دار المنظومة
DAR ALMANDUMAH
الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان:	حكم المغارسة في أرض الوقف بين الواقع و قواعد الفقه و القانون
المصدر:	مجلة القضاء المدني - المغرب
المؤلف الرئيسي:	الزريقي، جمعة محمود
المجلد/العدد:	س 2, ع 4
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2011
الشهر:	خريف
الصفحات:	48 - 58
رقم MD:	521343
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	المذاهب الفقهية، الوقف، المزارعة، الفقه الإسلامي، القانون المدني، المغرب، الأراضي الزراعية
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/521343

© 2016 دار المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

حكم المغارسة في أرض الوقف
بين الواقع وقواعد الفقه والقانون

د. جمعة محمود الزريقي
مستشار بالمحكمة العليا الليبية
أستاذ متعاون مع الجامعات الليبية

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وآله وصحبه وسلم تسليما، وبعد، فيهدف هذا البحث إلى دراسة عقد المغارسة إذا أبرم على الأرض الموقوفة، وما ينتج عن ذلك من تمليك جزء منها، و هو ما يتعارض مع سنة الوقف حيث تكون الصدقة مؤبدة في الغالب. ويترتب على تنفيذ أحكام المغارسة تمليك جزء من الأرض للمغارس، واستقطاعها من ملكية الوقف، وفي ذلك مخالفة لشروط الواقف الذي انصرفت إرادته إلى جعل العقار موقوفا عن التصرفات الناقلة للملكية، وتسبيل غلتها أو ريعها في سبيل الله، أو الوجوه الخيرية التي أرادها، ومن القواعد المقررة في أحكام الوقف عدم التصرف فيه بالتصرفات الناقلة للملكية.

ذلك هو المشهور من الفقه المالكي الذي تضمن أحكام المغارسة بشيء من التفصيل، إلا أن الواقع العملي كشف عن قيام بعض الحالات تم فيها إبرام عقود مغارسة في الأراضي الموقوفة، ليس في ليبيا فحسب، بل في مناطق أخرى من الغرب الإسلامي، مما ترتب عليه وجود إشكالية فقهية قانونية، وهي هل تطبق أحكام المغارسة، ويتم تمليك المغارس الجزء المتفق عليه من الأرض، أو أن ذلك يتعارض مع قاعدة عدم التصرف في أرض الوقف بأي تصرف ناقل للملكية؟، وما هي الحلول التي أفتى بها الفقهاء لمعالجة هذه الإشكالية؟، ذلك ما سيحاول هذا البحث الإجابة عنه.

ونظرا لأهمية هذا الموضوع، ووجود بعض القضايا المطروحة أمام المحاكم، ولدى الهيئات المختصة بالأوقاف، تتعلق بهذه الإشكالية، رأيت دراسته وبحثه للوصول إلى أنسب الحلول بشأنه، وسيكون البحث بإتباع المنهج الفقهي التحليلي التاريخي، باستعراض الأحكام الشرعية وفتاوى الفقهاء في المذهب المالكي، وطريقة معالجتهم لهذا الإشكال، للوصول إلى رأي يمكن بواسطته تذليل هذا الأمر، ومساعدة القضاء والهيئات المشرفة على الأوقاف في معالجته، وذلك وفق الخطة التالية:

المطلب الأول: التعريف بالمغارسة وأحكامها.

أولا: التعريف بالمغارسة فقها وقانونا.

تعتبر المغارسة من الحقوق التي نشأت في ظل الشريعة الإسلامية، فأغلب أحكامها مشتق من الآراء الفقهية، فهي من الحقوق العرفية الإسلامية، وقد كيفها الفقهاء بأنها من عقود الإجارة والجعل، كالمزارعة والمساقاة، وقد نصت المادة 673 من ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية على أن

المغارسة: "هي إعطاء شخص لآخر أرضا ليغرس فيها شيئا من الأشجار المثمرة، كالعنب والنخل والتين والرمان ونحو ذلك، على أن تكون بينهما عند الإثمار، فإذا أهملها العامل قبل ذلك فلا شيء له، وإن أثمرت فيكون له نصيب منها ومن الأرض" [1].

والتعريف السابق ينقصه تحديد نسبة الأرض التي يتملكها، لذا يجب الاتفاق عليها[2]، إلا أن ذلك يمكن أن يبينه العرف في حالة عدم تحديدها، وقد عرفها الشافعية: بأن يسلم إليه أرضا ليغرسها من عنده والشجر بينهما[3]، وتسمى في بعض المناطق بالمناصبة، وهي دفع أرض بيضاء مدة معلومة ليغرس فيها وتكون الأرض والشجر بينهما[4]، وكذلك عند أهل الشام، تسمى بالمناصبة أو المشاطرة لأن الشجيرة الغرس عند العامة نصبا أي منصوبا، ولأن الناتج يقسم بينهما مناصفة لكل واحد منهما الشطر [5].

ولم ينص عليها المشرع المغربي في الظهير المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة الصادر في 1915/6/2، رغم النص على بعض الحقوق التي تقوم على العقارات المحفظة[6]، كما أن المشرع الجزائري لم ينص عليها في القانون المدني الصادر بالأمر رقم 75-58، المؤرخ في 1975/9/26، غير أن المشرع الليبي نص عليها في المادة 1003 من القانون المدني الليبي بما يلي: "المغارسة عقد يسلم بمقتضاه مالك أرض أرضه لغارس يتعهد بغرسه شجرا ثابت الأصل مثمرا، تتفق أو تتقارب مدة إطعامه، وذلك مقابل حصة من الأرض تعطى للغارس". كما نظم أحكامها في المواد من 1003-1012 من القانون المدني.

ونص على المغارسة الفصل 1416 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية بما يلي: "إذا كان موضوع الشركة أشجارا مثمرة أو نحوها من ذوات الدخل، وتكلف الشريك العامل بغرسها في أرض شريكه على أن يكون له مناب شائع في الأرض والأشجار عند بلوغها إلى حد معلوم أو حد الإثمار، سمي العقد عقد مغارسة". وتناولت الفصول من 1417 إلى 1424 بقية أحكام المغارسة [7] أما قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية رقم 5 لسنة 1985، فقد نص عليها في المادة 835 بما يلي: "المغارسة هي إعطاء شخص أرضه لمن يغرس فيها شجرا معينا من عنده على أن يكونا شريكين في الأرض والشجر بنسبة معلومة إذا بلغ الشجر قدرا معينا من النماء قبل أن يثمر"[8]. ولم ترد أحكام المغارسة في القانون المدني المصري، كما لم ترد في القانون المدني السوري الصادر بتاريخ 1949/5/18.

---

(1) ملخص الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية، للشيخ محمد بن محمد بن عامر، المحامي الشرعي ببنغازي، ص 238، ط مصر 1937م.

(2) البهجة في شرح التحفة، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عاصم الأندلس، المجلد الثاني، ص 354، دار الرشاد الحديثة، الطبعة الثانية، 1370هـ / 1951م، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، للدكتور محمد بن معجوز ، ص 332، مطبعة النجاح المغرب، ط1، 1410هـ 1990م.

(3) الفقه الإسلامي وأدلته ، نقلا عن مغني المحتاج : 324/2/ أ، د: وهبة الزحيلي، ص 650-651/.5، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الأولى، 1984/1404م.

(4) الفروق بين المعاملات المالية ومصطلحات الاقتصاد الإسلامي، ياسر عجيل النشمي، ص 72، دار الاستثمار ، الكويت ، الطبعة الأولى، 2003م.

(5) الفقه الإسلامي وأدلته، المصدر السابق، ص 5/651.

(6) نظام التحفيظ العقاري بالمغرب (نصوص) ص 28 مديرية المحافظة العقارية، د – ت.

(7) مجلة الالتزامات والعقود، منشورات المطبعة الرسمية للجهورية التونسية، 2005م.

(8) قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، وزارة العدل والشؤون ا لإسلامية والأوقاف، 1997/1418.

ثانيا: حكم المغارسة فقها وقانونا.

اختلف الفقهاء في المغارسة، فمنعها الجمهور وأجازها المالكية، وفيما يلي بيان ذلك:

قال الحنفية: من دفع أرضا بيضاء (أي لا شجر ولا زرع فيها) سنين معلومة، يغرس فيها شجرا، على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين، لم يجز، لثلاثة أوجه، أولها لاشتراط الشركة بما كان موجودا قبل الشركة وهو الأرض، وثانيها أن المالك جعل نصف الأرض عوضا عن جميع الأغراس، ونصف الخارج عوضا لعمل العامل، فصار العامل مشتريا نصف الأرض بالغراس المجهول المعدوم عند العقد، وثالثها أن المالك استأجر أجيرا ليجعل أرضه بستانا مشجرا بآلات الأجير، على أن يكون له نصف البستان الذي يظهر بعمله وهو مفسد للعقد[1].

أما الشافعية، فعندهم أن المغارسة لا تصح، إذ لا يجوز العمل في الأرض ببعض ما يخرج منها، ولأن الغرس ليس من عمل المساقاة، فضمه إليها يفسده، ويمكن تحقيق المقصود بالإجارة ، ويفهم من كلام الإمام الشافعي، أنه إذا اتفق مع العامل على كراء الأرض على أن يغرس فيها ويزرع ما يشاء ولم يزد على ذلك، فالكراء جائز وإذا انتقضت المدة لم يكن للعامل تملك الأرض المكتراة أو جزء منها ولكن له التعويض عن غراسه[2].

وعبارة الحنابلة: إن دفع المالك للعامل على أن الأرض والشجر بينهما، فالمعاملة فاسدة وجها واحدا، لأنه شرط اشتراكهما في الأصل (الشجر) ففسد، كما لو دفع إليه الشجر أو النخل، ليكون الأصل والثمرة بينهما، أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما ، وحينئذ يكون للعامل أجر المثل[3].

وقال المالكية: تصح المغارسة إذا اتفق صاحب الأرض البيضاء مع العامل أن يقوم بغرسها شجرا على أن يكون له نصيب من الأرض والشجر معا عند انتهاء العقد، ويجب لقيامها أن تتوافر خمسة شروط، ذكرها ابن جزي في قوانينه، وهي:

1- أن يغرس فيها أشجار ثابتة الأصول دون الزرع و المقاثي.
2- أن تتفق الأجناس أو تتقارب في مدة إطعامها.
3- أن لا يضرب لها أجلا إلى سنين كثيرة ، فإن ضرب لها أجل إلى ما بعد الإطعام لم يجز.
4- أن يكون للغارس حظه في الأرض والشجر، فإن كان له حظ من أحدهما لم يجز، إلا أن يجعل له مع الشجر مواضعها في الأرض دون سائر الأرض.

---

(1) الفقه الإسلامي وأدلته، المصدر السابق، ص 5/651، نقلا عن تكملة الفتح، ج 49/8، تبين الحقائق، ج 286/5، اللباب، ج 234/2، الدر المختار ورد المحتار، ج 203/5 وما بعدها.

(2) قال الإمام الشافعي رحمه الله : وإن قال له ازرعها ما شئت، فلا يمنع من زرع ما شاء، ولو أراد الغراس فهو غير الزرع، وإن قال ازرعها أو اغرسها ما شئت فالكراء جائز (قال المزني) أولى بقوله أن لا يجوز هذا لأنه لا يدري يغرس أكثر الأرض فيكثر الضرر على صاحبها أولا يغرس فتسلم أرضه من النقصان بالغرس ، فهذا بمعنى المجهول وما لا يجوز في معنى قوله، وبالله التوفيق ، كتاب الأم، للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الجزء السابع، ص 228، دار الفكر للنشر والطباعة والتوزيع، الطبعة الأولى 1400هـ / 1980م، الفقه الإسلامي وأدلته، ص 5/652، نقلا عن مغني المحتاج: 324/2، بجيرمي الخطيب، 167/3 وما بعدها.

(3) الفقه الإسلامي وأدلته، ص 652-5/653، نقلا عن المغني: 380/5 وما بعدها.

5- ألا تكون المغارسة في أرض محبسة لأن المغارسة كالبيع [1].

أما القدر الذي يتملكه الغارس من الأرض والشجر، فذلك يخضع للعرف والاتفاق، ففي ليبيا جرى العرف على أن الغارس يتملك نصف الأرض والشجر بعد تمام المغارسة بشروطها، غير أنه طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، يجوز الاتفاق على أقل من ذلك، كالثلث أو الربع أو الخمس[2].

يتضح مما سبق، أن المذهب المالكي هو الوحيد القائل بإجازة عقد المغارسة بالشروط المذكورة سابقا، أما المذاهب الثلاثة (الجمهور) فقد منعت قيام المغارسة، وسندها في ذلك الحفاظ على حقوق العاقدين، ولكثرة الجهالة الناجمة عن انتظار نمو الشجر، وللاشتراك في الأصل، كاشتراك الشريكين في رأس المال في شركة المضاربة، ولأن الغرس ليس من أعمال المساقاة، على النحو المشروع في السنة النبوية، كما لا تصح المساقاة على صغر الشجر إلى مدة يجهل فيها غالبا[3]، لذلك سوف نعالج موضوع المغارسة فقها على ضوء أقوال الفقهاء في المذهب المالكي.

ذلك فيما يتعلق بحكم المغارسة لدى الفقهاء، أما في القانون، فلم يتعرض المشرع الليبي إلى مسألة وقوع المغارسة في الأراضي المحبسة، ولكنه نص في المادة 1012 من القانون المدني على أن يرجع إلى أحكام الشريعة الاسلامية في المغارسة حيث لم يرد نص في القانون . أما المشرع التونسي وكذلك المشرع الإماراتي، فقد نصا على سريان أحكام المساقاة على المغارسة فيما لا يتعارض مع طبيعتها. غير أن المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي تحيل القاضي عند عدم وجود نص في هذا القانون إلى الحكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، على أن يراعى تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل، فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة (المادة 4 من نفس القانون).

كما نص المشرع الجزائري في القانون رقم 91-10، المؤرخ في 1991/4/27 المتعلق بالأوقاف في المادة الثانية على أنه: "يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه في هذا القانون"، كما نصت المادة 25 على أن: "كل تغيير يحدث بناء كان أو غرسا، يلحق بالعين الموقوفة، ويبقى الوقف قائما شرعا مهما كان نوع ذلك التغيير، وتسوى الحالات المخالفة لأحكام هذه المادة عن طريق التراضي بين المعنيين والسلطة المكلفة بالأوقاف طبقا لأحكام هذا القانون، مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه". وذلك يعني مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص خاص بالأوقاف.

وبالمثل، فإن المشرع المغربي، رغم عدم النص على المغارسة في التشريع المطبق على العقارات المحفظة، إلا أنه نص في الفصل 75 على أن " تبقى الأحباس خاضعة للقوانين والضوابط الخاصة والعوائد الإسلامية التي تجري عليها"، وذلك يعني أن المغارسة لا تجوز في الأرض الموقوفة طبقا للمشهور من مذهب الإمام مالك.

يتضح من ذلك، أن عقد المغارسة، لا يعتبر من الحقوق العينية التي يتمتع فيها صاحب الحق بعنصرين من عناصر الملكية، هما الاستعمال والاستغلال، ولكنه يؤدي إذا قام المغارس بالتزاماته كاملة إلى تملك جزء من الأرض، وعند ذلك يتمتع بحق الملكية، الذي هو من أهم الحقوق العينية الأصلية، وقد انتهت المحكمة

(1) القوانين الفقهية، لأبي القاسم محمد بن جزي الكلبي الغرناطي(ت471 هـ) المطبعة الأمنية، الرباط،1962/1372.

(2) البهجة في شرح التحفة، المصدر السابق، ص 2/198، وانظر أيضا : نظام الشهر العقاري في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع نظام السجل العيني، د جمعة محمود الزريقي، ص 202، دار الآفاق الجديدة،بيروت ، 1988م.

(3) الفقه الإسلامي وأدلته، المصدر السابق، ص 5/653.

العليا الليبية في حكم قديم لها إلى أن عقد المغارسة هو من وضع الشريعة الإسلامية، التي عرفته بأنه عقد يجمع بين الشركة والإجارة والجعالة، وبانتهاء مدته يصبح المغارس شريكا في الأرض دون حاجة لإفراغه في شكل معين[1].

المطلب الثاني: حكم قيام المغارسة على أرض الوقف.

أولا: رأي الفقهاء في قيام المغارسة على أرض الوقف.

تناول الفقهاء هذه المسألة في فتاواهم، ومنها يتضح أن الرأي الغالب هو القول بمنع قيام المغارسة في أرض الحبس وعدم جوازها. ومع ذلك يوجد رأي في المذهب المالكي يجيز قيامها إذ حكم بها القاضي، ورأي يجيز قيامها بعد وقوعها وتمامها مطلقا، وتفصيل ذلك فيما يلي:

1- جواز قيام المغارسة في الأرض المحبسة بحكم قضائي مراعاة للخلاف أو للعرف:

ورد في المعيار عن أحد الشيوخ أنه سئل عن حكم من دفع أرضا محبسة على وجه المغارسة فغرس الرجل وأدرك الغرس؛ فأجاب: بأنها تمضي ولا ينقضها من جاء بعده من الحكام، لأنه حكم بما فيه اختلاف[2]. ولا يفهم من هذا الرأي إجازته للمغارسة في أرض الحبس، وإنما يتعلق بنقض حكم قضائي وفقا لقاعدة أن حكم الحاكم يرتفع به الخلاف في ذات المسألة، فلا يسري حكمها على غيرها، وبمثل ذلك أفتى الشيخ أحمد المكني مفتي طرابلس(ت 1101هـ) في سؤال وجه إليه من أحد القضاة بشأن قيام المغارسة في الأرض الموقوفة، فأجاب: والذي يظهر لي في مغارسة سيدي عبد الرحمن التي وقفت عليها، أن تحكموا فيها بالصحة، إذ هو سؤال في المذهب بعد الوقوع والنزول، وعلق مؤلف كتاب تذييل المعيار الذي نقل الفتوى بأن السائل من بلد جرى فيها ا لعمل بإعطاء الأرض المحبسة مغارسة[3].

وفي المعيار الجديد نقلا عن ابن الهندي، في مسألة أرض محبسة غير كريمة دفعها بعض القضاة مغارسة فلما أطعم الغرس، قاسم القاضي العامل، وسجل له ذلك، فذهب من يليه من القضاة إلى فسخ ذلك من جهة الحبس، فأفتى بنفوذ ذلك، وأنه لا ينقض ما فعله القاضي المذكور على قاعدة فيما حكم به القاضي العدل المجتهد أنه لا ينقض إذا وافقه قائل من أهل المذهب، وإن كان ضعيفا[4].

يتضح من ذلك بأن هذه الفتاوى أجازت قيام المغارسة في الأرض المحبسة، ولكن ذلك لا يعبر عن الرأي المعمول به في المذهب، وإنما لعلاج قضايا وقعت وتم عرضها على القضاء، ونظرا للخلاف- ولو بين عدد قليل من الفقهاء- يبرر للقاضي اعتناق الرأي الذي يرضاه، بشرط مراعاة الضوابط المقررة التي لا ينقض بها قضاء القاضي، وسند الفتوى الأولى هو قاعدة أن حكم الحاكم يرتفع به الخلاف، وسند الفتوى الثانية، هو ما جرى به العمل في المنطقة التي ورد منها السؤال، وهي قاعدة معروفة في الفقه المالكي.

(1) طعن مدني رقم 18/4 ق بتاريخ 1972/5/2، المجموعة المفهرسة لأحكام المحكمة العليا في ليبيا ص 4/706، يراجع في أحكام المغارسة كتابنا الحقوق العينية الأصلية والتبعية في التشريع الليبي، ص 2/90، نشر المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ص1، 2000م، طرابلس ، ليبيا .

(2) المعيار المعرب، للونشريسي، ص 7/436، طبع دار الغرب الإسلامي.

(3) تذييل المعيار للشيخ عبد السلام بن عثمان التاجوري (ت 1139هـ) ص 537، مخطوط بمكتبة الأوقاف مركز جهاد الليبيين للدراسات التاريخية طرابلس الغرب.

(4) المعيار الجديد للوزاني، ص 8/509، نشر وزارة الأوقاف بالمغرب، 1998/1419.

2- عدم جواز قيام المغارسة في الأرض المحبسة مطلقا:

يكاد هذا الرأي أن يكون هو المشهور في المذهب، فمن شروط صحة المغارسة كما ورد عند ابن جزي ألا تكون على أرض محبسة. وبالتالي، فإن أغلب الفقهاء لا يجيزون قيام المغارسة في الأرض المحبسية وقد وقعت الفتوى بذلك قديما، منها فتوى ابن الحاج التي ورد بها أنه لا تجوز المغارسة في الأرض المحبسة، لأن ذلك يؤدي إلى بيع حظ منها[1].

وقد أفتى أيضا علامة المغرب في زمانه، الشيخ عبد القادر الفاسي (ت 1091هـ) بأن أرض الحبس لا يجوز إعطاؤها مغارسة، لأن ذلك يؤدي إلى بيع بعضها[2]. وأفتى أيضا الشيخ محمد بن مقيل مفتى طرابلس الغرب (ت 1011 هـ) حيث قال: "قال بعض الشيوخ: لا يجوز إعطاء الأرض المحبسة مغارسة لأنه يؤدي إلى بيع بعضها"، وذلك مقتضى قول الشيخ خليل: إلا المحبسة فالنقض[3]. كما أفتى الشيخ محمد بن عبد القادر الفاسي بأن ما وقع من المغارسة في أرض الوقف كان على غير المنهج الذي يقتضيه الفقه[4]، والرأي بعدم جواز إعطاء أرض الوقف بعقود المغارسة، هو المعمول به في المغرب وفقا للمذهب المالكي[5].

3- رأي يجيز المغارسة في أرض الوقف بعد وقوعها.

وقفت على فتاوى بعض المتأخرين من فقهاء ليبيا، حيث سئل الشيخ محمد مفتاح قربو، من علماء مصراته، عمن أخذ أرضا محبسية بالمغارسة، وصحت مغارسته، هل يقسم له أم لا؟ فأجاب: "إنه إذا تمت مدة المغارسة، أو أثمر الشجر الذي في الأرض المذكورة، جاز للعامل المطالبة بالقسمة وتقسم الأرض بينه وبين الوقف على حسب ما هو موجود في وثيقة المغارسة". وبمثل ذلك أفتى الفقيه محمد سالم عيبلو، في أرض محبسة على وقف سيدي المحجوب، واستند في ذلك جواز ذلك بعد الوقوع والنزول والالتجاء إلى مخرج شرعي باعتبار ما تعارف عليه الناس ولو ضعيفا[6].

ويلاحظ أن أحد علماء ليبيا المعاصرين، تناول المغارسة في كتابه مدونة الفقه المالكي وأدلته، اقتصر في شرحها على شروط المغارسة المتعارف عليها في الأرض الخاصة، ولم يتناول وقوعها على أرض محبسة، كما أنه لم يشر في موضوع الوقف أنه لا يجوز للناظر إعطاء أرض الوقف مغارسة، كما تناول أحد علماء القرويين المعاصرين بالمغرب موضوع المغارسة في كتابه الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، ولم يتعرض لموضوع المغارسة في أرض الوقف[7]، فقد يوحي ذلك بجوازها، ولكن هذا لا يغير من وجود الحكم وشهرته

(1) المعيار المعرب، للونشريسي، ص8/197.

(2) تذييل المعيار ، المصدر السابق، ص589.

(3) تذييل المعيار ، المصدر السابق، ص589، ومختصر الشيخ خليل، صححه وعلق عليه الشيخ أحمد نصر، ص 229، ط: دار الفكر، 1401هـ/ 1981.

(4) المعيار الجديد، للوزاني ، ص 8/508.

(5) المختصر الوجيز في أحكام الولاية على الوقف العمومي، من وجهة نظر شرعية، إعداد الأستاذ محمد المهدي ص 78، كتاب دعوة الحق، العدد 17/ 1425 هـ / 2004 م.

(6) مجموعة فتاوى لفقهاء مصراته، غير منشورة، احتفظ بصور منها.

(7) مدونة الفقه المالكي وأدلته، تأليف أ، د: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الطبعة الثالثة،2005م طرابلس، ليبيا، والحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، للأستاذ محمد بن معجوز، الطبعة الأولى، 1410-1990.

لدى فقهاء المالكية الآخرين. وهذا الرأي الثالث يختلف عن الرأي الأول في إجازة المغارسة بأرض الوقف إذا وقعت مطلقا أو جرى بها العمل، دون أن يجيزها القاضي المختص.

ثانيا: بعض التطبيقات لمسألة المغارسة في أرض الوقف.

بتاريخ قديم، قامت وزارة الأوقاف المغربية بإبرام عقود كراء لصالح بعض المزارعين في أراض محبسة، ووقع النص في عقود الكراء على استحقاق المكتري لنصيب من الأرض في حالة نجاح الغرس، وهذا النص مخالف للمشهور من مذهب الإمام مالك المعمول به في المغرب، وترتب على ذلك قيام هؤلاء الفلاحين بالمطالبة بتملك جزء من الأرض المحبسة، فوقع السؤال حول مدى قانونية هذا الطلب؟[1].

وفي هذا المجال، يلاحظ أن عقود الكراء تمت في ظل الظهير الصادر في 22 مايو 1917 في شأن كراء أراض الوقف للأمد المتوسط(3-6-9 سنوات) وهذا الظهير (القانون) لم ينص على إمكانية تمليك الأرض المحبسة للمكترين، بل نصت الفصول 11-12-13 منه على أن يقوم المكتري في نهاية السنة التاسعة على إخلاء المحلات، وإرجاعها للحبوس، بكل ما عليها من غرس وبنايات، وعدم إحداث أي تغيير إلا بإذن الوزارة، وأن مايقوم به الغارس بموافقتها ينبغي أن يكون ملكا للأوقاف بدون تعويض.

ولما كان الشرط الذي وقع النص عليه في تلك العقود لا يسانده نص في الظهير الصادر في 1917/6/22 المشار إليه، كما أنه مخالف للمشهور من المذهب، فما هو الإجراء الواجب التطبيق؟، وإذا اعتبرنا أن عقد المغارسة على النحو المذكور قد صاحبه الفساد، فما يكون العمل بعد قيام المكتري بغرس الأشجار ونجاح الغرس؟.

لقد قضى المجلس الأعلى بالمغرب (المحكمة العليا) في حكم قديم " أن المغارسة إذا فسدت بأي نوع من أنواع ا لفساد فإنها تمضي بالفراغ من العمل وبلوغ الإطعام"[2]، فهل يطبق هذا المبدأ على الحالة التي نحن بصددها؟، أو أن قاعدة عدم صحة المغارسة في أرض الوقف تعتبر قاعدة آمرة، بالنظر لعدم اعتناقها من قبل المشرع والنص عليها، وبالتالي فإن قضاء المجلس الأعلى جاء عاما، ولا ينطبق على عقود المغارسة في أرض الوقف؟ قبل الإجابة على السؤال، نتلمس رأي الفقهاء في المسألة في المطلب الموالي.

وبالمثل أيضا وقعت في ليبيا بعض الحالات التي تخالف قاعدة عدم صحة المغارسة في أرض الوقف فقد وقفت على بعض العقود التي تم فيها إبرام عقد المغارسة في الأرض الموقوفة، منها على سبيل المثال: سند مغارسة، محرر من طرف قاضي محكمة جنزور بتاريخ 1950/4/22 بين مدير الأوقاف بطرابلس وأحد المواطنين، بإعطاء أرض بيضاء مساحتها 84960 م^2، مملوكة لوقف سيدي عمورة، " على وجه المغارسة على شرط أن يغرس بها أربعمائة زيتونة ومائة نخلة، في مدة خمس سنوات آتية من تاريخه، وإذا أوفى العمل بما شرط عليه في الغرس المذكور وأثمر، تقسم الأرض بينهما".

وفي حجة أخرى بذات المحكمة، مؤرخة في 1967/8/23، عقد قاضي المحكمة عقد مغارسة بين وكيل وقف سيدي مسعود أبي جعفر واثنين من المواطنين، في قطعة أرض زراعية "على أن يغرسا فيها من أنواع

(1) سئلت عن ذلك أثناء زيارتي لوزارة الأوقاف المغربية، يوم 24 رجب 1425هـ 2004/9/10م.

(2) قرار الغرفة الأولى عدد 533 مؤرخ في 1961/5/22، المرجع في اجتهادات المجلس الأعلى، إبراهيم زعيم، ص 241، نشر مؤسسة مركترا، الرباط، د ن ت.

الأشجار المثمرة كلها أو جلها ثم تقسم الأرض والشجر أشطارا بين الشقيقين المذكورين، والنصف الباقي للوقف".

عقد مغارسة لقطعة أرض، كائنة بمحلة أبي زيان غرين، تعود وقفا لزاوية سيدي حسين ببلد جنزور، حسب ما ورد في رسالة فرع الهيئة العامة للأوقاف وشؤون الزكاة فرع غريا، ومن فتوى صادرة عن الشيخ محمد سالم عيبلو من فقهاء مصراته، يتضح وجود مغارسة تم عقدها بين وقف سيدي المحجوب، وأحد المواطنين، وتنازل عن حصته في المغارسة لزوجته وولديها، فوقع السؤال عن صحة التنازل من عدمه [1].

فهذه الحالات التي تمت على أيدي قضاة بعض المحاكم، بتوثيق عقود مغارسة على أرض الوقف جاءت بالمخالفة للمشهور من مذهب الإمام مالك، طبقا لقاعدة الإحالة المنصوص عليها في المادة 1012 من القانون المدني التي تنص على " أن يرجع لأحكام الشريعة الإسلامية في المغارسة حيث لم يرد نص في القانون". وطبقا لنص المادة 159 من قانون نظام القضاء، فإن المحاكم تطبق الشريعة الإسلامية طبقا للمشهور من مذهب الإمام مالك في مسائل الأحوال الشخصية، ومن بينها مسائل الوقف، وبالتالي يعود الأمر إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهي لا تجيز قيام المغارسة على أرض المحبسة كما نص عليه ابن جزي فيما سبقت الإشارة إليه.

المطلب الثالث: رأي الفقهاء في حق المغارس بأرض الوقف.

أولا: استعراض فتاوى الفقهاء في المسألة.

إذا قام الناظر أو متولي الوقف بإبرام عقد المغارسة على الأرض المحبسية، فعلى ضوء الخلاف الذي ذكرته سابقا، وهو وجود رأي يجيز قيام المغارسة في الأرض المحبسة، فالذي قال به الفقهاء يختلف عن الأحكام القضائية، فقد وضع الفقهاء حلولا لمعالجة هذا الوضع المخالف للأحكام المقررة في المغارسة، وأول هذه الفتاوى، ما ذكره الشيخ عبد القادر الفاسي في الفتيا التالية:

"إن أرض الحبس لا يجوز إعطاؤها مغارسة، لأن ذلك يؤدي إلى بيع بعضها، فإن نزل ووقع ذلك في أرض محبسة على مسجد، فإن كان للمسجد عليه، ولو لم يكن له غلة شارك فيها الغارس بقيمة غرسه، تقوم الأرض غير مغروسة، ثم تقوم بغرسها، ولا يكون للغارس خيار في ذلك، فيقال له : أعط قيمة الأرض، وهذا أحوط للحبس، قال ذلك ابن الحاج القرطبي، ونقله في المعيار، ثم قال ابن الحاج، وقد رأيت لسحنون في الأرض إذا استحقت بحبس، وفيها بنيان، أنه يقال للمستحق إذا أبى المحبس عليهم أن يعطوا قيمة البناء ، أعطيهم قيمة الأرض، ويبتاع بها أرضا أخرى تكون حبسا في السبيل التي كانت عليه الأولى، يجري هذا القول أيضا إذا عجز المسجد عن إعطاء قيمة الغرس، والله أعلم" [2].

فالمفتى هنا، وإن صدر فتواه بعدم جواز قيام المغارسة على الأرض المحبسة، إلا أنه أقرها عند قيامها بالمخالفة، بدليل تقرير التعويض للغارس مقابل الغرس الذي قام به، والذي يجب أن يؤدى من مال الوقف نفسه إذا كان يملك المبلغ المقرر للتعويض، وإلا يطلب من الغارس أن يدفع قيمة الأرض بيضاء بدون غراس، ويشترى بها غيرها لتكون وقفا، هذا الحل الذي استند فيه إلى رأي الإمام سحنون، لا يختلف عن

(1) هذه الأحكام والوثائق غير منشورة، واحتفظ بصور منها.

(2) أجوبة الشيخ عبد القادر الفاسي (ت 1091 هـ) ص 110 المجلد الأول، طبعة حجرية المغرب.

البيع، فهو تقرير لأمر واقع، ويعتبر في حد ذاته إجازة للمغارسة التي عقدت بالمخالفة، ويؤدي بدوره إلى بيع الوقف وهو ما يخالف الحظر الذي وضعه الفقهاء في عدم جواز قيام المغارسة على الأرض المحبسة، ومخالفة الشرط المقرر لصحة المغارسة، بعدم قيامها على الأرض المحبسة، وإلا كانت باطلة.

هناك رأي آخر، ورد في فتيا الشيخ محمد بن مقبل، مفتي طرابلس، حيث سئل عن رجل أخذ أرض وقف على مسجد بالمغارسة، وأتم مغارسته، وأخذ منابه منها بالقسمة وباعه، ثم الآن أراد ناظر الوقف فكه من يده مجانا، هل له قيمة غرسه ويقضى له بها من غلة الوقف أم لا؟، وهل يأخذها قائمة أو منقوضة؟.

يلاحظ هنا أن السؤال انصب على مدى استحقاق المغارس للتعويض، وكأن موضوع إعادة العقار إلى الحبس صار أمرا محسوما لا جدال فيه، وبالتالي هل يستحق المغارس قيمة غرسه من غلة الوقف، ويشمل ذلك ما أنفقه في ذلك الغرس من مواد وأجرة عمل، أو يستحق قيمته منقوضا، وهو لا يساوي نفس القيمة، لأن عقد المغارسة في الأرض المحبسة باطل لمخالفته شروط المغارسة، فكيف كانت إجابة المفتي؟.

أجاب: قال بعض الشيوخ : لا يجوز إعطاء الأرض المحبسة مغارسة لأنه يؤدي إلى بيع بعضها، فإن وقع وفات، وكان للحبس غلة، أعطى منها حتى تخلص الأرض للحبس، وإن لم يكن له غلة اشتركا في ذلك على القيم، قاله الأجهوري في شرح المختصر: وقوله اشتركا في ذلك على القيم، أي قيمة الأرض وقيمة الغرس يوم وضعه مع أجرة العمل[1].

فهذا رأي آخر مختلف عن السابق، استظهر عدم جواز المغارسة في الأرض المحبسة، فإذا وقعت وقام المغارس بها، فيكون للغارس التعويض عما قام به ليخلص العقار للحبس، فإذا لم يدفع له التعويض، اعتبر شريكا في العقار وبقيمة الغرس وأجرة العمل، فهذا الرأي الذي يمثل المدرسة المالكية في مصر يعتبر كسابقه، إذ يتم فيه تفويت أرض الحبس للغارس فيتملك جزءا منها على الشيوع مع الوقف.

لم يرض المفتي بهذا الرأي، حيث قال عقب ذلك: "وفيه نظر، إذ هذا يتضمن بيع جزء من أرض الوقف، ألا ترى أنه لو هلك الشجر، استمر لواضعه حصته من الأرض، والذي ينبغي إذا لم يكن للوقف غلة يعطي منها قيمته منقوضا أن تقلع غروسه ويأخذها، أي بل هو الواجب، كما يدل عليه قوله- أي صاحب المختصر- إلا المحبسة فالنقض، والله أعلم، وكتبه العبد الفقير محمد بن محمد بن مقبل"[2].

اعتبر المفتي هنا أن المغارس في أرض الحبس حكمه الباني والغارس في الأرض المحبسة سواء، وحكم الباني والغارس على ما هو في مختصر خليل، إن بينه على أنه ملك استحقه أنقاضا، وإن لم يبين إلى أن فات اعتبر وقفا، وبالتالي انتهى إلى عدم تملك المغارس أي جزء من العقار الموقوف في جميع الأحوال، فإذا لم يستطع الوقف أن يدفع للمغارس قيمة غرسه منقوضا، أي عكس ماورد في الفتاوى السابقة، فيكون للمغارس نقض غرسه وأخذها.

وقفت أيضا على رأي معاصر يفيد أن المغارسة بالطريقة المتعارف عليها الآن لا تجوز في أرض الوقف شرعا، وتمنع بتاتا، لأن فيها إخراجا لجزء من رقبة الأرض الموقوفة إلى الملكية الخاصة، وإنما المغارسة في أرض الوقف تعني (الخلو)، وهو أن المغارس فيها يملك منفعتها فقط من حبوب زرعها، أو ثمار غرسها فيها، أو سكنى بناء أحدثه فيها، وذلك بعد أن يدفع حكرا متفقا عليه في مقابل منفعتها المذكورة....[3].

(1) تذييل المعيار ، المصدر السابق، ص 589.

(2) تذييل المعيار ، المصدر السابق، ص 589.

(3) المعيار الجديد للوزاني، ص 8/341.

وهذا الرأي يخلط بين عقد المغارسة، وهو عقد لا يجوز في أرض الوقف، طبقا للمشهور من المذهب المالكي، وبين عقد الإجارة الطويلة (حق الخلو) الذي لا يتم في عقارات الوقف إلا بإذن من القضاء، لأنه من الحقوق العينية العارية، التي تحمل على عقار الوقف، ولصاحب الحق التصرف فيه، كما ينتقل إلى ورثته من بعده، ويبقى للوقف ملكية الرقبة فقط، وهذا الرأي يهرب من تمليك جزء من العقار بالمغارسة، ليملك المغارس حق الحكر الذي يعطيه حق البقاء والاستقرار، وهذا الرأي له صداه في النوازل، حيث سئل أحد الفقهاء عن إمام مسجد عمد إلى أرض محبسة وغرسها بالأشجار، ونيته أن ذلك بينه وبين الحبس على سنة المغارسة، ولكن القاضي رفض المغارسة وأعطاه حق البقاء، وعين له القدر الواجب دفعه كل سنة.

ثالثا: تلخيص أراء الفقهاء.

نخلص من ذلك إلى أن عقد المغارسة، أجازه فقهاء المالكية، ولم يقل به الجمهور، ومن ثم فإن مسائله تتم دراستها من خلال الفقه المالكي فقط، كما أن مسألة إعطاء الأرض المحبوسة مغارسة لا تجوز في المشهور من المذهب المالكي، لأن ذلك يؤدي إلى التصرف بنقل ملكية جزء من العقار المحبس إلى الغير، وهذا ينافي سنة الأحباس ومقتضياتها من بقاء العقار ودوام الحبس وفقا لشروط الواقف.

أما إذا وقع التعاقد بين ناظر الوقف أو المتولي عليه، بإعطاء الأرض المحبسة مغارسة، وقيام الغارس بتنفيذ التزامه، فإن المتأخرين من فقهاء المالكية لهم عدة فتاوى في هذا الشأن، تتلخص في الآتي:

1- إجازة المغارسة التي تمت في الأرض المحبسة، ويكون للغارس تملك الجزء المتفق عليه بشرط قيامه بالمغارسة على وجوهها المعتبرة والمتفق عليها، ولكن هذا الرأي لا ينفذه الناظر من تلقاء نفسه، وإنما يتم تنفيذه بعد حكم الحاكم، اعتمادا على قاعدتين: الأولى أن حكم الحاكم يرتفع به الخلاف، والثانية: ما جرى به العمل، وهذا الرأي وقع في فتوى ابن الحاج وفتوى الشيخ المكني.

2- إعطاء الغارس قيمة غرسه وعمله من غلة الوقف، ويكون العقار خالصا للوقف، فإن تعذر دفع التعويض، يتم تقدير قيمة الغرس الذي قام به الغارس، ويصبح شريكا في ملكية العقار الموقوف، بنسبة قيمة غرسه إلى قيمة الأرض المعطاة مغارسة، هذا رأي الشيخ علي الأجهوري من فقهاء مصر.

3- لا يستحق الغارس أي تعويض لبطلان المغارسة في الأرض المحبسة، ويكون للغارس قيمة غرسه منقوضا، وإن تعذر على الناظر دفع القيمة على الغارس أن يقلع غرسه ويأخذه، هذا رأي الشيخ محمد بن مقبل مفتي طرابلس الغرس.

ونظرا لأن هذه الأراء اجتهادية، وكل رأي له وجهاته، وبالتالي فإن الترجيح لأي منها يكون من الصعوبة بمكان، والرأي الذي أميل إليه، هو التالي: إذا وقعت المغارسة في أرض الوقف وقام المغارس بالتزاماته، فعلى الوقف أن يسدد قيمة ما أنفقه المغارس إذا كان الوقف مليا، وإلا يعطى المغارس استغلال أرض الوقف بوضعها الحالي مدة من الزمن، حتى يسترد المغارس قيمة ما أنفقه عليها في غرس الأشجار، وبذلك نحافظ على عقار الوقف من التقسيم، وتمليكه للغير مخالفة لإرادة الواقف، وعدم الإضرار بالمغارس، لأنه قام بالمغارسة بناء على عقد.

نتائج البحث:

هذا ملخص الآراء والنصوص التي استطعت أن أقف عليها من خلال هذا البحث، والتي تنوعت الآراء فيها، وهي تشكل اجتهادات معظم المناطق التي يسود فيها الفقه المالكي، ومن خلال ذلك يمكن الوصول إلى النتائج التالية:

لا يجوز المغارسة في الأرض المحبسة، وفقا للمشهور من مذهب الإمام مالك رضي الله عنه، وهو الذي جرى عليه العمل ووقعت به الفتوى ، وإن تم العاقد على ذلك وقام الغارس بالتزاماته، فيستخلص من كتب الفقه، أنه لا يجوز تمليك الغارس الجزء المتفق عليه من أرض الحبس إلا بحكم القضاء، بشرط أن يكون في بلد جرى فيها العمل بذلك، أما إذا لم يجر العمل بذلك، فيتم معالجة الأمر وفق الفتوى للحلول التي وردت بالفتاوى السابقة.

ذلك فيما يتعلق بالفتوى، أما وفقا للقانون، فإن المغارسة في أرض الوقف- وفق للتشريع الليبي- لا يجوز إبرامها، وفقا للمشهور من مذهب الإمام المالك، استنادا إلى نص المادة 1012 من القانون المدني، وأعتقد أن هذا الرأي ينطبق على الدول التي تنص تشريعاتها على عقد المغارسة، وتحيل على الشريعة الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص، وتأخذ بالفقه المالكي.

وإذا وقعت حالات بالمخالفة لأحكام القانون- المشهور من مذهب الإمام مالك- فيترك أمر علاجها للاجتهاد القضائي، نظرا للخلاف الواقع بين الفقهاء، في قيام عقد المغارسة أصلا، وفي قيامها على أرض الوقف عند من يجيزها، كالمذهب المالكي مثلا، فالاجتهاد القضائي كفيل بإيجاد الحلول الملائمة لذلك.

ويمكن للمشرع، في كل دولة تنص تشريعاتها على عقد المغارسة، أن تتدخل لعلاج مثل هذه الوقائع بنصوص خاصة، تكفل منع قيام مثل هذه العقود على الأرض المحبسة، احتراما لرغبة الواقف وديمومة الوقف، ومن حق المشرع التدخل في نظام الوقف، وإيجاد الحلول الملائمة لمشاكله، بما يكفل استمرار أداء رسالته.

ويقترح في هذا الخصوص، معالجة الأمر على النحو التالي: إذا قام الناظر أو متولي الوقف بالتعاقد عليها مع أحد الناس، وقام المغارس بغرس الشجر حتى مرحلة الإطعام، ووفق لشروط العقد، فإنه لا يجوز مع ذلك تمليكه جزءا من الأرض لمخالفة ذلك لمشهور المذهب، وينظر في ذلك إلى قصد المغارس، فإذا قصد بأن يكون غرسه وقفا في سبيل الله، أو تبرع به، فيؤول الغرس والبناء لصالح الوقف مراعاة لقصده، وإن تمسك بشروط العقد وطلب تمليك الجزء المتفق عليه، فيتم تعويضه عن قيمة الأشجار وأجرة العمل، إما بدفع القمية من غلة الوقف أو من كرائه، ويكون ذلك بتعديل القانون، لأن أحكام الوقف اجتهادية، وأين توجد المصلحة، فثم شرع الله، والله الموفق للصواب.