مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

وقفاتٌ لإرنيست مرسيي مع الأحكام التشريعية للوقف الإسلامي
ـ قراءة في كتابه "قانون الحبس" ـ
Pauses by Ernest Mercier with the legislative provisions of the Islamic Waqf
-Read his book " The Hobous Code"-

د. سفيان شبيرة
Chbira27@hotmail.fr
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ـ قسنطينة

تاريخ الإرسال: 2020/11/17 **تاريخ القبول: 2021/11/08**

الملخـــص :

لقد اهتم الغرب بموضوع الوقف اهتمامًا علميًا لافتًا، و لم يكن اهتمامه مقتصرا على تناول هذا الموضوع من زاوية علمية محددة، بل كان متنوعًا وشاملاً لميادين علمية مختلفة، كالتاريخ وعلم الاجتماع، وحتى الميدان القانوني والتشريعي الذي يرتكز في أساسه على ما قرّره الفقه الإسلامي.

ويُعد في هذا المقام (إرنيست مرسيي) أحد أبرز المشتغلين بالبحث الفقهي والقانوني للأحكام التشريعية المنظمة للوقف، كمسألة الجذور التاريخية والتأسيسية للوقف، وعلاقة هذا الأخير بالقواعد المنظمة للميراث في التشريع الإسلامي، بالإضافة إلى إشكالية الطبيعة القانونية للملكية الوقفية وأثرها على العمل القضائي في البلدان المستعمرة، وغيرها من المسائل والقضايا التشريعية الأخرى التي كانت محل تحليلٍ ونقدٍ علميٍ من قِبل (مورسيي).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

الكلمات المفتاحية: الوقف، الحُبُس، إرنيست مرسيي، فقه الوقف، الفقه القانوني الغربي.

Abstract:

The West has paid attention to the issue of the wakf with remarkable scientific interest, and its interest was not limited to dealing with this topic from a specific scientific angle, but rather it was diverse and encompassing different scientific fields, such as history, sociology, and even the legal and legislative field that is based on what was decided by Islamic jurisprudence.

In this respect, (Ernest Mercier) is considered one of the most prominent practitioners in the jurisprudential and legal research of the legislative provisions regulating the wakf, such as the issue of the historical and foundational roots of the wakf, and the relationship of the latter with the rules governing inheritance in Islamic legislation, in addition to the problem of the legal nature of wakf property and its impact on judicial work in colonial countries And other issues and other legislative issues that were the subject of scientific analysis and criticism by (Mercier).

Keywords: wakf, Hobous, Ernest Murcier, Islamic legislation, The jurisprudence of endowment, Western jurisprudence.

المقدمـــة:

لم يقتصر الاهتمام بنظام الوقف (الحُبس) كنظامٍ يُعنى بتقديم الخدمات لشرائحَ مختلفة من المجتمع، على الفقهاء والباحثين المسلمين فحسب، بل انسحب ذلك الاهتمام بشكلٍ لافتٍ على فقهاء القانون الغربي والمستشرقين على حدّ السواء، حيث تعود بدايات احتكاك هؤلاء الفقهاء والمستشرقين بموضوع الوقف إلى الأيام الأولى لدخول

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

الاستعمار الغربي للبلدان الإسلامية والعربية، ليستمر ذلك الاهتمام إلى ما بعد فترة الاحتلال، ولعل من أبرز هؤلاء المهتمين، نجد: لويس ماسينيون، جوزيف لوسيوني، راندي ديغيلام، هذه الأخيرة التي لازالت إلى يومنا هذا تثري المكتبة الوقفية بعديد البحوث القيّمة، وغيرهم من الباحثين الآخرين.

ضمن هذا الاهتمام الغربي بنظام الوقف تأتي هذه الدراسة لبحث موقف الفقيه (إرنيست مرسيي) كأحد أبرز الفقهاء والباحثين الفرنسيين الذين عُرفوا بكثرة تناولهم لقضايا ومباحث الوقف، من بعض المسائل الفقهية والتشريعية لهذا الأخير، انطلاقا من كتابه: قانون الحبس أو الوقف (Le Code du Hobous ou Ouakf)، وهو كتاب تناول فيه (مرسيي) بالوصف والتحليل والنقد للكثير من المسائل المُشكلة لما يسمى بفقه الوقف، معتمدا في ذلك على مصدرين أساسيين: تمثل الأول في المصادر الفقهية لكُلٍ من المذهب الحنفي والمذهب المالكي بدرجة أقل، التي انطلق منها (مرسيي) في نقده للأحكام المنظمة للوقف، وأما الثاني فقد تمثل في الممارسة الفعلية التي صاحبت فقه الوقف، والتي أظهرت الكثير من المخالفات الشرعية، انطلق منها (مرسيي) في نقْدِه لمؤسسة الوقف.

وعليه فإنّ الإشكالية الرئيسية التي أتقصد الإجابة عنها من خلال هذه الورقة البحثية تتمثل في الآتي: كيف تعامل (إرنيست مرسيي) مع الأحكام الفقهية المنظمة للوقف ؟، أو بصيغة أخرى: ما موقف الفقيه (إرنيست مورسييه) من التناول الفقهي (الإسلامي) لقضايا الوقف؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية جملة من التساؤلات الفرعية، على النحو الآتي:

ـــ كيف تناول (مرسيي) مسألة الجذور التاريخية لمؤسسة الوقف؟

ـــ هل استطاع (مرسيي) أن يقف على توصيفٍ قانوني دقيق للملكية الوقفية؟ وما أثر ذلك على الممارسات القضائية تجاه قضايا الوقف؟

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

ـــ ما موقف (مرسيي) من العلاقة القائمة بين نظاميْ الوقف والميراث؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية سأكتفي في هذا البحث بعرض أربع قضايا فقهية ناقشها (مرسيي) نقاشا علميا، مبتغيا في ذلك تحقيق الأهداف الآتية:

ـــ التعرف بدقة على موقف الفقهاء والباحثين الغربيين وعلى رأسهم (إرنيست مرسيي) من ظاهرة الحُبس.

ـــ الوقوف على موافقات ومؤاخذات (مرسيي) تجاه القضايا المعروضة.

ـــ لفت انتباه الباحثين المهتمين بموضوع الوقف إلى تناول مثل هذه الدراسات بالاستقصاء والتحليل، والتي من شأنها أن تؤسس لموضوع جديد جدير بالبحث، وهو موقع الوقف من القوانين والتشريعات الغربية الحالية.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي

لا يمكن خوضُ غمار موضوع تتمحور حيثياته حول موقف فقيهٍ غربي من مسائل فقهية دقيقة حول الوقف دون بيانٍ لمفهوم هذا الأخير، إضافة إلى التعريف بصاحب الكتاب وكتابه الذي كان مصدرًا ونموذجاً لاستقاء آراء فقهاء القانون الغربي، وهذا ما سيكون محور هذا المبحث.

المطلب الأول: التعريف بشخصية إرنيست مرسيي

ولد (إرنست مرسييه Ernest Mercier) في 17 سبتمبر 1840م، بالمدينة الفرنسية المسماة لاروشيل La Rochelle، ويعود سبب تواجده بالجزائر إلى تعيين والده ستانيسلاس مرسيي Stanislas Mercier الذي كجراحٍ عسكري، ومساعدًا لقائد حامية زمن الماريشال بيجو بالجزائر، الذي قرّر في نهاية مهمته الاستقرار بشكل نهائي بالجزائر رفقة زوجته وثلاثة من أبنائه، الذين يتوسطهم (إرنيست مرسيي).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

لم ينقطع (مرسيي) عن الدراسة بعد قدومه للجزائر، حيث واصل متابعة ما تعلمه في كوليج لاروشيل، فخصص وقت فراغه في تعلم اللاتينية، واللغة العربية التي قطع فيها شوطا كبيرا سمح له بالتعرف على التاريخ العربي الإسلامي واطلاعه على مؤلفات المؤرخين العرب، وهو ما سمح بالنجاح في مسابقة المترجمين العسكريين، أين باشر عمله إثرها بمدينة سبدو ولاية تلمسان (غرب الجزائر)، ثم انتقل بعدها إلى مدينة الحروش ولاية سكيكدة (شرق الجزائر)، مرورا بمدينة تنس ولاية الشلف (وسط الجزائر)، لينتهي به المطاف بمدينة قسنطينة التي استقر بها نهائيا في سنة 1873م، وتوفي بها في 16 ماي 1907م.

انتخب (إرنيست مرسيي) ثلاث مرات على رأس بلدية قسنطينة. فقد انتخب في بداية الأمر مستشارا بلديا في 4 ماي 1884، وعين بعد الاجتماع الأول للمجلس شيخًا للبلدية ابتداء من 18ماي 1884 ليستقيل في 10 أكتوبر 1887م، ثم انتخب مرة ثانية في 03 ماي 1896 وباشر عمله في 11 ماي من السنة نفسها، ثم أعيد انتخابه لعهدة ثالثة في ماي 1900، إلا أنّه استقال مرة أخرى في 8 ديسمبر من نفس السنة لأسباب صحية[1].

ترك "إرنيست مرسيي" إنتاجا علميا غزيرا في ميدان الكتابة والتأليف، حيث تجاوز عدد مقالته المنشورة في غالبها بالمجلة الإفريقية الأربعين مقالا، وكثر من عشرة كتب، كما تنوعت هذه التآليف لتشمل ميدان البحوث الاجتماعية[2] والتاريخية[1]

[1]– عز الدين بومزو: الضباط الفرنسيون الإداريون في إقليم الشرق الجزائري ـــ إرنيست مورسييه نموذجا، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قسنطينة (الجزائر)، 2008، ص 31، 32، 33.

[2]– ومثال ذلك مقاله الموسوم بعنوان: كيف تعرب شمال إفريقيا؟ (Comment l'Afrique du Nord a été arabisée)، وهو بحث نشر سنة 1874.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

والقانونية[2] وحتى الدينية[3]، من جملة المواضيع التي استهوت (إرنيست مرسيي) موضوع الوقف الإسلامي، الذي خصّه بست دراسات كاملة، والتي يمكن الإشارة إليها على النحو التالي:

1 ــ الحُبُس أو الوقف، قواعده، فقهه. (Le Habous ou Ouakof, ses régles, sa jurisprudence.)

2 ــ ترجمة جميع أجزاء فصول الحُبُس من كتاب الدر المختار المتعلقة بالبيع والاستبدال، وغيرها. (Traduction de toutes les parties de chapitre des Houbous du Dorr-El-Mokhtar se rapportant aux ventes, remplois,etc...)

3 ــ ملخص مذهب الفقه الحنفي في الحبس. (Résumé de la doctrine et de la jurisprudence du rite Hanifi sur les Habous)

4 ــ دراسة عن عقد حُبُس لبودة محمد بن الحاج عمور. (Etude sur l'acte de Habous de Bouda Mohamed Ben El Hadj Amor.)

5 ــ دراسة حول الحُبُس في تونس. (Consultation sur un Hobous de Tunis)[1].

---

[1]– مقال بعنوان: عبد الرحمن، باي قسنطينة (Abd-Er-Rahman, Bey Constantine)، نشر هذا المقال في ست صفحات سنة 1876.

[2]– مقال بعنوان: قانون 16 فبراير 1897 بشأن الملكية العقارية في الجزائر (La loi du 16 février 1897 sur la propriété fonciére en Algérie)، نشر هذا البحث في عشرين صفحة سنة 1897 .

[3]– مقال بعنوان: الملكية في المغرب وِفق المذهب مالك (La propriété en Maghreb selon la doctrine de Malek)، وهو بحث انتظَم في ثلاث وعشرين صفحة، ونشر سنة 1894.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

6 ــ قانون الحُبُس (أو الوقف) وِفقا للتشريع الإسلامي (Code du Hobous ou Ouakf selon la législation musulmane)

المطلب الثاني: التعريف بالمؤَلَّف

يُعد كتاب "**قانون الحُبُس أو الأوقاف**" لمؤلفه "**إرنيست مرسيي**" أحد الكتب البارزة والمهمة ضمن باب الاهتمام الاستشراقي بموضوع الوقف الإسلامي، إلى جانب الكتاب الذي ألّفه "**كلافال**" بعنوان "**الوقف أو الحبس**"، وهو كتاب سابق في تأليفه عن كتاب "**قانون الحُبُس أو الأوقاف**" الذي هو موضوع دراستنا، وأكثر تفصيلا منه على ما يظهر من تهميش "**إرنيست مرسيي**".

طبع هذا الكتاب أول مرة (وهي الطبعة الوحيدة المتداولة حسب علمي) سنة 1899 بمطبعة "**براهام BRAHAM**" الكائن مقرها آنذاك بمدينة قسنطينة (الجزائر)، وقد اعتمدت في إعداد هذه الورقة البحثية على الطبعة الفرنسية، كوني لم أصادف أي ترجمة للكتاب، إلى أن اكتشفت بعد فراغي من إعداد الورقة أن الكتاب مترجم من قِبل الباحثة "**مريم كواتي**" وِفق ما أشار إليه الباحث "**ناصر الدين سعيدوني**" في مقال منشور له بمجلة الأوقاف[2].

احتوى الكتاب على إحدى عشر فصلاً، حاول من خلالها المؤلف أن يغطي كُلاًّ من الجانب النظري، وذلك من خلال تعريفه للوقف وبيانه للشروط والمبادئ الأساسية التي ينبني عليها تشريع الوقف، وأتبع ذلك مناقشة مستفيضة للكثير من تلك المبادئ،

[1]– عز الدين بومزو: الضباط الفرنسيون الإداريون في إقليم الشرق الجزائري ــ إرنيست مورسييه نموذجا، المرجع السابق، ص 125، 126، 127.

[2]– ناصر الدين سعيدوني: أوقاف رواق المغاربة بالأزهر الشريف، مجلة الأوقاف، العدد 36ن السنة 36، رمضان 1440 هـــ/ مايو 2019 من الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، ص 141 (هامش).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

كمسألة عدم القابلية للتصرف، واشتراط القُربة، والتوسيع في قائمة ما يجوز وقفه، بالإضافة إلى بحث مفهوم العقب، وكذا إدراة الأوقاف وإيجارها.

أما الجانب العملي (التطبيقي) للوقف فقد تناوله "**إرنيست مرسيي**" من خلال بحثه لمختلف القضايا والمنازعات المتعلقة بالأوقاف التي كانت تُطرح على المحاكم الفرنسية، وكيف كانت تتعامل هذه الأخيرة معها؟.

ثم ختم المؤلف كتابه بملحق احتوى على سبع نوازل فقهية عُرضت على فقهاء وقضاة الجزائر تتعلق بمنازعات الأوقاف حاول "أرنيست مرسيي" أن يعلق عليها بعد تحليل مضمونها بُغية تأكيد ما أورده في ثنايا كتابه.

المطلب الثالث: تعريف الوقف

يتجاذب فكرة التبرع بالمال على سبيل التأبيد مصطلحين اثنين، مُصطلح (**الحُبس**) وهو مصطلح متداول في المغرب الإسلامي، وفي مصادر المذهب المالكي في غالبها، ومصطلح (**الوقف**) وهو مصطلح متداولٌ استعماله في المشرق الإسلامي، ولا فرق بين المصطلحين من حيث المعنى[1]، فإذا قيل الحُبُس قُصد الوقف، وإذا قيل الوقف قُصد

[1]– يمكن الإشارة إلى أن بعض الباحثين حاول التفرقة بين المصطلحين بالقول: (... استعمل بعض الفقهاء للتعبير عن صيغة الوقف لفظ التحبيس المتداول في كتب فقهاء المذهب المالكي الذي هو المذهب السائد في المغرب، وقد يرجع السبب في هذا الاستعمال عند المالكية إلى أنّهم يقولون بالوقف المؤقت، بمعنى أن الشيء الموقوف محبوس صاحبه عن التمتع به لمدة معينة مع احتفاظه بملكية الشيء الموقوف فهو تحبيس فقط، أما إذا كان الموقوف مؤبدا فتخرج الملكية عن الواقف ويسمى وقفا وليس تحبيسا). جوزيف لوسيوني: المؤسسات الحبسية في المغرب من النشأة إلى سنة 1956م، ترجمة: نجيبة أغرابي، دار أبي الرقراق، الرباط (المغرب) ، ط1 (2010 م)، ص 09، 10 (مقدمة ترجمة الكتاب).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

الحُبس، ولما كانت حياة صاحب الدراسة محل البحث (إرنيست مرسيي) كلها في الجزائر، فإنه غلب عليه توظيف واستعمال مصطلح الحُبس على الوقف.

1 ــ تعريف الوقف لغة

الواو والقاف والفاء أصلٌ واحدٌ، يدل على تَمَكُّثٍ في شيء ثم يقاس عليه [1]، ويُطلق الوقف ويراد به الحَبْسُ، إذ الوقف مصدر قولك: وقفت الدابة ووقفت الكلمة وقفا، وإذا وقّفت الرّجل على كلمة قلت: وقّفته توقيفًا، ووَقَفَ الأرض على المساكين وقفًا حبَسها، ووقفت الدابة والأرض وكل شيء، فأما أوقف في جميع ما تقدم من الدواب والأرضين وغيرهما فهي لغة رديئة، وقيل: وقــف وأوقــف سواء [2]، والجمع أوقاف مثل ثوب وأثواب [3].

وعليه يمكن القول إن المعنى اللغوي للوقف لا يخرج في عمومه عن معنى الحبس، الذي يقتضي الحبس على جهة معينة، والحبس عن التصرف؛ أي المنع منه.

2 ــ تعريف الوقف في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في بيان معنى الوقف بسبب اختلافهم في طبيعة العقد ذاته، فعبّر فقيهُ كلِّ مذهب عن مدلول الوقف وِفق التصور المنوط به داخل المذهب، وهو ما نجده

[1]– ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، تحقيق: محمد عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، د.ط (1399 هـــ ــ 1989 م)، ج 6، ص 135.

[2]– ابن منظور: لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط 3 (1414 هـــ)، ج 9، ص 359، 360.

[3]– الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، (د.ط، د.ت)، ج 2، ص 669 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

مبثوثا في المصادر الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنبلية[4].

وباستعراض تلك التعاريف يمكن القول إنها جميعا يدور معناها حول حبس العين فلا يُتصرف فيها بالبيع والرهن والهبة ولا تنتقل بالميراث، وتصرف لجهات الوقف على مقتضى شروط الواقف لذلك يمكن القول إن أجمع وأدق وأرجح تعريف يمكن أن نعرف به الوقف هو الذي ذكره ابن قدامة المقدسي، بقوله إنّ الوقف هو: (تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة) [5].

3 ــ تعريف الوقف في القانون الوضعي

يعدُّ قانون الأوقاف رقم 91 ــ 10 [6] أول قانون مستقل خاص بالأوقاف يصدر في الجزائر، لذلك كان لزامًا على المشرع أن يُضَمِّن هذا القانون أهم المسائل المتعلقة بتنظيم الأوقاف، ومن ذلك تعريف الوقف، وهو ما نصت عليه المادة 03 منه بقولها: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقـــراء أو

[1]– المرغيناني: الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط، د.ت)، ج 3، ص 15.

[2]– ابن عرفة: الحدود في التعاريف الفقهية (مطبوع مع شرح الرّصاع)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1 (1993)، ج 2، ص 540.

[3]– الرّملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ط (الأخيرة) (1404 هـــ ــ 1984 م)، ج 5، ص 358.

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

[5]– ابن قدامة: المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة، د.ط (1388 هـــ ــ 1968 م)، ج6، ص 35.

[6]– الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 23 شوال 1411 هـــ الموافق لـــ 08 مايو 1991 م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

على وجه من وجوه البر والخير"[1].

ونظرا للاعتراضات التي يمكن أن يُعترض بها على هذا التعريف، يرى بعض الباحثين أن التعريف الأصح الذي كان ينبغي للمشرع الجزائري أن يعتمده هو التعريف الوارد في قانون الأسرة[2]، وذلك لبساطة عبارته وإيجازها ودقتها، إضافةً إلى خلُوِه من التعارض الذي وقع فيه المشرع من خلال المادة 03 من قانون الأوقاف، خاصة في استيعابه ـــ قانون الأسرة ـــ لما يمكن وقفه من أعيان ومنافع وحقوق بتوظيفه لعبارة "حبس مال"، وهو الذي نجده في الكثير من التشريعات العربية، مثل مدونة الأوقاف المغربية[3]، وقانون الأوقاف القطري[4].

4 ـــ تعريف الوقف عند إرنيست مرسيي:

[1]– رمول خالد: الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ط 2 (2006)، ص 29.

[2]– جاء في المادة 213 من قانون الأسرة رقم 84 ـــ 11، حيث نصت المادة على أن الوقف هو: "حبس مال عن التملك لأي شخص، على وجه التأبيد و التصدق". الجريدة الرسمية عدد 24، الصادرة بتاريخ 12 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 12 يونيو 1984 م.

[3]– جاء في المادة الأولى من مدونة الأوقاف المغربية حين تعريفها للوقف على أنه: "الوقف هو كل مال حُبِس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخُصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة، ويتم إنشاؤه بعقد، أو بوصية، أو بقوة القانون. يكون الوقف إما عامًا، أو معقبًا، أو مشتركًا".انظر: وزارة العدل والحريات (المملكة المغربية): الظهير الشريف رقم 1.09.236 الصادر في 08 ربيع الأول 1431 هـ (23 فبراير 2010)، ص 03.

[4]– عرفت المادة الثانية من القانون الأوقاف القطري الوقف على أنه: "الوقف هو حبس مال معين يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه، على مصرف مباح شرعاً". انظر: الجريدة الرسمية، العدد السادس، الصادرة بتاريخ 22 / 07 / 1996.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

بدأ "**مرسيي**" في تعريفه للوقف ـــ مستخدماً مصطلح الحُبس ـــ بإيراده لتعريف كلٍّ من المذهب المالكي والحنفي، ناقلا التعريف عن أكفأ المؤلفين المسلمين في المدرسة المالكية والحنفية ـــ على حدّ تعبيره ـــ مبتدئا بتعريف ابن عرفة واصفا إياه بالعالم المالكي، مرورا بتعريف صاحب الدّر المختار (الإمام الحصفكي)، الذي وصفه برمز المدرسة الحنفية، حيث يقول: (لنبدأ بدراسة التعريف المقدم لهذا العمل من قِبل أكفأ المؤلِفِين المسلمين من المدرسة المالكية والحنفية. عرّفه ابن عرفة (عالِمٌ مالكي) بقوله: "إعطاء منفعة شيء لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا"، وقال صاحب الدُّر المختار رمز المدرسة الحنفية، في شكل أكثر إيجازا: "حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة")[1].

الملاحظ على "**إرنيست مرسيي**" أنّه لم ينقل تعريف ابن عرفة كاملا، حيث جاء منقوصاً من عبارة (مُدة وُجوده)، والمتعارف عليه أنّه في مثل هذه التعريفات والحدود لكل كلمة وعبارة مدلولها وتأثيرها على البناء العام للمعنى، خاصة مع فقيهٍ مثل ابن عرفة المعروفٌ عنه الدِّقة في اختيار الكلمات والألفاظ التي يبني بها أي تعريف[2].

ولم يكتفِ "مرسيي" في تعريفه للحُبس (للوقف) بنقل التعريف الفقهي، بل حاول البحث عن معنى المصطلح في القواميس والمعاجم الغربية، فنقل الترجمة اللاتينية التي أوردها فريتاغ[3] بقوله: (وأخير، ترجم قاموس فريتاغ (FREYTAG) مصطلح " الحُبُس "

[1] –**ERNEST MERCIRR** : LE CODE DU HOBOUS OU OUAKF selon la législation musulmane, imprimerie D.BRAHAM, CONSTANTINE (ALGERIE), 1899, P 9.

[2]– ورد التعريف في الصفحة السابقة.

[3]– هو مستشرق ألماني، اسمه الكامل هو: جورج وليم فريتاغ، توفي سنة 1861، صاحب المعجم العربي اللاتيني الذي طبعه في مدينة هاليس في أربعة أجزاء بين سنوات 1830 ـــ 1837 م. انظر: عبد العزيز بن حميد الحميد: مناهج المستشرقين في الصناعة المعجمية، ندوة قضايا المنهج في اللغة والأدب،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

على النحو التالي: " Dicavi in pios usus rem, dum possessio pristino possessori manebat")[1]، والمقصود بالعبارة: (التبرع بالشيء مع الاحتفاظ بالحيازة للمالك).

ليصل "مرسيي" في النّهاية لصياغة تعريفٍ للوقف (الحُبُس) يتوافق ونظرته الفقهية بقوله: (فالحُبُس هو التبرع بثمار شيءٍ ما مملوك للمتبرع طالما لازال الانتفاع به قائما .

هذا التبرع هو صدقة، أي أنّ دافعه هو تحقيق رضى الله، فيجب أن يكون خاليا من كل المصالح الدنيوية، عكس الهبة التي يمكن أن تهدف إلى إرضاء الصداقة والقرابة وغيرها بدون تعويض ولا رجعة، ويبقى المتبرع صاحب الشيء المحبوس حتى بعد موته، لأنه لم يعط سوى الثمار التي سينتجها الشيء المحبوس)[2].

المبحث الثاني: الأصل التاريخي والتأسيسي لمؤسسة الوقف

حظيت إشكالية تحديد أصل مؤسسة الوقف باهتمامٍ بالغٍ من قِبل "**إرنيست مرسيي**"، وهو ما يظهر من خلال المناقشة والتفصيل الذي أبداه هذا الأخير بخصوص بحث الجذور التاريخية والتأسيسية للوقف، حيث فرّق بين أصل المؤسسة من الناحية الوجود، والمقصود بذلك مدى حداثة وجِدة مؤسسة الوقف بالنظر إلى ما سبقها من مؤسسات خيرية مشابهة، وبين الأصل التشريعي للمؤسسة، والمقصود بذلك الأصل الشرعي الذي أسّس لوجود مؤسسة الوقف.

فاس (المملكة المغربية)، 18 مايو 2011م، عنوان الموقع https://www.voiceofarabic.net/، تاريخ الزيارة: 14 أكتوبر 2021.

[1]–**ERNEST MERCIRR** : LE CODE DU HOBOUS OU OUAKF Op.Cit., P 10.

[2] –Ibid., p 10.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

المطلب الأول: الجذور التاريخية لمؤسسة الوقف

إنّ شدة ذهول "**إرنيست مرسيي**" تُجاه سرعة وقوة انتشار مؤسسة الوقف في العالم الإسلامي، ذهولٌ عبّر عنه بقوله: "... إلى أنّه بالرجوع إلى أصل المؤسسة، يصاب الذهن بالدهشة من التوسع الذي حققته وأخذته هذه المؤسسة"[1]، جعله يتساءل ويبحث عن نقطة بداية هذه المؤسسة بشكل يوحي بدرجة هَوَسِهِ واهتمامه بهذه الجزئية، وهو ما يمكن أن نقف عليه من خلال عبارته التي جاء فيها: "في ظل وجود هذه الحقائق، يُدفع المرء إلى التَّساؤل عما إذا كان قبل الإسلاموية لم يكن هناك بالفعل مؤسسة مماثلة إلى حدٍّ ما في شبه الجزيرة العربية، كيف يمكن انطلاقا من هذه القاعدة غير المؤكدة أن الحبس الذي لم يذكره القرآن حتى، كان يمكن أن يتطور ويتشكل بهذه السرعة من قِبل مؤسسي التشريع الإسلامي في قرنين هجريين، هل تم إجبارهم على الاعتراف به أو تنظيمه؟"[2].

و لم يقف "**إرنيست مرسيي**" عند مجرد التساؤل، بل حاول إبداءَ الإجابة عن هذا التساؤل من خلال تأكيده على استحالة إيجاد إجابة جازمة تؤكد أو تنفي وجود هذه المؤسسة قبل فترة الإسلام، مُرجحا في خضّم ذلك فكرة احتمالية رجوع التخصيص للمستفيد الوسيط قبل انتقال المنفعة إلى جهة الاستفادة النهائية[3] إلى زمن بعيد يعود لفترة ما قبل ظهور الإسلام[4].

المطلب الثاني: التأسيس الشرعي لمؤسسة الوقف

[1] –**ERNEST MERCIRR** : LE CODE DU HOBOUS OU OUAKF Op. Cit , P 127.

[2] –**ERNEST MERCIRR** : LE CODE DU HOBOUS OU OUAKF Op. Cit., P 128.

[3] – كما هو الحال بالنسبة للوقف الذي يبدأ خاصاً ثم ينتهي عاما.

[4] –Ibid., p 128.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

حاول "**إرنيست مرسيي**" أن يُجلّيَ ويوضح الأصل الشرعي الذي تستند إليه عملية وقف الممتلكات لأغراض خيرية متنوعة، فذهب بدايةً إلى تأكيد خُلُوِ القرآن الكريم باعتباره المصدر الأول للتشريع الإسلامي من أيِّ اعترافٍ صريحٍ بمؤسسة الوقف، ليذهب إلى القول بأن أئمة المذاهب ارتكزوا في تأصيلهم وتأسيسهم الشرعي للوقف على التقاليد المعتمدة في السُنّة ـــ كما يسميها إرنيست ـــ، لاسيما على حديث النّبي (صلى لله عليه وسلم) في إجابته على سؤال عمر بن الخطاب رضي الله عنه حول قضية أرض خيبر: "**تصدق بأصله، لا يباع ولا يوهب ولا يورث، ولكن ينفق ثمره**"[1].

ويذهب "**إرنيست مرسيي**" في هذا الصدد إلى أن المسملين: "يحترمون ما يُنسب من كلام تقليدي جُمع من فم محمد (صلى الله عليه وسلم) عن طريق أصحابه، و لم يسمح مؤسسوا المدارس الأربع (لمذاهب الفقهية الأربعة) برفض هذه الصيغة الدقيقة"[2].

بل يذهب إلى أبعد من ذلك حينما يتعامل مع حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم بشيء من الاستخفاف والتشكيك فيقول: "هذا هو الأصل القانوني لهذا الفعل الذي يجب أن تكون عواقبه خطيرة للغاية والتي تتعارض مع قواعد التشريع الإسلامي. مبدأه في النصيحة المزعومة التي قدمها النبي (صلى الله عليه وسلم) إلى أحد ضباطه للقيام

[1]– أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الوصايا، باب ما للوصي أن يعمل في مال اليتيم، حديث رقم 2764، أنظر: البخاري (محمد بن إسماعيل أبو عبد الله): الجامع الصحيح ، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، بيروت، ط 1 (1422 هـــ)، ج 4، ص 10.

[2] –Ibid., p 12.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

بعمل "**يُرضي الله** " في أرض الفتح لم يكن يعرف كيف يستفيد منها، والتقاليد لا تقول حتى إذا تم إتباع النصيحة" [1].

ليعيد مرة أخرى التشكيك في صحة أمر النبي (صلى الله عليه وسلم) لعمر بن الخطاب رضي الله عنه بقوله: "هل أعطى محمد (صلى الله عليه وسلم) حقّا لأحد ضباطه النصيحة بوضع أرض خيبر في الحبس، بحيث لا يمكن بيعها أو توارثها، وتخصيص الدّخل إلى الأبد لصالح الفقراء ؟

دعونا نعتبرها صحيحة، فهل ترتب على ذلك أن المشرع ـــ النبي (صلى الله عليه وسلم) ـــ أراد بذلك أن يضيف إلى قانونه فصلا جديدا من التناقض، أو ما لا يتوافق مع المبادئ التي أقرّها؟ من الواضح لا، لقد أشار إلى طريقة لتخصيص ملكية لصالح الفقراء، حصل عليها بلا شك كجزء من الغنيمة من قبل أحد رفاقه في بقاع معزولة)[2].

ويصل "**إرنيست مرسيي**" في النهاية بعدما لم يُغنيه التشكيك في صحة نِسبة الحديث ـــ أو النصيحة كما أسماها ـــ إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) إلى القول أنّ محمدا (ص) ما كان يعلم أنّ هذه الكلمات سيكون لها دور في إقامة مؤسسة مثل

[1] – الظاهر أن أرنيست مرسيي لم يكن على اطلاع واسع بالسنة حينما ادعى أن التقاليد التي يقصد بها المنقول من السنة النبوية لم تنقل لنا إن كان عمر بن لخطاب رضي الله عنه عمل بنصيحة النبي صلى الله عليه وسلم أم لا؟ ، ففي رواية للبخاري وغيره من أصحاب السنن : ((فتصدق بها عمر، أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء، وفي القربى وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول))، حديث رقم 2737 ، ج 3 ، ص 198 .

[2] – **ERNEST MERCIRR** : LE CODE DU HOBOUS OU OUAKF Op. Cit., P 128.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

مؤسسة الحبس، ويعبر عن كل ذلك بقوله: "ولو قيل له إن هذه الكلمات ستستخدم لتأسيس مؤسسة مثل مؤسسة الحبس، لكان مندهشا للغاية" [1].

المبحث الثالث: وصف إرنيست مرسيي لموقف الفقه الغربي من فكرة الوقف

إن الواقف على ما أورده "**إرنيست مرسيي**" في كتابه "قانون الحُبُس" من أحكام عامة وتفصيلية لنظام الوقف، يمكنه تكوين صورة واضحة ومكتملة عن موقف الفقه الغربي من ظاهرة وقف الممتلكات على الجهات الخيرية المتنوعة، وعليه سأحاول في هذا المبحث بيان تلك الصورة من خلال الوقوف على توصيف الفقه الغربي للملكية الوقفية أولاً، ثم الوقوف على بعض النماذج الدالة على جهل هذا الأخير لظاهرة الوقف وأثر ذلك على الممارسات القضائية في البلدان المستعمرة عموما والجزائر بالخصوص.

المطلب الأول: توصيف الملكية الوقفية عند إرنيست مرسيي

تنقسم الملكية عموما في الفقه الغربي إلى ملكية عامة وأخرى خاصة، لكلٍ منها خصائصها وضوابطها القانونية، ولا تخرج الأملاك ذات الوظيفة الخيرية عن هذين الصنفين، على خلاف الملكية الوقفية التي عرفها التشريع الإسلامي والتي تُعد صنفًا قائمًا بذاته يستقل ويختلف في خصائصه القانونية عن كلٍّ من الملكية العامة والخاصة، ومنه فإنّ غياب صيغة "**الملكية الوقفية**" عن الأدبيات القانونية الغربية عموما، والفرنسية خصوصا، أحدث نوعاً من الارتباك في تناول هذا الموضوع من قِبل هؤلاء الفقهاء، حتى بلغ الأمر إلى درجة وصف "**الملكية الوقفية** " بأوصاف إلى جانب كونها ـــ غير علمية ولا قانونية ـــ فإنّها تُنْبِئ وتُعبِّر عن حالة الذُّهول واستغراب الفقه القانوني الغربي أمام هذا النّموذج من الملكية، ولعل أهمّ وصفين طالما ردَّدَهُما "**إرنست مرسيي**" في كتابه

[1] –Ibid., p 128.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

هما: الملكية الوهمية "**loin d'étre fictive**"، والملكية الناقصة أو العارية "**nue_proprietaire**"[1]، والمقصود بالملكية الناقصة أو المالك الناقص ذلك المالك الذي لا يملك سلطة على ما يملكه، إذ لا يمارس عادة تلك السلطة التي يمارسها المالك الحقيقي من استعمال واستغلال وتصرفٍ فيما يملك.

المطلب الثاني: جهل الفقه القانوني الغربي لفكرة الحبس وأثر ذلك على الممارسات القضائية

1 ــ جهل الفقه القانوني الغربي لفكرة الوقف

يؤكد "**إرنست مرسيي**" في الكثير من فصول بحثه على مسألة جهل الفقه الغربي لفكرة الوقف، هذا الجهل عبّر عنه بعبارات مختلفة كقوله مثلا: "إن الحبس لم يكن له مشابه في قوانيننا" [2]، وقوله: "... لأن الفقهاء الأوربيين لم يتمكنوا من التعرف عليها وفهمها ــ يقصد المبادئ التي يقوم عليها الحُبُسْ ــ، لقد أربكهم هذا الموضوع لدرجة جعله غير مفهوم ..."[3]، وقوله أيضا: "النظريات بكافة أنواعها طُرحت على تشريع الحبس وإن الفقه لم يتوقف عن الطَفْوِ"[4]، ليُسلم في نهاية المطاف بضرورة أخذ هذه المؤسسة كما هي دون محاولة فهمها أو المساس بكيانها "ليس لنا أن نحقق في الطبيعة الدقيقة لهذا الحق من وجهة نظر تشريعاتنا [5]، نأخذ الأمر كما هو ونعتقد أنّه سيكون من

[1] –**ERNEST MERCIRR** : LE CODE DU HOBOUS OU OUAKF Op.Cit.,P 10.

[2] – Ibid., p 15.

[3] – Ibid., p 10.

[4] –Ibid., p 15.

[5] – كلافال ، الوقف أو الحبس ، ص 148 وما بعدها. نقلا عن: **ERNEST MERCIRR** : LE CODE DU HOBOUS OU OUAKF Op.Cit.,P 18.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

الخطر استيعابه في واحدة أو أخرى من مؤسساتنا . هذا هو الحال مع كل ما يتعلق بالحُبس"[1]، كل ذلك يؤكد جهل الفقه القانوني الغربي لموضوع الوقف كنمطٍ من أنماط التبرع والعمل الخيري[2]، ويدحض بما لا يدع مجالاً للشك ما يردده الكثير من الباحثين من أن فكرة الوقف فكرة قديمة ينسحب ظهورها إلى ما قبل الإسلام، وهنا يمكن القول إنّه لو كان موضوع الوقف متداولاً لدى الحضارات الأخرى غير الحضارة الإسلامية ـــ كما يدعي بعض الباحثين ـــ لظهر امتداده في التشريعات الغربية الحديثة.

2 ـــ أثر جهل الفقه القانوني الغربي لفكرة الوقف على الممارسات القضائية

لقد كان لجهل الفقه الغربي لموضوع الوقف أثرًا بالغًا في الوقوع في أخطاءٍ فادحةٍ تعلقت بفهم الملكية الوقفية وتنظيمها القانوني، انسحبت في مجملها على التعامل القضائي مع هذا الموضوع، خاصة في البلدان التي تمّ فيها إلغاء القضاء الشرعي واستبداله بالقضاء الفرنسي، الذي كان يرتكز بالأساس في إصدار أحكامه على آراء الفقهاء الغربيين ـــ الفرنسيين بالأخص ـــ والتي كانت مُشَوَهَةً بخصوص موضوع الوقف، وهو ما عبّر عنه "**إرنيست مرسيي**" بالقول: "هنا مرة أخرى أخطا الكثير من فقهائنا حينما افترضوا أن القاضي تدخل كممثل للمستفيدين في الحال والمآل، أو الفقراء والمؤسسات الدينية كمستفيدين نهائيين، لأنه وِفْقًا لهم لّما كان المؤسس يتنازل عن الملكية الناقصة كان عليه أن يتصرف نيابةً عنه شخص ما، بل إن البعض قد عبّر عن رأيٍ مفاده أنّه حفظ حقا

[1] –Ibid., p 18.

[2]– يقول في موضع آخر: "هذا هو الحبس حاليا، وهو شذوذ شبه قانوني، أجبر تطوره الهائل المشرعين على تنظيمه. هذه الحقيقة هي أكثر إثارة للدهشة لأنها أنتجت في المجتمع الإسلامي امتثالا لقانون ديني ومدني في نفس الوقت، مطلقة في أحكامها، ومحترمة بدقة".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

معنويا، للذات الإلهية وُلِدَ من الأساس. هذا هو المكان الذي تؤدي إليه نقطة البداية الخاطئة، ومع ذلك في التشريع الإسلامي لا يوجد حق لم يولد.

نتجت سلسلة الأخطاء هذه بسبب نقص في المعرفة بالمبادئ الأساسية للحُبُس. كما قلنا، نحن مقتنعون خطأً بأن المؤسس قام بالتنازل عن ممتلكاته بالكامل وأنه قام بتقسيمها لفائدة الوسيطين. وِفقًا لهذا النظام انتقلت الملكية الصافية، من يوم التأسيس إلى المستفيد النهائي، يعتقد البعض الآخر أن الملكية نسبت إلى الله بسبب الطبيعة الدينية للمؤسسة . للأسف يتدخل الدِّين هنا مثل عباءة (فارزيان[1] ـــ pharisien)"[2].

و لم يتوقف "**إرنست مرسيي**" عند مجرد بيان أثر ذلك الجهل لموضوع الوقف على الأخطاء الفادحة التي ستظهر بجلاء على الأحكام القضائية ـــ كما سبقت الإشارة ـــ بل ذهب إلى أبعد من ذلك حينما ذكر أن أصول وجذور تلك الأخطاء تعود بالأساس إلى تلك الأفكار المسبقة التي تمّ صنعها حول موضوع الحبس، معبرا عن ذلك بقوله: "إنّ أخطاء تقدير الفقهاء الأوربيين فيما يتعلق بالحبس تأتي من الأفكار المسبقة التي تمّ صنعها" [3].

المبحث الرابع: العلاقة القائمة بين قواعد الميراث ونظام الوقف عند "إرنيست مرسيي"

يثير "**إرنيست مرسيي**" في خضم تناوله للأحكام الشرعية المنظمة للوقف إلى مسألة علاقة نظام الحبس بالقواعد المنظمة للميراث، واصفا لها ومبرزا لملامحها تارةً،

[1]– فاريزيان هي: فرقة يهودية عُرفت بارتدائها لمعاطف طويلة، تتظاهر بالإيمان لكنّها تُبطن خلافه.

[2]– **ERNEST MERCIRR** : LE CODE DU HOBOUS OU OUAKF Op. Cit., P 36, 37.

[3] –Ibid., p 15.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

ومحلِّلًا لها تارة ثانية، إلى محاولته الوقوف عند موقف التشريع الإسلامي من تلك العلاقة تارة أخرى.

المطلب الأول: طبيعة العلاقة القائمة بين نظاميْ الوقف والميراث عند إرنيست مورسييه

يرى "إرنيست مرسيي" أن العلاقة القائمة بين نظام الوقف، خاصة حينما يكون أهليا (الوقف الأهلي أو الذري أو الخاص) وبين القواعد الشرعية المنظمة للميراث من حيث الواقع علاقة تصادمية، إذ غالبا ما يلجأ المُحبِس تحت ضغط الاعتبارات الاجتماعية إلى وقف أملاكه أو جز منها للتهرب من قواعد الميراث، وبُغية إقصاء من يريد إقصاءه من الاستفادة من التركة، ويُعبر "مرسيي" عن ذلك بقوله: "في الواقع العملي أصبح الحُبُس في أيدي المسلمين وسيلة للهروب من أحكام قانون الميراث التي حددها النبي (صلى الله عليه وسلم) وتسوية ميراثهم كما يحلوا لهم"[1]، بل يذهب "إرنيست مرسيي" إلى أبعد من ذلك حينما يعتبر أن نظام الحبس أصبح بفعل الممارسات غير الشرعية طريقا موازياً لنظام الميراث في تقسيم التركة، حيث يقول: "مبدأ الميراث الخاص بالمسلمين ينظمه إما تطبيق القانون القرآني، أو عن طريق أحكام تعسفية تحددها إرادة الإنسان في عقود الحبس" [2]، معبرا في خضم ذلك عن تأسفه لما آلت إليه أوضاع الحبس وللانحراف الخطير الذي عرفه هذا الأخير عن الهدف الأسمى الذي أنشئ من أجله قائلا: "هذا ما حصل لهذا التبرع الذي قُدّم لغرض ديني وإنساني"[3].

ثانيا: تحليل إرنيست مورسييه للعلاقة القائمة بين نظاميْ الوقف والميراث

[1] –**ERNEST MERCIRR** : LE CODE DU HOBOUS OU OUAKF Op.Cit., P 44.

[2] –Ibid., p 44.

[3] –Ibid., p 44,45.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

لم يتوقف مرسيي عند مجرد الطرح القانوني لتلك العلاقة التصادمية، بل حاول تحليلها من الناحية الاجتماعية، باحثًا عن الأسباب الكامنة وراءها، والتي ترتكز بالأساس في نظره في سببين اثنين: **الأول** يتعلق باستبعاد مشاركة أفرادٍ أجانب (الزوجات والأزواج والأصهار) في ملكية العائلة، والثاني ضمان حماية الملكية من خطر التقسيم والتجزئة[1]، وهو ما عبّر عنه بقوله: "...من خلال وضع ممتلكاته تحت الحُبُس الذي تم تشكيله لصالح ذريته من الذكور، يحصل ربُّ الأسرة على نتيجة مزدوجة :

1 ــ يستبعد مشاركة كل من ينتمي إلى الأُسَر الأخرى أو إلى الفروع الأخرى .

2 ــ من المؤكد أن المبنى سيبقى متمتعا به نسله إلى ما لا نهاية ، وسيتخلص من أسباب مختلفة قد تؤدي إلى تمليكه"[2].

ويقول في موضع آخر: "إن النّصيب المخصص للزوجين، والذي يمكن أن يصل بالنسبة للزوج إلى نصف ميراث زوجته، والحصة القانونية المقررة للبنات والأخوات تؤدي إلى إدخال الأسر الأجنبية في الملكية المشتركة للمباني التراثية. لابد من الإقرار بأنه إزعاجٌ خطير، لكنه القانون"[3].

---

[1]– يُعبّر أحد الباحثين عن هذا الدافع بالقول: (يشكل التجمع العائلي أساس المجتمع العربي ... يستمد قوته ليس فقط من العدد المكون للعائلة وخاصة في العنصر الذكوري، ولكن أيضا في التراث الذي يبقى غير مجزء ... وهو المعني بالاحتفاظ بما تركه الآباء والأجداد من ثروة ثابتة تحقق له الهيبة في النفس والمكانة في المجتمع ... فيحاول أن يحمي الورثة من أنفسهم بتكوين تراث حبسي يلبي طموحاته ويوفق بين غريزته ومصلحة ذريته بحبس العين عن التملك والتمليك وإباحة المنفعة لهم ...). مصطفى بنعلة: جوانب من تاريخ الحُبُس المعقب بالمغرب، Rabat Net Maroc، الرباط (المغرب)، د.ط (2008)، ص 9، 10.

[2]–**ERNEST MERCIRR** : LE CODE DU HOBOUS OU OUAKF Op. Cit., P 44, 45.

[3] –Ibid., p 44,45.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

ثالثا: استقراء إرنيست مرسيي لموقف الفقهاء المسلمين من العلاقة القائمة بين نظاميْ الوقف والميراث

يُفرق "مرسيي" في بحثه لموقف الشرع الإسلامي من تلك العلاقة التصادمية بين نظاميْ الوقف والميراث، بين موقف التشريع الإسلامي في حدّ ذاته، وهو الموقف الذي يمكن الوقوف عليه من خلال ما هو مقرر في النصوص الشرعية من قرآن وسنة وغيرها، وبين موقف الفقهاء المسلمين، حيث يبرئ "مرسيي" التشريع الإسلامي من هذه العلاقة التصادمية، مبرزا موقف هذا الأخير برفض كل وقف أُنشِئ بنية مخالفة قواعد الميراث[1]، وهو ما يمكن الوقوف عليه من خلال قوله: "الميراث الإسلامي محكومٌ عليه فقط بالتشريعات القائمة على مبادئ القرآن، لا يمكن لأيِّ مؤمن إجراء أي تعديل (بإرادته)"[2]، وأنّ "أي نية واضحة أو غامضة لاستخدام هذا القانون لتعديل قواعد الميراث يُفسد المؤسسة ويستتبع إلغاءها أو تحولها إلى وصية "[3]، وقوله أيضا: "إذا كان الحبس في الواقع وسيلة قائمة بنفسها لتنظيم الميراث بشكل تعسفي، فلا يترتب على ذلك أن له أدنى صلة بقانون التركة الذي يعمل على انتهاكه"[4].

[1]– جاء في أحد الفتاوى: (والحاصل أن الأوقاف التي يُراد بها قطع ما أمر الله به أو يوصل، ومخالفة فرائض الله ... فهي باطلة من أصلها لا تنعقد وذلك كمن وقف على ذكور أولاده دون إناثهم وما أشبه ذلك، فإن هذا لم يرد التقرب إلى الله تعالى بل أراد المخالفة لأحكام الله عز وجل والمعاندة لما شرعه لعباده وجعل هذا الحبس الطاغوتي ذريعة إلى ذلك المقصد الشيطاني ....). أبو الطيب صديق بن حسن القنوجي البخاري: الروضة الندية شرح الدرر البهية، المطبعة المنيرية، القاهرة (مصر)، (د.ط، د.ت)، ج2، ص 160.

[2] –**ERNEST MERCIRR** : LE CODE DU HOBOUS OU OUAKF Op. Cit., P 44.

[3] –Ibid., p 45.

[4] –Ibid., p 45.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

لُيُقَرِّرَ "مرسيي" في النِّهاية أن الفقهاء لم يقفوا بكل حزم أمام هذا النوع من التصرفات الرامية إلى التهرب من قوانين الميراث، مُعبرا عن ذلك بقوله: "من المثير للدهشة أن العلماء ليسوا أكثر حزما تجاه مؤسسة انحرفت عن طبيعتها وهدفها إلى درجة أنّها تصبح في أيدي المؤمنين أداة احتيال، ووسيلة ماكرة لسلب مبانيه من الوضع العادي للممتلكات والحفاظ عليها من تقلبات السلطة الحكومية، من خلال إبقائها مقدسة عند الأحفاد المفضلين" [1]، دون أن يتناسى ـــ مرسيي ـــ في موضع آخر وقوف فقهاء آخرين يصفهم بالفقهاء "**الحقيقيين**" في وجه هذه التلاعبات، بقوله: "لا يعترف الفقهاء المسلمون الحقيقيون بأيٍّ اندماج بين الحبس والميراث"[2].

الخاتمـــة:

من أهمّ النتائج التي خلصت إليها في نهاية هذا البحث :

1 ـــ يُعدُّ "**إرنيست مرسيي**" أحد النماذج الغربية التي كان لها اهتمام بالغ بموضوع الوقف (الحُبس)، ما يفرض على الباحثين والمهتمين بهذا الموضوع إخضاعَ أعماله العلمية للدراسة والتحليل.

2 ـــ يُقر "**إرنيست مرسيي**" بشكل قاطع جهل الفقه القانوني الغربي للملكية الوقفية، ما يدحض فرضية استمداد فكرة الوقف (الحُبس) من الحضارات السابقة للحضارة الإسلامية، إذ لو كان الأمر كذلك لظهر موضوع الوقف في التشريعات الغربية باعتبارها تابعة ـــ في غالبهاـــ لما جاء في الحضارات الغربية القديمة.

[1] –Ibid., p 45.

[2] –Ibid., p 44.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

3 ــ لم يستسغ "**إرنيست مرسيي**" سرعة وحجم انتشار مؤسسة الوقف وتوغلها في كل المجالات الخادمة للمجتمع، ما دفعه إلى التردد في الجزم بأن هذا النمط من المؤسسات لم يبدأ إلا مع الفترة الإسلامية.

4 ــ إن المستقرئ لما تناوله "**إرنيست مرسيي**" في كتابه (قانون الحُبُس)، يستطيع الوقوف على بعض الأسباب الكامنة وراء جرائم الاحتلال الفرنسي في الجزائر تجاه الأملاك الوقفية (الحبسية)، وهو ما يتمثل في الأحكام القضائية التعسفية المبنية على جهل القضاة لخصائص تلك الملكية.

5 ــ حاول "**إرنيست مرسيي**" أن يعالج العلاقة القائمة بين الوقف ونظام الميراث من خلال التفرقة بين الواقع العملي والفعلي للوقف، والذي يصاحبه في الكثير من الأحيان نية التهرب من قواعد الميراث، وبين ما قرّره التشريع الإسلامي الذي يرفض أي تصادمٌ بين النظامين (الوقف والميراث).

6 ــ لم تلازم عباءة الباحث القانوني "**إرنيست مرسيي**" في كل ما تناوله حول موضوع الوقف، بل حاول أن يخرج من هذه العباءة في بعض تحليلاته، مثلما حدث معه وهو يحاول البحث عن الاعتبارات الاجتماعية التي جعلت بعض الواقفين يستغلون نظام الوقف للتهرب من قواعد الميراث.

7 ــ أظهر "**إرنيست مرسيي**" تمكنًا لافتًا في استيعاب منصوصات الفقه الإسلامي، من خلاله قدرته الفائقة على الرجوع لمختلف المصادر الفقهية لمختلف المذاهب.

ومن **التوصيات** التي يمكن أن نقدمها في هذا المقام البحثي:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

1 ــ دعوة المهتمين بالترجمة إلى ترجمة مثل هذه الأعمال والدّراسات حتى نضمن وصولها وتفاعل أكبر عدد ممكن من الباحثين معها، ولما لا تقام مسابقات دولية وجوائز تشجيعية لترجمة مثل هذه الأعمال.

2 ــ دعوة المهتمين ببحث موضوع الوقف الإسلامي لإحصاء البحوث المقدمة من قِبل الباحثين الغربيين وتحليل مضمونها للوصول إلى ما يخدم مشروع الوقف الإسلامي.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: كتب باللغة العربية

1 ــ البخاري أبو الطيب: الروضة الندية شرح الدرر البهية، المطبعة المنيرية، القاهرة (مصر)، (د.ط، د.ت)، ج2.

2 ــ البخاري محمد بن إسماعيل: الجامع الصحيح، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، بيروت، ط 1 (1422 هـــ)، ج 4، ج3.

3 ــ البُهوتي: شرح منتهى الإرادات، دار الفكر (د.ط، د.ت)، ج 2.

4 ــ التمرتاشي: تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، قدم له وقرظه: محمد بكر إسماعيل، دار عالم الكتب، الرياض، ج.6

5 ــ جوزيف لوسيوني: المؤسسات الحبسية في المغرب من النشأة إلى سنة 1956م، ترجمة: نجيبة أغرابي، دار أبي الرقراق، الرباط (المغرب) ، ط1 (2010 م).

6 ــ الرّملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ط (الأخيرة) (1404 هـــ ــ 1984 م)، ج .5

7 ــ رمول خالد: الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ط 2 (2006).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

8 ــ ابن عرفة: الحدود في التعاريف الفقهية (مطبوع مع شرح الرّصاع)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1 (1993)، ج 2.

9 ــ عز الدين بومزو: الضباط الفرنسيون الإداريون في إقليم الشرق الجزائري ــ إرنيست مورسييه نموذجا، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة قسنطينة (الجزائر)، 2008.

10 ــ ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، تحقيق: محمد عبد السلام هارون، دار الفكر، بيروت، د.ط (1399 هـ ــ 1989 م)، ج6.

11 ــ الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، (د.ط، د.ت)، ج 2.

12 ــ ابن قدامة: المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة، د.ط (1388 هـ ــ 1968 م)، ج.6

13 ــ المرغيناني: الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ط، د.ت)، ج 3.

14 ــ مصطفى بنعلة: جوانب من تاريخ الحُبُس المعقب بالمغرب، Rabat Net Maroc، الرباط (المغرب)، د.ط (2008).

15 ــ ابن منظور: لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط 3 (1414 هـ)، ج 9.

ثانيا: النصوص القانونية

1 ــ قانون الأسرة رقم 84 ــ 11 (الجريدة الرسمية عدد 24 ، الصادرة بتاريخ 12 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 12 يونيو 1984 م).

2 ــ قانون الأوقاف رقم 91 ــ 10 (الجريدة الرسمية عدد 21، الصادرة بتاريخ المؤرخ في 23 شوال 1411 هـ الموافق لـ 08 مايو 1991 م).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية – قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد: 35 العدد: 03 السنة: 2021 الصفحة: 322– 349 تاريخ النشر: 20–12–2021

3 ـــ القانون الأوقاف القطري رقم 8 لسنة 1996 (الجريدة الرسمية، العدد السادس، الصادرة بتاريخ 22 / 07 / 1996).

4 ـــ الظهير الشريف رقم 1.09.236 الصادر في 08 ربيع الأول 1431 هـــ (23 فبراير 2010 ، وزارة العدل والحريات (المملكة المغربية).

ثالثا: كتب باللغة الأجنبية

1_ ERNEST MERCIRR : LE CODE DU HOBOUS OU OUAKF selon la législation musulmane, imprimerie D.BRAHAM, CONSTANTINE (ALGERIE), 1899.

رابعا: المقالات العلمية

ـــ ناصر الدين سعيدوني: أوقاف رواق المغاربة بالأزهر الشريف، مجلة الأوقاف، العدد 36ن السنة 36، رمضان 1440 هـــ/ مايو 2019 من الأمانة العامة للأوقاف، الكويت.

خامسا: المواقع الالكترونية

- عبد العزيز بن حميد الحميد: مناهج المستشرقين في الصناعة المعجمية، ندوة قضايا المنهج في اللغة والأدب، فاس (المملكة المغربية)، 18 مايو 2011م، عنوان الموقع https://www.voiceofarabic.net/.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com