إشكالية التعريف بين التنازع الفقهي والقضائي والتشريعي -دراسة على ضوء تطبيقات المادة الوقفية

The problem of definition between the doctrinal, judicial and legislative conflict - a study in the light of the applications of the endowment article

رضوان الطريبق / دكتور في الحقوق، إطار قانوني. عضو بمجموعة من مراكز البحث العلمي، منها: المركز الأكاديمي الدولي للأبحاث والدراسات الاستراتيجية، المركز المغربي للدراسات القانونية، المرصد الوطني للدراسات الوقفية، مؤسسة الذاكرة للدراسات والأبحاث.

REDOUANE El tribeque

ملخص البحث

ركزت هذه الدراسة على موضوع إشكالية التعريف، كوظيفة لطالما عرفت نوعاً من التنازع بين الفقه والقضاء والتشريع، مع تغير التوجهات المعاصرة ولاسيما من المشرع في الاضطلاع بهذه الوظيفة، وقد تناولت الدراسة تطبيقات ونماذج من المادة الوقفية، ولاسيما في ضوء مدونة الأوقاف، لتتبع مسألة التعريف وكيف تفاعل في ممارستها كل من الفقه والقضاء والتشريع، وقد خلصت الدراسة إلى أن التعريف كوظيفة لها من الأهمية القدر الكبير في مجال القانون، تبقى وظيفة أصيلة للفقه أساسا ومعه القضاء، وأنه رغم ظهور التوجه الجديد الذي أصبح معه المشرع يقوم بوظيفة التعريف بما يوحي بجود تنازع ثلاثي حول الوظيفة، إلا أنه توجه لا يسير وفقه المشرع إلا لوجود اعتبارات عملية وتقنية سبق ذكرها، وهو ما يجعل الحاجة للفقه أساساً والاجتهاد القضائي تبقى قائمة دائما. وما يؤكد ذلك هو تطبيقات المادة الوقفية، والتي رغم محاولة المشرع في مدونة الأوقاف الاضطلاع بوظيفة التعريف ضمنها، إلا أن تدخله هذا كان محدوداً، وشابه القصور، وبقي في حاجة ماسة للفقه الإسلامي، والذي لطالما واكبه الاجتهاد القضائي المغربي في ذلك.

الكلمات المفتاحية

التعريف، الفقه، القضاء، التشريع، التعريف الفقهي، التعريف القضائي، التعريف التشريعي، الوقف، تعريف الوقف، التعريف في مدونة الأوقاف.

مقدمة:

تعتبر وظيفة إنتاج المفاهيم والتعاريف، بما تنطوي عليه من مجهود علمي وفكري في وضع وصياغة المفاهيم الكبرى والمعاني والتعريفات الفرعية والجزئية،[27] وبما تستوعبه من عملية تجديد وتطوير تلك المعاني والتعريفات بما يتناسب ويستجيب لمستجدات الواقع والظرفية، من أهم الوظائف المنهجية والفكرية المعينة في بلورة وتطوير القانون، علما وتطبيقاً.

فتشكل تلك المفاهيم الكبرى أسس ولبنات يعتمد عليها في بلورة وتطوير علم القانون، وكذا لبنات لتشكيل لحمة نظام تشريعي معين، وذلك كمفهوم الملكية الذي يشكل أساس قيام وصياغة العديد من القوانين سواء في مجال الملكية العقارية أو في مجال الملكية الصناعية والتجارية والفكرية، وغيرها.

كما تشكل تلك المفاهيم الكبرى إلى جانب باقي التعريفات الفرعية والجزئية معينا لاحقا لفهم واستيعاب وبيان مختلف المصطلحات الشرعية والقانونية[28] والمؤسسات والمراكز القانونية التي ترد في نصوص القانون.

وهكذا، فلطالما عرفت وظيفة تعريف المصطلحات والمراكز والمؤسسات القانونية استئثار الفقه ومعه القضاء بالاطلاع بها، ولسنوات طوال، ومع توالي التطورات التي عرفها القانون، علماً وممارسةً وتنظيماً، فقد تدخل المشرع ضمن الجهات الفاعلة في الاضطلاع بوظيفة التعريف، وبات ينازع الفقه والقضاء في هذه الوظيفة بشكل عام، مع حفاظ بعض المجالات الخاصة على خصوصية وظيفية فيما يتعلق بالتعريف، ولاسيما مجال الوقف.

---

[27] التعريف هو مجموع الصفات التي يتألف منها مفهوم التصور، والتصور هو أول قسم من أقسام المنطق لأنه يشكل العملية الرئيسية للذهن ويكمن في التمثل الداخلي للشيء الذي يعطينا معنى أو فكرة عنه، والمفهوم هو ما يحتويه التصور من صفات مميزة له عن غيره من التصورات، والمفهوم هو الذي ارتباط بالتعريف، وأصناف المعاني منها ما هو فردي، وتتحدد بالجنس والنوع والفصل والخاصة والعرض، ومنها ما هو مركب، ويدخل في تعدادها التعريف بالماهية والرسم والإشارة والمرادف، كما هناك التعريف بالبيداغوجية التعليمية، (محمد الشيلح، تقنيات الميتودولوجية القانونية الموجهة للفكر القانوني النظري و/أو العملي، مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2017،ص : 9 -14).

[28] المصطلحات القانونية هي :"المفردات والألفاظ العلمية والتقنية المستعملة في حقول علمية وعملية ... أو ضبط معجم خاص بتقنية معينة إلى الدرجة التي تمكن من تلبية حاجات المستعملين في التعبير عن رغباتهم ومقاصدهم في مجال البحث العلمي، سواء أكان ذلك نظريا أو تطبيقيا"، وهو التعريف الذي صاغه الأستاذ بوجداد أحمد في كتابه مدخل إلى دراسة المصطلحات القانونية، أورده عبد السلام بنحدو، مصطلحات وصيغ قانونية، مطبعة اسبارطيل - طنجة، طبعة 2001 – 2002، ص : 3 – 4 .

أهمية الموضوع:

يحظى الموضوع بأهمية قصوى ذلك أنه ينصب حول دراسة التفاعل والتنازع الذي يقع بخصوص وظيفة التعريف أو وظيفة إنتاج المفاهيم بين كل من الفقه بشقيه القانوني والشرعي، والقضاء أو بالأحرى الاجتهاد القضائي، وبين التشريع أو النص التشريعي، وتنبع تلك الأهمية من كون التعريف هو أول خطوات تحديد النموذج القانوني المؤسس لبنية وروح القانون، وهو عماد تطبيقه السليم والعادل، وكذلك للتعريف أهمية في دعم صرح علم القانون وفهمه الصحيح، فبدون تعريفات ستكون النصوص القانونية تائهة المبنى والمقصد، مبهمة وغامضة الفهم.

إشكالية الموضوع:

ومنه، إذا للموضوع هذه الأهمية، فما حقيقة التنازع الفقهي القضائي التشريعي بخصوص الاضطلاع بوظيفة التعريف؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية بعض الإشكاليات والأسئلة الفرعية،

لعل أهمها يدور حول طبيعة التنازع القائم بخصوص وظيفة التعريف بين الفقه والقضاء والتشريع؟ وهل فعلا أصبح المشرع يقوم مقام الفقه والقضاء في الاضطلاع بوظيفة التعريف؟ وما الخصوصية التي يعرفها مجال الوقف فيما يتعلق بالاضطلاع بوظيفة التعريف؟ وما موقعه من إشكالية التنازع؟

منهجية الإجابة:

وللإجابة عن هذه التساؤلات، فإنني سأقسم موضوع هذه الورقة إلى مبحثين، أتناول في الأول حقيق التنازع الفقهي والقضائي والتشريعي حول وظيفة التعريف (المبحث الأول)، بينما أتناول في الثاني خصوصية وظيفة التعريف في المادة الوقفية وموقعها من إشكالية التنازع (المبحث الثاني).

المبحث الأول: حقيقة التنازع الفقهي والقضائي والتشريعي حول وظيفة التعريف

إن التنازع الفقهي القضائي التشريعي حول وظيفة التعريف يتجاذبه توجهين، توجه تقليدي يجعل من مهمة التعريف وظيفة أصيلة لطالما اضطلع بها الفقه والقضاء معا (المطلب الأول)، في مقابل توجه حديث يجعل من المشرع ينافس وينازع الفقه والقضاء في القيام بمهمة التعريف (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التوجه التقليدي بجعل التعريف وظيفة أصيلة للفقه والقضاء

إن اعتبار الفقه والقضاء كجهتين أصيلتين للتعريف هو توجه تقليدي لطالما تواتر عليه مختلف الفاعلين في تنظير وتطبيق القانون، علماً وممارسة، وهو اتجاه ينبغي الوقوف على مكنونه (الفقرة الأولى)، كما لابد من الوقوف على طبيعة التمايزات التي تقوم بين الفقه والقضاء في القيام بمهمة التعريف (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مدلول الاختصاص الوظيفي للفقه والقضاء في الاضطلاع بالتعريف

يعتبر إلحاق وظيفة التعريف بالفقه والقضاء، اتجاهاً تسير وفقه أغلب التشريعات القانونية المقارنة منذ القديم، وذلك مع بداية حركة التقنين في القرن التاسع عشر،

حيث أن مجموعات القوانين الفرنسية والألمانية التي صدرت آنذاك لم تتضمن تعريفات، واقتصرت على ذكر ألفاظ كالغلط والتدليس وحسن النية وسوء النية إلخ، تاركة مهمة التعريف إلى الفقه والقضاء،[29]

وهكذا توالى السير وفق نفس التوجه من قبل مختلف التشريعات المقارنة المعاصرة، كما هو الشأن في التشريع المغربي، حيث دائما ما يلاحظ تفادي المشرع تقديم تعريفات ضمن نصوصه، ويقتصر دوره على تحديد النموذج القانوني الذي يضبطه، بتحديد مميزاته وخصائصه وحالاته وآثاره، وما غيرها، تاركا مهمة التعريف للفقه والقضاء، ضامنا بذلك نوع من المرونة في التطبيق على ما يستجد أو يظهر من حالات، قد لا تشملها مكونات التعريف أثناء وضع التشريع .

ذلك أن إنتاج المعرفة العلمية القانونية، ولاسيما منها إنتاج المفاهيم والتعاريف، كان دائما ولا زال المجال الوظيفي الأصيل للفقه أساساً، ومعه القضاء، باختلاف في آليات وتمظهرات ممارسة وظيفة التعريف، ومن هذا المنطلق كان المشرع دائماً ما يتحاشى القيام بوظيفة التعريف، وهو منهج منطقي وعملي سليم سارت وفقه معظم التشريعات القديمة والحديثة، وأيدها الفقه في ذلك، حيث اعتبر الأستاذان السنهوري وأحمد حشمت أن: "التعريفات مسائل علمية من الواجب تركها للعلماء والمحاكم،

[29] عبد الرزاق السنهوري باشا وأحمد حشمت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950، ص : 194.

وهؤلاء يعرفونها التعريف المناسب لمقتضيات الأحوال"،[30] بل واعتبرا بأن القوانين إذا لم تأت بتعريفات فإن ذلك يشكل "وجه فضل يحتسب لها لا موضع نقص يعد عليها".[31]

إلا أنه رغم ذلك، كانت التشريعات تخرج في بعض الأحيان عن هذا التوجه، ومنها التشريع المغربي، حيث عمد المشرع في الكثير من النصوص التشريعية إلى تعريف بعض المفردات أو المصطلحات بشكل صريح، وغيرها، كما عمد المشرع إلى بعض أساليب التعريف غير المباشر، كالتعريف بالمثال أو بالحالة أو بالخصائص، كما فعل ظهير الالتزامات والعقود في المادة 818 عندما عرف الحراسة بقوله : "إيداع الشيء المتنازع عليه بين يدي أحد من الغير يسمى حراسة"، وهذه الحالات تعتبر استثناء من التوجه القاضي بأن محل التعريف بأي مؤسسة هو الفقه وليس التشريع.

الفقرة الثانية: تمايزات وتكامل الفقه والقضاء في الاضطلاع بوظيفة التعريف

إذا كان الفقه والقضاء يعتبران معا الجهة الأصيلة والتقليدية في ممارسة وظيفة التعريف، فإنه تختلف البواعث والمواجهات والطبيعة التي تميز التعريف الفقهي عن التعريف القضائي، وذلك نابع بالأساس من الطبيعة البنيوية لكل من الفقه والقضاء.

فالتعريف الفقهي يبقى تعريفاً علمياً نظرياً، تبعا للطبيعة العلمية والنظرية للفقه وللوظيفة الفقهية بشكل عام، فالفقه هو المظهر العلمي للقانون،[32] وإذا كان لكل نشاط اجتماعي علم يسجل قواعده وأحكامه، وعلماء يبحثون وينقبون ويسجلون، فالقانون علمه الفقه وعلماؤه الفقهاء،[33] ومنه فالتعريف الفقهي يبقى تعريفاًيبنى على الإرادة العلمية الحرة أو ما يسمى بمبدأ البحث العلمي الحر، وهو تعريف واسع الحدود والمعالم، تعريف شمولي وموضوعي، مبني على أسس علمية وتبحر في الجزئيات والتفاصيل والأمثلة والأدوات المنهجية والعلمية والمعرفية كالمقارنة وغيرها.

ومنه فالعلم والبحث العلمي في المجال القانوني أو الشرعي النظري، هو مدخل أساسي عام يمكن الفقه من ممارسة مختلف الوظائف البنيوية المتفرعة عنه، والتي تتحقق باستعمال أدوات البحث

---

[30] أحمد السنهوري باشا وأحمد حشمت، م.س، ص : 194 .

[31] نفس م.س، نفس ص .

[32] محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية -دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي، ط : الأولى، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، الأردن، 1982، ص : 19 .

[33] عبد الرزاق السنهوري باشا وأحمد حشمت أو سيت، م.س، ص :116.

العلمي،[34] هذا الأخير الذي يمكن الفقه والفقهاء من إعمال ملكاتهم الفكرية وقدراتهم العقلية بكيفية علمية في إنتاج وتجديد ونقل وتحليل ونقد وتقييم وتقويم المعرفة العلمية القانونية، وأهمها المعرفة المفاهيمية وإنتاج المفاهيم والتعاريف، وذلك من خلال أدوات البحث العلمي وأساليبه ومناهجه ومدارسه، التي قد تختلف في جزئياتها بين الفقه القانوني،[35] والفقه الشرعي الإسلامي.[36]

أما التعريف القضائي فهو تعريف عملي تطبيقي، نابع من طبيعة الاجتهاد القضائي باعتباره العلم التطبيقي للقانون، أو كما أطلق عليه لومبردي بأنه :"علم تطبيق القانون"،[37]فالتعريف الذي يقدمه العمل القضائي عامة و الاجتهاد القضائي خاصة من خلال أحكامه وقراراته واجتهاداته، يتميز بكونه تعريف عملي تطبيقي، ينبع من واقع الممارسة والتطبيق القضائي لنصوص القانون، كما يتميز بكونه تعريف يصدر بمناسبة الاجتهاد ضمن الحالات التي يحتاج فيها القاضي لإعمال اجتهاده تحت طائلة اعتباره منكرا للعدالة،[38] فهو تعريف يأتي بمناسبة التفسير الاجتهادي غالباً، ويبقى تعريف له حدوده ودقته وآثاره

---

[34] يعرف البحث العلمي بأنه "عملية الاستعلام والاستقصاء المنظم والدقيق الذي يقوم به الباحث بغرض اكتشاف معلومات وعلاقات جديدة، أو تحليل وتفسير معلومات موجودة من قبل وتطويرها من أجل ايجاد حلول لمشكلات قائمة، وذلك باتباع أساليب ومناهج علمية"، عمار عوابدي، مناهج البحث العلمي وتطبيقاته في العلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص : 18.

[35] هناك العديد من الكتب والمؤلفات حول منهجية البحث العلمي في المجال القانوني، نذكر منها على سبيل المثال:

محمد العروصي، المختصر في المنهجية القانونية، منشورات مختبر الأبحاث والدراسات حول قانون الأعمال والمقاولات، كلية الحقوق السويسي، الرباط، الطبعة الثانية، 2011؛ عبد القادر الشيخلي، قواعد البحث القانوني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2018.

زين بدر فراج، أصول البحث القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

[36] هناك العديد من الكتب والمؤلفات التي تناولت منهجية البحوث العلمية في مجال الشريعة والفقه الإسلامي، نذكر منها على سبيل المثال: إسماعيل سالم عبد العال، البحث الفقهي، طبيعته، خصائصه، أصوله، مصادره مع المصطلحات الفقهية من المذاهب الأربعة، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، 2008 .

عبد الوهاب ابراهيم أبو سليمان، كتابة البحث العلمي ومصادر الدراسات الإسلامية، دار الشروق، جدة، 1986.

خلد عبد العزيز السعيد، تأصيل بحث المسائل الفقهية، دار الميمان للنشر والتوزيع – الرياض، الطبعة الأولى، 2010.

[37] *Une science pratique du droit, L.LOMBARDI VALLAURI, Jurisprudence, APD 1990, n° 35, p 191 et*

[38] وذلك حسب الفصل 240 من مجموعة القانون الجنائي، الذي جاء فيه :"كل قاض أو موظف عمومي، له اختصاصات قضائية، امتنع من الفصل بين الخصوم لأي سبب كان، ولو تعلل بسكوت القانون أو غموضه، وصمم على الامتناع، بعد الطلب القانوني الذي قدم إليه، ورغم الأمر الصادر إليه من رؤسائه، يمكن أن يتابع ويحكم عليه بغرامة من مائتين وخمسين إلى ألفين وخمسمائة درهم على الأكثر، وبالحرمان من تولي الوظائف العمومية من سنة إلى عشر سنوات".

وقد اعتبر بعض الفقه في تحليله لمقتضيات الفصل 240 أعلاه، أن الركن المادي لجنحة إنكار العدالة، يتمثل في إحجام القاضي المكلف بالقضية عن البث فيها سواء لأسباب شخصية غير التجريح أو بدعوى عدم وضوح النص الواجب التطبيق في النازلة أو سكوت القانون أو بصفة عامة عدم اقتناعه بالنصوص القانونية الواجب تطبيقها في النازلة بعلة أنها غير عادلة أو متجاوزة. (العربي مياد، جنحة إنكار العدالة، مجلة القانون المغربي، ع : 6، يونيو 2004، ص : 134).

القانونية على الحالة أو النازلة المعروضة على القاضي، وبالتالي فهو تعريف لا يصدر من أجل النشوة البحثية أو التراكم العلمي والمعرفي كما في حالة التعريف الفقهي، وإنما هو تعريف يصدر استجابة للضرورة الاجتهادية.

ورغم ما يمكن أن يكون بين التعريفين الفقهي والقضائي من تمايزات، فإنهما يكملان بعضها في القيام بوظيفة التعريف، ودائما ما يستعين أحدهما بالآخر في القيام بهذه الوظيفة وغيرها من الوظائف التي تدخل في الوظيفة الاجتهادية الكبرى، فحسب بعض الفقه المغربي يعتبر الفقه هو رائد الاجتهاد بشكل عام،[39] وكذلك بعض الفقه الغربي المقارن،[40] فوظيفة الفقه الأصلية هي الاجتهاد، وتبعا لذلك فالاجتهاد هو العملية التي توحد جوهر الوظيفتين الفقهية والقضائية معاً، فهو العملية الذهنية النواة التي منها وعنها تفرع الفكر الفقهي والقضاء الإبداعي معاً، باعتبار أن الوظيفتين الفقهية والقضائية كانتا متداخلتين وتمارسان من قبل الجهة الواحدة،[41] وجمعت بينهما روابط امتدت لعقود وقرون،[42] ومناطهما معا يدور حول إعمال الفكر والعقل والعلم من أجل الوصول إلى مخرجات أو حلول لوقائع ونوازل وقضايا تنتهي بإصدار إما فتوى وآراء فقهية أو أحكام قضائية.

وهكذا، فقد جرت العادة أن تعتمد المحاكم آراء الفقه وتعاريفهم، خاصة آراء كبار الفقه ممن اشتهروا بالتعمق والتبحر في مؤلفاتهم ودراساتهم، وبالتالي تسترشد المحاكم بها، وتنقل مقاطع منها، بل إنها تشير إلى عنوان المؤلف ورقم الصفحة ضمن نص الحكم، تسهيلا من القضاء لمراجعة الرأي أو النص المستشهد به.[43]

---

[39] **إدريس العلوي العبدلاوي، أصول القانون، الجزء الأول – نظرية القانون، دار القلم-بيروت، 1971، ص : 687.**

[40] *P.Y. Gautier, L'influence de la doctrine sur la jurisprudence, Dalloz, 2003, Chron. 2839. / G.Canivet, La cour de cassation et la doctrine, Mélanges Aubert, Dalloz, 2005, P : 373.*

[41] **فبالرجوع إلى تاريخ التشريع الإسلامي، ولاسيما في عهد الخلفاء الراشدين، لم يكن حينها التمييز قائماً بين وظيفتي الفقه والقضاء، وكانتا تمارسان من قبل الشخص الواحد، فإن كان أمام سؤال من العامة أو الخاصة، ولم يجد في الكتاب والسنة جوابا، اجتهد برأيه، فكان اجتهاده فتوى وفقه، وإن كان أمام مخاصمة، ولم يجد ما يقضي به من الكتاب والسنة، اجتهد برأيه، فكان اجتهاده قضاء، وشيئا فشيئا، ومع التطورات المتلاحقة التي عرفتها نظم التدبير، بداية من عهد الأئمة المجتهدين، استقلت الوظيفة القضائية عن الوظيفة الفقيهة، وأعطيت الأولوية في بيان تشريع الأمور إلى الفقه، وأصبحت وظيفة القضاء، تطبيق ما يقول به الفقه، بعد الكتاب والسنة والإجماع، فإن لم يجد فيها، حينها يجتهد القاضي برأيه.**

[42] *Philippe jestaz, Doctrine et jurisprudence : une liaison de 25 siècles, Les éditions Thémis, Faculté de droit, université de montéal, canada, 2004, p : 5 – 13 .*

[43] **إدريس العلوي العبدلاوي، أصول القانون، الجزء الأول : نظرية القانون، م.س، ص : 687.**

المطلب الثاني: التوجه الحديث بجعل المشرع كمنافس للفقه والقضاء في الاضطلاع بوظيفة التعريف

إن التوجه التقليدي الأصيل القاضي بقيام الفقه ومعه القضاء بمهمة التعريف، ورغم ما كانت عليه من استثناءات، فإنه بات يتنازع معتوجه حديث أو معاصر يجعل من المشرع منافس قوي في بلورة وصياغة التعريفات، ويجعل من التعريف التشريعي ينازع التعريفين الفقهي والقضائي معاً، وهو التوجه الذي لاحظناه مؤخراً، بحيث لاحظنا تزايد وتيرة النصوص القانونية التي تقدم تعريفات، خاصة منها التشريعات الحديثة، سواء منها المقتضيات الموضوعية أو الإجرائية، وسواء منها التشريعات المبدئية والجوهرية أو التقنية، بل هناك بعض القوانين التي أصبحت تفرد بابا تمهيديا أو مواد كاملة ضمن باب الأحكام العامة خاص بتحديد التعريفات.

وهو ما تم تجسيده في العديد من القوانين الحديثة، في العديد من المجالات، حيث نجد مدونة الحقوق العينية،[44] تضمنت العديد من التعريفات في مختلف تقسيمات القانون ومواده،[45] وقبلها مدونة الأسرة التي تضمنت تعريفات مختلفة للعديدة من المصطلحات والمراكز القانونية.[46]

إلا أن أهم التشريعات الحديثة التي تقدم تعريفات بشكل ملحوظ ومباشر، هي التشريعات المنظمة لبعض المجالات ذات الطبيعة التقنية، والتي تركز على تعريف بعض المصطلحات الحديثة أو النادرة أو التقنية، ففي هذه الأخيرة نجد بعض النصوص التشريعية والتنظيمية أو القوانين بمدلولها الشامل، قد خصصت مواداً في أبوابها التمهيدية، وضمن المقتضيات والأحكام العامة، وأفردت تعريفات مباشرة ودقيقة لعدد من المصطلحات الأساسية والمستعملة في مختلف نصوص القانون، ومن تلك

---

[44] القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 فبراير 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص : 5587.

[45] وذلك في كل من المواد 5 و 6 و7 و 8 و9 و10التي عرفت الأشياء العقاري والعقار بالطبيعة وبالتخصيص، والحق العيني العقاري، سواء منه الأصلي أو التبعي، وكذا مختلف المواد 14 و37 و39 و40 و50 و56 و79 و105 و116 و131 و138 و142 و145 و165التي عرفت مختلف الحقوق العينية العقارية.

[46] حيث عرفت الزواج في المادة الرابعة 4، وعرفت الخطبة في المادة 5، والصداق في المادة 26، وموانع الزواج المؤبدة المتعلقة بالمحرمات بالقرابة والمصاهرة في المادتين 36 و37 والطلاق في المادة 78، وغيرها من التعريفات.

القوانيـــــن نجد القانـــــون رقم 27.13 المتعلق بالمقالـــــع،[47] والقانون رقم 36.15 المتعلـــق بالماء،[48] وكذلك القانون رقم 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة،[49] وهكذا هو الأمر مع العديد من النصوص التشريعية والتنظيمية الأخرى.

ولعل العلة في ذلك، هي أن هذه التشريعات تتضمن مصطلحات حديثة أو نادرة أو تقنية محضة، من شأن عدم تعريفها أن يخلق صعوبات في تنفيذها، سواء من قبل الفاعلين والمتدخلين في تنفيذ تلك النصوص أو المخاطبين بها.

كما أن من الاعتبارات الأساسية في تقديم التعريفات في بعض التشريعات، ما يتعلق بتحقيق التقارب القانوني الإقليمي أو الأممي في مجال معين، والذي يفرض الالتزام بمعايير نموذجية موحدة، كما هو الشأن بالنسبة للوضع المتقدم الذي يحظى به المغرب مع الاتحاد الأوربي، والذي من أهم شروطه تحقيق التقارب القانوني بين تشريعات المملكة المغربية والاتحاد الأوربي، حيث أن الاتحاد الأوربي يوفر دلائل إرشادية وقوائم اصطلاحية موحدة للتعريف ببعض المصطلحات والمراكز القانونية في بعض المجالات، أو كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية التبادل الحر بين المغرب والولايات المتحدة الأمريكية،

---

[47] حيث تضمن الباب الأول منه المتعلق بالمقتضيات العامة وبالضبط في المادة الأولى منه تعريفا دقيقا ومباشرا لستة عشر 16 مصطلحا، حيث تضمنت المادة الأولى تعريفا دقيقللعديد من المصطلحات، همت كلا من مصطلح المقلع، والمنشآت الملحقة بالمقلع، واستغلال المقلع، والمقالع المكشوفة، والمقالع الباطنية، ومقالع بالوسط المائي، ومقالع الأشغال العمومية، وغيرها من المصطلحات.
وهو القانون رقم 27.13 المتعلق بالمقالع، الصادر بشأن تنفيذه الظهير الشريف رقم 1.15.66 بتاريخ 21 من شعبان 1436 (9 يونيو 2015)، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 6374 الصادرة بتاريخ 15 رمضان 1436 (2 يوليو 2015)، ص : 6082 .

[48] حيث جاءت في الباب الأول منه وبالضبط في الفرع الثاني من المعنون بتعاريف، خصص لتقديم تعريفات لتسعة عشر 19 مصطلحا، اشتملت على تعريف كل من مصطلح الماء، والملك العمومي المائي، واستغلال أو استعمال الملك العمومي المائي، والحوض المائي والمياه القارية، والماء المعدني الطبيعي، ومياه العيون، ومياه المائدة، وغيرها من المصطلحات.
وهو القانون رقم 36.15 المتعلق بالماء، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.113 بتاريخ 6 ذي القعدة 1437 (10 أغسطس 2016)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6494 بتاريخ 21 ذو القعدة 1437 (25 أغسطس 2016).

[49] حيث خصص الفصل الثاني من هيكلة القانون وعنون بتعاريف، تضمن مادة واحدة احتوت 27 تعريف دقيق لمصطلحات القانون، فعرفت مصطلح البيئة، وحماية البيئة والتنمية المستدامة والتوازن البيئي والمستوطنات البشرية والهواء والتنوع البيولوجي وغيرها من المصطلحات. وهو القانون رقم 11.03 المتعلق بحماية واستصلاح البيئة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.03.59 المؤرخ في 10 ربيع الأول 1424 (12 ماي 2003)، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5118 بتاريخ 18 ربيع الآخر 1424 (19 يونيو 2003)، ص : 1900.

وكذلك بالنسبة للاتفاقية والمواثيق الدولية والأممية التي ترفض الالتزام ببعض المعايير الدولية في معالجة بعض القضايا وبالتبع في تعريفها وتحديدها.[50]

المبحث الثاني: خصوصية التعريف في المادة الوقفية وموقعها من إشكالية التنازل

تعتبر وظيفة إنتاج المفاهيم والمعاني والتعريفات في بعض المجالات الخاصة، احتكارا على التعريف الفقهي ومعه في بعض الأحيان التعريف القضائي، حيث لم يغامر المشرع بمهمة التعريف ضمنها، ومن هذه المجالات نستحضر مجال الأوقاف، هذا الأخير الذي عرفة غلبة الفقه وشبه انفراده بمهمة التعريف

---

[50] كما الشأن بالنسبة لتعريف الاتجار بالبشر الذي حددته المادة 3 من بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، والذي بعدما عرفته نصت في المادة 5 منه على أنه "

-1تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم السلوك المبين في المادة 3 من هذا البروتوكول، في حال ارتكابه عمدا"، وتبعا لذلك وبناء على انضمام المغرب للبروتوكول سنة 2011، صدر القانون رقم 27.14 المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر، وتبنى نفس معايير مفهوم جريمة الاتجار بالبشر الصادر في البرتوكول.

فقد جاء في المادة 3 من البرتوكول كتعريف لجريمة "الاتجار بالأشخاص" بأنه يقصد به : " تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقيلهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف، أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال. ويشمل الاستغلال، كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسرا، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء".

وفي المقابل جاء في الفصل 448-1 من القانون رقم 27.14 المتعلق بمكافحة الاتجار بالبشر التعريف الآتي : "يقصد بالاتجار بالبشر تجنيد شخص أو استدراجه أو نقله أو تنقيله أو إيواؤه أو استقباله، أو الوساطة في ذلك، بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمالها أو باستعمال مختلف أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع، أو إساءة استعمال السلطة أو الوظيفة أو النفوذ أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة أو الهشاشة، أو بإعطاء أو بتلقي مبالغ مالية أو منافع أو مزايا للحصول على موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال.

لا يشترط استعمال أي وسيلة من الوسائل المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه لقيام جريمة الاتجار بالبشر تجاه الأطفال الذين تقل سنهم عن ثمان عشرة سنة بمجرد تحقق قصد الاستغلال.

يشمل الاستغلال جميع أشكال الاستغلال الجنسي، لا سيما استغلال دعارة الغيروالاستغلال عن طريق المواد الإباحية بما في ذلك وسائل الاتصال والتواصل المعلوماتي، ويشمل أيضا الاستغلال عن طريق العمل القسري أو السخرة أو التسول أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو نزع الأعضاء أو نزع الأنسجة البشرية أو بيعها، أو الاستغلال عن طريق إجراء التجارب والأبحاث الطبية على الأحياء، أو استغلال شخص للقيام بأعمال إجرامية أو في النزاعات المسلحة.

لا يتحقق هذا الاستغلال إلا إذا ترتب عنه سلب إرادة الشخص وحرمانه من حرية تغيير وضعه وإهدار كرامته الإنسانية، بأي وسيلة كانت ولو تلقى مقابلا أو أجرا عن ذلك.

يقصد بالسخرة في مفهوم هذا القانون جميع الأعمال أو الخدمات التي تفرض قسرا على أي شخص تحت التهديد، والتي لا يكون هذا الشخص قد تطوع لأدائها بمحض اختياره. ولا يدخل في مفهوم السخرة الأعمال المفروضة لأداء خدمة عسكرية إلزامية، أو نتيجة إدانة قضائية، أو أي عمل أو خدمة أخرى تفرض في حالة الطوارئ".

(المطلب الأول)، مع الاتجاه المحتشم نحو التعريف التشريعي الذي كانت وراءه مبرراته، وصاحبته بعض النواقص (المطلب الثاني).

المطلب الأول: غلبة التعريف الفقهي في مجال الوقف

لقد اختص الفقه الإسلامي أساساً بوظيفة التعريف في المجال الوقفي، وذلك نظرا لخصوصية الوقف المستمدة من مرجعية التشريع والفقه الإسلامي، وبالتالي فمختلف المصطلحات المرتبطة به تجد أصلها ومفاهيمها وتعريفاتها المختلفة في كتب ومؤلفات وأبحاث الفقه الإسلامي، بل حتى الكتب والمؤلفات القانونية التي درستالوقف عندما تتناول بالتعريف بعض مصطلحاته، فهي تستند على التعاريف التي قدمها الفقهاء في الفقه الإسلامي، وانطلاقا منها، وكذلك هو الشأن بالنسبة للقضاء حيث يعتمد تلك التعريفات انطلاقا من أصلها الفقهي الإسلامي.

وقد التزم المشرع من خلال الضوابط الحبسية القديمة، بالتوجه التشريعي التقليدي القائم على تفادي تقديم تعريفات، تاركاً بذلك وظيفة التعريف للفقه والقضاء، غير أن مدونة الأوقاف، عملت على التخفيف من هذا التوجه، وحالة المزاوجة باحتشام بينه وبين التوجه التشريعي الجديد القاضي بتعريف بعض المصطلحات الأساسية في النص التشريعي، وهكذا فقد عملت المدونة على تقديم تعريفات جامعة لبعض المصطلحات الأساسية والهامة، والتي حسمت بها الكثير من الإشكالات، فقد حرصت المدونة على إعطاء تعريف عام وشامل للوقف من خلال المادة الأولى، ثم تعريفات لأنواع الوقف الثلاث، حيث عرفت الوقف العام في المادة 50،وعرفت كلا من الوقف المعقب والمشترك في المادة 108 .[51] كما عرفت الحوز في المادة 26،[52] وباستثناء هذه التعريفات فقد تركت المدونة مهمة تعريف باقي المصطلحات والمفاهيم للفقه والقضاء، حتى أن بعض المصطلحات الأساسية الأخرى مثل الحقوق العرفية الإسلامية[53] التي

---

[51] عرفت المادة 108 الوقف المعقب والمشترك بأنهما : "يعتبر وقفا معقبا ما وقف على ولد أو عقب أو نسل أو ذرية المحبس أو غيره، ويعتبر وقفا مشتركا ما وقف ابتداء على جهة عامة وعلى شخص بذاته، أو عليه وعلى عقبه".

[52] تعرف الفقرة الأولى من المادة 26 من مدونة الأوقاف الحوز بقولها :"الحوز هو رفع يد الواقف عن المال الموقوف، ووضعه تحت يد الموقوف عليه".

[53] وهكذا يمكن تعريفها بأنها عبارة عن مجموعة من الحقوق التي تقع على عقار مملوك للغير، ويتقرر بمقتضاها نوع من أنواع الانتفاع أو الاستعمال على ذلك العقار، بل وقد تتقرر صورة من صور الانتفاع على صورة أخرى، فهي تتضمن صور مختلفة من حق المنفعة، لا تخرج عن كونها انواعا من الإيجار تختلف عن الإيجار المعروف في القوانين المدنية الحديثة، في أنها ترتب حقوقا عينية للمنتفع. (محيي الدين اسماعيل، نظام الكراء بالمغرب، مطبعة الساحل، الرباط، ص : 59 – 60).

وضعت مسطرة خاصة لتصفيتها، لم تقم بتعريفها، بل إن مدونة الحقوق العينية نفسها لم تعرف هذه الحقوق، تاركة بذلك المهمة للفقه الإسلامي خاصة، بكل ما تشمله من حق الجلسة،[54] أو حق الجزاء،[55] أو حق الزينة،[56] أو حق المفتاح والحلاوة.[57]

وهكذا فقد قامت مدونة الأوقاف بتعريف الوقف في المادة الأولى،[58] وهو التعريف التشريعي الهام، الذي يظهر من خلاله أن المشرع عمد إلى صياغته بكيفية جامعة لمختلف عناصره، فهو تعريف جامع لأنه تضمن عناصر الوقف المكونة له، وتضمن طرق إنشائه، المتمثلة في العقد والوصية والقانون، وكذا عدد التعريف أنواع الوقف الثلاث، وجعلها متمثلة في الوقف العام، والوقف المعقب، والوقف المشترك، بل إن في ذكره للوقف العام كصنف من أصناف الوقف، وتحقيقاً منه للتناغم الداخلي لبنية النصوص لم

---

[54] ويسمى كذلك حق الخُلُو أو التمتعوينشأ هذا الحق على عقد الكراء المنصب على مبان حبسية (وقفية)، معدة للاستعمال الصناعي أو التجاري، كالأفران والحمامات والدكاكين والفنادق وغيرها من المباني، ويكتسب المكتري هذا الحق بمجرد إبرام عقد الكراء، ومفاده أن المكتري يكون له حق الجلوس بالمحل على سبيل الدوام مقابل وجيبة كرائية يؤديها للأحباس، وسبب التبقية فيه هو أن صاحب الجلسة يقوم بتجهيز العين وإقامة منشآت فيها ثابتة تستغرق في إقامتها مدة الإجارة الأصلية أحيانا، فليس من العدل إلزامه بالخروج في نهاية المدة قبل أن تستثمر المنشآت التي أقامها. (أحمد جدوي، الكراء الحبسي وموقعه من ظهير الالتزامات والعقود وظهير 5/01/1953 وظهير 24/5/1955 وظهير 25/12/1980 وظهير 99/64 المتعلق باستيفاء الوجيبة الكرائية، مداخلة ضمن ندوة "الأملاك الحبسية"، الندوة الوطنية المنظمة من قبل مركز الدراسات القانونية المدنية منها والعقارية بكلية الحقوق مراكش يومي 10 و 11 فبراير 2006، الطبعة الأولى 2006، المطبعة والوراقة الوطنية – مراكش، ص : 412).

[55] وهو كراء أرض بيضاء أو فيها بناءات مخربة لا تعود على المستحقين للوقف بأية فائدة، ويتم هذا الكراء بدفع قدر معين كل سنة أو أشهر مقابل الالتزام باستثمارها زراعة أو غرسا، وحق الجزاء يشبه حق الجلسة في الكثير من أحكامه مع فارق أساسي هو أن الجزاء يقع على الأراضي الخلاء والحقول، في حين حق الجلسة يقع على محلات مبنية من أجل استغلالها لغرض صناعي أو تجاري أو حرفي .(مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية،م.س، ص : 621، أورده محمد خيري، م.س، ص : 486)

[56] وهو ما يقيمه المكتري لملك حبسي من رفوف ومعدات وآلات معدة للاستغلال التجاري أو الصناعي أو الحرفي فرق جلسة حانوت أو فندق أو أبنية أو أغراس في الأرض المكتراة وهي خالية، ويلتزم صاحب حق الزينة بأداء نجوم دورية للأوقاف وهي بمثابة أقساط أو عائدات سنوية تستفيد منها الأوقاف، وقد تكون الزينة والجلسة أو الجزاء لشخص واحد، وقد تتبعض بين شخصين أحدهما يملك المنفعة والثاني يملك ما عليها من زينة، بمعنى أن الملكية تكون محملة بحق الجلسة، والجلسة محملة بحق الزينة. (أحمد جدوي، م.س، ص : 414).

[57] حق المفتاح أو الحلاوة أو الساروت مؤداه أن يدفع شخص لمالك المنفعة مبلغا ماليا في مقابل أن يتخلى له عن تلك المنفعة وهذه هي الصورة المعروفة في مصر بحق الخلو، وقد بين الفقيه السيد المهدي الوزاني أن الجلسة والجزاء هما كراء على التبقية وأن المفتاح والخلو هما التخلي من طرف مالك المنفعة على منفعته مقابل مال يقبضه من المتخلى له . (أحمد جدوي، م.س، ص : 414).

[58] عرفت المادة الأولى من مدونة الأوقاف الوقف بقولها : "الوقف هو كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة. ويتم إنشاؤه بعقد، أو بوصية، أو بقوة القانون.يكون الوقف إما عاما، أو معقبا، أو مشتركا".

يقم بتعريف الوقف العام ضمن نفس المادة وإنما عرفه ضمن المادة خمسين عندما تعرض للوقف العام،[59] وفي تعريفه لهذا الأخير استحضر في فقرته الثانية خصوصية أهم صورة من صور الوقف العام، ألا وهو المسجد، حيث يحظى هذا الأخير بطبيعة قانونية ذات خصوصية،[60] باعتبارها وقفا عاما بقوة القانون،[61] وقد حرص مشرع مدونة الأوقاف على مراعاة تلك الخصوصية وانسجامها مع مقتضيات الظهير المتعلق بإقامة شعائر الدين الإسلامي.[62] ومنه، فالمشرع كما قلنا سابقا حاول المزاوجة باحتشام بين التوجه التقليدي القاضي بترك مهمة التعريف للفقه والقضاء، والتوجه الحديث بتدخل المشرع في القيام بوظيفة التعريف فيما يتعلق ببعض المفاهيم الأساسية، وهو توجه محمود في نظرنا، وله مبرراته، إلا أنه لن يسلم من النواقص شأنه شأن أي نص قانوني وضعي.

المطلب الثاني: مبررات التعريف التشريعي للوقف ونواقصه

إن التعريف التشريعي للوقف الذي قدمته مدونة الأوقاف، له توجهاته التي فرضت صياغته (الفقرة الأولى)، وهي الصياغة التي صاحبتها بعض النواقص (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التعريف التشريعي للوقف كتوجه لتجاوز إشكالاته الكبرى

بالوقوف التعريف التشريعي الذي قدمته مدونة الأوقاف، وبغض النظر عن بعض التعاريف التي حاول بعض الفقه القانوني المقارن صياغتها،[63] نجده تعريفاً مأخوذاًأساساً من الفقه الإسلامي، بحيث

---

[59] عرفت المادة 50 من مدونة الأوقاف الوقف العام بقولها : "الوقف العام هو كل وقف خصصت منفعته ابتداءاً أو مالا لوجوه البر والإحسان وتحقيق منفعة عامة".

[60] للتوسع أكثر حول الطبيعة القانونية للمسجد انظر : أحمد الريسوني، النظام القانوني للمساجد بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -أكدال-، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعة : 2015 – 2016، ص : 52 – 94.

[61] جاء في الفقرة الثانية من المادة 50 من مدونة الأوقاف ما يلي : "تعتبر وقفا عاما بقوة القانون على عامة المسلمين جميع المساجد والزوايا والأضرحة والمقابر الإسلامية، ومضافاتها والأملاك الموقوفة عليها".

[62] نص الفصل السادس من الظهير والمتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي، على ما يلي : "تعتبر وقفا عاما على عامة المسلمين، ولا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة، جميع الأبنية التي تقام فيها شعائر الدين الإسلامي، سواء منها ما هو موجود الآن أو ما سيشيد في المستقبل من مساجد وزوايا وأضرحة ومضافاتها".

الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.84.150 الصادر في 6 محرم 1405 (2 أكتوبر 1984) المتعلق بالأماكن المخصصة لإثامة شعائر الدين الإسلامي فيها، والذي تم تتميمه وتغييره بالقانون رقم 29.04 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.56 الصادر في 3 ربيع الأول 1428 (23 مارس 2007).

[63] ومنه فقد عرف الوقف بعض الفقه القانوني المقارن، بعدة تعاريف نوردها كالآتي :

عرفه Mercierبأنه :

عُرف الوقف في الفقه الإسلامي بعدة تعاريف تعج بها كتب الفقه،[64] وتختلف بحسب ما يتصور كل مذهب من المذاهب وما يشترطه من شروط، ولعل أهم التعاريف التي تتوافق مع ما جاء في المادة الأولى من حيث قيام الوقف على فكرة تحبيس الأصل وتخصيص المنفعة،هو تعريف العلامة الحنبلي موفق الدين ابن قدامة، حيث قال : ومعناه تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة.[65]

وبربط هذا التعريف مع واقع الوقف واحتياجاته المعاصرة، نجد أن المشرع حاول من خلاله معالجة مجموعة من الإشكاليات الكبرى التي عرفها النقاش الفقهي لسنوات حول بعض قضايا ومسائل الوقف، ومنها إشكالية محل الوقف، والمال الذي يجوز وقفه مما لا يجوز، وإشكالية مدة الوقف بين التأبيد والتأقيت، وغيرها.

ففيما يخص إشكالية المال الذي يجوز وقفه، فقد عرف المشرع الوقف بداية بأنه كل "مال"، واستعمل لفظ "المال" ولم يستعمل اصطلاحا آخر كالمِلك أو الشيء أوغيرها من المصطلحات، وكما هو معلوم فإن لفظ "المال" في القانون، يختلف مدلوله بين النظرية التقليدية التي تجعل منه شاملا للأشياء والحقوق معا، وبين النظرية الحديثة التي تميز المال عن الشيء وتعتبر المال يقتصر على الحقوق التي ترد على الشيء،[66] ورغبة من المشرع في تكملة مصطلح المال وحسم أي نقاش قد يثور حول النظريتين،

« Les Habous est une donation d'usufruit faite a perpétuité au profile des pauvres ou d'une fondation religieuse d'utilité générale déterminée par le constituant qui immobilise la chose habousée, le fonds rest sa propriété mais il est innalinable et demeure séquestré pour assurer l'attribution des fruits au bénéficier ». Michel Mercier, Le code des habous ou wakf, constantine, 1899, p : 193, p : 195.

كما عرفه Maurice Morère بأنه :

"إعطاء منفعة شيء مدة وجوده بشرط بقائه في ملك الشخص الذي أعطاه ؛

"حبس مؤقت لمال يتكرر الانتفاع به أو بثمرته في وجوه البر العامة أو الخاصة، فهو صدقة جارية ما بقيت أو بقي أصلها، سواء أكان هذا البقاء طبيعيا يحدده العمر الاقتصادي للمال الموقوف، أم إرادياً يحدده نص الواقف وإرادته".

Maurice Morere, Le régime des biens au Maroc, Revue Marocaine du droit et d'économie du dévloppement, 1954, P : 193 et 195 et 204.

[64]انظر : زهدي يكن، أحكام الوقف، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية – بيروت، ص 7-10؛ محمد كمال الدين أمام، الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع – بيروت،1998، ص : 143.

[65]وهذا التعريف يتضمن كون أصلالمال يصير محبوساً، أو محبسا، فيمنع التصرف فيه على صاحبه وعلى ورثته أو غيرهم، ويستفيد من منفعته ومن ثمرته الذين حبس عليهم، من فقراء أو مرضى أو أيتام أو مجاهدين أو طلاب علم أو عابري السبيل أو الأرامل... أو نحوهم ممن يحبس عليهم عادة، (أحمد الريسوني، الوقف الإسلامي : مجالاته وأبعاده ، المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم و الثقافة و الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، 2002 ، ص 12).

[66]انظر تعريف المال عند عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثامن، دار النهضة العربية، القاهرة (س ط غ م)، ص : 181.

فقد عمل على تكملة التعريف في المادة 23 من المدونة وقال بجواز وقف العقار والمنقول وسائر الحقوق الأخرى،[67] وعليه فإن المشرع قد تبنى النظرية التقليدية وأخذ فكرة المال بمفهومها الواسع بحيث اعتبرها شاملة للأشياء والحقوق على حد سواء.

كما أن موقف المدونة هذا، يعتبر حسما للاختلاف في الآراء الذي كان قائما في الفقه الإسلامي حول مدى صحة وقف المنقول والنقود وغيرها مما يدخل في تصنيفات المال من غير العقار، وقد عرف المذهب المالكي هذا الخلاف أيضاً، وكان المعتمد فيه هو اعتبار المنقولات أموالا قابلة للتحبيس على غرار العقارات.[68]

ثم إن الوقف حسب التعريف قد يكون بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وقد حسم المشرع بذلك النقاش الفقهي الذي كان حول مدى جواز التأقيت في الوقف، على أن الأصل في الوقف عند الفقهاء التأبيد، بل إن بعض الفقهاء المتأخرين وضعوا شروطاً لتحققالتأبيد في الوقف.[69]

أما بالنسبة للتوقيت في الوقف فهو جائز في المذهب المالكي،[70] وهذا ما ذهبت إليه المدونة عندما نصت على أن الوقف يكون "بصفة مؤبدة أو مؤقتة"، ثم حسب ما يذكر بعض الفقه فإن" أهمية مبدأ التوقيت في الوقف لا تقل أهمية عن مبدأ التأبيد، فالتوقيت يفتح أبوابا للخير و الصدقة الجارية لا

---

[67] نصت المادة 23 علىأنه :"يجوز وقف العقار والمنقول وسائر الحقوق الأخرى".

[68]على أساس أن العقارات متفق فقهيا على صحة تحبيسها، ما دامت قد وردت بشأنها نصوص شرعية صريحة، وما دامت خصوصية الوقف وحكمته تتحقق فيها بشكل تام لا غبار عليه، أحمد الريسوني، الوقف الإسلامي : مجالاته وأبعاده، م.س، ص: 18 .

[69] ويقصد بالوقف المؤبد وضع أصل ثابت دوري مستمر لمصلحة غرض الوقف، و التأبيد في الوقف حسب بعض المتأخرين من الفقه:يجب أن تتوفر فيه ثلاثة شروط وهي :

لابد أن يكون مما يحتمل التأبيد إما بسبب طبيعته المادية البحتة، و لا ينطبق ذلك حقيقة إلا على الأرض فقط دون غيرها من أنواع الأموال، وإما بسبب الطبيعة القانونية الاقتصادية التي يصطنعها التنظيم القانوني السائد ومثال ذلك الأسهم في شركات المساهمة غير المحددة المدة أي المؤبدة.

أما الشرط الثاني للوقف فهو إرادة الواقف للتأبيد، أي قصد الواقف لمعنى التأبيد، فالوقف تبرع ولابد في التبرع من النظر إلى ما توجهت إليه إرادة المتبرع، فلا نستطيع تجاوز إرادة الواقف في الوقف حتى و لو كان الموقوف مسجداً.

الشرط الثالث للتأبيد في الوقف، هو استمرار وجود الغرض أو الهدف من الوقف، وهنا أيضا فان الوقف المؤبد لابد له من غرض مؤبد بطبيعته مثال ذلك إطعام الفقراء والمساكين أو العناية بالمرضى، أو بناء المساجد، وغير دلك من الأهداف التيتستمر في المجتمعات الإنسانية.

(منذر قحف، الوقف الإسلامي : تطوره – إدارته - تنميته ، مطبعة دار الفكر – دمشق الطبعة الثانية، 2006 م ص 102-104).

[70] Octave pesle, la théorie et la pratique des Habous dans le rite malakite, imp. Réunies, casablanca, 1942, p : 40.

يستوعبها الاقتصار على مبدأ التأبيد، لذلك سيحتاج أي مجتمع معاصر إلى وجود أصول استثمارية مؤبدة تخدم أغراضا اجتماعية واقتصادية متعددة إلى جانب وجود الأوقاف المؤقتة التي تقدم أشكالا عديدة من المرونة و التيسير بحيث تستجيب لكل رغبة في عمل خيري يبر بالأمة ومستقبلها".[71]

الفقرة الثانية: نواقص التعريف التشريعي للوقف ومدى جواز تكملته من الفقه الإسلامي

رغم ما تضمنه التعريف التشريعي للوقف السالف الذكر من أهمية، تمثلت في الحسم في الكثير من الإشكالات، إلا أنه رغم ذلك ترك بعض القضايا دون توضيح، ولاسيما مسألة "شرط الإسلام" أو ما يعرف "بوقف غير المسلم"،[72] ولعل من الأهمية بما كان توضيح هذه المسألة في الوقت المعاصر، لمعرفة الأشخاص والجهات التي يجوز قبض الوقف منها.[73]

فإذا كان الفصل 73 من ظهير 19 رجب 1333 ه المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة المنسوخ، كان قد عرف الأموال الوقفية بأنها تلك التي "أوقفها المحبس المسلم"، فإن المدونة سكتت عن هذه المسألة، ولم تشر إليها في التعريف الذي قدمته للوقف، فهل يفهم من ذلك سقوط هذا الشرط، وتجاوزه في الوقت المعاصر، لاسيما أن بعض التجارب الواقعية المعاصرة قد توحي بذلك،[74] أم أنه لا مجال لإعمال الواقع، وإنما يرجع فيه تحديد هذا الشرط إلى قاعدة الإحالة الواردة في المادة 169 من مدونة الأوقاف، والتي تقول بالرجوع إلى أحكام المذهب المالكي فقها واجتهادا،[75]إذا لم تتضمن المدونة الحكم أو المقتضى المطلوب، والتي بالرجوع إليها نجد ابن عرفة المالكي يقول "بعدم صحة الوقف من غير المسلم في قربة دينية، وأما إن كان التحبيس في منفعة عامة دنيوية كبناء القناطر ففي رده نظر والأظهر أنها إن لم يحتج لها ردت".[76]

---

[71] منذر قحف، المرجع السابق، ص 106 .

[72] عبد الرزاق اصبيحي، دراسة قانونية لعشر قضايا إشكالية في مدونة الأوقاف المغربية مقارنة ببعض التشريعات العربية، مجلة أوقاف، العدد 22، السنة الثانية عشر، جمادى الآخرة 1433هـ - ماي 2012م، الكويت، ص : 21.

[73] *Ahmed Raissouni, Le wakf islamique, ses domaine d'intervention et sa portée. Publication de l'organisation islamique pour l'éducation, les sérvices et la culture, ISESCO/2002 , p : 20.*

[74] تجدر الإشارة إلى أنه على مستوى التطبيق العملي وقع تجاوز شرط الإسلام حتى فيما يتعلق بالقربة الدينية إذ ساهم غير المسلمون في بناء مسجد الحسن الثاني بالدار البيضاء.

[75] تنص المادة 169 من مدونة الأوقاف على ما يلي : "كل م لم يرد فيه نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى أحكام المذهب المالكي فقها واجتهادا بما يراعى فيه تحقيق مصلحة الوقف".

[76] عبد الرزاق اصبيحي، الحماية المدنية للأوقاف العامة، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 2009، ص : 8.

خاتمة:

وفي الختام، فإن الخلاصة التي يمكن الخروج بها من هذه الورقة، هو أن التعريف كوظيفة لها من الأهمية القدر الكبير في مجال القانون، كمعين لفهمه وحسن تطبيقه، تبقى وظيفة أصيلة للفقه أساسا ومعه القضاء، وأنه رغم ظهور التوجه الجديد الذي أصبح معه المشرع يقوم بوظيفة التعريف بما يوحي بجود تنازع ثلاثي حول الوظيفة، إلا أنه توجه لا يسير وفقه المشرع إلا لوجود اعتبارات عملية وتقنية سبق ذكرها، وهو ما يجعل الحاجة القصوى للفقه تبقى قائمة من أجل الاضطلاع بمهمة التعريف تنظيرا وتأصيلا، مع إعانة الاجتهاد القضائي له في جعل تلك الوظيفة أكثر واقعية وذات طابع عملي وتطبيقي أكثر منها تصورات فكرية وتأملات فلسفية وتنظيرية.

وما يؤكد الخلاصة السابق ذكرها، هو أن هناك بعض المجالات الخاصة كالوقف مثلا، والتي رغم محاولة المشرع في مدونة الأوقاف الاضطلاع بوظيفة التعريف ضمنها، إلا أن تدخله هذا كان محدوداً للغاية، وشابه القصور، وبقي في حاجة ماسة للفقه الإسلامي خاصة من أجل القيام بمهمة التعريف، والذي لطالما واكبه القضاء المغربي الاجتهادي في ذلك.

لائحة المراجع :

المؤلفات :

- أحمد الريسوني، الوقف الإسلامي : مجالاته وأبعاده ، المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم و الثقافة و الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، 2002؛
- إسماعيل سالم عبد العال، البحث الفقهي، طبيعته، خصائصه، أصوله، مصادره مع المصطلحات الفقهية من المذاهب الأربعة، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، 2008 .
- إدريس العلوي العبدلاوي، أصول القانون، الجزء الأول – نظرية القانون، دار القلم-بيروت، 1971؛
- خلد عبد العزيز السعيد، تأصيل بحث المسائل الفقهية، دار الميمان للنشـــر والتوزيع – الرياض، الطبعة الأولى، 2010؛
- زهدي يكن، أحكام الوقف، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية – بيروت؛
- زين بدر فراج، أصول البحث القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- عبد السلام بنحدو، مصطلحات وصيغ قانونية، مطبعة اسبارطيل - طنجة، طبعة 2001 – 2002.
- عبد الرزاق السنهوري باشا وأحمد حشمت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950.
- عمار عوابدي، مناهج البحث العلمي وتطبيقاته في العلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.
- عبد القادر الشيخلي، قواعد البحث القانوني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2018.
- عبد الوهاب ابراهيم أبو سليمان، كتابة البحث العلـــمي ومصادر الدراسات الإسلاميـــة، دار الشروق، جدة، 1986.
- عبد الرزاق اصبيحي، الحماية المدنية للأوقاف العامـــة، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 2009.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثامن، دار النهضة العربية، القاهرة (س ط غ م).
- محمد الشيلح، تقنيات الميتودولوجية القانونية الموجهة للفكر القانوني النظري و/أو العملي،مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2017.

- محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية –دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي، ط : الأولى، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، الأردن، 1982.
- محمد العروصي، المختصر في المنهجية القانونية، منشورات مختبر الأبحاث والدراسات حول قانون الأعمال والمقاولات، كلية الحقوق السويسي، الرباط، الطبعة الثانية، 2011؛
- محيي الدين اسماعيل، نظام الكراء بالمغرب، مطبعة الساحل، الرباط.
- مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية
- محمد كمال الدين أمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع – بيروت،1998.
- منذر قحف، الوقف الإسلامي : تطوره – إدارته - تنميته ، مطبعة دار الفكـــر – دمشق الطبعة الثانـــية، 2006 م.

مقالات ومساهمات:

- أحمد جدوي، الكراء الحبسي وموقعه من ظهير الالتزامات والعقود وظهير 5/01/1953 وظهير 24/5/1955 وظهير 25/12/1980 وظهير 99/64 المتعلق باستيفاء الوجيبة الكرائية، مداخلة ضمن ندوة "الأملاك الحبسية"، الندوة الوطنية المنظمة من قبل مركز الدراسات القانونية المدنية منها والعقارية بكلية الحقوق مراكش يومي 10 و 11 فبراير 2006، الطبعة الأولى 2006، المطبعة والوراقة الوطنية – مراكش؛
- عبد الرزاق اصبيحي، دراسة قانونية لعشر قضايا إشكالية في مدونة الأوقاف المغربية مقارنة ببعض التشريعات العربية، مجلة أوقاف، العدد 22، السنة الثانية عشر، جمادى الآخرة 1433هـ - ماي 2012م، الكويت؛
- العربي مياد، جنحة إنكار العدالة، مجلة القانون المغربي، ع : 6، يونيو 2004.

أعمال أكاديمية:

- أحمد الريسوني، النظام القانوني للمساجد بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية –أكدال-، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعة: 2015 – 2016؛

المراجع باللغة الفرنسية:

- *Octave pesle, la théorie et la pratique des Habous dans le rite malakite, imp. Réunies, casablanca, 1942 ;*
- *Une science pratique du droit, L.LOMBARDI VALLAURI, Jurisprudence, APD 1990, n° 35.*
- *P.Y. Gautier, L'influence de la doctrine sur la jurisprudence, Dalloz, 2003, Chron. 2839 ;*
- *G.Canivet, La cour de cassation et la doctrine, Mélanges Aubert, Dalloz, 2005 ;*
- *Philippe jestaz, Doctrine et jurisprudence : une liaison de 25 siècles, Les éditions Thémis, Faculté de droit, université de montéal, canada, 2004 ;*
- *Michel Mercier, Le code des habous ou wakf, constantine, 1899 ;*
- *Maurice Morere, Le régime des biens au Maroc, Revue Marocaine du droit et d'économie du dévloppement, 1954 ;*
- *Ahmed Raissouni, Le wakf islamique, ses domaine d'intervention et sa portée. Publication de l'organisation islamique pour l'éducation, les sérvices et la culture, ISESCO/2002.*