الجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشعبية

وزارة التّعليم العالي و البحث العلميّ

جامعة يحيى فارس بالمديّة

كليّة الحقوق والعلوم السياسية

مذكّرة نهاية الدّراسة للحصول على شهادة الماستر

تخصّص : قانون عقّاري

بعنوان :

حكم الوقف المعلّق على شرط في التّشريع الجزائري

- دراسة تفسيريّة لنصّ المادة 29 من قانون الأوقاف –

من تقديم الطّالب :

تـــوات علي

تحت إشراف الأستاذ

غيّاطو الطّاهر

أمام أعضاء لجنة المناقشة المحترمين :

الرقم	الأستاذ	الصفة
01	البروفيسور شميشم رشيد	رئيسا
02	الدكتور غيّاطو الطاهر	مشرفا
03	البروفيسور جمال بوشنافة	عضوا مناقشا

السّنة الدراسيّة : 2019 / 2020

بسم الله الرّحمن الرّحيم

نظام الله خير في ذاته ...

لأنّه من شرع الله ...

ولن يكون شرع العبيد يوما كشرع الله ...

الشّهيد سيّد قطب

إهـــــداء

إلى باب الجنّة والدتي أطال الله في عمرها ...

إلى والدي رحمه الله ....

إلى عائلتي و أصدقائي ....

إلى روح أستاذ الجيل سيد قطب رحمه الله ... وإخوانه الشهداء :

عزّام، عيّاش، حشاني، بوسليماني، ياسين، الرنتيسي، أبو عبد الله أسامة .....

إلى شهداء ثورة التحرير ...

إلى المستضعفين في مشارق الأرض و مغاربها ....

إلى هؤلاء جميعا أهدي هذا البحث راجيا من المولى القبول.

شكر و عرفان

قال صلى الله عليه وسلم : لايشكر الله من لا يشكر النّاس.

لا أملك سوى كلمات الشّكر الجزيل أكيلها لأستاذي الفاضل الوقور الأستاذ : غيّاطو الطّاهر، و الذي رغم مشاغله الكثيرة إلّا أنّه تجشّم عناء قبول الإشراف على مذكرتي مشكورا، فله منّي خالص الدعاء.

كما لايفوتني أن أشكر أعضاء اللجنة الموقّرة على قبولهم مناقشة المذكرة وما بذلوه من جهد في قراءتها.

قائمة بأهم المختصرات

ق م : القانون المدني

ق أ : قانون الأسرة

ق أو : قانون الأوقاف

ج ر : الجريدة الرسمية

ج : الجزء

ص : الصفحة

ط : الطبعة

ع : العدد

الوقف المعلق : الوقف المعلق على شرط صحيح، فإن قصدت الواقف أو الفاسخ أو المعارض للنصوص الشرعية ذكرت ذلك.

مقـــــدّمة

مقدّمة :

الوقف رسالة إنسانية، المقصد منه أبدية الخير والبر واستمراريته، ودوام العطاء والبذل بنسق لا متناه، وهو من عظيم ما اختص به الإسلام وانفرد به ومن جميل ما أبدعت شريعتنا الإسلامية السامية وهو من أهم سمات حضارتها الرائدة ومن أقوم قوانينها الإجتماعية التي كان لها الوقع الشديد والبصمة العميقة في عمران البلاد الإسلامية.

والجزائر في أزمنة ليست ببعيدة كانت الأوقاف فيها معلما من المعالم البارزة وعمادا من أعمدة تطورها وازدهارها، فلقد كان مسلمو شمال إفريقيا عموما والجزائر خصوصا توّاقين للتّحبيس منذ السنوات الأولى للفتح الإسلامي لبلاد المغرب الكبير .

وفي تاريخ الجزائر الحديث منذ الإستقلال عن الإستعمار الفرنسي لم تعرف المنظومة التشريعية المنظمة للوقف إستقرارا جزئيا إلا بصدور قانون الأوقاف سنة 1991 وهو القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف، إذ يُعَدّ أوّل قانون إستقل بتنظيم الأحكام القانونية الموضوعية الخاصّة بالأوقاف.

إنّ قانون الأوقاف وإن كان مستقى من الفقه الإسلامي إلا أنّ نصوصه طرحت إشكالات عديدة سواء من حيث أنها جاءت مجملة وغامضة في كثير من المواضع التي تحتاج إلى تفصيل وحسم من المشرّع فيها، أو من حيث صياغتها التي جاءت معيبة، والسبب الرئيسيّ في ذلك أنّ المشرّع لم يحوّر أحكام الوقف لما أتى بها من كتب الفقه الإسلامي إلى لغة القانون التي يفهمها القانونيون، وخير مثال على ذلك المادة الرابعة من قانون الأوقاف والتي تَعدُّ الواقف والموقوف عليه ركنين في الوقف وهذا ما لا نعرفه في القانون، فيعسر علينا أن نتصور مثلا أنّ البائع والمشتري ركنان في البيع، أو أن الواهب والموهوب له ركنان في عقد الهبة، وكذا الموصي والموصى له في الوصية، وغيرها من الأمثلة .

وفي المقابل نجد كثيرا من الإشكالات سببها صياغة نصوص قانون الأوقاف والتي جاءت غامضة في ألفاظها، ما يُحتاج معها إلى إعمال قواعد التفسير من أجل إستيضاح دلالتها، ومن أبرز الأمثلة على ذلك نص المادة 29 من ق أو والتي جاءت غامضة من حيث دلالتها، فلم يُفهَم المقصود من موضوعها والحكم التي أتت به، وهل هي نصٌّ في تعليق الوقف، أم أنّ موضوعها تقييد الوقف بشروط وهو ما إصطلح المشرّع على تسميته بالإشتراطات، وهذا ما يجعل إعمال قواعد التّفسير على هاته المادّة ضرورة مُلحّة لتبيّن مقصد المشرّع.

وعليه ترجع **أهمية دراستنا** لهذا الموضوع لمجموعة من الإعتبارات نذكر منها :

أولا : أهمية الوقف في حد ذاته نظرا لطبيعته الفريدة وخصوصيته المطلقة التي ميّزته عن باقي الأنظمة المشابهة له، وذلك دون الخوض في تفاصيل الوقف نفسه خشية الإنحراف عن الموضوع لأنه يستحيل رصدها كلها، فموضوع الوقف من أثرى المواضيع التي لم تتناول بالبحث بالقدر الكافي، و البحوث فيه قليلة مقارنة بغيره من المواضيع المشابهة له كالوصية والهبة .

ثانيا : إلقاء الضوء على مشكلات قانون الأوقاف بصيغته الحالية ما ينبّه الكُتّاب والمتخصصين إلى ضرورة تسليط الضوء عليه تحليلا و نقدا، إذ مسألة الوقف المعلق تعد مثالا فقط للمشكلات التي حواها هذا القانون والتي يجب تناولها بالتحليل والنقد للوصول لنص قانوني جيد.

ثالثا : الوقف المعلق من مسائل الواقع والتي تنتشر بكثرة بين الواقفين ما أدى إلى كثرة النزاعات الناشئة عنه، وهو مايُحتاج معه إلى إستيضاح رأي المشرّع في المسألة ما يسهّل الأمر على القضاة حين فصلهم في هاته النزاعات .

رابعا : خصوصية مسائل الوقف في حد ذاتها إذ أنها وإن كانت تصرّفا قانونيا نظمه المشرع إلا أنه لا يمكن إغفال خصوصيته المتمثلة في إرتباطه بالشريعة الإسلامية إرتباطا وثيقا، فالوقف ليس مجرد تصرف قانوني بحت بل هو أمر تعبديّ ومن القربات في الشريعة الإسلامية، ما يستدعي التعامل معه بحذر وبشيء من التفصيل فلا يصحّ فيه الإجمال و الإطلاق و العموم والغموض دون وجود داع لذلك.

أما عن أسباب **إختياري للموضوع** فهي كثيرة تمازجت بين أسباب موضوعية وأخرى ذاتية دفعتني للبحث في هذا الموضوع و حفّزتني على خوض غماره، فمنها :

أوّلا : عزوف الطلبة - خاصة طلبة تخصص العقاريّ باعتبار الوقف من المواضيع المتعلقة بتخصصهم - عن تناول مواضيع الوقف والتي تشكّل عندهم هاجسا وتشكّل عندهم نوع من الخوف والرهبة بسبب قلة المصادر والمراجع من جهة، وكذا بسبب صعوبة الألفاظ والمصطلحات لارتباطها بالفقه الإسلامي (وهو غير تخصص القانونيين) من جهة أخرى .

ثانيا : تشجيع الطلبة على تناول المواضيع التحليليّة القائمة على النّقد والتحليل والتركيب بعيدا عن المواضيع التقليدية القائمة على السرد و الوصف والتي أُشبِعت بحثا، والقائمة أساسا على

الجمع المجرّد للمعلومات من مصادرها والإكتفاء بتهميشها والإحالة إلى مواضعها في الكتب و البحوث .

ثالثا : حبّي لموضوع الوقف لأنّه مرتبط بالفقه الإسلاميّ ما أعطاني فرصة لقراءة كتب في غير تخصّصي وهو الأمر الذي ساهم في توسيع مداركي، فحريّ بالقانونيّ النّاجح أن يكون مُلِمّا إلى قدر ما بغير تخصصه، خاصة إذا كان له إرتباط بالقانون كالفقه الإسلامي، وحقيقة فالأسباب كثيرة لا يسع المجال لذكرها كلّها في هذا المقام، وعليه سنكتفي بما ذكرناه .

ونظرا لأهمية الوقف المعلق لإرتباطه بركن من أركان الوقف وهو الصيغة، دفعنا هذا الأمر بإلحاح للتّساؤل حول تعاطي القانون والقضاء الجزائريين مع موضوع تعليق الوقف، أو بعبارة أخرى :

هل تعليق الوقف يُعتَدُّ به قانونا ويكون منتجا لآثاره القانونيّة ؟

وينبثق عن هاته الإشكالية الرئيسية مجموعة من التساؤلات الفرعية :

1- هل المادة 29 من قانون الأوقاف موضوعها تعليق الوقف على الشروط ؟

2- أم هل المادة 29 موضوعها تقييد الوقف بشروط ؟

3- وهل المادة 29 من قانون الأوقاف بصياغتها الحالية وشكلها الحالي تُعتبر نصّا قانونيا سليما من حيث إنسجام أحكامها أو تناقضها فيما بينها ؟

4- وما رأي الفقه والإجتهاد القضائي في مسألة تعليق الوقف، وكذا في موضوع نص المادة 29 من قانون الأوقاف ؟

وللإجابة عن هاته الإشكالية والتساؤلات المنبثقة عنها أعملنا و طبّقنا قواعد التفسير على نصّ المادة 29 ق أو وذلك لإستنباط الأحكام المتضمَّنة فيها، وقمنا بإتباع الخطّة الموضّحة أدناه، حيث قمنا بتقسيم البحث إلى فصلين أساسيين وفصل تمهيديّ، أما الفصل التمهيديّ فتناولنا فيه مدخلا لتفسير النصوص القانونيّة من حيث تعريف التفسير والأسباب الداعية إليه وذكر مدارسه وكذا أنواعه، ثم ذكرنا أهم نقطة في الموضوع وهي طرق تفسير النص سواء أكان نصّا سليما أم كان نصّا معيبا، وهذا الفصل التمهيديّ من الضرورة بمكان، إذ رأينا أنه لا يمكننا الإستغناء عنه، فلا يمكن أن نشرع مباشرة في تفسير المادة 29 من قانون الأوقاف ونتطرق حينها لدلالة المنطوق - سواء أكان صريحا أم غير صريح - وكذلك لدلالة المفهوم - سواء كان مفهوم

مخالفة أم مفهوم موافقة - دون أن يكون للقارئ معلومة حول هاته المصطلحات من قبل، فإنّ هذا في رأينا يعد قصورا في البحث حاولنا تجنّبه بإيراد هذا الفصل التمهيديّ، ثمّ أوردنا الفصل الأول والفصل الثاني وموضوعهما دلالة منطوق المادة على الأحكام ثم دلالة مفهومها على الأحكام على التّوالي، متماشين في تقسيمنا هذا مع ما إختاره المشرّع في المادة الأولى من التقنين المدني من أنّ القانون يسري على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها، فالنصّ القانوني بناء على نصّ المادة المذكورة يدلّ على الأحكام إما باللفظ وإما بالفحوى، وأما اللفظ فهو المنطوق وأما الفحوى فهي المفهوم، وهذا ما يبرّر تقسيمنا البحث لفصلين على هذا الأساس، فصل للمنطوق وفصل للمفهوم .

ولقد **إستعملنا في كلّ هذا مجموعة من المناهج** لا منهجا واحدا طبقا لنظرية تكامل المناهج و التي مفادها إستحالة الإكتفاء بمنهج واحد في البحث العلمي، وعليه فقد جمعنا بين المنهج الوصفي في سرد الإطار المفاهيميّ والموضوعي للوقف المعلق، إضافة إلى المنهج التحليليّ إستنباطا وإستقراء لمجموعة النصوص القانونية الموضوعية التي لها صلة بموضوع الوقف المعلق .

أمّا عن الدراسات التي تناولت موضوع الوقف المعلق من ناحية قانونية باعتباره جزئية صغيرة دقيقة من جزئيات الوقف، فهي نادرة إن لم نقل منعدمة، وذلك أنّ بعض الباحثين تناولها عموما مع غيرها من التصرفات التبرعية كالوصية والهبة محاولا إعطاء نظرية عامة كما هو الحال بالنسبة للدكتور خالد سماحي في أطروحته للدكتوراه والموسومة ب "النظريّة العامّة لعقود التبرّعات -دراسة مقارنة-"، وكذا بالنسبة للدكتور عبد المالك رابح في أطروحته للدكتوراه والموسومة ب "النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف) في قانون الأسرة في الجزائر والفقه الإسلامي"، أما القسم الآخر من الباحثين لم يقصد إلى البحث في هاته المسألة وإنما تكلم عنها في سياق عام عند كلامه عن الصيغة وشروطها وهذا حال أغلب الباحثين .
وبحثنا كباقي البحوث إكتنفته **صعوبات** كثيرة وإعترته مجموعة من العقبات، نذكر منها :

أوّلا : طبيعة الموضوع ذاتها وخصوصيته على المستوى الشرعي والقانوني، حيث يتناول جزئية دقيقه جدا وحساسة من مواضيع الوقف والتي تحتاج إلى جهد كبير وقدرة على التّعاطي مع نوعية المصادر والمعلومات .

ثانيا : تفرّق موضوع الوقف بين قانون الوقف و قانون الأسرة والفقه الإسلامي ما يجعل أمر الإحاطة به فيه نوع من الصعوبة، وكذا تفرق موضوع الوقف المعلق بالذّات بين القانون والفقه وأصول الفقه وكذا قواعد اللغة العربية مما زاده صعوبة .

ثالثا : من أهم الصعوبات التي واجهتنا الظرف الذي يمر به العالم عامة بما فيه الجزائر من إنتشار وباء كورونا وما ترتب عنه من شلّ للحياة العامة، ما جعل تواصل الطلبة مع المشرفين أمرا متعسرا، وكذا حصولهم على المراجع أمرا صعبا إن لم يكن مستحيلا، ما جعل الوقت يتبدد ويضيع في البحث عن بديل للمصادر والمراجع المطبوعة ورقيا و الإتجاه في رحلة البحث عن البديل المصوّر .

و بعد هاته المقدمة نشرع في المقصود متبّعين في ذلك التقسيم الذي سبق و أن ذكرناه.

الفصـــــل التّمهـيديّ

مدخل لتفسير النّصوص القانونيّة

الفصل التّمهيديّ : مدخل لتفسير النّصوص القانونيّة

يُفتَرض في النُصوص القانونيّة عند طرحها أن تكون واضحة الدّلالة والمعنى، سليمة الصّياغة حتى يَسهُل على القضاة تطبيقها، وعلى الفقهاء فهمها وشرحها واستنباط أحكامها، وإنّ النّاظر في الواقع يرى خلاف ذلك، إذ أنّ المشرّع - باعتبار عمله عملا بشريا لا يخلو من القصور - يقوم في كثير من الحالات بإصدار نصوص قانونيّة يعتريها الغموض أو النّقص أو الخطأ في الصياغة، ممّا يجعل القاضي والفقيه وكلّ من له علاقة بالقانون بحاجة إلى أداة للتّعامل مع هذا النوع من النّصوص، وهذه الأداة الفنيّة هي التّفسير، فالتّفسير يُعدّ أهمّ أداة من أدوات التّعامل مع النصّ القانونيّ، إذ به تُستَجلى دلالة النّص الغامض، ويظهر به مكمن النّقص فيُكمَّل، وبه تتوضّح الصياغة السليمة والصحيحة للنّص فيُقوَّم .

والشّريعة الإسلامية كان لها السّبق في تقرير قواعد التفسير قبل القوانين الوضعية إذ يتجلّى هذا السّبق من الناحية الزمنية وفي الناحية الموضوعية .

فمن حيث الناحية الزمنية : كان لفقهاء الشريعة السّبق دون منازع بما يربو على ثلاثة عشرة قرن في وضع مناهج التفسير، وخلال هذه المدّة تأصلت هذه المناهج وصارت علما قائما بذاته له أسسه وقواعده التي يسير عليها المفسر حين إقدامه على تفسير النص، وكلّ خروج عن هذه القواعد تؤدي به إلى الإنحراف والخطأ في استنباط الدلالة الصّحيحة للنّص .

ومن حيث الناحية الموضوعية : في الوقت الذي نرى فيه بوضوح كيف أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية تمكّنوا من وضع قواعد مضبوطة للتّفسير وعلى أساس علميّ دقيق من خلال تتبّعهم للفظ في حالة وضوحه وإيهامه، ومن خلال تتبّعهم للنّص في حالة العيب في صياغته وفي حالة سلامته، ووضع خطوات دقيقة يتبعها المفسّر في كل حالة من الحالات، نقول أنه إلى غاية يومنا هذا مازال علم تفسير النصوص القانونية عند الدول الغربية و في نصوص قوانيها غير واضح المعالم، فهذه الموسوعة الفرنسيّة عند حديثها عن الحاجة إلى التّفسير والبيان عند الإبهام في النّصوص تعرض لنا كيف أنّ القانون المدني الفرنسي قد ظهر وهو خاو من أيّة ضوابط أو قواعد في هذا المضمار، ممّا جعل القاضي يفسّر القانون عند الإقتضاء تبعا لمواهبه المسلكيّة وحسب ذمّته، وإن كان ذلك تحت مراقبة محكمة التّمييز.

إنّ الموسوعة الفرنسية أعلنت عدم ارتياحها إلى هذا الأمر، بل أعلنت مخاوفها من التفسير الذي يقوم به القضاة دون الإستناد إلى قواعد في التفسير وضوابط يُعتمَد عليها في البيان [1].

وحتى نُلِمَ بشيء من علم تفسير النصوص القانونية إرتاينا في فصل تمهيدي أن نتطرّق إلى مجموعة من الموضوعات المتعلقة بهذا الموضوع، حيث قسّمنا الفصل إلى مبحثين، تطرّقنا في الأول منهما إلى مفهوم تفسير النصوص القانونية من حيث تعريفه و أسبابه و أنواعه وكذا مدارسه، وتطرّقنا في المبحث الثاني إلى طرق تفسير النصوص القانونية وقسّمناه إلى مطلبين، أوردنا في الأول طرق تفسير النص القانوني السليم، وفي الثاني قواعد تفسير النصّ القانوني المعيب.

[1]- محمد أديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ج01، ط04،المكتب الإسلامي، دمشق، 1993، ص128.

المبحث الأوّل : مفهوم تفسير النّصوص القانونيّة

حيث سنعرض في هذا المبحث لتعريف التفسير، وكذا أسبابه الدّاعية إليه، وكذا مدارس التّفسير وأسسها بشيء من الإختصار، لأنه ليس المقصود من البحث.

المطلب الأوّل : تعريف التّفسير وأسبابه

نتناول في هذا المطلب فرعين اثنين، الأول جعلناه لتعريف التّفسير لغة واصطلاحا والثّاني تكلّمنا فيه عن أسباب التّفسير.

الفرع الأوّل : تعريف التّفسير

أمّا التّفسير لغة من الفعل الثلاثي فَسَّرَ من الفَسْرِ، وهو البيان، ومنها قوله تعالى : { وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا } الآية 33 من سورة الفرقان، والفَسْر البيان، وقد فَسَرْتُ الشّيء أفْسِرُه -بالكسر- فَسْرا، والتّفسير مثله، واستفسرت هذا، أي سألته أن يفسّره لي، وقال ابن منظور في لسان العرب : "والتفسير كشف المراد على اللفظ المشكل "، والملاحظ أنّ التّعريفات اللغوية للتّفسير تدور كلّها حول كشف المشكل والمبهم، أما في اصطلاح فقهاء الشّريعة فقد عرّفوا التّفسير تعريفات عديدة، إلا أنّها تشترك في مجملها في أنّ المراد من التّفسير هو كشف دلالة نصوص القرآن والسنّة، فهو عند الزرقانيّ : "علم يُبحَث فيه عن القرآن الكريم من حيث دلالته على مراد الله بقدر الطاقة البشريّة "، وهو عند الزركشيّ : "علم يُعرف به فهم كتاب الله المنزّل على نبيّه صلّى الله عليه وسلّم، وبيان معانيه واستخراج أحكامه وحِكَمه، واستمداد ذلك من علم اللغة والنّحو والتّصريف وعلم البيان وأصول الفقه [1]".

وعرّفه محمّد أديب الصّالح بأنّه : "بيان معاني الألفاظ ودلالتها على الأحكام للعمل بالنّص على وضع يُفهم من النّص ".[2]

أما فقهاء القانون فتعريفهم للتّفسير لم يخرج غالبا عن معناه اللغوي وعما قرره فقهاء الشريعة، وهذا راجع لأمور عدّة، منها أنّ مقصد تفسير النص القانوني هو استنباط دلالته ومعناه، وهو المعنى اللغوي للتفسير، ومنها أنّ فقهاء القانون -خاصّة العرب- إنما تبنوا قواعد التفسير عند فقهاء الشريعة كما سبق التنبيه لذلك، ولذلك حتى تعريفات فقهاء القانون للتفسير جاءت كلها تدور حول معنى واحد وهو توضيح المعنى أو الدلالة .

[1]-عبد المهدي محمد سعيد العجلوني، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الإجتهاد القضائي الأردني، أطروحة دكتوراه، تخصص قضاء شرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005

[2]- محمد أديب الصالح، مرجع سابق، ص59.

عرّفه الأستاذ السّنهوري بأنه : "توضيح ما أُبهِم من ألفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة ".[1]

وعرّف الأستاذ محمد حسين منصور تفسير القاعدة القانونية بأنه : "التعرّف عليها وتحديد مضمونها والشروط التي تلزم لتطبيقها ومدى إنطباقها على الحالة المعروضة أمام المحكمة".[2]
وعرّفه الأستاذ محمّد سعيد جعفور بأنه : "التعرّف على معنى الحكم الذي تتضمنه هذه القاعدة، بحيث تتّضح من ألفاظها أو فحواها حدود الحالة الواقعيّة التي وُضِعت القاعدة من أجلها".[3]

الفرع الثاني : أسباب تفسير النّصوص القانونية

إنّ الأسباب الدّاعية لتفسير النّص القانونيّ عديدة، وأجملها فقهاء القانون في أربع أسباب هي : الخطأ والغموض والنّقص وكذا التعارض .

أوّلا : الخطأ

والمقصود به الغلط الذي يشوب النّص القانونيّ سواء كان خطأ ماديّا أو خطأ قانونيّا، وفي كلتا الحالتين يجب تقويم النّص طبقا لقواعد التّفسير .

أما الخطا المادي : فهو الغلط غير المقصود، ويكون إما بزيادة لفظ أو إنقاص لفظ بحيث يستحيل فهم النص إلا بإنقاص اللفظ الزائد أو زيادة اللفظ الناقص .

ومن أمثلة الغلط الماديّ، لفظ الدائن الوارد في نص الماده 220 من التقنين المدني : "إذا برئت ذمّة الدّائن قِبل أحد الدائنين ... "، الصحيح إستبدال لفظ الدّائن بالمدين، لأنّه هو الملزم بتنفيذ الإلتزام وهو من تبرؤ ذمّته بأحد أسباب انقضاء الإلتزام .

وأما الخطأ القانونيّ : فهو الغلط الذي تدلّ عليه القواعد العامّة، بحيث لا يوجد أدنى شكّ في وجوب تصحيحه، ومثاله ما ورد في نصّ المادة 92 من القانون المدني من جواز أن يكون

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، علم أصول القانون، دون رقم طبعة، مطبعة فتح الله إلياس نوري وأولاده، مصر، دون سنة نشر، ص110.

[2]- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون – القاعدة القانونية، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص263.

[3]- محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية – الوجيز في نظرية القانون، ج01، ط20، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص286.

محلّ الإلتزام شيئا مستقبلا ومحققا، فكلمة محقّقا فيها إشكال، إذ يجوز التّعامل في الشيء المستقبل ما دام ممكنا غير مستحيل مثلما هو الأمر في العقود الاحتمالية[1].

ثانيا : الغموض

غموض النصّ من أسباب تفسير النصّ إتفاقا، يدل عليه المعنى اللغوي للتفسير، وهو أساس تفسير النصوص في الشريعة الإسلامية، وعليه إتّفاق أهل القانون، فغموض النص هو الداعي الأساسي والأصلي لتفسير النصّ، والغموض يكون بتحمّل اللفظ أكثر من معنى واحد، فعلى المفسّر أن يختار المعنى الذي قصد إليه المشرّع[2].

ثالثا : النّقص

إن كان النصّ الغامض محل تفسير بالإتفاق، فإنّ إكمال التّشريع النّاقص مما هو مختلف فيه، و هل إكمال النقص يدخل في نطاق تفسير النّص أم أنّه إجتهاد خارج دائرة النص، وعلى خلاف المدرستين -مدرسة الشّرح على المتون والمدرسة الاجتماعيّة- اللّتان تذهبان إلى إعتبار إكمال النّص النّاقص ممّا يدخل في نطاق التفسير، فإنّ المدرسة العلميّة -وإن كانت تقول بنقص التشريع، ووضعت منهج البحث العلمي الحر لسدّ هذا النّقص- إلا أنها ترى أنه أمر خارج عن دائرة النصّ، وبالتالي فهو لا يدخل في مفهوم التفسير عندهم[3].

رابعا : التعارض

قيل بأنّ التعارض هو وجود تناقض بين نصّين وتشريعين يحمل كلٌّ منهما حكما يخالف الآخر [4].
وعُرّف بأنه انطباق نصّين على واقعة ما، ويقتضي كلٌّ منهما لها حكما يخالف ما يقتضيه الآخر[5] .

وإزالة التعارض بين النصوص يكون إما بمحاولة التوفيق بينها أولا، وإما بترجيح أحد النّصوص على باقي النصوص الأخرى، وإما القول بالنسخ آخرا[6].

---

[1]- المرجع السّابق، ص302-303.
[2]- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص112.
[3]- عبد المهدي محمد سعيد العجلوني، مرجع سابق، ص142.
[4]- محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص305.
[5]- محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النّصوص المدنية –دراسة مقارنة بين الفقهين المدني و الإسلامي، دون رقم طبعة، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، 1982، ص136.
[6]- نفس المرجع، ص146 و مابعدها.

المطلب الثاني : أنواع تفسير النّصوص القانونيّة ومدارسه

التّفسير كآلية وأداة من أدوات التّعامل مع النّص القانوني، وكموضوع من مواضيع القانون، من المنطق أن تكون له مدارس على غرار كثير من المواضيع القانونيّة، و هو يتنوّع بحسب الجهة التي تقوم بها. وعليه نبحث في هذا المطلب عن أنواع التّفسير ثم نتطرق إلى مدارسه

الفرع الأوّل : أنواع تفسير النّصوص القانونيّة

يصنّف القانونيون التّفسير بحسب الجهة التي تتولّاه، وعليه فيذكرون غالبا ثلاثة أنواع للتّفسير :

*التفسير التشريعي

*التفسير القضائي

*التفسير الفقهي

أوّلا : التّفسير التشريعيّ

وهو الذي يصدر عن المشرع نفسه ليبين حقيقة ما قصده من تشريع سابق إن كان هذا التشريع يشوبه غموض معين، أو أنّ المحاكم لم تهتد في تفسيره إلى قصده[1].

ثانيا : التفسير القضائي

في الوقت الحالي وإعمالا لمبدأ الفصل بين السّلطات، فإنّ قوانين الدّول أوكلت مهمّة تفسير القواعد القانونيّة للقاضي عندما يريد تطبيقها على حالات واقعيّة للفصل فيها، وعليه فإنّ التفسير القضائي يعتبر ذا صبغة عمليّة، لأنّ القاضي لا يقوم بالتفسير إلا بمناسبة نزاع مطروح أمامه، فهو لا يقوم بذلك من تلقاء نفسه بل بناء على طلب الخصوم[2].

ثالثا : التّفسير الفقهيّ

وهو الذي نجده منشورا في مباحث الفقهاء وشروحهم، ويستعين الفقيه على ما يريد من أبحاثه بقواعد المنطق السليم معتمدا على ما تؤدي إليه القواعد، و عليه فالتّفسير عنده غاية لا وسيلة[3]،

[1]- محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص289.
[2]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، 267.
[3]- محمد أديب الصالح، مرجع سابق، ص115.

وعليه فإنّ التّفسير الفقهي لا يكون -عكس التفسير القضائي- بمناسبة حالة معروضة، بل هو تفسير عام يتناول القانون بصفة عامّة في جملته، لذا فهو يتّسم بالطّابع النّظري[1].

الفرع الثّاني: مدارس تفسير النّصوص القانونيّة

الغاية من التّفسير معرفة معنى القاعدة القانونيّة، فقصد المشرع ونيته هو ما يسعى الفقيه أو القاضي إليه من عمليّة التفسير، وقد إنقسم الفقه بصدد تفسير القانون إلى عدّة مدارس :

أوّلا : مدرسة الشّرح على المتون

ظهرت هذه المدرسة في بداية القرن التاسع عشر، وتتقيّد بالنّصوص تقيّدا حرفيا لا ينبغي البحث عن شيء من القانون خارج النّصوص، ويجب البحث عن نيّة المشرع الحقيقيّة لحظة وضع التشريع، فإذا لم تكن واضحة وجب البحث عن النيّة المفترضة التي تُستخلَص من روح التشريع ومن تقاليد القانون، فالتشريع هو المصدر الرسمي الوحيد للقانون لدى هذه المدرسة، لذا فإنّ دائرة تفسيره تنحصر في التشريع وحده.[2]

ثانيا : المدرسة التّاريخية (الإجتماعية)

ظهرت هذه المدرسة في القرن التاسع عشر في ألمانيا على يد الفقيه "صافيني" ردا على مدرسة إلتزام النصّ وقد أيّدتها قلّة من الفقهاء الفرنسيين على رأسهم "سالي"، الفكرة الأساسية التي عليها قوام المدرسة التاريخية هي أنّ المصدر الوحيد للقانون هو ضمير الشعب أو روح الأمة، أما التشريع فهو لا يعدو أن يكون تعبيرا عن هذه الروح وليس عملا إراديا صادرا عن المشرع، ومن ثم فان تفسير التشريع لا ينبغي أن يكون تفسيرا لإرادة المشرع، بل يجب أن يستقّل التشريع عن المشرع ويعيش حياته المستقلّة في الجماعة ذاتها، ويخضع في تفسيره لكل التطورات التي تحدث داخل هذه الجماعة.[3]

---

[1]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 268-269.

[2]- نفس المرجع، ص269.

[3]- سمير عبد السيّد تناغو، النظرية العامة للقانون، دون رقم طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص753.

ثالثا : مدرسة البحث العلميّ الحر

وهي وسط بين مدرسة الشرح على المتون والمدرسة التاريخية وزعيم هذه المدرسة هو الفقيه الفرنسي "فرانسوا جيني"، والأساس الذي تقوم عليه هذه المدرسة في التفسير هو الوقوف على إرادة المشرع مع ملاحظة العوامل التي تتكون منها القاعدة القانونية[1] .

ولعل أبسط تلخيص لنظرية البحث العلمي الحر هو أنّ تفسير التشريع بالمعنى الحقيقي لكلمه تفسير هو تفسير إرادة المشرع كما هي دون أيّ تحوير فيها أو تعديل، فالتشريع هو عمل إرادي يشبه التصرف القانوني الرسمي الذي تحمل عباراته كل مضمون الإرادة التي صدر عنها[2]، فإذا لم يوجد نص تشريعي يواجه الواقعة المعروضة لجأنا إلى المصادر الرسميّة الأخرى للقانون ومن أهمها العرف، فإذا لم تُسعف المصادر الرسمية بإيجاد الحل، لا يبقى إلا ما يسميه جيني البحث العلمي الحر، أي الرجوع إلى جوهر القانون بحقائقه التي يتكون منها، وهي الحقائق الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية، وهي التي يمكن أن يستلهم منها المفسر قاعدة قانونية عند إفتقاد نص في التشريع[3].

---

[1]- محمد أديب الصالح، مرجع سابق، ص125.
[2]- سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص756.
[3]- محمد أديب الصالح، مرجع سابق، ص126.

المبحث الثّاني : طرق تفسير النّصوص القانونيّة

ذكرنا أسباب التفسير الموجبة له والتي إذا توافر سبب منها فإنّ المفسر يقوم بالتفسير بناء على طرق معروفة عند أهل القانون، وللمفسّرين في ذلك طرق عدّة، ويحدّد الطريق المنتهجة للتفسير طبيعة النصّ المفسَّر من حيث كونه واضحا أو مبهما، سليما أم معيبا.

المطلب الأوّل : طرق تفسير النصّ السّليم

ونقصد به السّلامة الظّاهريّة من النّقص والتّناقض والخطأ وغيرها من الأسباب التي تجعل النّص معيبا، ففي هاته الحالة نلجأ إلى إستنباط الأحكام التي يدلّ عليها .

والنصّ يدلّ على الأحكام إمّا بلفظه وإما بفحواه، و هذا ما نصّت عليه المادّة الأولى من التقنين المدني صراحة إذ جاء في الفقرة الأولى منها : "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في **لفظها** أو في **فحواها**"، فالنصّ القانونيّ يدل على الحكم إما بدلالة منطوقه وإما بدلالة مفهومه.

الفرع الأوّل : دلالة منطوق النصّ

أما المنطوق في اللغة فهو الملفوظ به .

وإصطلاحا عرّفه ابن الحاجب بأنه : "ما دلّ عليه اللفظ في محل النطق، أي أن يكون حكما للمذكور وحالا من أحواله سواء أذُكِر ذلك الحكم ونطق به ام لا ".

وقُسِّم المنطوق إلى قسمين : منطوق صريح ومنطوق غير صريح، أمّا المنطوق الصريح : هو دلالة اللّفظ على الحكم بطريق المطابقة أو التضمّن، حيث أنّ اللفظ قد وُضِع له، مثاله قوله تعالى : { وَ أَحَلَّ اللهُ البَيْعَ وَحَرَّم الرّبَا }، حيث دلّ اللفظ بمنطوقه الصريح على نفي المماثلة بين البيع والربا[1]، و أمّا المنطوق غير الصّريح : هو دلالة اللفظ على الحكم بطريق الإلتزام، إذ أنّ اللفظ مستلزم لذلك المعنى.[2]

ثم إنّ اللفظ غير الصريح لا يخلو من أن يكون مقصودا للمتكلم أو لا، فإن قصده المتكلم وتوقف عليه صدقه أو الصحة العقلية أو الشرعية فهو دلالة الإقتضاء، وإن لم يقصد المتكلم المعنى ولم يتوقف عليه صدق المتكلم والصحة العقلية أو الشرعية، فدلالة اللفظ عليه دلالة إشارة، وإن لم

---

[1]- عبد الكريم النملة، المهذب في أصول الفقه المقارن، ج04، ط01، مكتبة الرشيد، الرياض، 1999، ص1722.

[2]- محمد أديب الصالح، مرجع سابق، ص594.

يتوقف لازم اللفظ عليه صدق المتكلم أو صحته العقلية أو الشرعية وكان الحكم للتعليل، فدلالة اللفظ عليه دلالة تنبيه أو إيماء، فمثلا قوله تعالى : { وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ }، فالحكم المنطوق به بالصراحة هو أنّ نفقة الوالدات من رزق وكسوة واجبة على الآباء، فهذا هو المتبادر من ظاهر اللفظ وهذا هو ما سيقت الآية لأجله، ولكن الآية دلت بالإلتزام على أنّ النسب يكون للأب لا للأم، وعلى أنّ نفقة الولد على الأب دون الأم، فإنّ الكلام لم يوضع لإفادة هذين الحكمين ولكنّ كلّا منهما لازم للحكم المنصوص عليه في الآية[1].

الفرع الثّاني : دلالة مفهوم النّص

أما المفهوم لغة فهو معرفة الأمر وعقله فيقال فهمت الأمر عقلته وفهمته، وتفهّم الكلام فهمه شيئا بعد شيء.[2]

أما إصطلاحا عرّفه الجويني : بأنه ما يستفاد من اللفظ ومسكوت عنه، لا ذُكِر له تصريحا وليس منطوقا ولكنّ المنطوق مُشعِر به، وعرّفه الآمدي : ما فُهِم من اللفظ في محل النطق .فالحكم الذي عُرف عن طريق المفهوم لم يظهر في النص بنفسه، بل أُشير له ودلّ عليه النص ويحتاج إلى النظر حتى يُعرف .

وإستنادا على الأقوال السابقة يمكننا القول أنّ المفهوم هو ما كان مسكوتا عنه وأُدرك من اللفظ من غير التصريح به، ويُقسّم المفهوم إلى قسمين : مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة.[3]

أوّلا : مفهوم الموافقة

وهو دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه وموافقته له نفيا واثباتا، لإشتراكهما في معنى يُدرَك بمجرد معرفة اللغة دون الحاجة إلى بحث واجتهاد، وسُمي مفهوم موافقة لأنّ المسكوت عنه موافق في الحكم للمذكور[4] .

ثانيا : مفهوم المخالفة

والمقصود به أن تعطى حالةٌ غير منصوص عليها حكما يكون عكس الحكم في حالةٍ منصوص عليها، لاختلاف العلّة في الحالتين، أو لأنّ الحالة المنصوص عليها هي جزئية من جزئيات

---

[1]- عبد الكريم النملة، مرجع سابق، ص1723.
[2]- ابن المنظور، لسان العرب، ج12، دون رقم طبعة، دار صادر، بيروت، 1956، ص459.
[3]- تسنيم عبد الرحيم أحمد ياسين، تقسيم الدلالات – دراسة مقارنة بين منهجي الحنفية والجمهور، مذكرة ماجستير، تخصص فقه وتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2012، ص74-75.
[4]- محمد أديب الصالح، مرجع سابق، ص608.

الحالة غير المنصوص عليها، فتخصيصها بحكم يُستخلص منه أنها تنفرد بهذا الحكم دون سائر الجزئيات الأخرى[1] .

وبناء على التعريف السابق فانّ مفهوم المخالفة يتحقّق في صورتين :

الصورة الأولى : أن تأتي المخالفة في الحكم من اختلاف العلة في الحالتين، ومن أمثلتها ما نصت عليه المادة 63 من التقنين المدني : " إذا عُيّن أجل للقبول إلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى إنقضاء هذا الأجل"، مفهومها المخالف أنه إذا لم يعيّن الموجب أجلا للقبول جاز له أن يعدل عن إيجابه، وذلك أنّ العلّة في حكم النص هي تعيين أجل معين للقبول، ولذلك فالحكم لابد أن يختلف عند عدم توافر هاته العلة.

الصّورة الثّانية : أن تكون الحالة المنصوص عليها جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها وتبدو حالة إستثنائية، وعندئذ يعني تخصيصها بحكم أنها تنفرد به دون سائر الجزئيات الأخرى، ومن الأمثلة التي تُضرب عادة لهذه الحالة هو ترك المشرع المصري في القانون المدني القديم النص على حكم بيع الشيء المستقبل، وفي المقابل نص على بطلان بيع تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه، ولمّا كان بيع التركة هو جزئية من بيع شيء مستقبل وخصّها المشرع بحكم البطلان، فهذا يدل على إختصاصها بالحكم دون الجزئيات الأخرى، وبالتالي يدل النص بمفهوم المخالفة على أن بيع الشيء المستقبل - ما لم يكن تركة - صحيح[2].

المطلب الثّاني : طرق تفسير النصّ القانوني المعيب

النص القانوني المعيب هو النص الذي اعتراه نقص أو تناقض أو خطأ، وحينئذ يلجأ المفسر إلى تقويم هذا النص عن طريق إتباعه لطرق تقويم النص القانوني المعي والتي نص عليها الفقهاء .و تجدر الإشارة هنا إلا أننا لم نذكر الغموض كعيب من عيوب النص القانوني على غرار الخطأ والنقص والتعارض، وذلك أن كثيرا من الناس -بل حتى من المتخصصين- يخلطون ما بين النص الغامض والنص المعيب من جهة -فيجعلون الغموض مرادفا للعيب أو جزءا منه-، ويخلطون في المقابل ما بين النص السليم والنص الواضح فيجعلونهما مترادفان، والحقيقة غير ذلك، فوضوح النص وغموضه متعلق بقارئ النص وفاهمه وهو أمر شخصي متعلق بالشخص لا بالنص ذاته، فهو يتفاوت من شخص لآخر فما يُعد جليّا واضحة الدلالة لزيد من الناس يُعد خفيا لآخر، في حين أنّ عيب النص -سواء لنقص فيه أو خطأ أو تعارض- متعلق

[1]- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص116.
[2]- محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص258.

بواضع النص ومشرّعه وبالنص ذاته لا بقارئه، فالغموض قصور من القارئ للنص والعيب قصور من واضع النص .

وعليه فإن ما قد يتبادر إلى الفهم من أن الغموض عيب بالضرورة يجب تحاشيه في الصياغة القانونية ليس بصحيح، فقد تقتضيه الصياغة القانونية لإعتبارات فنية أو عملية، أو لأسباب تتعلق بطبيعة الأفكار التي يتصل مضمونها بتقدير المجتمع ويختلف تحديدها بإختلاف الزمان والمكان، وقد ينجم الغموض أحيانا عن عجز النصوص عن إستيعاب السيول الجارفة من الأحداث والتطورات الجديدة، أو عن قصور اللغة ذاتها عن الإحاطة الوافية بجميع المضامين[1] . إنّ النص القانوني المعيب بالمفهوم الذي قدمنا هو نص مفتقر إلى التقويم، وذلك بتصحيح الخطأ الذي إعتراه، أو إزالة التعارض الموجود بين أحكامه ذاتها أو بين أحكامه وأحكام النصوص الأخرى، أو بإكمال النقص الذي فيه (على مذهب التفسير الموسع)، والمفسر في تقويمه للنص القانوني المعين يرجع إما إلى مصادره التاريخية، وإما إلى الأعمال التحضيرية للقانون المشتمل على النص، وإما أن يلجأ إلى تقريبه مع النصوص الأخرى والتي عالجت نفس الموضوع أو مواضيع مشابهه له.

الفرع الأوّل : المصادر التاريخية

المصدر التاريخي لنص تشريعي هو التشريع أو القانون الذي إستقى منه المشرع هذا النص، فكثيرا ما يُعِين المفسر الرجوع إلى هذا الأصل على تعرّف الإرادة الحقيقية للمشرع إن لم تسعف طرق التفسير الأخرى بذلك، ففي القانون الجزائري مثلا تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي لمسائل الأحوال الشخصية الذي يتعين رجوع المفسر إليه لفهم نصوص تقنين الأسرة، كما يُعتبر كلٌ من التقنين المدني المصري والتقني المدني الفرنسي مصدرا تاريخيا بالنسبة إلى كثير من مسائل الأحوال العينية التي تتضمنها نصوص تقنيننا المدني[2] .

وقد رأى البعض أن الرجوع إلى المصدر التاريخي غير ضروري بدعوى أن النص متى وُضِع في تشريع وطني أصبح مستقلا ليحيا حياته الخاصة في البيئة الجديدة التي نُقل إليها، إلا أن هذا الرأي مُنتقد لما ينطوي عليه من مغالاة وإنكار لما هو متعارف عليه بين رجال القانون من فائدة الرجوع إلى المصادر التاريخية في تفسير النصوص، وإذا كان النص الذي نُقل عن التشريع الاجنبي سيحيى حياته الخاصة في بيئته الجديدة ويكتسب بذلك إستقلالا عن أصله أو مصدره

[1]- المرجع السابق، ص102.
[2]- محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص311.

التاريخي، فإنّ هذا لن يكون إلا بعد مرور الزمن الكفيل بتأقلم هذا النص، أما في بادئ الأمر فإنّ المفسر لا يستطيع الإستغناء عن الرجوع إلى المصدر التاريخي، ولذلك فإن الرجوع إلى المصدر التاريخي يعتبر أصلا مسلّما به من أصول التفسير[1].

الفرع الثّاني : تقريب النّصوص من بعضها

يستطيع المفسر إستجلاء مضمون النص المعيب عن طريق المقارنة والتقريب بين اللفظ الغامض وباقي ألفاظ النص، أو تقريب النص الغامض من النصوص الأخرى خصوصا إذا كانت تتعلق بتشريع واحد، ويمكن إجلاء غموض تشريع بتقريبه من نصوص تشريع آخر متى كان من نفس الموضوع، فالقاعدة القانونية لا تبدو مستقلة أو منفصلة عن غيرها من القواعد، فألفاظ النصّ والنصوص المختلفة في النظام القانوني الواحد ترتبط ببعضها وتتكامل فيما بينها، ويمكن الإستدلال على وجهة النص الغامض من وجهة نص آخر أو بالمقارنة بينهما، ويتضح مراد الشارع من خلال الجمع بين نصين أو عدة نصوص سواء في قانون واحد أو في عدّة قوانين[2].

الفرع الثّالث : الأعمال التحضيريّة

تعني الأعمال التحضيرية مجموعة الوثائق التي تبيّن المراحل التي مر بها النص عند وضعه، وهي تشمل مشروع النص والمناقشات التي دارت حوله في اللجان الفنية التي قامت بصياغته ومناقشات المجالس التشريعية التي تولت إقراره والمذكرة الإيضاحية التي تُكتب تعليقا على مشروع النص فتوضح معناه والحكمة المقصودة منه[3] .

ومن أمثلة الأعمال التحضيرية للقوانين عندنا في الجزائر، الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني والتي يصدرها هذا الأخير وتتضمن مشاريع واقتراحات القوانين ومناقشتها والتصويت عليها، مما يُسهل على المفسر عند الرجوع إليها معرفة مقصد المشرع من النص محل التفسير.

---

[1]- محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص296.
[2]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص280.
[3]- محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص285.

الفصل الأوّل

دلالة منطوق المادّة 29 من ق أو على الأحكام

الفصل الأوّل : دلالة منطوق نص المادّة 29 من ق أو على الأحكام

سبق لنا التطرّق إلى ماهية المنطوق و أنّ المقصود به الملفوظ، فمنطوق النصّ هو الألفاظ التي نطق بها، ودلالة المنطوق هي دلالة هاته الألفاظ على الأحكام، وذكرنا تعريف ابن الحاجب من المالكية للمنطوق بأنّة : "ما دلّ عليه اللفظ في محل النطق"، وعليه فإنّ الأحكام القانونيّة المستنبطة عن طريق دلالة المنطوق هي الأحكام التي تدلّ عليها ألفاظ النصّ القانونيّ .

إنّ الناظر لنصّ المادة 29 من ق أو يجدها تتكون من جزئين اثنين : الأول يبتدأ من كلمة "لا يصحّ" و ينتهي عند كلمة "النّصوص الشرعية "، والثاني يبتدئ من كلمة "فإذا وقع" إلى آخر نصّ المادة، وعليه فما الحكم الذي يدلّ عليه قول المشرّع : لا يصحّ الوقف شرعا إذا كان معلّقا على شرط يتعارض مع النّصوص الشرعية ؟ وفي المقابل، ما الحكم الذي يدلّ عليه منطوق قول المشرّع : فإذا وقع بطل الشّرط وصحّ الوقف ؟ .

إنّ استخراج الأحكام القانونيّة من نصّ المادة 29 من ق أو يسمح لنا بالمقارنة بينها، واستكشاف مدى إنسجام هاته الأحكام فيما بينها، أو مدى تعارضها، أو نقصها، أو الخطإ فيها، وعليه سنفسّر المادة تفسيرا لفظيا وفق قواعد اللّغة العربيّة وقواعد المنطق وأصول الفقه الإسلامي، وجعلنا هذا الفصل المتعلق بدلالة منطوق المادة في مبحثين :

الأول في منطوق نص المادة بعدم صحّة الوقف المعلّق على شرط معارض للنّصوص الشرعية.

والثاني في منطوق نصّ المادة بصحّة الوقف المعلّق على شرط معارض للنصوص الشرعية والإكتفاء بإبطال الشّرط.

المبحث الأوّل : عدم صحّة الوقف المعلّق على شرط معارض للنّصوص الشرعيّة

للوصول إلى الأحكام المنصوص عليها في المادة عن طريق المنطوق بالنسبة للشطر الأوّل منها، نستخرج الألفاظ القانونيّة التي لها دلالة، ونربط فيما بينها حتى يتبيّن ويكتمل لنا المعنى الكليّ ويظهر مقصد المشرّع .

إنّ القراءة المتفحّصة تدعو مفسّر المادة لطرح جملة من التساؤلات:

- ما مقصود المشرع بقوله "لا يصحّ"، وهل يقصد النّهي أو النّفي ؟
- وما مقصوده بقوله "معلّقا"، فما هو التعليق ؟

المطلب الأوّل : دلالة لفظ "لا يصحّ"

حرف لا في لسان العرب يرد للنّهي وللنفي، وكل من أسلوب النهي والنفي له دلالته الخاصّة به التي تختلف عن الأخرى، والتّفريق بين لا النافية ولا الناهية ليس من الصّعوبة بمكان، فأهمّ فرق بينهما أنّ لام النهي عاملة تؤثّر في إعراب الفعل فتجزمه، في حين أنّ لام النّفي غير عاملة فلا تؤثّر في إعراب الفعل، ومن ناحية أخرى فإنّ لام النّهي لا يُتَصوّر دخولها إلاّ على الفعل المضارع المنسوب لضمير المخاطب، وذلك أنّ الأمر والنّهي يختصان بضمائر المخاطب دون ضمائر الغائب وضمائر المتكلّم، فلا يُتَصوّر أن يُنهى أو يُؤمر الغائب وكذلك المتكلم، في المقابل نجد أنّ لام النّفي تدخل على الماضي كما تدخل على المضارع، وبالنظر لنصّ المادّة و لفظ المشرّع نجده استخدم حرف لا مع المضارع المتصرف مع ضمير الغائب هو "لا يصحّ"، وهي لام عاملة لم تجزم الفعل، وهذا ما يجعلها لام نفي لا لام نهي، وعليه سنبحث في هذا المطلب عن الدلالة اللّغويّة للنفي بلا، وكذا الدّلالة الشرعيّة الأصوليّة للنفي بلا.

الفرع الأوّل : الدلالة اللغويّة للنّفي ب "لا"

لا النّافية أقدم حروف النّفي في اللّغة العربيّة تدخل على الأسماء والأفعال[1]، تدخل لا النّافية على الجمل الإسميّة والفعليّة المُصَدَّرَة بفعل ماضٍ أو مضارع، وتقع جوابا مناقضا لنعم، وتمثل مفردة من خبر أو حال أو صفة، وتدخل بين الجار والمجرور، وبين المتعاطفين كائنة حرف عطف، أو غير عاطفة، وما يهمّنا في هذا المعنى "لا" الدّاخلة على الفعل المضارع .إنّ حرف لا النافية تدخل على الفعل المضارع فلا تقيّده بزمن على الأرجح، وإن كان النّحاة يرون أنّها

[1]- فاضل صلاح السامرائي، معاني النحو، ج04، ط01، دار الفكر للطباعة و النشر والتوزيع، عمان، 2000 ، ص204.

تخلصه للإستقبال، والحقّ أنّها قد تكون للحال، كقوله تعالى : { مَا لَكُم لَا تَنطِقُونَ }، وقوله تعالى : { مَا لِيَ لَا أَرَى الهُدْهُدَ }، وقد تكون للإستقبال، نحو قوله تعالى : { وَلَا يُكَلِّمُهُم اللهُ يَوْمَ القِيَامَة وَلَا يُزَكِّيهِم }، وقد تكون للإستمرار، وذلك نحو قوله تعالى : { لَا تَأخُذُهُ سِنَةٌ وَلَا نَوْمٌ }[1].

خلاصة القول في الدلالة اللغوية للام النفي الداخلة على الفعل المضارع، أنّها تنفي الفعل في الحاضر والمستقبل معا، فقول المشرّع "لا يصحّ الوقف"، أي لا يصحُ في الحاضر وفي المستقبل، كما تفيد استمرار النفي، أي عدم صحة الوقف تبقى مستمرة في الزّمن الحاضر والمستقبل، وقد تنفي أحد الزمنين بقرينة "الآن" أو "غدا"، نحو : "لا أقابلك غدا"، نفت المستقبل، و "لا أقابلك الآن"، نفت الحاضر .ومن الدلالات اللغويّة للنفي ب"لا"، أيضا التأبيد والاستحالة، والنفي المطلق، وهتان الدلالتان تتوزعان على أدوات النفي، فمنها ما يدل على التأبيد والإستحالة، ومنها ما يدل على النّفي المطلق، وهذان التركيبان -التأبيد والإستحالة- لم يأتيا إلا في صيغة النفي بأداتي النفي الصريحة، وهما لا و ما[2]، فنفي صحة الوقف المعلق على شرط مخالف للنّصوص الشرعية هو نفي له في الحاضر والمستقبل، وهو نفي مستمر ومؤبد ونفي مطلق.

الفرع الثّاني : الدّلالة الأصولية للنفي ب "لا"

ونقصد بالدّلالة الأصولية للنفي ب"لا"، ما تطرق له علماء الشّريعة الإسلاميّة في مسألة أثر النّفي على صحة أو فساد المنفيّ، وهل النّفي يكون متوجها لذات الفعل أو لنفي الصحة أو لنفي الكمال، ولقد ثار الخلاف بين الأصوليين في هاته المسألة، لكن الذي يهمّنا في هذا الموضع هو النّفي ب"لا" عند الأصوليين .يحمل العلماء الكلام إذا أُطلِق أوّلا على حقيقته، فإذا ورد النفي في نصّ ما فإنّه يُحمَل على نفي الذّات أو الوجود، فالأصل نفي الوجود، فإذا تعذّر الحمل على نفي الوجود لكون الشيء موجودا، حُمِل على نفي الصحّة لأنّه أقرب المَجَازَيْنِ، ثمّ يُحمَل على نفي الكمال والفضيلة، قال الباقلانيّ في معنى "لا" إذا وردت للنّفي" : وقد قال بعض أهل اللّغة والمتكلّمين في أصول الفقه أنّه إذا ورد النّفي كان معناه نفي الأصل، لأنّك إذا قلت "لا أحد في الدّار"، و "لا جاءني أحد"، و "لا رأيت أحدا"، كان مفيدا لنفي الأصل ".[3]

---

[1]- المرجع السابق، ص206.

[2]- ياسمين نعمان شعبان، التركيب الملازم للنفي في المثل العربي –دراسة تركيبية دلالية، مجلة أفاق العلوم، ع09 (المجلد الخامس)، 2020، ص16.

[3]- فراس عبد الحميد أحمد الشايب، النفي عند الأصوليين – دراسة تأصيلية تطبيقية، أطروحة دكتوراه، تخصص الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة لأردنية، 2010.

إلا أنّ المشرّع قد نفى الصحّة حين استخدم لفظ "لا يصحّ"، وبالتّالي فإنّ الخلاف غير وارد في هذا الموضع، ولا يُحمَل لفظ "لايصحّ" في المادة إلاّ على نفي الصحّة لا نفي الكمال .

ومعنى صحّتها أنها تُرتِّب عليها أثارها الشرعيّة، فإن كانت من العبادات برئت ذمة المكلّف منها، كالصّلاة المستوفية لأركانها وشروطها، وإذا كانت -أي أفعال المكلّف- صحيحة من العادات -أي المعاملات- كعقود البيع والإجارة والنّكاح، ترتّب على كل عقد الآثار المقررة له شرعا .

ومعنى بطلانها عدم تَرتُّب أثارها الشرعيّة عليها، لأنّ الآثار الشرعيّة تترتّب على ما استوفى الأركان التي طلبها الشارع، فإن كانت هذه الأفعال من العبادات لم تبرأ ذمة المكلف منها، وإن كانت من العقود والتصرّفات لم يترتب عليها ما يترتب على الصحيحة من آثار شرعيّة [1].

كما أنّ نفي المشرّع للصحّة في هذا الموضع هو نفي مطلق يقتضي إنعدام المنفي شرعا وهو معنى فساده وبطلانه، وعليه فإنّ الدّلالة الأصوليّة لنفي صحة الوقف المعلّق على شرط معارض للنّصوص الشّرعيّة، هي بطلانه فساده وعدم وجوده من أصله.

المطلب الثّاني : دلالة لفظ "معلّقا على شرط"

المشرع بنص المادة أبطل ولم يصحّح الوقف إذا عُلّق على شرط يتعارض مع النّصوص الشرعيّة، و عليه سنبحث في هذا المطلب عن مفهوم التعليق على شرط، وكذا تمييز شرط التعليق عن شرط التقييد.

الفرع الأوّل : مفهوم التعليق على شرط

أمّا الشّرط لغة فيرِد على معانٍ متعدّدة، منها : إلزام الشيء وإلتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط وشرائط [2].

وإصطلاحا عُرِّف بتعريفات مختلفة منها :

1- ما لا يوجد المشروط دونه، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده.

2- هو ما يتوقف عليه وجود الشيء بأن يوجد عند وجوده، وينعدم بانعدام الشرط، كقول الرّجل لزوجته إذا خرجت من الدّار فأنت طالق، بحيث يتوقف الطلاق على خروج المرأة من الدار.

---

[1]- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط06، مؤسّسة قرطبة، بغداد، 1976، ص65.
[2]- ابن المنظور، لسان العرب، ج07، دون رقم طبعة، دار صادر، بيروت، 1956، ص329، مادة (شرط).

3- ما يتوقف عليه الحكم وليس بعلة للحكم، أي ما يلزم من عدمه المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود المشروط، كشرط الأهليّة في إبرام العقد[1].

والذي يهمّنا من بين هاته الإطلاقات والذي يُعَدّ محل دراستنا هو شرط التعليق .

والمراد بالتعليق :

في اللغة : ومنه التعلق وهو الإستمساك بالشيء، وعلقت الشيء بغيره فتعلّق .

ومعنى التعليق في الإصطلاح فعرف بتعريفات عديدة، ومحصّل هاته التعريفات أنّ التّعليق يعني : تلك الشروط التي تجعل العقد مرتبطا بوقوع أمر احتماليّ في المستقبل[2] .

وعرّف المشرع في التقنين المدني في المادة 203 الإلتزام المعلق، وهو التّعريف الذي يمكننا منه استنباط تعريف لشرط التعليق، فنصّ :

يكون الإلتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه ، وعليه يمكن تعريف شرط التعليق بأنّه : الأمر المستقبل ممكن الوقوع، الذي يترتب عليه وجود أو زوال الإلتزام .

من التعريف السابق يمكن القول أنّ لشرط التعليق خصائص أو عناصر إجمالية يتصف بها :

1- **أنه أمر عارض :** يطرأ على الحقّ بعد تكامل عناصره الجوهريّة، وليس من الضّروري وجود الشرط، فقد يوجد وقد لا يوجد، فاذا لم يوجد كان الحق موجودا ولكن يكون بسيطا منجزا، وإذا وُجد الشّرط كان الحق موجودا أيضا، ولكنّه يكون موصوفا.

2- الشرط أمر مستقبل :

فإذا كان أمرا ماضيا أو حاضرا فإنه لا يكون شرطا وهذا طبيعيّ، لأن مدلول الماضي وقوعه منذ زمن، فتعليق الإلتزام عليه بمثابه تنجيزه، وذلك لأن الشّرط قد تحقق قبل صدور الإلتزام، فتعليق الإتزام على شرط محقق يكون بمثابه تنجيز هذا الإلتزام، ومثل هذا يقال إذا صدر

---

[1]- محجوب أسيا، النظام القانوني للإشتراطات التعاقدية – دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون مقارن، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلسمان، 2011-2012، ص13-14.

[2]- العياشي فداد، التعليق في العقود مع الإشارة إلى بعض التطبيقات المعاصرة، بحث مقدم إلى مؤتمر الرقابة الشرعية، تنظيم المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب، جدّة، ص7.

الإلتزام معلّقا على أمر حاضر، لأنه اذا عاصر حدوث الواقعة التي علق عليها الالتزام صدور هذا الالتزام،كان الإلتزام المعلق عليها محقق الشرط وقت صدوره فيكون منجزا.

3- الشرط امر معدوم على خطر الوجود:

سبق أن بيّنا أن الشرط لابد أن يكون أمرا عارضا مستقبلا يلحق الإلتزام بعد إستفائه أركانه، ولا يصح أن يكون أمرا ماضيا أو حاضرا، ونضيف إلى ذلك أنه لابد من أن يكون الشرط أمرا محتمل الوقوع لا محققا ولا مستحيلا.[1]

4- يتوقف عليه وجود الالتزام او فسخه :

الشرط إما أن يتوقف عليه وجود الإلتزام و قيامه ويسمى شرطا واقفا، وإما أن يتوقف عليه فسخ الإلتزام وإنتهاؤه ويسمى شرطا فاسخا.[2]

الفرع الثاني : التمييز بين شرط التعليق و شرط التمييز

وهنا ينبغي علينا لزاما ان نفرق بين شرط التعليق وشرط التقييد، وذلك أنّ التصرفات في حالتين عامتين من حيث الاطلاق والتقييد :

أولا : إما تصدر مطلقة منجزة عن المتكلم خالية من كل قيد وشرط، فيرتب العقد أو التصرف آثاره فورا

ثانيا : وإما تصدر من المتكلم مربوطة بأمر يقصد به تعليق وجود العقد، أو تقييد حكمه وآثاره، أو تأخير مفعوله إلى زمن معين[3]، أما الأول فهو شرط التعليق والثاني فهو شرط التقييد، ومع أن لكل من شرط التعليق والتقييد مفهوما متميزا عن الآخر إلا أن الفقه القانوني لا يجد حرجا في الخلط بين هاتين الفكرتين المتغايرتين، لا بل إنه لا يجد غضاضة في إقحام أوضاع قانونية على معنى شرط التعليق واعتبارها كذلك وهي لا تمت إليه بصلة، و لذلك كان لزاما علينا أن نتطرق إلى ضوابط التمييز بين شرط التعليق والتقييد لأهمية التمييز بينهما في حسم مشكلات التطبيق العملي .

---

[1]- حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقابلة بالقوانين الوضعية، ط01، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، السعودية، 2009، ص16-18 بتصرف.
[2]- محجوب آسيا، مرجع سابق، ص20.
[3]- نفس المرجع، ص31.

وسبق لنا التطرق إلى شرط التعليق، وعليه سنكتفي بالتطرق إلى شرط التقييد ثم نبين ما يتميز به هذا الشرط عن الشرط التعليقي .

التقييد بالشرط أو الإقتران به فهو إلتزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حال اطلاقه .

وعرفه الحموي في حاشيته على ابن نجيم : أن الشرط إلتزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة .

وعرفه آخرون : إلتزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه، زائد عن أصل مقتضاه .

فالعقد المسمى يرتب آثاره بمجرد إنعقاده صحيحا مطلقا، لكن للعاقدين تقييد هذا المطلق في حدود إختلفت الأراء حولها، من خلال ذلك نجد أن شرط التقييد يختص بأمرين :

أ- كونه أمرا زائدا على أصل التصرف، فهو ليس عنصرا أساسيا في تكوين العقد .

ب- كونه أمرا مستقبلا مقرونا بالعقد، أي ليس عارضا كشرط التعليق.[1]

وعليه بما أن المشرع استخدم لفظ التعليق، فإنه يقصد في نص المادة شرط التعليق لا شرط التقييد.

[1]- المرجع السابق، ص32-33.

المبحث الثاني: تصحيح الوقف المعلّق على شرط معارض للنّصوص الشرعية وإبطال الشرط

سبق ورأينا في المبحث السّابق كيف أن المشرّع قضى ببطلان الوقف المعلق على شرط مخالف للشريعة الإسلامية، وذلك ردعا منه للواقفين أن يقدموا على هذا النوع من الأوقاف، لكن قد يحدث أن يعلّق الواقف وقفه على شرط مخالف للنصوص الشرعية (سواء كان شرطا باطلا أو فاسدا على تقسيم فقهاء الشريعة)، وهنا تعامل المشرع مع الوقف الذي هاته صفته كأمر واقع وجب التعامل معه، إذ وحرصا منه على التقليل من حالات البطلان فإنه نصّ في الشطر الثاني من نص المادة 29 من ق أ و على تصحيح الوقف المعلّق على شرط مخالف للنّصوص الشرعية والإكتفاء بإبطال هذا الشرط المخالف دون الإلتزام الوقفيّ ككلّ .

في الحقيقة إنّ هذا المنحى الذي نحاه المشرّع فيما يخصّ تصحيح الوقف المعلّق على شرط مخالف للشريعة، لا يُعَدُّ سوى كونه تطبيقا لنظرية إنقاص العقد، أو ما يُعرف بنظرية البطلان الجزئي، إلا أنّ الذي يستوقفنا في هذا الصدد أنّ المشرّع طبّقها على شروط التعليق، وهذا ما يطرح تساؤلا جديّا حول كون المشرّع وُفِّق في هذا الأمر أم أنه جانب الصواب ؟، وبعبارة أخرى، هل يمكن تطبيق نظرية البطلان الجزئيّ على شروط التعليق؟ وهل يمكن تطبيقها في ظل دلالات الألفاظ التي إستخدمها المشرّع في نصّ المادة 29 من ق أو، وعليه سنجعل هذا المبحث في مطلبين اثنين، الأوّل نتطرق فيه إلى نظرية البطلان الجزئيّ والمفاهيم المتعلقة بها، ونبيّن في المطلب الثاني إستحالة تطبيقها على الشرط المنصوص عليه في نصّ المادة.

المطلب الأول : مفهوم نظرية البطلان الجزئيّ

من نافلة القول التذكير بأنّ الفقه الإسلامي عالج فكرة إنقاص العقود والتصرّفات القانونية قبل القوانين الحديثة، على أساس التمييز بين الشروط غير الصحيحة ومدى أثرها على العقد، وبين الشروط الباطلة أو الفاسدة وهي التي لا تتحقق معها منفعة لأحد، فإذا اشترط في عقد القرض منفعة أو فائدة زائدة على مقتضى العقد، تم إلغاء الشرط وصحّ العقد، وهذا يتأسس على القاعدة الشرعية التي تقضي : "ما لا يدرك كلّه لا يترك جلّه"، ولقد اقتبس القانون المدنيّ الجزائريّ فكرة إنقاص العقد من القانون الألماني وقانون الإلتزامات السويسري، كما أنّه إلتحق بأحكام الفقه الإسلاميّ في تقريره البطلان الجزئي للبند أو الشرط الباطل غير المشروع، فيصح العقد في الشقّ الصحيح المشروع، ويبطل في الشقّ الباطل غير المشروع، باعتبار أنّ العقد صفقة واحدة، كما هو الشأن في الشروط الباطلة المرتبطة بالأجرة في إيجار الأماكن أو الأراضي،

وإلتزامات طرفي عقد العمل، والشروط التعسّفية في عقود الإذعان، أو العقود الإستهلاكية وغيرها.[1]

وعليه سنتطرق إلى تعريف نظرية البطلان الجزئي ثم نتطرق إلى شروط تطبيق هاته النظرية

الفرع الأوّل : تعريف نظرية البطلان الجزئي

نظرية البطلان الجزئي تجد أساسها القانونيّ في نصّ المادة 104 من ق م، و التي نصّت على :

" إذا كان العقد في شقّ منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشقّ وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبيّن أنّ العقد ما كان ليتم بغير الشقّ الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كلّه ".

وعليه عندما يكون العقد باطلا في جزء منه وصحيحا في الجزء الآخر، وكان قابلا للإنقسام فإنه ينتقص قانونا، وهذا معناه أننا في هذه الحالة نستبعد الجزء الباطل ونستبقي الباقي من العقد الذي يظل صحيحا باعتباره عقدا مستقلا، وهذا ما يسمى بانتقاص العقد، ذلك أنّ البطلان أو الإبطال لا يمحو أنّ هناك محاولة جادة قد وقعت من جانب المتعاقدين لإبرام العقد، وأنّ هذه المحاولة ينبغي أن يكون لها من الآثار في حدود ما تسمح به إعتبارات النظام العام، وما يتطلبه مبدأ سلطان الإرادة، وعلى ذلك إذا تضمّن العقد بندا باطلا إقتصر البطلان عليه وحده وظلّ العقد قائما، إلّا إذا كان هذا البند أو الشرط هو الباعث الدافع إلى إبرامه فيقع العقد باطلا كله.[2]

بناء على ما سبق يمكن لنا أن نعرض لتعريف البطلان الجزئي تعريفا إصطلاحيا كما عرّفه فقهاء القانون المدني، تم تعريف البطلان الجزئي :

بأنّه : "تجزئة العقد في حالة ما إذا انصبّ على محلّ بعضه قابل لترتيب أثر العقد عليه، وبعضه ليس كذلك ".

وعرّفه البعض بأنّه : "تخفيف من التزامات أحد الطرفين نتيجة مخالفة الحدود التي وضعها الشارع لهذه الإلتزامات، و كبديل للنتيجة الطبيعيّة وهي سقوط الآثار جميعا نتيجة البطلان".[3]

---

[1]- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري – المصادر الإرادية، دون رقم طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص515-516.

[2]- نفس المرجع، ص514.

[3]- علي حسن كاظم، البطلان الجزئي للعقد كتطبيق لنظرية إنتقاص العقد، مجلة كلية التربية الأساسية، بابل، العدد 42، 2019، ص1533.

وهنا ينبغي التنبيه إلى نقطة جدّ مهمة، وهي أنّ الإنقاص (البطلان الجزئي) في بعض الأحيان يكون بنص القانون، فمثلا تولّى القانون المدني الجزائري في بعض النصوص تطبيق فكرة الإنقاص بصرف النّظر عمّا تتّجه إليه إرادة المتعاقدين، وحينئذ يجب الإنصياع إلى ما ينصّ عليه، فيكون الإنقاص حتميا بنصّ القانون.[1]

الفرع الثّاني : شروط تطبيق نظرية البطلان الجزئيّ

يتبيّن من دراسة نصّ المادة 104من ق م أنّ المشرع يشترط لإنتقاص العقد توافر شرطين مهمين، وهما :

- أن يكون العقد قابلا للإنقسام، لأنّه إذا لم يكن قابلا للإنقسام ترتّب على بطلان جزء منه بطلان العقد بأكمله.
- عدم جوهرية الشق الباطل أو القابل للإبطال.

الشرط الأوّل : قابلية العقد للتجزئة أو الإنقسام

إنّ الغاية الأساسية التي يستهدفها نظام البطلان الجزئي هي تفادي البطلان الكلي وضمان إستمرارية العلاقة العقدية وذلك من خلال الإبقاء على الشق الصحيح في العقد بعد إنقاص الشق الباطل منه وهذا الأمر لا يتحقق إلا إذا كان العقد قابلا للتجزئة المادية، وكذا التجزئة القانونية . أما التجزئة المادية فتُعرف بالرجوع لطبيعة محل العقد و موضوعه فيما إذا كانت هذه الطبيعة تقبل التجزئة أم لا، و قد نصت المادة 236 من ق م على مايلي :

" لايقبل الإلتزام الإنقسام :

- إذا ورد على محل لا يقبل الإنقسام بطبيعته
- إذا تبين من غرض الطرفين أنّ تنفسذ الإلتزام لا ينقسم، أو إذا انصرفت نيتهم إلى ذلك".[2]

وأمّا التجزئة القانونية فيقصد بها أنه وإستثناءا قد توجد بعض العقود حتى ولو كانت قابلة للإبطال في شق منها لأيّ سبب من أسباب البطلان أو الإبطال، فإنّها لا تقبل التجزئة نظرا لطبيعتها القانونية، فهي إمّا أن توجد كاملة، أو تبطلل كلية، ذلك أنّ الإنقاص في مثل هذه

[1]- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 518.
[2]- مونية بوشعرة، إنقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري،مذكرة ماجستير، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 2013-2014، ص58.

العقود يؤدي حتما إلى الإختلال بتوازن العقد ووجوده، الأمر الذي يفرض معه الحكم بالبطلان كليا، حتى ولو كانت طبيعة المحل تسمح بتجزئته، وبعبارة أخرى، إذا كان العقد غير قابل للتجزئة من الناحية القانونية، يبطل العقد برمته ولا مجال لإنقاصه حتى ولو كان العقد قابلا للتجزئة من الناحية المادية، ولعل من أبرز هذه العقود : عقد الصلح، وعقد القسمة.[1]

الشرط الثّاني : عدم جوهرية الشرط الباطل أو القابل للإبطال

إنّ فكرة جوهرية الشقّ أو الشرط الباطل ترتبط ارتباطا وثيقا بفكره عدم قابلية التصرف القانوني للإنقسام الشخصيّ، فكلاهما يُعَدّان وسيلة للتعبير عن إرادة الأطراف المتعاقدة، ويرتبطان بهذه النية، سوى أنّ مصطلح قابلية التصرف للإنقسام الشخصيّ أكثر دقة للتعبير عن إرادة المتعاقدين في العمليات القانونية المركبة، بينما التعبير الأكثر وضوحا ودقة عن هذه الإرادة بالنسبة للتصرفات البسيطة هو مصطلح الشق الدافع للتعاقد، وعليه إذا كان الشق الباطل جوهريا في نظر المتعاقدين إستلزم ذلك عدم قابلية التصرف للإنقسام الشخصي، لأنّ إرادة الطرفين إنصرفت إلى جعل العقد وحدة واحدة لا تتجزأ.[2]

وعليه فيُقصد بعدم جوهرية الشقّ الباطل أو القابل للإبطال، بألّا يكون هذا الشقّ هو الدافع إلى التعاقد، وقد عبّر المشرّع عن هذا الشقّ الدافع إلى التعاقد بقوله في نهاية نص المادة 104 سابقة الذكر .. " إلّا اذا تبين أنّ العقد ما كان ليتم بغير الشقّ الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كلّه "، فإذا تبيّن أنّ إرادة العاقدين ما كانت لتتّجه إلى إبرام العقد بدون وجود الشقّ الباطل أو القابل للإبطال من هذا العقد، يبطل العقد في جميع أجزائه ولا يجوز إنقاصه، لأنّ الإبقاء على العقد بعد إبطال هذا الشق يتعارض مع إرادة المتعاقدين التي يجب إحترامها.

المطلب الثاني : إستحالة تطبيق نظرية البطلان الجزئي على شروط التعليق

بعد أن أوضحنا في المطلب الأول كيف أن نصّ المشرّع على تصحيح الوقف المعلق على شرط مخالف للنصوص الشرعيهة، ما هو في الحقيقة إلا تطبيق منه لنظريه البطلان الجزئي أو انتقاص العقد، وبينّا بشيء من التفصيل مفهوم هذه النظرية وشروط تطبيقها، وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى بيان استحالة تطبيق هاته النظرية على شرط التعليق - وبالذات على شرط

[1]- المرجع السابق، ص59.
[2]- علي حسن كاظم، مرجع سابق، ص 1540.

التعليق المنصوص عليه في الشطر الأوّل من المادة 29 من ق أو، وهاته الإستحالة يمكن إرجاعها لسببين اثنين :

أولهما الإستحالة بسبب دلالة الألفاظ التي استخدمها المشرع، وبالذات بسبب دلالة النفي .

وثانيها الإستحالة بسبب شرط التعليق وذلك كما يلي :

الفرع الأوّل : الإستحالة بسبب دلالة نفي الصحّة

وذلك أنّا أوضحنا في المبحث الأوّل معنى كلٍّ من نفي الصّحة ومعنى التّعليق ودلالة كلٍّ منهما، أمّا إستحالة تطبيق نظرية البطلان الجزئي بسبب النّفي، فراجع كما رأينا إلى الدّلالة اللغويّة للنّفي، وكذا الدّلالة الشرعيّة أو الأصوليّة .أمّا لغة -كما سبق ذكره- نفي المضارع يستلزم نفي الفعل في الحاضر والمستقبل معا، نفيا مطلقا مستمرا مؤبّدا، فالوقف المعلّق على شرط مخالف للنّصوص الشرعيّة و الذي هاته صفته، و الذي حكم المشرّع بعدم صحته و نفاه ب"لا" النّافية هو منفي نفيا تاما مطلقا مستمرا، و هو وقف مستحيل انعقاده حاضرا و مستقبلا، إذ سبق أن رأينا أن من دلالات النفي ب"لا" إذا دخلت على الفعل المضارع : الإستحالة و التأبيد، و عليه لا يمكن إبطال جزء منه و ترك جزء آخر في المستقبل و تصحيحه، إذ لغة هو غير موجود .و في الحقيقة ليست الدلالة اللغوية فقط التي تمنع من تطبيق نظرية البطلان الجزئي على الوقف المعلّق على شرط معارض للنّصوص الشرعيّة،بل حتى الدلالة الأصولية، فكما سبق ورأينا أثر النفي على صحة المنفي، وهل هو نفي للصحّة أو نفي الكمال، وتطرقنا إلى خلاف علماء أصول الفقه في المسألة بشيء من التفصيل، فالنّفي - سواء نفي الإسم أو نفي الفعل- يُحمَل -على الصحيح- إبتداءا على نفي الذات ونفي الوجود ونفي الأصل، ثم يُحمَل بعد ذلك على نفي الكمال بقرينة، إلا أنّ المشرع حسم في المسألة وذلك باستخدامه للفظ نفي الصحة صراحة وبالتالي فإن المنفي هنا هو نفي الصحّة لا نفي الكمال، ونفي صحّة الفعل تقتضي نفي وجوده من الأساس، فالوقف المعلق على شرط مخالف للنّصوص الشرعية هو وقف غير موجود من الأساس، وغير الموجود لا يُتصور أن تُطبق عليه نظرية الإبطال الجزئي . ولو استخدم المشرع في هذا المقام لام النّهي بدل لام النفي لا أعطى لنفسه فسحة من الأمر، إذ أنّ دلالة النّهي أخفّ من دلالة النّفي، فالنهي غاية ما يقتضيه الزجر والمنع من إتيان الفعل، وأيضا الدلالة الأصولية للنهي فيها فسحة، وذلك أنّ جمهور الأصوليين على أنّ النّهي عن الفعل لا يقتضي فساده، فإذا فعل الإنسان الفعل المنهي عنه فإنّ فعله صحيح ويعاقب عليه فقط.

الفرع الثّاني : الإستحالة بسبب دلالة التّعليق

لعلّ من بين أهمّ الحالات التي تندرج في إطار نظرية إنقاص العقد هو حالة بطلان الشّرط في العقد مع بقاء العقد صحيحا، لذلك فالإنقاص هو وسيلة بواسطتها يُبقى على العقد دون أن نكون أمام عقد آخر، وفي نفس الوقت نزيح عنه صفة البطلان الذي كان مشوبا به، وهذا الذي أخذ به المشرّع الجزائري في عدّة أحوال، وكان هدفه من ذلك جمع أكثر من غاية، فغايته في ذلك استقرار المعاملات وغايته كذلك خدمة مصالح المتعاقد الضعيف .وتجب الإشارة إلى أن الحكم ببطلان الشرط في العقد يمثل حالة إستثنائية تظهر من جانبين، فهو من جهة :

- استثناء على مبدأ القوّة الملزمة للعقد كما هو منصوص عليه في المادة 106 ق م، إذ أنّ الأطراف ملزموم قانونا بتنفيذ كل ما جاء في العقد من بنود تعاقدية.
- ومن جهة أخرى فهو يمثّل أيضا حالة إستثنائية للبطلان في العقد بما أنّ نظام البطلان المتعارف عليه تشريعيا وقضائيا هو التّقسيم الثنائي : البطلان المطلق للعقد والبطلان النسبي، أمّا البطلان الجزئي الذي يمسّ شقّا باطلا في العقد فهو لا يُعدّ إلا استثناءا وحالة عارضة يسعى من خلالها المشرع لبلوغ غاية معينة وهي المحافظة على بقاء العقد، لذلك فكل فعالية لبطلان هذا الشرط تنعكس على فرص الإبقاء على العقد.[1]

إنّ تحليل مضمون نظرية الإبطال الجزئي واستقراء شروطها يظهر أنّ نطاقها بالنسبة إلى الشروط هو شروط التقييد لا شروط التعليق، فهي نظرية خاصة بشرط التقييد لا بشرط التعليق، وشرط التقييد هو الشرط الذي يقيد أثر التصرف، وذلك بالإلتزام بأمر مستقبل ومشروع كما سبق بيانه، فمتى ما اقترن العقد بشرط باطل أو كان شقّ منه باطلا كنّا أمام بطلان جزئي، أما شرط التعليق فلا يُتصور أن تُطبَق عليه نظرية الإبطال الجزئي وذلك راجع إلى أمرين اثنين:

* طبيعة شرط التعليق التي لا تستجيب لشروط تطبيق نظرية الإبطال الجزئي.

* و كذا المنع القانوني وفق القواعد العامّة في القانون المدني، كما سنبيّن ذلك.

- أمّا الإستحالة بسبب طبيعة شرط التّعليق فهو بسبب خصائصه ومميزاته والتي لا تستجيب لشروط نظرية الإبطال الجزئي، فإنّ أهمّ ميزة وخاصيّة يتميز بها شرط التعليق كونه أمرا عارضا، فشرط التّعليق إنّما يلحق الإلتزام بعد استفائه أركانه الجوهريّة، وعليه فإنّ شرط

[1]- أحمد بعجي، تطور فعالية بطلان الشرط في العقد، مجلة جامعة الجزائر، العدد 11، الجزء 03، ص 192.

التعليق ليس جزءا من الإلتزام البتّة وإنما هو أشبه بالسّبب الذي يترتّب عليه وجود الإلتزام او زواله فقط، وعليه فإنّ شرط التّعليق يأبى الإنقسام المادي و التّجزئة عن الإلتزام لأنّه ليس منه.

وفي المقابل فإنّ من شروط تطبيق نظرية الإبطال الجزئي إلى جانب أن يكون البند أو الشّرط الباطل في الإلتزام قابلا للإنقسام بطبيعته، هي أن يكون أيضا قابلا للإنقسام القانونيّ، وكذا قابلا للانقسام الشخصيّ بألّا يكون هو الدافع كما سبق ذكره.

- وأمّا بالنسبة للإستحالة بسبب القانون فراجع للقواعد العامّة للشرط والأجل في القانون المدنيّ، فإنّ شرط التّعليق المخالف للنظام العام والآداب العامّة لا يمكن أن تُطبّق عليه هاته النظريّة، وذلك أنّ المشرّع تبنّى عدم قابلية إنقسام و تجزئة شرط التعليق المخالف للنّظام العامّ والآداب العامّة عن الإلتزام المعلق عليه، و هو مانصّت عليه المادة 204 من القانون المدني صراحة :

" لا يكون الإلتزام قائما إذا عُلّق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب أو النّظام العامّ، هذا إذا كان الشّرط واقفا"، وهذا بالنسبة للشرط الواقف، أمّا بالنّسبة للشّرط الفاسخ المخالف للنّظام العام فإنّ المشرّع نصّ على مايلي :

" أما إذا كان الشّرط فاسخا فهو نفسه الذي يُعتبَر غير قائم ".

صحيح أنّ المشرّع قضى بالنّسبة للشّرط الفاسخ أنّه يُعتبَر غير قائم إذا كان غير مشروع، وهذا من المشّرع ليس تطبيقا لنظريّة الإبطال الجزئيّ أبدا، وإنّما هو منه اعتبار للشّرط الفاسخ المخالف للنّظام العامّ والآداب كأنّه لم يكن لبطلانه، فهذا الإلتزام لن يتحقّق، ويترتّب على ذلك أنّ الإلتزام المعلّق على شرط فاسخ مستحيل أو مخالف للنّظام العامّ أو الآداب يكون الإتزام به غير معلق على شرط ما، وليس إلتزاما مهدّدا بالزّوال كما هو شأن الإلتزام المعلّق على شرط فاسخ صحيح.[1]

[1]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج03 – نظرية الإلتزام بوجه عام، دون رقم طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر، ص31.

خلاصة الفصل الأوّل

بعد إنتهائنا من استباط الأحكام التي دلت عليها المادة 29 من ق أو عن طريق المنطوق، توصلنا إلى أنّ المشرّع وفق نصّ المادّة حكم ببطلان الوقف إذا عُلِّق على شرط مخالف للنصوص الشرعية، و هذا البطلان إنّما دلّت عليه ألفاظ النصّ بما تقتضيه لغة و شرعا، ذلك أنّ المشرّع نفى صراحة صحّة الوقف الذي هاته صفته باستخدام لام النّفي، و التي تقتضي دلالتها عند اللّغويين و الأصوليين أنّ هذا الوقف -المعلّق على شرط مخالف للنّصوص الشرعيّة- هو وقف باطل و معدوم و غير موجود، حاضرا و مستقبلا، بل هو وقف مستحيل على وجه التّأبيد . و المشرّع في حكمه هذا إنّما قصد تعليق الوقف لا اقترانه بشرط، وذلك أنّه استخدم لفظ "معلّقا" لا "مقترنا"، و أحكام إقتران الوقف بشرط مخالف للنصوص الشرعيّة تختلف عن أحكام الوقف المعلّق على شرط مخالف .كما أنّ المشرع و من باب الأمر مع الواقع، و بقصد تقليل حالات بطلان الوقف، فإنّه سلكا مسلكا في التّعامل مع الوقف المعلّق على شرط مخالف للنّصوص الشرعيّة، و هو الإكتفاء بإبطال الشرط و اعتبار الوقف صحيحا، و هذا من المشرّع خلط واضح بين أحكام التعليق على شرط و أحكام التقييد بشرط، فنظرية الإبطال الجزئي تختصّ بشروط التقييد فقط لا التّعليق، و ذلّك أنّ طبيعة شرط التّعليق، و كذا القواعدالعامّة للإلتزام تجعلان تطبيق هاته النظرية عليه أمرا غير ممكن.

الفصل الثّاني

دلالة مفهوم المّادة 29 من ق أو على الأحكام

الفصل الثّاني : دلالة مفهوم المّادة 29 من ق أو على الأحكام

سبق وأن ذكرنا أنّ المشرّع نصّ في المادة الأولى من القانون المدني على أنّ :

" يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها "، وذكرنا أنّ دلالة مفهوم النّص على الأحكام لا تختلف عن دلالة منطوقه من حيث الحجيّة، فكل من المنطوق والمفهوم ثابتان بالنص .

والمفهوم كما ذُكِر قَبْلا هو ما كان مسكوتا عنه وأُدرِك من غير التّصريح به، وينقسم إلى مفهوم مخالفة ومفهوم موافقة، وعليه سنبحث في هذا الفصل عن الأحكام التي دلت عليها المادة 29 من ق أو عن طريق المفهوم، فجعلنا مبحثا أولا للأحكام المستنبطة عن طريق مفهوم المخالفة، ومبحثا ثانٍ للأحكام المستنبطة عن طريق مفهوم الموافقة.

المبحث الأوّل : دلالة مفهوم المخالفة على صحّة الوقف المعلّق شرعا

نصّت الماده 29 من ق أو في الشّطر الأوّل منها : "لا يصّح الوقف شرعا إذا كان معلّقا على شرط يتعارض مع النّصوص الشرعيّة"، وهذا الشطر يدلّ عن طريق مفهوم المخالفة بأنه يصحّ الوقف شرعا إذا كان معلّقا على شرط لا يتعارض مع النّصوص الشرعيّة .

فمفهوم المخالفة هو إثبات نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه، وفي نصّ المادة نلاحظ انّ : المنطوق به هو : الوقف المعلّق على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، وحكمه : أنه لا يصحّ .

والمسكوت عنه هو : الوقف المعلق على شرط لا يتعارض مع النصوص الشرعية (الشرط الصحيح)، وعليه فيعطى نقيض حكم المنطوق به الذي هو : "لايصح"، ونقيضه هو : "يصح". وعليه فإنّ الشطر الأوّل من المادة يدلّ بدلالة مفهوم المخالفة على أنه يصح الوقف إذا عُلّق على شرط صحيح لا يتعارض و النصوص الشرعية .

لكن السؤال الذي يطرح نفسه ما مدى صحة نسبة هذا القول الى الشريعة الإسلامية؟

بادئا يجب التّنبيه إلى أنّ موضوع تعليق الوقف موضوعٌ من موضوعات شروط الصيغة في الوقف، و يُثار في كتب الفقه الإسلامي بمناسبة الكلام عن الصيغة و هل يُشترط فيها أن تكون منجزة أم التجيز ليس بشرط من شروطها، ومعنى التنجيز في صيغة عقد الوقف ألاّ يكون فيها تعليق على شرط غير كائن، ولا إضافة إلى المستقبل.[1]

وبناء عليه سنتطرّق في هذا المبحث إلى حكم الوقف المعلق على شرط صحيح في الشريعة الإسلامية والفقه الاسلامي، وكيف أن المسألة خلافية بين الفقهاء وليست أمرا محلّ إجماع بينهم، فنعرض الخلاف القائم بينهم، وحجج كل مذهب ونقد حججه، وذلك في مطلبين اثنين : المطلب الأول جعلناه لمذهب جواز التعليق، وذكرنا حجج المجيزين لتعليق الوقف والإنتقادات التي وُجِّهت لحجهم، وذلك في فرعين، والمطلب الثاني خصّصناه لمذهب المانعين من تعليق الوقف، وأيضا تطرقنا فيه إلى حججهم وإلى الإنتقادات التي وُجّهت لهم في فرعين.

[1]- مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الوقف، ط01، دار عمان، الأردن، 1997، ص45.

المطلب الأول : مذهب جواز تعليق الوقف

وهذا القول هو مذهب المالكية وقولٌ عند الحنابلة، واختاره بعض محقّقي الحنابلة كالإمامين ابن تيمية و ابن القيم .

فالمالكية لا يشترطون التّنجيز، فعندهم يجوز أن تكون الصّيغة مضافة إلى أجل كأن يقول سأجعل داري وقفا العام القادم، فيصح بها الوقف إن لم يحصل مانع عندهم من دين أو فلس، وكذلك يمكن تعليقها على شرط واقف كأن يقول إن ملكت هذه الدار وقفتها، فيلزم بذلك الوقف[1]. وسلك المالكية هذا المسلك بناءا على مذهبهم القائم على التوسّع في وسائل إنعقاد التبرعات حسب رغبة المتبرّعين، وذلك لخدمة مقصد شرعي وهو تكثيرها من أجل المصالح العامة والخاصّة.[2]

ولقد استند القائلون بهذا المذهب لمجموعة من الحجج، إلا أنّ حججهم كانت محل نقد من المعارضين.

الفرع الأوّل : حُجج المجيزين لتعليق الوقف

إستند القائلون بهذا المذهب لحجج عديدة يمكن إجمالها في أربع حجج.

- **الأول :** ما رواه الإمام أحمد في مسنده من حديث أمّ كلثوم بنت أبي سلمة قالت : لما تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم امّ سلمة قال لها : إني قد أهديت إلى النجاشي حلّة و آواقي من مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى إلا هديتي مردودة عليّ، فإن رُدّت عليّ فهي لك، قال : وكان كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ورُدّت عليه هديته فأعطى كل إمرأة من نسائه أوقية مسك و أعطى أمّ سلمة بقية المسك والحلّة .ووجه الإستدلال من الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم علق الهبة على رجوعها، وكذا الوقف.

- **الثّاني :** ما رواه البخاريّ في صحيحه من طريق نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إن قُتِل زيد فجعفر، وإن قُتل جعفر فعبد الله بن رواحه . ففي هذا تعليق عقد الامارة، فكذا الوقف.

---

[1]- موسى سالمي، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف في القانون الجزائري و الشريعة للإسلامية، أطروحة دكتوراه، تحصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 2015-2016، ص62.

[2]- خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013، ص162.

■ **ثالثا :** أنّ تعليق العقود والتبرعات ونحوها بالشرط أمر تدعوا إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، والمكلف قد لا يستغني عن التعليق، والشارع لا يمنع مثل هذا إذ لا محظور فيه.

■ **رابعا :** أنّ الأصل في العقود والشروط في العقود، الصحة، إستنادا لقاعدة البراءة الأصلية .

هذا مجمل ما استدل به القائلون بهذا القول، إلا أن حججهم تتبعها المخالفون بالنقد كما سنبين ذلك[1].

الفرع الثّاني : نقد حجج المجيزين لتعليق الوقف

لقد تعاقب المانعون من تعليق الوقت القائلين بجواز تعليق الوقف ونقدو حججهم التي استندو عليها:

أوّلا : أما الإستدلال بحديث الإمام أحمد من حديث أم كلثوم بنت أبي سلمة، فقد نوقش من وجهين:

*** الأول :** أن هذا ليس هبة بل هو مجرد وعد بهبة كما ذكر ذلك ابن قدامة المقدسي في المغني . لكن القائلين بالجواز قالوا أن ظاهر اللفظ في قوله فهو لك يقتضي الهبة وما عداه خلاف ذلك .
***الثاني :** أن الحديث ضعيف لا يقوى للإحتجاج به.

ثانيا : أما الإستدلال بما رواه البخاري في جواز تعليق عقد الإمارة وقياس الوقف عليه فهو باطل، إذ لا جامع بين عقد الوقف وعقد الامارة، ولا علة مشتركة بينهما حتى يقاس الوقف على الإمارة و يُلحق حكم تعليق الوقف بحكم تعليق الإمارة[2].

ثالثا : وأما إجازة تعليق العقود والتبرعات ونحوها بدعوى الضرورة والمصلحة فهو أمر مستبعد، فالضرورة والمصلحة والحاجة أمور نسبية يختلف نظر الفقهاء والناس فيها وليس لها معيار محدد واضح المعالم حتى يقال بها.

رابعا : وأما الإستدلال بقاعدة البراءة الأصلية وأن الأصل في العقود والشروط في العقود الصحة، فهي حجّة مستبعدة وذلك أنها من قبيل الإحتجاج بمحل النزاع، فالنزاع في أساسه يكمن في هل الأصل في الوقف جواز تعليقه أو الأصل المنع منه، فكيف يحتج بمحل النزاع.

---

[1]- خالد بن علي المشيقح، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا،ج01، ط01، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، قطر، 2013، ص493-495 بتصرف.
[2]- نفس المرجع، ص492 و مابعدها.

المطلب الثّاني : مذهب المنع من تعليق الوقف

في مقابل مذهب المالكية وابن تيمية وابن القيم و غيرهم ممن قالو بجواز التعليق، نجد مذهب المنع وعدم إجازة تعليق الوقف، وإلى هذا ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة .

وعلى غرار المذهب السابق فإن أصحاب هذا المذهب احتجوا بجمع من الحجج أيضا، إلا أنّ حججهم كسابقيهم كانت محل نقد.

الفرع الأول : حجج المانعين من تعليق الوقف

والمانعون من تعليق الوقت أقاموا مذهبهم على كثير من الحجج ذُكِرت في مواضع مختلفة من كتب الحنفية والشافعية والحنابلة، و يمكن ذكر بعض منها كالآتي:

- **الأولى :** أنّ الوقف تمليك لمُعيّن في الحياة، فلم يجز تعليقه في الحياة على شرط كالبيع .
- **الثّانية :** أنّ التّبرع تمليك، و التّمليكات تبطُل بالتّعليق.
- **الثّالثة :** أنّ الوقف عقد يبطُل بالجهالة، فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع.
- **الرّابعة :** أنّ الوقف عقد يقتضي نقل الملك لله تعالى أو للموقوف عليه حالا، كالبيع والهبة، فلا يصّح إلا منجزا.
- **الخامسة :** أنّ الوقف لا يحتمل التعليق بخطر.

وهاته الحجج هي جملة ما احتجّ به المانعون من تعليق الوقف[1].

الفرع الثّاني : نقد حجج المانعين من تعليق الوقف

إنّ أدلة المانعين من تعليق الوقف لم تكن بمنأى من الإنتقادات، فقد تعقّبها مجيزو تعليق الوقف حجة حجة ونقدوها، وذلك كما يلي:

بالنسبه للحجّة الأولى : الزّعم أنّ الوقف تمليك لمعيّن في الحياة فلا يجوز تعليقه، فنوقشت من وجهين :

الوجه الأوّل : الفرق بين البيع والوقف، فالبيع عقد معاوضة والوقف عقد تبرّع .

[1]- المرجع السابق، ص495-497 بتصرّف

الوجه الثّاني : عدم التّسليم بالمنع في المبيع، بل البيع مما يجوز تعليقه على شرط لعدم المانع، والأصل الصحّة .

بالنسبة للحجة الثانية : و التي مفادها أنّ الوقف تمليك والتمليكات تبطل بالتعليق، فنوقشت بأنّ هذا الإستدلال في محل النزاع والأصل الذي بُني عليه غير مسلّم، فعقود التمليكات تقبل التعليق .
بالنسبة للحجة الثالثة : والتي مضمونها أنّ الوقف عقد يبطل بالجهالة فلا يعلّق كالبيع، فنوقشوا من وجهين :

الوجه الأول : أنّ التعليق لا جهالة فيه، فإنّ الشرط المعلق عليه إن تحقق فقد تم العقد، وإن لم يتحقق لم يتم، وتحققه من عدمه معلوم وليس مجهولا .

الوجه الثاني : أنّ القياس على البيع مبني على عدم صحة تعليق البيع، وهذا غير مسلّم، بل البيع يصح تعليقه على شرط عند بعض أهل العلم .

بالنسبة للحجة الرابعة : والتي مضمونها أنّ عقد الوقف يقتضي نقل الملك لله أو للموقوف عليه حالا فلا يصح إلا منجزا، فنوقش بنحو ما نوقش به ما سبق، حيث أن نقل الملك لا يمنع التعليق، كما أنّ البيع والهبة يصح فيهما التعليق على قول طائفة من العلماء وهو قول قويّ.

بالنسبة للحجة الخامسة : والتي مضمونها أنّ الوقف لا يحتمل التعليق بالخطر، فنوقشت بعدم التسليم، لأنّ غاية ما في الوقف المعلق أنه إن حصل الشرط الذي عُلِّق عليه الوقف تحقّق وحصل الوقف وإلا فلا[1].

[1]- المرجع السابق، ص 495 ومابعدها، بتصرف.

المبحث الثّاني : دلالة مفهوم الموافقة على صحّة الوقف المعلّق على شرط

سبق لنا التنبيه - في مواضع سابقة من المذكّرة- إلى أنّ النّصوص تدلّ على الأحكام إما بلفظها وإما بفحواها، أي إما بمنطوقها وإما بمفهومها، وذكرنا أنّ المفهوم يدل على الأحكام إما بمفهوم المخالفة وإما بمفهوم الموافقة .

وإذا كنّا قد بينّا في المبحث الأوّل كيف أنّ الشطر الأوّل من نصّ المادة 29 من ق أو يدلّ بمفهوم المخالفة على أنّه يجوز أن يُعلَّق الوقف على شرط مشروع غير مخالف للشّريعة الإسلامية وللنّصوص الشرعيّة، فإنّنا نبيّن في هذا المبحث كيف أنّ مفهوم الموافقة يدلّ أيضا على جواز تعليق الوقف على الشّروط الصّحيحة .

لقد سبق وأن ذكرنا التّعريفات التي سيقت لتعريف مفهوم الموافقة وأنّ خلاصة ما فيها أنّ مفهوم الموافقة هو إعطاء حكم المنطوق به للمسكوت عنه لاشتراكهما في العلّة و تساويهما (وهو ما يسمّيه الأصوليون بلحن الخطاب)، أو لكونه أولى منه في الحكم (وهو ما يسمّيه الأصوليون بفحوى الخطاب) ،وقبل أن نستبط الحكم الذي يدل عليه النصّ بمفهموم الموافقة يجب أن ننبّه إلى أنّ اعتبار فحوى الخطاب (أي في حالة المسكوت عنه أولى من المنطوق به في الحكم) قسما من أقسام مفهوم الموافقة هو من مسائل الخلاف بين الأصوليين، فمنهم من قصَر مفهوم الموافقة على (فحوى الخطاب)، وهو المفهوم الذي يكون المسكوتُ عنه فيه أَولى بالحُكم من المنطوق به، ومنهم من عمَّمه على (فحوى الخطاب ولحن الخطاب)، ولحن الخطاب: هو المفهوم الذي يكون المسكوت عنه فيه مساويًا للمنطوق به، فإن وافق حكمه المنطوق، فموافقة فحوى الخطاب إن كان أَولى، ولحنه إن كان مساويًا[1].

وبهذا يتبيَّن أن مفهوم الموافقة لا يخرُجُ عن نوعين :

الأوّل يكون فيه المسكوت عنه أَولى بالحُكم من المنطوق به؛ لشدَّة وضوح العلَّة في المسكوت عنه من المنطوق به، وهو فحوى الخطاب.

الثّاني هو الذي يكون المسكوت عنه فيه مساويًا للمنطوق به في الحُكم؛ لتساويهما في العلة، وهو لحن الخطاب .

جاء في الشّطر الثّاني من نصّ المادّة 29 من قانون الأوقاف محلّ الدّراسة " : فإذا وقع بطل الشّرط وصحّ الوقف"، " فإذا وقع" بمعنى أنّه إذا حدث وعلّق الواقف وقفه على شرط مخالف

[1]- أبو الحسن الأمدي، احكام في أصول الأحكام، ج03، ط02، المكتب الإسلامي، بيروت، 1981، ص66.

للنصوص الشرعيه (وهذا هو المنطوق) فإنّ الوقف يكون صحيحا (وهذا حكم المنطوق به)، والمشرّع لم يتطرق في نصّ المادة لحكم الوقت المعلق على شرط غير مخالف لنصوص الشرعيّة (وهو المسكوت عنه)، وإذا كان المشرّع قد عمد إلى تصحيح الوقف المعلق على شرط مخالف للنّصوص الشرعيّة إذا وقع، فإنّه من باب أولى أن يكون الوقف المعلّق على شروط صحيحة صحيحا ومشروعا، فالمسكوت عنه هنا أولى بالحكم من المنطوق به (وهذا هو فحوى الخطاب)، وعليه فإنّ نصّ المادة 29 من قانون الأوقاف تدلّ عن طريق مفهوم الموافقة (فحوى الخطاب) على جواز تعليق الوقف على الشروط الصّحيحة .

والحقيقة أنّ إعمال مفهوم الموافقة على هذا الموضع و الشطر من المادّة يثير إشكالات عديدة، وأهمّ هاته الإشكالات هو عدم وضوح المنطوق من الأساس في نصّ المادّة وفي هذا الشطر بالذّات، و هل قصد المشرّع به شروط التقييد (ما يُصطَلح على تسميتها بالإشتراطات)، أو قصد به شروط التّعليق، ولمّا كان المنطوق غير واضح فإنّه من البديهيّ أن يكون المفهوم غير واضح أيضا وذلك لارتباط و تبعية الأحكام المستنبطة عن طريق المفهوم (سواء عن طريق المخالفة أو الموافقة) للأحكام المستنبَطة عن طريق المنطوق إذ أنّها تعطى حكمها او نقيض حكمها، وممّا يُصعِّب أيضا إصدار حكم عام مثل هذا (جواز تعليق الوقف على شرط انطلاقا من نصّ مادة غير واضح وغامض من الأساس)، هو عدم وضوح موضوع تعليق الوقف وهل يشترط فيه التنجيز أم لا، و ذلك سواء في القوانين وقواعد التشريع أو في الفقه والإجتهاد القضائيّ، وعليه سنحاول إعطاء لمحة في المطلبين القادمين عن حكم الوقف المعلّق على شرط صحيح (أي غير معارض للنّصوص الشرعيّة)، سواء في قواعد التّشريع أو في الفقه والإجتهاد القضائيّ .

وينبغي التّنبيه بشدّة في هذا الموضع من المذكّرة أننا لا نقصد في المطالب الآتية السعيّ إلى إستنباط حكم الوقف المعلق على شرط مشروع لا، وإنما المقصد منها والهدف منها التوصّل إلى نقطة أساسيّة وهي هل الحكم المستنبط بدلالة مفهوم موافقة يجد له عاضدا ومؤنسا في قواعد التّشريع الجزائريّ وفي أقوال فقهاء القانون وفي الإجتهاد القضائيّ حتى يُقَال بكل أريحيّة أن المادة 29 ق أو نصٌّ في جواز تعليق الوقف.

المطلب الأوّل : الوقف المعلق على ضوء قواعد التّشريع

ونحاول في هذا المطلب أن نتتبّع قواعد التّشريع ونستخرج منها ما فيها حول موضوع الوقف المعلق، وهل تتناسق مع ما وصلنا إليه من حكم نصّ المادّة 29 من ق أو عن طريق دلالة

مفهوم الموافقة في كون الوقف المعلق جائزا أم لا، وكلّ هذا بالرّجوع إلى القواعد الخاصّة أو إلى القواعد العامّة على السّواء، ونقصد بالقواعد الخاصّة تلك التي تضمنتها القوانين الخاصّة والتي نظّمت الوقف ويدخل الوقف في نطاق تنظيمها، وهي قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف، و كذا القانون 84-11 المتعلّق بقانون الأسرة، وأمّا القواعد العامّة فإننا نقصد بها أحكام الشّرط والأجل كأوصاف معدّلة لأثر الإلتزام ، والتي نظّمها القانون المدنيّ.

الفرع الأوّل : الوقف المعلّق على ضوء القواعد الخاصّة

حقيقة إنّ المنظومة القانونيّة المنظّمة للوقف في التّشريع الجزائريّ مرّت منذ الإستقلال بمراحل حتى وصلت إلى ما وصلت إليه اليوم، وتعدّدت و تعاقبت منذ ذلك الحين القوانين التي أدرجت الوقف كموضوع من مواضيعها، إبتداء من المرسوم المتضمّن نظام الأملاك الحبسيّة الصّادر سنة 1964 والذي جُمّد فور صدوره ولم يدخل حيّز التّنفيذ، مرورا بقانون الأسرة الصّادر سنة 1984، وبعده قانون التّوجيه العقاريّ سنة 1990، إلى غاية 1991 تاريخ صدور أول قانون للأوقاف أستقل بتنظيم الأحكام القانونيّة الموضوعيّة الخاصّة بالأوقاف،

أمّا بالنّسبة للمرسوم 64-283 والمتضمّن نظام الأملاك الحبسيّة المؤرخ في 10 جمادى الأولى 1383 هجريّة، الموافق ل 17 سبتمبر 1964 فلقد حوى في مجمله 11 مادّة تناولت أحكاما عامّة ومتفرّقة ولم يكن فيها نوع من التّفصيل، حيث جاءت غامضة في معظمها، وأُطلِق على الأوقاف بموجب هذا المرسوم الأملاك الحبسيّة[1]، وبسبب إجمال هذا المرسوم وغموضه فإنه لم يتطرق أبدا إلى موضوع تعليق الوقف وهل يشترط في الوقف التّنجيز أم لا.

وأمّا بالنسبة للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 والمتضمّن قانون الأسرة المعدّل والمتمّم بالأمر 05-02 المؤرّخ في 27 فبراير 2005 فقد تناول نظام الوقف من خلال الكتاب الرابع المعنون بالتبّرعات، وذلك من خلال المادّة 213 وما يليها، وقد تناولت المواد الأخرى بعض الجوانب الموضوعية للأوقاف، كشروط الوقف و إثباته و ما يقترن بالوقف من شروط ... إلخ، ومع ذلك جاء طرح قانون الأسرة متواضعا لم يحو نوعا من التفصيل باعتبار أن قانون الأسرة نظّم الوقف باعتباره من محاور الأحوال الشخصيّة[2]، ومع أنّ قانون الأسرة من القوانين الأساسية التي تنظم الوقف لم يتطرق في مواده الثمانية التي نظم بها الوقف إلى الصّيغة كركن من أركان الوقف وهل يشترط فيها التنجيز أم يجوز أن تكون معلقة على شرط، ورغم ذلك فإنه

[1]- نور الهدى زكية دريسي، المنازعات الوقفية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018-2019، ص6، هامش02.
[2]- نفس المرجع، ص06، هامش 04.

تطرق إلى شروط التقييد المقترنة بالوقف وبين حكمها إن كانت منافية لمقتضى الوقت شرعا، حيث نصّ في المادة 218 على ما يلي :

"ينفّذ شرط الواقف ما لم يتناف و مقتضيات الوقف شرعا، و إلّا بطل الشّرط و بقي الوقف ".

و بالرّجوع لنصّ المادة 222 من نفس القانون نجدها أحالت في غير المنصوص عليه على أحكام الشريعة الإسلامية، وعليه فإن مسألة حكم الوقف المعلق على ضوء قانون الأسرة هي مسألة يرجع فيها لأحكام الشريعة الإسلامية على إعتبار أنها من المسائل غير المنصوص عليها في هذا القانون، وسبق و أن حرّرنا مذهب فقهاء الشريعة في الوقف المعلق في المبحث الأول من الفصل الثاني فليرجع إليه.

وأمّا بالنسبة للقانون رقم 90-25 و المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل و المتمّم بالأمر 95-26 فإنه و إن تطرق لمسألة الوقف بصفة عامّة إلا أنه لايعتبر قانونا منظما للوقف، فإن جلّ ما أتى به فيما يتعلق بالأوقاف هو اعتبار الملكية العقارية الوقفية قسما من أقسام الملكية العقّارية إلى جانب المليكة الخاصّة و الملكية الوطنية، و لم يرد فيه ما يتعلق بغير الوقف العقاري فضلا على أن ترد فيه الأحكام التفصيليّة للوقف.

وأمّا بالنسبة للقانون 91-10 المتعلّق بالأوقاف فإنه يُعدّ أول قانون نظم الأوقاف بشكل واضح ومفصّل، فقد شكّل هوية الأوقاف الجديدة التي كانت قد اندثرت[1]، وقد تناول هذا القانون جلّ الأحكام الموضوعية للأوقاف من خلال 50 مادة .وما يهمّنا في هذا الموضوع هو هل تطرق قانون الأوقاف في غير المادة 29 - والتي هي محل دراسة- لحكم الوقف المعلق على شرط ؟.

إنّ الموضع الطبيعي للوقف المعلّق على شرط في قانون الأوقاف هو حين الكلام عن صيغة الوقف على اعتبار أنّ التنجيز أو التّعليق هو موضوع من مواضيعها، إنّ النّاظر في قانون الأوقاف 91-10 يرى أنّ المشرّع قد نظّم الصيغة باعتبارها ركنا من أركان الوقف في مادتين لا أكثر، حيث جاء التطرق لها في الفصل الثاني تحت عنوان أركان الوقف وشروطه وذلك حين اعتبرها في المادة 9 ركنا من أركان الوقف فنصّ على أنّ : أركان الوقف هي :

1- الواقف، 2- محل الوقف، 3-صيغة الوقف، 4-الموقوف عليه .

[1]- المرجع السابق، ص07، هامش01.

وتطرّق للصيغة في موضع ثانٍ وذلك في نصّ المادة 12 من قانون الأوقاف حين تطرّق لصور الصيغة التي ينعقد بها الوقف، فنصّ على مايلي : تكون صيغة الوقف باللّفظ أو الكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدّد عن طريق التنظيم مع مراعاه أحكام الماده 2 أعلاه.

ويلاحظ أنّ المشرّع لم يتطرق البتة إلى شروط الصيغة وهل يُشترَط فيها التّنجيز أم لا، وبالتالي لا يوجد نصّ يتضمن حكم "شروط التعليق" وهل يجوز تعليق الوقف عليها أم لا، و إذا كان هذا الأمر بالنسبة لشروط التّعليق، فإنّ الأمر يختلف بالنسبة لشروط التقييد، وذلك أنّ المشرّع قد نظّمها في الفصل الثالث من قانون الأوقاف تحت عنوان إشتراطات الواقف وخصص لها ثلاث مواد، وهي المواد 14 15 16على التوالي، وعليه فإن الموضع الوحيد في قانون الأوقاف والذي تطرّق فيه المشرّع إلى الوقف المعلق على شرط بطريقة غير مباشرة هو نصّ المادة 29، وقد جاءت مبهمة كما سبق بيانه، فالشّطر الأول منها تطرّق إلى الوقف المعلّق على شرط مخالف للنّصوص الشرعيّة، وكان عليه أن يتطرّق إلى تعليق الوقف على الشروط الصحيحة من باب أولى، وأما جاء في الشطر الثاني من المادّة فخلط فيه بين شروط التعليق وشروط التقييد، إذ أتى بحكم خاص بهاته الأخيرة وطبقه على شروط التعليق وهو ما لا يمكن . وبمقارنة صغيرو بين الشطر الثاني من المادّة 29 ونصّ المادة 16 من نفس القانون والتي خصصها لشروط التقييد أو الإشتراطات كما سماها، نجد أنهما متطابقاتان في الحكم، وعليه فإنه يمكننا القول ختاما أنه لا يوجد في القوانين المنظمة للوقف وخاصة قانون الأسرة وقانون الأوقاف ما يتعلق بتعليق الوقف سواء بالمنع أو الجواز.

الفرع الثّاني : الوقف المعلّق في ضوء القواعد العامّة

ينقسم الإلتزام إلى إلتزام بسيط وإلتزام موصوف، و ذلك لأنه إن كانت الرابطة القانونية فيه محققة الوجود فورية النفاذ، وكان محل الإلتزام واحدا، وكلٌّ من طرفيه واحدا غير متعدد، يكون الالتزام بسيطا، أما إن لحق أحد عناصره الثلاثة وصف يكون من شأنه أن يعدّل من هذه الآثار كان الإلتزام موصوفا، فإن لحق هذا الوصف رابطة المديونية بأن علقت هذه الرابطة على شرط وأصبح وجودها غير محقق سُمّي هذا الوصف بالشرط[1]، وقد نظم المشرع أحكام الشرط في المواد من 203 إلى غاية 208 من القانون المدني، وأجاز المشرّع كقاعدة عامة أن يكون الإلتزام معلقا، حيث نصّ في المادة 203 على ما يلي : يكون الإلتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه.

[1]- علي حسن الشاذلي، مرجع سابق، ص14.

وباعتبار الوقف إلتزاما و تصرفا تبرعيا فانه قد يقال أنه يخضع في أحكام التعليق لما يخضع له أيّ إلتزام اخر :

فإن علق المتبرع وجود تبرع على أمر مستقبليّ غير محقق الوقوع فيكون قد علق تبرعه على شرط واقف.

وإذا علق زوال التبرع على أمر مستقبل غير محقق الوقوع فيكون قد علق تبرعه على شرط فاسخ.

بناء عليه فإنه في القانون الجزائري : الأحكام العامّة المتعلقة بالشّروط تنطبق وتسري على التبرعات كما تنطبق على سائر العقود بدون وجود أيّ إستثناء أو تخصيص[1]، وبناء على هذا القول وبتطبيق القواعد العامّة للشرط على الوقف باعتباره إلتزاما فانه :

1- يجوز تعليق الوقف على شرط ويكون الوقف معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن الوقوع، طبقا لنص المادة 203 ق م .

2- إذا علق الوقف على شرط واقف غير ممكن أو شرط واقف مخالف للآداب أو النظام العام فإنّ الوقف لا يكون قائما طبقا لنصّ المادّة 204 ق م .

3- إذا علق الوقف على شرط فاسخ غير ممكن أو شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام فإن الوقف يعتبر قائما ويكون الشرط الفاسخ نفسه هو غير القائم طبقا لنفس المادة 204 ق م في الفقرة الأولى منها .

4- إذا علق الوقف على شرط فاسخ غير ممكن أو شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام وكان هذا الشرط هو السبب الموجب للإلتزام فإنّ الوقف لا ينعقد طبقا للفقرة الثانية من المادة 204 ق م .

وهذه الأحكام التي سقناها هي من باب التسليم بأن القانون المدني يطبق على الإلتزام الوقفي، وإلا فالسؤال الذي يُطرح : هل يمكن تطبيق القواعد العامّة المتعلقة بالشرط في القانون المدني على الوقف -سواء قلنا أن تعليق الوقف نص عليه المشرع في قانون الأوقاف في الماده 29 منه، أو قلنا بأنه لم ينص عليه باعتبار أن الماده 29 متعلقة بشروط التقييد لا التعليق- ؟ أو بتعبير آخر، هل القانون المدني يُعد شريعة عامّة لمواضيع قانون الاوقاف أم لا ؟ .

[1]- خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013، ص162-163.

إنّ مما يشوش على القول بالرجوع إلى القانون المدني وتطبيق أحكام الشرط فيه على الوقف هو نصّ المادة 2 من قانون الأوقاف والتي نصت : (على غرار كل مواد هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة في غير المنصوص عليه)، فالمادة قررت أنه في غير المنصوص إنما يرجع إلى أحكام الشريعة ابتداءا لا إلى غيرها، بل أكثر من ذلك فإنه حتى في الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون إذا استشكل شيء منها فانه يرجع لتوضيحها إلى أحكام الشريعة أيضا لا إلى غيرها، وهذا قول المشرع في المادة 2 ق أو "على غرار كل مواد هذا القانون.."، و هذا ما يتوافق و خصوصية الوقف إذ أنه نظام إسلامي مميز فالأولى أن يُرجع إلى مصدره الأصلي لاستنباط الأحكام أو توضيح ما استشكل منها.

المطلب الثّاني : الوقف المعلّق على ضوء الفقه والإجتهاد القضائيّ

بعد أن تطرّقنا في المطلب الأول إلى الوقف المعلق على ضوء قواعد التشريع أي على ضوء القواعد العامة والقواعد الخاصة، و ذلك للبحث عن عاضد للحكم المستنبط عن طريق مفهوم الموافقة وهو جواز تعليق الوقف على الشروط الصحيحة، فإننا نبحث في المطلب هذا عن الوقف المعلق في أقوال فقهاء القانون وفي الإجتهاد القضائي، وكيف تناول فقهاء القانون الجزائريون مسألة تنجيز صيغة الوقف، كذا كيف تناولوا نصّ المادة 29 من قانون الأوقاف، والأمر كذلك بالنسبة للإجتهاد القضائيّ وهل يوجد فيه ما يدلّ على وجوب تنجيز صيغة الوقف أم لا.

الفرع الأول : الوقف المعلق عند فقهاء القانون

على غرار كثير من المسائل القانونية فإن مسألة حكم الوقف المعلق في التشريع الجزائري من المسائل التي اختلفت فيها آراء الفقهاء والأساتذة والدكاترة الذين كتبوا في موضوع الوقف، فاختلفوا في مسالة التنجيز وهل هو شرط من شروط الصيغة، أم أن الصيغة المعلقة صحيحة، كما تباينت آراؤهم في المقابل حول دلالة نصّ المادّة 29 من قانون الأوقاف وهل موضوعها هو الوقف المعلق على شرط أم الوقف المقترن بشرط .وحاولنا تتبّع ما كُتِب حول هذا الموضوع سواء في الكتب أو في أطروحات الدكتوراه، ورغم صعوبة الأمر لقله المصادر وشحها، إلا أننا استطعنا أن نكوّن فكرة عن رأي بعض الأساتذة المتخصصين الكاتبين في الوقف حول هاته المسألة، ونكتفي في هذا الموضع بذكر رأي ثلاث أساتذة متخصصين في الوقف حول المسألة، وهم الدكتور خير الدين فنطازي في كتابه الموسوم ب "عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية (الوقف)"، والدكتور سالمي موسى في أطروحته للدكتوراه

والموسومة ب "الطبيعة القانونية لشخصية الوقف في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية"، والدكتور رمضان قنفود في أطروحته للدكتوراه والموسومة ب "المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي - في إطار القانون الموضوعي-"، وسنرى كيف أن آراؤهم كانت متباينة غاية التباين حول التنجيز كشرط من شروط الصيغة و موقف المشرع منه، و كذا موضوع المادة 29 من قانون الأوقاف.

الرأي الأوّل : و هو رأي الأستاذ خير الدين فنطازي، و هذا الرأي قائم على إعتبار التنجيز ركنا من أركان الصيغة لا تصح إلا به، و أنه لا يصح أن تكون معلقة البتة، بل و ذهب إلى أبعد من ذلك حين زعم أن هذا الرأي هو ما نص عليه المشرّع.

وفيما يتعلق بنص المادة 29 من ق أو فإنها عنده متعلقة بالإشتراطات المقترنة بشرط، و لم تثر إشكالا عنده أصلا حول كونها قد يقصد بها شروط التعليق، و لذلك ساق نص المادة في سياق كلامه عن شرط من شروط الصيغة و هو شرط عدم إقترانها بشرط باطل، و لم يتطرق للمادة حين كلامه عن شرط التنجيز .

أما بالنسبة لرأيه في التنجيز فيقول الأستاذ حين كلامه عن شروط الصيغة و تحت عنوان (1- ان تكون الصيغة تامّة و منجزة) : "فالصيغة لا تصح إلا منجزة، إلا أن المشرع أجاز الصيغة المتعلقة بوقف مضاف إلى ما بعد الموت، كأن يقول وقفت داري على فلان بعد موتي، فهي تأخذ حكم الوقف على النفس ثم على الغير، واشتراط المشرع في الصيغة أن تكون منجزة يفيد منع أي صيغة تفيد الإحتمال في الوقف، كأن يعلق الواقف وقفه على شرط إحتمالي... "[1] ، و نكتفي هنا بالشاهد من كلامه، فكما هو صريح كلامه فإنه يرى أن الصيغة لا تصح إلا منجزة، ويستثنى من ذلك الصيغة المتعلقة بوقف مضاف إلى ما بعد الموت، وكلا الحكمان نسبهما للمشرع، لكنّ السؤال الذي يطرح نفسه، أين نص المشرع على هذا ؟ ولقد بينا حين كلامنا عن الوقت المعلق في القوانين الخاصة أنه لا يوجد لا في قانون الأوقاف ولا في قانون الأسرة ما يتعلق بمسألة التنجيز لا بالإيجاب ولا بالسلب، لا بالنفي ولا بالإثبات، اللهم إلا نصّ المادة 29 من قانون الأوقاف والتي هي محل نزاع .

وأما بالنسبة لرأيه في نصّ المادة 29 ق أو فهي عنده متعلقة بشروط الإقتران لا بشروط التعليق، إذ ساقها في كلامه دليلا على عدم جواز إقتران الوقف بشرط باطل، حيث يقول عند

[1]- خير الدين موسى فنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية – الوقف، ج01، ط01، دار زهران للنشر و التوزيع، عمان، 2012، ص73.

كلامه عن الشرط الثالث من شروط الصيغة تحت عنوان (3- عدم إقتران الصيغة بشرط باطل)، وننقل الشاهد فقط من كلامه لعدم التطويل : " إلا أنّ المشرع وكما رأيناه فإنه لم يفرق في حكمه بين الوقت المقترن بشرط باطل أو المقترن بشرط فاسد وإنما ساوى بين الشرطين في الحكم فأقر بصحة الوقف وإسقاط الشرط .... حيث نص على هذا الشرط قانون الأوقاف رقم 91-10 في المادة 29 "[1]، و كما هو بين فالمادة 29 متعلقة بشروط الإقتران عنده.

الرأي الثّاني : وهو رأي الدكتور سالمي موسى، وهو قائم على اعتبار أن المشرع لم يأخذ بمبدأ التنجيز وأن المادة 29 من قانون الأوقاف هي نصّ في جواز تعليق الوقف .

يقول الدكتور : "والمشرع الجزائري نص في المادة 29 من قانون الأوقاف { لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف }، فمن خلال نص المادة نستنتج أن المشرع يجوّز تعليق الوقف على شرط، إلا أنه لم يبين أكان الشرط واقفا أو فاسخا[2] " .

ثم علق الأستاذ في الهامش بقوله : "ويظهر من خلال هذا أن المشرع لا يأخذ بمبدأ تنجيز الصيغة بل يجيز تعليقها".[3]

الرأي الثالث : وهو رأي الأستاذ رمضان قنفود

أما رأيه بالنسبة للتنجيز فيمكن تلخيصه في :

1- أن القانون الجزائري لم ينص صراحة على شرط التنجيز .

2- المادة 29 من قانون الأوقاف فيها إشارة إلى هذا الشرط، إلا أن هاته المادة لا تعالج بدقة مسألة التنجيز.

3- دعا المشرع إلى تبني رأي جمهور الفقهاء في مسألة تعليق الوقف، وهو الرأي القائم على المنع من تعليق الوقف على أمر مستقبل لأن الأصل عدم تعليق التبرعات، ويستثنى من ذلك

---

[1]- نفس المرجع، ص75-76.
[2]- موسى سالمي، مرجع سابق، ص62.
[3]- نفس المرجع، ص62، هامش رقم 5.

تعليق الوقف على الموت مطلقا ويُكيّف على أنه وصية، ويستثنى أيضا تعليق الوقف على أمر محقق عند صدوره، لأن التعليق على الشرط الكائن تنجيز.[1]

رأيه بالنسبة للمادة 29 من قانون الأوقاف : إن الكلام السابق حول مسألة التنجيز والذي نقلناه عن الأستاذ قد يفهم منه أنه يرى أن نص المادة 29 ق موضوعها الوقف المعلق على شرط لا الوقف المقترن بشرط، بدليل أنه ساقها كنص حول شرط التنجيز، وهذا الأخير (التنجيز) متعلّق بشروط التّعليق لا شروط الإقتران، لكن الأستاذ و حين كلامه عن الشّرط الثّالث من شروط الصّيغة و المتضمّن " عدم إقترانها بشرط باطل" ساق نصّ المادة 29 ق أو على أنّها نصٌّ حول هذا الموضوع، حيث يقول : "بالنّسبة لشرط عدم اقتران الصّيغة بشرط باطل : فإنّنا نرى أنّ المشرع الجزائريّ قد تطرّق إلى هذا الشرط وحكمه في المادة 29 من قانون الوقف السابقة، إلا أنه لم يوفق في الصياغة والمضمون"[2]، وهذا هو الشاهد من كلامه، وعليه فإن السؤال الذي يطرح نفسه كيف لنفس المادة أن تكون في نفس الوقت نصا على شروط التعليق (التنجيز) ونصا على شروط التقييد (الإقتران بشرط) ؟.

الفرع الثّاني : الوقف المعلق في الإجتهاد القضائي

إنّ الإجتهاد القضائيّ كمصدر من مصادر التشّريع كان له الفضل في حل كثير من إشكالات قانون الأسرة ومسائل الأحوال الشخصيّة عامّة كقضايا الزواج والطلاق والميراث، وكان للمحكمة العليا في كثير من قراراتها القول الفصل في هاته المسائل، إلا أنّ قضايا الوقف على العموم ليست موضوعا من المواضيع التي تتناولها قرارات المحكمة بكثرة وذلك لقلّة النزاع فيها وقلّة الطعن في الأحكام المتعلقة بها بالنقض أمام المحكمة العليا مقارنة بغيرها من الأحكام الأخرى، ممّا صعّب على الباحثين في الوقف استخراج أراء عامّة للإجتهاد القضائي في كثير من مسائل الوقف .

وباستقرائنا للإجتهاد القضائي للمحكمة العليا وما صدر عن غرفها المختلفة في ما يتعلق بموضوعات الوقف وفيما يتعلق بمسالة تنجيز الصيغة، يمكننا القول أننا لم نجد قرارا واحدا للمحكمه العليا تشترط فيه تنجيز الصيغو أو تقول فيه بعدم مشروعية تعليق الوقف، وفي المقابل هل توجد قرارات لها تتبنى فيها جواز التعليق؟ حقيقة بعد البحث والتقصّي لم نجد إلا قرارا

---

[1]- رمضان قنفود، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي – في إطار القانون الموضوعي، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014-2015، ص108-109 بتصرّف.

[2]- نفس المرجع، ص110.

واحدا تناول موضوع الوقف المعلق، ولم يتناول الوقف المعلق بصورة عامّة وإنما عالج قضية متعلقة بصورة من صور الوقف المعلق وهي تعليق الوقف على موت الواقف، وعليه ننقل القرار ثم نعلق على موضع الشاهد منه، و هو القرار رقم 102230 بتاريخ 1993-07-21, حيث جاء فيه :

الموضوع : الحبس - جواز التراجع عنه - إذا كان ملعقا أو مضافا - نقض .

المرجع : أحكام الشريعة الإسلامية.

المبدأ : من المقرر فقها أنّ الحبس إذا كان معلقا أو مضافا جاز للمحبس (الواقف) التراجع عنه، وإن كان منجزا أي فوريا فلا يجوز له ذلك، ولمّا ثبت أنّ عقد الحبس موضوع النزاع الحالي كان معلقا لما بعد وفاة المحبسة (م-ع)، فإنّ تراجعها بإبطالها له بعقد توثيقي، وتصرفها ببيع العقارات بعقود رسمية كانت جائزة شرعا، وعليه كان على قضاة الموضوع إبعاد عقد الحبس المعني، ورفض طلب المطعون ضدهما الرامي لإبطال عقد البيع الرسمي وطرد المشترين من العقار المحبس .ولما قامو بغير ذلك فقد عرضوا قرارهم المنتقد للنقض .

إنّ المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بالمحكمة العليا شارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار بعد المداولة القانونية أصدرت قرارها الآتي نصه :

بناء على المواد 231 233 234 235 23 24 257 قانون الإجراءات المدنية، وبعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة يوم 15-02-1992 وعلى مذكرات الجواب الذي قدمها المطعون ضدهم.

بعد الاستماع إلى السيد مقراني حمادي الرئيس المقرر في تلاوة التقرير المكتوب وإلى السيد قلو عز الدين المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة .

حيث طلب كل من (ع ع) و (ز س) و (م ص) نقض قرار صادر بتاريخ 15-11-1991 من مجلس الجزائر صادق على الحكم المستأنف لديه قضى بطرد الطاعنين من الأرض موضوع النزاع و ذلك في دعوى مقامة من المطعون ضدهما لإبطال عقود البيع المبرمة بين المحبسة والطاعنين على العقار المحبس و طرد الآخرين منه .

حيث أن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية، يشير أنه يستند إلى أوجه أربعة .

حول الوجه الثاني : المأخوذ من خرق الشريعة الإسلامية والقصور في التسبيب لكون قضاة الموضوع أبطلوا العقود الرسمية الثلاثة التي أبرمتها المرحومة (م ع) مع الطاعنين كدليل على تراجع عن الحبس المؤرخ في 04-02-1969لفائدة المطعون ضدهما وبعد إبطالها له حسب المحرر التوثيقي المؤرخ في 07-11-1976 وذلك بحجة أنه لا يمكن للمحبس التصرف في الحبس بأي وجه من وجوه التصرف ولا التراجع عليه.

حيث يستفاد من وقائع القضية والقرار المنتقض أن المرحومة (م ع) حبست الأرض موضوع النزاع على المطعون ضدهما بعقد مؤرخ في 04-02-1969 وذلك على نفسها أولا ثم وبعد وفاتها عليهما ثانيا طبقا للمذهب الحنفي، ولم تلبث أن أبطلته بالمحرر التوثيقي المؤرخ في - 07-11-1979 وتصرفت في العقار المحبس بالبيع للطاعنيين حسب العقود الرسمية المؤرخة في 89-12-08 لفائدة (ز س) و 89-12-03 لفائدة (م س) و 1982-05-29 لفائدة (ع ق).

وحيث من المقرر فقها أنّ الحبس إن كان معلقا أو مضافا جاز للمحبس (الواقف) أن يتراجع عنه وإن كان منجزا (أي فوريا) فلا يجوز، وبما أنّ الحبس موضوع النزاع معلقا إلى ما بعد وفاة المحبسة المرحومة (م ع) كما يفيد عقد الحبس المشار إليه أعلاه فإنه يجوز لها التراجع عنه شرعا.

وقد تراجعت فعلا عنه بإبطالها له بالعقد التوثيقي المحرر في 07-11-1976 من ناحية، ومن أخرى بتصرفهما بالبيع فيه حسب العقود الرسمية المسار إليها أعلاه، و يصير الحبس بذلك عديم الأثر ولا يمكن للمطعون ضدهما الإحتجاج به لإبطال عقود البيع هذه، وكان على قضاة الموضوع أن يبعدوا عقد الحبس المعني ويرفضوا طلب المطعون ضدهما الرامي إلى إبطال عقود البيع الرسمية وطرد المشترين من العقار المحبس، وبعدم قيامهم بذلك واستجابتهم لمطلبهم ذلك يكونون قد خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية وعرّضوا قرارهم للنقض.

لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا :

شكلا وفي الموضوع نقض القرار الصادر بتاريخ 91-11-16 من مجلس قضاء الجزائر وإعادة القضية والأطراف أمام نفس المجلس للنظر فيها مجددا بهيئة أخرى وفق القانون وتحميل المطعون ضدهم بكافة المصاريف القضائية .

بهذا صدر القرار وفق التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 21 من شهر جويلية سنة ثلاث و تسعين و تسعمائة و ألف ميلادية من قبل المحكمة العليا الغرفة المدنية والمتركبة من السادة :

مقراني حمادي الرئيس المقرر

طالب أحمد المستشار

زرقان محمد الصالح المستشار

وبحضور السيد صحراوي مليكة المحامية العامة وبمساعدة السيد حساس محمد سعيد كاتب ضبط[1].

إنّ الناظر للمبدأ الذي استند إليه القرار -من المقرر فقها أن الحبس إذا كان معلقا أو مضافا جاز للمحبس الواقف التراجع عنه، وإن كان منجزا أي فوريا فلا يجوز له ذلك- يجعله يقول بكل أريحية أن إجتهاد المحكمة العليا على القول بجواز الوقف المعلق، وذلك أنّ قرارها رتّب أثرا قانونيا على تعليق الوقف وهو عدم لزومه وجواز التراجع عنه من قبل الواقف مادام الشرط لم يتحقّق، إلا أنّ بعض الباحثين في الوقف رأى في قراءته أن قرار المحكمة العليا إنما هو منها تقرير لعدم جواز التنجيز وذلك أنها أجازت التراجع عن الوقف غير المنجز وبالتالي إعتبرته كأنه غير موجود، حيث يقول :

"إنّ ما ذهبنا إليه في هذه المسألة له تأصيله الشرعي عند جمهور الفقهاء كما له سوابقه القضائية حيث ذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى تقرير ما توصلنا إليه في مسألة التنجيز واعتبرت أن الوقف إذا كان غير منجز يعتبر كأن لم يكن بدليل جواز الرجوع فيه وأنه إذا كان مضافا لما بعد الموت أعتبر في حكم الوصية التي يجوز الرجوع فيها قانونا .. ".[2]

إن المستقرء لقرارات المحكمة العليا وإن لم يجد فيها ما ينص صراحة على التعليق سواء بإجازته أم المنع منه، إلا أنه يمكننا أن نستنتج نمطا لتعاملها مع المواضيع المتعلقة بالوقف رغم قلة القرارات المتعلقة به بصفة عامة، حيث يلاحظ غالبا ما تراعي عاملين أو معيارين، أولهما معيار الزمن، وثانيهما معيار المذهب الذي أُبرم التصرف الوقفي طبقا له .

---

[1]- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 102230، تاريخ 21-07-1993، (ع-ع ومن معه) ضد (فريق م)، المجلة القضائية، العدد الأول، 1998، ص95.

[2]- رمضان قنفود، مرجع سابق، ص109.

أولا : معيار الزمن

ونقصد به زمن صدور أو إبرام التصرف الوقفي من طرف الواقف، أكان قبل صدور قانون الأسرة سنه 84 أو بعده، فإن الأوقاف التي عقدت قبل صدور قانون الأسرة لا يسري عليه هذا القانون باثر رجعي، وكذا الحال بالنسبة لقانون الأوقاف قبل صدوره .

ثانيا : معيار المذهب

ويقصد به المذهب الفقهي الذي أبرم الواقف وقفه طبقا له، فتطبق عليه أحكامه لا أحكام غيره من المذاهب، وهذا إحتراما لإرادة المحبس .

وهذان المعياران جاءا واضحين في بعض قرارات المحكمة العليا نذكر منها :

أوّلا : القرار الأوّل[1]

ملف رقم 234655 قرار بتاريخ 1999 11 16 المبدأ : إنّ الحبس يعتبر من أعمال التبرع ولا تنطبق عليه أحكام المادة 12 من قانون التوثيق .وإن القضاء بإلغاء الحبس الذي أقامه الطاعن على المذهب الحنفي قبل صدور قانون الأسرة والذي يجيز للبنات حق الانتفاع فقط بحجة عدم إفراغه في الشكل الرسمي يعد خطأ في تطبيق القانون .ثم نص القرار - ونذكر موضع الشاهد فقط ..." حيث أن عقد الحبس العرفي المؤرخ في الفاتح جانفي 1973 قد اعتمد فيه واضعه المذهب الحنفي بصفه واضحة لأن المذهب المالكي لا يجيز التحبيس على النفس ولا يحرم البنات، مما يعني أن المرحوم (ل س ب أ) المدعو (ب) الذي حبس كل أملاكه أولا على نفسه ثم على أولاده وليس للبنات إلا النفقة والكسوة ....إلخ، هو خاصّ بالمذهب الحنفي "، **وهذا معيار المذهب** .

ثم جاء في القرار نفسه : "حيث إن القرار المنتقد قد ألغى الحبس المذكور على اعتبار أنه لم يوضع في عقد رسمي طبقا للمادة 12 من الأمر المتضمن لقانون التوثيق مع أن هذه المادة لا تنطبق على الحبس الذي يدخل في أعمال التبرع، علما بأن أوجه البر المختلفة تعود إلى الشريعة الإسلامية ، كما أنه لا يمكن تطبيق قانون الأسرة بمفعول رجعي على وقائع تمت سنة 1973.." و **هذا معيار الزمن**[2] .

---

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث،، قرار رقم 234655، تاريخ 16-11-1999، ع-س ضد ع.ف، المجلة القضائية، العدد الأول، 2001، ص268.

[2]- المرجع السابق، ص269.

ثانيا : القرار الثاني[1]

جاء في قرار آخر للمحكمة العليا : ملف رقم 205468 قرار بتاريخ 25/04/2001 حيث جاء فيه ..." وإن قضاة الموضوع فصلوا في مدى صحة عقد الحبس متى اعتبروا أن ليس للطاعنات حق في الميراث إحتراما لإرادة المحبس (الواقف) وتنفيذه وفقا لمذهب الإمام أبي حنيفة (**معيار المذهب**)، هذا و من جهه أخرى فإن عقد الحبس حرر سنة 1867 وبالتالي جميع النصوص التشريعية الصادرة فيما بعد كقانون الاسرة والقانون المتعلق بالأوقاف لا آثار لهما على هذا العقد (**معيار الزمن**)" ...

[1]- المحكمة العليا، الغرفة العقّارية، قرار رقم 205468، تاريخ 25-04-2001، (و-م) ضد (و-م-ع)، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2002، ص382.

خلاصة الفصل الثاني :

بعد انتهائنا من سرد ما يتعلق بدلالة مفهوم المادة 29 ق أو على الأحكام، رأينا كيف أن دلالة مفهوم المخالفة تدل على صحة الوقف المعلق شرعا، فإذا كان لا يصح أن يعلق الوقف على شرط مخالف للنصوص الشرعية، فمفهوم المخالفة يدل أنه يصح أن يُعلّق إن كان الشرط غير مخالف للنصوص الشرعية، ثم تطرقنا إلى كون أنّ هذه القضية ليست من مسائل الإجماع والإتفاق عند فقهاء الشريعة، بل مذهب الجمهور من أحناف وشافعية وحنابلة على المنع من التعليق وإشتراط التنجيز، خلافا للمالكية وابن تيمية وابن القيم، الذين أجازوا تعليق الوقف . وتطرقنا بعد ذلك إلى مفهوم الموافقة وكيف أنه على غرار مفهوم المخالفة يدل على صحة الوقف المعلق على شرط أيضا، فإذا كان المشرع قد قرر صحة الوقف المعلق على شرط معارض للنصوص الشرعية واكتفى بإبطال الشرط فقط، فإنه من باب أولى صحة الوقف المعلق على شرط غير معارض للنصوص الشرعية، وبيّنا كيف أن هذا الحكم المستنبط تعضده القواعد الخاصة والعامة إذ ليس فيها ما يمنع من تعليق الوقف سواء قانون الأسرة أو قانون الأوقاف وكذا القانون المدني.

وتطرقنا أخيرا للوقف المعلق في الفقه والإجتهاد القضائي وكيف أن الذين كتبوا في هاته المسألة إختلفت وجهات رأيهم حول إشتراط التنجيز في الصيغة ونسبة هذا القول إلى المشرع، وكذا إختلاف آرائهم في دلالة نص المادة 29 ق أو و هل موضوعها شروط التعليق أم شروط التقييد، وختمنا بالإجتهاد القضائي الذي لم نجد فيه إلا قرارا وحيدا متعلقا بالمسألة وهو القرار الذي ظاهره جواز تعليق الوقف.

الخـــــاتمة

الخاتمة :

لقد حاولنا من خلال هاته الدّراسة وبالقدر المستطاع إبراز الجانب المهمّ من موضوع الوقف المعلق وذلك من خلال رصد المحطّات المهمّة والقضايا الجدلية والمستعصية في هذا الموضوع خاصة من الناحية الموضوعية التي أجبرتنا على الرّجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي ومسائله العامّة منها والخاصّة وكذا إلى قواعد اللغه العربية، لينتهي بنا المطاف نصول بين قواعد قانون الأوقاف وقانون الأسرة وكذا القانون المدني باحثين فيها عمّا يتعلّق بموضوع تعليق الوقف، وأوردنا كلام فقهاء القانون في تعليق الوقف وكذا نصّ المادة 29 من قانون الأوقاف، لنختم برأي الإجتهاد القضائي .

وإنطلاقا ممّا سبق ذكره فقد تمخّض عن هاته الدّراسة جملة من النّتائج والملاحظات نجملها في الآتي :

أوّلا : أنّ دلالة منطوق المادة 29 من قانون الأوقاف تدلّ على عدم صحّة الوقف المعلق على شرط معارض للنّصوص الشرعيّة وبطلانه، ويدلّ على هذا البطلان إستخدام المشرّع للفظ "لا يصح" وهو نفي للصحة، لأنّ الدلالة اللغوية وكذا الدلالة الشرعيّة للنّفي هي بطلان المنفي وعدم وجوده من الأساس حاضرا و مستقبلا، نفيا مطلقا وأبديّا .

ثانيا : أنّ نصّ المادة 29 من قانون الأوقاف موضوعها الوقف المعلق على شرط لا الوقف المقترن بشرط، وذلك أنّ المشرّع إستخدم لفظ التّعليق، وهو ما لا يُتصوّر أن يُفهم منه إلا شروط التعليق .

ثالثا : أنّ المشرّع في نصّ المادة 29 من قانون الأوقاف خلط ولفّق بين موضوعين جزئيين من مواضيع الوقف، وهما الوقف المعلق من جهة والوقف المقيّد من جهة أخرى، وذلك أنّ الشّطر الثاني من المادة يدل عن طريق المنطوق على تصحيح الوقف المعلق على شرط معارض للنصوص الشرعية و الإكتفاء بإبطال شرط التعليق المخالف، وهذا من المشرع إعمال لنظرية البطلان الجزئي وهو ما يعد مستحيلا، إذ وضّحنا إستحالة تطبيق هاته النظرية على شروط التعليق بسبب طبيعة شرط التعليق وكذا بسبب دلالة نفي الصحّة .

رابعا : أنّ نصّ المادة 29 من قانون الأوقاف تدل عن طريق المفهوم على صحّة الوقف المعلق على شرط صحيح غير مخالف للشريعة الإسلامية، وأنّ كلّا من مفهوم المخالفة وكذا مفهوم الموافقة يدلّان على هذا الحكم .

خامسا : أنّ مسألة تعليق الوقف في الفقه الإسلامي هي مسألة خلافيّة لا مسألة إجماع وإتفاق كما قد يُفهم من مفهوم المخالفة، فجمهور العلماء من أحناف وشافعيّة وحنابلة على المنع منه، ولم يقل بجوازه من المذاهب الأربعة إلا المالكية ومن تبعهم من بعض محققي المذاهب الأخرى كابن تيمية وابن القيم من الحنابلة .

سادسا : أنه لا يوجد في قانون الأسرة ولا في قانون الأوقاف باعتبارهما القانونيين الأساسيين المنظمين للوقف ما يدل على إجازة تعليق الوقف أو المنع منه، اللهم إلا نصّ المادة 29 من قانون الأوقاف وهي محل النزاع .

سابعا : تضارب أقوال فقهاء القانون المتخصصين في الوقف حول مسألة تعليق الوقف وكذا مدلول نصّ المادة 29 ق أو، فمنهم من ذهب إلى إشتراط التنجيز في الصيغة ونسب هذا القول إلى المشرع، وفي المقابل جعل نصّ المادة 29 من قانون الأوقاف نصّا في شروط التقييد، ومنهم من نسب إلى المشرع جواز تعليق الوقف وجعل نص المادة 29 نصّا في جواز التعليق، ومنهم من جاء لنص المادة 29 فجعلها في نفس الوقت نصّا في التقييد ونصّا في التعليق .

ثامنا : أنه بتطبيق القواعد العامة للشرط والأجل في القانون المدني على الوقف يُتصوّر جواز تعليق الوقف بإعتباره إلتزاما، إلا أنّ ما يعترض هذا القول هو نص المادّة 2 من قانون الأوقاف إذ أنّها أحالت في المنصوص وغير المنصوص عليه في هذا القانون إلى أحكام الشريعة الإسلامية لا إلى القانون المدني، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة فمسألة تعليق الوقف مسألة خلافيّة كما سبق تحريره .

تاسعا : أنّه لا يوجد في الإجتهاد القضائي ما يمنع من تعليق الوقف بل بعض القرارات في ظاهرها جواز التعليق، إذ أنّ المحكمه العليا رتّبت على الوقف المعلق أثرا قانونيا يتمثل في عدم لزومه وجواز الرجوع عنه .

و بناء على ما تم عرضه من نتائج، نسوق ما توصّلنا إليه في ختام الدراسة من إقتراحات على نحو الآتي :

أولا : وجوب أن ينص المشرع صراحة في قانون الأوقاف على موقفه من تنجيز الصيغة حسما للخلاف وتوحيدا للأراء.

ثانيا : إضافة مادة بعد المادة 11 من قانون الأوقاف وقبل المادة 12 منه تنصّ على حكم التنجيز، ونقترح أن تصاغ كالآتي : **يجوز أن يكون الوقف ناجزا أو معلقا على شرط واقف، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يكون الوقف لازما إلا إذا تحقق هذا الشرط .**

ونرى أن يكتفي المشرع بالنص على الشرط الواقف دون الشرط الفاسخ وذلك أنّ هذا الأخير يتعارض مع ما تبنّاه المشرع من أبديّة الوقف، وهذه المادة بهذا اللفظ تقابل نص الماده 22 من مدونة الأوقاف المغربية بحروفها، في المقابل نجد أن المشرع اليمني نص على ما يتعلق بتعليق الوقف في مادتين، وهما المادتان 10 و 11 من قانون الوقف الشرعي اليمني، حيث صاغاهما كالآتي :

المادة 10 : يصح الوقف منجزا أو مضافا إلى ما بعد الموت .

المادة 11 : يصح الوقف معلقا على شرط إلا أن يكون محظورا .

ثالثا : إضافة مادة في الفصل الثالث (إشتراطات الواقف) تنص صراحة على حكم شروط التقييد غير المشروعة وذلك إما بإضافتها كفقرة ثانية لنصّ المادة 14 من قانون الأوقاف، أو أن يجعلها مادّة مستقلّة تليها، وتصاغ كما يلي : **إذا إقترن الوقف بشرط فاسد مخالف للشرع أو يوجب تعطيلا لمصلحة الوقف أو تفويت لمصلحة الموقوف عليهم صح الوقف وبطل الشرط .** وحصرنا الشرط بالفاسد دون الباطل لأن الفقه الإسلامي على التفريق بينهما في تأثيرهما على الوقف، فيرون أن الشرط الباطل يبطل معه الوقف في حين أنّ الشرط الفاسد يصحّ معه الوقف و يبطل الشرط فقط[1]، وهاته المادة تقابل نص المادة 10 من قانون الوقف القطري، والفقرة 2 من المادة 34 من مدونة الأوقاف المغربية، و المادة 12 من قانون الوقف الشرعي اليمني، والمادة 13 من قانون الأوقاف العماني، والفقرة 2 من المادة 1238 من القانون المدني الأردني، و المادة 6 من قانون الوقف المصري، والمادة 12 من قانون الوقف الذري اللبناني، والمادة 11 من قانون الأوقاف الليبي،(كل هاته المواد وردت دون لفظ فاسد) .

كما ينبغي التنبيه إلى وجوب تعديل المادة 16 بما يتناسب مع المواد المضافة لتجنب التكرار .
رابعا : تعديل نصّ المادة 29 من قانون الأوقاف بما يتناسب مع الفصل التي جُعِلت فيه وهو مبطلات الوقف، وما يبطل الوقف من الشروط أمران :

---

[1]- ينظر في تقرير المسألة :
وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج08، ط02، دار الفكر، سوريا، 1985، ص180-181.

تعليقه على شرط مخالف للشريعة أو إقترانه بشرط باطل شرعا (دون الشرط الفاسد، لأنّ الشرط الفاسد المقترن بالوقف هو المعني والمقصود بتصحيح الوقف وإبطال الشرط)، وعليه نقترح أن تُصاغ المادة كما يلي :

لا يصح الوقف :

1- إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية.

2- إذا كان مقترنا بشرط باطل شرعا.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أ – الكتب :

1- ابن المنظور، لسان العرب، ج07+ج12، دون رقم طبعة، دار صادر، بيروت، 1956.

2- سمير عبد السيّد تناغو، النظرية العامة للقانون، دون رقم طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.

3- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط06، مؤسّسة قرطبة، بغداد، 1976.

4- أبو الحسن الأمدي، احكام في أصول الأحكام، ج03، ط02، المكتب الإسلامي، بيروت، 1981.

5- محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النّصوص المدنية –دراسة مقارنة بين الفقهين المدني و الإسلامي، دون رقم طبعة، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، 1982.

6- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج08، ط02، دار الفكر، سوريا، 1985.

7- محمد أديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ج01، ط04،المكتب الإسلامي، دمشق، 1993.

8- مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الوقف، ط01، دار عمان، الأردن، 1997 .

9- عبد الكريم النملة، المهذب في أصول الفقه المقارن، ج04، ط01، مكتبة الرشيد، الرياض، 1999 .

10- فاضل صلاح السامرائي، معاني النحو، ج04، ط01، دار الفكر للطباعة و النشر والتوزيع، عمان، 2000 .

11- حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي مع المقابلة بالقوانين الوضعية، ط01، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، السعودية، 2009 .

12- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون – القاعدة القانونية، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010 .

13- خير الدين موسى فنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية – الوقف، ج01، ط01، دار زهران للنشر و التوزيع، عمان، 2012 .

14- محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية – الوجيز في نظرية القانون، ج01، ط20، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، 2014 .

15- خالد بن علي المشيقح، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا،ج01، ط01، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، قطر، 2013 .

16- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري – المصادر الإرادية، دون رقم طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015 .

17- عبد الرزاق السنهوري، علم أصول القانون، دون رقم طبعة، مطبعة فتح الله إلياس نوري وأولاده، مصر، دون سنة نشر .

18- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج03 – نظرية الإلتزام بوجه عام، دون رقم طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر .

ب - المذكرات و الأطروحات الجامعية :

1- عبد المهدي محمد سعيد العجلوني، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الإجتهاد القضائي الأردني، أطروحة دكتوراه، تخصص قضاء شرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005 .

2- فراس عبد الحميد أحمد الشايب، النفي عند الأصوليين – دراسة تأصيلية تطبيقية، أطروحة دكتوراه، تخصص الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة لأردنية، 2010.

3- محجوب أسيا، النظام القانوني للإشتراطات التعاقدية – دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون مقارن، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلسمان، 2011-2012 .

4- تسنيم عبد الرحيم أحمد ياسين، تقسيم الدلالات – دراسة مقارنة بين منهجي الحنفية والجمهور، مذرة ماجستير، تخصص فقه وتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2012.

5- خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013 .

6- مونية بوشعرة، إنقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري،مذكرة ماجستير، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 2013-2014 .

7- رمضان قنفود، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي – في إطار القانون الموضوعي، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014-2015 .

8- موسى سالمي، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف في القانون الجزائري و الشريعة للإسلامية، أطروحة دكتوراه، تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، 2015-2016 .

9- نور الهدى زكية دريسي، المنازعات الوقفية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018-2019 .

ج – المداخلات العلمية و المقالات :

1- العياشي فداد، التعليق في العقود مع الإشارة إلى بعض التطبيقات المعاصرة، بحث مقدم إلى مؤتمر الرقابة الشرعية، تنظيم المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب، جدّة .

2- علي حسن كاظم، البطلان الجزئي للعقد كتطبيق لنظرية إنتقاص العقد، مجلة كلية التربية الأساسية، بابل، العدد 42، 2019.

3- أحمد بعجي، تطور فعالية بطلان الشرط في العقد، مجلة جامعة الجزائر، العدد 11، الجزء03.

4- ياسمين نعمان شعبان، التركيب الملازم للنفي في المثل العربي –دراسة تركيبية دلالية، مجلة أفاق العلوم، ع09 (المجلد الخامس)، 2020.

د ــ النّصوص القانوينة :

1- الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر، ع، 78 لسنة 1975 .

2- القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر، ع، 24 لسنة 1984 .

3- القانون رقم 90-25 المؤرخ في 01 جمادى الأولى 1411هـ، الموافق لـ 18 نوفمبر 1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم بالأمر 95-26 المؤرخ في 26 سبتمبر 1995، ج ر، ع، 55 لسنة 1990 .

4- القانون 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411هـ، الموافق لـ 27 أفريل 1991، المتضمن قانون الأوقاف المعدل و المتمم بالقانون02-10 المؤرخ في 10 شوال 1423هـ الموافق لـ 14 ديسمبر 2002، ج ر، ع، 21 لسنة 1991 .

5- المرسوم 64-283 المؤرخ في 10 جمادى الأولى 1383هـ، الموافق لـ 17 سبتمبر 1964، المتضمن نظام الأملاك الحبسية، ج ر، ع، 35 لسنة 1964 .

الفهـرس

الفهرس

مقدّمة 01

الفصل التّمهيديّ : مدخل لتفسير النّصوص القانونيّة 07

المبحث الأوّل : مفهوم تفسير النّصوص القانونيّة 09

المطلب الأوّل : تعريف التّفسير وأسبابه 09

الفرع الأوّل : تعريف التّفسير 09

الفرع الثاني : أسباب تفسير النّصوص القانونية.....10

المطلب الثاني : أنواع تفسير النّصوص القانونيّة ومدارسه 12

الفرع الأوّل : أنواع تفسير النّصوص القانونيّة.....12

الفرع الثّاني: مدارس تفسير النّصوص القانونيّة.....13

المبحث الثّاني : طرق تفسير النّصوص القانونيّة.....15

المطلب الأوّل : طرق تفسير النصّ السّليم.....15

الفرع الأوّل : دلالة منطوق النصّ.....15

الفرع الثّاني : دلالة مفهوم النّص.....16

المطلب الثّاني : طرق تفسير النصّ القانوني المعيب.....17

الفرع الأوّل : المصادر التاريخية.....18

الفرع الثّاني : تقريب النّصوص من بعضها.....19

الفرع الثّالث : الأعمال التحضيريّة 19

الفصل الأوّل : دلالة منطوق نص المادّة 29 من ق أو على الأحكام.....21

المبحث الأوّل : عدم صحّة الوقف المعلّق على شرط معارض للنّصوص الشرعيّة.....22

المطلب الأوّل : دلالة لفظ "لا يصحّ".....22

الفرع الأوّل : الدلالة اللغويّة للنّفي ب "لا".....22

الفرع الثّاني : الدّلالة الأصولية للنفي ب "لا".....23

المطلب الثّاني : دلالة لفظ "معلّقا على شرط".....24

الفرع الأوّل : مفهوم التعليق على شرط.....24

الفرع الثاني : التمييز بين شرط التعليق و شرط التمييز.....26

المبحث الثاني: تصحيح الوقف المعلّق على شرط معارض للنّصوص الشرعية

وإبطال الشرط.....28

المطلب الأول : مفهوم نظرية البطلان الجزئيّ.....28

الفرع الأوّل : تعريف نظرية البطلان الجزئي.....29

الفرع الثّاني : شروط تطبيق نظرية البطلان الجزئيّ.....30

المطلب الثاني : إستحالة تطبيق نظرية البطلان الجزئي على شروط التعليق 31

الفرع الأوّل : الإستحالة بسبب دلالة نفي الصحّة.....32

الفرع الثّاني : الإستحالة بسبب دلالة التّعليق.....33

خلاصة الفصل الأوّل 35

الفصل الثّاني : دلالة مفهوم المّادة 29 من ق أو على الأحكام 37

المبحث الأوّل : دلالة مفهوم المخالفة على صحّة الوقف المعلّق شرعا.....38

المطلب الأول : مذهب جواز تعليق الوقف.....39

الفرع الأوّل : حُجج المجيزين لتعليق الوقف 39

الفرع الثّاني : نقد حجج المجيزين لتعليق الوقف.....40

المطلب الثّاني : مذهب المنع من تعليق الوقف.....41

الفرع الأول : حجج المانعين من تعليق الوقف.....41
الفرع الثّاني : نقد حجج المانعين من تعليق الوقف.....41
المبحث الثّاني : دلالة مفهوم الموافقة على صحّة الوقف المعلّق على شرط.....43
المطلب الأوّل : الوقف المعلق على ضوء قواعد التّشريع 44
الفرع الأوّل : الوقف المعلّق على ضوء القواعد الخاصّة.....45
الفرع الثّاني : الوقف المعلّق في ضوء القواعد العامّة.....47
المطلب الثّاني : الوقف المعلّق على ضوء الفقه والإجتهاد القضائيّ.....49
الفرع الأول : الوقف المعلق عند فقهاء القانون.....49
الفرع الثّاني : الوقف المعلق في الإجتهاد القضائي.....52
خلاصة الفصل الثاني.....58
الخاتمة 60
قائمة المصادر والمراجع.....65
الفهرس.....70