

مركز الفقه المالكي في مدونة الأوقاف المغربية

رقية بلكوس

طالبة باحثة بسلك الدكتوراه - كلية الشريعة جامعة ابن زهر بالمغرب

الحلقة (٢)

يعتبر الوقف من التبرعات التي يرجى فيها ثوابٌ في الدنيا والآخرة، وهو يحقق مصالح العباد بدءاً بالضروري ثم الحاجي ثم التحسيني، وتميزت أوقاف المسلمين على مر الزمان بخدمتها لجميع مجالات الحياة والتي يسعى من خلالها الواقفون إلى تحقيق مقاصد الشريعة، ويعتبر الوقف دليلاً قوياً على التراحم الاجتماعي بين المسلمين.

وبالنظر للأهمية التي يتميز بها الوقف كنظام قائم بذاته، فإن المشرع قام في سنة ٢٠١٠ بتجميع قواعد الوقف في الفقه الإسلامي - خاصة الفقه المالكي باعتباره مذهب المملكة - في مدونة خاصة أطلق عليها مدونة الأوقاف، ومواصلة في إصلاح منظومة الوقف قام في مارس من سنة ٢٠١٩ بتعديلات مهمة على هذه المدونة مما يدل على أهمية هذا الأخير وضرورة الحفاظ عليه وحمايته حتى يستمر في ذاته وفي منفعته.

المبحث الثاني: الحيطة في معاوضة واستبدال الأموال الحبسية

كان فقهاء المالكية السابقين قد منعوا مطلقاً البيع والتصرف في الأموال الوقفية بحجة أن فتح هذا الباب سيكون ذريعة لتملك واستغلال هذه الأموال، لكن ذهب بعض المتأخرين لجواز معاوضة الوقف ما دام في ذلك مصلحة له، وهو الاتجاه الذي أخذ به المشرع في مدونة الأوقاف.

احتياط المالكية في معاوضة الوقف

كانت معاوضة الوقف مسألة اختلاف بين الفقهاء، ترتب عنها رأيان أحدهما يمنع معاوضة الوقف مطلقاً سدا للذرائع والثاني قال بجواز المعاوضة.

مفهوم المعاوضة والاستبدال

- معنى المعاوضة والاستبدال في اللغة:

المعاوضة من عوض عوضاً أي البدل جمعه أعواض، والعوض: البدل، وفي حديث أبي هريرة: "فلما أحل الله ذلك للمسلمين، يعني الجزية، عرفوا أنه قد عاضهم أفضل مما خافوا".

تقول: عضت فلانا وأعضته وعوضته إذا أعطيته بدل ما ذهب منه⁽¹⁾.

الاستبدال: من بدل الشيء: غيره⁽²⁾.

والمعاوضة والاستبدال عند الفقهاء:

المعاوضة في الاصطلاح الفقهي تفيد: "بيع العرض بالعرض كحيوان بثوب أو حيوان بمثله أو ثوب بمثله

أو أرض بمثلها ونحو ذلك"⁽³⁾؛ فمعاوضة الوقف في الفقه تقتضي استبداله بأحد الأمرين:

١. بيع العقار الموقوف بالنقد وشراء عين بثمنه لتكون موقوفة مكان العين التي بيعت⁽⁴⁾.

٢. المقايضة على عين الوقف بعين أخرى⁽⁵⁾.

أما المشرع المغربي فقد عرف المعاوضة في الفصل ٦١٩ من ق ل ع بما يلي: "المعاوضة عقد بمقتضاه يعطي

كل من المتعاقدين للآخر على سبيل الملكية، شيئاً منقولاً أو عقارياً، أو حقاً معنوياً، في مقابل شيء أو

حق آخر من نفس نوعه أو من نوع آخر".

معاوضة الوقف عند المالكية

وقع الاختلاف بين الفقهاء قديماً على معاوضة الوقف، فأجاز بعضهم معاوضة الملك الحبسي باستبداله أو

بيعه، تحقيقاً لمصلحة الوقف في تحريك أمواله واستثمارها والمحافظة على الأعيان، بينما جرى مذهب الإمام

مالك بالتشدد في مسألة معاوضة المال الموقوف، فكانوا أكثر الفقهاء احتياطاً في هذه المسألة باعتبارها

تندرج ضمن التصرفات الناقلة للملكية، ومن المعلوم أنه لا يجوز التصرف في الوقف لا ببيع أو هبة أو

قسمة أو غيرها لأن ذلك يخالف الغاية من أصل الوقف. في المقابل قد تكون ضرورة ملحة لاستبداله

ومعاوضته بما فيه مصلحة ظاهرة للوقف ولهم في معاوضة العقار الوقفي كلام:

منعوا استبدال العقار الموقوف أو معاوضته باتفاق في حالتين:

(1) لسان العرب، م س، ج 7، ص 192 (مادة عوض).

(2) المرجع نفسه، ج 11، ص 48 (مادة بدل).

(3) البهجة في شرح التحفة، م س، ج 2، ص 238.

(4) ويطلق عليها المشرع المغربي في مدونة الأوقاف المعاوضة النقدية جاء في الفقرة الثانية من المادة 63 على ما يلي: "...

ويجب أن تخصص الأموال المتأتية من معاوضة الأموال الموقوفة وفقاً لما لاقتناء بدل عنها....".

(5) وهي المعاوضة العينية في اصطلاح المشرع المغربي وقد نظم أحكامها من المادة 72 إلى المادة 79 من مدونة الأوقاف.

الحالة الأولى: إذا كان العقار مسجداً: اتفق فقهاء الشريعة على منع استبدال المسجد ما عدا الإمام أحمد الذي أجاز استبدال المسجد بأرض مسجد آخر⁽¹⁾، ومن قال بالمنع قال بأن المسجد لا تنقطع فائدته، ولن يأتي يوم ويستغني فيه المسلمون عن الحاجة للمسجد ولأنه وقف لمصلحة المسلمين، وما كان لمصلحة المسلمين فإن الفرد لا يتصرف فيه، لذلك قال المالكية: المساجد لا يحل بيعها أصلاً بإجماع⁽²⁾.

الحالة الثانية: إذا كان العقار ذا غلة: لا يجوز استبدال الدور والخوانيت إذا كانت قائمة المنفعة عند المالكية لكنهم استثنوا من ذلك توسيع المسجد أو المقبرة أو الطريق العام فأجازوا فيه البيع، لأن هذا من المصالح العامة للأمة، وإذا لم تبع الأحباس لأجلها تعطلت، وأصاب الناس ضيق، ومن الواجب التيسير على الناس في عبادتهم وسيرهم ودفن موتاهم.⁽³⁾ فقد سئل سحنون عن الدار المحبسة هل يجوز بيعها؟ فقال: "لم يجز أصحابنا بيع الحبس على حال إلا أن يكون داراً في جوار مسجد فيحتاج إليها لتدخل في المسجد ويوسع بها المسجد فإنهم وسعوا في بيعها في مثل هذا، ورأى أن يشتري بثمنها داراً مثلها فتكون حبساً. وقد أدخل في مسجد النبي ﷺ دور كانت محبسة.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في هذه المسألة في رسم طلق من سماع ابن القاسم⁽⁴⁾.

وهذه مواطن اتفاق عند المالكية، وفي غيرها اختلفوا إلى اتجاهات يمكن تلخيصها على التالي:

الاتجاه الأول: القائل بمنع المعاوضة مطلقاً، كان الوقف عقاراً أو منقولاً، عامراً أو خراباً.

قال سحنون في المدونة: "وهذه جل الأحباس قد خربت فلا شيء أدل على سنتها منها، ألا ترى أنه لو كان البيع يجوز فيها ما أغفله من مضى، ولكن بقاءه خراباً دليل على أن بيعه غير مستقيم وبحسبك حجة في أمر قد كان متقادماً أن تأخذ منه ما جرى الأمر عليه، فالأحباس قد بجمه ولم تنزل، وجل ما يؤخذ

(1) قال ابن قدامة: "إن الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه، كدار انهدمت، أو أرض خربت وعادت مواتاً ولم تمكن عمارتها، أو مسجد انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلح فيه، أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه، أو تشعب جميعه، ولم تمكن عمارته، ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه، جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته، وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه ببيع جميعه.

والرواية الثانية: لا يجوز بيع المساجد. روى علي بن سعيد أن المساجد لا تباع وإنما تنقل ألتها. وقد رجح ابن قدامة الرواية الأولى."

أنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، م س، ج 6، ص 325.

(2) القوانين الفقهية، أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي (المتوفى: 741هـ)، بدون طبعة بدون تاريخ، ص 244.

(3) مدونة الفقه المالكي وأدلته، م س، ج 4، ص 236.

(4) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، تحقيق محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية، 1408 هـ - 1988 م، ج 12، ص 304.

منها بالذي به لم تزل تجري عليه فهو دليلها . فبقاء هذه خرابا دليل على أن البيع فيها غير مستقيم؛ لأنه لو استقام لما أخطأه من مضى من صدر هذه الأمة، وما جهله من لم يعمل به حين تركت خرابا وإن كان قد روي عن ربيعة خلاف لهذا في الرباع والحيوان إذا رأى الإمام ذلك" (1).

وجاء في المدونة أن مالكا سئل عن تصدق بنخل بمائها، ثم أصابتها الرمال حتى بلغت كرانيفها، وغلبت عليها، وفي مائها فضل، وقد أردت بيعها، فقال له: ما أرى أن تبيعها، وأرى أن تدعها على حالها حتى يغلب عليها الرمال فتستريح منها.

قال محمد بن رشد: يريد بالصدقة هاهنا الحبس الموقف، فلم يربيعه وإن غلبت عليه الرمال حتى خشى أن يغير فلا ينتفع به، وهذا هو مذهب ما في المدونة، أن الربع الحبس لا يباع وإن خشى عليه الخراب. لأن الربع وإن خرب، فلا تذهب البقعة، ويمكن أن يعاد إلى حاله، وكذلك هذه النخيل، وإن غلبت عليها الرمال بكثرة الرياح أو المياه، يمكن أن يذهب عنها بمثل ذلك أو بما سواه، فتعود إلى حالها. (2)

من خلال هذا الرأي يتبين أن من المالكية من كان أحرص على حماية الأموال الوقفية وإن كان في التصرف فيها مصلحة عامة لأن معاوضة الأحماس قد تتخذ ذريعة لتبديدها وتضييعها. وهذا المنع المطلق لمعاوضة العقار الوقفي راجع أساسا لإعمال أصحابه لقاعدة سد الذرائع، ولا يقتصر هذا الاتجاه في منع معاوضة الأصول الخربة فقط بل امتد المنع ليشمل أيضا غير الأصول، فقد أفتى ابن عتاب وابن القصار وابن اسحاق بفسخ بيع الأنقاض المقامة في الأرض المحبسة... قال: " ابن عتاب: فإن فات ذلك بنقض المبتاع لما أنفذ البيع وقال ابن زرب: لا يجوز بيع الأنقاض... " (3).

الاتجاه الثاني: فيما خرب من الوقف ولا يرجى صلاحه فيه قولان:

القول الأول: منع بيع ما خرب من ربع الحبس مطلقا.

(1) المدونة، م س، ج 4، ص 418.

(2) البيان والتحصيل، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، م س، ج 7، ص 345.

(3) المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، م س، ج 13، ص 118.

قال صاحب التاج والاكليل: "قال ابن الجهم⁽¹⁾: إنما لم يبيع الربع المحبس إذا خرب؛ لأنه يجد من يصلحه بإجارته سنين فيعود كما كان." (2)

القول الثاني: قال بجواز معاوضة الوقف الخرب والذي انقطعت منفعته أو انعدمت.

جاء في منح الجليل ما يلي: "قول الشيخ في رسالته وابن شعبان وابن رشد: إن كانت هذه القطعة من الأرض المحبسة انقطعت منفعتها جملة وعجز عن عمارتها وكرائها فلا بأس بالمعاوضة فيها بمكان حبس مكانها، ويكون ذلك بحكم من القاضي بعد ثبوت ذلك السبب والغبطة في المعوض عنه ويسجل ذلك ويشهد به" (3).

والظاهر أن القول الأول وإن كان هو المشهور في المذهب المالكي – المانع لمعاوضة العقار الموقوف الخرب الذي لا يرجى نفعه – فيه ضرر على العقار الوقفي لا حمايته، طالما هناك إمكانية الاستفادة منه ببيعه أو استبداله للمصلحة حتى يتحقق مقصود الوقف، وهو رأي المتأخرين من المالكية الذي أجاز بيع العقار الموقوف الخرب وفق ضوابط محددة وهو الرأي الراجح في الفقه المالكي. فلا يتصور في ترك العقارات الوقفية خربة غير مستغلة ولا تعود بالنفع على الوقف – بمنع استبدالها أو بيعها واستغلال ذلك في شراء عقار آخر بدلا عنها – حماية وأمنا واستقرارا للأوقاف بل فيه تهديد بأمنها ووجودها ويخالف غاية وقصد الواقف من تحبيسها. فمعاوضة العقار الوقفي يكون على أساس جلب المصلحة، وحمايته توجد حيث وجدت المصلحة المعتبرة شرعا.

(1) محمد أبو بكر بن أحمد بن محمد بن الجهم بن حبيش ويعرف بابن الوراق المروزي هذا الصحيح وأخطأ من قال: اسمه أحمد بن محمد وكان جده وراقاً للمعتضد. صحب أبو بكر إسماعيل القاضي وسمع منه وتفقه معه ومع كبار أصحاب بن بكير وغيره وروى أيضاً عن إبراهيم بن حماد ومحمد بن عبدوس وعبد الله بن محمد النيسابوري وعبد الله بن أحمد بن حنبل وجعفر بن محمد الفريابي وجماعة غيرهم.

أبو بكر هذا مشهور له أنس بالحديث وألف كتاباً جليلاً على مذهب مالك منها: كتاب الرد على محمد بن الحسن وكتاب بيان السنة: خمسون كتاباً مسائل الخلاف والحجة لمذهب مالك وشرح مختصر بن عبد الحكم الصغير. وكان صاحب حديث وسمع وفقه.

قال الخطيب: له مصنفات حسان محشوة بالآثار يحتج لمذهب مالك ويرد على مخالفيه وكتب حديثاً كثيراً وكتبه تنبئ عن مقدار علمه. روى عنه أبو بكر الأبهري وأبو إسحاق الدينوري. وتوفي سنة تسع وعشرين وثلاثمائة وقيل سنة ثلاث وثلاثين. (أنظر الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى (المتوفى: 799هـ)، تحقيق وتعليق الدكتور محمد الأحمدى أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، ج 2، ص 185 - 186.

(2) التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: 897هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1416هـ - 1994م، ج 7، ص 662.

(3) منح الجليل شرح مختصر خليل، م س، ج 8، ص 154.

فالقول باستبدال الوقف عند الحاجة يتوافق ومقاصد الشريعة التي نفت جمود وتعطيل المصالح الممكن الاستعاضة عنها بأفضل منها، وهو يخدم مصلحة الوقف والموقوف عليهم وهو جائز عند تحقق المصلحة لجهة الوقف⁽¹⁾.

ولهذا السبب نجد المشرع المغربي تبني هذا الاتجاه وسمح بمعاوضة العقارات الوقفية المحققة لمصلحة ظاهرة للوقف⁽²⁾، لكن في المقابل لم يتساهل في ذلك بل وضع مجموعة من الضوابط والشروط الواجب التقيد بها من أجل إجراء هذا التصرف.

معاوضة العقار الوقفي في التشريع المغربي

اعتباراً لكون المعاوضة من أخطر التصرفات التي قد تهدد أمن الوقف واستقراره لكن تبقى مصلحة الوقف على كل اعتبار، لذلك نجد المشرع شديد الحرص على ضمان حسن سير إجراءات هذه التصرفات الناقلة للملكية وملاءمتها مع خصوصية الأملاك الوقفية، حيث أفرد نوعاً من الصرامة عند سلوك مسطرة المعاوضة وذلك كحماية منه لهذه العقارات التي تعد رصيذاً عقارياً وقفياً مهماً في البلاد فحدد مجموعة من الشروط الواجب الالتزام بها، كإجبارية تحفيظ العقار موضوع المعاوضة، وإفراغ هذه المعاوضة في قالب رسمي... واطعاً بذلك منظومة قانونية صلبة تحمي هذا النوع من العقار عند إجراء هذا التصرف⁽³⁾. وفي نفس الوقت نص على تخصيص الأموال المتحصل عليها من المعاوضة لاقتناء بدلاً عنها أو استثمارها بهدف الحفاظ على أصل الوقف وتنمية مداخيله، وبموجب المادة ٤ من قرار وزير الأوقاف والشؤون

(1) المنازعات على أرض الوقف وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية بقطاع غزة، يحيى نصر حمودة الدلو، رسالة لنيل درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية بغزة، 1430هـ / 2009 م، ص 97.

(2) تنص المادة 72 من مدونة الأوقاف بعد تميمها بالظهير رقم 1.19.46 الصادر بتاريخ فاتح مارس 2019 المتعلق بتغيير وتنظيم مدونة الأوقاف، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6759 بتاريخ 11 مارس 2019، ص 1377 على ما يلي: "يشترط لإجراء أي معاوضة عينية للأوقاف العامة أن تكون العين المعروض بها محفظة وأن تساوي أو تفوق قيمتها التقديرية قيمة العين الموقوفة، وأن تحقق هذه المعاوضة مصلحة ظاهرة للوقف"

(3) تأملات عامة حول المعاوضة في الوقف العام، لبيب نبيل، مجلة القانون والأعمال الدولية، العدد 27 أبريل 2020، ص 213.

الإسلامية⁽¹⁾، فقد حددت الحالات التي يمكن فيها إجراء المعاوضة⁽²⁾، وهذه المادة لم تجوز المعاوضة النقدية للأموال الوقفية إلا إذا وجدت مصلحة عامة من هذه المعاوضة، كما أكدت فتوى المجلس العلمية التي استفتيت بخصوص تصفية الحبس المعقب، وخاصة المجلس العلمي بمراكش الذي نص على: " أن الحبس إذا وصل إلى هذه المرحلة، بحيث أصبحت منفعته ضئيلة، أو عديمة النفع بالمرّة، وتضرر بذلك الحبس عليهم، ولا من يقوم بإصلاحه وترميمه، فإنه يصر إلى تحقيق غرض الحبس عليهم وقصده، ولا ينظر إلى لفظه وشرطه، ويجوز الإقدام على إجراء المعاوضة فيه، أو بيعه وجعل ثمنه في مثله... " وهو أمر يؤسس منهج تحقيق المصلحة العامة من الوقف والمتمثلة في الاستفادة من ريعه، فلو ظل على تلك الحالة الخربة فإنه لا يحقق أي مصلحة نفعية⁽³⁾؛ ليؤكد هذا القرار في المادة 5 منه على أن توفر هذه الحالات الموجبة للمعاوضة النقدية تتحقق منه لجنة تعنى بالمعاملات العقارية.

وزيادة احتياط من المشرع فقد أخضع المعاوضات التي تزيد قيمتها التقديرية عن عشرة ملايين درهم لموافقة جلاله الملك، والمعاوضات التي تتراوح قيمتها التقديرية بين خمس وعشر ملايين درهم لموافقة

(1) قرار وزير الأوقاف 4139.12 الصادر في 5 صفر 1434/ 19 دجنبر 2012 في شأن تحديد إجراءات السمسرة وطلب العروض ومسطرة الاتفاق المباشر وكيفية تنظيمها الخاصة بالمعاوضات النقدية للأموال الموقوفة المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6161 بتاريخ 17 يوليوز 2013.

(2) حسب المادة 4 من القرار الوزيري الصادر بشأن تحديد الإجراءات الخاصة بالمعاوضات النقدية، يمكن إجراء المعاوضة النقدية في الحالات التالية:

- إذا انقطع نفع المال الموقوف أو قل بشكل كبير،
- إذا أصبح في حالة يتعذر معها الانتفاع به،
- إذا صارت مداخيله لا تغطي مصاريف صيانتها والحفاظة عليه،
- إذا كان مهددا بالانهيار أو السقوط،
- إذا كان مملوكا مع الغير على الشياخ،
- إذا اقتضت مصلحة الأوقاف ذلك،

(3) قراءة في المنهج المصلحي للنصوص التطبيقية الخاصة بمدونة الأوقاف، عبد الكريم بن محمد بناني، مجلة الأملك الوقفية دراسة وأبحاث في مدونة الأوقاف والقانون المقارن، سلسلة دراسات وأبحاث، العدد 8، منشورات مجلة القضاء المدني، ج 2، ص 81.

المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف⁽¹⁾، ويرى أحد الباحثين⁽²⁾ أن هذه التحديدات تكتسي أهمية بالغة في عدم إعطاء الحق لجهة واحدة بإمضاء هذه المعاوزات مما قد يكون معه مساس بحماية العقار الوقفي وأمنه أو سوء توظيف هذه المعاوزات⁽³⁾.

وحتى تحقق معاوضة الأوقاف مصلحة ظاهرة للوقف، فمن خلال المادة ٢٤ من قرار تحديد كيفية إجراء المعاوضة العينية⁽⁴⁾، نص المشرع على عدم قبول "معاوضة العقارات الموقوفة بعقارات شائعة الملكية، أو غير متوفرة على منفذ إلى الطريق العمومي، أو مخصصة لإقامة منشآت عامة، أو محل مؤقت أو نزع ملكية للمنفعة العامة، أو مثقلة بحقوق عينية لفائدة الغير"، إذ لا سبيل لتحقيق المصلحة للوقف من هذه المعاوضة⁽⁵⁾.

(1) المادة 64 من مدونة الأوقاف "تخضع المعاوزات المتعلقة بالعقارات والمنقولات المعتبرة ضمن الأوقاف العامة والتي تزيد قيمتها التقديرية عن عشرة ملايين (10.000.000) درهم للموافقة السامية المسبقة لجلالتنا الشريفة. وتخضع معاوضة نفس العقارات والمنقولات للموافقة المسبقة للمجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة المشار إليه في المادة 157 من هذه المدونة إذا كانت قيمتها التقديرية تتراوح ما بين خمسة ملايين (5.000.000) درهم وعشرة ملايين (10.000.000) درهم.

وكل معاوضة تتعلق بالعقارات والمنقولات التي تقل قيمتها التقديرية عن خمسة ملايين (5.000.000) درهم، وكذا معاوضة القيم المنقولة المحددة القيمة التي يتم توظيفها لفائدة الأوقاف العامة مهما كانت قيمتها، تخضع للموافقة المسبقة للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف.

تحدد القيمة التقديرية للعقار المراد معاوضته، حسب كل حالة، من قبل لجنة تتكون من ثلاثة خبراء يعينون بمقرر مشترك للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف ورئيس المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة "

(2) أمن العقار الوقفي في المغرب بين الضوابط الشرعية والضمانات القانونية، عبد المجيد باباابريك، مداخلة ضمن أشغال الندوة الوطنية في الأمن العقاري الذي نظمتها كلية الشريعة بأيت ملول يوم 16 نونبر 2019، لم يتم نشر أعمالها بعد.

(3) وهذا بخلاف ظهير 13 يناير 1918 المتعلق بضبط مراقبة الأحباس المعقبة المعدل بمقتضى ظهير 18 يوليوز 1920 الذي حدد جهة واحدة يلزم أخذ الإذن منها لإجراء المعاوضة بغض النظر عن قيمة العقار وتتمثل هذه الجهة في جلالة الملك. وفي هذا الصدد صدر قرار عن المجلس الأعلى قضى بما يلي: "ومن جهة أخرى وأنه من الثابت أن العقار موضوع النزاع هو عقار حبسي لا يقبل التفويت أو المعاوضة، وذلك وفقا للضوابط التي حددها الظهير المنظم للأموال الحيسية الذي هو قانون خاص وكذا ظهير 13 يناير 1918 المتعلق بالتصرف في الأملاك الحيسية المعقبة الذي ينص على أن: "معاوضة الأملاك الحيسية تتم وفقا لمقتضيات ظهير 20 يوليوز 1920 المتعلق بمعاوضة الأملاك الحيسية التي تشترط لصحة هذا التصرف توفر ملف طلب المعاوضة على إذن من جنابنا الشريف للموافقة على المعاوضة قصد ترتيب جميع الآثار القانونية التي تعطي الصبغة الشرعية لتفويت العقار الحبسي" وأن عدم تقديم طلب المعاوضة بخصوص إنشاء عملية قبول الدولة المغربية لتفويته إلى ملك الدولة الخاص دون صدور الإذن من الجناب الشريف يجعل تصرفها متسما بعدم الشرعية لعدم احترام المقتضيات القانونية المشار إليها أعلاه" قرار عدد 292 صادر بتاريخ 8/05/2003 في الملف الإداري عدد 1432/4/2/2002، أوردته زهيرة فونتينير، م س، هامش ص 293).

(4) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6161 بتاريخ 8 شعبان 1434 هـ 17/ يونيو 2013.

(5) قراءة في المنهج المصلي للنصوص التطبيقية الخاصة بمدونة الأوقاف، م س، ص 83.

وعليه فإنّ المشرع قد تشدد في معاوضة العقارات الوقفية واشترط أن تحقق هذه المعاوضة مصلحة ظاهرة للوقف بموجب المادة ٧٢⁽¹⁾ وأخضعها لضرورة حصول الموافقة من قبل جهات تختلف باختلاف قيمة العقار واشترط تحفيظه وصرف نتيجة المعاوضة للأموال الوقفية العامة لاقتناء بدل عنها أو استثمارها بغية الحفاظ على أصل الوقف وتنميته، واشترط إخضاع نتيجة كل سمسرة أو طلب عروض أو اتفاق مباشر لمصادقة إدارة الأوقاف. وبالتالي فإننا نلاحظ أن في تشديد المشرع في معاوضة العقارات الموقوفة وقفا عاما فيه حماية فعالة لهذه العقارات من أي استغلال لهذا العقد والإضرار بالملك الوقفي العمومي.

وقد نظمت مدونة الأوقاف الأحكام العامة لبيع العقار الموقوف تحت مسمى المعاوضة النقدية في المواد ٦٣ إلى ٧١ والمعاوضة العينية في المواد ٧٢ إلى ٧٥ ويستخلص من هذه الأحكام ما يلي (2):

- المعاوضة العينية ليس من شأنها التأثير على الصفة الحبسية للعقار وفي ذلك موازنة بين الحفاظ على الأصل الوقفي وبين تنمية العقار الوقفي والحفاظ عليه.
- تفادي مشرع مدونة الأوقاف استعمال مصطلح البيع واستعاضته بمصطلح مركب وهو المعاوضة النقدية، إذ باعتبار أحد البدلين عقارا والآخر نقدا يكون التصرف بيعا وليس معاوضة.
- جعل تحديد الحالات المبررة (3) لتفويت العقار الموقوف بالمعاوضة النقدية أو العينية من اختصاص لجنة المعاملات العقارية للأوقاف فيترتب عن ذلك تغييب أي طرف خارجي عن الحكومة المكلفة بالأوقاف لمراقبة مدى توفر الشروط القانونية للتفويت المراد إجراؤه.

(1) تمت بالظهير الشريف رقم 1.19.46 الصادر بتاريخ 23 جمادى الثانية 1440 (فاتح مارس 2019) المتعلق بتغيير وتنظيم مدونة الأوقاف والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 6759 بتاريخ 11 مارس 2019، ص 1377، لتنص على ما يلي: " يشترط لإجراء أي معاوضة عينية للأوقاف العامة أن تكون العين المعروض بها محفظة وأن تساوي أو تفوق قيمتها التقديرية قيمة العين الموقوفة، وأن تحقق هذه المعاوضة مصلحة ظاهرة للوقف".

(2) الحماية المدنية للوقف العام من خلال مدونة الأوقاف وظهير التحفيظ العقاري، مهدي ادريس قيطوني، المجلة المغربية للدراسات العقارية والطبوغرافية، العدد الثاني 2019، ص 119.

(3) المادة الخامسة - حددت حالات المعاوضة العينية - من قرار وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية 4140.12 الصادر في 5 صفر 1434 / 19 دجنبر 2012 في شأن تحديد كفاءات إجراء المعاوضات العينية للأموال الوقفية المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6161 بتاريخ 17 يوليوز 2013.

المادة الرابعة - حدد حالات المعاوضة النقدية - من قرار وزير الأوقاف 4139.12 الصادر في 5 صفر 1434 / 19 دجنبر 2012 في شأن تحديد إجراءات السمسرة وطلب العروض ومسطرة الاتفاق المباشر وكيفية تنظيمها الخاصة بالمعاوضات النقدية للأموال الموقوفة المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6161 بتاريخ 17 يوليوز 2013.

خاتمة

حاولتُ في هذا الموضوع أن أبين كيفية تعامل المشرع في وضعه لمدونة الأوقاف مع أحكام وضوابط الوقف في الفقه المالكي، وقد اقتصرت على مسألتين مهمتين وهما مسألة حمايته من خلال الوقوف على الضمانات الشرعية التي وضعها الفقهاء لحماية الأموال الموقوفة واتخذها المشرع في المدونة كقواعد عامة. والمسألة الثانية وهي معاوضة الوقف خاصة أنها كانت موضوع اختلاف كبير بين الفقهاء بين مانع ومجيز بشروط، ليشجع المشرع باتخاذ قرار جواز المعاوضة وفق ضوابط وقواعد قانونية مراعيًا في ذلك مصلحة الوقف وتطور المجتمع.

لنقول بان المرجع الأصل المنظم لأحكام الوقف في المغرب هو الفقه المالكي خاصة الاتجاه المتميز باليسر والمرونة، حيث اختار المشرع من القواعد الفقهية الوقفية ما يتناسب مع معطيات واقعنا، وأعاد صياغتها في قالب قانوني وضع لها إطارا سماه مدونة الأوقاف، وتأكيدا منها على أصل مرجعيتها أحال على المذهب المالكي فقها واجتهادا بما يراعى فيه تحقيق مصلحة الوقف في كل ما لم يرد فيه نص في المدونة، ليترك باب الاجتهاد فيه مفتوحا لصالح الأوقاف ولم يقتصر على الراجح أو المشهور في المذهب، وذلك ضمانا لحماية الوقف وتحقيقا لمصلحته.

ومن خلال دراسة بعض مواد المدونة وهي المادة ٥١ والمتعلقة بالقواعد العامة لحماية الوقف والمواد من ٦٣ إلى ٧١ ومن ٧٢ إلى ٧٥ المتعلقة بالمعاوضة، والرجوع إلى أصلها في الفقه المالكي نخلص إلى أن مدونة الوقف تحتاج إلى دراسة تأصيلية من أجل فهم هذه النصوص القانونية الذي يقتضي الرجوع إلى أصلها.