

تحول عقد الوقف بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

The Transformation Of The Waqf Contract Between Islamic Jurisprudence
And Algerian Legislation

نبيل مالكية

عكاش ريم*

جامعة عباس لغرور خنشلة

جامعة عباس لغرور خنشلة

مخبر البحوث القانونية السياسية والشرعية

مخبر البحوث القانونية السياسية والشرعية

m-nabilavocat@hotmail.com

akache.rim@univ-khenchela.dz

تاريخ القبول: 2023/05/07

تاريخ المراجعة: 2023/05/06

تاريخ الإبداع: 2022/11/22

ملخص:

إن فكرة تحول عقد الوقف الباطل أو القابل للإبطال إلى عقد آخر صحيح، قد نتجت عن سعي المشرع لإيجاد حل لأجل إنقاذ العقد الذي يربط المتعاقدين من واقعة البطلان؛ وذلك بأن يُظهِرَ للوجود عقداً آخر صحيح ناتج عن العقد الباطل. لكن هذا الأمر ليس بالجديد لأنه متأصل في الفقه الإسلامي بشكل واسع وفضفاض، يجعل التحول لا يقتصر فقط على التحول الذي يتم من العقد الباطل الأصلي إلى عقد آخر جديد وصحيح، وإنما يتعداه ليتحول فيه العقد الصحيح إلى عقد باطل، فيؤدي ذلك إلى اختلاف الآثار التي تنتج عن ذلك والذي يظهر جليا من خلال اختلاف تطبيقات تحول عقد الوقف في كل من التشريع والفقه الإسلامي.

الكلمات المفتاحية: تحول عقد الوقف؛ آثار تحول عقد الوقف؛ تطبيقات تحول عقد الوقف؛ تحول عقد الوقف

في الفقه الإسلامي؛ البطلان؛ مبدأ التحول العقدي.

Abstract:

The idea of transforming the void or voidable endowment contract into another valid contract resulted from the legislator's endeavor to find a solution in order to save the contract that binds the contracting parties from the fact of invalidity. This is by bringing into existence another valid contract resulting from the void contract. However, this matter is not new because it is rooted in Islamic jurisprudence in a wide and loose manner, making the transformation not only limited to the transformation that takes place from the original void contract to another new and valid contract, but rather it goes beyond it so that the valid contract is transformed into a void contract, and this leads to different effects that result. About that, which appears clearly through the different applications of the transformation of the endowment contract in both legislation and Islamic jurisprudence.

Keywords: Conversion of suspension contract; Effects of the conversion of the suspension contract; Suspension contract conversion applications; Conversion of the Waqf Contract in Islamic Jurisprud; invalidity; Principle of nodal transformation.

* المؤلف المراسل.

مقدمة:

إن الحاجة إلى التعامل بين الناس ولدت ما يعرف اليوم بالعقد الذي أصبح ضرورة ملحة لسد حاجات الإنسان، والعقد هو الصورة المعروفة للتصرف القانوني في مجال العلوم القانونية على مر العصور، حيث يعتمد في وجوده على اتفاق إرادتين أو أكثر بشأن إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء التزام معين، بخلاف العقد في الفقه الإسلامي الذي يشتمل على نوعين من العقود؛ الأول ينعقد بإرادتين على الأقل مثل عقد البيع والإجارة، والثاني ينعقد بإرادة واحدة، وذلك بمجرد الإيجاب من العاقد الذي يلزم نفسه بالعقد؛ مثل: الوقف على شيء غير معين كالمسجد. وعقد الوقف على وجه التخصيص يعتبر من عقود الإرادة المنفردة عند بعض الفقهاء، وهو ما يتناسب مع التوجه القانوني، في حين يعتبر عقدا بإرادتين عند بعضهم الآخر. وقد يتعرض عقد الوقف للبطلان كغيره من العقود، سواء كان ذلك راجعا لاعتبارات شكلية أو اعتبارات موضوعية؛ حيث أن البطلان الذي يتعلق بالعقد الشكلي يكون بسبب عدم توافر ركن الشكل فيه وذلك بالقدر الذي يعينه القانون؛ مثل: اشتراط التوثيق لصحة عقد الوقف، أما البطلان الذي يتعلق بموضوع عقد الوقف فلا بد من أن تتوافر فيه العناصر الأساسية لعقد الوقف حتى ينتج أثره والمتمثلة في أركانه وهي: الواقف، محل الوقف، صيغة الوقف، والموقوف عليه، فإذا تخلف أحد هذه الأركان أو لم يتوافر يكون العقد باطلا، ونتيجة لبطلان العقد قد يخضع هذا الأخير لمبدأ التحول العقدي الذي يعتبر أحد الآثار العرضية التي من الممكن أن تنتج عن بطلان العقد؛ بحيث يتحول العقد الذي يكون باطلا أو قابلا للإبطال إلى عقد آخر صحيح، وذلك في حال ما إذا كانت شروط هذا الأخير متوفرة في العقد الباطل، مع اتجاه نية المتعاقدين إلى إنشاء العقد الصحيح.

أهمية الموضوع:

تظهر أهمية هذا الموضوع من خلال النظر للمكانة الكبيرة التي يحظى بها عقد الوقف، من كونه يساهم في التكافل الاجتماعي وازدهار المجتمع على مختلف الأصعدة الاقتصادية كانت، أو اجتماعية، أو ثقافية، أو سياسية، فإن مجرد تعرضه للإبطال أو قابليته لذلك يضيع الكثير من الفوائد التي ستعود على المجتمع، وبخضوع عقد الوقف لمبدأ التحول العقدي فإن ذلك يمنع إبطال هذا العقد وبالتالي يضمن استقرار المعاملات التعاقدية ويحافظ على مصالح المتعاقدين الاقتصادية والاجتماعية، ويعتبر تطبيق هذا المبدأ على عقد الوقف بمثابة الحل الأنسب لتفادي إبطال هذا العقد وانعدامه وتجنب خطورة النتائج التي من الممكن أن تنتج عن ذلك.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على تطبيق مبدأ التحول العقدي على عقد الوقف، خاصة بالنظر إلى أن الجزائر دولة إسلامية، أعطت للملكية الوقفية مكانة هامة في التشريع الجزائري الذي يستمد نصوصه في مجال الوقف من أحكام الشريعة الإسلامية، في معالجة مختلف المسائل المنظمة للوقف. فإن من مقتضيات الضرورة إبراز آثار هذا المبدأ على عقد الوقف من الناحية القانونية والناحية الفقهية الإسلامية، وإظهار أهم الفروق التي تنشأ عن تطبيقاته بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري.

إشكالية الموضوع:

من خلال ما سبق وعلى اعتبار أن موضوع الوقف يجد مشروعيته في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري فإن ذلك يستدعي طرح الإشكال الآتي: كيف يتجلى مبدأ التحول العقدي على عقد الوقف في التشريع الجزائري بالمقارنة مع الفقه الإسلامي؟
وتندرج ضمن هذه الإشكالية أسئلة فرعية:

- ما هو تحول عقد الوقف في كل من التشريع الجزائري والفقه الإسلامي؟
- فيما تتمثل أهم الآثار التي من الممكن أن تنشأ عند العمل بمبدأ التحول العقدي على عقد الوقف؟ وكيف تتجسد تطبيقاته على أرض الواقع؟

المنهج المتبع:

للإجابة على الإشكالية المطروحة سنستعمل المنهج الوصفي من خلال إبراز مفهوم تحول عقد الوقف وأهدافه والشروط اللازمة لتحقيقه وأيضاً المنهج التحليلي من أجل تحليل واستقراء النصوص القانونية التي استحدثها المشرع الجزائري بخصوص موضوع تحول عقد الوقف وبالتالي سهولة التعليق عليها وإظهار موقفنا منها، والمنهج المقارن الذي سنعتمد عليه في مقارنة أحكام الفقه الإسلامي مع ما هو منصوص عليه في التشريع الجزائري، وسيكون ذلك من خلال تقسيم الموضوع إلى مطلبين:

المطلب الأول: ماهية تحول عقد الوقف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

المطلب الثاني: آثار تحول عقد الوقف وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

وسنختتم دراستنا بخاتمة تتضمن جملة من النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها من خلال إعداد البحث.

المطلب الأول: ماهية تحول عقد الوقف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

إن موضوع تحول عقد الوقف يعتبر من الدراسات المتسمة بالجدة، ولأجل التعرف على ماهيته يتوجب علينا التعرض لمفهومه، من خلال تعريفه والتعرف على الشروط الواجبة لتحقيقه، وسيكون ذلك وفق دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفقه الإسلامي.

الفرع الأول: مفهوم تحول عقد الوقف.

يتطلب الحديث على مفهوم تحول عقد الوقف توضيح المقصود منه لغة واصطلاحاً.

أولاً: التعريف اللغوي لتحول عقد الوقف.

باعتبار أن تحول عقد الوقف بمثابة مصطلح مركب، فإننا سنعتمد في تعريفنا اللغوي له على تعريف كل جزء

منه: تحول، عقد، الوقف.

1- تحول: قيل في التحول أن كل ما تحول من الاستواء إلى العوج فقد حال واستحال⁽¹⁾. وفي قوله تعالى: (فَلَنْ

تَجِدَ لِسُنَّتِ اللَّهِ تَبْدِيلًا وَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّتِ اللَّهِ تَحْوِيلًا)⁽²⁾: فللتحويل معنى التبديل.

¹ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الطبعة 8، لبنان، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 2005، ص 989.

² سورة فاطر، الآية 43.

2- عقد: يقال عَقَدَ الحبل والبيع والعهد يعقده بمعنى شده؛ وقد صرح أئمة الاشتقاق أن أصل العقد نقيض الحل ثم استعمل هذا المصطلح في أنواع العقود من البيوع، فيقال العقد بمعنى الضمان والعهد، وموضع العقد هو ما عَقَدَ عليه⁽¹⁾.

3- الوقف: يقال وقف يقف ووقفا بمعنى دام قائما، وفلان أوقف الدار بمعنى حبسها وأفصح من ذلك أن يقال أحبسها، غير أن كلمة الحبس هي الواردة في الأحاديث الصحيحة، وكل شيء يقفه صاحبه من نخل أو كرم أو غيرها يُحَبَسُ أصله وتُسَبَّلُ غلته⁽²⁾.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي لتحول عقد الوقف.

لأجل الإمام بالتعريف الاصطلاحي لتحول عقد الوقف، ولتحقيق أحد الأهداف المرجوة من هذه الدراسة وهو المقارنة بين الفقه والقانون، فإنه لا بد من التطرق فيه إلى كل من رأي الفقه، وكذا الجانب القانوني وسنفضل ذلك كالآتي:

1- تعريف تحول عقد الوقف في الفقه الإسلامي:

تعددت تعاريف الفقهاء للعقد فنجد له في الشريعة الإسلامية تعريفين: الأول تعريف عام يراد به كل تصرف شرعي سواء أكان ينعقد بكلام صادر عن طرف واحد يلزم نفسه من خلاله مثل: العهد أو الحلف على شيء في المستقبل، وفي الاصطلاح الحديث يعرف بالعقد بالإرادة المنفردة، وهذا التعريف شائع عند الفقه المالكي والشافعي والحنبلي أما الثاني تعريف خاص ينعقد العقد فيه بكلام صادر من طرفين ويشترط فيه تلاحق الإيجاب مع القبول وهذا المفهوم شائع عند الفقهاء الحنفية⁽³⁾.

وكون الوقف تصرفا انفراديا، فإنه ينعقد بصدور لفظ من الألفاظ الخاصة به ، بحيث أنه إذا كان مستوفيا لجميع شروط صحته؛ كأن يقول أحد بأن أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على الفقراء، فإن الوقف ينعقد بمجرد القول فيزول ملك الواقف عن العين الموقوفة ويصبح بذلك لازما، ولا يحق للواقف الرجوع فيه كما لا يحق للموقوف عليهم التصرف فيه لا ببيع ولا هبة ولا رهن ولا ميراث⁽⁴⁾.

والجدير بالقول أن أركان التصرف الإرادي لدى الشافعية والمالكية والحنابلة ثلاثة أركان أساسية : الملتزم، والإيجاب الصادر منه "الصيغة"، وموضوع الالتزام "محلته" أي الملتزم به، والاختلاف يتفاوت بينهم في الشروط التي تلحق الأركان⁽⁵⁾،

¹ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، المصدر السابق ، ص 300.

² المصدر نفسه ص 860 ، 537 / ابن منظور ، لسان العرب ، دون طبعة ، القاهرة ، دار المعارف ، دون سنة ، ص 753 .

³ عباس حسني محمد ، العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلا عن تفوق الفقه الإسلامي ، الجزء 1 ، الطبعة 1 ، الرياض ، شبكة الألوكة ، 1993 ، ص 21 ، 22 . / عز الدين محمد خوجة ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، الطبعة 1 ، جدة ، مجموعة دله البركة إدارة التطوير والبحوث ، 1993 ، ص 13.

⁴ محمد قدرى باشا ، قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف ، الطبعة 1 ، لبنان ، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع ، 2001 ، ص 25.

⁵ أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، الوجيز في فقه الإمام الشافعي ، الجزء 1 ، الطبعة 1 ، لبنان ، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع ، 1997 ، ص 415 ، 424 ، 425 . / وهبة الزحيلي ، الفقه الشافعي الميسر ، الجزء 1 ، الطبعة 1 ، دمشق ، دار الفكر ، 2008 ، ص 543 ، 544 . / وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي الميسر ، الجزء 1 ، الطبعة 1 ، دمشق بيروت ، دار الكلم الطيب ، 2010 ، ص 517 . / وهبة الزحيلي ، الفقه الحنبلي الميسر بأدلته وتطبيقاته المعاصرة ، الجزء 2 ، الطبعة 1 ، دمشق ، دار القلم ، 1997 ، ص 326.

في حين أن الحنفية كان لهم رأي مخالف فيما يتعلق بأركان التصرف الانفرادي؛ فحسب رأيهم فإن التصرف بالإرادة المنفردة له ركن واحد يتمثل في الإيجاب الصادر من الملتزم، أما الملتزم وما يلتزم به فيعتبران من شروط الانعقاد التي يتوقف وجود الالتزام عليها، ولا ترقى لأن تكون أجزاء منه حتى تعتبر أركاناً⁽¹⁾. والمتفق عليه بين جميع أئمة المذاهب أن الوقف تصرف أو تبرع ينشأ بإرادة منفردة من الواقف، حيث ينشأ بالإيجاب الصادر من الواقف ويكون الرجوع فيه بإرادة منفردة كما ويكون التغيير في مصاريفه من إخراج وإدخال وحرمان وزيادة ونقص وتفضيل وتخصيص بإرادة منفردة⁽²⁾.

وفكرة تحول العقود في الفقه الإسلامي كانت متداولة والاختلاف يقع في المسميات فقط، فالعبرة في العقود والتصرفات بما تتجه إليه إرادة الأطراف، بغض النظر عن التسمية التي أطلقت على التصرف في حد ذاته، وذلك تحقيقاً لاستقرار المعاملات المالية، لقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)⁽³⁾، والعقد عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة يقسم إلى قسمين صحيح وباطل أما الحنفية فيقسمون العقد إلى صحيح وباطل وفساد، أما العقد الموقوف هو العقد الذي وجد سبب إيقافه ولا ينقلب صحيحاً إلا بالإجازة أو التقادم، وبذلك يتدرج العقد من البطلان إلى الفساد، ثم من الفساد إلى الوقف، ثم من الوقف إلى النفاذ، ثم من النفاذ إلى اللزوم، فيكون له بذلك أقسام خمسة: العقد الباطل، والعقد الفاسد، والعقد الموقوف، والعقد النافذ، والعقد اللازم. والتقسيم في أصله قسمان فقط عقد صحيح وعقد غير صحيح؛ فالصحيح إما أن يكون: موقوفاً غير نافذ، أو نافذاً غير لازم، أو نافذاً لازماً، أما العقد غير الصحيح: إما أن يكون باطلاً أو فاسداً⁽⁴⁾.

وتحول العقد في الفقه الإسلامي هو تحول العقد من عقد لآخر من الصحة إلى البطلان، أو من الجواز إلى اللزوم، أو من النفاذ إلى التوقف بسبب شروط فاسدة ملازمة له، وعليه فقد يحدث وأن يتحول عقد الوقف من صحيح إلى باطل كاشتراط شرط ينافي مقتضى العقد، ومثال ذلك عدم قبض الموقوف عليه للوقف، كما يتحول أيضاً من عقد موقوف إلى عقد نافذ مثل تصرف الفضولي بالوقف والذي يبقى موقوفاً على إجازة المالك، أو أن يتحول من جائز إلى لازم؛ مثل: النذر بالوقف، أو تحول عقد الوقف عندما لا يستكمل شروطه إلى عقد آخر؛ كأن يتحول إلى عقد هبة أو ميراث⁽⁵⁾.

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الحنفي الميسر، الجزء 1، الطبعة 1، دمشق، دار الفكر، 2010، ص 776.

² علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة بحث مقارن، الطبعة 1، القاهرة، دار الفكر العربي، 2009، ص 63، 139.

³ سورة النساء، الآية رقم 29.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث - نظرية السبب ونظرية البطلان -، الجزء 4، الطبعة 1، بيروت، معهد الدراسات العربية العالية، 1975، ص 134.

⁵ عبد القادر بن عزوز، تحول عقد الوقف في الفقه الإسلامي، الطبعة 1، الجزائر، دار الإمام مالك للطباعة والنشر والتوزيع، 2020، ص 6، 11.

2 - التعريف القانوني لتحويل عقد الوقف:

لم يقد المشرع الجزائري بتعريف تحويل العقد عموما والذي يعتبر تحويل عقد الوقف من أحد تطبيقاته، وإنما تناول نظرية تحويل العقد في المادة 105 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه:
(إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد)⁽¹⁾، والتي من خلالها نلاحظ أن المشرع الجزائري قد تناول فيها مجرد الأحكام المتعلقة بحالة تحويل العقد.

ويرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن العقد الباطل ليس عملا قانونيا، إذ لا وجود له كعقد وإنما هو عبارة عن عمل مادي أو واقعة قانونية تنتج عنه آثار عرضية، لأن العمل في أصله ليس قانونيا، وتعتبر نظرية تحويل العقد أحد تلك الآثار العرضية؛ ومضمونها أن التصرف الباطل الذي قصده المتعاقدان قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر، وبذلك يتحول التصرف الباطل إلى تصرف صحيح بمجرد كون عناصره متوفرة⁽²⁾، وبالتالي يتم تصحيح العقد الباطل بتسميته الأصلية إلى عقد صحيح بتسمية مغايرة وذلك تحت إشراف قاضي الموضوع.

وقد قام المشرع الجزائري بتعريف الوقف في المادة 3 من القانون 91-10 المعدل والمتمم المتعلق بالأوقاف والتي نصت على أن: (الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير). كما ونصت الفقرة 1 من المادة 4 من نفس القانون أن: (الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة)⁽³⁾. وعليه فإن عقد الوقف يعتبر بمثابة عقد توثيقي يقوم بتحريره موظف عمومي متمثل في الموثق⁽⁴⁾، والأصل في عقد الوقف الرضائية، لأنه ينعقد بمجرد صدوره من صاحبه وتوافر أركانه وشروطه، أما الشكلية فيه ما هي إلا شرط لنفاذه ووسيلة لحماية من أي اعتداء⁽⁵⁾.

¹ الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

² العمل القانوني هو الذي تنتج عنه آثار أصلية أما العمل الباطل الذي يعتبر بمثابة عمل مادي أو واقعة قانونية تنتج عنه آثار عرضية، لكن قد يحدث ولأجل استقرار المعاملات أو لضرورة حماية حسن النية أن تنتج عن العمل المادي آثار أصلية وذلك باعتبار ذلك العمل المادي عقدا.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة 1، لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1952، ص 496.
³ القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتضمن قانون الأوقاف، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 21 بتاريخ 08 ماي 1991، معدل ومتمم بالقانون 07-01 المؤرخ في 22 مايو 2001، ج ر ج عدد 29 بتاريخ 23 مايو 2001، وبالقانون رقم 10-02 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 ج ر ج عدد 83، بتاريخ 15 ديسمبر 2002.

⁴ الجدير بالذكر أن العقد التوثيقي قد يكون عقدا رسميا تشترط فيه الشكلية طبقا للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، كما قد يكون عقدا احتفائيا والذي يكون حضور الشهود فيه واجبا تحت طائلة بطلان العقد (المادة 324 مكرر 3 قانون مدني) والمتفق عليه أن عقد الوقف من العقود الإحتفائية، وهناك نوع ثالث للعقود التوثيقية تعرف بالعقود التصريحية التي تتطلب من الموثق أن يستقبل التصريح من الطالب ويحرر بشأنه عقدا. الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، المصدر السابق/المادة 3 من القانون رقم 02-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، عدد 14 بتاريخ 8 مارس 2006./عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون دراسة مقارنة، الطبعة 1، الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2010، ص 193.

⁵ محمد الأمين بلميلود، الحماية المدنية والجنائية للأموال الوقفية، الطبعة 1، الأردن، دار الأيام للنشر والتوزيع، 2019، ص 92، 94.

وبالملاحظ من المادة 4 من قانون الأوقاف المذكورة أعلاه أن المشرع الجزائري قد استعمل عبارتي: "عقد التزام" و "إرادة منفردة" بشكل يجعل لهما نفس المعنى بالرغم من كونهما تصرفين مختلفين عن بعضهما البعض وهنا نستخلص أن الشكلية في الوقف ما هي إلا لنفاذ التصرف، فهو تصرف بإرادة منفردة ويعتبر بذلك عقد تبرع من نوع خاص. ولا يخلو تعريف تحول عقد الوقف من إبراز دور القاضي الذي قد يتجسد في تفسير العقد و سلطته في مراجعة محتوى العقد، حيث أن أول ما يقوم به القاضي عندما يشرع في حل النزاع المعروض أمامه هو استخلاص الوقائع من الدعوى.

وبعد ذلك يبدأ بتطبيقه للقانون على تلك الوقائع مراعيًا في ذلك عدم مجاوزته لسلطته التقديرية وذلك حسب فهمه لوقائع النزاع، ويكون ذلك تحت رقابة المحكمة العليا بصفتها جهة نقض تختص بحماية القانون دون التعرض للوقائع، وأثناء قيام القاضي بالتكييف القانوني للوقائع التي تم إثباتها فإنه لا يعتد بالوصف المقدم من طرف المتعاقدان وإنما هو الذي يقوم بتقرير الوصف القانوني المناسب لذلك⁽¹⁾، حيث يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وأيضا النية الاحتمالية، وبذلك يتم تحويل العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح. لكن قد يحدث وأن يتمسك أطراف العقد بالبطان فإن هذا التمسك لا ينبغي أن يحرم القاضي من سلطته في تحويل العقد إن توافرت شروط هذا التحول، لأن هدف نظرية التحول في الأصل هو التقليل من حالات البطلان عن طريق تصحيح الوصف القانوني⁽²⁾.

الفرع الثاني: شروط تحول عقد الوقف.

إن تحول عقد الوقف في الفقه الإسلامي يختلف عما هو متعارف عليه في القانون الوضعي، حيث أنه لا يُتطلب فيه أن يكون العقد الأصلي باطلا حتى تتمكن من تحويله إلى عقد آخر صحيح، والمصطلح المستعمل في الفقه الإسلامي يتمثل في انقلاب العقد وليس تحوله. وهناك رأي في الفقه يقضي بأن العقد الباطل معدوم والانقلاب لا يكون في معدوم، فقد يكون التصرف الأصلي صحيحا غير أنه يتحول في رسمه ووصفه إذا استجمع شرائطه الشرعية، وهناك ثلاثة أمور يمكن اعتبارها ضوابط في التحول العقدي في الفقه الإسلامي وهي: الانتقال من العقد الأول إلى عقد جديد في وصفه ورسمه، وأن يكون العقد الجديد مستجمعا لشرائطه في الفقه الإسلامي، وأن أساس الأمر في تحول عقد الوقف يقوم على مشروعية التصرف المتحول إليه بالدرجة الأولى ولا يقوم على إرادة الأفراد⁽³⁾. في حين أن مبدأ التحول العقدي في التشريع الجزائري يقضي بتحول العقد من عقد باطل أو قابل للإبطال إلى عقد آخر صحيح لكن ذلك يقتضي توفر مجموعة من الشروط المتمثلة في:

¹ خالد مساعدي، قصوري رفيقة، التمييز بين الواقع والقانون لتحديد نطاق رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية للقاضي المدني، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 9، العدد 2، جامعة عباس لغرور خنشلة، 2022، ص 1145، ص 1149.

² محمد عمار تركمانية غزال، الإشكاليات التطبيقية لنظرية تحول العقد دراسة مقارنة، مجلة كلية أحمد بن محمد العسكرية للعلوم الإدارية والقانونية، المجلد 1، العدد 1، كلية القانون، جامعة قطر، ديسمبر 2014، ص 77.

³ عبد الحميد محمود البعلي، تحول العقود وإعادة تكييفها وأثر العوارض الطارئة في ذلك دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد 1، العدد 1، كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، مارس 2013، ص 203.

أولاً: أن يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال كله؛ لا بد من تعرض العقد للبطلان حتى يستطيع الخضوع لمبدأ التحول العقدي، فلا يتصور أن يكون العقد صحيحاً فيتحول إلى عقد آخر صحيح يفضله المتعاقدان حتى ولو كانت أركان هذا الأخير متوافرة فيه، كما يجب أن يكون بطلان العقد شاملاً لكل العقد وليس لجزء معين فيه، فإن حدث ذلك بالفعل وكان العقد قابلاً للانقسام، فإنه يتعرض للانتقاص لا للتحويل؛ وذلك بانتقاص الجزء الباطل من العقد⁽¹⁾.

ولا بد من الإشارة في هذه الجزئية إلى أن انتقاص العقد؛ يتمثل في أن العقد عندما يكون باطلاً في شق منه وصحيحاً في الشق الآخر، ويكون هذا العقد قابلاً للانقسام بحيث نستطيع استبعاد الجزء الباطل، ونحافظ على الجزء الصحيح منه، فإن الجزء الصحيح الباقي يظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً، ويسمى أيضاً انتقاص العقد بالبطلان الجزئي⁽²⁾.

ثانياً: أن تتوافر في العقد الباطل كل عناصر العقد الصحيح الذي يتحول إليه دون إضافة أي عنصر جديد؛ فالقاضي ليس له أن يضيف أي عنصر جديد في العقد الجديد، والجدير بالذكر في هذا المقام أن تحول العقد يختلف عن تصحيحه وإجازته، فتصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي قانوناً إلى جعله صحيحاً؛ ويكون ذلك إما بإبداله بعنصر جديد كما في إبدال شيء غير أثري بشيء أثري، أو بزيادة ثمن العقار الذي خضع للغبن إلى أربعة أخماس ثمنه، والتصحيح يصدر من الطرف الذي لم يتقرر بطلان العقد لصالحه وهذا عكس الإجازة، لكن الإجازة والتصحيح يتمثلان في وجود الأثر الرجعي؛ فيعتبر العقد المصحح صحيحاً من وقت نشوئه لا من وقت تصحيحه، كما يختلف تصحيح العقد عن مراجعة القاضي للعقد فالتصحيح يكون بمقتضى إرادة المتعاقد أو بمقتضى حكم القانون، أما مراجعة العقد فتكون من عمل القاضي وفي عقد نشأ معيباً مثل: إنقاص الالتزامات في عقود الإذعان أو في عقد نشأ صحيحاً، فمراجعة القاضي لاستكمال المسائل غير الجوهرية التي لم يتفق عليها المتعاقدان. أما تحول العقد كما سبق ووضحناه؛ هو تغيير للعقد الباطل القديم بالعقد الجديد الصحيح دون استبدال أي عنصر منه. في حين أن الإجازة هي تصرف قانوني صادر من جانب واحد، يزيل به المتعاقد عيباً قد شاب رضاه أو اعترى أهليته عند إبرام العقد؛ فيكون له بمقتضى القانون الحق في المطالبة بإبطال العقد، فيستبقى العقد المجاز على التكييف القانوني الأصلي، ويتفق في هذه النقطة مع تصحيح العقد لكنه يختلف فيها مع تحول العقد⁽³⁾.

ثالثاً: انصراف نية المتعاقدين المحتملة إلى العقد الصحيح؛ والمقصود بذلك أن المتعاقدان لو كان لهما علمٌ بأن التصرف الأصلي باطل، فما كانت نيتهما لتتجه إلى التصرف الباطل، وإنما كانت لتتجه لإنشاء التصرف الصحيح،

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، الطبعة 2، الجزائر، دار الهدى، دون سنة، ص 264. / علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة 5، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص 80.

² صالح بوهلة، أحكام تصحيح العقد في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية، الجزائر، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق سعيد حامدين، 2013-2014، ص 38. / المادة 104 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، المصدر السابق.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 502. / لرجم يمينه، تحول العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، الجزائر، جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص 54.

وبذلك تكون إرادتهما المحتملة قد انصرفت إلى العقد الصحيح⁽¹⁾؛ لكن الجدير بالذكر في هذا الأمر أنه قد يتم الخلط بين تفسير القاضي للعقد، وبين تحول العقد؛ حيث أن القاضي في تحول العقد يحل محل المتعاقدين ويبدلهما عقدهما القديم بعقد آخر جديد وذلك انطلاقاً من بطلان العقد الأصلي، والمتفق فيه بين دور القاضي في تحول العقد وبين قيامه بالتفسير أنه في كلا الأمرين يسعى إلى التوصل للمعنى الحقيقي الذي قصده المتعاقدان في العقد، محاولاً إزالة الغموض الذي يشوب الإرادة، ويتمثل الفرق بين تحول العقد وتفسيره في أن القاضي أثناء تطبيقه لعملية تحول العقد فهو يسعى إلى معرفة ما إذا كانت إرادة أطراف العقد قد اتجهت إلى العقد الجديد الصحيح الذي تتواجد عناصره في العقد القديم الباطل، وبهذا الشكل يكون قد اتجه نحو الإرادة المحتملة للمتعاقدين. أما في تفسير العقد فالأمر مختلف إذ أن القاضي يتعامل منذ البداية مع عقد صحيح وليس باطلاً، وإرادة المتعاقدين التي يبحث فيها القاضي هي إرادة حقيقية لا إرادة محتملة لأجل إيجاد عناصر عقد جديد وبالتالي فإن التفسير قد يكون في العبارات غير الواضحة للعقد أو الغامضة⁽²⁾.

المطلب الثاني: آثار تحول عقد الوقف وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

بعد التعرف على ماهية تحول عقد الوقف والشروط اللازمة لتحوله، فإنه لا بد من الإشارة إلى الآثار التي من الممكن أن تنشأ عن ذلك، وأيضاً بعض التطبيقات الخاصة به على المستوى كل من القانون والفقه الإسلامي، وسنوجز ذلك فيما يأتي:

الفرع الأول: آثار تحول عقد الوقف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

سننظر في هذا الفرع للآثار التي تنتج عن تحول عقد الوقف في كل من التشريع الجزائري والفقه الإسلامي.

أولاً: آثار تحول عقد الوقف في الفقه الإسلامي؛

نظرية البطلان في الفقه الإسلامي أوسع من نظيرتها في القانون الوضعي؛ لأن العقد في أحكام الفقه الإسلامي أكثر تدرجاً من حيث المشروعية حيث قد سبق وأن أشرنا أنه يتدرج من البطلان إلى الفساد، ثم من الفساد إلى الوقف، ثم من الوقف إلى النفاذ، ثم من النفاذ إلى اللزوم. وعلى أساس هذا التدرج نجد بأن نظرية البطلان في الفقه الإسلامي تتعدى إلى كونها تشمل أيضاً إلغاء العقد، وعدم نفاذه في حق الغير، وفسخه، وانفساخه، والشرط الواقف، والشرط الفاسخ⁽³⁾.

والعقد الباطل في الفقه الإسلامي هو التصرف الذي لا يترتب عليه أثر وذلك لعدم مشروعيته سواء بأصله أو بوصفه، في حين أن العقد الصحيح هو العقد الذي تتوافر فيه شروط الانعقاد وشروط الصحة؛ بحيث لا يتصل به وصف منبهي عنه شرعاً، ويكون العقد الصحيح إما عقداً نافذاً، أو موقوفاً؛ فالعقد النافذ هو العقد الذي انعقد

¹ عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 502.

² محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، باتنة، جامعة الحاج لخضر -باتنة- كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية قسم العلوم الإسلامية، 2011-2012، ص 72، 73، 74. / سوالم سفيان، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 9، العدد 29، جامعة سوق أهراس، الجزائر، 2017، ص 140.

³ حيدر جبار محمود، تحول العقد المالي وأثره في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإسلامية، العدد 4، الجامعة العراقية كلية الشريعة،

العراق، 2013، ص 198.

صحيحا، ويصدر ممن لديه أهلية ووصاية لإصداره، ويترتب على العقد النافذ حكمه وآثاره في الحال بمجرد التعاقد؛ والعقد النافذ إما أن يكون عقدا لازما لا يمكن فيه لأطراف العقد فسخه دون موافقة من الطرف الآخر، وإما أن يكون عقدا يملك فيه أحد الأطراف أو كلاهما الحق في فسخه دون انتظار الموافقة من الطرف الآخر، أما العقد الموقوف فهو العقد الذي يصدر ممن له أهلية التعاقد، غير أنه لا يملك ولاية إصداره، ولا يترتب عن هذا العقد حكمه وآثاره إلا إذا قام صاحب الحق الذي يملك إصداره بإجازته⁽¹⁾. ويبقى العقد الفاسد الذي هو من اجتهاد الحنفية؛ حيث أن قيام العقد عندهم يحتاج لمرحلتين هما الانعقاد والصحة، فالعقد الفاسد لديهم هو ما اختل فيه أحد عناصره الفرعية، وإن كان مستكملا عناصره الأساسية وذلك بأن لازمه أو عرّض له وصف نهى عنه الشرع فيخرجه عن المشروعية⁽²⁾. وتحول العقد في الفقه الإسلامي لا يعتمد في المقام الأول على إرادة المتعاقدين، وإنما هي ضرورية لإنشاء العقد، لكن الآثار التي تنتج عن العقد أساسها موضوعي يحددها الشارع بخلاف القانون الوضعي الذي يعتمد على إرادة الأطراف في تحديد آثار العقد لأن العقد شريعة المتعاقدين، فآثار تحول العقد تهدف بالأساس إلى تحقيق المصلحة الخاصة للأطراف، بشرط أن لا يخالف النظام العام والآداب العامة، وبذلك يكون محققا للمصلحة العامة في نفس الوقت وهي المحافظة على استقرار المعاملات⁽³⁾.

ثانيا: آثار تحول عقد الوقف في التشريع الجزائري؛

إن الآثار التي تنتج عن تحول العقد في القانون كأصل عام، تختلف باختلاف المبادئ التي تقوم عليها القوانين، وذلك من حيث اعتبار إرادة المتعاقدين، أو التقليل منها، أو التضييق عليها، أو إهمالها، ويكون ذلك بمعرفة كيفية سريانها من حيث الزمان، وهل أن هذا الأثر يتحقق بشكل رجعي، وكذا الأشخاص الذين يسري عليهم أثر ذلك العقد الصحيح الذي قد تم التحول إليه.

وينتج تحول عقد الوقف آثاره من حيث الزمان بشكل رجعي إلى تاريخ حصول البطلان، وليس من تاريخ الحكم بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح، وذلك إعمالا للأثر الرجعي حسب نص المادة 103 /فقرة 1 من القانون المدني التي تنص على أنه: (يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد...)⁽⁴⁾؛ بمعنى أن الأثر هنا رجعي وليس فوري، ذلك لأن الهدف المرجو من ذلك هو إنقاذ العقد من البطلان الذي لحق به.

وأما فيما يخص آثار تحول عقد الوقف من حيث الأشخاص، فإن الأصل في أي عقد عادي أن الآثار التي تنتج عنه تنصرف إلى أطرافه، كما وأن المشرع قد سعى من خلال مبدأ التحول العقدي إلى إنقاذ العقد الذي ارتبط من خلاله المتعاقدان من واقعة البطلان، فالعقد الجديد الذي سينتج عن بطلان العقد الأصلي لا بد من أن تنشأ عنه مجموعة من الآثار في حق أطرافه، وذلك من خلال تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق كل منهم، وذلك طبقا لمبدأ حسن

¹ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة 1، القاهرة، دار الفكر العربي، 1996، ص 358.

² عز الدين محمد خوجة، المرجع السابق، ص 72.

³ خمار نريمان، حورية لشهب، آثار نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، عدد خاص (العدد التسلسلي 25)، جامعة محمد خيضر بسكرة، جانفي 2021، ص 210، 211.

⁴ الأمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، المصدر السابق.

النية، لكن ذلك لا ينفى انصراف تلك الآثار إلى أشخاص غير الأطراف كالأخلف العام (مثل الورثة، والموصى لهم بجزء من التركة) أو الغير حسن النية⁽¹⁾.

والآثار الأساسية في تحول عقد الوقف هو إنقاذ العقد من البطلان، ويستتبع ذلك أن هذا الأثر ينفذ في حق أطراف العلاقة العقدية ذاتها، والذين يشترط فيهم أن لا تتغير صفاتهم التي ارتبطوا بموجبها بواقعة التعاقد الأصلي التي أصبحت باطلة، وفي حال ما إذا تم إدخال متعاقد جديد لإتمام العقد فإن ذلك سيخلف امتناع تحول العقد⁽²⁾. ولا بد من الإشارة إلى أن أطراف عقد الوقف بعد تعديل نص المادة 6 من قانون الأوقاف والتي كانت تقرر صراحة بالوقف الخاص والذي يكون على أشخاص معينين يقوم بتعيينهم الواقف، فقد أصبحت تنص على الوقف العام فقط والمتمثل في الجهات الخيرية⁽³⁾.

الفرع الثاني: تطبيقات تحول عقد الوقف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

لابد من الإشارة لتطبيقات تحول عقد الوقف في كل من التشريع الجزائري والفقه الإسلامي كالآتي:

أولاً: تطبيقات تحول عقد الوقف في الفقه الإسلامي؛

الفقه الإسلامي لا يقوم في أصله على فكرة النظريات بالمفهوم المعاصر، وإنما يقوم على القواعد الكلية وجزئياتها، فقاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) وقاعدة (إعمال الكلام أولى من إهماله)⁽⁴⁾. تعتبر من القواعد المكرسة لفكرة التحول العقدي، أما التطبيقات العملية لتحول عقد الوقف فنجد منها الكثير نذكر منها على سبيل المثال:

1- تحول عقد الوقف من موقوف إلى نافذ: سبق وأن أشرنا إلى أن العقد الموقوف هو العقد الذي يصدر ممن له أهلية التعاقد غير أنه لا يملك ولاية إصداره ولا يترتب عن هذا العقد حكمه وآثاره إلا إذا قام صاحب الحق الذي يملك إصداره بإجازته، فيعتبر الفقهاء تخلف شرط من شروط الانعقاد سببا في تحوله من صحيح إلى موقوف؛ ومثال ذلك وقف الفضولي يبقى موقوفاً ويصبح باطلاً إن لم تلحقه الإجازة من المالك، وكذلك وقف ما تعلق به حق لآخر مرهون بخلأصه مثل الشخص الذي يملك بيتاً مرهوناً ويتصرف فيه بالوقف⁽⁵⁾.

2- تحول عقد الوقف من جائز إلى لازم: ذكرنا أن العقد الجائز، أو غير اللازم؛ هو الذي يكون لأطرافه الحق في فسخه دون موافقة من الطرف الآخر، في حين أن العقد اللازم لا يمكن فسخه دون موافقة من الطرف المقابل في العقد، ومثال هذا التحول هو الإضافة إلى ما بعد الموت؛ لأن تصرف المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف إلى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلثه وخاصة فيما لا يكون تمليكا⁽⁶⁾، فالوقف المضاف إلى بعد الموت بمثابة وصية محضة وليست

¹ نريمان خمار، تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص قانون مدني عقود ومسؤولية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة كلية الحقوق، الجزائر، 2016-2017، ص 116، 117، 118.

² سوالم سفيان، المرجع السابق، ص 147.

³ القانون رقم 91-10، المتضمن قانون الأوقاف، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

⁴ محمد عمار تركماني غزال، المرجع السابق، ص 78.

⁵ عبد القادر بن عزوز، المرجع السابق، ص 15، 16.

⁶ شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، الجزء 12، الطبعة 1، بيروت لبنان، دار المعرفة، دون سنة، ص 27، 28.

بوقف، وهي بذلك لا تلزم قبل موت الموصي وله الرجوع مادام حيا؛ لأنه بمثابة وقف معلق بالموت، ويصبح العقد لازما بعد موته إن مات من غير رجوع في الوقف، وينفذ هذا الأخير من ثلث ماله، ولا يسع الورثة تملكه ويتوجب عليهم التصديق بالمنافع على الجهة الموقوف عليها⁽¹⁾.

3- تحول عقد الوقف بسبب انقطاع الموقوف عليهم: يرى الفقهاء بأن التأبيد شرط في الوقف وأن الوقف الذي ينشأ صحيحا هو ما كان معلوم الابتداء والانتفاء غير منقطع؛ مثل أن تكون نهايته إلى جهة لا تنقطع كالمساكين والمحتاجين، فقد يكون الوقف منقطعا إذا كان على من لا يصح عليه الوقف كالوقف على شخص ميت لا ينتفع منه، أو الوقف على معصية كالكنيسة⁽²⁾.

4- تحول عقد الوقف من صحيح إلى باطل: فالعقد الصحيح هو كل عقد ينعقد سليما دون أن يرافقه أي خلل في الوصف، في حين أن العقد الباطل هو العقد الذي اختل فيه أحد عناصره الأساسية، أما العقد الفاسد هو في مرتبة وسط بين الباطل والصحيح؛ وهو العقد الذي ينعقد وقد اختل فيه أحد عناصره الفرعية بأن رافقه وصف منبهي عنه شرعا⁽³⁾، ومثال أن يتحول عقد الوقف من عقد صحيح إلى عقد باطل هو وقف المحجور عليه لحق غرمانه؛ كقيام شخص حجر عليه القاضي لسفه أو بسبب دين عليه بوقف أرضه⁽⁴⁾.

5- تحول عقد الوقف إلى تصرف آخر: قد يتحول عقد الوقف عند الفقهاء في بعض الحالات لتخلف شرط من شروطه، كشرط الحيابة فيصبح ميراثا لا وقفا، ومثال ذلك وقف المسلم إن ارتد عن الدين فإن هذا الوقف يتحول إلى ميراث، وقد يحدث وأن يتحول عقد الوقف إلى وصية مثل الوقف المضاف إلى ما بعد الموت، أو أن يتحول عقد الوقف إلى هبة إذا صدر من واقفه بشكل مهم لا يفهم منه بأنه وقف⁽⁵⁾.

ثانيا: تطبيقات تحول عقد الوقف في التشريع الجزائري؛

إن تطبيقات نظرية تحول عقد الوقف في التشريع الجزائري تقتضي أن يكون عقد الوقف باطلا باعتباره عقدا أصليا وهذا بخلاف الفقه الإسلامي الذي كان أكثر مرونة منه في أحكامه وحتى نتطرق لتلك التطبيقات فإنها ستتلاقى مع التطبيقات الفقهية الإسلامية في بعض النقاط، حيث نجد أن نص المادة 776 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري على أنه: (كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف)⁽⁶⁾.

¹ محمد قدرى باشا، المرجع السابق، ص 29. / مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، الطبعة 2، دمشق، دار القلم، 2004، ص 501، 502.

² عبد الحميد محمود البعلي، دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون دراسة مقارنة وموازنة، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، الإمارات العربية المتحدة، 31 ماي -3 جوان 2009، ص 15 / انظر أيضا: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية (تأيد - تحيات)، الجزء 10، الطبعة 2، الكويت، طباعة ذات السلاسل، 1987، ص 288، 289.

³ عز الدين محمد خوجة، المرجع السابق، ص 66.

⁴ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، موسوعة الأوقاف الفقهية (عدل - عمه)، الجزء 30، الطبعة 1، الكويت، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، 1994، ص 235، 236.

⁵ عبد القادر بن عزوز، المرجع السابق، ص 30، 35.

⁶ الأمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

والوقف بمثابة تصرف تبرعي فلو حدث وأن كان الشخص مريضا مرض الموت وتصرف في أملاكه بوقفها فإن هذا التصرف سيبطل ويتحول إلى وصية، وذلك استنادا إلى نص المادة السالفة الذكر، وأيضا المادة 215 من قانون الأسرة التي تشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب، وأن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية⁽¹⁾. والملاحظ من التطبيقات الفقهية السالفة الذكر بأن هذه الحالة فقط لها نص صريح وواضح في التشريع الجزائري بتحول التصرفات التبرعية للشخص المريض مرض الموت إلى وصية، وهو ما يتطابق مع حالة تحول عقد الوقف من موقوف إلى نافذ، كما ويمكن أيضا أن نجد التطابق في الحالة التي يتحول فيها عقد الوقف إلى تصرف آخر مثل تحوله إلى هبة وهذا أمر معقول لأن الشريعة الإسلامية تعتبر بمثابة أحد المصادر القانونية ومن الثابت في أحاديثها وأحكامها بأن عقد الوقف يكون باطلا إذا تم صدوره بعبارات غامضة ومهمة لا يفهم منها ما إذا كان وقفا بالفعل أو غير ذلك، فيتحول إلى هبة.

خاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع تحول عقد الوقف دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري؛ يتضح بأن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم بمقوماته وطابعه وتحول العقد فيه بمثابة حقيقة شرعية ليست مأخوذة من القانون الوضعي، بل تمتاز بالأصالة؛ حيث أثبتت هذه الدراسة ذلك من كون نظرية البطلان في الفقه الإسلامي أوسع من نظيرتها في القانون، وذلك بسبب تدرج العقد في الأحكام الفقهية الإسلامية بين صحيح، وفاسد، وباطل، وبجزئيات أعمق من التي نجدها في القانون، فيكون بذلك تطبيق مبدأ التحول العقدي في الفقه الإسلامي أشمل من القانون، وعليه فقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج أردفناها بتوصيات نوردتها على النحو الآتي:

أولا: النتائج.

_ تحول عقد الوقف في الفقه الإسلامي تتنوع حالاته وتتعدد مقارنة مع حالات القانون الوضعي، فهي لا تقتصر على العقد الباطل أو القابل للإبطال، كما هو وارد في القانون بل يتعدى الأمر إلى العقد الباطل والعقد الصحيح والعقد الفاسد؛ الذي يعتبر بمثابة اجتهاد حنفي يختلف عن النظرة القانونية البحتة للبطلان.

_ نظرية تحول العقد وتطبيقاتها تعتمد في الفقه الإسلامي على اعتبار أن دور الإرادة يقتصر على إنشاء العقد، أما الآثار التي قد تنتج عن ذلك فهي من صنع الشارع، بخلاف ما هو متعارف عليه في القانون الوضعي الذي يقضي بأن إرادة الأفراد لها دور فعال في تحديد الآثار التي ستنشأ جراء التعاقد.

_ للقاضي دور فعال في تحقيق مبدأ التحول العقدي، فعندما يحكم بتحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح، فإنه بذلك يكشف عن وجود هذا الأخير؛ وذلك من خلال النية المحتملة للمتعاقدين وهو أمر يستطيع القيام به من تلقاء نفسه، وهذا قد يجعل الأمر يقع فيه بعض الخلط بينه وبين تصحيح القاضي للعقد وبين الإجازة.

_ تحول عقد الوقف قد أظهر مرونة نظام الفقه الإسلامي في تلبية متطلبات الواقع، والاستجابة لحاجات الناس العملية في أدق تفاصيلها الجزئية مقارنة بالقانون الوضعي الذي عالج الأمر بمنظور ضيق.

¹ القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 24 بتاريخ 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 15، بتاريخ 27 فبراير 2005.

_ وينتج تحول عقد الوقف آثاره من حيث الزمان بشكل رجعي إلى تاريخ حصول البطلان، وليس من تاريخ الحكم بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح وذلك إعمالاً للأثر الرجعي للبطلان. والأثر الأساسي في تحول عقد الوقف هو إنقضاء العقد من البطلان، ويستتبع ذلك أن هذا الأثر ينفذ في حق أطراف العلاقة العقدية ذاتها.

_ عند المقارنة بين تطبيقات تحول عقد الوقف في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري نجد تطابقاً في بعض الحالات فقط؛ والمتمثلة في تحول التصرفات التبرعية للشخص المريض مرض الموت إلى وصية، وهو ما يطلق عليها في الفقه الإسلامي حالة تحول عقد الوقف من موقوف إلى نافذ، إضافة أيضاً إلى تحول عقد الوقف إلى عقد هبة والتي تندرج في الفقه الإسلامي تحت مسمى تحول عقد الوقف إلى تصرف آخر.

ثانياً: الاقتراحات.

_ النصوص القانونية التي تجسد مبدأ التحول العقدي قليلة جداً مقارنة بالأهمية التي يحظى بها هذا المبدأ خاصة وأن العالم في تطور وتغير فلا بد من إدراج نصوص جديدة تسائر التطبيقات التي من الممكن أن يتجسد بها هذا المبدأ.

_ من خلال واقع العمل القضائي تظهر محدودية القاضي في التدخل لتحقيق مبدأ التحول العقدي، حيث أن القاضي يلجأ إلى عدم تطبيق هذا المبدأ بحجة التزامه للحياد؛ وذلك بسبب قصور معنى المادة 105 من القانون المدني وبناءً على ذلك نقترح تعديل هذه المادة بشكل يساهم في توضيح هذا المبدأ، وبالتالي يصبح من السهل تفعيله.

_ بالنظر إلى تنوع وتعدد حالات تحول عقد الوقف في الفقه الإسلامي مقارنة مع حالات القانون الوضعي والتي اتسمت بالمنظور الضيق فإننا نقترح إجراء ندوات خاصة ودراسات جديدة يشترك فيها الباحثين القانونيين وذلك سعياً لإعمال مبدأ التحول العقدي بشكل أوسع في النطاق القانوني من أجل الحد من آثار البطلان وتجنب مخلفاته السلبية.

_ من خلال دراستنا لموضوع تحول عقد الوقف لاحظنا اقتضار مبدأ التحول العقدي في التشريع على العقد فقط في حين أنه يمكن أن يشمل العديد من التصرفات كما هو الأمر في الفقه الإسلامي وعليه نقترح على المشرع أن يوسع من النظرة القانونية لنظرية التحول العقدي وذلك من خلال تعديل المصطلح الوارد في المادة 105 بمسمى العقد وتغييره بمصطلح التصرف القانوني أو بإضافة مواد قانونية أخرى إلى جانب المادة 105 والتي تصب في ما يفيد توسيع نطاق هذه النظرية والتغيير من شروطها بأن تصبح أكثر مرونة.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر.

1- القرآن الكريم برواية ورش.

2- المعاجم والقواميس:

_ ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، دون طبعة، القاهرة، دار المعارف، دون سنة.

_ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الطبعة 8، لبنان، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 2005.

3- النصوص القانونية:

- _ الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975.
- _ القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 24 بتاريخ 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2005.
- _ القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتضمن قانون الأوقاف، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 21 بتاريخ 08 ماي 1991. المعدل والمتمم بالقانون 07-01 المؤرخ في 22 مايو 2001، ج ر ج عدد 29 بتاريخ 23 مايو 2001. و القانون رقم 02-10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 ج ر ج عدد 83، بتاريخ 15 ديسمبر 2002.
- _ القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية عدد 14 بتاريخ 8 مارس 2006.

ثانيا: المراجع.

1- الكتب:

- _ أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، الجزء 1، الطبعة 1، لبنان، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، 1997.
- _ عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلا عن تفوق الفقه الإسلامي، الجزء 1، الطبعة 1، الرياض، شبكة الألوكة، 1993.
- _ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة 1، لبنان، دار إحياء التراث العربي، 1952.
- _ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث - نظرية السبب ونظرية البطلان -، الجزء 4، الطبعة 1، بيروت، معهد الدراسات العربية العالية، 1975.
- _ عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون دراسة مقارنة، الطبعة 1، الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2010.
- _ علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة بحث مقارن، الطبعة 1، القاهرة، دار الفكر العربي، 2009.
- _ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة 5، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003.
- _ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة 1، القاهرة، دار الفكر العربي، 1996.
- _ محمد الأمين بلميلود، الحماية المدنية والجنائية للأموال الوقفية، الطبعة 1، الأردن، دار الأيام للنشر والتوزيع، 2019.
- _ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، الطبعة 2، الجزائر، دار الهدى، 2007.

- _ محمد قدرى باشا، قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف، الطبعة 1، لبنان، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، 2001.
- _ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، الطبعة 2، دمشق، دار القلم، 2004.
- _ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية (تأيد - تحيات)، الجزء 10، الطبعة 2، الكويت، طباعة ذات السلاسل، 1987.
- _ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، موسوعة الأوقاف الفقهية (عدل - عمه)، الجزء 30، الطبعة 1، الكويت، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، 1994.
- _ وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، الجزء 1، الطبعة 1، دمشق بيروت، دار الكلم الطيب، 2010.
- _ وهبة الزحيلي، الفقه الحنبلي الميسر بأدلته وتطبيقاته المعاصرة، الجزء 2، الطبعة 1، دمشق، دار القلم، 1997.
- _ وهبة الزحيلي، الفقه الحنفي الميسر، الجزء 1، الطبعة 1، دمشق، دار الفكر، 2010.
- _ وهبة الزحيلي، الفقه الشافعي الميسر، الجزء 1، الطبعة 1، دمشق، دار الفكر، 2008.
- _ عبد القادر بن عزوز، تحول عقد الوقف في الفقه الإسلامي، الطبعة 1، الجزائر، دار الإمام مالك للطباعة والنشر والتوزيع، 2020.

2- المقالات:

- _ حيدر جبار محمود، تحول العقد المالي وأثره في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإسلامية، العدد 4، الجامعة العراقية كلية الشريعة، العراق، 2013.
- _ خالد مساعدي، قصوري رفيقة، التمييز بين الواقع والقانون لتحديد نطاق رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية للقاضي المدني، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 9، العدد 2، جامعة عباس لغرور خنشلة، الجزائر، 2022.
- _ خمار نريمان، حورية لشهب، أثار نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، عدد خاص (العدد التسلسلي 25)، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، جانفي 2021.
- _ سوالم سفيان، نظرية تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 9، العدد 29، جامعة سوق أهراس، الجزائر، 2017.
- _ عبد الحميد محمود البعلي، تحول العقود وإعادة تكييفها وأثر العوارض الطارئة في ذلك دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد 1، العدد 1، كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، مارس 2013.
- _ محمد عمار تركمانية غزال، الإشكاليات التطبيقية لنظرية تحول العقد دراسة مقارنة، مجلة كلية أحمد بن محمد العسكرية للعلوم الإدارية والقانونية، المجلد 1، العدد 1، كلية القانون، جامعة قطر، ديسمبر 2014.

3- الرسائل الجامعية:

- _ صالح بوهلة، أحكام تصحيح العقد في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية، الجزائر، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق سعيد حامدين، 2013-2014.

_ لرجم يمينة، تحول العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، الجزائر، جامعة الجزائر 1، 2015-2016.

_ محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، باتنة، جامعة الحاج لخضر - باتنة- كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية قسم العلوم الإسلامية، 2011-2012.

_ نريمان خمار، تحول العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص قانون مدني عقود ومسؤولية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة كلية الحقوق، الجزائر، 2016-2017.

4- التظاهرات والمؤتمرات العلمية:

_ عبد الحميد محمود البعلي، دراسة تمهيدية في تحول العقود في الفقه والقانون دراسة مقارنة وموازنة، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، الإمارات العربية المتحدة، 31 ماي -3 جوان 2009.