

# جامعة سعد دحلب بالبلدية

## كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

# مذكرة ماجستير

التخصص : القانون العقاري و الزراعي

عقود استثمار واستغلال و تنمية الاراضي الفلاحية الموقوفة  
المستحدثة بموجب القانون 07/01 المعدل و المتمم للقانون  
10/91 المتعلق بالاوقاف

من طرف

**خيرة جطي**

أمام اللجنة المشكلة من

رئيسا	أستاذ محاضر ، جامعة البلدية	قزو اكلي محمد
مشرفا و مقررا	أستاذ محاضر ، جامعة البلدية	بن رقية بن رقية بن يوسف
عضوا مناقشا	أستاذ محاضر ، جامعة البلدية	رامول خالد
عضوا مناقشا	استاذ محاضر ، جامعة الجزائر	عنان عمار

البلدية، ديسمبر 2005

## ملخص

يعد الوقف نظاما إسلاميا اقتصاديا واجتماعيا ، لما لعبه من دور في عملية التطور و النمو الاقتصادي ، هذا التطور يرجع إلى الاهتمام بالأموال الوقفية و تنميتها و تثميرها . و الجزائر من البلدان الإسلامية التي تملك ثروة و قفية معتبرة و متنوعة غير أن غياب الإطار القانوني و سوء التسيير و الاستغلال حال دون الاستفادة من هذه الثروة لكن المشرع فيما بعد تدارك هذا الإهمال بإعادة إحياء نظام الوقف و الاستفادة منه في دعم التنمية الاقتصادية و الاجتماعية ، حيث تم تكريس ذلك بموجب القانون 07/01 المؤرخ في 22 ماي 2001 المعدل و المتمم للقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف الذي نص فيه على استثمار الأملاك الوقفية بكيفيات وصيغ تختلف حسب نوع الملك الوقفي من حيث كونه عقارا مبنيا أو فلاحيا .

و الأراضي الفلاحية التي هي محل دراستنا قسمها هي الأخرى إلى أراض صالحة للزراعة و أراضي فلاحية بور .

أما الأراضي الفلاحية الصالحة للزراعة فقد خصها المشرع بعقد المزارعة إذا كان الأرض الفلاحية زراعية ، وبعقد المساقاة إذا كان الأرض الفلاحية أرضا مشجرة . و يرجع مصدر هذين العقدين إلى الشريعة الإسلامية ، وهي إيجارات فلاحية ذات طبيعة خاصة ، الهدف من وراءها استثمار الأراضي الفلاحية الموقوفة بزراعتها و خدمتها عن طريق الغير على أن يقسم المحصول حسب الاتفاق بين الوقف و المتعاقد معه . و تجدر الإشارة إلى أن المشرع اكتفى بتعريف هاذين العقدين دون أن يبين أحكامها ، و بالرجوع إلى أحكام قانون الوقف فانه في مثل هذه الحالات يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون أن يبين المذهب الفقهي الواجب الاتباع و لذلك فبمقارنتنا تعاريف المشرع مع المذاهب الفقهية ، نجده تبنى المذهب الحنفي ، لذا نرى ضرورة اعتماد أحكامه حتى لاتقع في تعارض بين الأحكام .

أما الأراضي الفلاحية الموقوفة البور ، فقد خصها المشرع بعقد الحكر ، و هو من الإيجارات الطويلة المدة ، يستمد اصله من الشريعة الإسلامية .

و قد شرع هذا العقد بغرض استصلاح الاراضي الفلاحية البور و جعلها قابلة للاستثمار . و يعتبر هذا العقد قيد حطير على الملكية الوقفية لانه يرتب للمحتكر حقا عينيا على العقار الوقفي، يكون له بموجب هذا الحق ان يتصرف فيه بجميع انواع التصرفات و ينتقل عنه بالميراث، و يلزم في مقابل ذلك بالتزامين رئيسيين هما دفع الاجرة و اصلاح الارض المحكرة . لهذا كان لابد من تجنب عقد الحكر الا عند الحاجة و الضرورة و يكون ذلك وفقا لاجراءات شكلية لابد من اتباعها حتى ينشأ صحيحا .

و نشير في الاخير الى ان استثمار الاراضي الفلاحية الموقوفة بالكيفيات السابقة الذكر يعد قفزة نوعية في مجال استثمار الاملاك الوقفية خاصة و في مجال التنمية الوقفية عامة اذا ما تم على الوجه المطلوب .

## شكر

أقدم بالشكر العميق و الامتنان الخالص إلى الدكتور المشرف بن

رقية بن يوسف .

إلى موظفي مديرية الأوقاف بوزارة الشؤون الدينية والأوقاف.

و إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد في إعداد هذه المذكرة

المتواضعة.

## الفهرس

.....	ملخص
.....	شكر
.....	الفهرس
01	مقدمة
05	1 : عقود استغلال الأراضي الفلاحية الموقوفة الصالحة للزراعة
06	1.1 : عقد المزارعة
07	1.1.1 : ماهية عقد المزارعة
07	1.1.1.1 : تعريف عقد المزارعة و خصائصه
07	1.1.1.1.1 : تعريف المزارعة
09	2.1.1.1.1 : خصائص المزارعة
13	2.1.1.1 : أركان عقد المزارعة
13	1.2.1.1.1 : أطراف العقد
16	2.2.1.1.1 : المحل
25	3.2.1.1.1 : السبب
26	4.2.1.1.1 : الشكل
27	3.1.1.1 : تكييف عقد المزارعة
28	1.3.1.1.1 : التكييف الفقهي
29	2.3.1.1.1 : التكييف القانوني
32	2.1.1 : التزامات المتعاقدين
32	1.2.1.1 : التزامات السلطة المكلفة بالأوقاف
32	1.1.2.1.1 : الالتزام بتسليم الأرض الموقوفة مع ملحقاتها
33	2.1.2.1.1 : الالتزام بصيانة الأرض الموقوفة
33	3.1.2.1.1 : الالتزام بضمان التعرض
34	4.1.2.1.1 : الالتزام بضمان العيوب الخفية
35	2.2.1.1 : التزامات المزارع
35	1.2.2.1.1 : الالتزام بزراعة الأرض
37	2.2.2.1.1 : الالتزام بالمحافظة على الأرض و ملحقاتها
37	3.2.2.1.1 : الالتزام بالإصلاحات التأجيلية
37	4.2.2.1.1 : الالتزام بعدم عقد المزارعة من الباطن أو التنازل عنها
38	5.2.2.1.1 : الالتزام بتقديم الحصة المتفق عليها في العقد
38	6.2.2.1.1 : الالتزام برد الغبن و ملحقاتها
39	3.2.1.1 : الالتزامات المشتركة
39	3.1.1 : انقضاء المزارعة
39	1.3.1.1 : انتهاء المزارعة بانتهاء المدة
40	1.1.3.1.1 : انتهاء المدة بتمام نضج المحصول
40	2.1.3.1.1 : إنهاء المدة والمحصول لم ينضج بعد
41	2.3.1.1 : انتهاء المزارعة قبل انتهاء المدة
41	1.2.3.1.1 : موت أحد المتعاقدين
42	2.2.3.1.1 : إنهاء المزارعة بالفسخ

43	.....	2.1 : عقد المساقاة
44	.....	1.2.1 : ماهية المساقاة
44	.....	1.1.2.1 : مفهوم المساقاة
44	.....	1.1.1.2.1 : تعريف المساقاة
44	.....	2.1.1.2.1 : خصائص المساقاة
46	.....	2.1.2.1 : أركان المساقاة
46	.....	1.2.1.2.1 : الشجر
50	.....	2.2.1.2.1 : المدة
50	.....	3.2.1.2.1 : الثمار
51	.....	2.2.1 : التزامات المتعاقدين
52	.....	1.2.2.1 : التزامات العامل
52	.....	1.1.2.2.1 : الالتزام بخدمة الشجر و المحافظة على الأرض و ملحقاتها
53	.....	2.1.2.2.1 : العناية بالثمار و المحافظة على الأرض و ملحقاتها
54	.....	3.1.2.2.1 : الالتزام بعدم جواز التنازل عن المساقاة و المساقاة من الباطن
54	.....	3.2.1 : انقضاء المساقاة
55	.....	3.1 : المنازعات
56	.....	1.3.1 : نوع الدعوى
56	.....	2.3.1 : الاختصاص القضائي
56	.....	1.2.3.1 : الاختصاص الإقليمي
57	.....	2.2.3.1 : الاختصاص النوعي
59	.....	2 : استثمار الأراضي الفلاحية البور
60	.....	1.2 : ماهية عقد الحكر
61	.....	1.1.2 : مفهوم الحكر
61	.....	1.1.1.2 : أصل الحكر و الغرض منه
64	.....	2.1.1.2 : تعريف الحكر و خصائصه
66	.....	1.2.1.1.2 : تعريف الحكر
66	.....	2.2.1.1.2 : خصائصه
69	.....	2.1.2 : إنشاء الحكر
69	.....	1.2.1.2 : شروط الحكر الخاصة
69	.....	1.1.2.1.2 : مسوغات الاحتكار
70	.....	2.1.2.1.2 : الإجراءات الواجب إتباعها لإنشاء الحكر
72	.....	2.2.1.2 : الشروط العامة لعقد الحكر
72	.....	1.2.2.1.2 : العين المحتكرة
72	.....	2.2.2.1.2 : أجره الحكر
75	.....	2.2 : آثار الحكر
76	.....	1.2.2 : حقوق المحتكر
76	.....	1.1.2.2 : حق الحكر
76	.....	1.1.1.2.2 : مضمون حق الحكر
76	.....	2.1.1.2.2 : مزايا حق المحتكر
77	.....	2.1.2.2 : ملكية البناء و الغراس

78	..... 3.1.2.2 : توريث حق الانتفاع
79	..... 2.2.2 : التزامات المحنكر
79	..... 1.2.2.2 : الالتزام بدفع الأجرة
80	..... 2.2.2.2 : الالتزام باصطلاح الأرض المحنكرة
82	..... 3.2 : انقضاء عقد الحكر
83	..... 1.3.2 : انتهاء الحكر لاسباب خاصة به
83	..... 1.1.3.2 : موت المحنكر قبل أن يبني أو يغرس
83	..... 2.1.3.2 : زوال صفة الوقف عن الأرض المحنكرة
84	..... 2.3.2 : الأسباب التي ترجح إلى القواعد العامة
84	..... 1.2.3.2 : انتهاء الحكر بانقضاء الأجل
84	..... 2.2.3.2 : انتهاء الحكر قبل انقضاء الأجل
84	..... 1.2.2.3.2 : فسخ العقد
84	..... 2.2.2.3.2 : هلاك العين المحنكرة
85	..... 3.2.2.3.2 : اتحاد الذمة
85	..... 4.2.2.3.2 : عدم الاستعمال
88	..... خاتمة

## مقدمة

إن نظام الوقف هو إحدى الظواهر الاقتصادية والاجتماعية التي عرفت توسعا وانتشارا في معظم البلدان الإسلامية [1] إذ كان يمثل الركيزة الأولى و الدور الرئيسي في بلورة الحضارة الإسلامية لما لعبه من دور في عملية التطور و النمو الإقتصادي و تحقيق أغلب الإنجازات العلمية و الحضارية في العالم الإسلامي [2] ص 257، هذا التوسع كان سببه اهتمام المعنيين و المهتمين بشؤون الوقف و تنميته و تثميره و الوصول به إلى تحقيق أهدافه وأغراضه.

و الجزائر من بين البلدان التي تملك ثروة و قفية معتبرة و متنوعة (بساتين، أراضي فلاحية، حمامات، مقاهي، مدارس، منازل، محلات... إلخ) غير أن الإهمال و التهميش و غياب الإطار القانوني لمدة طويلة حال دون الاستفادة من هذه الثروة و توظيفها لصالح المجتمع.

فقد كانت للأوقاف الجزائرية في العهد العثماني حتى السنوات الأولى للإحتلال الفرنسي أهمية تكمن في تأثيرها المباشر على مختلف أوجه الحياة، فبفضل مردود الأوقاف أمكن الإنفاق على القائمين بشؤون العبادة والتعليم، كما تم سد حاجات الفقراء و المعوزين من عوائد الأوقاف، هذا مع العلم أن الأنظمة و الأحكام الخاصة بالأوقاف كان لها الفضل في حمايتها و إيجاد طرق ملائمة لاستغلال مصادرها [3] ص 46.

ولقد أصبحت الأوقاف توفر دخلا و مردودا سنويا محترما، فالأرض الزراعية الموقوفة وحدها إستحوذت على مساحات شاسعة حيث أصبح مدخولها في الربع الأول من القرن التاسع عشر يقدر بنصف مدخول كل الأراضي الزراعية [4] ص 53.

غير أنه بعد الإحتلال الفرنسي للجزائر. تغير تسيير الأوقاف تغييرا ملحوظا، فكانت المداخل المالية للأوقاف عند بداية فترة الإحتلال تفوق 40 مليون من الفرنكات الذهبية، ويمثل ذلك نسبة 60% من مجموع إيرادات الأملاك العقارية و الزراعية [5] ص 137.

و لكن فيما بعد بدأ دور الوقف ينحصر، وذلك نتيجة المحاولات الإستعمارية حيث توالى اللوائح و المناشير التي تهدف إلى الاستلاء و الإستحواذ على الأوقاف، ولقد تم تحقيق ذلك تدريجيا بدءاً برفع الحصانة على الأملاك الوقفية، ثم تلاها التدخل في التصرف في الأملاك الوقفية بالتأجير وغيره و توزيع ريعها، حيث كان ينوب الإدارة الفرنسية منها ثلاثون ألف من الفرنكات سنويا لتنتهي في الأخير إلى السيطرة عليها و ضمها رسميا إلى أملاك الدولة [6] ص 218.

أما بعد الإستقلال فقد شهدت الأوقاف فراغا قانونيا، نتيجة ما خلفه الإستعمار ممّا جعلها عرضة للإهمال و التهميش و الإقصاء من ساحة العمل الاجتماعي لما تعرضت له من اعتداءات و نهب من طرف الخواص و المؤسسات.

فقد تم إدماج الأملاك الوقفية ضمن أملاك الدولة و كان ذلك إثر تطبيق المرسوم رقم 157/62 المؤرخ في 1963/12/31 الذي يقضي بسريان القوانين الفرنسية في الجزائر إلا فيما يمس بالسيادة الوطنية، هذه القوانين ضمت بموجبها الاملاك الوقفية إلى دومين الدولة الفرنسية، فحلت بذلك الجزائر محل فرنسا في ملكية الأوقاف [7] ص 04.

و بقي الحال على ما كان عليه حتى بعد صدور المرسوم 283/64 المؤرخ في 17/1964/09 المتضمن نظام الأملاك الحسبية العامة، الذي لم ينص في مجال استثمار الأوقاف إلا على إلزامية الرأي الاستشاري لإدارة أملاك الدولة فيما يخص قيمة إيجار الأوقاف عندما تعادل أو تفوق خمسة آلاف دينار جزائري مع صلاحية الوزارة بفسخ عقود الإيجار الخاصة بالأوقاف العمومية، غير أن هذا المرسوم جمد فور صدوره و لم يدخل حيز التنفيذ.

و منذ ذلك بقيت الأوقاف تشهد فراغا قانونيا إلى أن صدر الأمر رقم 73/71 المتضمن الثورة الزراعية الذي نص على تأميم الأوقاف، متجاهلا أحكام الشرع التي تقضي بأن الأملاك الوقفية ليست من الأملاك القابلة للتصرف فيها و لا هي من أملاك الدولة و إنما هي ملك لله تعالى [8] ص 106 ، ليصدر بعد ذلك قانون الأسرة رقم 11/84 المؤرخ في 09 جويلية 1984 ، الذي خصص فصلا منه لتحديد مفهوم الوقف، و لم يتضمن أي نص بشأن تسيير الأوقاف و إستغلالها، فلم يكن كافيا لضمان الحماية للأوقاف، و يلي هذا القانون ، القانون 16/84 المتضمن قانون الأملاك الوطنية الذي انتهك هو الآخر المبادئ الشرعية ، حيث اعتبر الأملاك الوقفية ملكا من الأملاك الوطنية.

و بصدور دستور 1989 تم تقرير حماية الأملاك الوقفية، وهو ما تم تأكيده في دستور 1996 في المادة 52 منه.

وتكريسا لذلك صدرت عدة تشريعات أولها القانون 25/90 الذي جسد الوجود القانوني للأوقاف، وإعتبرها صنفا من الأصناف العقارية كما أبرز هذا القانون أهمية الأوقاف بتقرير تنظيمها بقانون خاص يكفل حمايتها وتسييرها وعلى هذا الأساس صدر قانون للأوقاف بتاريخ 27 أفريل 1991 تحت رقم 10/91.

و قد تضمن هذا القانون القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية و حفظها و حمايتها و أول خطوة جاء بها القانون لرد الاعتبار للأملاك الوقفية هي إعادة الأراضي المؤممة بموجب الأمر المتعلق بالثورة الزراعية إلى الجهات التي أوقفت عليها أساس قبل تطبيق الثورة الزراعية.

أما في مجال تنمية و استغلال الأوقاف فقد نصت المادة 42 منه على إستغلال الأوقاف عن طريق الإيجار، و أحالت بشأنه إلى التشريع المعمول به ، مما ينبغي خضوع كل الأملاك الوقفية بما فيها الأراضي الفلاحية إلى أحكام القانون المدني لعدم وجود قانون خاص بالإيجار الفلاحي، إلا انه تجدر الإشارة إلى أن القانون المدني يتضمن نصوص خاصة بإيجار السكنات مما يؤدي في حالة النزاع إلى وجود إشكالات قانونية لا نجد لها حلا في القانون المدني تعود للطبيعة الخاصة للإيجارات الفلاحية .

و تطبيقا لنص المادة 42 من القانون 10/91 صدر المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 01 ديسمبر 1998 و المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها و كفاءات ذلك والذي تضمن أحكام إيجار الأملاك الوقفية مهما كان نوعها مع الإحالة إلى التشريع المعمول به مما يعني أن الإشكال يبقى قائما.

و أمام هذا القصور التشريعي في مجال استغلال الأوقاف و رغبة المشرع في إعادة إحياء نظام الوقف وبعث مؤسساته و نقله من حالة الركود إلى حالة الإنماء للاستفادة منه في دعم التنمية الاقتصادية و الاجتماعية ليصبح واقعا معاشا في حياة المجتمع ، أدى إلى إعادة النظر في طرق استغلاله و تنميته ، و هو ما تم تكريسه في القانون 07/01 المؤرخ في 22 ماي 2001 المعدل و المتمم للقانون 10/91 .



هذا القانون الذي يعتبر قفزة نوعية في مجال تنمية الأوقاف و أول ما نص عليه هو ضرورة إخضاع الأملاك الوقفية لعملية جرد عام و ذلك لحصر الأوقاف بالبحث عليها و تحريرها من كل يد وضعت عليها ، حتى يتسنى استغلالها على أحسن وجه، كما تضمن مجموعة من العقود لاستثمار الأملاك الوقفية بصفة عامة.

و قد انصب اختيارنا على جانب من هذه الأملاك الوقفية وهي الأراضي الفلاحية الموقوفة "عقود استثمار و استغلال وتنمية الأراضي الفلاحية الموقوفة المستحدثة بموجب القانون 07/01 المعدل المتمم للقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف .

فالذي شدني إلى البحث في هذا الموضوع هو رغبتني في تدعيم مساهمة الأملاك الوقفية في دفع عجلة التنمية وكذا إثراء المكتبة القانونية، بهذا للبحث المتواضع بالإضافة إلى ميلي البحث في مجال الشريعة لان المشرع استمد عقود استثمار الأراضي الفلاحية الموقوفة من أحكام الشريعة الإسلامية .

إن الإشكالية يثيرها هذا الموضوع فتتعلق بالاطار القانوني لاستثمار واستغلال الأراضي الفلاحية الموقوفة ؟ و ما مدى توفيق المشرع في الأخذ بهذه العقود ؟ .

و ستكون الإجابة على هذه الإشكالية بالوصف و التحليل و السبب في ذلك راجع لقصور المشرع في وضع نصوص قانونية تحدد كيفية تنظيم هذه العقود مما يستدعي تحليل هذه النصوص ، و اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الثاني بعد التشريع في مجال الأوقاف طبقا للمادة 02 من هذا القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف .

و للإحاطة بكل ما سبق ارتأينا تقسيم البحث إلى فصلين اعتمادا على التقسيم الذي جاء به المشرع في القانون 07/01 ، حيث قسم الأراضي الفلاحية إلى أراضي صالحة للزراعة و أراضي بور .

و عليه نتعرض في الفصل الأول إلى عقود استثمار الأراضي الفلاحية الموقوفة الصالحة للزراعة ، و في الفصل الثاني إلى عقود استثمار الأراضي الفلاحية البور.

## الفصل 1

### 1. عقود إستغلال الأراضي الفلاحية الموقوفة الصالحة للزراعة.

نصت المادة 26 مكرر 1 من القانون 07/01 على أن استغلال الأراضي الفلاحية الصالحة للزراعة يكون عن طريق عقد المزارعة إذا كانت الأرض زراعية ، و عن طريق عقد المساقاة إذا كانت الأرض مشجرة .

لذلك نرى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين الأول لدراسة عقد المزارعة و الثاني لدراسة عقد المساقاة .

و تجدر الإشارة إلى أن هذين العقدين مستمدان من الشريعة الإسلامية ، و يخضعان لنفس الأحكام كونهما من الاستغلالات الفلاحية التي لا ترتب الا حقوقا و التزامات شخصية على عاتق الأطراف العقد ولا يكمن الاختلاف بينهما إلا فيما يتعلق بمحل كل منهما .

لذلك سنتطرق إلى تفصيل عقد المزارعة، أما عقد المساقاة فلا نتطرق فيه إلا للنقاط التي يختلف فيها عن المزارعة ، و نكتفي بالإحالة إلى أحكام المزارعة .

### 1.1 عقد المزارعة

دراسة الزارعة كغيرها من العقود يستدعي التطرق الى مفهومها ثم الى اركانها حتى يتسنى تحديد الطبيعة القانونية و النظام القانوني الذي تخضع له ثم الى التزامات الاطراف و الى اسباب إنقضائها .

البحث في ماهية عقد المزارعة يستدعي منا التطرق إلى مفهومه ثم إلى أركانه .

### 1.1.1.1 : تعريف عقد المزارعة وخصائصه:

نتطرق إلى معنى المزارعة اللغوي و الاصطلاحي و القانوني ثم الى خصائص المزارعة و من خلال هذه الخصائص نميزها عن غيرها عن العقود المشابهة لها.

#### 1.1.1.1.1 : تعريف المزارعة.

##### المعنى اللغوي:

المزارعة هي مفاعلة من الزرع و الزرع له معنيان : أحدهما الإنبات ، و الثاني الفلاحة و يراد بها الحرث وإلقاء البذر .

المقصود بالزرع في المزارعة المعنى الثاني ، لما ورد من نهي الرسول (صلى الله عليه وسلم) لقوله :

« لا يقولن أحدكم زرعت و ليقل حرثت»، لأن المنبت هو الله سبحانه و تعالى أما الزرع المنسوب للإنسان فهو التسبب للإنبات [9] ص 74.

أصل باب المفاعلة يقتضي وجود الفعل من إثنين كالمضاربة و نحوها ، و فعل الزرع هنا يتم من المزارع وحده ، إلا أن تفسير ذلك في وجهين [01] ص 01:

أحدهما : أن المفاعلة جاز أن تستعمل حين يكون الفعل من طرف واحد كالمعالجة و إن كان فعل العلاج يقع من الطبيب فقط .

الثاني : أن أصل باب المفاعلة في محله لأنه سبقت الإشارة إلى أن المراد من الإنبات هو التسبب فيه ، و فعل التسبب يوجد من كلا المتعاقدين، من أحدهما بالعمل ، و من الآخر بتمكين العامل من الأرض ، فكان كل واحد منهما مزارعا لوجود فعل الزرع منه بطريق التسبب، إلا أن العرف خصّ العامل بهذا الإسم .

و قال الحموي : " لا حاجة إلى هذه التفاصيل ، فإن الفقهاء نقلوا هذا اللفظ و جعلوه علما على هذا العقد" [11] ص 292.

و يرى الفقهاء أن المزارعة تسمى مخابرة و هما بمعنى واحد ، فالمخابرة يقال أنها مشتقة من خبير لأن الرسول (صلى الله عليه وسلم) دفع أرض خبير مزارعة فسميت المزارعة كذلك، و قيل أنها مشتقة من الخبرة، و هي النصيب أو من الحبار و هي الأرض اللينة أو من تسمية العرب الزارع خبيرا و يسميها أهل العراق القِرَاح [21] ص 74.

إلا أن الشافعية لهم رأي مخالف و اعتبروا المزارعة و المخابرة عقدان مختلفان لكل معنى شرعي خاص به [31] ص 242.

وتسمى المزارعة كذلك محاقله ، وهي مشتقة من الحقل و هو الزرع إذا تشعب قبل أن يغلظ ساقه ، و قيل الحقل الأرض الطيبة الخالصة من الشوائب الصالحة للزراعة [21] ص 74

وعليه يتضح مما سبق أن المزارعة في اللغة : مفاعلة من الزرع .

## المعنى الاصطلاحي :

أ - **الحنفية** : المزارعة شرعا هي عقد على الزرع ببعض الخارج بشرائطه الموضوعه له شرعا و هي إجارة الأرض أو العامل ببعض الخارج و معناه أن العامل يستأجر الأرض ليزرعها ببعض المتحصل من الأرض، و المالك يستأجر العامل ليزرع له أرضه ببعض الخارج و هذا النوع من المعاملة مختلف فيه عند الحنفية من حيث جوازها.

ب - **المالكية** : المزارعة عند المالكية هي شركة في الزرع و يقال الشركة في الحرث بشروط [41] ص 197.

ج- **الحنابلة** : عرف الحنابلة المزارعة بأنها دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها و يدفع له الحب الذي يبذره ، و الزرع بينهما بنسبة معلومة مشاعة [51] ص 416. يلاحظ أن الحنابلة اشترطوا في المزارعة أن يكون دفع البذر على المالك .

و إتفق الحنفية و المالكية و الحنابلة على أن المخابرة كالمزارعة في المعنى الشرعي .

د- **الشافعية** : المزارعة عندهم هي معاملة العامل في الأرض ببعض ما يخرج منها على أن يكون البذر من المالك .

و يقولون بأن المخابرة : إكتراء الأرض ببعض ما يخرج منها و المزارعة مثلها إلا أن البذر من المالك في المزارعة بخلاف المخابرة [31] ص 05.

## تعريف المشرع الجزائري للمزارعة:

نص المشرع على تعريف المزارعة في المادة 26 مكرر 1 الفقرة الأولى بقوله : « يقصد بعقد المزارعة إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد » .

ما يلاحظ على التعريف القانوني أنه مطابق لتعريف المذهب الحنفي لأنه اعتبر المزارعة عقد على الزرع ببعض الخارج .

و كما سبق القول فان المزارعة عند الحنفية هي إجارة الأرض أو العامل ببعض الخارج، إلا أن المشرع قصر المزارعة على إجارة الأرض بقوله «...إعطاء الأرض للمزارع...» فيقدم القائم على تسيير الملك الوقفي الأرض الزراعية الموقوفة لمزارع لاستغلالها على أن يكون المحصول بينهما بحسب الاتفاق.

و تطابق التعريف القانوني مع التعريف الحنفي يعني اتجاه نية المشرع إلى تطبيق أحكام عقد المزارعة وفقا لما جاء به المذهب الحنفي .

فالملاحظ أنه و إن كان المذهب المالكي هو السائد في الجزائر إلا أن هذا لا يمنع من استثمار الأوقاف وفقا للمذهب الحنفي و هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 40589 المؤرخ في 1986/02/24 حيث قررت « إذا كانت مبادئ و أحكام الشريعة الإسلامية تقضي بخضوع عقد الحبس لإرادة المحبس الذي يجوز له أن يأخذ بالشروط المعمول بها في أي مذهب من المذاهب الإسلامية فإن مخالفة هذه المبادئ

يقتضي بطلان ما يرتب عليها من أحكام مخالفة ، وعليه يستوجب نقض القرار الذي يقضي بإبطال عقد الحبس بخروجه عن القواعد المعمول بها في المذهب المالكي .»

و الذي يمكن استخلاصه من تحليل المادة 26 مكرر 1 هو :

- إلتزام ناظر الوقف بتقديم ارض زراعية للمزارع .
- إلتزام المزارع بإستغلال الأرض بزراعتها و تفلحها لغاية جني المحصول .
- حصول كل متعاقد على حصة من المحصول مقابلا لما قدمه .
- تحديد حصة كل متعاقد على حسب الاتفاق و يكون ذلك عند إبرام العقد .

#### 2.1.1.1.1 خصائص عقد المزارعة :

من خصائص عقد المزارعة انه عقد رضائي و من العقود المستمرة و هو ملزم لجانبين، ولازم .

#### المزارعة عقد رضائي :

الأصل في المزارعة أنها عقد رضائي يتم بمجرد تطابق الإيجاب و القبول و هو أن يقول صاحب الأرض للعامل دفعت إليك هذه الأرض مزارعة بالنصف أو الثلث ، و يقول المزارع قبلت أو رضيت فتنعقد المزارعة.

والتراضي يكون على المسائل الجوهرية في العقد وهي عمل المزارع والأرض التي يعمل فيها ، و الآلات التي يستخدمها في الزراعة ، و البذر، و مدة العقد و المقابل [01] ص 615.

غير أن شكل المزارعة على ارض موقوفة فيه كلام كما سيأتي .

#### المزارعة عقد مستمر :

تعتبر المزارعة من العقود المستمرة لأنها عقد على منافع (منفعة الأرض أو منفعة المزارع)، و المنافع تقاس فيه بالزمن ، و الزمن عنصرا جوهريا في العقد كما أن تنفيذ العقد يكون مستمرا طوال مدة العقد .

و لهذه الخاصية أثر بالنسبة إلى إعمال الأثر الرجعي للبطلان أو الفسخ إذ يستحيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد بعد الانتفاع من العين [61] ص 72، وهو ما سنتعرض إليه لاحقا .

#### المزارعة عقد ملزم لجانبين :

حسب نص المادة 26 مكرر 1 المزارعة من العقود الملزمة لجانبين لأنها تنشئ إلتزامات على طرفي العقد ، فصاحب الأرض يلتزم بإعطاء الأرض للمزارع و المزارع يلتزم بإستغلالها.

و من آثار العقد الملزم للجانبين :

- الدفع بعدم التنفيذ : معنى هذا أنه إذا لم يتم أحد طرفي العقد بتنفيذ إلتزامه وطالب الآخر بتنفيذ إلتزامه، فهذا الأخير الدفع بعدم التنفيذ أي أنه لا يقوم بتنفيذ ما عليه حتى يقوم الآخر بتنفيذ إلتزامه .

غير أنه في المزارعة التزامات المزارع غير مستحقة الأداء لأن المحصول لا يكون موجودا إلا بعد وقت من انعقاد العقد ، لذلك لا يستطيع صاحب الأرض الدفع بعدم التنفيذ .

- تحمل تبعة الهلاك: في العقود الملزمة لجانبين يتحمل الهلاك المتعاقد الذي أصبح تنفيذ التزامه مستحيلا وهو المدين لان الشيء يهلك على مالكة إلا أن الأمر يختلف في المزارعة، فإذا هلك المحصول لسبب أجنبي لايد للمزارع فيه، فان تبعية الهلاك يتحملها كل من صاحب الأرض والمزارع لأن كلاهما مالك للمحصول على الشيوع.

### المزارعة عقد لازم:

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن لزوم المزارعة محل إختلاف بين الفقهاء.

- الحنفية[21] ص 77: يرون أن المزارعة غير لازمة في جانب صاحب البذر و لازمة في جانب العاقد الآخر ، بمعنى أن لصاحب البذر فسخ العقد بإرادته المنفردة و لو بدون عذر ، لأنه لا يمكنه تنفيذ العقد إلا بإتلاف بذره بإلقائه في الأرض ، و من غير الجائز أن يجبر إنسان على إتلاف ملكه .

أما إذا امتنع من لا بذر من قبله عن تنفيذ العقد، أُجبرَ عليه و لا يحق له الامتناع إلا بعذر موجب للفسخ ، لأنه لا يلحقه بالعقد ضرر، فكان الشروع في حقه لازما .

- المالكية[41] ص 197: المزارعة عند المالكية غير لازمة قبل البذر و هو إلقاء الحب و ما في معناه مما لا بذر لحبه كالبصل على الأرض لينبت، و صرحوا أنها لا تلزم بالعمل من قلب الأرض و نحوه قبل البذر ، و لكل من المتعاقدين فسخها قبله.

- الحنابلة[71] ص 29: ذهب الحنابلة إلى أن المزارعة غير لازمة في جميع الأحوال وإستدلوا في ذلك لما روي ابن عمر عن الرسول (صلعم) قال لأهل خيبر نقرم على ذلك ما شئنا ، فلو كانت لازمة لم تجز بغير تقدير المدة .

و بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن العقد يكون لازما بمجرد انعقاده و قد قررت ذلك المادة 106 ق مدني بقولها « العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين و للأسباب التي يقررها القانون »

ومسألة اللزوم لا تطرح في إستغلال الأراضي الوقفية لان المزارعة تتم وفق عقد نموذجي ، إذ يصبح العقد ملزما للطرفين فور إمضائه ما لم يتضمن العقد شرطا يبيح لأحد الطرفين التحلل منه .

### تميز المزارعة عن غيرها من العقود المشابهة لها :

من خلال تعريف المادة 26 مكرر 1 من القانون 07/01 و التي تنص على «المزارعة يقصد بها إعطاء الأرض للمزارع لاستغلال مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد».

نجد أن المزارعة تتشابه مع بعض العقود كالإيجار و الشركة و عقد العمل لذا سنبين أوجه التشابه و الاختلاف بينها و بين هذه العقود كالتالي :

#### - تميز المزارعة عن عقد الإيجار العادي :

تعتبر المزارعة صورة من صور إستغلال الأرض الزراعية عن طريق الغير [81] ص 292 و إذا ثبت ذلك فانه ينبغي علينا تمييزها عن الإيجار العادي للأرض الزراعية الذي يعتبر هو الآخر صورة من صور الاستغلال الزراعي ، و وجه التمييز بين العقدين يتجسد في الأمور التالية :

- المقابل الذي يتقاضاه المؤجر في الإيجار العادي قد يكون نقدا و قد يكون عينيا حسب الاتفاق ، أما في المزارعة فيكون دائما عينيا .

- المقابل في المزارعة يكون نسبة من محصول ذات الأرض المؤجرة أما في الإيجار العادي يجوز أن يكون من محصول أرض أخرى غير تلك التي تعاقدا عليها .

- الأجرة في المزارعة تكون نسبة شائعة من المحصول الثلث أو النصف ، فلا يجوز أن تتحدد مقدما بمقدار ثابت بخلاف الإيجار العادي الذي يكون فيه للطرفان أن يتفقا مقدما على مقدار محدد كقنطار من القمح مثلا .

- إستغلال الأرض عن طريق المزارعة يقوم على فكرة المشاركة في هذا الاستغلال و هو ما يتيح للمؤجر أن يستبقي صلته بالأرض عكس الإيجار العادي.

#### - تميز المزارعة عن عقد الشركة :

تعرف المادة 416 من القانون المدني الشركة بأنها: « عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف إقتصادي ذي منفعة مشتركة كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك ».

بمقارنة تعريف عقد الشركة مع عقد المزارعة نجد أن هناك تشابه بين العقدين فالمزارعة مشروع مالي يساهم فيه مالك الأرض بالمال و المزارع بالعمل وكل منهما يساهم في الربح والخسارة ، ضف إلى ذلك أن شخصية المزارع محل إعتبار في المزارعة فبمجرد الغلط فيه يجعل العقد قابلا للإبطال كما هو الحال في شركة الأشخاص [81] ص 292.

كل هذه الخصائص على التفصيل الذي سنراه في مواضعه لاحقا تشترك فيه المزارعة مع الشركة .



أما وجه الاختلاف فيكمن في انه في المزارعة المتعاقدان يقتسمان المحصول أما في الشركة فيقتسمان صافي الأرباح، ضف إلى ذلك أن عقد الشركة يتولد عنه تكوين شخص معنوي يلتزم الشريكان نحوه، أما المزارعة فصاحب الأرض والمزارع لا يهدفان إلى تكوين شخص معنوي بل أن إلزام كل منهما يكون في مواجهة الآخر.

### - تمييز المزارعة عن عقد العمل :

عقد العمل هو تعهد أحد المتعاقدين فيه بأن يقوم بعمل مقابل أجر يلتزم به المتعاقد الآخر، و الأجير فيه يعمل تحت إدارة و إشراف و رقابة رب العمل ، و الأجرة ثابتة له في ذمة رب العمل فلا شأن له بعد أدائه للعمل على الوجه المطلوب بخسارة رب العمل.

و بناء عليه يظهر التشابه بين العقدين جليا في أن كلاهما عقد وارد على عمل ، كما أن الناظر باعتباره مؤجرا للأرض الموقوفة و بتوليه التوجيه و الإشراف و الرقابة في الاستغلال يجعل المزارع شبيها بالأجير إلا انه رغم ذلك يبقى صاحب الأرض مع المزارع على قدم المساواة ، إضافة إلى أن المزارع لا يتقاضى من صاحب الأرض أجرا بل يقاسمه المحصول و إذا لم يحصل لا يكون لأحدهما شيء على الآخر [91] ص 1367.

### 2.1.1.1 : أركان عقد المزارعة:

أركان عقد المزارعة كأي عقد هي الأطراف و المحل و السبب ثم الشكل الذي يتم فيه العقد ، لذلك سنتطرق لكل هذه الأركان مع إظهار خصوصياتها باعتبار أن محل العقد أرض موقوفة .

#### 1.2.1.1.1 : الأطراف :

أطراف المزارعة هما مالك الأرض و المستأجر و هو المزارع و لما كانت المزارعة واردة على أرض موقوفة فان تحديد الأطراف يكون كالتالي:

#### صاحب الأرض :

صاحب الأرض في المزارعة على الأرض الموقوفة هو الوقف ، و لما كان الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين و لا الاعتباريين و هو يتمتع بالشخصية المعنوية فكان لابد لمن يتولى شؤونه من إستغلال و غيره، لأنه لو ترك من غير رعاية لم يتحقق الغرض المقصود منه و لتسارع إليه الخراب ، لذلك جعلت الولاية على الوقف حقا مقرا ، بحيث لا يجوز أن يوجد وقف من غير ولاية .

#### أ- المقصود بالولاية على الوقف :

يقصد بالولاية على الوقف النظر عليه ، و هي عبارة عن سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على وضع يده على الوقف لإدارة شؤونه و إستغلاله و عمارته و المخاصمة في شأنه و تحصيل الغلة و صرف الربيع إلى المستحقين و من تثبت له هذه الولاية غير الواقف يسمى بالناظر [02] ص 398.

و الولاية في الشرع نوعان ولاية عامة وولاية خاصة ، فالولاية العامة هي ولاية القاضي و لا تثبت له إلا إذا إنتفت الولاية الخاصة و هي ولاية الواقف أو من إكتسبها منه بالشرط أو بالإيصاد ، لأن الواقف أحرص على بقاء وقفه ، ولا فرق في ذلك بين الوقف الخيري و الوقف الذري [02] ص 399.

### ب- نظارة الأملاك الوقفية في القانون الجزائري.

- قبل تعديل القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف:

نصت المادة 33 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف على أنه « يتولى إدارة الأملاك الوقفية ناظر الوقف حسب كفيات تحدد عن طريق التنظيم ».

ثم نصت المادة 34 من نفس القانون على أنه «يحدد نص تنظيمي لاحق شروط تعيين الناظر وحقوقه وحدود تصرفاته»

وتنفيذا لذلك صدر المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها و حمايتها و كفيات ذلك، و الذي أوكل المشرع بموجبه مهمة النظر على الوقف إلى لجنة الأوقاف المحدثة على مستوى الوزارة.

أما على مستوى الولاية فإن مهمة تسيير الأملاك الوقفية و حمايتها فأوكلها إلى نظارة الشؤون الدينية والأوقاف و المعروفة حاليا بمديرية الشؤون الدينية و الأوقاف.

أما التسيير المباشر للملك الوقفي فأسندها إلى ناظر الملك الوقفي، و الذي يعين من طرف وزير الشؤون الدينية و يكون إما الواقف نفسه أو من نص عليه عقد الوقف أو من لم يطلب النظارة لنفسه من أهل الخير و الصلاح إذا كان الموقوف عليه غير معين .

و يعمل هذا الناظر على مستوى الولاية تحت رقابة وكيل الأوقاف تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية (مدير الشؤون الدينية حاليا) على مستوى الولاية .

غير أنه تجدر الملاحظة إلى القول أنه لا وجود لناظر الملك الوقفي حسب أحكام المرسوم 381/98 ، وفي الواقع العملي الذي يقوم بالتسيير المباشر هي السلطة المكلفة بالأوقاف (الوزارة و المديرية عن طريق وكيل الأوقاف على المستوى المحلي) مما أثار مشاكل عملية منها الإحتجاج على مستوى المحاكم بإنعدام صفة القاضي إذا كانت المديرية طرفا في النزاع.

- بعد التعديل :

نصت المادة 26 مكرر 9 من القانون 07/01 المعدل و المتمم للقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف على أنه « مع مراعاة أحكام المادة 14 من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق لـ 27 أبريل 1991 و المذكور أعلاه.

للسلطة المكلفة بالأوقاف حق إيجار الأراضي الفلاحية المخصصة للفلاحة.

تحدد شروط تطبيق هذه المادة و كفياتها عن طريق التنظيم »

ثم نصت المادة 26 مكرر 11 على أنه « للسلطة المكلفة بالأوقاف حق إبرام عقود في إطار أحكام المادة 08 أعلاه.

تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم »

نستخلص من نص المادتين السابقتين أن السلطة المكلفة بالأوقاف لها حق إبرام عقود في مجال الأوقاف بما فيها إيجار الأراضي الفلاحية والذي يعد من قبيل الإدارة والتسيير، مع مراعاة أحكام المادة 14 من القانون 10/91 ومعنى هذا أنه للسلطة المكلفة بالأوقاف ذلك إذا لم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لمعين بالإسم في عقد الوقف.

و يقصد بالسلطة المكلفة بالأوقاف وزارة الشؤون الدينية على المستوى المركزي ، ومدير الشؤون الدينية للولاية بصفته أعلى سلطة مكلفة بالأوقاف على المستوى المحلي.

غير أنه يؤخذ على المشرع وجود نقص كبير فيما يتعلق بتطبيقات أحكام المادتين 26 مكرر 9 و 26 مكرر 11 التي لم يصدر فيما نعلم مراسيم تنظيمية التي نصت عليها ، حيث تبقى هذه الأحكام معطلة بتوقف تطبيقها على صدور هذه المراسيم .

و الملاحظ على المشرع أنه منح للسلطة المكلفة بالأوقاف الولاية الأصلية و المباشرة على الأملاك الوقفية وأحال شروط ذلك و كفاءاته إلى التنظيم مما يعني انه تراجع عن الأحكام المتعلقة بالنظر على الأملاك الوقفية المنصوص عليها في المرسوم 381/98 مما يعني إلغاؤه لهذه النصوص ضمناً بناء على القاعدتين

« القانون أسمى من المرسوم » و « اللاحق يلغي السابق ».

و في رأينا، الأوجه أن يكون النظر للسلطة المكلفة بالأوقاف بحكم القانون ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لمعين بالاسم، خاصة بعد إخراج الوقف الخاص من أحكام قانون الأوقاف، فأصبحت الجهات الموقوف عليها كلها جهات بر فيجب أن يتحد النظر عليها ليحسن توجيهها للنفع العام من جهة، و من جهة ثانية لو بقيت أحكام النظرة مثلما كانت عليه في ظل المرسوم التنفيذي 381/98 فانه يصعب اختيار رجل من عامة الناس يتصف بالثقة و الأمانة خاصة في الوقت الحاضر الذي تكاد تنعدم فيه الثقة و الأمانة .

و عليه، نخلص إلى القول أنه إذا اشترط الواقف النظر لنفسه أو لغيره فان السلطة المكلفة بالأوقاف تكون لها سلطات رقابية في الإشراف على إدارة الأملاك الوقفية وإستثمارها، أما إذا لم يشترط ذلك الواقف فتكون للسلطة المكلفة بالأوقاف صلاحيات واسعة في الإدارة و التنفيذ، و لها إذا كانت جهة البر الموقوف عليها جمعية أو هيئة أن تفوض هذه الجمعية أو الهيئة مهمة الإدارة و التسيير.

**المزارع :**

يشترط في المزارع شرطين هما:

- 1- توفر الأهلية و سنرى ماهي الأهلية الواجبة هل هي أهلية الإدارة أم أهلية التصرف.
- 2- إحتراف مهنة الزراعة.

### أ) الأهلية المطلوبة في المزارع :

يعد المزارع في موضع المستأجر و الاستئجار بوجه عام قد يكون من أعمال الإدارة فتكفي أهلية الإدارة وقد تكون من أعمال التصرف، فيتطلب الأمر أهلية التصرف.

و لمعرفة أهلية الاستئجار في المزارعة يقتضي الأمر الجواب على التساؤل التالي ، هل المزارعة من أعمال الإدارة أم أعمال التصرف ؟

يرجع في التفرقة بين ما إذا كان الاستئجار عمل من أعمال الإدارة و بين أن يكون عمل من أعمال التصرف إلى ظروف الاستئجار و إلى القصد منه، فإذا كان الاستئجار عمل تابع تقتضيه ضرورات الإدارة فان الاستئجار يكون عمل من أعمال الإدارة.

و إذا كان عملاً مستقلاً يقصد به أصلاً إستغلال المال فهو من أعمال التصرف [91] ص 114.

و بناءً عليه يعتبر الاستئجار في المزارعة من أعمال التصرف لأن هدف المزارع الاستغلال و لذلك يشترط لصحته أهلية التصرف وهي أهلية أداء تامة.

و من هنا لا تصح مزارعة الصبي و المجنون لإنعدام الأهلية و الصبي المميز و السفهية لنقصها.

### ب- إحتراف المزارع للعمل الزراعي :

هذا لأن طبيعة عقد المزارعة تقتضي ذلك فعلم المزارع ضروري للإنتاج والمحصول لايتأتى إلا بالعمل الزراعي.

و لهذا نقول أن شخصية المزارع محل إعتبار لدى المؤجر، مما يجعل العقد قابلاً للإبطال للغلط في شخصية المزارع.

### 2.2.1.1.1: المحل.

المحل في المزارعة متعدد وهو الأرض الموقوفة والبذر، والمنفعة المعقود عليها والمزروع والمدة والأجرة.

### الأرض الموقوفة:

يشترط الحنفية في الأرض محل المزارعة الشروط التالية و إلا كانت باطلة .

### أ) أن تكون الأرض الموقوفة صالحة للزراعة:

فإذا كانت الأرض بوراً أي عاطلة فلا تصح أن تكون محلاً لعقد المزارعة و إنما تستغل بعقد الحكر، لأن المزارعة إستئجار ببعض الخارج و هو مالا يتحقق إذا كانت الأرض بوراً.

أمّا إذا كانت الأرض صالحة للزراعة أثناء العقد و لكن منع عارض مؤقت من زراعتها كنفق الماء فهنا يصح العقد [9] ص 178.

## ب) أن تكون الأرض معلومة:

و ذلك ببيان موقعها ( البلدية، الدائرة، الولاية )، مساحتها و حدودها و حتى العرش إن وجد لأن جهالة الأرض قد تفضي إلى المنازعة.

و إذا كان نوعين من الزرع كأن يكون قمحا و شعيرا فيجب أن يعين حدود كل نوع، فلا يصح العقد إذا قال الناظر للمزارع ازرع بعضها قمحا و يكون لي كذا و ازرع بعضها شعيرا و يكون لي كذا و ذلك لجهالة مقدار ما يزرع من النوعين لعدم تعيين الحدود [01] ص 06.

## ج) التخلية بين الأرض و المزارع :

بأن يسلم الناظر للمزارع الأرض خالية من كل ما من شأنه أن يمنع زراعتها و إن يمكنه من العمل فيها بمفرده ، فلو شرط عليه مشاركته في العمل فيها لا يصح ذلك لإنعدام التخلية [12] ص 476.

## البذر :

يقصد بالبذر إلقاء الحَبّ على الأرض لينبت و المراد به الزريعة فهو يشمل الحَبّ وغيره مما لا بذر لحبه كالبصل، و يشترط في البذر الشروط التالية :

- أ- بيان الجهة التي يصدر عنها البذر
- ب- بيان جنسه
- ج- بيان مقداره

## أ) بيان الجهة التي يصدر عنها البذر:

اختلف الفقهاء حول من يكون البذر من جهته من الطرفين فمنهم من قال بلزوم صدوره عن صاحب الأرض و منهم من قال بأن يكون من الطرفين و هناك من ترك ذلك لاتفاق المتعاقدين .

- الحنفية : ظاهر المذهب الحنفي أن المزارعة تصح سواء كان البذر من صاحب الأرض أو من المزارع ، و دليلهم في ذلك ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يزارع فان كان البذر منه فله كذا وإن كان من المزارع فله كذا [51] ص 314.

و إنما إشتراط الحنفية بيان من عليه البذر لإعتبارين :

الأول : إعلاما للمعقود عليه و هو المنفعة لأنه يختلف باختلاف جهة البذر ، فإن كان من قبل المزارع فالمعقود عليه منفعة الأرض و إن كان من قبل صاحب الأرض فالمعقود عليه منفعة العامل [22] ص 85.

فإذا لم يذكر من عليه البذر لم يعلم إن كان العقد إجارة الأرض أو المزارع فيكون المعقود عليه مجهولا و من ثم لا يصح العقد .

الثاني : إن بيان جهة البذر يعكس إستحقاق الخارج من الزرع ، فصاحب البذر يستحق الخارج بسبب أنه نماء ملكه لا بالإجارة ، و الذي ليس بصاحب البذر يستحق الخارج بالشرط [32] ص 445.

- المالكية : إشتراط المالكية أن يكون البذر مشتركا بين صاحب الأرض و المزارع لئلا لا يكون كراء الأرض بما تنبت ، وعليه في رأيهم إذا كانت الأرض من أحدهما و البذر من الآخر تكون المزارعة باطلة [41] ص 619.

- الحنابلة والشافعية : ظاهر المذهبين أن المزارعة إئما تصح إذا كان البذر من صاحب الأرض و العمل من المزارع ، و وجه ذلك في رأيهما أن المزارعة عقد يشترك المزارع و رب المال في نمائه فلزم الأمر أن يكون المال كله من عند أحدهما كالمضاربة و العمل من الآخر و قد ورد عن أحمد بن حنبل أن البذر يجوز أن يكون من المزارع [51] ص 314.

و قد قال شيخ الإسلام أحمد بن تيمية [42] ص 120 في ترجيح أحد أقوال الفقهاء ( إذا كان البذر من المزارع فهو أولى بالصحة مما إذا كان البذر من المالك ، و حجته أن الرسول (صلى الله عليه وسلم) عامل أهل خيبر ببعض الخارج و هذا يعني أن ذلك جائز، و معنى إجازة الأرض ببعض الخارج منها أن البذر من العامل و للمالك بعض الزرع .

و قال : أما الذين يشترطون في المزارعة أن يكون البذر من المالك فليس معهم بذلك حجة شرعية و لا أثر على الصحابة .

و في قياسهم على المضاربة قال أنه قياس فاسد لان المال في المضاربة يرجع إلى صاحبه و يقتسمان الربح و نظير المال في المزارعة و المساقاة، الأرض و الشجر يعود إلى صاحبه و يقتسمان الثمر و الزرع ، أما البذر فلا يعود إلى صاحبه أي أن المزارع إذا بذر البذر لا يأخذ مثله ، بل يذهب بلا بدل كعمل المزارع فكان البذر بذلك من جنس النفع لا من جنس المال .

فمن إشتراط أن يكون البذر من المالك و لا يعود إليه فقياسه فاسد لأنه لو كان كرأس المال لوجب أن يرجع في نظيرهما كما يقال مثل ذلك في المضاربة لذلك كان إشتراطه كونه من العامل اقرب في القياس.

### الخلاف حول من البذر من جهته :

إذا دفع رجلا أرضه لآخر مزارعة بالنصف ولم يبين جهة البذر و بدأ كل واحد يقول للآخر البذر من قبلك فالعقد يكون باطلا ، لأنه ليس بالرجوع إلى قول أحدهما بأولى من الرجوع إلى قول الآخر هذا إذا لم يكن فيه عرف أما إذا كان هناك عرف ظاهر يكون البذر من أحدهما بعينه أو مشتركا بينهما فإن العقد يكون قابلا للإبطال إذا اختلف المتعاقدين و في هذه الحالة يرجع القاضي إلى العرف لأن الثابت بالعرف كالثابت بالشرط [22] ص 85.

و الغالب المتعارف عليه في مجتمعنا هو أن يكون البذر على المتعاقدين مناصفة .

إلا أنه بقراءة نص المادة 26 مكرر 1 من القانون 07/01 يتضح أن نيّة المشرع إتجهت إلى أن البذر يكون على المزارع لأنه إكتفى بقوله « المزارعة عقد يقصد به إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال... » و هذا هو الصحيح لأن عهد الخماسة قد ألغي بموجب قانون الثورة الزراعية .

## ب : بيان جنس البذر :

هو أن يحدد المتعاقدان جنس الزرع الذي يريدان زرعه من قمح أو شعير أو ذرة أو بصل و نحوهم .

و يرى الحنفية ضرورة تحديد ذلك للأسباب التالية :

- إن حال المزروع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة و النقصان، فربّ زرع يزيد في الأرض و ربّ زرع ينقصها [9] ص 177.  
- لأن إعلام جنس الأجرة لا بد منه و الذي هو بعض الخارج ولا يصير ذلك معلوماً إلا ببيان جنس البذر [11] ص 293.

أن بعض الزرع أضر على الأرض من بعض فالجهالة تقضي إلى المنازعة لأن رب الأرض يطالب بأن يزرع فيها أقل ما يلحق ضرراً على الأرض ، و المزارع يأبى إلا أن يزرع فيها ما يناسبه [22] ص 87.

و إذا اشترط صاحب الأرض على المزارع أن يزرع الأرض بنوع معين بالذات كالقمح مثلاً، فعلى المزارع الوفاء بالشرط و لا يجوز له أن يزرعها غير القمح لأن ربّ الأرض جعل العوض على دفعه الأرض جزء من القمح فلا يحق للمزارع أن يحول حقه إلى شيء آخر ، أما إذا قال صاحب الأرض للمزارع إزرع ما شئت فإنه يجوز له أن يزرعها ما شاء ، إلا أنه لا يملك غرس كرم أو أشجار لان الداخل تحت العقد الزرع دون الغرس [01] ص 06.

و مقتضى الإستحسان تفويض الأمر للمزارع ليزرع ما بدا له وذلك لأنه بطريق العرف يحصل تعيين جنس البذر بتعيين الأرض ، لأن أهل الخبرة يعلمون كل الأرض و ما يصلح لها من الزرع و كذا لعدم توقع نشوب النزاع لما لكل واحد منهما نصيب من الخارج .

أما المالكية فلما كان البذر عندهم من الطرفين إشتراطوا تماثل البذر المقدم من كليهما نوعاً كقمح أو شعير أو غيرهما و إلا يبطل العقد، و علة ذلك إعتبار المزارعة شركة فهي تقتضي خلط البذرين عند الزرع، فإن تميز بذر أحدهما عن الآخر فلا شركة بينهما فيبطل العقد، و يكون لكل واحد ما نبت بذره و يتراجعان في الأكرية و يتقاصان [52] ص 373.

ولقد ذهب الشافعية و الحنابلة إلى إشتراط معرفة جنس البذر ووجه ذلك أن المزارعة عقد على عمل فلم تجز على غير معلوم الجنس كالإجارة [62] ص 621.

## حكم المزارعة بدون بيان جنس البذر :

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن حكم المزارعة بدون بيان جنس البذر يختلف بينما إذا كان البذر من المالك أو المزارع ، فإذا كان البذر من قبل صاحب الأرض جاز العقد لأن المزارعة لا تكون لازمة قبل إلقاء البذر فيصبح الأمر معلوماً للمزارع عند الإلقاء ، لأنه هو القائم على إلقائه فيعتبر العلم حينها بمنزلة العلم وقت العقد.

أما إذا كان البذر من المزارع ، و لم يبين جنس البذر كانت المزارعة قابلة للإبطال لأنها لازمة في حق صاحب الأرض بالعقد فلا بد من بيان نوع البذر .

و في الحالة الأخيرة إذا لم يبيننا جنس البذر و ألقى المزارع البذر ثم رضي المالك بذلك فإن المزارعة تنقلب صحيحة لأن رضا صاحب الأرض يزيل المفسد فتجوز المزارعة [72] ص 236.

### جـ بيان مقدار البذر :

ذهب الحنيفة إلى أن إعتبار مقدار البذر شرطا يرتبط بمعلومية الأرض فإذا كانت الأرض معلومة من حيث المساحة و نوعية التربة ... فلا يشترط بيان مقدار البذر لأن ذلك يصير معلوما ، و إلا فهو شرط.

و الشافعية يقولون بضرورة معرفة قدر البذر، فلا تجوز المزارعة من غير معلوم القدر كالإجارة [62] ص 621.

فالملاحظ على أحكام الشريعة الإسلامية أن حكم المزارعة بدون بيان جنس البذر مرتبط بلزوم العقد ، ومقدار البذر مرتبط بمعلومية الأرض .

و قد سبق و أن ذكرنا أن العقد طبقا للقواعد العامة المعمول بها ملزم للطرفين بمجرد العقد ، مما يجعلنا نعود بشأن مسألة تعيين البذر إلى القواعد العامة و التي تقضي بأن تعيين المحل يعد أحد شروطه لأنه لو كان مجهولا تنور منازعات بشأنه و من ثم فلا ينشأ الإلتزام وبالتالي لا يقوم العقد .

و تعيين محل الإلتزام يختلف ما إذا كان معينا بالذات أو معنيا بالنوع و لما كان البذر شيء مثلي فإن تعيينه يكون بنوعه و مقداره و درجة جودته و إلا يكون العقد باطلا .

غير أنه يكفي أن يكون البذر معينا بنوعه فقط إذ تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره كان يحدد بناء على مساحة الأرض أو خصوبة التربة .

و إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة جودة البذر مع عدم إمكان إستخلاص ذلك من العرف أو ظروف التعاقد، فهنا يجب تقديم صنف متوسط حتى لا يغبن الطرفين .

### المنفعة المعقود عليها :

يشترط في المنفعة المعقود عليها في المزارعة أن تكون مقصودة من حيث أنها إيجار أحد الأمرين ببعض الخارج : إما منفعة العامل و يكون البذر من صاحب الأرض لأنه يصير مستأجرا للعامل و أما منفعة الأرض بأن يكون البذر من العامل لأنه يصير مستأجرا للأرض فمتى كان العقد على هذا الوجه تكون مزارعة صحيحة و إلا فتكون باطلة .

و الأصل في المزارعة أنها إيجار ببعض الخارج و هو لا يجوز قياسا لكن جاز في منفعة الأرض والعامل لورود الشرع فيهما فأما في الأرض فتعامل الخلفاء بذلك ، و أما العامل فمعاملة الرسول ( صلعم ) أهل خيبر.

أما فيما يتعلق بمنفعة البذر و آلة الزرع فلم يرد الشرع فيهما فتبقى على القياس [12] ص 466.

و عليه فكل ما كان من قبيل استئجار الأرض و العامل أو كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين فهو من صور الجواز و في غير هذه الحالات تكون المزارعة باطلة .



و تطبيق هذا عند صاحبان يجعل المزارعة جائزة في ثلاثة أوجه [90] ص 180:

أ- أن تكون الأرض و البذر و الآلة من جانب و العمل من الجانب الآخر :

جائز لأن صاحب الأرض يكون مستأجرا للعامل ليعمل له في أرضه ببعض الخارج الذي هو نماء بذره وبألته و هو ما يعد في حكم الخماس.

ب- أن تكون الأرض و البذر من جانب و الآلة و العمل من جانب:

جائز لأن استئجار العامل مقصودا ، إضافة إلى تجانس ما تم اشتراطه على الطرفين فالبذر يعتبر من توابع الأرض و لا يعتبر مستأجرا مقصودا إذ لا يقابله شيء من الأجرة ، و آلة الزرع من جنس منفعة العامل و لا يقابلها شيء من الأجرة .

ج- أن تكون الأرض من جانب و الباقي كله من جانب:

جائز لأن العامل يكون مستأجرا للأرض ببعض الخارج الذي هو نماء بذره فالمنفعة مقصودة و هي منفعة الأرض لا غير. و هو ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 26 مكرر 1 حيث حدد المنفعة المقصود عليها بمنفعة الأرض لا منفعة العامل بقوله « إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال... » و هو ما يبني عليه أن البذر و الآلات الزراعية تكون على عاتق المزارع و يستبعد المشرع بذلك استئجار المزارع من طرف صاحب الأرض.

أما عند المالكية ، فشرط المنفعة المعقود عليها هو السلامة من كراء الأرض بممنوع وهو تأجير الأرض بما تنبت ، و مفاده أن لا يقابل الأرض بذر من الآخر [92] ص 262 في حين يرى الدكتور وهبة الزحيلي أن هذا الشرط لا ينطبق على واقع المزارعة القائم.

### المزروع :

يشترط فيه أن يكون قابلا لعمل الزراعة ، و هو أن يؤثر فيه العمل الزراعي بالزيادة بحسب العادة [62] ص 620.

وعليه تكون المزارعة صحيحة إذا دفع صاحب الأرض الأرض بيضاء على أن يزرعها المزارع ابتداء، أما إذا دفع له الأرض بها زرعاً صار بقاءه فعامله على أن يقوم بخدمته وسقيه حتى يستحصد فهذا يعرف بمساقاة الزرع

غير أنه إذا عامله بعد إدراك الزرع على أن يحصده و ينقيه و ينقله إلى منزله فهذه مزارعة باطلة، لأنه من خصوصيات المزارعة أن تكون لعمل المزارع تأثير في تحصيل الخارج ، و هذا مالا يتحقق بعد إدراك الزرع لان أي عمل بعده لا يؤثر فيه بالزيادة .

و بذلك فالالتزام المزارع ينتهي بالإدراك و ما بعد ذلك من مؤنة الحصاد و النقل و الحفظ تكون عليها كل حسب نصيبه [22] ص 36.

### المدة :

يعتبر تحديد المدة ركن في المزارعة و ذلك لعدة اعتبارات أهمها :

- أن عقد المزارعة عقد على منافع و المدة معيار لقياس المنافع ، فهي بمثابة الكيل أو الوزن.

- أن وقت المزارعة متفاوت فابتدائها و انتهائها مجهول ، ففي مناطق يبدأ الحرث مبكرا مع بداية شهر سبتمبر وفي مناطق أخرى يصل إلى بداية شهر ديسمبر .

و يراد بتوقيت المزارعة تحديد مدة متعارفة صالحة للزرع فيها ، بحيث لو حددا المتعاقدان وقتا لا يمكن فيه نضج المحصول يبطل العقد كذلك إذا حددا مدة لا يعيش إليها أحدهما غالبا، لأن ذلك في معنى إشتراط بقاء العقد إلى ما بعد الموت [72] ص 236.

و قيل انه إذا كان هناك وقت متعارف عليه لا يتفاوت فيه وقت المزارعة إبتداء و إنتهاء يصح العقد من غير بيان المدة و يقع على أول زرع إستحسانا [12] ص 464.

و العرف الغالب عندنا هو أن ينعقد المزارعة لمدة موسم فلاحي يبدأ في شهر سبتمبر أو أكتوبر و ينتهي في شهر سبتمبر من السنة الموالية.

و المشرع بشأن المزارعة على أرض الوقف لم يتعرض في قانون الوقف للمدة التي تنفذ فيها المزارعة ، و لتحديد ذلك يستوجب الأمر مراعاة أحكام المدة في إيجار الأرض الزراعية الموقوفة .

و المتأخرين من الفقهاء رأو تقييد إستغلال الوقف بمدة، خوفا على الوقف من الضياع خصوصا في هذا الزمن، لأن المدة إذا طالت تؤدي إلى إبطال الوقف ، و يصبح المستأجر مع مرور الزمن يتصرف بالأرض تصرف الملاك حتى يظنه الناس أنه مالكا [03] ص 157.

و يرجع في تحديد مدة المزارعة أولا إلى عقد الوقف ، فعلى الناظر أن يتقيد بالمدة التي يشترطها الواقف في عقد الوقف إلا إذا كانت تلك المدة تلحق ضررا بالوقف ، فمثلا إذا إشرط الواقف أن لا تؤجر الأرض مزارعة لأكثر من سنة ، و لكن الناس لا يرغبون في إستئجارها لسنة فهنا للناظر أن يرفع الأمر للقاضي ليأذن له بإيجارها لأكثر من سنة و ذلك تطبيقا لنص المادة 16 من قانون الأوقاف التي تنص على أن « يجوز للقاضي أنه يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا بمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم أو ضار بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليهم ».

و لو إستثنى الواقف بأن لا تؤجر لأكثر من سنة إلا إذا كان ذلك انفع للجهة الموقوف عليها، حينئذ يكون للناظر أن يؤجرها ، إذا رأى ذلك دون الرجوع إلى القاضي [13] ص 95.

أما إذا لم يشترط الواقف مدة معينة بأن أطلق ، فالفتوى على رأي المتأخرين أن المدة لثلاث سنوات في الأرض الزراعية و إذا اقتضت الضرورة أكثر من هذه رفع الأمر إلى القاضي ليأمر بالمدة التي تقتضيها الضرورة.

و تجدر الإشارة إلى أن العقد ينتهي بإنتهاء المدة المحددة دون حاجة إلى التنبيه بالإخلاء، مع مراعاة المواعيد اللازمة لنقل محصول السنة .

و إضافة إلى ذلك فإذا كانت المزارعة لمدة 12 سنة فأكثر فإنها يجب أن تكون في عقد رسمي و مشهر لدى المحافظة العقارية و ذلك تطبيقا لنص المادة 17 من الأمر رقم 75- 74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح العام وتأسيس السجل العقاري

التي تنص « إن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف ولا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها ».

### الخارج من الزرع :

الخارج من الزرع هو مقابل الانتفاع بالأرض و يشترط فيه مجموعة من الشروط تتعلق بعقد المزارعة ذاته، و شروط خاصة بالملك الوفي :

### أ ( الشروط العامة :

- أن يكون الخارج المذكورا في العقد: أي معلوما لدى المتعاقدين بأن يكون شعيرا أو قمحا أو غيره لأن جهالة الأجرة و عدم ذكرها يبطل الإيجار [12] ص 470.

- الشركة في الخارج بعد حصوله : و ذلك بأن يكون الناتج مشتركا بين المتعاقدين فلا يصح العقد لو شرطاه لأحدهما و يتغير حينئذ وصف العقد ، بحيث إذا اشترط الخارج كله للعامل كان العقد إعارة أي إعارة صاحب الأرض لأرضه ، و إن اشترط الخارج كله للمالك كان ذلك إعانة من العامل لصاحب الأرض في العمل.

فعقد المزارعة وإن كان إيجارا إلا أن معنى الشركة فيه معتبر وكل شرط يقطع هذا المعنى المعتبر في المزارعة يبطلها.

و مثال ذلك أن يشترط المتعاقدان في العقد أن لأحدهما ما ينبت على السواقي و الجداول منفردا أو مع نصيبه فهو شرط باطل ، أو أن يشترط صاحب البذر رفع قيمة بذره و الباقي بينهما فهو أيضا غير جائز لأن قدر البذر من جملة الربيع و البذر بإلقائه في الأرض يتلف ، وإحتمال أن لا يحصل من الخارج إلا قدر البذر فينفرد به صاحبه ، و لكن لو شرط صاحب البذر رفع العشر من الخارج و الباقي بينهما جائز لأن هذا لا يقطع معنى الشركة مهما كان قدر الشرط، و هي حيلة لرفع قدر البذر.

كما يعتبر مبطلا للعقد اشتراط التبن لأحدهما و الحب للآخر لإنعدام الشركة في المقصود (الحب) و لإحتمال أن يحصل التبن و لا ينعقد الحب فيستقل احدهما بالخارج.

كل هذه الشروط باطلة لأنها قد تؤدي إلى قطع الشركة و لاحتمال أن لا يحصل من الخارج إلا ما شرطاه ، فينفرد احدهما بالخارج دون الآخر [90] ص 178.

و في الكلام عن التبن فمقتضى العقد أن يكون التبن لصاحب البذر لأنه نماء ملكه ، فإذا سكت عنه في العقد فهو له و إستحقاقه له لا يحتاج إلى شرط ، أما إذا شرط للآخر لا يجوز لأنه خلاف لمقتضى العقد.

و بعض الأئمة قالوا أنه إعتبارا بالعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان التبن يكون بينهما بحسب نصيبهما في الحب لأن التبن تبعاً له ، و اشتراط نسبة في المقصود ( الحب) بمنزلة اشتراطه في التابع له ، مالم يتفق على غير ذلك بالشرط [22] ص 60.

أن يكون نصيب كل من المتعاقدين شائعا : و مؤداه أن يحصل كل من المزارع و رب الأرض على جزء شائع من الناتج سواء كان أقل من النصف أو أكثر و لافرق عند الأئمة الأربعة أن يزارع بالنصف أو الربع أو نحوهما من الأجزاء الشائعة ، لأن اشتراط قدر معلوم

من الخارج ينفي معنى لزوم الشركة ، لاحتمال أن الأرض لا تخرج إلا القدر المعين لأحدهما فينفرد بالغلّة دون صاحبه.

و عليه فإشتراط مقداراً معيناً لأحدهما كقنطاراً أو إردباً إما منفرداً أو مع نسبة شائعة فهو باطل، و كذا الأمر إذا كانت الأرض خراجية و إشتراطاً دفع خراج الوظيفة على أن يكون الباقي بينهما فهو باطل لأن خراج الوظيفة يكون نقود مسماة أو مقدار معين حسب الخراج مما يؤدي إلى نقص شرط الشيوخ.

أما إذا كان خراج مقاسمة فهو جائز لأنه يكون جزء من الخارج مشاعاً نحو الثلث والرابع سواء قل الخارج أو كثر، و إذا كانت الأرض عشرية و إشتراطاً دفع العشر و الباقي بينهما جائز أيضاً.

و بناء على ما سبق إذا كان الخارج من الزرع خليط من القمح و الشعير و العدس فإن نصيب الطرفين يجب أن يكون شائعاً في كل أنواع الزرع ، و يستوي أن تكون الحصة المتفق عليها واحدة في كل الأنواع كأن تكون الثلث أو تختلف من نوع إلى آخر كالثالث في القمح و الربع في الشعير و السدس في العدس ، فالمهم أن تكون النسبة مشاعة.

أن تكون حصة كل من المتعاقدين معلومة في العقد: لأن ترك تقدير النصيب يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة و هو ما عبر عليه المشرع في المادة 26 مكرر 1 بقوله «إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد».

#### (ب) الشروط الخاصة بالملك الوفي :

سبق و أن ذكرنا أن إستغلال الوقف مقيد بمصلحته الوقف و منفعة الموقوف عليهم ، و بناء عليه قد قرر الفقهاء أن إستغلال الوقف بالإيجار أو المزارعة أو بالمساقاة يكون بأجر المثل ، لذلك لا يجوز عقد مزارعة على أرض موقوفة بنقصان فاحش عن أجر المثل ، و قد قدر الفقهاء النقصان الفاحش بالخمسة فما فوق ، و إذا حصل ذلك فإن العقد يبقى صحيحاً و ترفع الأجرة إلى حد أجر المثل [23] ص 126.

غير أنه يجوز إستثناء دفع الأرض مزارعة بأقل من أجر المثل عند الضرورة كأن تكون الأرض مثقلة بدين أو إذا لم تسجل رغبة فيها [13] ص 96.

#### الزيادة و الحط من أجر المثل:

إذا تمّ التعاقد بأجر المثل و خلال مدة العقد نقص أجر المثل أو زاد فما حكم ذلك ؟  
- نقص أجر المثل : إذا نقص أجر المثل في مدة العقد و طلب المزارع إنقاص أجره فإنه لايجاب إلى طلبه ، ويلزم بدفع القيمة المتفق عليها في العقد .  
- زيادة أجر المثل : نميز بين حالتين :

الأولى : إذا كانت الزيادة يسيرة أقل من الخمس فإنه يتسامح بها .

الثانية : إذا كانت الزيادة فاحشة ففيه وجهان :

الوجه الأول : إذا كانت الزيادة من الغير بقصد الإضرار بالمزارع ، أو إذا سجلت في الأرض رغبة بالزيادة بسبب ما أدخله المزارع بالأرض من تحسين و إصلاح فانه لا يلتفت إلى هذه الزيادة .

الوجه الثاني : حصول زيادة أجر المثل عفوا لكثرة الحاجة إلى عقار الوقف ، من العلماء من قال أنه لا يجب مطالبة المزارع بالزيادة مثلما لا يجب إلى طلبه في الإنقاص ومنهم من قال أن العمل ماهو أصلح للوقف و أن المزارع لا يضر بالزيادة لأنه لا يطالب إلا بأجر المثل وهو المفتى به .

### 3.2.1.1.1 : السبب.

بالرجوع إلى نص المواد 97. 98 من القانون المدني يتضح أنه يشترط أن يكون لكل عقد سبب مشروع ، فإذا لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع بأن كان مخالفا مخالف للنظام العام و الآداب العامة ، فإن العقد يكون باطلا ، كان يكون عقد المزارعة على العقار الفلاحي الوقفي لأجل زراعة المخدرات.

كما يعتبر السبب غير مشروع إذا تم العقد لأجل صرف الربح الوقفي لجهة غير التي عينها الواقف أو صرفه على جهات غير شرعية ، كبيوت الدعارة إذا كانت جهة الوقف غير محددة و هو ما عبرت عليه المادة 45 من القانون 10/91 المعدلة بالقانون 07/01 بقولها «تنمى الأملاك الوقفية و تستثمر وفقا لإرادة الواقف ، وطبقا لمقاصد الشريعة الإسلامية» .

### 4.2.1.1.1 : الشكل الذي تنعقد فيه المزارعة :

شرعا الأصل في المزارعة أنها عقد رضائي تنعقد صحيحة بمجرد تطابق الإيجاب و القبول.

أما قانون الوقف فلم ينص على الشكل الذي تنعقد فيه المزارعة.

و بالرجوع إلى الأحكام القانونية في مجال الإيجار الفلاحي نجد المادة 53 من قانون التوجيه العقاري في فقرتها الثانية تنص على أنه «...يمكن أن تحرر عقود الإيجار الفلاحي في شكل عقود عرفية»

و يعتبر هذا ، إستثناء من الأصل لان المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني تنص على أن عقود الإيجار الزراعية يجب إخضاعها إلى الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان .

و الظاهر أن المشرع قصد من هذا الإستثناء تسهيل الإجراءات في مجال إستثمار الأراضي الفلاحية ، و ذلك بإعفاء المستثمرين من الإجراءات الرسمية .

و لكن بجعل السلطة المكلفة بالأوقاف صاحبة الاختصاص في تحرير العقود فيما يخص الأملاك الوقفية نجد أن هذه العقود تكتسي طابع الرسمية و ذلك أخذا في الاعتبار مفهوم العقد الرسمي كما هو محدد في المادة 324 من القانون المدني .

فالمادة 26 مكرر 11 من قانون الوقف كرست في هذا الصدد نفس المبدأ المعمول به بالنسبة لمدير أملاك الدولة للولاية ، الذي يلعب دور موثق الدولة فيما يخص الأملاك العقارية التابعة للدولة .

كما نصت الفقرة الأولى من نص المادة 53 من قانون التوجيه العقاري على مايلي .  
«تكيف الأحكام التشريعية المعمول بها في مجال عقود الإيجار حسب الحاجة من أجل أن تنص على كل الأشكال القانونية التي تحت على استثمار الأراضي لاسيما عن طريق ترقية الاستثمارات المنتجة و تحسين هيكل المستثمر العقاري »

تطبيقا لهذه المادة التي تحيل إلى الأحكام التشريعية المعمول بها في مجال عقود حسب ما يتناسب مع طبيعة العقارات الفلاحية، نجد أنه لا مانع من أن تتعدد المزارعة وفقا للنموذج المنصوص عليه في المرسوم 94-69 الذي تحدد فيه هوية الأطراف ، مدة العقد، و ثمن الإيجار و الأعباء و الضمانات ، إلتزامات المتعاقدين و إنفصام العلاقات بين المؤجر و المستأجر.

و عليه نخلص إلى القول إلى أن الرسمية معدة للإثبات و ليست للإنعقاد .

بناء على ما تقدم من الأركان ، نجد أنه لكي ينشأ عقد المزارعة صحيحا و يكون منتجا لكل أثاره القانونية لأبد من توفر الأسس اللازمة لوجوده ، و بقيام العقد صحيحا تترتب النتائج التالية[90] ص 182 :

-تمليك منفعة الأرض حالا و الشركة في المتحصل من الزرع مآلا لأن المزارعة تملك منفعة الأرض بالعمل فيها على أن يكون الخارج مشتركا بين المتعاقدين.  
-التزام كل متعاقد بالقيام بالالتزامات التي يترتبها العقد في ذمته و يعبر عن ذلك بالقوة الملزمة للعقد.

-الخارج من الزرع بين المتعاقدين بحسب الاتفاق لأن العقد الصحيح شريعة المتعاقدين  
-إذا لم يحصل الناتج فلا شيء لأحدهما لأن المستحق للطرفين نسبة من الخارج فإذا لم يتحقق فلا يكون مستحقا .

### حكم تخلف ركن من أركان المزارعة :

تخلف ركن من الأركان يجعل عقد المزارعة باطلا و هو ما يعبر عنه في الفقه الإسلامي بفساد العقد .

و من ثم يطرح التساؤل التالي : ما حكم المزارعة الفاسدة ؟

بالرجوع إلى نص المادة 103 / 1 من القانون المدني الجزائري نجدها تنص على ما يلي : « يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله ، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل ».

يمكن تصور إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في المزارعة في حالة إكتشاف البطلان قبل الشروع في العمل فيبطل العقد و يصبح كأنه لم يكن أما إذا شرع في تنفيذ العقد فيتعذر إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، لأنه في العقود الزمنية يستحيل إعمال الأثر الرجعي للبطلان حيث يتعذر على المتعاقدين رد ما إنتفعا به بمقتضى العقد .

و يترتب على الحالة الأخيرة النتائج التالية :

- أن الاستحقاق للخارج يكون بالملك لا بالشرط كما في المزارعة الصحيحة و مفاد ذلك أن الخارج يكون لصاحب البذر و الآخر عليه أجر المثل ، فإذا كان البذر من المزارع فله

الخارج و عليه أجر مثل الأرض مقابل إنتفاعه بها، و إذا كان البذر من صاحب الأرض فله الخارج كاملا و عليه أجر مثل عمل العامل .  
 - أن أجر المثل لا يجب في المزارعة الباطلة ما لم يتم استعمال الأرض .  
 - أن أجر المثل في المزارعة الباطلة واجب في الذمة و إن لم تخرج الأرض شيئا بشرط استعمال الأرض .  
 - مقدار أجر المثل إختلف الحنفية بشأنه ، فعند أبي حنيفة و أبي يوسف مقدار أجل المثل لا يزداد على القدر المشروط في العقد لأنهما كانا قد إتفقا عليه .  
 أما عند محمد فمقدار أجر المثل بالغا ما بلغ لأنه استوفى منافع الأرض أو العمل فيجب عليه قيمتهما .

وفي تقديرنا يقدّر أجر المثل حسب قيمة المنافع دون التقيد بالنسبة المتفق عليها في العقد لأن ذلك يكون تعويضا عادلا .

### 3.1.1.1 : تكييف عقد المزارعة :

تكييف المزارعة معناه إعطاء العقد الوصف القانوني، أي إدخاله في نوع معين من العقود . وهو وسيلة لتحديد مضمون العقد إذ يضعه في إطار قانوني الذي يسمح ببيان آثاره في جملتها، بل إن جواز بعض آثار العقد أو عدم جوازها يرتبط بالوصف القانوني للعقد ، فالطبيعة القانونية للعقد لازمة لتقرير الصحة و البطلان أيضا .

و لهذا سنتعرض إلى التكييف الفقهي أولا ثم إلى تكييف المشرع لنصل إلى النظام القانوني الذي يخضع له عقد المزارعة .

### 1.3.1.1.1 : التكييف الفقهي :

من الفقهاء من إعتبر المزارعة عقد إيجار و هناك من يرى أنها من الشركات و هناك من كيفها أنها إيجار إبتداء و شركة إنتهاء .

### المزارعة عقد إيجار :

ذهب الحنيفة [32] ص 444 إلى إعتبر المزارعة عقد إيجار، و قد قال الشافعي «إنها إيجار في أكثر قول أصحابنا»، أما الحنابلة [33] ص 187 فقد قالوا أن المزارعة تصح بلفظ الإجارة فلو قال إستئجرتك على أن تعمل في أرضي بنصف الخارج صح ذلك، و دليل أصحاب هذا الإتجاه :

-أن مجمل الأحاديث [43] ص 221 الواردة في هذا الباب يعبر فيها عن المزارعة بالإيجار والكراء، ففي لفظ مسلم في حديثه: "إنما كان الناس يؤاجرون عن عهد الرسول (صلى الله عليه وسلم) بما على الماذيات و أقبال الجداول و أشياء من الزرع فيهلك هذا و يسلم هذا ويهلك هذا و يسلم هذا و لم يكن للناس كرى إلا هذا ، فلذلك نهي عنه أما شئى معلوم مضمون فلا بأس به "

و في لفظ البخاري أيضا في حديثه قال " حدثني عمي أنها كانا يكريان الأرض على عهد الرسول (صلى الله عليه وسلم) بما تثبت على الأربعاء و بشيء يستثنيه صاحب الأرض فنهى النبي (صلى الله عليه وسلم) عن ذلك "

و الملاحظ على هذه الأحاديث أنهم عبروا فيها على لفظ المزارعة بالإيجار و إن كانت في مضمونها تدل على النهي عن جهالة العوض و تعيين أنصبة المتعاقدين مسبقا.

- أن المزارعة تحمل خصائص الإيجار أكثر من الشركة فهي لا تجز على غير معلوم الجنس و القدر و المدة كالإيجار لأن السكوت عن ذكر الأجر يبطل المزارعة ، و كذلك إشتراط التوقيت بخلاف الشركة لأن المزارعة عقد على منفعة كالإيجار فوجب تعيين المدة لأنها معيار المنفعة.

### المزارعة من الشركات :

ذهب المالكية إلى أن المزارعة في معنى الشركة و يقال لها الشركة في الحرث أو الزرع لأنها شركة بين المال و العمل إعتبارا بالمضاربة و لأن المتعاقدان يشتركان في الخارج على ماسمايا في العقد، كما أنهما يشتركان في الخسارة أيضا، و هذا بخلاف الإيجار المؤقت فالمؤجر يقبض الأجرة و لا شأن له بربح و خسارة المستأجر [53] ص 101.

### المزارعة إيجار ابتداء و شركة انتهاء.

ذهب إلى هذا الرأي بعض الحنفية إستنادا إلى معنى الشركة المعتبر في المزارعة و ما يقطع هذه الشركة يعتبر مبطلا لها.

### 2.3.1.1.1 : التكيف القانوني للمزارعة :

لم ينص التشريع الجزائري من قبل على عقود إستغلال الأراضي الفلاحية ( المزارعة و المساقاة ) إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن هذه العقود كانت معروفة و متداولة في أوساط المجتمع الجزائري و كان يصطلح عليها بـ: " الكراء بالمنافسة " و تستمد مصدرها من أحكام الشريعة الإسلامية ثم تبلورت في شكل أعراف فلاحية كان لها الدور في خلق قواعد الاستغلال الفلاحي بكل أنواعه.

و بقي التعامل بهذه العقود إلى حد الآن خاصة مع قصور النصوص القانونية التي تنظم إيجار العقارات الفلاحية بصفة عامة.

و المشرع في قانون الأوقاف بالرغم من تقنينه لهذه العقود إلا أنه لم يبين الطبيعة القانونية لها ، لذلك سنحاول أن نستقي ذلك من تعريفه لعقد المزارعة.

الواضح من تعريف المشرع أنه إعتبر المزارعة من الإيجارات الفلاحية و ذلك للإعتبارات التالية :

- أنه إعتد تعريف المذهب الحنفي القائل بأن المزارعة إيجار.
- إن المزارعة من العقود الواردة على المنفعة « إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال ... » فالاستغلال هو الانتفاع بالشيء عن طريق الغير.
- إنتفاع المزارع بالأرض يكون بعوض و هو حصة من محصول الأرض و الأجرة في الإيجار قد تكون نقدية و قد تكون عينية.
- حق المزارع حق شخصي يستمد مصدره من العقد فالمزارع لا يتمكن من الانتفاع إلا إذا أخلى صاحب الأرض بينه و بين الأرض [63] ص 212.



و في رأينا رغم كل هذه الخصائص التي توحى بأن المزارعة عقد إيجار إلا أن هناك خصوصيات تميزها عن الإيجار العادي وعليه نرى تكيف المزارعة على أنها إيجار ذو طبيعة خاصة لما يميزها عن الإيجار العادي من جهة و كونها واقعة على أرض موقوفة من جهة ثانية لذا يبدو من الضروري تحديد النظام القانوني للمزارعة ؟

### النظام القانوني للمزارعة :

المشرع بعدما كان قبل تعديل قانون الأوقاف ينص على أن استغلال الأملاك الوقفية مهما كانت طبيعتها يكون عن طريق الإيجار و ذلك وفقا لأحكام خاصة نص عليها في المرسوم 381/98 ، أعادة تنظيم استثمار الأملاك الوقفية بموجب القانون رقم : 07/01 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف و الذي قسمت بموجبه العقارات الوقفية إلى عقارات مبنية (محال ذات إستعمال سكني و محلات تجارية ) و أخضع إيجارها إلى القانون المدني والتجاري وعقارات فلاحية أخضعها إلى الكيفيات التي نص عليها القانون 07/01 و إلى الأحكام القانونية غير المخالفة له.

مما يعني أن المشرع ألغى ضمنا أحكام إيجار الأملاك الوقفية المنصوص عليها في المرسوم 381/98 مستدركا أن الاستثمار من مجالات التشريع و ليس من مجالات التنظيم و ذلك ما يستشف من تعديل المادة 45 من القانون 10/91 التي كانت تنص على أنه « تستثمر و تنمي الأملاك الوقفية وفقا لإرادة الواقف ، و طبقا لمقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف حسب كيفيات تحدد عن طريق التنظيم » ثم عدلت هذه المادة بموجب المادة 05 من القانون 07/01 إذ أصبحت تنص على أنه « تستغل و تستثمر و تنمي الأملاك الوقفية، وفقا لإرادة الواقف و طبقا لمقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف ، حسب الكيفيات التي حددها هذا القانون ، و الأحكام القانونية غير المخالفة له »

غير أنه من الناحية العملية نجد أن السلطة المكلفة بالأوقاف لا تزال تعمل بأحكام المرسوم 381/98 رغم إلغاء أحكامه ، لذلك نرى ضرورة إلغائه صراحة.

نستنتج من نص المادة 45 المعدلة أن هناك ثلاثة طوائف من القواعد التي تطبق على المزارعة و هي على ترتيب مقصود بحيث لا يمكن الانتقال من طائفة إلى طائفة أخرى إلا إذا إنعدم وجود حكم في الأولى، وبالتالي فإن الترتيب يكون إلزاميا كالتالي :

- إرادة الواقف .
- نصوص قانون الوقف و الأحكام القانونية غير المخالفة له .
- أحكام الشريعة الإسلامية .

### إرادة الواقف .

لقد خصص قانون الوقف الفصل الثالث منه لاشتراطات الواقف حيث قضت المادة 14 منه بأن «إشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ، ما لم يرد في الشريعة نهي عليها »

و عليه تعتبر رغبات الواقف و اشتراطاته التي يشملها كتاب الوقف ذات أهمية كبيرة فهي بمثابة دستور الوقف سواء فيما يتعلق بطريقة استغلال الوقف أو النظام الذي يتبعه من يتولى شؤون الإدارة أو توزيع الربح ، ما لم تخالف هذه الشروط أحكام الشريعة الإسلامية، و قد أكدت ذلك المادة 29 من نفس القانون على ذلك بقولها: «لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية فإذا وقع بطل الشرط و صح العقد ».

و قد تكون شروط الواقف محل إلغاء من القاضي إذا كانت منافية لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم أو إذا كانت ضارة بمحل الوقف ، كأن يشترط الواقف طريقة لاستغلال الأرض الموقوفة لا تتماشى مع طبيعتها ، فلا تسجل رغبة في استغلالها بهذه الطريقة مما يجعل الأرض الموقوفة عرضة للخراب و الضياع [73] ص 211.

فمن خلال ما سبق فإنه في حالة ما إذا نص الواقف في وقفه على كيفية معينة للإستغلال و شروط ذلك من مدة و أجرة و نحو ذلك فإنه يجب أن تحترم إرادة الواقف و أن تستغل الأرض الفلاحية على الوجه الذي اشترطه مالم تكن هذه الشروط مخالفة لأحكام الشريعة أو مضر بالوقف أو بمصلحة الموقوف عليهم .

و وجوب تنفيذ إرادة الواقف التزام يقع على عاتق الدولة وفق ما قرره المادة 05 من قانون الوقف بنصها

«...و تسهر الدولة على احترام إرادة الواقف و تنفيذها» .

أما إذا لم ينص الواقف على طريقة الإستغلال و كفييته فإن الإستغلال يكون حسب الكيفيات التي نص عليها القانون 07/01 و الأحكام القانونية غير المخالفة له ، كل ذلك وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

#### قانون الوقف و القواعد القانونية غير المخالفة له :

سبق وأن ذكرنا أن قانون الوقف نص على طرق للإستغلال و اكتفى بتعريفها، وتكيفنا لهذه العقود بأنها إيجارات فلاحية مستمدة من الشريعة الإسلامية يستدعي الأمر الرجوع إلى الأحكام القانونية المتعلقة بالإيجار مالم تخالف هذه النصوص الطبيعة الخاصة لهذه العقود ولنظام الوقف بصفة عامة وإلا فتطبق أحكام الشريعة الإسلامية

#### أحكام الشريعة الإسلامية :

إذا لم يوجد نص قانوني ينظم مسألة من مسائل المزارعة تطبق أحكام الشريعة الإسلامية باعتباره المصدر الثاني بعد نصوص قانون الوقف و ذلك طبقا لنص المادة 02 من القانون 10/91 التي تنص على « على غرار كل مواد هذا القانون، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه» .

#### 2.1.1 : إلتزامات المتعاقدين:

يترتب على عقد المزارعة زيادة على الإلتزامات المحددة لكل طرف في العقد إلتزامات مشتركة بينهما لذلك نرى تقسيم هذا المطلب إلى مايلي :

الفرع الأول : إلتزامات الناظر ( السلطة المكلفة بالاقواقف)

الفرع الثاني : إلتزامات المزارع

الفرع الثالث : الإلتزامات المشتركة

### 1.2.1.1 : إلتزامات السلطة المكلفة بالاقواق

تقضي الفقرة الاولى من المادة 26 مكرر 01 بأنه « يقصد بالمزارعة إعطاء الأرض للمزارع للإستغلال...»

وعليه نجد أن الإلتزام الأساسي لناظر الوقف هو تمكين المزارع من الإنتفاع بالأرض الموقوفة ، وهذا الإلتزام تتفرع عنه إلتزامات تفصيلية أخرى وهي تسليم الأرض وملحقاتها ، تعهد الأرض بالصيانة ، ضمان التعرض وضمان العيوب الخفية .

وستعرض الى هذه الإلتزامات بالقدر الذي يتماشى وطبيعة عقد المزارعة دون التطرق الى تفاصيل الإلتزامات في الإيجار بوجه عام .

#### 1.1.2.1.1: الإلتزام بتسليم الأرض الموقوفة مع ملحقاتها:

إنطلاقا من المادة 26 مكرر 1 الفقرة الأولى فإن الناظر ملزم بتمكين المزارع من استغلال الأرض وذلك بتقديمها في حالة صالحة للإنتفاع ، وقد سبق وأن بينا شروط الواجب توفرها في الأرض الموقوفة حتى تصلح لأن تكون محلا لعقد المزارعة.

أما عن ملحقات الأرض فلم تبينها المادة ، وبالرجوع الى القواعد العامة نجد أن المادة 476 قانون مدني تقرر بأن تسليم العين المؤجرة وملحقاتها يحدد بناء على إتفاق الطرفين أو حسب طبيعة العين .

وملحقات العين الزراعية هي السواقي والمصارف والمخازن المعدة لتخزين المحصولات ، والشرب والطريق والمباني الملحقة بالأرض للعمال الذين يباشرون الزراعة ، مالم يتفق الناظر والمزارع على خلافها.

أما فيما يخص الآلات الزراعية فقد سبق أن أشرنا الى أن المشرع لم يورد نص بشأنه وبالرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية نجدها تقضي بأن المعدات الزراعية ليست من ملحقات الأرض وإنما هي من جنس العمل يلتزم المزارع بها كألة الحرث والري...إلخ.

أما آلات الحصاد والنقل فتكون على الطرفين بقدر نصيبهما لأن إلتزام المزارع ينتهي بإدراك الثمر وسيأتي بيان هذا عند الكلام عن إلتزامات المزارع.

وعرفا فقد جرت العادة بأن نفقات الآلات الزراعية كلها تكون على الطرفين بقدر نصيبهما .

#### 2.1.2.1.1: الإلتزام بصيانة الأرض الموقوفة :

الناظر في المزارعة كما في الإيجار العادي ، يلتزم بتعهد الأرض الموقوفة المؤجرة بالصيانة وذلك بالقيام بإصلاحات والترميمات الضرورية لملحقات الأرض حتى يتمكن المزارع من الإنتفاع بالأرض إنتفاعا كاملا وإستغلالها على احسن وجه ، وتشمل هذه الترميمات الإصلاحات الرئيسية للسواقي كتغيير أجزائها الرئيسية بقصد تجديدها واستبدالها ، وحفر وإنشاء قنوات الري والصرف واصلاح وصيانة ماكينات الري ، والمباني الملحقة بالأرض ، مالم يتم الإتفاق على خلاف ذلك بأن يعفى المزارع الناظر من هذه الإصلاحات.

وإذا أخل الناظر بهذا الالتزام بعد إعداره جاز للمزارع أن يحصل على ترخيص من القضاء لإجراء ذلك بنفسه على أن يقطع نفقات ذلك من مقابل المزارعة دون الإخلال بحقه في طلب الفسخ.

### 3.1.2.1.1 : الإلتزام بضمان التعرض

يضمن الناظر بإعتباره مؤجرا للأرض الموقوفة عن طريق المزارعة التعرض الصادر منه شخصيا سواء كان تعرضا ماديا أو مبنيا على سبب قانوني وكذلك يضمن التعرض الصادر من الغير إذا كان مبنيا على سبب قانوني ولا يضمن تعرض الغير المادي.

وتعرض فيمايلي ضمان التعرض الشخصي وضمان الصادر عن الغير مع بيان صورذلك في عقد المزارعة:

#### ضمان التعرض الشخصي :

التعرض الشخصي هو أن يحول الناظر دون إنتفاع المزارع بالعين المؤجرة بإحداث تغيير فيها يخل بهذا الإنتفاع.

والتعرض الشخصي إما أن يكون ماديا وإما أن يكون مبني على سبب قانوني .

وصور التعرض الشخصي في المزارعة أن يحدث الناظر بالأرض الموقوفة محل العقد أو بملحقاتها أي تغيير يخل بإنتفاع المزارع كأن يغير في دورة المياه أو مجرى المصارف، أو أن يعدل وجه الإنتفاع الذي خصصت له الارض كأن يبني عليها أو يغير من كيفية الزراعة فيها، أو يشترط مشاركة المزارع في عمله أو يترك مواشيه تدخل الأرض المؤجرة ترعى .

أما التعرض الشخصي المبني على سبب قانوني فمن صورته أن تكون للأرض الموقوفة محل العقد حق إرتفاق على أرض مجاورة ثم تتحول هذه الارض المجاورة الى ملك وقفي يعهد بأستغلالها الى نفس الناظر فيقوم بإبطال هذا الإرتفاق والذي يعد هذا تعرضا منه مبني على سبب قانوني موجب للضمان.

#### الجزاء المترتب على التعرض الشخصي:

وهو إذا صدر تعرض مادي أو تعرض مبني على سبب قانوني من الناظر للمزارع على النحو المتقدم كان للمزارع ان يطلب التنفيذ العيني وهو وقف التعرض أو فسخ العقد إذا كان له مبرر أو يطلب إنقاص الأجرة ، وله في جميع الحالات أن يطلب التعويض إذا كان له مقتضى.

#### ضمان التعرض الصادر من الغير:

وهو التعرض الصادر من الغير المبني على سبب قانوني ومفاده ادعاء أجنبي حقا يتعلق بالعين ، ويتعارض مع ما للمزارع من حقوق بموجب عقد المزارعة ، كما إذا أجر الناظر الأرض لمزارع ثاني في نفس المدة فيقوم المزارع الثاني حق يزاحم حق المزارع الأول .

## الجزاء المترتب على التعرض الصادر عن الغير :

نصت الفقرة الأولى من المادة 480 ق.م على أنه : « إذا إدعى أجنبي حقا على العين المؤجرة يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بمقتضى عقد الإيجار وجب على المستأجر أن يعلم المؤجر بذلك وله أن يطلب إخراجه من الخصام وفي هذه الحالة لاتجري الدعوى إلا ضد المؤجر ...».

طبقا لنص المادة فإنه إذا تعرض الغير عن طريق رفع دعوى على المزارع ، فإن أول مايقوم به هذا الأخير هو إخطار الناظر بهذا التعرض حتى يتمكن من دفع التعرض لأن المزارع كما تقدمت الإشارة ليس له حق عيني في الأرض الموقوفة يستطيع بموجبه أن يتولى بنفسه دفع التعرض، بل أن حقه شخصي يترتب في ذمة الناظر بإعتباره مؤجرا ، فيتعين على الناظر أن يتدخل في هذه الدعوى بمجرد إخطاره ويكون الخصم الحقيقي ، أما المزارع فله الخيار إما أن يطلب إخراجه من الدعوى ويبقى الناظر وحده توجه ضده إجراءات الدعوى التي رفعها المتعرض و إما أن يبقى في الدعوى بجانب المؤجر .

لكن إذا نجم عن هذا التعرض أن حرم من الإنتفاع بالأرض الموقوفة جاز له تبعا للظروف أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة.

أما التعرض المادي الصادر عن الغير الذي لايستند الى حق فلا يضمنه المؤجر وفي هذه الحالة للمزارع أن يحمي حيازته ضد المتعرض بجميع دعاوى الحيازة ، وفوق هذا يجوز له أن يدفع هذا التعرض بجميع الوسائل القانونية وله بوجه خاص أن يطالب المتعرض بالتعويض كما هو منصوص عليه في المادة 487 بقولها «لايضمن المؤجر للمستأجر التعرض الصادر من أجنبي و الذي لايسند على حق له على العين المؤجرة وهذا لايمنع المستأجر من أن يطالب شخصا بحق لمن تعرض له بالتعويض وأن يمارس ضده جميع دعاوى الحيازة»

### 4.1.2.1.1 : الإلتزام بضمان العيوب الخفية :

الناظر بناء على نص المادة 488 ق.م مسؤولا عن ضمان العيوب الخفية في الأرض الموقوفة وفوات الوصف بها... فإذا وجد في الأرض عيب خفي توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في المادة ( أن يكون العيب خفيا مؤثرا - غير معلوم ) أوفات على المزارع وصف العين ، جاز للمزارع حسب الظروف أن يطلب إزالة العيب أو يقوم هو بذلك على نفقة الناظر إذا كانت هذه الإزالة لاتبعضه ، وله ان يطلب فسخ العقد أو انقاص الأجرة.

كما يكون الناظر مسؤولا عن تعويض المزارع إذا لحقه ضرر من العيب.

### 2.2.1.1: إلتزامات المزارع

إلتزام المزارع حسب نص المادة 26 مكرر الفقرة الأولى هو إستغلال الأرض الموقوفة وذلك بأن يلتزم بزراعة الأرض و يجعلها تنتج لأن المؤجر شريك له في المحصول و يتفرع عن هذا الإلتزام إلتزامات أخرى تتمثل في دفع النسبة المتفق عليها من المحصول ، و المحافظة على الأرض ، و ملحقاتها و القيام بالإصلاحات التأجيرية التي يقتضيها الإنتفاع المألوف بالأرض والإمتناع عن التنازل عن المزارعة أو المزارعة من الباطن وفي الأخير يلتزم برد الأرض الموقوفة بالحالة التي تسلمها عليها وعليه سنتناول هذه الإلتزامات فيما يلي:

### 1.2.2.1.1 الإلتزام بزراعة الأرض :

سنبين الأعمال التي يلتزم المزارع القيام بها والعناية التي يبذلها في ذلك حتى يعتبر أنه وفي بهذا الإلتزام.

**الأعمال الزراعية:** القاعدة أنه كل ماينبت وينمي ويزيد في الخارج فهو على المزارع ، وعلى هذا فما كان من عمل قبل إدراك الزرع وتناهيه وجفافه من تحضير الأرض وسقي وتسميد وحفظ فهو على المزارع ، وماكان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما بقدر حصصهما كالحصاد ونحوه مما يحتاج لخلوص الحب وتنقيته لأنه ليس من عمل المزارعة، لذلك قلنا أن المزارعة على أرض قد أدرك زرعها لايصح لفوات العمل الزراعي المؤثر في الزرع .

وما كان بعد القسمة من نقل الحصول وتخزينه فهو بطبيعة الحال عليهما لتمييز ملك أحدهما على الآخر [12] ص 477.

وكذلك الأعمال التي تبقى منفعتها الى مابعد إنتهاء المزارعة لايلتزم بها المزارع كحفر الآبار والسدود التي توضع في وجه الماء لأنها أعمال لايفتضيها العقد [32] ص 452.

**(أ) قلب الارض وحرثها :** الأصل في الحرث أنه سبب لزيادة الغلة وهو لايلخو من وجهين : إشتراطه في العقد أو السكوت عنه [90] ص 182 .

- السكوت عنه : وهو أن تعقد المزارعة مطلقا دون الإتفاق على الكراب ، فهل يجبر عليه المزارع ؟

يرى الفقهاء أنه ينظر الى الأرض إن كانت تزرع بغير حرث ويحصل زرع معتاد مما يقصده الناس عادة بالزراعة فلا يلزم المزارع على الحرث فإن شاء حرث وإن شاء لا يحرث، وإن كانت الأرض مما لا تخرج زرعاً بغير حرث أو تخرج شيئاً ولكن قليلاً ، فإنه يجبر عليه ، لأن المقصود بالمزارعة تحصيل الخارج فإن العمل الذي لا بد منه لتحصيل الخارج يصبح ملزماً بمطلق العقد .

- إشتراط الحرث في الأرض : في هذه الحالة المزارع ملزم به لأنه شرط صحيح يجب الوفاء به وهناء حالة ليس للمزارع أن يحرث الأرض فيها إذا كان الحرث مما يحرق الأرض والزرع ويكون ذلك عند قوة الأرض [22] ص 39.

**ب ( التثنية :** وهي قلب الأرض مرتين فإن شرطها قيل الزراعة بهدف جودة المحصول صحت المزارعة لأن منفعتها لاتبقى بعد مضي مدة العقد.

أما إذا شرطاً أن تكون مرة قبل، ومرة أخرى بعد ما يحصد الزرع بأن يردّها مقلوبة ، فهذا الشرط مفسد للعقد لأن المزارعة تنتهي بإدراك الزرع وقد شرط عليه عمل بعد إنتهاء العقد.

**ج) السقي :** وهو على التفصيل السابق في الحرث ، بمعنى إذا كان الزرع يكتفي بماء السماء ويخرج زرعاً معتاداً بدون السقي فلا يجبر عليه المزارع وإن كان مما لا يكتفي به فيجبر على السقي.

بالإضافة إلى إلزام العامل بنزع الحشائش الضارة والنباتات المتشابكة التي تعرقل نمو الزرع ومقاومة الآفات كالجراد والديدان التي في الزرع ، كما يقوم بعملية التسميد لجودة المحصول ، وعليه الإلتزام أيضا بحراسة الزرع وحفظه من الإعتداءات كالسرقة أو من أكل الطيور.

### العناية الواجبة في الزراعة والمحافظة على الزرع :

لم ينص القانون على العناية الواجبة في الزرع و في المحافظة على الزرع إلا أن مشاركة المزارع للمؤجر في المحصول ومساهمته في الربح والخسارة تجعل المزارع يشعر وهو يقوم بأعمال الزراعة أنه شريك للمؤجر الأمر الذي يجعله يعتني بالعمل الزراعي ويحافظ على الزرع ويبذل في ذلك من العناية ما يبذله في شؤونه الخاصة والزراعة هنا فعلا من شؤونه الخاصة لأنه يملك نسبة من المحصول كما قلنا وعلى هذا الأساس فالناظر يتحمل نتيجة إختياره للمزارع فينتفع من مزارع معروف بحسن العناية ويضار من مزارع معروف بسوء العناية لأنه هو الذي إختاره [81] ص 309.

وهذا ماذهب إليه المشرع المصري بصريح المادة 623 م مصري يقوله « يجب على المستأجر أن يبذل في الزراعة وفي المحافظة على الزرع ما يبذله في شؤونه الخاصة ». [82] ص 452.

### جزاء الإخلال بهذا الإلتزام :

إذا قصر المزارع في العمل الزراعي او في المحافظة على الزرع فيكون ضامنا لذلك لأن الزرع أمانة في يده كما لو تأخر في تحضير الأرض تفريطا منه فنقص بسبب ذلك الزرع أو ترك السقي عمدا حتى يبس ، أو أهمل

حفظ الزرع حتى هلك بسبب أكل الدواب له ، أو لم يرد الجراد حتى أكل الزرع إن أمكن طرده فإنه يكون مسؤولا [11] ص 300 مالم يثبت أن الهلاك أو التلف كان بسبب لايد له فيه ، أو يثبت أنه بذل العناية الواجبة أما إذا لم يستطع نفي المسؤولية عنه إلتزم بتعويض المؤجر عما تلف من نصيبه.

### 2.2.2.1.1 : المحافظة على الارض وملحقاتها .

يلتزم المزارع بالعناية بالأرض الموقوفة وملحقاتها ، وذلك طبقا للقواعد العامة في إلتزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة لأنه أمين على الأرض وهو ينتفع بها لذلك فإن العناية المطلوبة منه في المحافظة على الأرض هي عناية الشخص المعتاد و لو كانت عنايته بشؤون نفسه أعلى أو أقل من العناية المعتادة ، ومن ثم يكون مسؤولا عما يصيب الأرض من تلف أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالا مألوفاً.

ويترتب على ذلك أن المزارع لا يكون مسؤولا عما يصيب الارض من تلف إذا أثبت أنه يبذل في المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد.

ويتفرع عن ذلك أن الترميمات التأجيرية التي يقضي بها العرف تدخل في العناية الواجبة في المحافظة على الأرض الموقوفة.

### 3.2.2.1.1 : الإلتزام بالإصلاحات التأجيرية :

المزارع بمناسبة إنتفاعة بالأرض الموقوفة وملحقتها يلتزم بالإصلاحات البسيطة التي يقتضيها الإنتفاع، وتتمثل هذه الإصلاحات في تطهير وصيانة الترع والمساقى والمرابي .  
والمصاريف والإصلاحات البسيطة للآبار والاسوار والمباني المعدة للإستغلال .

وهذه الإصلاحات يعينها العرف مالم يكن هناك أتفاق يقضي بخلافها .

### 4.2.2.1.1 : الإلتزام بعدم عقد المزارعة من الباطن أو التنازل عنها:

بعد أن حضر القانون المدني الإيجار الفرعي والتنازل عنه في الإيجار بوجه عام ، إلا بموافقة المؤجر الصريحة أو وجود نص يجيز ذلك جاء قانون التوجيه العقاري بنص خاص بالإيجار الفرعي للأرض الفلاحية، حيث نصت المادة 54 منه على ذلك بقولها : «لايجوز التأجير الفرعي إلا في مراعي القش وذلك في إطار أحكام المادة 505 من الأمر 58 /75 المؤرخ في : 26 سبتمبر 1975 المذكور أعلاه وفي جميع الحالات غير المبينة أعلاه يكون العقد باطلاً وعديم الأثر ».

وعليه نستنتج من هذه المادة مايلي :

1- أن المشرع حصر الإيجار الفرعي في الأراضي الفلاحية دون تحديد صنف هذه الأرض وان كان هذا القانون ينظم الملكية الفلاحية الخاصة إلا أنه يمكن تطبيق هذا النص على الأراضي الفلاحية الموقوفة لأنها أولى بحماية الدولة القانونية.

2- إستثنى المشرع مراعي القش من هذا الحصر وذلك في حدود المادة 505 قانون مدني (موافقة المؤجر).

3- أن هذا الحصر جاء مطلقاً فلا حاجة الى موافقة المؤجر السابقة أو إجارته اللاحقة .

4- أن العلة من تحريم الإيجار الفرعي لسببين :

- ان شخصية المستأجر في الإيجار الفلاحي محل إعتبار فمعيار إختيار المؤجر للمستأجر معيار شخصي أساسه الثقة ، الأمانة والكفاءة .
- محاولة المشرع حماية الأراضي الفلاحية من المضاربة بها ، والإيجار الفرعي يهدف الى اقامة إيجار ثاني بين المستأجر الاصيلي والمستأجر من الباطن .
- يلاحظ على المشرع أنه تطرق للإيجار الفرعي دون التنازل عن الإيجار مما يطرح التساؤل التالي:

هل يجوز التنازل عن الإيجار الأرض الفلاحية؟

الإجابة تكون بالنفي وذلك قياسياً على الإيجار الفرعي لأن التنازل عن الإيجار يؤدي الى تحويل حقوق المستأجر الأصلي والتزاماته الناشئة عن عقد الإيجار الى المتنازل له إما بالبيع او الهبة[91] ص 453.



ولما كانت المزارعة على الأرض الموقوفة من الإيجارات الفلاحية لشخصية المزارع إعتبار ، فلا يجوز له أن يتنازل عن عقد المزارعة أو عقدها من الباطن .

**جزاء الإخلال بهذا الإلتزام :** عملا بالفقرة الأخيرة من المادة 54 من قانون التوجيه العقاري فإن المزارعة من الباطن وعقد التنازل يعد باطلا عديم الأثر، ويبقى بذلك العقد الأصلي قائما.

#### 5.2.2.1.1 : الإلتزام بتقديم الحصة المتفق عليها في العقد .

يلتزم المزارع بأن يسلم للناظر حصته من المحصول حسب الإتفاق.

وبحسب طبيعة المزارعة ، فإن هذا الإلتزام لا يكون مستحق الأداء إلا بعد جمع المحصول ، ولا يكون الوفاء دوريا أو مجزء بل يكون دفعة واحدة ، ويكون على الناظر أن يستلم المقابل وأن يعطي للمزارع مخالصة عنه.

#### 6.2.2.1.1 : الإلتزام برد العين وملحقاتها : م 502 ، 503

عند إنتهاء مدة المزارعة يلتزم المزارع برد الارض محل العقد وملحقاتها، فإذا ابقاها في يده يلتزم بدفع قيمة الإيجار عن ذلك ، وعليه أن يردها بالحالة التي تسلمها ، فإذا حصل نقص بها يكون مسؤولا عنه مالم يثبت السبب الأجنبي أو أن يثبت أن النقص كان بلاخطأ منه.

وكل تغير يحدثه المزارع بناء كان او غرسا يلحق بالأرض الموقوفة يبقى الوقف قائما شرعا مهما كان نوع ذلك التغير.

#### 3.2.1.1 : الإلتزامات المشتركة .

إن ما يعكس الطبيعة الخاصة لعقد المزارعة هو أن هناك إلتزامات مشتركة بين طرفي العقد وهي :

1- تقسيم نفقات السماد والمبيدات ، ونفقات الحصاد والدياس ، والتذرية والرفع الى البيدر على قدر نصيبهما من الناتج.

غير أنه يرى أبو يوسف أنه يجوز اشتراط نفقات ذلك على المزارع لتعامل الناس لأن العرف الظاهر هو أن يباشر المزارع هذه الأعمال [72] ص 237، وان كان في الواقع أن المزارع يتحمل كل هذه الأعباء دون صاحب الارض على أن يقتطع نصف نفقات ذلك من الخارج .

2- تحمل تبعة الهلاك بسبب القوة القاهرة : يتحمل المزارع والوقف تبعة هلاك الغلة كلها أو بعضها بسبب القوة القاهرة ، وذلك تطبيقا للقاعدة التي تقضي بان الشيء يهلك على مالكة فإذا كان الهلاك كلياً ينتهي الأمر ، أما إذا كان جزئيا فيقسم الباقي بينهما بحسب النسبة المتفق عليها أثناء العقد ، أما إذا كان الهلاك يعود الى خطأ المؤجر أو المزارع جاز للآخر أن يرجع على من وقع منه الخطأ بما يقابل نصيبه في الغلة [90] ص 181.

### 3.1.1 : إنقضاء المزارعة.

الإنهاء الطبيعي للمزارعة يكون بإنهاء المدة المقررة لها في العقد ، ولكن قد تنهي قبل ذلك لأسباب تطرا عن تنفيذ العقد فتنهيه قبل إنتهاء المدة .

لهذا سنتعرض في الفرع الأول لإنهاء المزارعة بإنهاء المدة ثم في الفرع الثاني الى حالات إنتهاء المزارعة قبل إنقضاء المدة .

#### 1.3.1.1 : انتهاء المزارعة بإنهاء المدة :

المزارعة عقد مؤقت ، فلا بد أن تنتهي إذا انقضت المدة المحددة لها، ولكن قد يحدث وأن تنتهي المدة المقررة في العقد ولكن المحصول لم ينضج بعد، مما يتحتم بقاء المزارع في الأرض إلى غاية نضج المحصول مع بعض التغيير في أحكام العقد ، لذا سنبحث مسألتين :

أولا :إنهاء المدة بتمام نضج المحصول .

ثانيا :إنهاء المدة والمحصول لم ينضج بعد.

#### 1.1.3.1.1 : إنتهاء المدة بتمام نضج المحصول :

تنتهي المزارعة بإنهاء المدة المحددة في العقد ، وإن لم تحدد المدة فإنها تكون لمدة لا تتجاوز ثلاثة مواسم فلاحية ، قياسا على المدة القصوى لإيجار الأراضي الفلاحية الموقوفة والمقدرة بثلاثة سنوات .

وعند انتهاء المدة ونضج المحصول يتم قسمة الغلة حسب النسب المتفق عليهما في العقد ، ولكن المسألة التي تثار كيف تتصرف السلطة المكلفة بالأوقاف بنسبة الوقف في الغلة ؟ مع العلم أن المشرع لم ينص على هذه المسألة. بالرجوع الى الواقع العملي نجد أن مديرية الشؤون الدينية والأوقاف تقوم بعملية بيع الغل بالمزاد العلني عن طريق المحضر القضائي ، ثم تصب إيرادات هذه الأملاك في حساب الأوقاف بالصندوق المركزي للأملاك الوقفية طبقا لتعليمات وزير الشؤون الدينية والأوقاف رقم : 37 المؤرخة في : 1996.06.05.

#### 2.1.3.1.1 : إنتهاء المدة والمحصول لم ينضج بعد :

قد تنتهي المدة المحددة في العقد، ولكن المحصول لم يدرك بعد، فإنه في هذه الحالة يحق للمزارع أن يبقى في الأرض إلى غاية نضج المحصول، وعليه في مقابل ذلك أجر مثل- قدر حصته- الأرض، وتكون نفقة الزرع ومؤنة الحفظ على المتعاقدين بقدر حصصهما لأن هذه الإلتزامات تكون على عاتق المزارع فقط أثناء مدة العقد [32] ص 456.

وعليه نجد أن عقد المزارعة ينتهي بإنقضاء المدة ويصبح العقد بعد ذلك إيجار لجزء من الأرض ، لأنه لو تم قلع الزرع بإنهاء المدة فإنه يلحق ذلك ضرر بالملك الوقفي ، لأن المزارع بإنهاء المدة لا يبقى له حق في منفعة الأرض ن وهو ينمي حصته من الزرع في أرض الغير لذلك يجب عليه أجر المثل [11] ص 297.

وهذا الحكم يتماشى مع روح المادة 469 القانون المدني التي تنص على أنه « الإيجار الصادر ممن له حق المنفعة ينقضي بإنقضاء هذا الحق على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة ». «

ويعني هذا أن العقد يمتد بحكم القانون عندما تنتهي مدته ولم يتم جني المحصول ، فيستمر العقد الى حين جني المحصول .

و قد نصت المادة 17، من التقنين المدني المصري على هذا الحكم صراحة بقولها « يجوز للمستأجر إذا لم تنضج غلة الارض عند إنتهاء الإيجار بسبب لايد له فيه أن يبقى بالعين المؤجرة حتى تنضج الغلة على أن تؤدي الأجرة المناسبة ». وينطبق هذا النص على المزارعة ويستنتج أن المزارع يجوز له أن يبقى في الأرض إلى غاية نضج الغلة ويشترط في ذلك أن يكون عدم نضج الغلة راجعا إلى سبب لا يد له فيه، لأنه إذا تسبب فيه كأن يتأخر في البذر فإنه يكون مسؤولا، أما إذا كان التأخير لا يرجع إلى خطئه كأن يكون السبب يعود إلى تغيرات جوية فإنه يكون له البقاء حتى ينضج مع دفع الأجرة المناسبة والمقدرة بنسبة حصته في هذا المحصول [91] ص 1356.

### 2.3.1.1: إنتهاء المزارعة قبل إنتهاء المدة :

هناك أسباب عامة تعترض تنفيذ العقد فنتهيبه قبل إنقضاء الأجل المحدد له وهي :

- موت أحد المتعاقدين .
- إنتهاء المزارعة بالفسخ .
- هلاك المحصول ( الانفاساخ).

### 1.2.3.1.1 : موت أحد المتعاقدين :

الأصل في قواعد الإيجار أنه لاينتهي بموت المؤجر ولا بموت المستأجر، غير أن موت المستأجر قد ينهي عقد الإيجار في حالة ما إذا طلب الورثة ذلك، إلا أن المزارعة تتميز بحكم خاص تستقل به، يختلف عن القواعد العامة وهو أنها تنتهي بموت أحد المتعاقدين سواء قبل الزراعة أو بعدها وسواء أدرك الزرع أو لم يدرك [90] ص 184.

وتجدر الاشارة إلى أن الحكم هنا بالنسبة إلى وفاة المؤجر ( صاحب الارض ) يختلف لأن المؤجر هو السلطة المكلفة بالأوقاف، فلا يمكن تصور هذه الحالة ، ومادام وفاة صاحب الارض لا يثار فإننا نتعرض إلى وفاة المزارع كسبب لإنهاء عقد المزارعة .

### وفاة المزارع قبل إدراك الزرع :

تقدم بأن المزارعة تنتهي بموت المزارع و لو قبل إنقضاء مدتها بينما القواعد العامة لاينتهي الإيجار بموت المستأجر، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى إعتبارات شخصية في المزارع ، لكن هل يحق للورثة أن يطالبوا بالحلول محل مورثهم في تنفيذ عقد المزارعة حتى ينضج المحصول ؟

يرى العلماء أن للورثة الخيار إما أن يمتنعوا عن إستخلاف مورثهم في العمل ولا يجبروا عليه لأنهم يخلفون مورثهم في أملاكه وحقوقه و ليسوا ملزمين بوفاء ديونه من ملكهم فكذلك لايجبرون على إقامة العمل الذي كان مستحقا عليه من منافعهم ، وللمؤجر في هذه الحالة ثلاث خيارات .

- قلع الزرع وتقسيمه بينه وبين الورثة حسب الحصص المتفق عليهما في العقد .
- أو يعطي للورثة قدر حصة مورثهم بقلا أو ينفق من ماله حتى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم بالنفقة .

أما إذا كان من بين الورثة من يستطيع القيام بالعمل الزراعي على الوجه المرضي ورضوا بالإستمرار في المزارعة إلى أن يستحصد الزرع، فلهم ذلك لأنهم قائمون مقام مورثهم، ولا أجر عليهم في الإنتفاع بالأرض [22] ص 49.

ويلحق بموت المزارع أن يصبح عاجزا عن زراعة الأرض لمرض أو سفر أو لحبس أو لغير ذلك من الأعذار فتنتهي المزارعة و قبل إنقضاء مدتها .

### وفاة المزارع بعد إدراك الزرع :

إذا مات المزارع والزرع قد بلغ الحصاد فهنا لإشكال يقسم المحصول بين الوقف وورثة المزارع على حسب الإتفاق في العقد ، وفي حالة ما إذا مات المزارع بعدما نضج المحصول ولم يوجد في الارض زرع ولا تدري السلطة المكلفة بالاوقاف ماذا فعل بالمحصول، فضمنان حصة الوقف تكون من مال المزارع لأن نصيب الوقف كان أمانة في يد المزارع فيكون دينا في تركته .

### 2.2.3.1.1: إنتهاء المزارعة بالفسخ :

تنتهي المزارعة بالفسخ وذلك عند إخلال أحد أطرفها بالتزامه وذلك تطبيقا لنص المادة 119 من القانون المدني التي تنص على أنه « في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك».

و عليه إذا أخل المزارع بالتزام من إلتزاماته كان يتمتع عن مواصلة العمل الزراعي أو أن يتغيب عن الأرض ففي هذه الحالة للسلطة المكلفة بالاوقاف أن تطلب التنفيذ العيني أو يطلب الفسخ مع التعويض في الحالتين عن الأضرار التي تلحق الوقف من جراء ذلك وكذلك الشأن بالنسبة للسلطة المكلفة بالاوقاف إذا أخلت بالتزاماتها كأن تخل بالإلتزام بضمنان التعرض فالمزارع كذلك طلب التنفيذ العيني أو الفسخ.

ويستلزم القانون أن يقوم الدائن قبل المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ بتوجيه إعدار الى المدين يطالبه فيه بتنفيذ إلتزامه، والإعدار إما أن يتم بإنذار رسمي عن طريق المحضر القضائي ، وإما عن طريق البريد ، ثم يرفع دعوى قضائية وللقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالفسخ إذا رأى أن الظروف تبرره [83] ص 105.

وقد يكون الفسخ بقوة القانون إذا تم الإتفاق في العقد على ان يعتبر العقد مفسوخا إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه ، فبمجرد إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه يفسخ العقد دون حاجة إلى حكم قضائي ، غير أن هذا الشرط لايعفي من الإعدار.

### 3.2.3.1.1 : إنفساخ العقد :

نصت المادة 121 من قانون مدني على الإنفساخ بقولها « في العقود الملزمة للجانبين إذا إنقضى الإلتزام بسبب إستحالة تنفيذه ، إنقضت معه الإلتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد بحكم القانون ».

وتنص المادة 481 ق م « إذا هلكت العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار هلاكا كلياً يفسخ الإيجار بحكم قانون »

من النصوص السابقة يتضح أنه إذا هلكت العين محل العقد كأن يتلف الزرع بسبب أجنبي لايد للمزارع فيه كفيضان أو إنجراف فإن تنفيذ الإلتزام يصبح مستحيلاً ، مما يجعل العقد منفسخاً بحكم القانون .

## 2.1 عقد المساقاة

نتناول ثلاثة مسائل تتعلق بالاولى بماهية عقد المساقاة و الثانية بالاثار المترتبة عليه وتتعلق المسألة الثالثة باسباب انتهائه.

و كما سبقت الاشارة لا نركز في الدراسة الا على النقاط التي تتميز فيها المساقاة عن المزارعة و نكتفي بالاحالة الى احكام المزارعة التي سبقت دراستها .

## 1.2.1 : ماهية المساقاة.

نتطرق في ماهية المساقاة إلى مفوهما في الفرع الاول ثم إلى أركانها في الفرع الثاني

### 1.1.2.1 : مفهوم المساقاة :

نتعرض في هذا الفرع إلى معنى المساقاة في اللغة ثم في الإصطلاح ثم إلى المعنى القانوني، أما فيما يتعلق بخصائصها وتميزها عن العقود المشابهة لها فنكتفي بالإحالة إلى خصائص المزارعة لأن العقدان يحملان نفس الخصائص .

#### 1.1.1.2.1 تعريف المساقاة لغة :

المساقاة مفاعلة من السقي والسقي مصدر سقيت وهو النصيب من الشرب ، ويقال ساقى فلان فلانا نخله إذ دفعه إليه ، على أن يعمره ويسقيه [93] ص 35.

جاء في شرح الجليل على مختصر خليل : " المساقاة مشتقة من السقي لأنه غالب عملها " وعند عبد الرحمان الجزيري: "المساقاة لغة مشتقة من السقي وهي استعمال شخص في نخيل أو كروم أو غيرها لإصلاحها على سهم معلوم من غلتها" [04] ص 805.

والمساقاة أصلها مفاعلة مع أن السقي هنا واقع من العامل فقط ، وإستعمال هذه الصيغة كان لوجود العقد الذي لا يكون إلا من إثنين [92] ص 270.

وسميت خدمة الشجر مساقاة على الرغم من إشتغالها على أعمال أخرى غير السقي كتتقية الشجر وتقليمه وإصلاحه ذلك لان السقي أهم الأعمال خاصة إذا كان بالدلاء من بئر عميق لمشقة ذلك.

وقد جاء في المغني لأبن قدامى سميت مساقاة لأنها مفاعلة من السقي ولأن شجر أهل الحجاز أكثر حاجة إلى السقي لأنهم يسقون من الآبار.

و المساقاة في تسميتها ثلاثة تأويلات [14] ص 223:

الأول: أنها سميت بذلك لأنها مفاعلة على ماتشرب بساق

الثاني: أنها سميت بذلك لأن موضع النخل والشجر سمي سقيا فاشتقوا اسم المساقاة منه.

الثالث: أنها سميت بذلك لأن غالب العمل المقصود فيها هو السقي فاشتق إسمها منه وقد يطلق لفظ المعاملة على المساقاة وهما لفظان بمعنى واحد، غاية ما في الأمر أن تسمية المساقاة لغة الحجازيين، و تسمية المعاملة لغة العراقيين.

و يتلخص مما سبق أن المساقاة لغة دفع الشجر إلى من يقوم بخدمة ، وتعميره وسقيه وتقليمه وإصلاحه مقابل نسبة معلومة من محصول وغلة هذا الشجر .

#### تعريف المساقاة إصطلاحا :

المساقاة عند الحنيفة هي " معاقدة دفع الأشجار والكروم الى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها".

وقد عرفها المالكية بأنها " عقد على عمل مؤونة النبات بقدر لامن غير غلته لابلفظ بيع أو إجارة أو جعل " .

أما عند الشافعية فهي أن يعامل غيره على نخل أو شجر عنب فقط ليتعهد بالسقي والتربية، على أن الثمرة لهما.

أما الحنابلة فذهبوا الى أن المساقاة هي " أن يدفع الرجل شجرة الى آخر ليقوم بسقيه ، وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم من ثمرة " [31] ص 391.

ما يلاحظ على تعاريف المذاهب الأربعة أنهم اتفقوا على التعريف الإصطلاحي للمساقاة وهو مساو للمعنى اللغوي ، إلا أن المعنى الإصطلاحي يشتمل على شرائط خاصة يترتب عليها صحة العقد كضرورة معلومية مقابل خدمة الشجر محل العقد.

غير أن هناك تفاوت بين الفقهاء بخصوص محل المساقاة بين موسع ومضيق حيث نجد الشافعية تحصر محل عقد المساقاة في النخيل والشجر العنب فقط في حين جعل المالكية المساقاة تشمل كل أنواع الأشجار و حتى الزروع القائمة لكنه حصرها في لفظ ساقيت بمعنى أن العقد لا يتم بلفظ بيع أو إجارة أو جعل .

### تعريف المشرع الجزائري :

عرفت الفقرة الثانية من المادة 26 مكرر 1 من القانون 07/01 عقد المساقاة بأنه "إعطاء الشجر للإستغلال لمن يصلحه مقابل جزء معين من الثمرة " ويستنتج من تعريف المشرع النقاط التالية :

- أن المشرع تبنى تعريف المذهب الحنفي مثلما فعل في عقد المزارعة مما ينبني عليه إعتدال أحكام المذهب الحنفي.
- أن محل المساقاة الشجر مهما كان نوعه .
- أن ماهية العمل المتعاقد عليه هو إستغلال الشجر وذلك بالقيام بكل الأعمال التي يحتاجها والتي تساهم في تنميته وإصلاحه ، إذ لم يحصره في عمل دون الآخر .
- مقابل خدمة الشجر يكون جزء معلوم من ثمر الشجر نفسه .

### 2.1.2.1: أركان المساقاة :

نقتصر في دراسة أركان المساقاة على دراسة المحل أما فيما يتعلق بأطراف العقد والسب والشكل فنحيل في ذلك الى أركان المزارعة.

**محل المساقاة :** محل عقد المساقاة الشجر ، المدة ، والثمار .

#### 1.2.1.2.1 الشجر : يشترط في الشجر محل المساقاة شروط عامة وشروط خاصة .

#### الشروط العامة :

وهي أن يكون الشجر معلوما ، اذا لايجوز المساقاة الا على شجر معلوم بالرؤية أو الوصف النافي للجهالة، فإن قال ساقيتك على بستان بغير رؤية ولاوصف لايصح لأنه عقد على مجهول.



و رؤية المحل حالة العقد غير مشروطة بل يكفي الوصف أو الرؤية المتقدمة بان يتم التعاقد على البستان بناء على رؤية سابقة على العقد ، بشرط أن لا يتغير البستان لأن الشرط هو العلم بالمعقود عليه وهذا هو رأي الجمهور .

كما لاتصح المساقاة اذا قال المساقى للعامل ساقيتك على أحد البستانين حتى يعين أي البستانين يقع عليه العقد لأن الغرض من العقد يختلف باختلاف الأعيان فلم تصح على غير معين [24] ص 379.

### الشروط الخاصة :

اختلف العلماء في المحل الذي يصح عقد المساقاة عليه فمنهم من أوجبها في الشجر دون الزرع ومنهم من أوجبها في نوع معين من الشجر دون الأخر وعليه سنتعرض الى أنواع المحال التي تصلح لأن تكون محلا للمساقاة وموقف المشرع الجزائري من ذلك :

ينقسم محل المساقاة الى : ماله أصل ثابت وهو الشجر وماله أصل غير ثابت ولكل منهما أنواع وشروط نتعرض لها فيما يلي :

#### أ) ماله أصل ثابت:

وتنقسم إلى أصل ثابت وله ثمر يجني وأصل ليس له ثمر يجني أو له ثمر و لكن لاينتفع به.

#### النوع الأول : ماله أصل ثابت وثمر يجني :

اختلف الفقهاء فيما تجوز عليه المساقاة من أشجار مثمرة حيث قال الامام مالك " السنة في المساقاة عندنا أنها تكون في أصل كل نخل أو كرم أو زيتون أو رمان أو ماشبه ذلك جائز لأبأس به.

وبهذا قال الحنيفة وهو قول الخلفاء الراشدين في حين ذهب الشافعي إلى أن محل المساقاة النخل والعنب فقط ، أما الحنابلة فذهبوا إلى صحة المساقاة على كل الشجر الذي له ثمر يؤكل.

والراجح أن المساقاة تصح على كل الشجر الذي يعود بالنفع لأن المساقاة إنما شرعت لحاجة الناس إليها والرسول (ص) عندما عامل أهل خيبر على النخل ليس لأن المساقاة لاتصح إلا عليه وإنما لأن خيبر يكثر فيها النحل لخصوبة أرضها وقوة مياهها ، اذ لو كانت أنواع أخرى من الشجر لساقاهم عليها .

#### شروط الشجر المثمر:

#### أن يكون الشجر مغروسا :

يشترط لصحة المساقاة على الاشجار المثمرة أن تكون هذه الأشجار مغروسة ، فإذا ساقاه على شجر يغرسه مدة معلومة بجزء مشاع منه أو من الثمر لايصح لأن الغرس ليس من عمل المساقاة وإنما يعرف ذلك بالمغارسة وفيها أراء.

ويضيف الى هذا المالكية أن يكون الشجر مما يثمر في عامه الذي وقع فيه العقد سواء كان الثمر موجود وقت العقد أو لم يكن موجودا ، إذ لايجوز في رأيهم مساقاة الودى والفاسيلا

إلا تبعاً لما يثمر في عامة بشرط أن عدد الشجر الصغير قليلاً بحيث لا يتجاوز الثلث مقارنة مع الشجر الكبير وإلا فإن العقد يكون باطلاً [01] ص 706.

في حين يرى الجمهور أنه يجوز عقد المساقاة على الودى وهو الأصوب وفيه ثلاث صور [51] ص 29:

الصورة الأولى: إذا أبرم العقد لمدة يعلم أنه يثمر فيها غالباً ويكون له جزء من الثمر صح لأنه ليس فيه أكثر من عمل العامل يكثر نصيبه و يقل كما لو جعل له سهماً من ألف سهم فإن أثمر الشجر في الوقت المقدر فله ما شرط وان لم يثمر فلا شيء له .

الصورة الثانية: ان المساقاة لوقت لا يثمر فيه غالباً فيصح العقد لأنعدام العوض وان اثمر يطرح التساؤل التالي: هل يستحق الأجر؟ فيه وجهان :

الأول : لا يستحق لأنه كالمطوع .

الثاني : يستحق لأن العوض في المساقاة لا يسقط بالرضا .

وان اثمر الشجر في المدة المقدرة لا يستحق ما شرط له لأن العقد وقع باطلاً .

الصورة الثالثة : أن يساقيه لمدة يحتمل أن يثمر فيها و يحتمل ان لا يثمر ، يصح العقد فان اثمر في المدة المحددة فله ما اشترط و اذا لم يثمر فيها فلا شيء له وهناك من قال أنه له أجر المثل اذا لم يثمر .

وهناك من فرق بين تأخر الثمر وعدم الثمر أصلاً ، فإن تأخره أجر المثل وان لم يثمر أصلاً فليس لأحدهما على صاحبه شيء .

**أن لا يكون ثمر الشجر قد بدى صلاحه :**

إنفق الفقهاء على هذا الشرط وقد قال الإمام مالك « ومن ساقى ثمرًا في أصل قبل أن يبدو صلاحه ، ويحل بيعه فتلك المساقاة جائزة » .

والصلاح يكون بالاحمرار أو الإصفرار وبظهور الحلاوة وعلّة ذلك أن الشجر يكون مستغنياً عن الخدمة والعامل انما يستحق العوض لعمله في خدمة الشجر ولما لعمله من تأثير في حدوث الثمرة .

وعبر الحنفية عن هذا الشرط بقولهم اذا كانت المساقاة على الشجر مثمر فلا بد أن يكون ثمره يزيد بالعمل فيه وتبطل المساقاة اذا كان الثمر قد استوى وأصبح صالحاً للجني فإذا إجمر أو اصفر الثمر ولكنه لم يستوي بعد فإنه تصح مساقاته [14] ص 23.

**أن يكون الشجر مما لا يخلف:**

الإخلاف له معنيان في الزرع وفي الشجر ، فمعناه في الشجر هو أن ينبت بجانب الثمرة التي استوت قبل قطعها شجرة أخرى جديدة مثمرة كالموز ، فإنه بعد أن تثمر شجرة الموز تنبت الى جانبها شجرة أخرى تثمر قبل قطع الأولى وهكذا [01] ص 23 .

وحكم الشجر الذي يخلف بعد قطعه لا يجوز المساقاة فيه وعلّة ذلك جهالة ما يتفرع عن الشجر.

أما الشجر الذي لا يخلف فهو الذي تصح مساقاته .

ولا يشترط في المساقاة أن يكون الشجر محتاجا إلى السقي لأن الشجر يحتاج الى أعمال أخرى غير السقي كالنتقية والحفظ والتلقيح ونحو ذلك.

**النوع الثاني : ماله أصل ثابت وليس له ثمر يجني أو له ثمر لا ينتفع به :**

مساقاة الشجر الذي لا ثمرة له أو له ثمر ولكن لا ينتفع به كالصفصاف والصنوبر وغيره لاتصح عند المالكية والشافعية والحنابلة ، غير أن متأخروا الحنفية ذهبوا إلى إجازة المساقاة عليه ويشترط في هذا الشجر أن يكون مما يحتاج الى السقي والحفظ وإلا فلا تصح مساقاته.

والراجح أنه لاتصح المساقاة على مثل هذا الشجر لأن الأصل أن العوض هو الثمار وهذا النوع من الشجر لا ثمرة له وحتى وإن كانت هناك ثمرة لا ينتفع بها فلا تصح.

**ب) ماله أصل غير ثابت: و هو نوعان :**

**النوع الأول : ماله أصل غير ثابت وله ثمر يجني:** ويقصد بهذا الزروع سواء كانت خضرا أو كانت نباتات زاحفة كالبطيخ، وباذنجال ونحو ذلك .

وقد اختلفت الأراء في صحة المساقاة على الزروع ، فقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم جواز المساقاة على الزروع لأنها كالمخابرة على الزروع والنبوي (ص) نهى عنها [14] ص 22

والحنابلة عبروا على سقي الزرع النابت بالمزارعة، قالوا إن قيل الشجر فهي مساقاة ، وإن قيل الزرع فهي مزارعة.

أما المالكية والحنفية فأجازوا المساقاة على الزرع والمالكية وضعوا شروطا لذلك أما الحنفية فأجازوا المساقاة على الزروع قياسا على مساقاة النخيل لأن الحب يتولد عند النبات بعمل العامل كالتمر من النخيل وهو الأوجه.

**شروط جواز المساقاة على الزروع عند المالكية:**

**الشرط الأول :** أن يكون قد برز من الأرض ليكون شبيها بالشجر وذلك لإزالة الالتباس لأن الزرع يطلق على البذر مجازاً.

**الشرط الثاني :** أن يعجز صاحبه عن سقيه ، ولم يحصر بعض المالكية العجز في السقي بل تصح المساقاة في الزروع بسبب العجز عن كل عمل من شأنه أن يتم نمو الزرع .

**الشرط الثالث:** أن يخاف عليه الهلاك .

**الشرط الرابع:** لا يكون صلاحه قد ظهر وجاز بيعه .

**الشرط الخامس :** أن يكون مما لا يخلف ، و الخلاف في الزروع يكون بعد القطع وعليه لاتصح المساقاة في كل ما يجني ثم يخلف ثانياة كالبرسيم والكزبر والبقدونس .

**النوع الثاني : ماله أصل غير ثابت ولكن له ثمر و ورق ينتفع به :**

كالورود والياسمين ونحوها ، عند الحنابلة لاتجوز مساقاة هذا النوع من الأصول ، أما المالكية والحنفية فلا يرون حرج في مساقاتها وهذا هو الأصوب لأن الخارج من هذه الأصول يمكن الانتفاع به ويشترط المالكية في هذا النوع نفس شروط الشجر المثمر .

**موقف المشرع الجزائري:**

عرّف المشرع المساقاة بأنها " عقد يقصد به إعطاء الشجر للإستغلال ..."

وعليه نجد أن المشرع قصر محل المساقاة على الشجر دون الزرع كما نلاحظ أنه لم يقصر المساقاة على نوع معين من الشجر دون الآخر وإثما جاء النص مطلقا .

**2.2.1.2.1 : المدة (إحالة)**

**3.2.1.2.1 : الثمار .**

تقوم الثمار في المساقاة مقام الاجرة ، فهي مقابل لما قام به العامل من عمل وماقدم الوقف من شجر ، ويشترط في الثمار كمقابل للعقد مجموعة من الشروط نوردها فيمايلي :

**الشرط الاول : أن تكون الثمار من الشجر المعقود على خدمته .**

وهذا يعني أن العوض في المساقاة يكون ثمرا، فلاتصح أن تكون غير الثمر كأن تكون مبلغا نقديا أو أن تكون جزء من الثمرة مضاف إليه مبلغ نقدي فهذا لايصح لإحتمال أن لايخرج من الثمرة إلا مايساوي المبلغ النقدي الذي تم تعيينه في العقد ، بل أكثر من ذلك لايصح أن يكون العوض ثمر بستان آخر غير البستان المتعاقد عليه [34] ص 295.

وهذا ما ذهب إليه المشرع من خلال تعريفه لعقد المساقاة إذا أوجب أن يكون المقابل جزء معين من الشجر المعقود على خدمته .

**الشرط الثاني : أن يكون الثمر معلوم القدر**

إتفق فقهاء المذاهب على هذا الشرط ، وذلك لحديث عمر رضي الله عنه أن الرسول (ص) عامل أهل خيبر بشطر مايخرجه من ثمر أو زرع.

فالمساقاة لاتصح إلا على جزء معلوم من الثمرة كالثلث والرّبع ونحوها وسواء قلّ الجزء أو كثر فلا يشترط تساويهما، غير أنه يجب تطبيق أحكام الأجرة في الملك الوقفي التي لاتصح أن تقل عن أجر المثل بغبن فاحش.

كما لايصح أن يعين الثمر بقدر مخصوص كعشرين كيلوغرام ، أو قنطار أو بصاع لأنه ربما لايحصل إلا ماعيناه فينفردأحد المتعاقدين به ويستتضر الآخر .

## إستحقاق الثمار :

سيتحق العامل نصيبه من الثمار بالشرط أما ربّ المال فيأخذها بحكم أنها نماء ملكه ، فإذا إشتراط للعامل الرّبع ولم يذكر نصيب ربّ المال فله الباقي أمّا إذا ذكر العكس فله وجهان [93] ص 124 .

الأول : لا يصح ذلك لأن العامل يستحق بالشرط ولو لم يشترط له شيئاً فتكون المساقاة باطلة.

الثاني : تصح وهو رأي الحنيفة ، ووجه ذلك أن الثمرة لهما لا يستحقها غيرهما ، فإذا قدر نصيب أحدهما، فالباقي للآخر .

والمشرع نصّ على ضرورة تعيين مقابل العقد دون تحديده إذ ترك تقدير ذلك لإتفاق الاطراف على أن لا يقل نصيب الملك الوقفي عن أجر المثل.

الشرط الثالث : أن يكون الثمر شائعا في جميع الأشجار .

فلا يجوز أن يختص أحد طرفي العقد بثمر أشجار بعينها دون باقي أشجار البستان لأنه قد لا تثمر إلا تلك الأشجار أولا تثمر فيتضر أحدهما .

وقد ذهب المالكية إلى أكثر من ذلك، حيث إشتراطوا زيادة على وجود أن يكون الثمر شائعا، أن يكون تحديد النسبة مستويا في جميع الأشجار، فمثلا إذا كانت المساقاة على بستان فيه أجناس مختلفة كالتفاح و البرتقال والرّمان و إتفقا المتعاقدين على خدمته بالثلث ، فإنه يجب أن يكون الثلث في الجميع، فلا يصح أن يكون في التفاح الثلث وفي الرّمان الرّبع مثلا .

غير أن الجمهور خالفوا المالكية و ذهبوا إلى أنه إذا كان في البستان شجرا من أجناس مختلفة، و أشتراط للعامل قدرا معيناً لكل جنس ، أو كان في الجنس أنواعا مختلفة واشترط للعامل قدرا معيناً و هما يعلمانه جازت المساقاة، فالشرط الوحيد هو علم الطرفان بالنصيب المشروط لكل جنس أو نوع على حدى [34] ص 560 .

الشرط الرابع : أن يكون الثمر مخصوصا بالمتعاقدين مشتركا بينهما .

وهو رأي الجمهور [01] ص 26 ومفاده أن يكون الخارج من الثمر مشتركا بين المتعاقدين وإن كان لا يشترط التساوي، فلا يصح أن ينفرد به أحد من المتعاقدين .

### 2.2.1 : إلتزامات المتعاقدين .

القاعدة في المساقاة أنه ما كان يعود بالفائدة على الأرض وما لا يتكرر كل سنة يكون على المالك كحفر الآبار و بناء الأسوار ، وما يعود بالفائدة على الشجر و ما يتكرر كل سنة كالسقي ونحوه فهو على العامل ، وما يعود بالنفع على الأرض و الشجر فيكون عليهما بقدر نصيبهما .

فأما ما يخص إلتزامات المؤجر فنحيل إلى إلتزامات الناظر في عقد المزارعة .

وأما إلتزامات العامل سنعرض لها فيمايلي ، لأن أعمال العامل تختلف في المساقاة عنها في المزارعة تبعا لإختلاف المحل ، ثم نتعرض إلى الجهات المختصة نوعيا و إقليميا و نوع الدعوى في حالة النزاع بشأن كل من المزارعة و المساقاة .

### 1.2.2.1: إلتزامات العامل.

يلتزم العامل في المساقاة بكل أعمال خدمة الشجر ، والتي تساهم في وجود الثمار ونموها وبمناسبة قيامه بذلك فهو ملزم بكل الإصطلاحات البسيطة التي تكفل الحفاظ على الارض المشجرة وعليه نتطرق لهذه الإلتزامات تبعا:

#### 1.1.2.2.1: الإلتزام بخدمة الشجر والمحافظة على الأرض وملحقاتها :

يتعهد العامل بمقتضى العقد بكل ما فيه صلاح الثمر ونموه مما يتكرر كل سنة [31] ص 326.

وأعمال المساقاة المطلوبة من العامل هي كالتالي :

**تعهد العين بالسقي والري :** وما يتبع السقي من فتح السواقي وسدها ، وتهيئة قنوات المياه ونحوها، وتنقية النهر والبئر من الطين ونحوه كما يلتزم بدفع تكاليف السقي اذا إستتجر آلات ذلك .

**التأبير :** وهو التلقيح ، ويعني وضع الشئ من طلع الذكور في طلع الإناث أما الطلع الذي يلحق به فإختلف العلماء فيمن يجب عليه شراؤه ، فذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه على المالك لأنه ليس من العمل ، أما الحنفية فيروا أنها على العامل لأن هذا ما يتكرر كل عام ، والأوجه أن تترك هذه المسألة ومثلها الى الإلتفاق وإذا لم يحددا ذلك فيطبق العرف المتداول .

**الحرث والتسميد :** يجب على العامل أن يقوم بالحرث تحت الأشجار، كما عليه وضع السماد إذا كان ذلك يعود بالنفع على الثمار، ويؤدي الى إستزادتها و يرى الجمهور أن نفقة ذلك تكون على المالك لأن ذلك يعود بالفائدة على الأرض ومما لا يتكرر كل سنة، أما الحنفية فجعلوه عليهما بقدر حقيهما لأن ذلك مما يعود بالفائدة على الأرض والشجر.

**تقسيم الأشجار وقطع ما يحتاج إلى قطعه :** حتى تنمو الثمار وتستزيد فلا بد من قطع الحشائش المضرة بالأشجار وقطع قضبان الكرم ، وقطع الأغصان الرديئة والجريد والشوك.

ولا يخفى علينا أن هذه الأفعال مما يحتاج إليها الشجر قبل الإدراك وبعده لذلك ذهب الحنفية إلى أن التقليم وقطع ما يحتاج إلى قطعه إذا كان قبل إدراك الثمار فيكون على العامل أصالة لأن الربع الربع حصل وعمل العامل ينتهي عنده فهو عليهما [44] ص 247 أما إذا حصل الإدراك فذلك عليهما بقدر حقيهما .

**تعريش الدوالي :** إذا كان الشجر المتعاقد عليه كروما يلزم العامل بتعريش الدوالي وهو أن ينصب أعواد لكروم العنب ليرفع العناقيد فوقها ويضللها عن الشمس بوضع الحشيش فوقها ويذهب الحنفية الى أن نفقة نصيب العرايش على المتعاقدين بقدر حصيتهما لأنها ليست من ضروريات المعقود عليه.

**الجداذ والقطاف :** يرى المالكية والشافعية أن الجذاذ والقطاف على العامل بمطلق العقد لأن ذلك من العمل الذي لا تستغنى عنه الثمرة وبه يوشك العامل على إنهاء مهامه .

بينما يرى الحنفية وبعض الحنابلة إلى أن القيام بهذه الأعمال يكون عليهما بقدر نصيبهما لأنهم شبهوا ذلك بنقل الغلة إلى المنزل بعد القسمة ، وأجاز الحنابلة إشتراط ذلك على العامل ، ومنعه الحنفية لأنه ينافي مقتضى العقد .

و الراجح هو قول المالكية والشافعية إذ أن مثل هذه الأعمال تعد من إلتزامات العامل ، ولو قام بها المالك يعتبر مشاركا في العمل وهذا مايتنافى مع مقتضى العقد .

**التشميس والتبييس :** ذهب الشافعية إلى أن الثمار التي يقتضي العرف تجفيفها وتشميسها يلتزم العامل بها ، أما المالكية فإشتراطوا التبييس بالنسبة بالنسبة للزرع فقط لأن المساقاة فيه تنتهي عندما يصلح الزرع للادّخار، أما الثمر فتنتهي المساقاة فيه عندهم بالقطف والجذاذ [90] ص 272.

### 2.1.2.2.1: العناية بالثمار والمحافظة على الأرض وملحقاتها :

#### العناية بالثمار :

على العامل إلتزام الإعتناء بالثمار والحفاظ عليها وذلك بحراستها من السرقة والطيور ومقاومة الحشرات والأفات ، ولما كان العامل شريكا لربّ المال في الغلة فإن المعيار المطبق فيما يجب العامل من العناية في المحافظة على الثمر هو معيار الشركة وهو أن يبذل العامل من العناية ما يبذله في شؤونه الخاصة .

ويرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري في هذا الشأن أن صاحب الشجر يتحمل نتيجة إختياره للعامل ، إذ ليس له أن يطلب من هذا الشخص إلا العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة فإذا إختار شخصا عاديا ، فالعناية المطلوبة هي عناية الشخص العادي ، أما إذا إختاره مهملا فعليه تحمل تبعه ذلك ، لأن هذا العامل هو أصلا مهملا في شؤونه الخاصة [91] ص 1385.

#### المحافظة على الأرض وملحقاتها :

العامل مسؤول عن العين أثناء الإنتفاع بها وملحقاتها من آلات إذا هو وجدها في العين محل العقد .

والمعيار المطبق في ذلك هو معيار الشخص المعتاد لأن الأرض المشجرة والآلات والأدوات هي ملك لربّ الشجر والعامل أمين عليها وهو ينتفع بها فيجب عليه أن يبذل في المحافظة على العين وملحقاتها مايبذله الشخص العادي ، فعليه أن لا يجعل الآلات تعمل أكثر من طاقتها وأن يقوم بتنظيفها وتزيتها وتشحيمها وتصليحها إن هي تعطلت ، وأن لا يتركها دون عمل حتى لا تتلف .

ولكن إذا كان التلّف لسبب أجنبي وأثبت العامل أنه لا يد له في ذلك وأنه بذل في ذلك عناية الرجل المعتاد ، فإن تعويض ماتلف من الآلات والأدوات يكون على المالك ولايشتراط ذلك على العامل ولو وقع تكون المساقاة قابلة للإبطال .

والعكس صحيح إذا جاء العامل بهذه الآلات وتلفت فعليه وحده خلفها لأنها ملكه ، ولايجوز له إشتراط ذلك على مالك الشجر .

ونفس الشيء إذا حضر العامل معاوناً له فإن أجره هذا الأخير على العامل وحده ، ولايجوز إشتراط ذلك على المالك، أما إذا وجد الأجراء في البستان فإن أجرتهم على مالك الشجر أما مؤونتهم فعلى العامل لأن عليه العمل والمؤن المتعلقة به.

**الإلتزام بعدم جواز التنازل عن المساقاة والمساقاة من الباطن : (إحالة)**

### **3.1.2.2.1: إنقضاء المساقاة.**

أسباب إنقضاء المساقاة هي نفس الأسباب التي ينقضي بها عقد المزارعة.

غير ان الإختلاف بينهما يكمن في انتهاء المدة قبل نضج المحصول ففي المزارعة للمزارع الحق في القيام على الزرع بعد إنقضاء المدة حتى ينتهي الزرع ، و للمالك الحق في مطالبة المزارع بأجر مثل أرضه التي عليها رزعه إلى أن ينتهي ، في حين أن المساقاة إذا إنتهت المدة المعينة لها قبل أن تستوي الثمرة ، فإنه يكون للعامل الحق في أن يقوم على الأشجار حتى تستوي الثمرة، و لكن لا يكلف العامل بدفع أجره حصته من الشجر.

و يرى عبد الرحمان الجزيري أن السبب في ذلك يعود إلى أن الأرض في أصلها يصح إستئجارها ، أما الشجر فلا يصح إستئجاره [01] ص 27.



### 3.1 المنازعات .

إن استغلال الاملاك الوقفية عن طريق عقدي المزارعة و المساقاة ، قد ينجر عنه نزاعات ، و المشرع الجزائري في قانون الاوقاف لم يتعرض الى هذا الجانب.

ففي حالة وقوع نزاع بين السلطة المكلفة بالاوقاف باعتبارها ناظرا على الملك الوقفي و الطرف الاخر المتعاقد معها تطرح التساؤلات التالية :

ماهو نوع الدعوى القضائية لحماية الحقوق المترتبة على هاذين العقدين ؟ و ما هي الجهات المختصة اقليميا و نوعيا ؟ .

### 1.3.1: نوع الدعوى.

تنقسم الدعاوى من حيث الحقوق التي تستند اليها الى دعاوى شخصية ، أي تستند الى حق شخصي كالدعاوى التي يرفعها الدائن على مدينه و الى دعاوى عينيه ، أي التي تستند الى حق عيني [54] ص 2002

و من خلال دراستنا لعقدي المزارعة و المساقاة توصلنا الى ان هذان العقدان لا يمكن اعتبارهما من العقود المنشئة لحق من الحقوق العينية الاصلية ، و انما هما علاقة بين ناظر الملك الوقفي و المزارع المتعاقد معه لا ترتب الا التزامات و حقوق شخصية [63] ص 212

لذلك فان أي نزاع ينشب بين السلطة المكلفة بالاوقاف و المزارع يكون محل دعوى شخصية لا عينيه.

اهمية هذا التقسيم تكمن في تحديد الاختصاص المحلي و هو ما سنوضحه .

### 2.3.1 : الاختصاص القضائي.

لم ينص المشرع الجزائري في قانون الاوقاف الا على الاختصاص الاقليمي ، في المادة 48 من القانون 10/91 ، اما الاختصاص النوعي فلم يحدده لذلك سنبين كلا الاختصاصين فيما يلي :

#### 1.2.3.1 : الإختصاص الاقليمي :

الاصل في تحديد الاختصاص الاقليمي هو المادة 08 من قانون الاجراءات المدنية التي تنص على ان القاعدة في الاختصاص الاقليمي هي الارتكاز على موطن المدعي عليه، اما الاستثناء من هذه القاعدة هو الحالات المستثناة بموجب المادة 08 نفسها .

و بناء عليه تصنف المساقاة و المزارعة ضمن القاعدة و ليس الاستثناءات لانها ترتب حقوق شخصية والحق الشخصي مطلوب و ليس محمول ، و تكون بذلك المحكمة المختصة هي المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه .

غير انه بالرجوع الى المادة 48 من القانون 10/91 المتعلق بالاوقاف و التي تنص على انه : « تتولى المحاكم المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها محل الوقف النظر في المنازعات المتعلقة بالاملاك الوقفية ».

ما يستنتج من هذه المادة ان المشرع جاء بنص خاص في مجال الاختصاص الاقليمي خرج به عن احكام المادة 08 من قانون الاجراءات المدنية ، و جعل اساس تركيز الاختصاص المحلي هو محل الوقف بغض النظر عن نوع الحق المطالب به ، و تكون بذلك المحكمة المختصة اقليميا هي المحكمة التي يقع في دائرتها محل الوقف سواء كانت الحقوق المطالب بها شخصية او عينيه.

### 2.2.3.1 : الإختصاص النوعي:

لم يحدد المشرع الجهة القضائية المختصة نوعيا ، مما يضيف الإشكال حول الجهة المختصة ؟

هل هو القضاء الإداري؟ بسبب أن السلطة المكلفة بالأوقاف طرف في النزاع بإعتبارها المسيرة للملك الوقفي، وذلك تطبيقا للمعيار العضوي المنصوص عليه في المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية؟، أم أن القضاء العادي هو المختص بإعتبار قانون الوقف مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، وهو أقرب في أحكامه من القانون الخاص والقاضي العادي أدرى بها من القاضي الإداري؟

#### الترجيح :

نرى أنه لا مجال لتطبيق المعيار العضوي لأن السلطة المكلفة بالأوقاف ليست طرف في النزاع بإعتبارها ممثلة للدولة وإنما بإعتبارها ممثل قانوني للوقف، الذي له شخصية معنوية مستقلة لها أهلية التقاضي، فضلا عن ذلك حتى وإن طبقنا المعيار العضوي فإن هذه الحالة تدخل في الإستثناءات التي تضمنتها المادة 7 مكرر من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أن الإجراءات الفلاحية التي تكون الدولة طرفا فيها يختص بها القضاء العادي .

وعليه نجد أن القضاء العادي هو المختص بنظر النزاعات المتعلقة بتنفيذ هذه العقود.

و لكن اذا ثبت الاختصاص للقضاء العادي ، فانه يطرح إشكال اخر حول القاضي المختص؟ هل هو القاضي المدني بإعتباره المكلف بمنازعات الإيجار لتعلقها بحقوق شخصية ؟ أم هو القاضي العقاري بإعتبار أن محل العقد عقار ؟ أم هو قاضي الأحوال الشخصية بإعتبار أن الوقف نظام إسلامي يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية ؟

#### الترجيح :

النظام القضائي الجزائري وإن كان لا يأخذ بنظام إختصاص القضاة، والتقسيم الداخلي للمحاكم ما هو إلا تنظيم إداري، وقضاة القضاء العادي لا يمكن لهم الحكم بعدم الإختصاص، إلا أننا نرى أنه اذا كان النزاع يتعلق بالوقف كتصرف من حيث (صحته ، بطلانه ...) يكون الإختصاص لقاضي الأحوال الشخصية ، لانه ادري بالاحكام الشرعية .

اما اذا تعلق الامر باستغلال الاوقاف عن طريق العقود السابقة ، فان القاضي المدني يكون هو المختص باعتباره المكلف بمنازعات الايجارات المدنية ، غير ان هذا لا يمنعه من الاستعانة بقاضي الاحوال الشخصية اذا تعلق الامر باحكام خاصة بالوقف ذاته.

ونخلص إلى القول أن إستثمار الأراضي الفلاحية الموقوفة الصالحة للزراعة يكون عن طريق عقدين، عقد المزارعة إذا كانت الأرض الموقوفة زراعية، وعن طريق عقد المساقاة إذا كانت الأرض الموقوفة مشجرة.

والظاهر أن المشرع في إعتماده هذه العقود تبنى المذهب الحنفي وإعتبر هذين العقدين من الإجازات الفلاحية ذات طبيعة خاصة لا ترتب إلا إلتزامات وحقوق شخصية ، وتكون السلطة المكلفة بالأوقاف طرفا فيهما بإعتبارها الممثل القانوني للوقف.

والأصل في هذين العقدين أنهما عقدان رضائيان ، غير أن كونهما ينعقدان على أرض موقوفة يجعلهما يكتسيان طابع الرسمية بإعتبارهما يصدران عن السلطة المكلفة بالأوقاف وفقا لنموذج قانوني مما يكفل الحماية الأفضل للأملاك الوقفية، وتكون بذلك الرسمية شرطا للإثبات وليس بالإنعقاد.

وإستنادا إلى قانون الأوقاف فإن الجهة المختصة إقليميا بنظر النزاعات الناجمة عن تنفيذ هذه العقود هي المحكمة موقع العقار الوقفي، أما الإختصاص النوعي فلم يحدده المشرع في قانون الأوقاف.

وتكون حماية الحقوق المترتبة عن هذين العقدين عن طريق دعاوة شخصية لأنهما لا يرتبان إلا حقوق وإلتزامات شخصية.

## الفصل 2

### 2 استثمار الأراضي الفلاحية البور

الأعيان الموقوفة وهي خارجة عن التداول ، تنتهي عادة إلى أن تكون أراضي البور ومباني مخربة ، دون أن يستطيع الوقف أن يصلحها ، وذلك لعدم وجود ريع لها تعمر به مع عدم الجدوى من إستبدالها لأنه لا يوجد مشتريا إلا بأقل الأثمان .

ولما كانت القيود على إيجار الوقف كثيرة ولا يمكن معها إيجار الوقف لمدة تزيد عن ثلاثة سنوات إلا بإذن القاضي وهو ما يستحيل معه العثور على مستأجر يقبل هذه القيود ويغامر بكثير من النفقات لإصلاح العين ثم يخرج منها دون طائل .

من أجل ذلك نشأت عند الفقهاء فكرة إيجار الأعيان الموقوفة المخربة لمدة طويلة تحايلا على أحكام الوقف الجامدة لإلتماس ثغرة تنفذ منها يد الإصلاح وكان من بين هذه الإيجارات عقد الحكر .

وقد قنن المشرع الجزائري هذا العقد ونص عليه كطريقة لإستثمار الأراضي الفلاحية الموقوفة البور ، دون أن ينص على الأحكام الخاصة لذلك نرى ضرورة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الشأن.

وعقد الحكر يعد تصرفا في العين الموقوفة لما يرتبه للمحكر من حق القرار عليها ، لذلك فهو يمثل قيد خطير لايرره إلا أن الأرض مخربة والحكر وسيلة لإصلاحها ، الأمر الذي أدى بالفقهاء والتشريعات العربية أسوة بهم يذهبون إلى الإبتعاد عن تطبيقه إلا عند الإقتضاء .

وبناء على ماسبق سنتعرض بالدراسة لهذا العقد كغيره من العقود إلى ماهيته ثم للآثار المترتبة على إنعقاده ثم إلى أسباب إنقضائه .

## 1.2 ماهية عقد الحكر

للإمام بهذا المبحث نرى من المفيد تقسيمه إلى :

1.1.2 : مفهوم الحكر .

2.1.2 : شروط إنشاء الحكر .

## 1.1.2 : مفهوم الحكر .

يعتبر الحكر ضرب من ضروب الإجارة الطويلة ، اقتضته الضرورة وهو يستمد مصدره من أحكام الفقه الإسلامي .

لم ينص المشرع الجزائري عليه إلا مؤخرا بموجب القانون 07/01 في المادة 26 مكرر 2 منه .  
و للبحث في مفهوم عقد الحكر نتطرق الى اصل الحكر و الغرض من تشريعه في الفرع الاول ، ثم الى تعريفه في الفقه و القانون وخصائصه في الفرع الثاني.

### 1.1.1.2: أصل الحكر والغرض منه :

إعتمدت الكثير من الشرائع مختلف الإجراءات الطويلة وذلك لأنها تسد حاجة إقتصادية وحاجة إجتماعية.

أما الحاجة الإقتصادية فان هذه الإجراءات تبيح للملاك إصلاح أراضيهم البور ومبانيهم الخربة التي لايتيسر لهم تعميرها ، فيعهدون بها الى مستأجرين يتكفلون بإصلاحها مقابل الإنتفاع بها مدة طويلة ليعوضوا ما ينفقونه في إصلاحها إذا لولا هذه الإجراءات لبقيت أكثر الأراضي بورا .  
والحاجة الإجتماعية هي رغبة الملاك في ان يبقوا ملاكا .

ومن هنا يطرح التساؤل التالي هل أن مصدر الحكر هو الشريعة الإسلامية أم هو من العقود التي وفدت من الشرائع الاجنبية مع القانون المدني ؟

لقد إستقر الفقهاء على أن مصدر الحكر هو الشريعة الإسلامية تستند أحكامه الى القاعدتين الفقهيّتين هما «تنزل الحاجة منزلة الضرورة عامة أو خاصة» «والضرورات تبيح المحضورات» [13] ص 17.

و الحكر عند الحنفية إختصت به أراضي بيت المال والأوقاف و السبب في ذلك يعود الى أن استغلال هذه الأراضي غالبا ما يكون بإجارتها إذ يندر أن تتولى هذه الجهات زراعتها بنفسها ، أما الملكية الخاصة ، فلا يحق أن تنقيد حرية المالك في إختصاصه بملكه لمدة طويلة [74] ص 98.

والحكر في الأراضي الموقوفة شرع دفعا للضرر عن الجانبين لأن المستأجر يكون أولى في البقاء في الأرض الموقوفة المحكرة المشغولة من قبله منعا للضرر عنه مادام أنه يدفع أجر المتل وقد تحققت مقاصد الوقف بهذا الإستغلال .

لذلك نجد معظم البلدان العربية قننت هذا العقد لقيام نظام الوقف فيها وسنتعرض لبعض هذه التشريعات :

نظم التقنين المدني المصري [84] ص 575 ثلاثة عقود من الإجراءات الطويلة إستمدتها من الشريعة الإسلامية عقد الحكر (م 999- 1012 ) وعقد الإجاريتين [05] ص 475 ( 1013 ) وعقد خلو الإنتفاع ( 1014 ) كنوعين لعقد الحكر .

وقد نصت المادة 1013 على أن «عقد الإجاريتين هو أن يحكر الوقف أرضا عليها بناء في حاجة إلى إصلاح مقابل مبلغ منجر من المال مساوي لقيمة هذا البناء وأجرة سنوية للأرض مساوية لأجر المتل ، وتسري عليه أحكام الحكر إلا فيما نصت عليه الفقرة السابقة» .

أما المادة 1014 فنصت على أن « خلو الإنتفاع عقد يؤجر به الوقف عينا ولو بغير إذن القاضي مقابل أجر ثابتة لزم من معين ، ويلتزم المستأجر بمقتضى هذا العقد أن يجعل العين صالحة للإستغلال ، ويحق للوقف أن يفسخ العقد في أي وقت بعد التنبيه في الميعاد القانوني طبقا للقواعد الخاصة بعقد الإيجارة على شرط ان يعوض الوقف المستأجر عن النفقات طبقا لأحكام المادة 179 وتسري عليه الأحكام الخاصة بإيجار العقارات الموقوفة دون إخلال بما نصت عليه الفقرتان السابقتان ».

والمشرع المصري عمد إلى التضييق من نطاق عقد الحكر بإعتبار أنه قيد خطير على الملكية بل هو ملكية تعلو ملكية كما سيأتي. وعلى حد تعبير الدكتور السنهوري « المحكر يعد باختصار مالكا مع المالك الأصلي فتقوم إلى جانب حق ملكية الرقبة حق الحكر يقتدرن بحق الرقبة ».

وكما عبرت بعض محاكم الإستئناف المختلطة فإن للمحكر حق الملكية الفعلية أما صاحب الرقبة فله الملكية العليا أو القانونية [05] ص 475 ، الأمر الذي يجعل الإستغلال والتصرف في الأرض المحكرة أمر غير ميسر من أجل ذلك قصر المشرع المصري وبعض التشريعات أسوة به هذا العقد على الأراضي الموقوفة (م1012) وأجاز الشفعة لملك الرقبة (م1010) وقضي بإنقضاء الحكر بزوال صفة الوقف على الأموال المحكرة ( م1007) وكذلك بعدم إستعماله مدة خمس عشرة سنة (م1011) كما إشتراط لجواز ترتيبه أن تكون ضرورة أو مصلحة (م1000) ووضع له حدا زمنيا أقصاه سنتين عاما (م990 وم) .

وزاد التضييق من الحكر بعد إلغاء الوقف الأهلي بمقتضى القانون رقم 170 سنة 1952 إذا نحصر الحكر في الأوقاف الخيرية ، وحتى بالنسبة لهذه الأحكار أعطى المشرع لوزير الأوقاف سلطة إنهاء هذه الأحكار بقرار منه إذا إقتضت المصلحة ذلك بموجب القانون رقم 295 سنة 1954 [15] ص 916.

وقد قنن المشرع السوري نوعين من الإيجارات الطويلة في مجال الأوقاف ، عقد الإيجارتين وعرفه في المادة 1004 ق م بقوله « الإيجارتين عقد يكتسب بموجبه شخص ما ، بصورة دائمة حق استعمال عقار موقوف واستغلاله مقابل تأدية ثمنه ويقوم هذا الثمن بمبلغ معين من المال يعتبر كبديل إيجار معجل معادل لقيمة الحق المتفرع عنه ، ويضاف إلى ذلك المبلغ مرتب دائم بمعدل لجباية الضريبة العقارية » .

والملاحظ على هذا التعريف أنه حدد مضمون هذا العقد وديمومته وحدد كيفية تقدير الأجرة السنوية

وعقد الإجارة الطويلة ( المقاطعة أو الحكر ) وقد عرفه في المادة 1017 بقوله « الإجارة الطويلة عقد يكتسب به صاحبه مقابل بدل معين حق إحداث ماشاء من الأبنية وغرس ماشاء من الأغراس في عقار موقوف ، ويمكنه أيضا أن يكسب ملكية هذه الأبنية والأغراس ضمن الشروط المعينة في المادة 1020 » . وسميت بعقد المقاطعة لأنها لاتتم إلا ببذل سنوي مقطوع .

وتناول المشرع السوري أحكام هذا العقد في المواد من 1018-1026 من القانون المدني وقد أخذها من قانون الملكية العقارية اللبناني .



أما المشرع الأردني فنص على عقد الحكر ، وتناول نوعين له حق الإيجارين ، وعقد خلو الإنتفاع في مجال الأوقاف .

ومن خلال تصفحنا لهذه النصوص وجدنا أن المشرع الأردني استمد أحكامه من القانون المدني المصري [25] ص 419 .

أما فيما يخص المشرع الجزائري فإنه نص على نوعين من الإجازات الطويلة استمدها هو الآخر من الشريعة الإسلامية وقصرها على الأملاك الوقفية وهما عقد الحكر والذي خصه على الأراضي الفلاحية الموقوفة و التي هي محل بحثنا ، و عقد المرصد الذي خصه على الاراضي المبنية المخربة الموقوفة.

ونخلص مما سبق إلى القول أن التشريعات العربية بصفة عامة اقتصررت في مجال الأوقاف على الإجازات الطويلة المستمدة من الفقه الإسلامي باعتبار أن الوقف نظام إسلامي .

### 2.1.1.2 : تعريف الحكر وخصائصه .

الحكر بوجه عام هو عقد يعطي به مالك أرض مخربة أو في حاجة إلى إصلاح للغير حق الإنتفاع بها إلى أجل غير محدد أو إلى أجل طويل معين ، بقصد تعميرها أو اصلاحها بأن يقيم عليها مبان و/أو أغراس مقابل أجره معينة ، وللمحكر أن يتصرف في حق الحكر بجميع أنواع التصرفات فله أن يبيعه أو يهبه أو يرتب عليه حق إنتفاع وله أن يؤجره للغير وينتقل عنه بالميراث [35] ص 151 .

ويلحق بالتحكير ويأخذ حكمه إجارة الارض لمدة معينة ، وفي أثناء هذه المدة بأذن المؤجر للمستاجر بالبناء أو الغراس دون أن ينص صراحة في الإذن أن يكون له حق البقاء .

فإنه في هذه الحالة إذا بنى المستاجر أو غرس وانتهت المدة كان له حق الأولوية في الإستئجار بالبقاء في العين.

وعليه فإستبقاء الأرض مقرر للبناء أو الغراس أو لأحدهما يعتبر حكرا سواء خصصت الأرض للحكر من أول الأمر أو أجرت مدة معينة للبناء أو الغراس ثم جددت الإجارة فالنتيجة واحدة .

هذا و تُجيز الشريعة الغراء تحكير جميع الأملاك الوقفية منها وغير الموقوف ، غير ان التشريعات العربية بما فيها المشرع الجزائري قصرت هذا العقد على الأملاك الموقوفة لهذا فلايجوز تحكير غير الموقوف لعدم ورود النص بذلك [94] ص 917 .

ومن هنا يمكن تعريف الحكر في الارض الموقوفة بأنه « عقد إيجار يقصد به استبقاء أرض موقوفة بحاجة إلى إصلاح في يد المحكر يكتسب بمقتضاه هذا الأخير حقا عينيا على الأرض الموقوفة يخوله الإنتفاع بها نظيرا لقيام بتعميرها بالبناء عليها و/أو بالغراس فيها ودفع أجر المثل مع احتفاظ الوقف بملكية الرقبة » [15] ص 604 .

ومن التعريف السابق نستقي الخصائص التالية لعقد الحكر:

أولاً: أن الحكر هو عقد إيجار لأنه يرد على منفعة أرض موقوفة وفي هذا يقول الدكتور محمد أبو زهرة « هو عقد إيجار وعلى هذا الأساس من يعطيه من الخواص والمزايا مالا يكون في عقد الإجارة يخرج عن معناه ، ويبعده عن جوهره وكل من يفهمه على غير هذه الصفة يخرج عن حقيقته ».

ثانياً: المؤجر في الحكر يسمى المحكر ، والمستأجر يسمى المحتكر ويطلق اسم الحكر على الاجرة التي يدفعها المحتكر كما يطلق على الارض المحكرة .

ثالثاً: محل عقد الحكر أرضاً مخربة إما مبنية أو زراعية [25] ص 610.

رابعاً: المدة في الحكر تكون مؤبدة أو مطلقة عن التقيد ولكن لآمانع من تقديمها.

خامساً: الأجرة في الحكر هي أجرة المثل للأرض المحكرة قبل الإصلاح وتدفع في شكل إيرادات مرتبة إما شهرية و إما سنوية.

سادساً: الحكر عقد شكلي يتم في شكل رسمي مشهر لأنه منشئ لحق عيني على العقار.

سابعاً: يقسم عقد الحكر الملكية بين طرفي العقد فيه فتبقى ملكية الرقبة للوقف ويؤول حق الإنتفاع للمحتكر [45] ص 296.

وعلى هذا فالحكر يكتسب المحتكر بموجبه حقاً عينياً أصلياً يرد على العقار مباشرة فهو غير متعلق بشخص المحتكر ولهذا يجوز للمحتكر أن يتصرف فيه بكل أنواع التصرف كما ينتقل عنه بالميراث ، والإنتفاع بالعين محل العقد بكافة وجوه الإنتفاع وان يحدث فيه من التغيرات ما يراه مناسباً لهذا الإنتفاع ، بوجه خاص البناء أو الغراس فيه مالم ينص السند المنشئ للعقد على غير ذلك كما له أن يتتبع هذا العقار في أي يد يكون لإقتضاء حقه منه ، ويستبعد كل ذلك مزاحمة من الغير في حدود مضمون حقه.

ثامناً: إذا بنى المحتكر و/أو غرس في الأرض المحتكرة فيكون له حتى تنتهي مدة العقد حق القرار مادام يدفع المثل ومفاد هذا الحق أن يبقى المحتكر في العين المحتكرة ، وليس لمتولي الوقف أن يزوجه بطلب الهدم أو القلع أو يباعد بينه وبين مآقاهه مادام يدفع أجر المثل ، ويكون هذا البناء و/ أو الغراس ملكاً خالصاً له يتصرف فيه مستقلاً أو مقترناً بحق الحكر ، كما ينتقل عنه إلى خلفه العام أو الخاص.

تاسعاً: وضع اليد على أرض الوقف لمدة طويلة بسبب التحكير لا يؤدي إلى كسب ملكية الأرض بالتقادم لأن الوقف لا يكتسب بالتقادم .

من الخصائص السابقة نستنتج أن الحكر يتشابه مع العديد من العقود لذلك سنركز على أهم النقاط التي يتميز بها الحكر عن كل من العقود المشابهة له .

### أولاً : تمييز عقد الحكر عن عقد الإيجار العادي :

كلا من الحكر والإيجار يعتبر من العقود الزمنية إلا أن عقد الإيجار مدته قصيرة أما الحكر فمدته طويلة ، الإيجار لا يخول للمستأجر تجاه المؤجر الاحقا شخصيا أما الحكر فيمقتضاه يكتسب المنحكر حقا عينيا مباشرة على العين محل العقد وبهذا تكون سلطات المحتكر أو سع من سلطات المستأجر .

### ثانيا : تمييز الحكر عن عقد الامفتيوز .

- يختلف الحكر عن عقد الامنتيوز من حيث المصدر فالحكر مصدره الشريعة الإسلامية أما عقد الامفتيوز مأخوذ من التقنيات الأجنبية كما رأينا .

- المدة في الحكر يجوز أن تكون مؤبدة لكن في الامفتيوز لاتقل عن ثماني عشر سنة ولاتزيد عن تسع وتسعين سنة.

- الأجرة في الحكر هي أجرة المثل تزيد وتنقص تبعا له أما الأجرة في الإمفتيوز فهي زهيدة ثابتة ، ومن ثم لايجوز التصقيع في الأمفتيوز .

- عند نهاية المدة في العقد الامفتيوز يرد المستأجر العقار خاليا من كل تصرف ولايدفع المؤجر شيئا مقابل ما إستحدثه المستأجر من الإصلاحات على عكس الحكر كما سيأتي .

### ثالثا : تمييز الحكر عن عقد الإيجارتين :

يشبهه عقد الإيجارتين [55] ص 175 الحكر في جميع الاحكام ماعدا الفروق التالية :

- محل عقد الإيجارتين عقار مبني ( البناء قائما فعلا على الأرض ) في حاجة الى إصلاح أما الحكر فيقع على أرض فضاء سواء كانت زراعية أو أرض بناء حتى وإن كانت الأرض مشغولة ببناء متهدم فإن المحتكر يزيل هذه الانقاض ويبنى على الأرض من جديد .

- الأجرة في الحكر هي أجرة المثل فقط أما في عقد الإيجارتين فيدفع المستأجر مبلغا منجزا من المال مساويا لقيمة البناء وكذلك يدفع أجرة سنوية للأرض هي أجر المثل [65] ص 994 .

- في الحكر يكون المحتكر مالكا للبناء أو الغراس بالإنشاء وفي عقد الإيجارتين يكون مالكا بالشراء (الأجرة المعجلة ) ويعد هذا الشراء من قبيل إستبدال الوقف .

### رابعا : تمييز الحكر عن عقد خلو الإنتفاع :

- خلو الإنتفاع عقد إيجار لا يترتب عليه إلا حق شخصي للمستأجر في ذمة المؤجر فهو اذن من عقود الإدارة لامن عقود التصرف كالحكر .

- المدة في عقد الخلو غير معينة و تنتهي بالتنبيه بالإخلاء

- الأجرة في هذا العقد ثابتة لاتتغير فلا تصقيع فيه كالحكر .

و بالرّجوع الى نص المادة 26 مكرر 2 نجدها تعرف الحكر بأنه « عقد تخصص بموجب جزء من الأرض العاطلة للبناء و/أو الغرس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد ، مع إتزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل

حقه في الإنتفاع بالبناء و/ أو الغرس وتوريته خلال مدة العقد، مع مراعاة أحكام المادة 25 من القانون رقم : 91-10 المؤرخ في : 12 شوال عام 1411 الموافق لـ: 27 أبريل 1991».

من خلال تفحصنا لهذا التعريف ومقارنته بالتعريف الفقهي فإننا نتوصل إلى النتائج التالية :

- أن المشرع لم ينص على عقد الحكر في باب الإيجار بإعتبار هذا العقد من الإجازات الطويلة، ولا في باب العقود بإعتباره عقد مسمى ولا في باب الحقوق بإعتباره يرتب حق عيني للمحتكر على الأرض المحكرة ، وإنما نص عليه كصيغة من صيغ إستثمار الأراضي الفلاحية الموقوفة .

- أن محل عقد الحكر جزء من الأرض الموقوفة العاطلة في حين يحتفظ الوقف بالإنتفاع بالجزء المتبقي ، لأنه لا يوجد في أحكام الشريعة ما يمنع من تقيد التنازل عن حق الإنتفاع ، وقصره فقط على جزء معين مع إحتفاظ جهة الوقف بالجزء المتبقي [45] ص 297 .

- الحكر في الفقه يكون الى الأبد أو لمدة طويلة ، أما المشرع لم يجعل مدة العقد مؤبدة أو مطلقة عن التقيد بل أوجب أن تكون محددة ومعينة كما سنبين لاحقا :

- فقها الأصل أن الوقف لا يأخذ شياً من المحتكر وقتت العقد في مقابل إثارة بالأرض للغير لبيني و/أو يغرس فيها ، وإنما الذي يدفع الى الوقف من المحتكر هو أجره الأرض لاغير .

إلا أن المشرع جعل المقابل في العقد بتأليف من مبلغ من المال يقارب قيمة الأرض الموقوفة يدفع معجلا وقت إبرام العقد ، مضافا إليه مرتب سنوي يحدده الأطراف في العقد [75] ص 121 .

- الأطراف في عقد الحكر هما المحكر وهو صاحب الأرض (الوقف) والمحتكر هو المنتفع من الأرض ، غير أن المشرع أسمى المحتكر بالمستثمر ، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن العلة من عقد الحكر هي إستثمار وتنمية الأرض الموقوفة .

- من المقرر فقها أن للمحتكر بموجب عقد الحكر حقان يتميز أحدهما عن الآخر [91] ص 1475

الأول : حق الحكر وهو حق عيني يثبت للمحتكر في العين المحكرة يخول له الإنتفاع بالأرض بجميع وجوه الإنتفاع وبوجه خاص أن يقيم عليها بناء و/ أو غراس ، وله بموجب هذا البناء و الغراس حق القرار، وهو البقاء في الأرض إلى أن تنتهي مدة العقد ، كما له أن يتصرف في هذا الحق بجميع أنواع التصرفات بأن يتنازل عنه بيبدل أو بدون بدل وينتقل عنه بالميراث .

الثاني : حق الملكية التامة للبناء وله أن يتصرف فيه مستقلا أو مقترنا بحق الحكر .

غير انه ما يلاحظ على المشرع فيما يخص البناء و/ أو الغراس أنه أعطى للمحتكر عليها حق الإنتفاع فقط واحتفظ بملكية الرقبة ، وذلك بقوله " ... مقابل حقه بالإنتفاع بالبناء و/أو الغراس وتوريته خلال مدة العقد مه مراعاة أحكام المادة 25 من 10/91 المتعلق بالأوقاف " .

وبالرجوع الى نص المادة المذكورة نجدها تنص على أن « كل تغير يحدث بناء كان أو غرسا يلحق بالعين الموقوفة ويبقى الوقف قائما شرعا مهما كان نوع ذلك التغير وتسوى الحالات المخالفة لذلك عن طريق التراضي بين المعنين والسلطة المكلفة بالأوقاف طبق لأحكام هذا القانون مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه ».

وبناء على هذا فالحكر حسب المشرع لا يرتب إلحاقاً واحداً وهو حق الحكر وكل تصرف يقع عليه يكون مقترناً بالأبنية و/أو الغراس التي أقامها المحنكر على أن تسوى وضعية هذه الأبنية والأغراس عند نهاية مدة العقد بالتراضي بين المحنكر والسلطة المكلفة بالأوقاف كما سنجد .

وحسنا فعل المشرع لأنه وإن كان الحكر يرتب حقين منفصلين إلا أن الغالب أن يتصرف المحنكر في حقه مجتمعين لأن كل منهما مكمل للآخر .

### 2.1.2 : إنشاء الحكر.

أضع المشرع الحكر إلى شرائط عدة ، شروط عامة في كل العقود الزمنية والتي تتناول وعاء الحكر ومدته وأجرته وشروط خاصة بالعقد ذاته و التي تتناول الباعث منه والشكل الذي يجب أن يبرم فيه العقد .

ونرى أن تتطرق أولاً إلى الشروط الخاصة ( الفرع الأول ) باعتبارها سابقة عن إنشاء العقد ثم إلى الشروط العامة ( الفرع الثاني ) .

#### 1.2.1.2 : شروط الحكر الخاصة :

لما كان الحكر غير جائز في الأصل لأنه قيد ثقيل على الوقف يمنع الإنتفاع به على الوجه الكامل ، ولما كان الواجب أن لا يعمل إلا بما هو في مصلحة الوقف وانفع له في الحاضر والمستقبل .

لذلك فإن الفقهاء في تقريرهم لعقد الحكر على الوقف لم يتخلوا عن تطبيق القاعدة المقررة في الوقف ، حيث جعلوا شروطاً خاصة لإنشاء الحكر على الأوقاف ليس لسواها من الأموال لأنها أملاك الله رصدت على أوجه البر والخير ، فكان الإحتياط لها لازماً للمحافظة عليها وحمايتها ، فدفعوا إلى تجنب الحكر إلا عند الحاجة والضرورة كما سيأتي ، ويكون ذلك وفقاً لإجراءات وشكل يكفل هذه الحماية .

وعلى هذا سنوضح أولاً مسوغات الإحتكار ثم إلى الإجراءات والشكل الذي يتم فيه عقد الحكر:

#### 1.1.2.1.2 - مسوغات الإحتكار :

متى توفرت الشروط التالية جاز التحكير لوجود الضرورة والمصلحة [74] ص 95:

- 1- إذا خربت الأرض الموقوفة وتعطل الإنتفاع بها بالكلية ولم يكن للوقف ريع تعمربه فإن وجد فلا تعطى الأرض بالتحكير
- 2- أن لا يوجد أحد يرغب في إستئجار مدة مستقبلية بأجرة معجلة لتصرف في إصحه ، فإن وجد من يرغب في ذلك استغنى عن الحكر.
- 3- أن لا يمكن إستبدال أرض الوقف ، فإن أمكن ووجد راغب في أخذها ويعطي للوقف بدلاً يكون وفقاً بدها ، اتبعت هذه الطريقة لأنها أصلح للوقف

إن الشروط المتقدمة قد ذكرت في القانون العدل والانصاف لقدري باشا في المادة 332 منه [25] ص 420.

غير أن الأستاذ محمد أبو زهرة يذكر في بحثه " الحكر " أنه لا وجود لهذه الشروط في النصوص الفقهية، بل هناك نصوص في جواز الحكر بمجرد إذن الناظر ومن غير ضرورة لجنة أو حاجة ماسة، ويود لو وجدت نصوص فقهية تقرر هذه الشروط، ويقول في هذا لولا خوف التزيد على الفقه والفقهاء لحكمنا بأن قول قدري باشا هو الفقه في صميمه.

لأنه يرى أنها شروط عادلة في ذاتها تتفق مع ما يترتب على الحكر من أضرار وأعباء ثقيلة من ناحية ولاتتنافى مع القواعد الفقهية من ناحية أخرى .

أما عن مسلك المشرع بشأن هذه الشروط فالظاهر أنه سلك مسلك باقي التشريعات في الأخذ بها، وذلك ما يفهم من نص المادة 26 مكرر 2 يقولها : « يمكن أن تستثمر عند الإقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر...»

فالحكر على الوقف لا يكون إلا عند الإقتضاء والمقصود بالإقتضاء أن يكون الوقف خربا لاترجى منه غلة ولا يمكن إستغلاله لقلّة موارده ، وعليه فعلى السلطة المكلفة بالأوقاف أو من تفوضه أن لاتتخذ الحكر طريقة للإستغلال إلا إذا توفرت المبررات السالفة الذكر.

#### 2.1.2.1.2: الإجراءات الواجبة إتباعها لإنشاء الحكر :

##### الشكلية :

لا يكفي الايجاب و القبول لانعقاد الحكر بل يجب ان يكون في قالب شكلي لان الحكر ينشئ حقا عينيا عقاريا و ذلك عملا بالفقرة الاولى من المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري التي تنص على :

« زيادة على العقود التي يأمر القانون باخضاعها الى شكل رسمي يجب،تحت طائلة البطلان ، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها ، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود ايجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد »

لكن العقد الرسمي لا ينشأ سوى التزامات شخصية بين ذوي الشأن فهو لا ينشأ أثره فيما بين المتعاقدين و لا بالنسبة للغير الا اذا سجل و اشهر وفقا لاجراءات الشهر العقاري ، لذلك لايد من شهر عقد الحكر لدى المحافظة العقارية و ذلك في السجل العقاري الخاص بالاملاك الوقفية.

و الحكر كونه تصرف شكلي لايجوز اثباته الا بالورقة الرسمية التي ينعقد بها [15] ص 918.

و لعل الحكمة من الشهر هي الاحتياط للوقف حتى لا يظهر المحتكر بمظهر المالك و تدعى ملكية العقار الوقفي بمرور الزمن و تعاقب الاجيال .

##### تبرير التحكير :

لا تكفي الرسمية العادية لإنشاء الحكر ، بل يجب تطبيقا لاحكام الشريعة الاسلامية ان يستصدر ناظر الوقف اذن من قاضي المحكمة التي تقع في دائرتها الارض الموقوفة ، لان الحكر ضرب من ضروب التصرف و لايجوز التصرف في الوقف لا باذن القاضي[35] ص 252.

و لا يقف الامر عند هذا الحد بل يجب ان يثبت في هذا الاذن ان تحكير الوقف امر اقتضته الضرورة بان كان الوقف مخربا و لا مال له سيصلح به ، فالحكر ليس حقا عينيا عاديا كحق المنفعة يزول حتما بموت المنتفع، بل هو حق طويل الامد فهو اذن تصرف خطير. و تبرير الحكر ماهو الا تطبيقا للقواعد الفقهية العامة في مجال الوقف و هي: [74] ص 107

ان ناظر الوقف لايملك الا الادارة ، و الحكر ضرب من ضروب التصرف، و المقرر ان كل تصرف في اعيان الوقف بغير شرط الواقف لا بد فيه من اذن القاضي.

ان الحكر عقد اجارة و عند عدم النص في بابه على حكم ما ، فانه يستقي من الاحكام العامة المقررة في باب اجارة الوقف ، وعلى هذا مادامت اجارة الارض الزراعية لا تزيد على ثلاثة سنوات ، و الزيادة على هذه المدة مقيدة باجازة الواقف في كتاب وقفه ، فان لم يصرح بذلك الواقف وجب اذن القاضي .

و المشرع الجزائري لم ينص على ضرورة الحصول على الإذن بالتحكير مع أن قواعد الفقه توجيه ومصلحة الأوقاف تقتضيه ، غير أنه يمكننا القول أنه مادام الحكر من قبيل التصرف في الملك الوقفي فترى ضرورة قياسه على الإستبدال الذي يعتبر هو الآخر تصرفا في الملك الوقفي والذي اشترط المشرع شروطا لجوازه وضرورة تثبيت هذه الشروط بقرار من السلطة المكلفة بالأوقاف بعد المعاينة والخبرة.

وهو ما نرى تطبيقه على الحكر ، فقبل إنعقاده لا بد من تثبيت ضرورة التحكير بقرار من السلطة المكلفة بالأوقاف بعد المعاينة والخبرة بإعتبار أن السلطة المكلفة بالأوقاف هي السلطة القائمة على حماية الأملاك الوقفية وأدرى بمصلحتها من القاضي وهو ما يعد بمثابة إذن بالتحكير ولكن ليس من القاضي بل من السلطة المكلفة بالأوقاف.

و عليه فالموثق لا يستطيع ان يحرر عقد الحكر الا بالشروط التالية :

1- وجود قرار من السلطة المكلفة بالاقواق.

2- وجود معاينة و خبرة من الخبراء المعتمدين لهذا الغرض.

## 2.2.1.2: الشروط العامة لعقد الحكر

### 1.2.2.1.2 العين المحكرة :

أحكام الشريعة الإسلامية وإن كانت تجيز تحكير الموقوف وغير الموقوف ، إلا أن المشرع اشترط أن تكون الأرض محل العقد أرض موقوفة بورا تكون فضاء ليقوم المحتكر بالبناء والغراس فيها لإصلاحها وتعميرها وذلك بقوله " يمكن أن تستثمر عند الإقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر ....".

**المدة:**

تجيز أحكام الفقه الإسلامي أن يكون الحكر لمدة غير محدودة وفي هذه الحالة يكون الحكر مؤبدا مادام بناء وغراس المحتكر قائما بالأرض المحكورة ،لايحددها سوى الإلتزام بدفع الأجرة السنوية ، كما نجيز أن يكون الحكر لأجل طويل معين [94] ص 571.

غير أن بعض التشريعات العربية [25] ص 420 جريا منها على سياستها في التصيق من الحكر جعلت له مدة محددة ، بحيث إذا عينت للحكر مدة أطول منها أو أغفل تعيين المدة عدا الحكر مقصورا للمدة المحددة قانونا .

أما المشرع الجزائري فإشترط أن تكون المدة محدودة دون أن ينص على مدة محددة بل ترك ذلك لإتفاق الطرفين العقد ( الوقف و المحتكر ) ، فالملحظ على المشرع أنه كرس توقيت الحكر خاصة وأنه أصبح من الممكن تعمير الأرض وإصلاحها في مدة قصيرة من الزمن وهي الغاية المتوخاة من الحكر .

### 2.2.2.1.2 أجرة الحكر :

زيادة على دفع المحتكر مبلغا يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد نص المشرع على أجرة سنوية يحددها الأطراف في العقد ، ولم يتطرق إلى الأحكام الخاصة بالأجرة ، وبالرجوع الى الفقه الإسلامي وهو مصدر شرعة الحكر كما بينا ، نجده قرر أن أجرة الحكر لايصح أن تقل عن أجرة المثل للأرض المحكرة حرة خالية مما يقيمه المحتكر فيها ، أي تقدير حالتها وقت التحكير بالرجوع الى أرض مماثلة لها ومعرفة قيمتها من حيث صقعها ( الناحية والجهة التي تقع بها الأرض) ، نوعيته تربتها ، مساحتها ، مقدار صلاحية الإنتفاع بها ومساوتها بالأرض محل الحكر وما ذلك إلا تطبيقا للقاعدة الفقهية القائلة " يفتى بما هو في مصلحة الوقف " ، لأنه ليس من مصلحة الوقف أن تؤجر الأرض بأقل من مثيلتها ، فلا يصح أن يؤدي الحكر بأي حال من الأحوال إلى الإضرار بالوقف [74] ص 124 .

و تبقى هذه الاجرة مستحقة مادام بناء المحتكر قائما بالارض المحنكرة ، و يتفرع عن هذا ان استحالة الانتفاع لا تؤثر على مسؤولية المستاجر في دفع اجرة الحكر المقررة.

و الخاصية الجوهرية لأجرة الحكر هي وجوب أن تكون محددة بأجر المثل من مبدأ التعاقد فيجب أن تبقى أجرة المثل طوال المدة ، مما يعني أنها أجرة غير ثابتة ولا تبقى على حالة واحدة ، بل هي عرضة للزيادة .

والنقصان تبعاً للظروف والأحوال كما سنجئ حتى تعادل أجرة المثل ، وهو ما يسمى بالتصقيع وذلك رعاية لطرفي العقد [13] ص 423.

والمقرر شرعا أن تصقيع الحكر غير مقيد بمضي مدة معينة على آخر تعديل [15] ص 926 وإن ما تقضي به أحكام الفقه هو أن الصقع يتم كلما زادت أو نقصت أجرة المثل زيادة أو نقصا فاحشا، وقد قدرته بعض القوانين العربية بما يزيد عن الخميس قياسا على العين الفاحش، وما يقل عنهنه النسبة يعتبر يسرا لا يبرره زيادة أو نقص أجر الحكر.

### حالات التصقيع وكيفيته :

التصقيع كما سبق القول تعديل الأجرة تبعاً لتغير أجرة المثل فكم من أرض وقف إحتكرت في وقت كانت قيمتها ضئيلة جدا ثم تداركها العمران أو أنشئت بجانبها سدود فارتفعت قيمتها ، فأجرتها ترتفع حتما لإرتفاع قيمتها [85] ص 189 .



وكم من أرض محكرة كانت لها قيمة إيجارية معينة ثم طرأ حادث قهري انخفضت على اثره القيمة الإيجارية للأرض فيؤدي ذلك إلى انخفاض قيمة الحكر بنسبة النقص الذي طرأ على قيمة الأرض .

فالقول ببقاء أجر المثل دون تغيير فيه ظلم لأحد الطرفين تبعاً لزيادة قيمة الأرض أو نقصها في ذاتها.

وقد جاء في المادة 337 من قانون العدل والأنصاف أنه يجب أن تراعى شروطاً في التصحيح يجب التقيد بها وعدم التوسع فيها.

1- يجب أن يرجع في تقدير الزيادة أو النقص إلى مال الأرض من قيمة إيجارية وقت التصحيح ، فلا يراعى في تصحيح الحكر سوى حالة الأرض المحكرة ورغبات الناس بسبب محدثه المحكر من بناء أو غراس ، فإن كانت الزيادة بسبب تحسين قام به المحكر بنفسه فلا يلزم بالزيادة ، وإنما يزيد إذا كانت الزيادة نتيجة حفر الحكومة لترع أو مصارف في الجهة التي فيها الأرض مثلاً فارتفعت أسعار الإيجار فيها بزيادة الرغبة فيها .

كما لا يعتد كذلك بما للمحكر من حق القرار على الأرض لأن مثل هذا الحق لو اخذ في الاعتبار فإنه يبخس قيمة الأرض لأن أحد لا يرغب في أرض لغيره عليها حق القرار.

2- أن يتم التعديل كلما بلغ التغيير في أجره المثل حداً كبيراً زيادة أو نقصاً فإن كانت هناك زيادة على أجر المثل تعرض على المحكر ولاغبين له لأنه لا يطالب بأكثر من أن يعطي الوقف حقه ويدفع أجره مثيلة الأرض المحكرة حرة.

وعليه تقدير ما إذا كان التغيير الذي طرأ بلغ الحد الذي يبرره طلب الزيادة أو النقصان أو لم يبلغه من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا [45] ص 264.

وتجدر الإشارة إلى أن التصحيح من النظام العام ، لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، فالإتفاق مع الناظر على زيادة الحكر في أي وقت إتفاق باطل لا يقيد الوقف لأنه من المبادئ المقررة أن الحكر يتغير بتغير الزمان والمكان.

### كيفية تعديل أجره الحكر :

تقضي أحكام الشريعة الإسلامية بوجوب رفع الحكر حتى تتم أجره المثل ، و يتم تقدير الأجر وقت التصحيح بالرجوع إلى أرض مماثلة للأرض المحكرة و معرفة قيمتها .

و يقتضي هذا معرفة ما كانت عليه حالة الأرض عند التحكير ، والمحكر هو المكلف بإثبات حالتها القديمة، إذ هي من قبله دعوى مخالفة للظاهر ، وإعتماد حالة ما من قبل القاضي من مسائل الموضوع التي لا رقابة لمحكمة النقض عليها.

وقد اعتمدت المحاكم المصرية من الاعراف المصرية طريقتين للتصقيع، طريقة يختص بها طائفة المحكرين و تسمى بنظرية النسبة بين اجرة الحكر وقت التحكير و قيمة الارض في ذلك الوقت ، ثم تزداد الاجرة بالنسبة التي زادت فيها قيمة الارض وقت التصفيح.

و الطريقة الثانية تخص طائفة المحكرين راعوا فيها كذلك مصلحتهم و مفاد هذه الطريقة ان بقدر حق مالك الرقبة بالتثلث و حق المحكر و هو صاحب المنفعة بالتثلثين من قيمة اجرة الارض المحكرة خالية من البناء.

غير ان محكمة النقض المصرية تخلت عن هاتين الطريقتين بحجة ان لا اصل لها في الشريعة الاسلامية ، وأخذت بالنظرية التي تقضي بها هذه الاحكام الشرعية.

#### بدء سريان التقدير الجديد :

التقدير الجديد إما أن يتفق عليه الطرفان ويسرى من وقت الإتفاق أو لا يتفق عليه الطرفان وترفع الدعوى فيسري من وقت رفع الدعوى وليس من وقت صدور الحكم فيها [94] ص 592.

## 2.2 أثار الحكر

يتبين من نص المادة 26 مكرر 2 أن المحكر له حقوق وعليه إلتزاماته ، فحقوقه تتمثل في حق عيني يثبت له في العين المحكرة وهو حق الحكر ، وحق الإنتفاع فيما أحدثه على الأرض من بناء أو غراس ، ويلتزم بالوفاء بالأجرة للحكر ويجعل الأرض المحكرة صالحة للإستغلال .

ولنرى ذلك بشيء من التفصيل مايلي :

1.2.2 حقوق المحكر .

2.2.2 إلتزاماته .

## 1.2.2: حقوق المحتر .

### 1.1.2.2: حق الحكر .

متى كان الحكر صحيحا فإنه ينشأ للمحتر حقا عينيا أصليا على منفعة الأرض المحكرة، فهو يقتصر حق الإنتفاع (الإستعمال والتمتع ) دون الرقبة التي تبقى للوقف، فالمحتر له الحق في التمتع بكافة المزايا التي يملكها من له حق الإنتفاع بل أوسع منه نطاقا كما سنأتي ، ويسمى هذا الحق بحق الحكر أو حق قرار ، الذي بتجسد معناه في احقية المحتر في البقاء للإنتفاع بالعين المحكرة طيلة مدة العقد مادام يدفع أجرة المثل.

### 1.1.1.2.2 - مضمون حق الحكر :

يخول هذا الحق للمحتر الحق في الإنتفاع بالعين بكل وجوه الإنتفاع طيلة مدة العقد ، فله بمقتضاه أن يحدث من التعديلات في الأرض زيادة ونقصا – مالم ينص السند المنشئ للحق على خلاف ذلك – بشرط أن لاينقص ذلك من قيمتها وان تؤدي هذه التغييرات إلى تحسينها وإستصلاحها وأكثر ما يتحقق به ذلك هو البناء والغراس ، ويكون للمحتر بموجب مايقوم به من هذه الأبنية والأغراس حق القرار أن ينتهي الحكر [95] ص 1459.

غير أن الفقهاء لايقصرون حق القرار على إنشاء الأبنية واقامة الأغراس إنما وسعوا من ذلك جريا بالعرف، فجعلوا الاصلاحات التي لايمكن استصلاح الأرض الا بها كحفر الأنهار مثلا أو حفر المسابيل، الكبس، التسوية...مما ينشئ للمحتر حق القرار وذلك حسب طبيعة الأرض والغرض المتفق عليه و عرف الجهة التي تقع فيها.

### 2.1.1.2.2 - مزايا حق الحكر :

متى قام المحتر بالبناء والغراس في الأرض المحكرة ، تصبح حقوق المحتر في الإنتفاع مطلقة لايحدها سوى الإلتزام بدفع الأجرة السنوية وللمحتر بناء على هذا أن يتصرف في حق الحكر بجميع أنواع التصرفات وبمطلق الحرية فله أن يبيعه أو يهبه أو يرهنه أو يرتب له أو عليه حق الإرتفاق أو يرتب عليه حق انتفاع وله أن يؤجره وينتقل عنه بالميراث وهو في هذا يفوق حق الإنتفاع كما سنرى .

ما يترتب على إعتبار حق المحتر حقا عينيا عقاريا أصليا :

أن الحكر من أعمال التصرف لامن أعمال الإدارة لذلك وجب توفر أهلية التصرف .

يجوز للمحتر أن يرهن الحكر رهنا رسميا مالم يكن هذا الحق موقوفا .

الحجز على حق الحكر يكون حجزا عقاريا لامنقولا .

المحكمة المختصة بنظر القاضيا المتعلقة به هي المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها العقار

المحكر .

وجوب تسجيل وشهر هذا الحق وشهر كل تصرف مترتب عليه في السجل الخاص بالأمالك

الموقوفة .

بإعتبار المحتر صاحب حق عيني له حق تتبع حقه في أي يد يكون .

لايدخل التصرف بالحكر في سلطة الوكالة العامة بل يجب فيه وكالة خاصة .

زيادة على دعاوى الحيازة التي بإمكان المحتكر رفعها بإعتباره حائز قانوني والدعاوى الشخصية التي له الحق في رفعها بناء على السند المنشئ لحقه له أن يرفع دعاوى القسمة إذا كان الحق شائعا بنية وبين الغير .

### 2.1.2.2: ملكية البناء والغراس :

المقرر شرعا أن البناء و/ أو الغراس الذي ينشأه المحتكر على الأرض المحكرة يكون ملكا له [90] ص 115.

وقد ذهب المشرع المصري الى هذا واعتبر المحتكر مالكا للأبنية ملكا تاما دون إتفاق على ذلك مع المحكر ، فيكون له حق ملكية الى جانب حق الحكر يتصرف في كل حق مستقلا عن الآخر ولكن الغالب أن يتصرف في الحقين معا [91] ص 1475.

فإذا انتضى حق الحكر وكان البناء أو الغراس لايزال قائما في الأرض فللمحتكر أن يطالب بإزالة أو استبقائهما مقابل دفع أقل قيمتها مستحق الإزالة أو البقاء.

والمشرع اللبناني هو الآخر ذهب الى هذا إلا أنه اعتبر الأرض المحكرة ملحقة بالأبنية المشيدة عليها والأغراس المغروسة فيها وبذلك تكون الأرض داخلة في التصرف مالم يكن هناك اتفاق بخلاف ذلك [95] ص 300.

أما المشرع الجزائري فقد ذهب الى عدم أحقية المحتكر في تملك ما يقيمه على الملك الوقفي وذلك بصريح نص المادة 26 مكرر 2 التي تنص « ... إلزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الإنتفاع بالبناء و/أو الغراس ، وتوريثه خلال مدة العقد مع مراعاة المادة 25 من القانون 10/91».

وعليه فحق المحتكر على الأبنية والأغراس ينحصر في إنتفاع مؤقت ينتهي بتمام مدة العقد المتفق عليها ، ويخوله هذا الحق التصرف فيها بجميع أوجه التصرف في حدود هذا العقد وخلال المدة المقررة له كما ينتقل عنه بالميراث .

وأكد المشرع هذا بالإحالة الى المادة 25 من القانون 10/91 والتي تنص على أنه مهما كان نوع التغير في الملك الوقفي سواء كان ذلك بناء أو غراسا فإنه يلحق بالملك الوقفي ولايغير طبيعته كوقف ، وكل حالة مخالفة لهذه الأحكام تسوى عن طريق التراضي بين السلطة المكلفة بالأوقاف والمعني بالأمر طبقا لأحكام القانون واحكام الشريعة الإسلامية ، ولذلك فإن وضعية الأبنية والأغراس بعد انتهاء مدة العقد تسوى بالتراضي كما سيأتي .

وحسنا فعلى المشرع حين اعتبر حق المحتكر بالأرض المحكرة والأبنية والأغراس حق إنتفاع مؤقت بمدة معينة لأنه لوكان مؤبدا لطغى ملك المنفعة على ملك الرقبة وأصبح ملك الرقبة في حكم العدم لن حق ملكية الرقبة يقتضي الإنتفاع بالعين والتصرف فيها ، فإذا إمتنع ذلك على مالكةا محافظة على مالك المنفعة المؤبد لم يكن لملكية الرقبة من أثر .

### 3.1.2.2: توريث حق الإنتفاع :

إذا توفي المحتكر قبل انتهاء المدة ، فإن ورثته يحلون محله في المدة المتبقية بطريقة الميراث ، فيرثوا عنه حق الإنتفاع (توارث المنفعة ) وعليه فالوفاة لاتنهي حق الإنتفاع مثلما هو الشأن في حق الإنتفاع العادي والمقيد بحياة المنتفع، فهذا الأخير لاتنتقل حقوقه الى ورثته ولا

يمكنه لإيصال بها لأنها تصرفات مضافة الى مابعد الموت والمنفعة ينتهي إستحقاقه بإنتهاء حياته.

وعلى ورثة المحتك أن يلتزموا بما كان يلتزم به مورثهم من دفع الأجرة وحسن استغلال الأرض المحكرة وإلا يفسخ العقد وتعود الملكية كاملة الى الوقف ، ويبدو أن الحكمة من توريث حق الإنتفاع إنما هو نظير ما يبذله المحتك من مجهود ومال في إصلاح الأرض وجعلها صالحة للزراعة بعد أن كانت بورا فكان الأولى أن ينتفع بها ورثته بعده مدة العقد.

## 2.2.2: إلتزامات المحتك

يترتب على عقد الحكر قيام المحتك بإلتزامين رئيسيين إصلاح الأرض ودفع أجرة الحكر

### 1.2.2.2 : إلتزام بدفع الأجرة

يلتزم المحتك بأداء الأجرة السنوية المتفق عليها في العقد مقابل إنتفاعه بالأرض، وعلى هذا جرت المادة 26 مكرر 2 بقولها «... مع إلتزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الإنتفاع...».

ويرى زهدي يكن أن طريقة تخصيص المبلغ السنوي بإسم المؤجلة مبني على غرضين

الأول: هو إعلام الناس بأخذ الأجرة من المحتك كل سنة و إطلاعهم أيضا بأن المأجور هو عائد للوقف ، فلا يبقى له مجال للإدعاء بملكيته .

الثاني : إعتبار تجديد العقد قائما كل سنة بدفع " المؤجلة " لا يكون سبيل للقول بعدم صحة الإجارة لأنها إجارة طويلة.

و الأجرة كما سبق القول لا يجوز أن نقل عن أجر المثل ، وهي عادة أجرة زهيدة ، ذلك لأن الأرض محل العقد تكون بورا يتطلب إصلاحها نفقات باهضة [13] ص 106.

و خاصة أن المشرع الجزائري ألزم المحتك بدفع مبلغ يقارب قيمة الأرض وقت إبرام العقد ، فعلى هذا الأساس لا بد أن تكون الأجرة زهيدة وإلا لا يوجد من يقبل الإستئجار .

أما فيما يتعلق بالاحكام المتعلقة بمكان وقت إستحقاق الأجرة ، فالمشرع لم ينص على مكان إستحقاق الأجرة ، لذلك يكتفي بالرجوع إلى القواعد العامة و تكون الأجرة مستحقة الدفع في موطن المحتك .

أما وقت الإستحقاق فنص المشرع على أن الأجرة تكون مستحقة الدفع في نهاية كل سنة ، فهي خلافا للقواعد العامة تكون مؤجلة لامعجلة ، وذلك كله مالم يكن متفق في العقد على ميعاد آخر للدفع.

إن إلتزام المحتك بدفع الأجرة هو إلتزام شخصي ، يعتبر هذا الإلتزام حق شخصي للمحكر وهو حقه في استفاء الأجرة .

ويترتب على ما سبق أن الدعاوى المتعلقة بأصل حق المحكر تكون دعاوى عينية يكون الإختصاص فيها للمحكمة موقع العقار المحكر ، أما الدعاوى المتعلقة بإستفتاء الأجرة فتكون من إختصاص المحكمة المدعى عليه لأنها شخصية [15] ص 932.

غير أن المشرع كما سبق الذكر قد جعل الإختصاص للمحكمة موقع العقار الموقوف في جميع النزاعات المتعلقة به سواء كانت الحقوق المطالب بها شخصية أو عينية.

وإذا لم يدفع المحكر الأجرة في الميعاد المتفق عليه ، فإنه يعد مخلا بالتزامه ، وفي هذه الحالة يجوز للمحكر طبقا للقواعد العامة المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتض ولكن للفسخ هنا حكم خاص وهو أنه لايجوز للمحكر طلب فسخ عقد الحكر لعدم الوفاء بالأجرة ، إلا إذا تأخر المحكر عن الدفع مدة طويلة ذلك لأن للمحكر حق عيني يكلفه نفقات باهضة في تعميم الأرض واستصلاحها ، ومن ثم فلا يصح أن يهدد بالفسخ إلا بعد فترة ملائمة من الزمن.

وقد حدد المشرع المصري المدة التي يحق للمحكر بعدها طلب الفسخ لعدم دفع الأجرة بثلاث سنوات متتاليات ، ولايملك المحكر إذا تأخر أقل من ثلاث سنوات إلا طلب الأجرة المتأخرة ، وينفذ بها على أموالها مع التعويض إذا كان له مقتضى.

أما المشرع الجزائري لم يحدد مدة معينة للمطالبة بالفسخ لعدم الوفاء بالأجرة ، وعليه تقدير ذلك يرجع الى السلطة التقديرية للقاضي ، مع أننا نرى ضرورة تحديد ذلك في نصوص تنظيمية لاحقة .

### 2.2.2.2: الإلتزام بإصلاح الأرض المحكرة :

الغرض الأساسي من التحكير هو إعمار الأرض وإصلاحها ولذلك يعد إلتزام المحكر بإصلاح الارض جوهريا في عقد الحكر .

فالمحكر ماكان ليقبل التعاقد بالحكر نظرا لطول مدته وكونه يرتب حق الحكر الذي يعتبر قيذا خطيرا يكاد يستغرق الملكية مقابل أجرة زهيدة إلا لأن العقد يلقى على عاتق المحكر الإلتزام بإتخاذ الوسائل اللازمة لجعل الأرض محل العقد صالحة للاستغلال [05] ص 487.

فعلى المحكر بمناسبة إصلاحه للأرض واجب صيانة الأرض والمحافظة عليها فتقع عليه بذلك مصاريف صيانة الأرض والضرائب والرسوم لأنه هو الذي يستعمل العقار ويتمتع به ، مالم تكن هذه الضرائب مفروضة على الوقف فيعفى هذا الأخير منها.

ولا يحق للمحكر أن يطالب المحكر بالمصاريف التي أتفقا على العقار ولا بالتحسين الذي أحدثه فيه .

أما العناية المطلوبة في المحافظة على العين الموقوفة المحكرة فهي عناية الرجل بمصالحه الخاصة ، وينتج عن هذا مسؤولية المحكر عن كل نقص يلحق بالعقار بفعله أو نتيجة تقديره لا بسبب حادث لا دخل لإرادته فيه كالقوة القاهرة [13] ص 113.

وعلى المحكر أن يتقيد في إصلاح الأرض بالشروط التي يقتضيها عقد الحكر كأن يتضمن التزم المحكر بجعل الأرض صالحة للزراعة بأن يقوم بتطهير الترع والمصارف والمرابي أو إنشائها أو حفر الأنهار أو كبس الأرض وما إلى غير ذلك مما تحتاج إليه الأرض.

فإن لم تكن هناك شروط فعلية مراعاة طبيعة الأرض كأن تكون الأرض منخفضة فيقوم بردمها أو تكون عالية غير مستوية فيقوم بتسويتها .

ثم يراعي بعد ذلك الغرض الذي أعدت له الأرض ، فالأرض المعدة لزراعة الخضروات والحبوب غير الأرض المعدة لغرس الفواكه وهكذا .

وعليه أن يأخذ في إعتبار أخيرا عرف الجهة التي تقع فيه الأرض ، فإذا كان عرف تلك الجهة يقضي باتخاذ طريقة خاصة في الإستغلال وجب إتباعها.

إذا قام المحتكر بهذا الإلتزام على الوجه المطلوب فلا يجوز للسلطة المكلفة بالأوقاف أن ترفع يده أو تمنعه من الإنتفاع لتدفع الأرض لغيره ، مالم يكن خائنا أو عاجزا .

غير أنه إذا لم يقم المحتكر بهذا الإلتزام ، وجب تطبيق القواعد العامة ويكون للسلطة المكلفة بالأوقاف طلب التنفيذ العيني وهو إلتزام المحتكر بالإصلاح أو الفسخ مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتضى .

ولا يشترط في طلب الفسخ الإهمال الجسيم للأرض بل الذي يشترط هو أن يستمر المحتكر في عدم إستغلال والإمتناع عن الإصلاح لمدة ثلاثة سنوات متتاليات [45] ص 39.

في حين قضت المحاكم المصرية بان عدم التزام المحتكر بتحسين الأرض بعدم تجديد المحتكر لما اقامه على أرض الوقف و تركها حتى بقيت بورا لا يستوجب الفسخ طالما ان المحتكر ظل قائما بدفع القيمة المتفق عليها و هذا في رايانا امر مردود عليه لان الهدف من تحكير الأرض هو تحسينها و اصلاحها بعدما كانت عاطلة ، و على هذا الاساس يعتبر عدم تنفيذ هذا الإلتزام سببا كافيا لطلب الفسخ ، لان اجرة الحكر تبقى زهيدة مقارنة مع رغبة الوقف في المحافظة على مصلحة الوقف و على دوامه و بقاءه .

ويرى الأستاذ الدكتور محمد أبو زهرة أن السبب في تحديد مدة الفسخ بثلاث سنوات يعود الى أمران [74] ص 109:

الأول : أن ذلك التعطيل لا يوجد له مبرر ، وقد يؤدي الى عودتها بورا كما كانت وان تركها دون هذه المدة فقد يكون لراحتها حتى تغل الغلة ، أو لعذر قاهر له مغتفر اذ لا ضرر منه على الوقف .

الثاني : أن الأرض المصلحة في الحكر تأخذ بعض أحكام الأرض التي أجيبت بعد أن كانت مواتا.

من المقرر في أحكام الإحياء أن من يريد إحياء الأرض ، ويحجرها ثلاثة سنوات متتاليات من غير أن يحييها تنزع منه ، ويكون غيره أولى بإحيائها منه ، فجعل الفقهاء ترك الأرض من غير زراعة ثلاثة سنوات متتاليات مسقطا لحق مصالحتها قياسا على التحجير في الأرض الموات ، وقد قال عمر رضي الله عنه « ليس لمحجر بعد ثلاث سنين » .



### 3.2. إنقضاء عقد الحكر .

الحكر وإن كان إيجارا طويل المدة إلا أنه يبقى عقد مؤقت ينتهي بإنقضاء الأجل المحدد له، وقد ينتهي قبل إنقضاء الأجل ويكون ذلك إما لأسباب خاصة بالحكر وإما لأسباب ترجع الى القواعد العامة .

لذلك نتطرق أولا إلى الأسباب الخاصة لإنقضاء الحكر ثم الى الأسباب العامة .

### 1.3.2 : إنتهاء الحكر لأسباب خاصة به .

الأسباب الخاصة في الحكر هي موت المحتكر قبل البناء والغراس وزوال صفة الوقف على الأرض المحكرة.

#### 1.1.3.2 : موت المحتكر قبل أن يبني أو يغرس :

إذا مات المحتكر قبل أن يبني أو يغرس في الأرض المحكرة فإن العقد ينقضي بموته ولو لم تنتضي مدة العقد، فيشترط في إنتهاء الحكر هذه الحالة موت المحتكر قبل أن يبدأ في تنفيذ التزامه في البناء والغراس ، أما إذا كان قد بدأ في ذلك فإن الحكر لا ينتهي وإنما ينتقل إلى الورثة بالميراث.

وعليه يمكننا القول أن موت المحتكر قبل البناء أو الغراس يجعل حق الحكر غير قابلاً للإنتقال بالميراث وذلك لأن المحتكر لا يكون قد بدأ في تنفيذ أي إصلاح في الأرض ولا الإنتفاع بها فلا يكون هناك مايورث هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى إذا ألزم الورثة بالحلول محل مورثهم فإنهم قد يتضررو من ذلك إما لعجزهم أو عدم رغبتهم لما يتطلب تعمير الأرض واستصلاحها من نفقات ومجهودات .

ولذلك فالخيار يترك للورثة فإن أبدوا رغبتهم في الحلول محل مورثهم وطلبوا بقاء الحكر يجاب لطلبهم وإلا يعد الحكر منهيًا بموت المحتكر [05] ص 489.

#### 2.1.3.2 : زوال صفة الوقف عن الأرض المحكرة :

أدرجت هذه الحالة ضمن أسباب إنقضاء الحكر وذلك لبيان مصير الحكر في حالة زوال صفة الوقف عن الأرض المحكرة المترتب عليها .

وزوال صفة الوقف عن الأرض المحكرة يكون بإبطال الوقف ذاته أو استبدال الأرض المحكرة لأرض أخرى.

وفي البلدان التي تجعل الوقف مؤقتًا في بعض الحالات ينتهي الحكر عليها بإنتهاء المدة المعينة للوقف ولو قبل إنقضاء الأجل المحدد لعقد الحكر.

#### 2.3.2: الأسباب التي ترجع الى القواعد العامة.

من الأسباب التي ترجع الى القواعد العامة أولاً إنتهاء الأجل المحدد للعقد وهناك أسباب أخرى تنهي العقد قبل انتهاء الأجل .

#### 1.2.3.2 : انتهاء الحكر بإنقضاء الأجل :

سبق وإن قدمنا أن الحكر وإن كان طويل الأجل إلا أنه مؤقت بمدة معينة حددها الأطراف، فينتهي عقد الحكر بإنقضاء المدة المحددة له في العقد .

وقد نص الفقهاء على أنه عند إنتهاء مدة العقد لو خرب بناء المحكر أو جف شجره ولم يبق لهما أثر في أرض الوقف فإن الحكر ينتهي بقوة القانون بدون تعويض وتعود الأرض الى جهة الوقف ولا يكون للمحكر أو ورثته حق البقاء وإعادة البناء [45] ص 303.

أما إذا بقيت الأبنية والأغراس على الأرض بعد انتهاء المدة فهنا تثار مسألة تسوية الأبنية والأغراس على الوجه الذي سنبينه .

### 2.2.3.2 : انتهاء الحكر قبل انقضاء الأجل.

#### 1.2.2.3.2 : فسخ العقد:

تقضي القواعد العامة أنه في العقود الملزمة لجانبين بأنه إذا أخل أحد العاقدين بالتزاماته جاز للعقد الآخر طلب الفسخ بعد إعدار الطرف الآخر .

ومقتضى ذلك فيما يتعلق بعقد الحكر أنه إذا تأخر المحكر في دفع الأجرة لمدة طويلة تخضع لتقدير القاضي جاز للمحكر طلب الفسخ ، وكذلك إذا أهمل المحكر إلتزامه بتحسين الأرض كأن يكون مفلسا أو متهاونا أو سيئ المعاملة فيخشى على الوقف منه ، فلا شك في أن ذلك يجيز للمحكر طلب الفسخ لأن الغرض من الحكر هو تنفيذ هذا الإلتزام .

وفي مقابل ذلك إذا لم يتمكن المحكر من الإنتفاع بالعين المحكرة له طلب فسخ العقد ، وتسقط عنه الأجرة عن المدة الباقية.

#### 2.2.2.3.2 : هلاك العين المحكرة :

نصت المادة 481 ق م على انه إذا هلكت العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار هلاكا كلياً بفسخ الإيجار بحكم القانون ، ومادام أن عقد الحكر لا يخرج عن كونه عقد إيجار فإن هلاك العين المحكرة يؤدي الى انتهاء عقد الحكر والهلاك إما أن يكون هلاك ماديا – كحالة القوة القاهرة – فيستحيل معه الإنتفاع بالعين المحكرة ، أو هلاكا قانونيا كحالة نزع الأرض الموقوفة للمنفعة العامة ، ففي هذه الحالة ينقضي حق الحكر بمجرد نزع الملكية العامة غير أن ذلك يكون بمقابل لأن التعويض الذي تدفعه الدولة يشمل الأرض وما عليها من أغراس وأبنية ، فيكون للوقف ثمن الرقبة ويكون للمحكر ثمن البناء والغراس .

#### 3.2.2.3.2 : إتحاد الذمة :

يسقط حق الحكر باجتماع الصفتين بشخص واحد ويكون ذلك يتملك صاحب الرقبة المنفعة أو يتملك صاحب المنفعة الرقبة كأن يشتري المحكر الأرض المحكرة بطريق الإستبدال أو العكس بأن يشتري المحكر حق الحكر، أو أن يقف المحكر حق الحكر للجهة الموقوف عليها الأرض.

وتجدر الإشارة الى أنه إذا وضع شخص يده على أرض موقوفة بإعتباره محكرا دون أن يكون له هذا الحق واستمر في دفع الأجرة الحكر لمدة 33 سنة ، فإنه لا يكتسب حق الحكر بالتقادم ، لأن الأصل في العقد الذي لا ينشأ إلا بعد مراعاة إجراءات شكلية موضوعية لا

يكتسب بالتقادم ، و لما كان الحكر عقد شكلي يتطلب إجراءات معنية فلا يمكن إكتسابه بالتقادم [94] ص 597.

أما عن إكتساب الأرض الموقوفة المحكرة بالتقادم ، فقد ذهبت بعض التشريعات كالنشرية المصري والليبي إلى النص صراحة على عدم خضوع الوقف للتقادم [06] ص 124.

أما القانون الجزائري فلم يتطرق لمسألة التقادم في قانون الأوقاف ، غير أن القضاء الجزائري فصل في عدة قضايا تتعلق بالتقادم في الوقف ، فلم يجز التملك بالتقادم في إستغلال الأرضي المحبسة لإنعدم نية التملك ، كما أقر القضاء أن أعمال المحبس لا يمكن أن تكون محل تملك ولا دعوى تملك.

وقياسا على ذلك لايجوز الحجز على أصل الوقف لأن ذلك ينتهي ببيعه وصرف ثمنه ولذلك لاينصب حق الدائنين إلا على غلة الوقف لا على أصله [16] ص 259.

#### 4.2.2.3.2 : عدم الإستعمال :

يسقط حق الحكر بعدم الإستعمال لمدة 15 سنة و ذلك وفقا للقواعد العامة المقررة في سقوط الحق بعدم الإستعمال، ولكن إذا كان حق الحكر موقفا ، فإنه ينتهي بعدم الإستعمال لمدة ثلاث و ثلاثين سنة وذلك وفقا للقواعد الفقهية المقررة في شأن الوقف.

#### تسوية حساب البناء أو الغراس عند انتهاء الحكر:

في التشريعات التي تعطي للمحتكر حق الملكية التامة على ما يحدثه من بناء أو غراس على الملك الوقفي تثار مسألة تسوية هذه الأغراس والأبنية وذلك في حالة فسخ العقد أوفي حالة انتهائه لسبب من الأسباب التي يبقى معها مآقاه المحتكر .

وتتم التسوية بأن يكون الخيار للمحتكر إما أن يطلب إزالة البناء أو الأغراس واسبقائهما مقابل دفع أقل قيمتهما مستحقي الإزالة أو البقاء ، لأنه قد تكون قيمتهما مستحقي البقاء أقل من قيمتهما مستحقي الإزالة ، كأن تكون الأشجار مثلا بعد القلع قيمة أعلى من قيمتها وهي باقية في الأرض وإذا كانت القيمة واجبة الدفع عالية لا يستطيع المحتكر دفعها مرة واحدة فللمحكمة أن تمهل المحتكر أجلا للدفع على أن يقدم المحتكر كفالة أو رهنا لضمان الوفاء.

إلا أنه في القانون الجزائري لانتثار مسألة تسوية حساب البناء والغراس لأن المحتكر كما سبق الذكر فإنه بمقتضى القانون لا يمكن له أن ما أحدثه على الملك الوقفي هو الإنتفاع به مع إمكانية توريثه مدة العقد، أما حق الملكية فيكون خالصا للوقف حسب نص المادة 25 من قانون الأوقاف .

نخلص في الأخير إلى القول أن المشرع خص الأراضي الفلاحية الموقوفة البور بعقد الحكر ، وهو من الإجراءات الطويلة المدة ، يستمد أصله من الشريعة الإسلامية، شرع لغرض إستصلاح الأراضي الموقوفة البور وجعلها قابلة للإستثمار.

والحكر قيد خطير على الملكية الوقفية، لأنه يرتب للمحتكر حقا عينيا على العقار الوقفي، يكون له بموجب هذا الحق أن يتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات وينتقل عنه بالميراث ويلتزم في مقابل ذلك بالتزامين رئيسيين هما دفع الإجرة وإصلاح الأرض المحكرة.

لهذا كان لا بد من تجنب عقد الحكر إلا عند الحاجة والضرورة وفقا لإجراءات شكلية لا بد من إتباعها حتى ينشأ الحكر صحيحا.

### خاتمة:

لقد كان الوقف و مازال ذلك المورد الديني الذي يعطي آثاره الفاعلة في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية على توالي أزمانها وإختلاف أماكنها تأسيا بتعاليم الإسلام الحنيف التي تدعو إلى القضاء على الإحتكار و الإكتناز و تحث على إنفاق المال و حسن التصرف فيه و تنميته و استثماره عن طريق معاملات شرعية، لما فيها من مصلحة الفرد و المجتمع.

و من ثمة كان ضروريا استثمار الأوقاف لان في ذلك حفظ و بقاء لعطائها كما فيه تحقيق النفع و الفائدة بما يحقق التكافل الاجتماعي المقصود من هذه الصفة الجارية.

نتيجة هذه الأهمية جعلت المشرع الجزائري كغيره من المشرعين العرب يدخل الأوقاف ضمن اهتماماته بمسائل التنمية الاقتصادية و الاجتماعية ، خاصة أن الجزائر تمتلك ثروة و قفية هامة إذ تمكنها في مجال الاستثمار الزراعي فقط أن تساهم في جميع القطاعات الاقتصادية كالصناعات التحويلية عن طريق تحويل منتجاتها الزراعية ، و كذا في المجال التجاري ، فالجزائر تملك 11.000 نخلة دقلة نور موقوفة مما يفتح آفاق واسعة في هذا المجال.

و على هذا يعتبر القانون 07/01 انطلاقة إيجابية في مجال استثمار الأملاك الموقوفة و لقد حاولنا من خلال هذا البحث دراسة صيغ استثمار الأراضي الفلاحية الموقوفة المستحدثة بموجب هذا القانون و قد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى الملاحظات التالية:

أن المشرع اكتفى بتعاريف عقود الاستثمار الفلاحي و لم يوضح أحكام هذه العقود و إذا رجعنا إلى مصدرها و هو الشريعة الإسلامية نجدتها تختلف من مذهب لآخر ، لذلك نرى أن الأحكام الواجبة الأعمال هي تلك الواردة في المذهب الحنفي و هو ما تبيناه من خلال تعاريف المشرع.

المشرع بعدما أوكل مهمة التسيير المباشر للأملاك الوقفية إلى ناظر الملك الوقفي الذي حدد مهامه و شروط تعيينه في المرسوم 381/98 نجده في القانون 07/01 يعطي للسلطة المكلفة بالأوقاف حق إبرام العقود وهو ما يعد من قبيل التسيير المباشر مما يثير الالتباس حول نظارة الملك الوقفي لمن تؤول ؟

استمرارية العمل بالنموذج المعمول به في مجال الإيجار قبل تعديل القانون 07/01

رغم استحداث عقود جديدة في مجال استثمار العقارات الفلاحية الموقوفة إلا انه عمليا الاستثمار الوحيد في هذا المجال إلى حد الآن هو الإيجار العادي ووفقا لأحكام المرسوم 381/98.

كما يلاحظ على المشرع أنه أحال في مواطن عديدة من هذا القانون إلى نصوص تنظيمية لاحقة ، في حين نرى أنه مر على صدور هذا القانون 4 سنوات و لم تصدر هذه النصوص التنظيمية بعد .

كما يلاحظ أن هناك عوائق تقف عقبة دون تشيير الأوقاف و تطويرها إلى المستوى المأمول فهي :

إفتقار الأوقاف إلى الأجهزة الإدارية و الاستثمارية الكافية مما يؤثر سلبا على أنواع الاستثمار .

- صعوبة حصر ممتلكات الأوقاف مما يحول دون الانطلاقة الجادة للاستثمار الوقفي إذ أن جزء هام من الأوقاف ضم إلى دومين الدولة في العهد الاستعماري و لم يتم اكتشافه لاسترجاعه بعد .

صعوبة استرجاع الأملاك الوقفية المؤممة في إطار الثورة الزراعية لتعذر تطبيق أحكام المنشور الوزاري المشترك المبين لكيفيات و إجراءات الاسترجاع من ناحية الواقع .

أن عدد كبير من الأوقاف هو محل نزاع بين إدارة الوقف و جهات أخرى و أهم القضايا المطروحة على المحاكم هي اعتداءات على أموال الوقف من أشخاص عموميين و خواص .

تهرب المستأجرين من دفع مستحقات الإيجار و رفضهم تجديد العقود في حالة نهايتها مما يؤدي إلى نقص مردد الأوقاف .

و بناء على الملاحظات التالية نقترح التوصيات التالية:

أمام تعدد القوانين المتعارضة و القاصرة في مواطن عديدة فإنه على المشرع حتى يتمكن القاضي من البث في النزاعات المطروحة ن يورد قوانين خاصة تنظم كل الأحكام المتعلقة بالإيجار الفلاحي الموقوف و كذا الدعاوى و المنازعات .

متابعة عملية حصر الأموال الموقوفة و تسجيلها حتى يتسنى من خلال ذلك معرفة طبيعتها ووضع بعد ذلك خطة عامة لاستثمار و تنمية الأوقاف و غلها .

متابعة إسترجاع كل الأملاك الوقفية المؤممة أو المغتصبة من قبل الأفراد و اتخاذ كل التدابير القانونية و الشرعية للاسترجاع و ذلك بإعادة النظر في المرسوم الوزاري المشترك المحدد لكيفيات و إجراءات الاسترجاع .

لابد من تغيير طبيعة الإدارة الوقفية بشكل و أسلوب نموذجي صحيح و سليم ، تجاوبا مع معطيات العصر الحالي ، وذلك بالاستعانة بمستشارين فنيين في عمليات الاستثمار حتى تعطي المؤسسات الوقفية حقيقتها الفعالة فيما وضعت من اجله .

أن تكون السلطة المكلفة بالأوقاف هي الناظرة على جميع الأوقاف و تقوم بوضع اليد على جميع الممتلكات الوقفية و تتولى رعايتها و حمايتها و المحافظة عليها و العمل على احترام الشروط الواردة بعقود الواقفين، كما تقوم باستثمار ريع الممتلكات الوقفية و توزيعه حسب شروط الواقفين .

ضرورة الاستفادة من خبرات و تجارب الدول و المصارف الإسلامية التي قطعت خطوات جادة في حسن التعامل مع الأملاك الوقفية.

التنسيق مع المؤسسات المالية الإسلامية في الداخل و الخارج لإقامة مشاريع إستثمار جديدة مدعومة.

متابعة استغلال الأراضي الزراعية بما يحقق اكبر عائد منها و ذلك بإصدار قرارات لازمة لتنميتها واستثمارها و تحصيل إرادتها و تقييم الوزارة لأعمال الإستثمار على المستوى الولائي و متابعة تنفيذها .

وضع نموذج جديد خاص بعقود استثمار الأراضي الفلاحية الموقوفة.

إعادة تجديد العقود في حالة انتهائها علما بان جميع عقود الإيجارات الخاصة بالأوقاف معفية من أية رسوم.

متابعة المستأجرين لممتلكات الأوقاف و ذلك في حالة تأخر المستأجرين عن إخطارهم و عدم إستجابتهم تقوم السلطة المكلفة بالأوقاف برفع دعوى ضدهم لدى الجهات المختصة.

فيما يخص عقد الحكر فانه و إن كان يسمح للأوقاف بالحصول على مبلغ يكاد يساوي قيمة الوقف ، و لكنه لقاء ذلك تتنازل عمليا على منافع هذا العقار الوقفي في المستقبل لأن الأجرة السنوية ضئيلة جدا، لذلك يمكننا القول بان طريقة تحكير عقارات الوقف ينبغي أن تعتبر طريقة إستثنائية لا يصح اللجوء إليها إلا في حالات الضائقة المالية السديدة التي تقتضي الحصول على سيولة و لا توجد أي طريقة أخرى.

وعلى الأوقاف في حالة التحكير أن تستخدم المبلغ الكبير المعجل الذي تحصل عليه في إستثمار عقار آخر وقفي أي أن تضحي بعقار لإنقاذ عقار آخر ، أما إذا إستخدمته في النفقات الدورية و المتجددة فإن هذا عمليا يعني تصفية الأوقاف تدريجيا بحيث تكون في المستقبل لا دخل لها.

تلکم هي بعض التوصيات التي قد يكون لها دور إيجابي في دفع حركة التطور في الجهاز الوقفي و التنمية الوقفية.



ملحق رقم 1 جرد عام لإستغلال الأراضي الفلاحية الموقوفة لسنة 2004								
الملاحظات	قيمة الإيجار	الوضعية الحالية للأرض الفلاحية		طبيعة الأرض			المساحة الإجمالية	الولايات
		غير مستغلة	مستغلة	بور	ارض مشجرة	ارض زراعية		
- 66 آر 7 سآر تعاني الجفاف - كل الأراضي المستغلة للايدفع بدل الإيجار للوقف			X			X 29 قطعة	6 هـ 23 آر 22 سآر	أدرار
- أحد المستأجرين متوقف عن الدفع منذ 1999-12-31 - و آخر منذ 1995-12-31 - // // 1997-04-30 - // // 1995-12-31 - // // 1998-12-31	لا تتجاوز 300 دج	2,8 هـ	X	2,8 هـ	1 قطعة	15 قطعة	4 هـ 84 آر 17 سآر	الأغواط
- الأجرة فيها ما يدفع شهريا و ما يحدد سنويا	تتراوح بين 500 إلى 12.000 دج		X			X	429,6 هـ	تلمسان
- أجرة عينية مقدرة بثلاث المحصول أجرة نقدية تتراوح من 200 دج إلى 1500 دج		X 12 هـ غير مستغلة	X		7 قطع تتكون 284 شجرة زيتون 6 تين	9 قطع	56 هـ	بجاية
- هناك قطع مستغلة بدون مقابل	يتراوح ما بين 1800 إلى 20.000	2 هـ	X		200 شجرة 21 قطعة بها أشجار مثمرة	11 قطعة	54,5 هـ	سطيف
- منهم متوقفين عن الدفع من الموسم الفلاحي 1999	بالمناصفة أجرة نقدية تتراوح بين 2000.00 – 60000.00	X 73 نخلة	X X		2173 11 شجرة و الباقي نخيل	7 قطع	8160 هـ	بسكرة
- متوقف عن الدفع من 2003/02/28	200.00		X			قطعة واحدة	289 م <sup>2</sup>	بشار
	من 500.00 إلى 10833.33	قطعة واحدة	X				221 هـ 7 آر	برج بوعريريج
	3200.00		X			قطعة واحدة		غليزان



## قائمة المراجع

- [1] Benyoucef brahim : pour une approche urbaine des wakf , séminaire international sur le wakf , université d'alger, mai 2001 WWW geacities.com/mzalgeo ,waqf , htlm.
- [2] Omar el Kettani , le rôle du waqf dans le système islamique , Banque islamique du développement institut islamique et de formation djeddah 1998
- [3] ناصر الدين سعيدوني : دراسات و أبحاث في تاريخ الجزائر ، الفترة الحديثة و المعاصرة ، المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر ، طبعة 1988 ، الجزء الثاني.
- [4] ناصر الدين سعيدوني : دراسات في الملكية العقارية ، المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر ، بدون سنة.
- [5] جعفر رابح ، المدير الفرعي للبحث عن الأملاك الوقفية و المنازعات بوزارة الشؤون الدينية " المنازعات المتعلقة بالأوقاف " المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر العدد 2 / 2000
- [6] Gerard Busson de Janssens : Contribution à l'Etude des Habous publics Algériens , thèse de doctorat en droit , Alger 1950 .
- [7] محمد أمين البكراوي : التسيير الإداري للأوقاف في الجزائر دورة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر ، وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، الجزائر 1994.
- [8] الدكتور بن رقية بن يوسف: شرح قانون المستثمرات الفلاحية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001 ، الطبعة الأولى.
- [9] الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكلاني الحنفي : كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان - الطبعة الثانية 1406 هـ / 1986 م ، الجزء الخامس .
- [10] عبد الرحمان الجزيري : كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، بدون سنة ، المجلد الثالث .
- [11] محمد أمين الشهير بابن العابدين : حاشية رد المختار على دور المختار ، شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ، شركة مكتبة و مطبعة مصطفى الباني الحلبي و أولاده بمصر ، الطبعة الثالثة 1404 هـ ، 1984 م الجزء السادس .
- [12] عبد الله بن محمود بن مودود : الاختيار لتحليل المختار ، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان ، بدون سنة ، الجزء الثالث.
- [13] الإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي : روضة الطالبين ، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان ، الجزء الرابع.
- [14] الإمام سيدي احمد الدردير : الشرح الصغير ، مؤسسة المنشورات الإسلامية ، بدون سنة ، الجزء الثالث.

- [15] أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه : المغني لابن قدامى ، مكتبة القاهرة لصاحبها علي يوسف سليمان ، بدون سنة الجزء الخامس.
- [16] محمد صبري السعدي : شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، دار الهدى عين مليلة – الجزائر ، الطبعة الأولى 1991-1992 ، الجزء الأول : التصرف القانوني.
- [17] شيخ أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامى المقدس و شمس الدين بن قدامى المقدس : المغني و يليه الشرح الكبير ، دار الكتاب العربي ، لبنان – بيروت ، سنة 1403- 1983 ، الجزء السادس.
- [18] الدكتور احمد سلامة : القانون الزراعي ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، بدون سنة .
- [19] الأستاذ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الإيجار و العارية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت – لبنان ، الطبعة الثالثة 1998 ، المجلد الثاني .
- [20] محمد مصطفى شابي : أحكام الوصايا و الأوقاف ، دار الجامعة للطباعة و النشر بيروت ، الطبعة الثانية 1982
- [21] برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناتي : نتائج الأفكار في كشف الرموز و الأسرار، شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي و أولاده بمصر محمد محمود الحلبي و شركاه بدون سنة ، الجزء التاسع.
- [22] شمس الدين السرخسي : المبسوط ، دار المعرفة بيروت – لبنان ، بدون سنة ، الجزء الثالث و العشرون.
- [23] محمد زكي عبد البر: تحفة الفقهاء ، غني بطبعه و نشره خادم العلم عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ، بدون سنة الجزء الثالث.
- [24] عبد الرحمان بن محمد قاسم العاصمي النجدي الحنبلي : مجموع فتاوى شيخ الإسلام احمد بن تيميه ، طبع بأمر السمو الملكي ولي العهد المعظم فهد بن عبد العزيز آل سعود ، الطبعة الأولى 1398 هـ المجلد الثلاثون.
- [25] شمس الدين الشيخ محمد عرفة ألد سوقي : حاشية ألد سوقي على الشرح الكبير ، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، بدون سنة ، الجزء الثالث.
- [26] وهبة الزحلي : الفقه الإسلامي و أدلته : دار الفكر ، بدون سنة الجزء الخامس.
- [27] العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام : الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ، دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الرابعة 1406 هـ -1986.
- [28] عبد المنعم حسني : موسوعة مصر للتشريع و القضاء : مركز حسني للدراسات القانونية ، الطبعة الأولى 1986 ، الجزء الأول.
- [29] محمد جمعة عبد الله : الكواكب الذرية في الفقه المالكي : مكتبة الكليات الأزهرية ، الطبعة الثالثة 1401 – 1981 ، الجزء الثالث.
- [30] زهدي يكن: أحكام الوقف في الشريعة و القانون، المطبعة العصرية للطباعة و النشر ، بيروت – صيدا ، الطبعة الأولى.
- [31] زهدي يكن: الوقف في الشريعة و القانون ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر بيروت – لبنان، الطبعة 1388 هـ

- [32] حسني عبد الله أمين : الوقف في الفقه الإسلامي : إدارة و تثير ممتلكات الأوقاف ، البنك الإسلامي للتنمية ، المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب جدة 1998.
- [33] الإمام موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامي المقدسي : المقنع في فقه إمام السنة احمد بن حنبل رضي الله عنه ، مكتبة الرياض الحديثة بدون سنة، الجزء الثاني .
- [34] محمد بن علي الشوكاني ، السبيل الجرار المتوقف على حدائق الأزهار دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان 1173-1250 هـ الجزء الثالث .
- [35] شهاب الدين احمد بن إدريس : الذخيرة ، دار الغرب الإسلامي 684 هـ 1285 م ، الجزء السادس.
- [36] إبراهيم أبو لنجا: الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني الليبي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية الطبعة الأولى 1997م.
- [37] عبد الملك السيد : إدارة الوقف في الإسلام ، ندوة إدارة و تثير إدارة الأوقاف ، المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب البنك الإسلامي للتنمية ، جدة 1989.
- [38] علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة 1998.
- [39] زايد كريم : المساقاة حقيقتها و أحكامها في الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية ، كلية أصول الدين ، جامعة الجزائر سنة 2001 ، ص 35.
- [40] أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي و بهامشه التاج و الإكليل لمختصر الجليل: مواهب الجليل لشرح مختصر الجليل ، دار الفكر ، بدون سنة الطبع ، المجلد الخامس .
- [41] محمد نجيب المطيعي : كتاب المجموع لشرح المهذب الشيرازي ، مكتبة الإرشاد جدة المملكة العربية السعودية ، بدون سنة الجزء الخامس عشر.
- [42] أبي عبد الله مالك بن أنس ألا صبحي : موطأ الإمام مالك دار البحار بيروت ، سنة 2003
- [43] ابن القيم أبو عبد الله محمد بن أبي بكر " المغني "، دار الكتاب العربي للنشر و التوزيع ، طبعة جديدة بالأوفست بعناية جماعة من العلماء ، بيروت - لبنان 1403-1983.
- [44] ابن رشد أبو الوليد محمد بن احمد: بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار المعرفة ، بيروت - لبنان، الطبعة السادسة، 1403-1983م.
- [45] الأستاذ عمارة بلغيث : الوجيز في الإجراءات المدنية ، دار العلوم للنشر و التوزيع سنة 2002.
- [46] الأستاذة ليلي زروقي - حمدي باشا : المنازعات العقارية ، دار هومه بالجزائر ، الطبعة 2002.
- [47] محمد أبو زهرة : الحكر ، مجلة القانون و الاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية و الاقتصادية من الوجهة المصرية ، مطبعة نوري ، السنة الخامسة ، العدد السابع ، 1935.
- [48] عبد المنعم حسني: موسوعة مصر للتشريع والقضاء، مركز حسني للدراسات القانونية، الطبعة الأولى 1986، الجزء الأول.
- [49] محمد كامل مرسي باشا : الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثانية 1370-1951 الجزء الثاني.
- [50] سمير عبد السيد تناغوا : عقد الإيجار ، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية خلال حزمي و شركاه، طبعة جديدة ، 1997.
- [51] سليمان المرقش : شرح القانون الهندي ، الطبعة الرابعة 1985، الجزء الثالث العقود المسماة ، المجلد الثاني : عقد الإيجار.
- [52] محمد وحيد الدين سوار : الحقوق العينية الأصلية ( شرح القانون المدني الأردني) الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع ، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ، سنة 2001.

- [53] نبيل سعد إبراهيم : الحقوق العينية الأصلية أحكامها ، و مصادرها ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، جلال حزمي و شركاه سنة 2001.
- [54] احمد أمين حسان-فتحي عبد الوهاب: موسوعة الأوقاف، أحكام القضاء في الفقه ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، جلال حزمي و شركاه، بدون سنة.
- [55] نزيه حماد : أساليب استثمار الوقف و أسس دراسته ، ندوة حول الدور التنموي للوقف ، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، الكويت 1993.
- [56] منذر قحف : الوقف وتنميته في المجتمع الإسلامي المعاصر ، المركز الإسلامي للبحوث و التدريب جدة 1997 ، ص 1994.
- [57] زهدي يكن: المختصر في الوقف ، دار الثقافة بمكتبتها بيروت ، سنة 1966.
- [58] نادية إبراهيمي المولودة اركام : القف و علاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري ، بحث لنيل شهادة الماجستير في عقود المسؤولية ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ابن عكنون الجزائر 1995.
- [59] شفيق طعمة – أديب الاستناوي : التقنين المدني السوري ، نصوص قانونية ، أعمال تحضيرية ، مذكرات المشروع التمهيدي، اجتهاد قضائي ، تعليقات فقهية ، الناشر ، المكتبة القانونية دمشق، الطبعة الثانية 1991 الجزء التاسع.
- [60] اعمر يحيوي : نظرية المال العام، دار هومه الجزائر ، الطبعة الأولى 2004.
- [61] سالم موسى : التصرفات الواردة على الأموال الوقفية في التشريع الجزائري ، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون فرع العقود و المسؤولية كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2002-2003.

## الوثائق و النصوص الرسمية

- الأمر 73/71 المؤرخ في 08 /11/ 1971 ، المتضمن الثورة الزراعية، الجريدة الرسمية 1971 العدد 97.
- القانون 157/62 المؤرخ في 31/12/1962 المتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية التي كان معمول بها إلا ما يمس بالسيادة الوطنية.
- القانون رقم 58/75 المؤرخ في 26 /09/ 1975 و المتضمن القانون المعدل و المتمم ، رقم 78.
- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 /07/ 1984 المتضمن قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية العدد 52.
- القانون رقم 16/84 المؤرخ في 30/06/1984 الجريدة الرسمية العدد 27.
- القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 /11/ 1990 المتعلق بالتوجيه العقاري الجريدة الرسمية العدد 49.
- القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 /04/ 1991 المتعلق بالأوقاف ،الجريدة الرسمية العدد 21.
- القانون 07/01 المؤرخ في 22/05/2001 المعدل و المتمم للقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف الجريدة الرسمية العدد 29.
- القانون 10/02 المؤرخ في 14 /12/ 2002 المعدل و المتمم للقانون 10/91 الجريدة الرسمية العدد 83.
- المرسوم 283/64 المؤرخ في 17/09/1964 المتضمن الأملاك الحبسة الجريدة الرسمية العدد 77.
- المرسوم التنفيذي 69/94 المؤرخ في 19 /03/ 1994 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم 03/93 الجريدة الرسمية العدد 17.
- المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 01 /12/ 1998 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها و كفاءات ذلك الجريدة الرسمية العدد 90.

- المرسوم التنفيذي رقم 200/2000 المؤرخ في 26 /07/ 2000 المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية و الأوقاف في الولاية و حمايتها الجريدة الرسمية العدد 47.
- المنشور الوزاري رقم 37 المؤرخ في 1996/06/05 المحدد لكيفية دفع إيجار الأوقاف.
- القرار الوزاري المشترك رقم 31 المؤرخ في 1999/03/02 الصادر عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف ووزير المالية المتضمن إنشاء صندوق مركزي للأوقاف الجريدة الرسمية العدد 32.
- التعليمية الوزارية المشتركة بين وزير المالية ووزير الشؤون الدينية و الأوقاف و المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي المؤرخة في 2002/09/16 الجريدة الرسمية العدد 09.
- المذكرة رقم 96/01 المؤرخة في 1996/07/03 المحددة لكيفية إيجار الأملاك الوقفية.
- المذكرة رقم 96/03 المؤرخة في 1996/07/17 المتضمن ضبط التقارير.
- المذكرة رقم 97/01 المؤرخة في 1997/01/05 المتضمنة توجيهات تنظيمية الدارة الأوقاف.
- التقرير التمهيدي عن مشروع قانون يعدل و يتمم القانون 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بال أوقاف (الفترة التشريعية الخامسة ، دورة الخريف ، أكتوبر 2002).
- تقرير السداسي الأول الصادر عن مديرية الشؤون الدينية لولاية بسكرة 1996 المتعلق بنشاط مصلحة الأوقاف.