو من خلال القواعد الموضوعية. ولعل أشهر حماية مقررة للأملاك العامة تعيدها المادة 51 من مدونة الأوقاف وهي الثلاثة المشهورة، لا تقادم لا حيازة ولاحجز، كما تستثنى الأوقاف العامة من قاعدة التطهير المادة 54، فلا تمنع الرسوم العقارية من ان تنظر المحكمة في كل دعوى الى اثبات الوقف، أو من خلال مقتضيات المادة 55 التي تعتبر مستحقات دويونا ممتازة مقدمة على باقي المستحقات من نفقات وغيرها..

لكن ذلك لم يكن ليعني أن تلك الأوقاف التي صارت تحمى بمقتضى استثنائي بقوة القانون، كانت قبل خلوا من اية حماية، ففضلا عن حماية أماكن العبادة بظهير 1984 المومإ إليه آنفا، فالمقابر الإسلامية قد تمتعت هي الأخرى بحماية وقائية خاصة، نص عليها ظهير سن منذ عهد الحماية،[1] إذ جعل لها حريما يحدث حولها،

[1]- ظهير شريف بتاريخ 28 صفر 1357)29 أبريل 1938(في إحداث منطقة وقائية حول المقابر في المدن الجديدة)ج. ر .بتاريخ 11 ربيع الأول 1357 (10 يونيو 1938.)

بحسب ما جاء في فصله الأول " تحدث حول المقابر التي تدفن فيها الأموات والمقابر التي أبطل استعمالها منذ مدة تقل عن خمس سنين ثلاث مناطق وقائية للأولى ثلاثون مترا، وللثانية سبعون مترا ابتداء من المنطقة الأولى، وللثالثة مائتان مترا ابتداء من المنطقة الثانية.

ولا يمكن لأحد أن يحفر أي بير ولا أن يشيد أي بناء في المنطقة الأولى التي لها ثلاثون مترا .ويمنع أيضا آل بناء واي بئر في المنطقة الثانية التي لها سبعون مترا". بل إن حماية المقابر تحظى أيضا برعاية جهات حكومية غير وزارة الأوقاف، ذلك أن الجماعات الترابية المعنية بالمحافظة على المقابر خاصة في المناطق القروية ،[1]

فما الجدل المشهور بخصوص تنازع الاختصاص بين وزارتي الداخلية ووزارة الأوقاف إلا دليل على تلك العانية المضعّفة. ولسنا نغفل الحماية الجنائية التي تنص عليها الفصول من 268 إلى 272 من قانو ن الجنائي، وبخاصة منها الفصل 269،[2] وان كانت هذه الحماية تستلزم اثبات عناصرها المادة بغير شهادة الشهود في ترتيب جريمة انتهاك حرمة الموتى.[3]

وأما على مستوى الحماية القضائية، فقد أصدر الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية سنة 2019 مذكرة إلى رؤساء محاكم المملكة حول القضايا

[1]- نذكر بهذا الصدد بمنشور وزير الداخلية رقم 83 ق.م.م/3 بتاريخ 29 مايو 2000 موجهة إلى السادة الولاة وعمال عمالات وأقاليم المملكة حول تدبير المقابر الإسلامية والمحا فظة عليها وصيانتها.

[2]- ينص الفصل 269 من ارتكب عملا من شأنه الإخلال بالاحترام الواجب للموتى في مقبرة أو في أي مكان آخر للدفن، يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وغرامة من مائة وعشرين إلى مائتين وخمسين درهما.

[3]- قرار 260 بتاريخ 29 فبراير 2012 في الملف الجنحي 2012/3/6/458

المرتبطة بالأملاك الوقفية،[1] حيث طلب من القضاة استحضار أحكام مدونة الأوقاف وما تتضمنه من خصوصيات.

ب- ضعف الحماية الو اقعية:

مع كل المقتضيات التشريعية القوية التي أشرنا على بعضها، فإن اقسام المنازعات القانونية بمختلف نظارات المملكة، ماتزال تشتكي من ضعف الحماية الواقعية.

فلئن استطاعت وزارة الاوقاف أن تحظى بتعزيز عملي في مساطر نزع الملكية لمسطرة نزع، من خلال تعديل المادة 59 التي كانت تشترط موافقة إدارة الأوقاف،[2] بحيث أصبحت تنص على أنه: "لا يجوز نزع ملكية العقارات الموقوفة وقفا عاما من أجل المنفعة العامة إلا بموافقة صريحة من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف، تحت طائلة البطلان". فإن وقائع الاعتداء المادي الذي تتعرض لها الأوقاف ما يزال أمرا لم تستطع أن تحد منه الامتيازات التشريعية، فلقد أضحت المقابر مثلا عقارات مفضلة لأغلب الجماعات الترابية من أجل تنفيذ مشاريعها الأساسية أو حتى الترفيهية. [3]

وما إثارتنا لهذه الحيثية إلا تأكيدا لضعف الاعتماد على الاستثناء التشريعي القاضي بالوقف بقوة القانون. وتوضيح ذلك أن سبب ضعف الحماية القانونية لا يعود

---

[1]- مذكرة السيد الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية رقم 1/257 بتاريخ 2019/01/23، إلى رؤساء محاكم المملكة، حول القضايا المرتبطة بالأملاك الوقفية.

[2]- الظهير الشريف رقم 1.19.46 الصادر في 23 جمادى الآخرة 1440 (فاتح مارس 2019) بتغيير وتتميم الظهير الشريف رقم 1.09.236 الصادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) المتعلق بمدونة الأوقاف، الجريدة الرسمية عدد 6759 بتاريخ 4 رجب 1440 (11 مارس 2019)، ص. 1377.

[3]- لمين الناجي، الوقف وتنميته وخطورة اندثاره على العمل الخيري، القاهرة- دار الكلمة للنشر والتوزيع، ط 2،سنة 2014، ص. 69.

فقط إلى عوامل خارجية، كالاعتداءات المادية اتي أشرنا إليها ن وبخاصة من اشخاص القانون العام. بل قد يكون بسبب تعاطي الجهاز الوصي نفسه مع مختلف المنازعات، باعتماده على منطق الامتياز. فضلا عن قضية جوهرية مسكوت عنها. وهي أن وزارة الأوقاف نفسها محض وكيل، بينما نص الفقهاء اجماعا على أن صلاحية التفويت والمعاوضة وما في حكمهما يلزم أن يقع بولاية القضاء وليس وفق إرادة الوكلاء . !

ولذلك فإننا نؤيد في شق توجه المحاكم الإدارية تجاه (الغاشي) نؤيد هذا التوجه ضد وزارة الأوقاف التي تطالب بالتعويض في لاعتداءات المادية بغير وجه حق لها وليس للأوقاف، ثم لا يجوز للأوقاف ان تأكل مالا بغير وجه حق ، ونكتفي بمثال واحد، لأن قضية صفة وزارة الأوقاف تحتاج دراسة خاصة، فهي نفسها تنبغي ان تتسم تصرفاتها بالشرعية التي أراد جلالة الملك للأوقاف، فلا تكفيها لشرعية القانونية " رغم حصر مدونة الأوقاف للإطار القانوني المنظم لمسطرة معاوضة العقارات الوقفية، ونقل ملكيتها، والتي من بينها المواد 44، 60 و63. فإن توجه القضاء الإداري يسير عكس هذه المقتضيات حيث استقر على أنه لا يمكن الحكم بالتعويض لفائدة إدارة الأوقاف دون نقل الملكية إلى الإدارة المعتدية معتبرا ذلك إثراء بلا سبب، وهو ما قضت به محكمة النقض في قرار لها مرتكزة على العلة التالية.. بالتعويض المذكور مع احتفاظها بملكية نفس العقار موضوع الحكم بالتعويض مما شكل افتقارا مباشرا يقابله إثراء مباشر وتقوم علاقة سببية مباشرة تتمثل في واقعة واحدة هي السبب المباشر لكل منهما وهو دفع تعويض عن قيمة

عقار لم تنتقل ملكيته إلى من حكم عليه بدفعه .. فكان بذلك القرار المطعون فيه لما لم يقض بنقل الملكية ...فاسد التعليل ومعرض للنقض."[1]

3- الوقف بقوة القانون على ضوء قواعد الفقه و تأثيره على العمل القضائي:

يقتضي ما تقدم أن نستفسر هذا الاستثناء من القواعد المقررة للوقف عن انسجامه ونجاعته في الحماية، خاصة أن افتقار الوقف بقوة القانون لإرادة الواقف يناقض طابع التعبد بالتبرع الذي هو جوهر الوقف ومنبعه ومبعثه. خاصة مع وضوح الإرادة الملكية في حماية الأوقاف، وفق ما تقضيه الضوابط الشرعية، وذلك من خلال الديباجة التي صدرت بها مدونة الأوقاف. فهي ديباجة تبقى مستقلة، وبمنأى عن أي ضعف قد يطال الأحكام التفصيلية للمدونة، مما يقبل الاختبار والمراجعة حتى تنسجم وتلك المقاصد التي عبرت عنها الديباجة. وإننا نروم ذلك فيما تعلق بالوقف بقوة القانون من خلال سبره على مقتضى قواعد الانشاء (أ) ثم على مقتضى قواعد الاثبات (ب)

3-1- صحة الاستثناء بالنظر إلى قواعد الفقه في الإنشاء:

إلحاح مدونة الأوقاف على صفتها الدينية للأوقاف وعلى صلتها بالفقه الإسلامي، وبالمذهب المالكي خاصة واضحة في مادة إحالتها بقدر وضوحها في ديباجتها. فقد جاء في المادة 169 من المدونة أن " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى أحكام المذهب الفقه المالكي فقها اجتهادا بما يراعي فيه تحقيق مصلحة الوقف". وهي بهذا التصريح من أوفق الاحالات في جل المدونات القانونية المغربية، إذ ليس بها أي لبس أو غموض، ولا هي مثار تأويلات مما طال غيرها. علما أن هذه

[1]- قرار الغرفة الإدارية بمحكمة النقض عدد 2/294، بتاريخ 2014/04/24، ملف عدد 2012/2/4/1669،.

الإحالة الواضحة على المذهب المالكي والفقه الإسلامي قد شهده قبلها ظهير 19 رجب 1333 ، بمقتضى المادة 75 منه .

مما يعني أن دوام استصحاب تلك الصلة يلزم منه أن يكون منشأ الوقف ومنتهاه على وفق ما جاء في هذا الفقه. فيكون الخروج عن المجمع عليه مساسا بنظامه العام، وإقحام ما ليس منه تهجين يمس انسجامه. وإننا نزعم أن تبني فكرة الوقف بقوة القانون يتنافر ومقاصد الوقف الشرعية وطبيعة عقود التبرعات الرضائية(أ)، على أن المناقضة الصريحة ستظهر من السمة الرضائية لإنشاء الوقف (ب)

أ- مقاصد الوقف وطبيعة عقود التبرعات:

لا خلاف بين الفقهاء على ان المقصد الأسمى من الوقف تسبيل منفعة أصول الأموال على وجه الاستدامة. وهو المقصد المستمد من حديث ابن عمر رضي الله عنهما ، إذ هو الأصل الصريح في مشروعية الوقف ومقاصده، وفيه : «أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمر فيها، فقال: يا رسول الله، أصبتُ أرضاً بخيبر، لم أُصب مالاً قط أنفسَ عندي منه، فما تأمر به ؟ فقال: إن شئت حبَّست أصلها وتصدقت بها، فتصدَّق بها عمر، أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، في الفقراء وذوي القربى والرّقاب والضيف وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويُطْعِم غير متموّل.»[1]

ولقد ترجمت تعريفات فقهاء المذاهب المعتبرة تلك المقاصد، وإن تنوعت تعريفاتها. فهي لا تخرج عن فعل الخير بحبس أصول الأموال لتصير على حكم ملك

[1]- أخرجه البخاري، في كتاب الشروط، باب شروط الوقف، رقم .2737 - ومسلم في صحيحه ، كتاب الوصية ، باب الوقف ، رقم 16 33 . ولقد أخرجاه في مواضع أخرى غير ما ذكر . كما أخرجه أصحاب السنن وغيرهم

الله تعالى وتسبيل منفعتها على وجه من وجود البر والاحسان، فيمتنع على الواقف التصرف فيها، ويلزم التبرع بريعه على جهة الوقف.

فما عرّف به عند المالكية من أنه إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا.[1] لا يخالفه مقصدا مااختاره جمهور الفقهاء من الشافعية،[2]والحنابلة،[3] والمفتى به عند الحنفية[4]

ولئن كان تعريف المالكية -عن حق – هو أدق التعريفات لقوة الدليل من حديث ابن عمر رضي الله عنه، حتى أن أحد الفقهاء المعاصرين من غير المالكية قد قال ما قاله غير واحد قبله، " هذا الرأي أدق دليلاً، ولكن التعريف الثاني أشهر عند الناس.[5] فإن كل التعريفات تؤول إلى مقصد استدامة فعل الخير بحبس مال يمكن الانتفاع به، بقطع التصرف في رقبته من الواقف وغيره، على مصرف مباح موجود، أو بصرف ريعه على جهة بر وخير،.تقرباً إلى الله تعالى.

وإن مدونة الأوقاف المغربية لم تشذ عن هذا الاجماع في التعريف، فقد جاء في مطلع المادة الأولى بأنه: "كل مال حُبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة." فقد اعترفت بأن الوقف هو لجهة بر واحسان، لكنها عادت لتقول أن بعضه بقوة القانون.

إن لم ينكشف وجه المخالفة والتناقض كلية من خلال هذا المقصد العام من الوقف، إلا أن مخالفة مقاصده الخاصة تجلوها طبيعة طبيعة عقود التبرعات، التي هي معاملة بين العبد وربه، بل إن نوال البر منوط عند الله تعالى بفعل الخير و

---

[1]- التسولي، علي، البهجة في شرح التحفة: 2/ 368.

[2]- الشربيني، شمس الدين، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: 2/ 376،

[3]- البهوتي، منصور ، كشاف القناع عن متن الإقناع :267/4 .

[4]- ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار: 3/ 391.

[5]- الزحيلي وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته ، 7602/10 .

التبرع انفاقا بأصول الأموال و بمنافعها لقول الله عز وجل ه تعالى: قوله تعالى: { لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَ }[1] فجاز فيها ما لم يجز في غيرها من المعاملات بين المكلفين، ومن ذلك أن هذه يجوز فيها مضاعفة الأجر و الثواب، الذي يسميه الفقهاء الربا الحلال، لقول الله تعالى: { مَّن ذَا ٱلَّذِى يُقْرِضُ ٱللَّهَ قَرْضاً حَسَناً فَيُضَٰعِفَهُۥ لَهُۥ وَلَهُۥٓ أَجْرٌ كَرِيمٌ}[2] ثم إن هذا الإنفاق على وجه البر رهين بحل أصله وطيب مكسبه، لقوله عز وجل: (يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ وَلَا تَيَمَّمُواْ ٱلْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ وَلَسْتُم بِأَخِذِيهِ إِلَّآ أَن تُغْمِضُواْ فِيهِ وَاعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَنِيٌّ حَمِيدٌ)[3]

فمكمن الخصوصية أن هذه القربات التبرعية لا تكون على وجه الجهالة ولا بغير رضا من المتبرع ، فيلزم مع قصد التبرع صحة الملك وشرعيته، لقول رسول الله صلى عليه وسلم: ((إن الله طيب لا يقبل إلا طيبا))[4]

ومفاده أن الله عز وجل منزَّه عن النقائص والخبائث بالشرع. وكما قال القرطبي في شرح الحديث "وإنما لا يقبل الله الصدقة من المال الحرام؛ لأنه غير مملوك للمتصدق، وهو ممنوع من التصرف فيه، والتصدق به تصرُّف فيه، فلو قبلت منه؛ لزم أن يكون مأمورًا به، منهيًا عنه من وجه واحد ، وهو محال."[5] ولا أدل على هذا الحرص في الشريعة الإسلامية، مما تقرر من سنة رسول الله صلى الله عليه

---

[1]- سورة آل عمران:91

[2]-سورة الحديد:11.

[3]- سورة البقرة:266

[4]- جزء من حديث، أخرجه الإمام مسلم في الصحيح من حديث ابي هريرة، كتاب الزكاة ، باب قبول الزكاة من الكسب الطيب..، رقم1015

[5]- القرطبي أبو العباس أحمد، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، (دمشق - بيروت)، دار الكلم الطيب، ط 1 - 1417 هـ - 1996 م

وسلم أن اول عمل قام به مقدمه المدينة، أن بنى المسجد في أرض أخواله بني النجار، بعد أن اشترى ارضه من يتيمين، وفي الحديث الذي أخرجه البخاري وغيره أنه صلى الله عليه وسلم خاطب بني النجار" ثامنوني بحائطكم، فقالوا لا والله لا نطلب ثمنه إلا من الله تعالى."[1]

ومن ثمة فمن شرط صحة الوقف أن يّعين الواقف و أن يعلم وجه تملكه؛ إذ من مقاصد الشريعة في الوقف الحث على ألا يدخل فيه مما ليس منه، بقدر حرصها على ألا يخرج منه شيء. لذلك نص فقهاؤنا المالكية على لزوم الإعذار فيه للمقوم عليه لاحتمال أن يكون حبس غير ملكه[2] وذلك شرط لازم يقتضيه ما يلزم التبرعات الوقفية من إخراج محلها من يد المحبس، وتمكين المحبس عليه من حوزها، وإن كان لا يضير الوقف على جهة عامة ألا يعين المحبس عليهم، كما هو معلوم فقها .

ب الطبيعة التعاقدية للوقف:

نقصد من ذلك أن ننطلق مما أجمع عليه الفقهاء، وهو أن الوقف عقد أسه الرضا وله أركان لا يقوم إلا بها، وأن الصيغة من الواقف ركن مجمع عليه. فقال المالكية إن أركان الوقف المُحْبِس و المُحْبَس و المُحْبَس عليه والصيغة،[3]وهو قول الجمهور كذلك، الذين عبر اغلبهم بالواقف بدل الحبس.[4] ولقد تميز المالكية في توسيع الصيغة خلافا للشافعية الذين شددوا في الألفاظ فقال فقهاؤنا: "فهي لفظ

---

[1]- صحيح البخاري - كتاب الوصايا - باب إذا أوقف جماعة أرضا مشاعا، رقم 428. وفي رواية أخرى من أن الواقف هما يتيمان من بني النجار بعد أن ثامنهما صلى الله عليه وسلم ،صحيح البخاري - كتاب مناقب الأنصار - باب هجرة النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه إلى المدينة، رقم 3906

[2]- التسولي، البهجة في شرح التحفة: 2/ 376.

[3]- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 607

[4]- ابن عابدين، رد المحتار: 393/3 .- الشربيني، مغني المحتاج: 376/2 . - البهوتي، كشاف القناع:4/ 279.

الحبس و الوقف والصدقة، وكل ما يقتضي ذلك من قولك "محرم لا يباع ولا يوهب " ومن فعل كالإذن للناس بالصلاة في الموضع الذي بناه مسجدا.[1]

و ذهب الحنفية مذهب المالكية في ذلك التخصيص بالفعل ، بشرط أن يفرزه الواقف عن ملكه، ويأذن بالصلاة فيه" فإذا صلى فيه واحد، زال ملكه عن الواقف عند أبي حنيفة. أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به، وأما الصلاة فيه، فلأنه لا بد من التسليم عنده وعند محمد، وتسليم الشيء بحسب نوعه، وهو في المسجد بالصلاة فيه.[2]

وهذا مبني عند جميعهم على طبيعة اركان الوقف، فقد جعل المالكية اركان على وجه اللزوم وأخرى على التقدير. وأن تعيين الواقف من الأركان اللازمة، قال الشيخ الدردير رحمه الله في شرح قول خليل وصح وقف مملوك " ولما قدم من أركان الوقف الأربعة ركنين الأول بطريق اللزوم وهو الواقف وشرطه أهلية التبرع لا مكرها أو مولى عليه، والثاني تصريحا وهو الموقوف بقوله " مملوك " وشرطه أن لا يتعلق به حق الغير ...ذكر الثالث وهو الموقوف عليه بقوله (على أهل التملك) حقيقة كزيد والفقراء، أو حكما كمسجد ورباط وسبيل (كمن سيولد) مثال للأهل أي ولو كانت الأهلية ستوجد فيصح الوقف وتوقف الغلة إلى أن يوجد فيعطاها ..."[3] فتكون قضية عدم تعيين المحبس عليهم، وما تحتها من فروع فقهية، كاشتراط قبولها من غير معين. قضايا تفصيلية في خضم هذا الانسجام الفقهي المتماسك عند فقهاء المالكية وغيرهم.

---

[1]- نفسه 609

[2]- ابن عابدين، (الحاشية)رد المحتار على الدر المختار: 3/ 393.

[3]- الشيخ الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، بحاشية الدسوقي:4/ 76

وبالعبارة الأوضح، فإن المحبس عليهم من الجهات العامة التي نحن بصددها (كالمساجد ولامقابر..).. فإن المالكية، كما سبق من شرح الشيخ الدردير، قد جعلوا ذلك واسعا، فإنه "يصح أن يكون إنسانا وغيره كالمساجد والدارس والموجود والمعدوم والمسلم والذمين والقريب والبعيد.[1]

وهذا يؤكد أن أماكن العبادة والمقابر وما في حكمها ليست هي الأوقاف عينها، بل هي جهة يوقف عليها، وان الشخصية الاعتبارية للجهة وليس للوقف عينه، خلافا لماذا يذهب اليه التقنين، بل وحتى بعض الكاتبين في الفقه الإسلامي والمهتمين به.

وإن هذه الإشارة لمن الأهمية بمكان، ذلك أن إضفاء الشخصية المعنوية من الأمور التي تلتبس بخصوص هذه الأوقاف، بحيث يُعتقد أن إنشاءها بقوة القانون وكونها أوقافا عامة هو من يعطيها تلك الصفة، بحسب ما يفهم من المادة 48 من المدونة. ويتخلص لنا أن اعتراف مدونة الأوقاف في مادتها 3، بالصفة التعاقدية للأوقاف على النحو نفسه الذي وردت عند الفقهاء، لا يكون إلا اعترافا هجينا، بل متناقضا، إذ يلزم منه ألا يسمح بأي وقف جبري بمقتضى القانون وحده، خصوصا وأن ذلك التنصيص على الأركان العامة جاء فيها لكل وقف على وجه الاستغراق، من غير تمييز بين أنواع الأوقاف الثلاثة .

2-3إثبات الوقف بين التيسير و التشديد:

يترتب على خصائص الوقف التي أشرنا إليها أعلاه، وخاصة ما تعلق بطبيعته العقدية. أن يؤثر ذلك على طرق اثباته حين المنازعة، ونقرر ابتداء أن خلطا عميقا يقع في اثبات الوقف من جهة المُحبس انشاء وبين اثباته في منازعة المحبس عليه الذي تفترض فيه الحيازة. ويسود اعتقاد عام أنهما شيء واحد، وأن التساهل في

[1]- ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 607

الاثبات سمة في كليهما. ولقد المحنا سابقا أن الجهة الوصية على الأوقاف غالبا ما تتمسك بهذا التيسير في مواجهة خصومها، مع أن صفتها في الخصومة أنها وكيل أو محبس عليه، وليست واقفا.

وإن هذا الخلط يعتقده كثير من الدراسات لوسائل الاثبات في الوقف، ولقد كان القضاء يتبعهم في ذلك إلى أن استقر على ذلك التمييز الذي له أصله الفقهي، كما بينّا . وإنه ليهمنا بعض التوضيح لهذا التمييز، إذ هو من أكبر الشواهد على نشاز تبني فكرة الوقف بقوة القانون. خاصة أن ما وقف بناء على هذه الفكرة لا يذكر فيه واقف، فلا يستفيد وفق القواعد الفقهية من

أ- اثبات الوقف من جهة الانشاء

مذهب المالكية عامة في كل العقود أن التوثيق شرط تمام لا شرط انعقاد، ثم إن العقود التبرعية كما رأينا عندهم وعند الحنفية، لا يشترط في صيغته اللفظ خاصة إذا لم تعين الجهة المحبس عليها. فلا تعفى وفق الانسجام الفقهي من الاثبات وفق القواعد العامة. وإن الإعفاء من التعجيز القاضي كما تقرر عند المالكية، هو للوقف نفسه باعتباره من الأمور المستثناة، وليس للطالب دون المطلوب. فقول المتحف ك لا يعني أنه لا تعجيز في الوقف، كما فهم البعض من قول المتحف:

وسائل التعجيز ممن قد قضى يمضى له في كل شيء بالقضاء
إلا ادعـــــاء حبس أو طـلاق أو نسب أو دم أو عتـــــــاق

ومما يلزم توضيحه ابتداء أن عدم التعجيز لا يعني عند الفقهاء الاعفاء من الاثبات. بل هو إعفاء من التنجيز فقط، أي أن يستعجل بأجل أو مهلة لتقديم

حجته وعرضها أمام القضاء.[1] وبالعبارة القانونية الأقرب، فإن سماع دعواه تبقى مفتوحة لا تتقادم، وهذا مقتضى تستفيد منه الأوقاف بصريح المادة 54 .

فمن يستشهد بقاعدة لا تعجيز في الوقف، أن تلك المنحة للوقف نفسه وليس لطالبه، لأن المدعى عليه كالمدعي في هذه المسائل الخمس التي ذكرت، فليس للقاضي تعجيزه أصلا فيها.[2] مما يعني أن المحكوم له طالبًا كان أو مطلوبًا إذا طلب من القاضي الذي قضى له بالحق أو بنفيه عنه أن يعجز له خصمه عند الحكم عليه، فإنه يجيبه لمطلبه إلا في دعوى الحبس والطلاق والنسب ودم العمد والعتق فلا تعجيز فيها." ينظر لكل من قام في ذلك بشيء متى جاء به من طالب أو مطلوب قاله ابن القاسم وابن وهب وأشهب.[3]

وأما على مستوى وسائل الإثبات، فلا شك أن الوثيقة الحبسية المكتملة الشروط تشهد للمحبس والمحبس عليه، وتكون حجة في الاستحقاق. لكن ما يثار بخصوص، بقية الوسائل التي لا ترقى على درجتها، وبخاصة شهادة السماع، وبدرجة أضعف ما أثير بخصوص الحوالة الحبسية، فإن قاعدة الحبس يحوز ولا يحاز عليه، ليس على الاطلاق الذي يفهم منها.

وبخصوص شهادة السماع، فإن ما يدعى من التساهل فيه في الحبس يرده الشاهد الذي يتسدل به، وهو قول صاحب التحفة:

وحبْسٍ ما جاز من السنينا عليه ما يناهز العشرينا

ومفاده أن يثبت الحبس بشهادة السماع التي استجمعت شروطها، وأهم شرط في هذه الشهادة الاسترعائية أن تعتبر كما قال الفقهاء للحائز تقوية لحوزه،

---

[1]- يراجع البهجة : 3/ 337-338 ، وكذلك حاشية الدسوقي: 4/ 150-152

[2]- الدسوقي، الحاشية عاى الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي: 4/ 150)

[3]- توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام (1/ 61)

لذلك قالوا " إنما يعمل السماع بالحبس فيما بيد المشهود له، أو لابد لأحد عليه إذ السماع لا ينزع به من يد حائزه،[1]

ويترتب على هذا التفصيل أن شهادة السماع المجردة لا يثبت بها الحبس، فما هي برسم تحبيس ولا بإقرار صريح للواقف مشهود عليه. وهذا أيضا أدعى ألا تعتمد فكرة الوقف بقوة القانون. إذ مدخل الاشكال عليه أنه ملزم بالحيازة، فهو أيضا يخضع لقاعدة "شهادة السماع تنفع الحائز ولا ينتزع بها من يد حائز."

وأما ما يثبت بحوالة الحبس، التي هي سجلات ممسوكة تدون بها بشكل متسلسل كل العمليات التي تتعاقب على الأملاك الوقفية، من معاوضة أو كراء و غيرهما ، فتكون سجلا إداريا تضبط فيه التصرفات على تلك الأملاك الوقفية،[2] التي تعتبر عند الأكثرين وثائق من صنع المدعي. فهي وإن كانت إرثا حضاريا لا ينكر، إلا أنه يصعب التسليم بقوتها الاثباتية في حالات الانفراد. ومن ثمة، فإن بعض التكييفات التي حاولت أن تجد لها مسوغا، قد تمحلت في ذلك دون أن تحسم مادة الخلاف. ليبقى المدخل السليم في اعتبارها هو أن تضم إلى ما يشترط في شهادة السماع من حوز، وإن كانت هذه الأخيرة اقوى منها باتفاق.

---

[1]- شرح التاودي بهامش البهجة فى شرح التحفة (3/ 338)

[2]- تمسك أصالة من القاضي أو من يوكل له ذلك من العدول المبرزين، لكن غالبا من تكون بيد ناظر الوقف. يراجع بصددها:

الجيدي عمر، الحوالات الحبسية مصدر أساسي للتعرف على التاريخ الحضاري للمغرب، دعوة الحق مجلة شهرية تعنى بالدراسات الاسلامية وبشؤون الثقافة والفكر، العدد 242 ربيع أول شهر نونبر 1984.

الحسني، عبد الحق ابن المجدوب، الحوالة الحبسية ودورها في حفظ الممتلكات الحبسية، سلسلة اقرأ الصادرة عن المجلس العلمي الإقليمي بفاس، مطبعة انفوبرانت فاس، الطبعة الأولى 2003.

ولذلك فإن قياس الحوالة الحبسية على رسوم الإحصاء أو حتى تشبيهها بمصلحة تصحيح الامضاء او بالتحفيظ العقاري، كما ورد عند بعض الباحثين،[1] قياس بعيد لوجود الفوارق. لأن رسوم الإحصاء مثلا هي إشهاد في كل أحوالها وان لم ترق لتكون حجة تامة.

وأما ما يثار من أن مدونة الأوقاف قد حسمت النقاش بصددها، لما أقرت بمقتضى المادة 48 اثبات الحبس بجميع الوسائل" وان الحوالات الحبسية تعتبر حجة الى ان يثبت العكس". فإنها تنفع في الإنشاء استثناء ولا تنفع في المنازعة مطلقا، إذ يلزم ان يكون بمقبول. ومن ثمة فكل منازعة في الحبس يلزم منها أن تلغي الحوالة الحبسية الخالية من الحوز. فبدونه تكون مجرد تقييد. ولقد أوضح الفقيه التسولي وحسم مادة الخلاف، بشرح واف نورده بتمامه، يجمل كل التحليل الذي أسسنا عليه، حين قال: " وأما قول العامة: الحبس لا يحاز عليه ....فيجب التثبت في مثل هذا التثبت التام، وقد عمت البلوى في هذه البلدة بكون الرجل يعاوض أو يستأجر ما خرب من الحبس أو قل نفعه وتمزق رسوم ما عاوض به، ويأخذ رسم المعاوضة ولا يكتب على الحوالة بإزاء ما وقعت فيه المعاوضة أن ذلك المحل انتقل للرجل بالمعاوضة للاستخفاف بحقوق الناس والاتكال على رسم المعاوضة الذي بيد الرجل فيضيع رسم المعاوضة الذي بيده لطول العهد ونحو ذلك، فيقوم ناظر الأحباس عليه أو على ورثته بما في دفتر الأحباس وحوالتها، ويحتج عليه بأن المحل الذي بيده حبس، وأن الحبس لا يجاز عليه فلا يجد الرجل ما يدفعه به فيأخذ الناظر المحلين المحل الذي دفع الرجل له لتصرف الحبس فيه المدة الطويلة، والمحل الذي أخذه

[1]- الزكراوي محمد، (موقف قضاء محكمة النقض من حول مدى حجية الحوالة الحبسية في اثبات الملكية العقارية للاوقاف)، ؟(مقال منشور مجلة مغرب القانون، 16 يوليو 2022 زيارة بتاريخ 15 أكتوبر 2024

بالاستحقاق من الرجل، وهذا كثير وقوعه في هذه البلدة، ولا تجدهم يكتبون المعاوضة أو الجزاء والاستئجار بإزاء ما في الحوالة إلا في النزر القليل. هذا كله لو كان ما قام به الناظر ثابتا في الحوالة بعدلين مع ثبوت ملك المحبس والحيازة عنه وادعى الحائز معاوضته أو لم يدع شيئا على ما مر بيانه، أما إذا كان في الحوالة مجرد زمام فقط كما هو غالبها فإنه لا يقضي به بحال على المعمول به.[1]

ولئن كان محكمة النقض قد قضت أحينا بثبوت الحبس اكتفاء بالحوالة المجردة، إلا أن القضاء قد عدل عن ذلك بقاعدة منسجمة محترزة مما احترز منه العلامة التسولي؛ أساسها: "أنه كما يحتاط للوقف ألا يضيع منه شيء فإنه أيضا يحتاط ألا يدخل فيه ما ليس منه،[2] فإن كان مقصدا محمودا في حماية الأوقاف لكن يلزم الحذر من يكون غصبا واعتداء على ملك الغير.

ومن ثمة، فإن فقرارات كثيرة صارت تكيف الحوالة الحبسية في مواجهة الغير الحائز على أنها مجرد تقييد.[3] لخلوها من التحديد النافي للجهالة ولافتقارها للشروط المطلوبة شرعا. وأنه لا مجال للاحتجاج بالمادة 261 من مدونة الحقوق العينية التي تنص على ان الأملاك الحبسية لا تكتسب بالحيازة ، كما تعارض ولا تفيد المادة 48 من مدونة الأوقاف في اعتبار الحوالة الحبسية وثيقة مثبتة للوقف ن فإن ذلك لا يكون إلا إذا كان الوقف قائما ولا معارض للحوالة بما هو اثبت منها .

وإن من أثار التشويش الذي يطال الاحكام بسبب اعتماد فكرة الوقف بقوة القانون أن قضت محكمة النقض في بعض ما عرض عليها أن العقار المقام عليه مسجد أو زاوية لا يمكن تملكه عن طريق الحيازة، لأن طبيعته الوقفية تمنع ذلك

---

[1]- التسولي، البهجة في شرح التحفة (2/ 392)

[2]- منطوق قرار لمحكمة النقض عدد 4839 في الملف 2012/8/459

[3]- قرار 1/531 بتاريخ 2020/12/1 ملف عدد 2018/1/1/6090،.

بمقتضى القانون.[1] والحاصل أن هذا القرار ليذهل عن أن الحائز حقيقة هم رواد المسجد، فيكون الوقف العام لهذه الجهة بالرضا وليس بقوة القانون، ولذلك لإن الحكم الصحيح والتعليل مهلهل،[2] وهو ما سيتكرر في قرارات أخرى تخص المقابر الوقفية، حيث اكتفت في تعليلها بوجود مقبرة لترتيب الصفة الوقفية، وهو نتيجة صحيحة أسست على تعليل غير منسجم وإن استند إلى منطوق المادة 50 في أن الأضرحة والمقابر الإسلامية ومضافاتها والأملاك الموقوفة عليها تعتبر وقفا عاما بقوة القانون على عامة المسلمين، وأن وجودها المادي يغني عن إثبات طابعها الحبسي، وانه لا يضرها حيازة حائز مهما طالت .[3] علما أن مستند التعليل هو مجرد قرينة قابلة للإسقاط.

وهو ما تنبه إليه أحد القرارات قرار لمحكمة النقض الذي لم يركن لادعاء وزارة الأوقاف،[4] وهو ما تكرر في قرار آخر ادعت فيه الوزارة الوصية صفة الوقف بقوة القانون لأرض موضوع النزاع وإنها تشكل مقبرة، غير أنه لم يثبت من معاينة المحكمة للمكان أنه مندرج ضمن وعاء العقار المطلوب تحفيظه، ولا ثبت لها يقينا أن الأحجار التي تتخلل الوعاء العقاري المطلوب تحفيظه هي معالم قبورن فقضت محكمة النقض بسلامة التعليل وكفايته.[5]

---

[1]- القرار عدد 474 بتاريخ 2017/09/14

[2]- قرار محكمة النقض عدد 376 الصادر بتاريخ 17 ماي 2022 في الملف المدني رقم 2019/1/1/3061.

[3]- قرار آخر قرار محكمة النقص 439 / 3 الصادر بتاريخ 27 يونو 2023 في الملف العقاري رقم 1096 / 1 /8/ 2021

[4]- انظر تردد ذلك أيضا في القرار عدد 1/456 الصادر بتاريخ 2015/06/25 (الملف العقاري عدد 222/1/3/2014).

[5]- قرار محكمة النقض عدد 132 في الملف المدني 2019/1/1/9252 والصادر بتاريخ عدد 15 فبراير 2022.

خاتمة

لعلنا بعد هذه الإطلالة العجلى على بعض ما يضمره هذا الموضوع من قضايا ملتبسة وشائكة، نكون قد وقفنا بعض وقوف على حدود اعتماد فكرة الوقف بقوة القانون. فضلا عن نشازها ومخالفتها وقلة نجاعتها فيما اعتمدت فيه أصالة من حماية. فشتان إذن، بين مجرد الركون لفكرة الوقف بقوة القانون، وبين ما يكتنفها من احتمال الاعتداء على حقوق الاغيار، وبين الاحتراز الذي وقفنا عليه في تمسك الفقه والقضاء في كثير من قراراته الأخيرة بمبدأ الرضائية في الوقف، وكذا من خلال التشبث بأركانه المقررة فقها، من غير شذوذ يدخل من تبني فكرة منبتة لا أصل لها ولا مستقبل.

وإن فكرة الوقف بقوة القانون لتهدد الاستقلال الذي يراد للأملاك الوقفية، تدبيرا واستثمارا. فعدم تحديد الواقف كما ينص على ذلك الفقه، وكثير من المدونات الفقهية التي أشرنا إلى بعضها، يجعل الوقف ضعيفا في مواجهة قاعدة المنفعة العامة التي يراد أن يشارك فيها الأملاك العامة للدولة.

وهو ما يهدر خصوصيته ويصعب معه تمييزه عن الأنظمة التي تشابه الوقف الإسلامي في التشريع الفرنسي أو الألماني. أو حتى يخلط بمن اختار صراحة التخلي عن الصفة الدينية الأوقاف كما في التشريع التونسي التي تعتبر فيه المساجد ملكا عاما للدولة، [1]

لأن مجرد التصريح بعدم القابلية للتفويت لا يميز الوقف في شيء عن نلك الأملاك. بل هو مسوغ لأن تطلب نزع ملكيتها لجامع المنفعة العامة المؤسسة على قوة القانون. فالملك العام لا مالك له غير الدولة وليس الوقف كذلك. بل إن إمارة

[1]- الفصل 7 من القانون التونسي المتعلق بالمساجد عدد 34 المؤرخ في ماي 1988

المؤمنين في المملكة المغربية هي الناظر الأعلى للوقف بهذه المملكة الشريفة، وهي نظارة شريفة تؤكد على أن استقلال الوقف مرتبط باستمداده " من طابعه الإسلامي الخالص" الذي يقوم على الصفة التعبدية والرضائية لعقود التحبيس.