ردمد ورقي: 2571-9971 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2021 المجلد: الخامس العدد: الثاني ص.ص: 1319-1330

لزوم الوقف المعلق بين قرارات المحكمة العليا وقانون الأوقاف

The Question of the Necessity to Proceed with an waiting endowment between the Supreme Courts and habous laws

سالمي موسى*
جامعة عمار ثليجي الاغواط
Salmimoussa02@gmail.com

بن قسمية العربي
جامعة عمار ثليجي الاغواط
larbibenguesmia@yahoo.fr

تاريخ إرسال المقال: 2021/08/01 تاريخ قبول المقال: 2021/08/14 ..تاريخ نشر المقال: 2021/09/01

الملخص:

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/07/21 أن الوقف المعلق يجوز الرجوع فيه لأنه غير لازم، أما الوقف الفوري فلا يجوز الرجوع فيه، وهذا ما يناقض الأحكام القانونية التي أخذ بها المشرع في قانون الأوقاف والتي تقضي بلزوم الوقف على إطلاقه دون تفرقة بين الوقف المعلق والوقف الفوري.

فبالرجوع إلى حيثيات القرار نجد أنه يناقش الوقف المعلق على الوفاة، والذي يعتبر حالة خاصة في الفقه الإسلامي، لا تطبق عليها أحكام التعليق في حكمه العام.

فقد نص المشرع الجزائري على الوقف المعلق في المادة 29 من قانون الأوقاف، ولم ينص على الوقف المعلق على الوفاة.

الكلمات المفتاحية : الوقف، الوقف المعلق ، الوقف المعلق على الموت،الوقف الفوري، الرجوع في الوقف.

Abstract:.....

The Supreme Court's decision, issued in 1993, declared the possibility to revert a pending endowment since it is not determinative. Yet, it is not allowed to revoke a settled endowment. This contradicts the articles listed in the Algerian Awkaf regulations, which claim to maintain pending endowments without comparing them to settled endowments.

In reference to the details of this decision, the legislators' discussions over endowments as such were exclusively related to death, which is a special case in the Islamic jurisprudence. Generally, this case is not liable to pending endowments rules.

The Algerian legislators have already authorized the pending endowments in the Awkaf Regulations, Article 29, and they did not address them in reference to death

*المؤلف المرسل

Keywords: endowment; a pending endowment; Hanging endowment on death Immediate endowment; Reversing of endowment.

المقدمة:

إن من مقتضيات الوقف المتفق عليها والتي أخذ بها المشرع الجزائري اللزوم والتأبيد، فقد نص المشرع الجزائري في المادة الثالثة من قانون الأوقاف على خاصية التأبيد، وعزز ذلك بما جاء في نص المادة 28 من قانون الأوقاف حيث أقر أن أي تأقيت للوقف يبطل الوقف.

كما أخذ المشرع الجزائري بخاصية اللزوم والتي تنبني على عدم أحقية الواقف في الرجوع في وقفه إذا ما نشأ الوقف صحيحا، وأقر في نص المادة 16 من قانون الأوقاف أن أي شرط يمس بهذه الخاصية يتيح للقاضي سلطة إبطال الشرط و إقرار صحة الوقف.

والأصل أن الحكم يعتبر عاما حتى يخصص، أي أن المشرع عندما قرر لزوم الوقف فإن ذلك يرجع على جميع الأوقاف إلا إذا ثبت حكم خاص يقتضي عدم اللزوم، كما في الوقف الذي يخرج مخرج الوصية، والوقف في مرض الوفاة، حيث يجوز الرجوع فيهما لاعتبارهما وصية لا لاعتبارهما وقفا.

وكذلك في حالة وجود حكم خاص في الفقه الإسلامي تطبيقا لنص المادة 2 من قانون الأوقاف والتي تقضي بأنه في غير المنصوص عليه يرجع إلى أحكام الفقه الإسلامي .

حيث يعتبر الوقف المعلق أحد هذه الحالات الخاصة التي اختلف الفقه الإسلامي حول صحتها أصلا ، فالأصل أن الوقف يكون منجزا وفوريا إلا أنه يجوز أن يكون معلقا وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 29 من قانون الأوقاف " " لا يصحّ الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية فإذا وقع بطل الشرط وصحّ العقد ".

فمن خلال هذا النص يمكن الاستنتاج أن الوقف يصح تعليق صيغته على الشرط، ما لم يكن الشرط متعارضا مع النصوص الشرعية.

والمعلوم أن التعليق قد يكون على شرط واقف أو قد يكون معلقا على شرط فاسخ وفي الحالتين يكون الحق غير محقق، فلا ينفذ في الشرط الواقف إلا بتحقق الشرط، وينقضي بتحقق الشرط الفاسخ.

وهذا ما لا يتلاءم في مجمله مع مقتضيات الوقف من لزوم وتأبيد وفقا لما أخذ به المشرع الجزائري، فإن جاز التعليق على شرط واقف لأن الوقف لا يكون نافذا إلا بتحقق الشرط، فجواز التعليق على شرط فاسخ ليس في محله لأنه يجعل الوقف مؤقتا مما يستوجب بطلان الشرط وصحة الوقف بحسب المادة 29 من قانون الأوقاف.

وحتى التعليق على شرط واقف هو محل نظر وهو ما يظهر في قرار المحكمة العليا قرار رقم 102230 المؤرخ في 1993/07/21 المجلة القضائية 1995، عدد 02،ص 77، والذي قرر أن الوقف المعلق غير لازم، أما الوقف المنجز أو الفوري فهو لازم.

فأقرت المحكمة العليا أن الوقف المعلق وقف غير لازم وأجازت للواقفة الرجوع في وقفها، رغم أن القرار لا يتكلم عن الوقف المعلق على إطلاقه، بل يتكلم عن الوقف المعلق على الوفاة.

فاعتبر قضاة المحكمة العليا أن التعليق على شرط الوفاة موجب لحق الرجوع، ما دام شرط الوفاة لم يتحقق، وعمموا ذلك على جميع الأوقاف المعلقة على شرط والمضافة إلى أجل .

حيث يعتبر التعليق على الوفاة حالة خاصة في الفقه الإسلامي لأن الوفاة أمر محقق الوجود وليس أمرا محتمل الوجود، مما يجعل تطبيق أحكام التعليق العامة عليه أمرا غير معقول.

وهذا ما يجعل مسألة البحث في لزوم الوقف المعلق طبقا للقانون الجزائري مسألة مهمة، لاعتبار أن الوقف المعلق قد يكون على إطلاقه وقد يقصد به التعليق على الوفاة، وهو ما يستدعي التفرقة بين الحالتين في الفقه الإسلامي و ملاءمة هذه الاختلافات مع اختيارات المشرع الجزائري.

إضافة إلى أن القضاء الجزائري اعتبر أن الوقف المعلق وقف لازم دون أن يفرق بين الوقف المعلق على إطلاقه والوقف المعلق على الوفاة، رغم أن القرار يتكلم عن الوقف المعلق على الوفاة.

وهذا ما يثير إشكالية التفرقة بين لزوم الوقف المعلق على عمومه، ولزوم الوقف المعلق على الوفاة و ملاءمة ذلك مع اختيارات المشرع الجزائري، إضافة إلى مقارنة ذلك مع اجتهاد المحكمة العليا الذي أقر أن الوقف المعلق يجوز الرجوع فيه.

ولحل هذه الإشكالية سأعتمد على المنهج الوصفي التحليلي معتمدا على الخطة التالية :

المبحث الأول: الأحكام الفقهية للوقف المعلق واختيارات المشرع الجزائري.

المبحث الثاني:مناقشة قرار المحكمة العليا حول عدم لزوم الوقف المعلق.

المبحث الأول : الأحكام الفقهية للوقف المعلق واختيارات المشرع الجزائري.

لكي نتمكن من معرفة مدى صحة اجتهاد المحكمة العليا في اعتبار الوقف المعلق وقفا غير لازم، ينبغي الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي حول مسألة تعليق الوقف، مع مراعاة اختيارات المشرع الجزائري في قانون الأوقاف .

المطلب الأول: آراء الفقهاء حول الوقف المعلق.

اختلف الفقه الإسلامي في مسألة تعليق الوقف، حيث يفرق فقهاء المذاهب بين الوقف المعلق والوقف المعلق على الوفاة، والذي يعتبرونه حالة خاصة في التعليق لا تخضع للأحكام العامة لاعتبار أن الوفاة أمر محقق الوقوع وليست أمرا محتمل الوقوع.

أولا- الوقف المعلق على غير الوفاة.

إن الوقف المعلق على غير الوفاة وقف معلق على أمر محتمل الوجود وهذا يعتبر محل خلاف في الفقه الإسلامي، فهناك من لا يجيز الوقف المعلق مطلقا لأنهم يشترطون التنجيز في الصيغة أي أن ترتب أثرها في الحال، وهناك من يجيزه مطلقا لأنهم لا يشترطون التنجيز في الصيغة و يجيزون تعليقها.

فمذهب الجمهور من شافعية وحنبلية وحنفية التنجيز في صيغة الوقف[1] في الصيغة لذلك لا يجيزون الوقف المعلق مطلقا، فيرى الشافعية[2] والحنابلة[3] أن الوقف المعلق لا يصح إلا إذا كان معلقا على الوفاة، لأنه يأخذ حكم الوصية.

ويرى الحنفية أن الوقف المعلق لا يخرج عن ثلاث فرضيات[4].

الفرضية الأول أن يكون التعليق على أمر محقق الوجود، فالصيغة هنا تكون في حكم المنجزة لأن التعليق صوري فيصحّ بذلك الوقف.

أما الفرضية الثاني فهو أن يكون التعليق على أمر محتمل الوجود فلا يصحّ الوقف بها، لأن التمليكات لا تحتمل التعليق على أمر قد يوجد أو لا يوجد.

والفرضية الثالث أن تكون الصيغة معلّقة على موت الواقف، فيأخذ حكم الوصية عندئذ.

أما المالكية فلا يشترطون التنجيز، فعندهم يجوز أن تكون الصيغة معلقة أو مضافة[1]، كأن يقول سأجعل داري وقفا العام القادم، فيصحّ 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] تقي الدين محمد بن أحمد الفتوى الحنبلي الشهير بابن النجار ، شرح منتهى الإرادات، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان 1999، ص 342.

[2] سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، البجيرمي على الخطيب، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1996. الجزء الثالث، ص 625. .

[3]ابن قدامة المقدسي ،المغني ، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة ، دار عالم الكتب، الرياض ، 1997، ص216.

[4]محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي, المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع .بيروت .1998، ص 203.

كما يجيز المالكية تعليق الوقف على شرط فاسخ استثناء وفي حالات معينة[2]، فإذا تحقق الشرط انتهى الوقف وعاد إلى الواقف أو ورثته أو جاز التصرف فيه من الموقوف عليهم ويعتبر بذلك تأقيتا للوقف، فالوقف لازم ما دام الشرط لم يتحقق فإذا تحقق الشرط زال وصف الوقف عن المال وأصبح في حكم الوقف المؤقت.

وهذه الحالات[3] هي :

الحالة الأولى: إذا اشترط الواقف بيع المال الموقوف إن احتاج الموقوف عليهم، فيملك الموقوف عليهم إذا ثبتت حاجته بيع الوقف وإنهاءه.

الحالة الثانية :أن يشترط الواقف رجوع مال الوقف إليه أو لورثته أو لغيرهما، إن تسور عليه ظالم من قاض أو حاكم بما لا يجوز شرعا، فإن تحقق الشرط زالت صفة الوقف عن المال، وأصبح طليقا يمكن التصرف فيه .

ورجوع الوقف لا يرتبط بالواقف بل يرتبط بتحقق الشرط فإذا تحقق الشرط زال وصف الوقف على المال من غير ارتباط بالواقف فيستطيع أن يتمسك به الغير أو الورثة، فالعبرة بصفة الوارث مثلا يوم الرجوع ولو كان الواقف حيا.

وبذلك فإن جمهور الفقهاء من غير المالكية لا يجيزون تعليق صيغة الوقف، فالشافعية والحنابلة لا يجيزون ذلك مطلقا ويعتبرون الوقف المعلق باطل لأنهم يشترطون التنجيز في الصيغة، ويدخل في حكمهم الحنفية الذين لا يجيزون تعليق صيغة الوقف إلا إذا كانت على أمر محقق الوجود، أما إن كان على أمر محتمل الوجود فهم لا يجيزون ذلك .

وفي الأخير فإن المالكية يجيزون التعليق مطلقا في الوقف سواء كان على أمر محقق الوجود أو أمر احتمالي الوجود.

والملاحظ أن الذين يشترطون التنجيز في الوقف لا يعطون للوقف المعلق على الوفاة حكم الوقف المعلق على غيره من الأمور، فهم يجيزونه باعتباره وصية وليس وقفا ذلك أنهم لا يجيزون تعليق الوقف مطلقا.

---

[1] القرافي، الذخيرة، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي ، 1994، ص326. الخرشي، شرح مختصر خليل، الجزء السابع، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق مصر ، 1317 هجري، ص 91.

[2] الخرشي، نفس المرجع ، ص93

[3] هيثم عبد الحميد خزنة، انتهاء الوقف الخيري، منتدى قضايا الوقف الفقهية السادس، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت 2013، ص16.

ثانيا- الوقف المعلق على الوفاة.

يرى الشافعية[1] والحنفية[2] وبعض الحنابلة[3] أن الوقف المعلق على الوفاة يعتبر كالوصية و لا يلزم إلا في حدود الثلث، وبذلك يجوز الرجوع فيه ما دام الواقف حيّا فإن مات الواقف زال حقه في الرجوع ولزم الوقف بذلك.

أما المالكية[4] و بعض الحنابلة[5] ورأي عند الشافعية، فيرون أن الوقف المعلق على واقعة الوفاة وقف لازم لا يجوز الرجوع فيه، ولا يربطونه بأحكام الوصية، إلا أنهم لا يجيزونه إلا في حدود الثلث استثناء.

ومنه فإن الوقف المعلق على الوفاة يعتبر حالة خاصة في الفقه الإسلامي، ولا يأخذ حكم الوقف المعلق على غيره.

فالوقف المعلق على غير الوفاة عند غير المالكية وقف غير صحيح، أما عند المالكية فهو وقف صحيح فإذا تحقق الشرط نفذ الوقف، وإن لم يتحقق الشرط لم ينفذ الوقف أصلا.

أما الوقف المعلق على الوفاة فهو وقف صحيح عند جميع المذاهب الفقهية، إلا أنهم اختلفوا في حكمه بين من ربطه بالوصية وجعله في حكم التصرف المضاف إلى ما بعد الوفاة، ومنهم من اعتبره وقفا ورتب له حكما خاصا.

فالذين اعتبروه وصية طبقوا عليه أحكام الوصية، وجعلوا الوقف المعلق على الوفاة وقف غير لازم يجوز الرجوع فيه طبقا لأحكام الوصية، والتي تعتبر تصرفا جائزا ما لم تتحقق الوفاة فإذا تحققت الوفاة كانت تصرفا لازما، وكذلك الوقف المعلق على الوفاة.

أما الذين اعتبروه حالة خاصة في الوقف فقد اعتبروا التعليق على الوفاة تعليقا على أمر محقق الوجود وهو الوفاة، وبالتالي اعتبروه وقفا لازما من يوم نشوئه، سواء بالنسبة للمالكية الذين يجيزون

---

[1] سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، الجزء الثالث، المرجع السابق ، ص 626.

[2] ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار، الجزء السادس ، طبعة خاصة ، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية .ص529.

[3] تقي الدين محمد بن أحمد الفتوي الحنبلي الشهير بابن النجار، المرجع السابق ، ص342.

[4] خليل ابن اسحاق الجندي المالكي ، التوضيح في شرح مختصر خليل ، الطبعة الأولى، المجلد السابع ، دار نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، 2008، ص309.

[5] تقي الدين محمد بن أحمد الفتوي الحنبلي الشهير بابن النجار، المرجع السابق ، ص342.

التعليق أو بالنسبة للحنابلة الذين لا يجيزون التعليق أصلا، وبذلك اعتبر في حكم الوقف الناجز أو الفوري إلا أن تنفيذه يتأخر إلى تحقق الوفاة، لكنه لا ينفذ إلا في حدود الثلث[1] .

المطلب الثاني : اختيارات المشرع الجزائري في مسألة تعليق الوقف.

نص المشرّع الجزائري في المادة 29 من قانون الأوقاف " لا يصحّ الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصّوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصحّ العقد "، فمن خلال نصّ المادة نستنتج أن المشرّع يجيز تعليق الوقف على شرط، إلا أنه لم يبين أكان الشرط واقفا أو فاسخا[2].

والمعلوم أنه لا يجوز تعليق الوقف على شرط فاسخ لأنه يتعارض مع النصوص الشرعية، وبالتالي يلغى الشرط ويصح الوقف لأنه يناقض مقتضيات الوقف التي هي اللزوم والتأبيد.

أما إذا كان الشرط المعلق لصيغة الوقف واقفا، فإنه يكون صحيحا ولا يلزم عقد الوقف إلا بتحققه، فإن تحقق الشرط لزم الوقف وإن لم يتحقق لم يلزم[3]، إلا إذا كان الشرط الواقف نفسه يتعارض مع النصّوص الشرعية، كأن يكون الشرط غير ممكن أو مخالفا للأحكام الشرعية، فإنّ الشرط يبطل ويصح الوقف .

قد أقر المشرع الجزائري إجازة تعليق الوقف كحكم عام فلم ينص على حالة تعليق الوقف على الوفاة من خلال قانون الأوقاف أو من خلال قانون الأسرة ، لذلك ينبغي الرجوع إلى الأحكام الفقهية العامة تطبيقا لنص المادة 02 من قانون الأوقاف والتي تحيل في غير المنصوص عليه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: مناقشة قرار المحكمة العليا حول عدم لزوم الوقف المعلق.

لقد أقرت المحكمة العليا في القرار الصادر[4] بتاريخ1993/07/21 أن الوقف إذا كان معلقا أو مضافا جاز للواقف الرجوع فيه، أما إذا كان فوريا فإنه لا يجوز الرجوع فيه ويكون عقدا لازما بذلك.

المطلب الأول : خطأ المحكمة العليا في تعميم حق الرجوع على جميع الأوقاف المعلقة.

طبقا للمادة 29 من قانون الأوقاف فالمشرع الجزائري يجيز تعليق صيغة الوقف، إلا أن المقصود هنا هو تعليق الوقف على شرط واقف وعلى أجل واقف لأن الشرط الفاسخ والأجل الفاسخ يمسان

[1] نايف محمد العجمي، الرجوع في العقود وأثره في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير جامعة القاهرة، كلية دار العلوم قسم الشريعة الاسلامية، سنة 2001، ص 519

[2] ويظهر من خلال هذا أن المشرع الجزائري لا يأخذ بمبدأ تنجيز الصيغة بل يجيز تعليقها .

[3] وهذا ما أخذ به المشرع المغربي في المادة 22 من مدونة الأوقاف المغربية، حيث أجاز أن تكون صيغة الوقف معلقة على شرط واقف فقط.

[4] قرار رقم 102230 المؤرخ في 1993/07/21 المجلة القضائية 1995، عدد 02 ،ص 77.

بمقتضيات الوقف، فالشرط الفاسخ يمس بمقتضى اللزوم والأجل الفاسخ يمس بمقتضى التأبيد، وبالتالي يترتب على الأول إلغاء الشرط ،ويترتب على الثاني بطلان عقد الوقف تطبيقا لنص المادة 28 من قانون الأوقاف يبطل الوقف إذا حدد بزمن.

فالوقف المعلق على شرط واقف يرتبط باحتمال وجود الشرط، فإن تحقق الشرط أصبح الوقف نافذا[1] من يوم تحقق الشرط ولا رجوع فيه، وإن لم يتحقق الشرط كان الوقف غير نافذ في مواجهة الواقف.

إلا أنه بين صدور الصيغة وتحقق الشرط لا يمكن للواقف الرجوع في وقفه لاعتبار نشوء الالتزام معلقا على الشرط، فينفذ بتحقق الشرط ولا اعتبار لرجوعه، ولا ينفذ بثبوت عدم تحقق الشرط.[2]

ومن خلال ما سبق فإن الأصل في الوقف المعلق اللزوم حتى يثبت تحقق الشرط أو عدم تحققه، فإن تحقق الشرط أصبح نافذا وإن ثبت عدم تحقق الشرط زال من يوم نشوئه ولاعتبار لرجوعه أو عدم رجوعه.

ولا مجال لاعتبار الوقف المعلق وقفا غير لازم، لاعتبار أن المشرع رتب على الشرط المعلق الذي يخالف النصوص الشرعية[3] صحة العقد وبطلان الشرط.

لذلك فإن المحكمة العليا قد أخطأت حين اعتبرت في قرارها أن الوقف المعلق والمضاف مما يجوز الرجوع فيه، سواء بالنسبة للإضافة لأجل فاسخ أو أجل واقف،أو بالنسبة للتعليق على شرط واقف أو شرط فاسخ .

إضافة إلى أن منطوق القرار يتكلم عن وقف معلق على الوفاة وليس وقفا معلقا على إطلاقه والذين يختلفان كليا طبقا لما رأينا في الفقه الإسلامي، ذلك أن الفقه الإسلامي ناقش مسألة الرجوع في الوقف المعلق على الوفاة، وليس في الوقف المعلق على غير الوفاة والذي يعتبره الجمهور غير جائز أصلا، ويعتبره المالكية جائزا مطلقا ولا يناقشون مسألة الرجوع فيه لأنه يلزم من يوم نشوئه بشرط واقف وينفذ بتحقق الشرط.

---

[1] يجب الإشارة هنا إلى أن الفقه الإسلامي يستعمل مصطلح اللزوم للإشارة إلى نفاذ العقد في مواجهة طرفيه، بينما يستعمل مصطلح النفاذ للإشارة إلى نفاذ العقد في مواجهة الغير، بينما يستعمل القانون مصطلح النفاذ في الحالتين سواء كان في مواجهة المتعاقدين أو في مواجهة الغير .

[2] أما بالنسبة للأجل الواقف فإن الوقف ينشأ صحيحا ويلزم من يوم نشوئه لحين معاد الأجل ،فإذا حل الأجل نفذ العقد لأنه يعتبر في حكم الأمر المحقق الوقوع .

[3] والمقصود بالنصوص الشرعية النصوص التي تنظم الوقف وتحدد مقتضياته وهي اللزوم والتأبيد.

المطلب الثاني : مناقشة اجتهاد المحكمة حول حق الرجوع في الوقف المعلق على الوفاة

بالرجوع إلى حيثيات القرار وتبرير المحكمة العليا، فإن الوقف يتعلق بوقف معلق على الوفاة – وليس وقفا معلقا على إطلاقه– والذي لم يكن محل تنظيم من قبل المشرع الجزائري، ومنه فالواجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في ذلك طبقا لنص المادة 02 من قانون الأوقاف .

أولا– استبعاد المحكمة العليا للرأي القائل بلزوم الوقف المعلق على الوفاة

لقد استبعد قضاة المحكمة العليا الرأي القائل بأن الوقف المعلق على الوفاة وقف لازم من يوم نشوءه ولا يمكن للواقف الرجوع فيه.

والمعلوم أن هذا الوقف يأخذ حكما خاصا، سواء عند الحنابلة الذين لا يجيزون تعليق الوقف، أو بالنسبة للمالكية الذين يجيزون تعليق الوقف حيث اعتبروه وقفا ناجزا أي فوريا، ورتبوا لزومه لاعتبار أنه معلق على أمر محقق الوقوع وليس محتمل الوقوع.

ويؤخذ هنا على المحكمة العليا أنها لم توائم في الأخذ بالآراء الفقهية لاعتبار أن المشرع الجزائري يجيز تعليق الوقف طبقا لرأي المالكية بخلاف جمهور الفقهاء الذين لا يجيزونه، وخاصة أن المحكمة العليا لم تظهر في قرارها أنها تعتبره وصية، وما دامت قد اعتبرته وقفا فكان على قضاة المحكمة العليا الأخذ بهذا الرأي وهو اعتبار الوقف المعلق على الوفاة لازما من يوم نشوئه ولا يجوز الرجوع فيه ويرتبط في تنفيذه بتحقق الوفاة.

ونجد أن استبعاد المحكمة لهذا الرأي مبني على أساس أن الذين اعتبروه وقفا من نوع خاص، قد قيدوا تنفيذه في حدود الثلث كما في الوصية.

كما أن ربطه بالوقف المعلق في غير محله طبقا للقواعد العامة، فالالتزام المعلق على شرط محقق الوقوع يعتبر التزاما مضاف إلى أجل طبقا لنص المادة 209 من القانون المدني[1].

ثانيا– ربط المحكمة العليا لأحكام الوقف المعلق على الوفاة بالوصية

لقد اعتبرت المحكمة العليا الوقف المعلق على الوفاة وصية، وبذلك يجوز الرجوع فيه لاعتباره وصية لا لاعتباره وقفا معلقا.

وهذا ما يفهم من خلال أن الذين لا يجيزون تعليق الوقف يجيزون التعليق على الوفاة لاعتباره وصية، لأنهم لو اعتبروه وقفا لما أجازوا تعليقه[1] من باب أولى لذلك فهم يطبقون عليه أحكام الوصية ويعتبرونه تصرفا جائزا لا تصرفا لازما.

[1] المادة 209 من القانون المدني " يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع ، ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه ".

ذلك أن الذين لا يجيزون تعليق الصيغة يعتبرون هذا النوع استثناء، إلا أنهم لا يعتبرونه وقفا في أحكامه بل يعتبرونه وصية، فالأصل عندهم أن الوقف لا يعلق أصلا ولو اعتبروه وقفا ما أجازوه.

ويمكن انتقاد المحكمة العليا لاعتبارها أن الوقف المعلق على الوفاة وصية، على أساس أنه مضاف إلى ما بعد الوفاة لأن شرط الوفاة محقق الوجود، إلا أن هذا الاعتبار يمكن معه كذلك أن نأخذ بالرأي الأول وهو لزوم الوقف من يوم نشوئه، لأن المشرع الجزائري يجيز تعليق الوقف وأن التعليق على الوفاة يدل على تأكيد الوقف ممن صدر منه لأنه محقق الوجود قياسا على سائر التعليقات المحققة، ومنه فإنه يلزم من يوم نشوئه إلا أنه لا ينّفذ إلا من يوم الوفاة حيث يعتبر أمرا محقق الوقوع طبقا للمادة 209 من القانون المدني وتنطبق عليه أحكام الأجل الواقف.

وفي الأخير يمكن القول أن قضاة المحكمة العليا حينما اعتبروا الوقف المعلق على الوفاة يأخذ حكم الوصية ولا يلزم إلا من يوم الوفاة، ترجيحا لرأي الجمهور الذين لا يجيزون تعليق الوقف، والذي يعتبر مستساغا فقها إلا أنه لا يتلاءم مع اختيارات المشرع الجزائري الذي يجيز تعليق الوقف في المادة 28 من قانون الأوقاف..

كما يؤخذ على قضاة المحكمة العليا تعميم الأمر على سائر التعليقات في الوقف ،حيث اعتبروا أن أي وقف معلق يجوز الرجوع فيه، وهذا ما يخالف القواعد الفقهية والقانونية المتعلقة بالتعليق .

خاتمة

من خلال ما سبق نستنتج أن هناك فرقا بين الوقف المعلق في حكمه العام و الوقف المعلق على الوفاة والذي يعتبر حالة خاصة في الفقه الإسلامي كان على قضاة المحكمة العليا مراعاة هذه التفرقة عند إصدارهم لحكمهم في القرار محل المناقشة .

فاختلاف الفقه الإسلامي ظاهر في مسألة تعليق الوقف سواء كان التعليق على شرط واقف أو على شرط فاسخ فهناك من لا يجيز التعليق أصلا ويشترط التنجيز في صيغة الوقف وهو رأي الجمهور وهناك من يجيزه التعليق مطلقا ولا يشترط التنجيز في صيغة الوقف وهو رأي المالكية.

إلا أن الفقه الإسلامي في مجمله يجيز تعليق الوقف على الوفاة ويعتبرونه حالة خاصة في التعليق فمنهم من يلحقه بالوصية ومنهم من يعتبره وقفا من نوع خاص .

فالذين ألحقوه بالوصية طبقوا عليه أحكامها فلا يلزم عندهم إلا بالوفاة والذين اعتبروه وقفا من نوع خاص جعلوه وقفا لازما من يوم إنشائه .

[1] ابن قدامة المقدسي , المرجع السابق, ص216.

لذلك كان على المحكمة العليا أن تراعي هذا الأحكام فالوقف المعلق على غير الوفاة لا يجوز الرجوع فيه طبقا للقواعد العامة ويلزم بأثر رجعي من يوم تحقق الشرط إن كان الشرط واقفا ويلزم من يوم نشوئه إن كان الشرط فاسخا ما لم يتحقق الشرط الفسخ.

فالرجوع يكون فقط في الوقف المعلق على الوفاة عند من يعتبرونه وصية والتي لا تلزم إلا بعد الوفاة كما هو معلوم ويجوز الرجوع فيها من الموصي متى شاء ،

لذلك كان على المحكمة العليا عدم التعميم في جواز الرجوع في الوقف المعلق و ربطه بالوقف المعلق على الوفاة .

كما كان على المحكمة العليا مراعاة اختيارات المشرع الجزائري الذي يجيز تعليق الوقف في المادة 28 من قانون الأوقاف ولا يشترط التنجيز في الصيغة عند تكوين عقد الوقف أخذا برأي المالكية بعكس ما يراه الجمهور.

فمن غير المنطقي الانحياز إلى الرأي الذي يشترط التنجيز في الصيغة كشرط لصحة الوقف و ترك القول الذي يجيز تعليق الوقف وفقا لما أخذ به المشرع الجزائري .

لذلك كان على المحكمة العليا الأخذ برأي المالكية واعتبار الوقف المعلق على الوفاة وقفا لازما لتناسبه مع اختيار المشرع الجزائري الذي يجيز الوقف المعلق ،

المراجع

أولا: النصوص القانونية

1- قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، المؤرخ في 12شوال 1411 الموافق ل1991/4/27، الجريدة الرسمية، العدد 21، المعل بالقانون رقم 10/02 الصادر بتاريخ 11 شوال عام 1423 الموافق 15ديسمبر 20020 المعدل و المتمم للقانون رقم 10/91، الجريدة الرسمية العدد 83.

2- ظهير شريف رقم 1.09.236 الصادر 8 ربيع الأول 1431 الموافق ل23 فبراير 2010 المتعلق بمدونة الأوقاف. الجريدة الرسمية ،عدد 5847.

ثانيا: الكتب

1. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، طبعة خاصة، الجزء السادس، دار عالم الكتب، الرياض.
2. ابن قدامة المقدسي ،المغني ، الجزء الثامن، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثالثة، 1997.
3. تقي الدين محمد بن أحمد الفتوي الحنبلي الشهير بابن النجار، شرح منهى الإرادات، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة،، بيروت لبنان 1999.

4. الخرشي، شرح مختصر خليل، الجزء السابع، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الاميرية، ببولاق مصر المحمية، 1317 هجري.
5. خليل ابن اسحاق الجندي المالكي، التوضيح في شرح مختصر خليل، الطبعة الأولى، المجلد السابع ، دار نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث،2008.
6. سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، البجيرمي على الخطيب، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1996. الجزء الثالث.
7. القرافي، الذخيرة، الجزء السادس، الطبعة الأولى ,دار الغرب الإسلامي ,1994.
8. محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي, المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع .بيروت .1998.

ثالثا: الرسائل الجامعية

- نايف محمد العجمي، الرجوع في العقود وأثره في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير جامعة القاهرة، كلية دار العلوم قسم الشريعة الاسلامية، سنة 2001

رابعا: أشغال الملتقيات

- هيثم عبد الحميد خزنة، انتهاء الوقف الخيري، منتدى قضايا الوقف الفقهية السادس، الامانة العامة للأوقاف، الكويت 2013.

خامسا: المجلات القضائية

-المجلة القضائية 1995، عدد 02، ص 77.