

جامعة سعد دحلب بالبليدة

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

رسالة دكتوراه

التخصص : الحقوق

الشخصية المعنوية للوقف

من طرف

جيدل كريمة

أمام اللجنة المشكلة من:

رئيسا	أستاذ التعليم العالي، جامعة البليدة	أ.د سرير ميلود
مشرفا و مقرا	أستاذ محاضر (أ)، جامعة البليدة	د. بن رقية بن يوسف
عضوا مناقشا	أستاذ التعليم العالي، جامعة تيزي وزو	أ.د كتو محمد شريف
عضوا مناقشا	أستاذ التعليم العالي، جامعة الجزائر	أ.د بن عزوز عبد القادر
عضوا مناقشا	أستاذ التعليم العالي ، جامعة البليدة	أ.د بن شويخ رشيد
عضوا مناقشا	أستاذ محاضر (أ)، جامعة الجزائر	د. يحي سعيدي

البليدة، جويلية 2013

شكر

أهدي ثمرة هذا الجهد إلى أصحاب الفضل الحقيقي، إلى أبي رحمه الله و أمي حفظها الله و رعاها.
و إلى زوجي و ابنتي لمى، و إلى كل أفراد عائلتي خاصة أخي و معلمي و أبي الثاني عمار، إليهم
جميعا لصبرهم و تدعيمهم في إنجاز البحث.

يفيض القلب شكرا، و يسعد الفؤاد و الروح من خلال الإشادة بمن رسم الطريق لهذا البحث، و قدم
العون و أنار البصيرة فكانت الرسالة بهذه الحلة الطيبة.

و قال الباري عز و جل: «و لئن شكرتم لأزيدنكم» (سورة إبراهيم، الآية 7)، أشكر الله العلي القدير
على أفضاله الكثيرة فلولا رحمة الله وفضله ما كنت لأكتب حرفا ولا لأسطر سطرا، فالحمد لله أولا
وآخرا ظاهرا وباطنا، كما أحمده سبحانه أن وفقني لاختيار هذا الموضوع وأعانني على إتمامه، مع
علمي بأنني لم أوف هذه الدراسة حقها، فحسبي أني بذلت قصارى جهدي في سبيل ذلك.
الشكر الكبير لأستاذنا الفاضل الدكتور: بن رقية بن يوسف لما قدمه من عون مستمر و جهد، ليرى
هذا البحث النور، فقد كانت لتوجيهاته الأثر الواضح في ترتيب الرسالة و هندستها.

كما أتوجه بالشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة لتجشهم عناء القراءة، و التدقيق و التحقيق، فلهم ألف
شكر و شكر، على ما بذلوا من نصائح أثرت البحث، و ساعدت على تجاوز عثراته.
و الشكر موصول لكل من أمدني بمعلومة أو سهل مهمتي في إنجاز البحث.

ملخص

يصنف الوقف ضمن مجموعة الأموال التي أضفى عليها المشرع الشخصية المعنوية طبقاً لنص المادة 49 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، و المادة 5 من قانون الأوقاف رقم 10-91 المؤرخ في 27 أبريل 1991، و لم يكن الوقف قبل هذا النص القانوني يعترف له القانون بالشخصية المعنوية، بل كان المشرع يعترف به كتصرف قانوني فقط طبقاً للمرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 17 سبتمبر 1964 المتضمن نظام الأملاك الحسبية العامة [29] ، و يمكن أن نعرف الشخصية المعنوية للوقف بالاستناد إلى تعريف الوقف بأنها: «تكتل مجموعة من الأموال يعترف لها القانون بالشخصية المعنوية المستقلة عن مكوناتها و المنتفع بها و مسيرها و لا تتأثر بكل ما يلحق بهم من موت أو عزل ، و تتمتع بجميع الحقوق التي يتمتع بها الشخص الطبيعي إلا ما كان ملازماً لصفته من حيث الحقوق والواجبات».

و لا يمكن أن تنشأ الشخصية المعنوية للوقف إلا بتوافر مجموعة الشروط الموضوعية و الشكلية التي استلزمها القانون لنشأة الوقف بحيث لا يمكن أن نتصور بعث مجموعة الأموال التي وقفها الواقف إلى الوجود القانوني كشخص معنوي ما لم ينشأ الوقف مستوفياً لأركانه المحددة قانوناً؛ من واقف، و موقوف عليه، و مال موقوف ، و صيغة الوقف، و عليه فإنه لا يكفي لنشوء الشخصية المعنوية للوقف توفر الشروط الموضوعية، بل يجب أن يستوفي الوقف شروطه الشكلية لمعرفة وقت بدء الشخصية المعنوية للوقف كملك مستقل.

و لمعرفة وقت نشوء الشخصية المعنوية للوقف ، يجب أن نتناول الشروط الموضوعية و الشروط الشكلية اللازمة لنشوء الشخصية المعنوية للوقف، حيث يحتاج الوقف لتكوينه كشخص معنوي استيفاءه للعناصر اللازمة لنشوئه بدءاً بالعنصر الموضوعي و العنصر الشكلي .

كما أنه تطبيقاً لنص المادة 50 من القانون المدني فإنه من بين الآثار المترتبة على منح الشخصية المعنوية لمجموعات الأموال أو الأشخاص وجود طابع مؤسسي؛ مستقل يتولى الإشراف على الشخصية المعنوية؛ و ممارسة الصلاحيات المخولة لها و تمثيلها أمام القضاء.

و بتمام نشوء الشخصية المعنوية للوقف ؛يصير للوقف حقوقاً و التزامات، حيث ينظم الواقف شؤون الوقف من خلال مجموعة الشروط التي يضمنه في عقد الوقف حسب المادة 14 من قانون

الأوقاف ، و في هذا الإطار يتولى الناظر إدارة الوقف، و تحقيق مصلحته بمراعاته لشروط الواقف في إدارة الوقف، و توزيع الغلة على المنتفعين من الموقوف عليهم.

كما أن الوقف عند اكتسابه للشخصية المعنوية حسب المادة 5 من قانون الأوقاف، و المادة 49 من القانون المدني، فإنه حسب المادة 50 من القانون المدني؛ يتمتع بأهلية الأداء الكاملة للتصرف في الحدود التي حددها سند إنشائه ، وهو عقد الوقف ونظامه الأساسي ، فله حق التملك والتقاضي ، وإبرام التصرفات القانونية باسمه ، وكذلك يتحمل الوقف الآثار الناتجة عن العقود التي يبرمها ممثلوه ، كما يتحمل المسؤولية الناتجة عن تقصير أحد موظفيه، أو القائمين على إدارته إذا كان التقصير يخص الوقف ، كما يسأل عن الأضرار التي تسببها ممثلوه و موظفوه .

الفهرس

- شكر

- ملخص

- الفهرس

08..... مقدمة

19..... 1. نشأة الشخصية المعنوية للوقف

20..... 1.1 الشروط الموضوعية لنشأة الشخصية المعنوية للوقف

20..... 1.1.1 صدور الوقف من الواقف

20..... 1.1.1.1 الشروط الواجب توفرها في الواقف لتمام وقفه

20..... 1.1.1.1.1 ملكية الواقف للمال الموقوف

24..... 2.1.1.1.1 أهلية الواقف

34..... 2.1.1.1.1 الطبيعة القانونية للوقف

35..... 1.2.1.1.1 الطبيعة القانونية للوقف وفقا لقانون الأوقاف

39..... 2.2.1.1.1. أثر القبول في إنشاء الوقف

44..... 2.1.1. استيفاء الوقف للأركان اللازمة لانعقاده

44..... 1.2.1.1. المال الموقوف

44..... 1.1.2.1.1. محل الوقف

48.....	2.1.2.1.1. شروط المال الموقوف
52.....	2.2.1.1. صيغة الوقف
52.....	1.2.2.1.1. شروط الصيغة المنشئة للوقف
60.....	2.2.2.1.1. تعيين الموقوف عليه في صيغة الوقف
66.....	2.1. الشروط الشكلية لنشأة الشخصية المعنوية للوقف
66.....	1.2.1. تحرير العقد التأسيسي للوقف في سند رسمي
67.....	1.1.2.1. إعداد العقد التأسيسي للوقف في سند رسمي
67.....	1.1.1.2.1. وجوب تحرير العقد التأسيسي للوقف في سند رسمي
72.....	2.1.1.2.1. الشروط الواجب توفرها في السند الرسمي المؤسس للوقف
79.....	2.1.2.1. إعداد السند التأسيسي للوقف من قبل موظف أو ضابط عمومي
79.....	1.2.1.2.1. إعداد السند التأسيسي للوقف من قبل الموثق
87.....	2.2.1.2.1. إعداد السند التأسيسي للوقف من قبل المدير الولائي للشؤون الدينية و الأوقاف
91.....	2.2.1. شهر العقد التأسيسي للوقف
91.....	1.2.2.1. قواعد وشروط و اجراءات شهر العقد التأسيسي للوقف
92.....	1.1.2.2.1. قواعد و شروط شهر العقد التأسيسي للوقف
100.....	2.1.2.2.1. اجراءات شهر العقد التأسيسي للوقف
109.....	2.2.2.1. آثار شهر العقد التأسيسي للوقف
110.....	1.2.2.2.1. الشهر كشرط لوجود الوقف ونفاذه
112.....	2.2.2.2.1. بدء الشخصية المعنوية للوقف

121.....	2. الطابع المؤسسي للأوقاف كأثر لإقرار الشخصية المعنوية للوقف .
123.....	1.2. نطاق الشخصية المعنوية للوقف .
122.....	1.1.2. الذمة المالية للوقف .
122.....	1.1.1.2. مفهوم الذمة المالية للوقف .
122.....	1.1.1.1.2. تعريف الذمة المالية للوقف .
126.....	2.1.1.1.2. خصائص الذمة المالية للوقف .
135.....	2.1.1.2. مكونات الذمة المالية للوقف .
135.....	1.2.1.1.2. أصل الوقف .
145.....	2.2.1.1.2. حق الانتفاع الوقفي .
167.....	2.1.2. أهلية الوقف .
167.....	1.2.1.2. مضمون أهلية الوقف .
167.....	1.1.2.1.2. مفهوم أهلية الوقف .
170.....	2.1.2.1.2. أقسام أهلية الوقف .
174.....	2.2.1.2. ضوابط أهلية الوقف .
174.....	1.2.2.1.2. مصلحة الوقف شرط لاكتساب الحقوق في الوقف .
176.....	2.2.2.1.2. احترام شرط الواقف قيد على التصرف الوقفي .
182.....	2.2. إدارة الشخصية المعنوية للوقف و الآثار المترتبة عنها .
182.....	1.2.2. إدارة الشخصية المعنوية للوقف .

183.....	1.1.2.2. إدارة الشخصية المعنوية للوقف على المستوى المركزي.
183.....	1.1.1.2.2. كيفية تسيير الوقف العام.
189.....	2.1.1.2.2. تقييم الإشراف المركزي على الأوقاف و الآثار المترتبة عنه.
193.....	2.1.2.2. ممثل الشخصية المعنوية للوقف على المستوى اللامركزي.
193.....	1.2.1.2.2. مديرية الشؤون الدينية والأوقاف.
195.....	2.2.1.2.2. ناظر الوقف.
207.....	2.2.2. المسؤولية المدنية و الجزائية للوقف كشخص معنوي.
207.....	1.2.2.2. المركز القانوني لسلطة الوصية في تسييرها للوقف العام.
207.....	1.1.2.2.2. طبيعة العلاقة القانونية التي تربط الوزارة الوصية بالوقف العام.
219.....	2.1.2.2.2. الآثار المترتبة على تحديد الطبيعة القانونية لتسيير الوزارة الوصية للوقف العام.
232.....	2.2.2.2. المسؤولية المدنية و الجزائية للوقف كشخص معنوي.
232.....	1.2.2.2.2. المسؤولية المدنية للوقف كشخص معنوي.
241.....	2.2.2.2.2. المسؤولية الجزائية للوقف كشخص معنوي.
252.....	خاتمة

مقدمة:

يعد الوقف من الأعمال الصالحة التي شرعها الله، ومن الطاعات والقربات التي دعا إليها ورغب فيها عباده المؤمنين ، و قد استدلل الفقهاء على مشروعية الوقف بقوله تعالى : « لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون» [1] الآية 92 من سورة آل عمران.

و استدلوا أيضا بما رواه أنس بن مالك قال: لما قدم رسول الله صلى الله عليه و سلم المدينة أراد بناء المسجد وقال: «يا بني النجار ثامنوني حائظكم هذا ، فقالوا : لا والله لا نطلب ثمنه إلا إلى الله» رواه البخاري [2]ص263 ، و بقول النبي صلى الله عليه و سلم: « إذا مات ابن آدم انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة :صدقة جارية أو علم ينتفع به من بعده أو ولد صالح يدعو له» رواه مسلم [3]ص85.

و منذ الصدر الأول للإسلام وإلى الآن كان المسلمون ، وما زالوا يقبلون في كل زمان ومكان على هذا العمل الخيري المهم، فكانوا يبادرون إلى وقف بعض ممتلكاتهم، ويسارعون إلى تحبيسها ، ليصرف ريعها على بعض المجالات الخيرية ابتغاء مرضاة الله ورجاء عظيم ثوابه [4] ص 6-8.

كان للوقف في مختلف العهود الإسلامية ، دور فعال، ونهض بدور اجتماعي واقتصادي وثقافي كان له أثره في تخفيف العبء على الأجهزة المسؤولة في الدولة، وتقليل النفقات المالية المتعلقة بالموازنة العامة لها، وكفل للعديد من طلبة العلم والعلماء أرزاقهم كي يتفرغوا لشؤونهم العلمية.

و لم يقتصر دور الوقف على إنشاء المدارس و دور العبادة و المكتبات للحفاظ على تاريخ الأمة و دينها ، فقد شجع الوقف الدارسين و أحاطهم بكل أنواع العناية اللازمة للتعلم ، سواء تعلق الأمر بمأكلهم أو ملبسهم أو مشربهم و حتى توجيههم في بعثات خارج الديار ليتلقوا كل أصناف العلم [5] ص 117-130، 121 ، و في ذلك قال الإمام الشافعي: « لو كُفِّتُ بشراء بصلة ما حفظتُ شيئا من العلم » [6] ص 3 ، [7]ص 6، [8]ص 23-26. كما وقد ساهم الوقف في عدم تقوقع المسلمين داخل بلدانهم منتظرين وصول العلم إليهم .

ساهم الوقف في بناء صروح العلم بواسطة المساجد و المدارس و الكتاتيب؛ التي تعلم الناس أبجديات العلم و القراءة و الكتابة ، لتنتقلهم إلى جو الفكر و العطاء ، و قد شهد التاريخ تخرج علماء أفذاذ بفضل الأموال الموقوفة التي على هذا الشأن، فلم يكن لينبغ الخوارزمي في الرياضيات و لا

جابر ابن حيان في الكيمياء و لا ابن سينا في الطب و لا ابن الهيثم في البصريات لولا أموال الوقف]
4 [ص 23-26

و من أبرز ما تم الاهتمام به في تلك الحقبة علم الطب و بناء المستشفيات الخاصة بعلاج كل أصناف الأمراض من جذام و رمد، و مرض المفاصل، كما وجدت مستشفيات للمجانين و المعاقين، و العسكرو العجزة، و وجدت هذه المستشفيات و أماكن العلاج في المناطق الكبرى و النائية، و الاهتمام بتكوين متخصصين في ميدان العلوم الطبية و حثهم على التأليف في هذا المجال و مثاله كتاب الكليات في الطب لابن رشد [9] ص 239، و مما إهتم به الوقف آنذاك أيضا الاهتمام بالحيوان ، فمن بين ما ورد إلينا وقف أحدهم لحائط تجمع فيه الكلاب الضالة و الحيوانات التي لا مأوى لها.

ساهم الوقف بتخفيض نفقات الدولة و الحد من عجزها في المجالات التي تصد لها كالتعليم و الصحة و الأرملة و اليتيم و المسكين و عابر السبيل ، لهذا السبب ينادي الفقهاء بضرورة النهوض بالأوقاف حتى تستعيد هذا الدور ، و لا سبيل لتحقيق هذا الأمر إلا بالرجوع للطابع المؤسسي للوقف و الابتعاد عن التسيير الإداري و المركزي للوقف لأن النهوض بالأوقاف يستدعي فكرا يعظم الربح و يقوم على التخطيط المنهج وفقا للمصلحة و الضرورة [10] ص 118-124، 127.

كما ساهم الوقف في التخفيض من حدة الطبقة بين مكونات المجتمع، بأن كفل لليتيم و الفقير و المحتاج السكن و الغذاء و الملابس و التعليم ، حتى يؤهله لتولي مراكز قيادية في الوظائف مثلهم مثل الآخرين؛ بل حتى البطالين منهم دفعهم للعمل بأن منحهم قروضا تحثهم على العمل و الإبداع، كما أبدع الوقف احترام التخصص سواء بالنسبة للإدارة أو تقديم الخدمة ، فإذا كان الوقف دارا للسكن عمل على إيجاد ناظر مختص في السكن و العمران ، و إذا كان الوقف مستشفى عمل على إيجاد متخصص في الصحة لإدارتها...، و هو ما يسميه رجال الإدارة اليوم الرجل المناسب في المكان المناسب [11] ص 58-88.

نستنتج من العرض السابق نستنتج أنه من بين أهم ما أسهم به الفقه في باب الوقف إرساء أسس فاعلية الوقف؛ من خلال تأصيل فكرة الصدقة الجارية، وأيضا من خلال تفصيل الأحكام المتعلقة بفقه الوقف؛ مما يدل على أن الفقهاء قد بذلوا جهودا مضمينة لوضع أصول البناء المؤسسي لنظام الوقف على النحو الذي يحافظ على حرمة، و يضمن له استمرار النمو و العطاء للذين يكفلان تحقيق الغاية منه في خدمة الدور الحضاري للوقف، و يستفاد من أحكام فقه الوقف و تفرعاته في جميع المذاهب الفقهية أن

الوقف يصبح محلاً لإكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات متى انعقد بإرادة صحيحة صادرة من ذي أهلية فيما يملكه ، ومتى كان متجهاً لتحقيق غرض مشروع من أغراض البر [12] .

فالوقف إذن يعتبر أحد الأنظمة الفعالة الدافعة لعجلة التنمية و التطور الاقتصادي بقصد التقرب إلى الله تعالى بأوجه الصدقة الجارية. وهو تصرف يمنع المال من التداول ، لأنه يؤدي إلى الحفاظ على أصل العين و السعي لاستثمارها بما يحقق عائداً إضافياً للملك الوقفي في حد ذاته .
ساهم الوقف في التنمية الاقتصادية من خلال المبادئ التي أسس عليها ، فمبدأ عدم التصرف في الأملاك الوقفية شكل ضماناً لاستمرار الوقف و عدم التصرف فيه لا بالبيع و لا بالهبة و لا بالميراث ، كما جاء في حديث المصطفى – صلى الله عليه و سلم- فحقق هذا المبدأ انتقال أموال الوقف و منافعه على مر الأجيال؛ لتصبح ثروة تخدم الجميع على مر العصور، و يبقى محبوباً على جهة ما ، تنتفع به بصفة محددة؛ طبقاً لإرادة الواقف، التي عبر عنها عند إنشائه للوقف ؛دون أن يكون لها الحق في التصرف في أصله.

كما أن المال الموقوف فضلاً عن كونه لا يعد ملكاً للموقوف عليه بل منفعته تعد صدقة لازمة للموقوف عليه فقط؛ فهو أيضاً يخرج المال من ملك الواقف حسب المادة 05 من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27-04-1991 المعنوية [13] المادة 23 و هو ما يتفق مع الآثار المترتبة عن منح الوقف الشخصية المعنوية [14] ص 802-808-816-838 .

من المتفق عليه أن مصطلح الشخصية المعنوية لا وجود له في كتب الفقه الإسلامي القديم كمصطلح، بل المصطلح مأخوذ من الفكر الغربي [10] ص 520، غير أن فكرة الشخصية المعنوية التي يراد بها أن تكون لمجموعة الأموال شخصية قانونية مستقلة عن ذمم أصحابها ، أو شركائها ، يكون لها بموجبها حقوق والتزامات خاصة بها، وتكون مسؤوليتها محددة بأموالها فقط .

هذه الشخصية الاعتبارية لم يصل إليها القانون إلا في القرون الأخيرة في حين سبقه فقهاء الإسلام بمراحل في الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للوقف [11] ص 227، حيث نظر الفقه الإسلامي إلى من يدير الوقف نظرة خاصة [15] ص 227، وترتب على ذلك أن الوقف ينظر إليه بصفته مؤسسة مستقلة عن الواقفين والناظرين و الموقوف عليهم ، فلها ذمة مالية تكسبها الحقوق وتحملها الالتزامات، قال فقهاء الشافعية والحنابلة بجواز انتقال الملك إلى جهة الوقف مثل الجهات العامة كالفقراء وطلبة العلم ، والمدارس والمساجد ، كما ذكر فقهاء الحنفية والشافعية أنه يجوز للقيم على الوقف أن يستدين على الوقف للمصلحة بإذن القاضي ، ثم يسترده من غلته ، فهذا دليل على أن

الوقف له ذمة مالية يستدان عليها [15]ص22، [16] ص 226، [17]ص439، [48]ص547، [60]ص409، [68]ص313 و230-231، ثم يسترد منها حين قبض الغلة؛ وهذا الحكم يعبر عن الذمة المالية التي تعد أحد آثار التمتع بالشخصية المعنوية حسب نص المادة 50 من القانون المدني، كما أن الوقف على غير معين خاصة الوقف على المساجد التي جاء النص القرآني واضحا بشأنها، قال تعالى: «وأن المساجد لله فلا تدعوا مع الله أحداً» [1] سورة الجن الآية 24 يستفاد منه أن المسجد ليس ملكا لمعين واقفا كان أو موقوفا عليه، و يستفاد من الآية انقطاع حق كل من سواه عنه، فهذا النص واضح جدا في أن المقصود بهذا الإسناد إلى الله تعالى، وبالتالي تقترب هذه الفكرة من فكرة الذمة المالية للوقف التي تحتاج إلى من يمثلها، كما نص عليه جمهور الفقهاء، على أن الجهات العامة الموقوف عليها تملك، فقد نص المالكية على أن الجهة العامة - كالمسجد - أهل للتملك والتمليك فالبيبالرغم من من خروج الملكية لله تعالى؛ غير أن الجهات العامة بما فيها المساجد لها الأهلية اللازمة في اكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات، وبالتالي تكون ملزمة بأداء التزاماتها و يكون الغير ملزما اتجاهها و هي جوهر الذمة المالية.

ومن المقرر عند الحنفية أن الإيجار يبطل بموت أحد المتعاقدين، ومع ذلك فهي لا تبطل بموت متولي الوقف فيما لو قام هو بتأجير أموال الوقف، فهذا دليل آخر على أن الوقف يتمتع بذمة مستقلة عن الناظر، وأورد ابن عابدين مثالا آخر وهو أن الناظر إذا عزل قبل ظهور الريع؛ وعين ناظر آخر على الوقف، تكون التصرفات التي عقدها الناظر السابق ملزمة للناظر الثاني و في هذا دليل على ثبوت الذمة المالية للوقف [17] ص 570، وهناك نصوص كثيرة تدل على إثبات معظم آثار الشخصية الاعتبارية في القانون الحديث للوقف [18] ص 37-39، [19] ص 126-204.

غير أنه لا يمكن الاكتفاء بالقول: إن الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية فقها، بل يجب أن ينص القانون على تمتعه بالشخصية المعنوية؛ وهذا الحكم لم نصل إليه إلا بعد صدور قانون الوقف رقم 91-10 مما يفيد أنه لا يكفي أن يتمتع الوقف بذمة مالية مستقلة عن الواقف والموقوف عليه والناظر وبأهلية تكسبه الحقوق وتحمله الالتزامات؛ بل يجب أن يعترف له القانون بالشخصية المعنوية طبقا للمادة 49 من القانون المدني فقرة أخيرة؛ التي تؤكد على أن مجموعة الأموال أو الأشخاص لا يمكن أن تتمتع بالشخصية المعنوية إلا إذا اعترف لها القانون بذلك.

الشخص المعنوي كما ذكرنا سابقا عبارة عن مجموعة من الأموال أو الأشخاص التي تسعى لتحقيق غرض مشروع في ظل اعتراف القانون لها بالشخصية القانونية، ومن أهم مستلزمات

الشخصية المعنوية هي إيجاد ذمة مالية مستقلة عن كل مكون لها- وفي موضوعنا -الوقف إذا كان الشرط الأول لمنح الشخصية المعنوية هو وجود مجموعة من الأموال تسعى لتحقيق غرض مشروع هو التقرب لله تعالى لا يثير إشكالا، فإن الجزء الثاني المتمثل في اعتراف القانون بالشخصية المعنوية للوقف لا نجد له نصا قانونيا في هذه الحقبة؛ فهل هذا يعني عدم تمتع الوقف بالشخصية المعنوية؟ اتفق فقهاء القانون على أنه لا يكفي لنشأة الشخصية المعنوية أن يخصص الواقف بعضا ماله أو كله، بل يجب أن يكون الغرض من وقفه مشروعاً، وأن يعترف القانون بهذا التخصيص للمال و قبل أن نتطرق لاعتراف القانون بالشخصية المعنوية للوقف يجب أن نُنَوِّه في المستهل بضرورة التمييز بين الاعتراف بالشخصية المعنوية للوقف، والاعتراف بالوقف كتصرف قانوني في حد ذاته [20] ص 88-95، [21] ص 142.

والواقع أن مسألة ربط اكتساب الشخصية المعنوية باعتراف القانون يرجعه بعض الفقه القانوني إلى مسألة طبيعة الشخصية المعنوية في حد ذاتها، فأُصَارَ نظرية الافتراض القانوني يرون أن الشخصية المعنوية ما هي إلا منحة من المشرع و لا يوجد ضابط أو قيد يلزمه بمنح مجموعات الأموال أو الأشخاص الشخصية المعنوية، بل الأمر متروك لسلطته التقديرية، في حين يرى أصحاب نظرية الحقيقة أن الشخصية المعنوية هي حقيقة واقعية لا يستطيع المشرع إنكارها، فكلما توفرت مقومات الشخص المعنوي في مجموعة الأشخاص أو الأموال فرضت الشخصية المعنوية نفسها على المشرع، [22] ص 634، [10] ص 520، [23] ص 20، [24] ص 33، غير أنه إجمالاً يمكن القول أن تدخل المشرع ضروري للاعتراف بالشخصية المعنوية وابتدائها في القانون الجزائري،

الشخصية المعنوية أو الاعتبارية أو القانونية هي مقابل الشخصية الطبيعية الحقيقية، المتمثلة في الإنسان نفسه، الذي تبدأ شخصيته القانونية منذ علوقه في رحم أمه بشرط ولادته حيا، في حين أن الشخصية الاعتبارية هي صلاحية كائن الشخص المعنوي لثبوت الحقوق له أو عليه، أو أنها صفة يمنحها القانون لمجموعة من الأشخاص أو الأموال قامت لغرض معين بمقتضاها تكون هذه المجموعة شخصا جديدا متميزا عن مكوناتها، وتكون أهلا لتحمل الواجبات واكتساب الحقوق ، والوقف بهذا المعنى لم يعترف له القانون بالشخصية الاعتبارية و إن أحاطته القوانين في مرحلة لاحقة بحماية خاصة ، غير أنها لم تكف لإسباغ الشخصية المعنوية عليه، بخلاف ما هو عليه الوضع اليوم؛ فالوقف يتمتع بالشخصية المعنوية .

غير أننا حينما نطلع على الكتب الفقهية نرى أن الوقف تثبت الحقوق والالتزامات باسمه و لحسابه، فهل معنى ذلك أنه يتمتع بالشخصية الاعتبارية على غرار ما أثبتته القانون من الشخصية المعنوية للجهات العامة ونحوها من الشركات، والجمعيات ؟

تناولت القواعد العامة موضوع الشخصية الاعتبارية في القانون المدني في المادة 49 منه ، و لم تنص [25] صراحة على الوقف كأحد المؤسسات ذات الشخصية المعنوية قبل 2005 ؛بل يستنتج ذلك ضمنا من الفقرة الأخيرة لنص المادة 49 التي تؤكد على إضفاء الشخصية الاعتبارية على كل مجموعة يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية .
و بالرجوع إلى القوانين المنظمة للوقف نلاحظ أن المادة 05 من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27-04-1991 المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم تمنح الوقف الشخصية الاعتبارية.

من خلال ما سبق ذكره نستنتج أن كلا من القانون المدني في التعديل الصادر بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، والقانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف تؤكد على منح الوقف الشخصية المعنوية ، وهو يبين اتجاه المشرع للأخذ بنظرية المجاز أو الافتراض القانوني، التي يتزعمها الفقيه سافيني ، و يتفق معه كذلك دوجي في اعتبار أن الشخص المعنوي ليس له كيان مادي كالشخص الطبيعي، و الشخصية المعنوية الممنوحة له من قبل المشرع ما هي إحيلة ومجاز قانوني تمنح لمجموعات الأشخاص والأموال؛ لتمكنها من تحمل الالتزامات و اكتساب الحقوق لتحقيق الغرض الذي أنشأت لأجله [22] ص 622، [26 ع] ص 34-35، فالشخصية القانونية هي فكرة ملازمة للشخص الطبيعي باعتباره كائنا مستقلا ، يتمتع بملكات عقلية و ذهنية ؛تمكنه من اكتساب الحقوق ، وتحمل الالتزامات فهو الوحيد الذي يتمتع بالشخصية القانونية الحقيقية، أما الشخص المعنوي فانعدام وجوده المادي و عدم تمتعه بالقدرات العقلية الذهنية يجعله معدوم الإرادة؛ لذلك فوجوده العملي هو مجاز و افتراض قانوني ممنوح له حتى يمكنه من تحقيق الغرض من وجوده، وحتى يتمكن من اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وهو وجود مخالف للأصل والحقيقة لأن الأصل أن الشخصية القانونية تقتصر على الشخص الطبيعي أما الشخصية المعنوية فلا وجود لها إلا إذا اعترف المشرع بها، هذا ما يدفعنا للتساءل عن مدى تمتع الوقف بالشخصية المعنوية قبل صدور قانون الأوقاف رقم 91-10 إذا سلمنا بأن المشرع اعتمد على نظرية المجاز و الافتراض القانوني؟
حددت المادة 50 من القانون المدني النتائج المترتبة على تمتع مجموعات الأشخاص أو الأموال بالشخصية المعنوية والواقع أن الفقه الإسلامي قد توصل بطريقته إلى حلول تقترب من حلول القانون المدني من حيث الآثار والنتائج ، فالوقف هو ملك مستقل عن كل من الواقف والموقوف عليه ، ومن

المعمول به أن الجهة المسؤولة عن الأوقاف هي وزارة الأوقاف سابقا، كل هذه الاستدلالات قد تفيد أن المشرع كان يأخذ بنظرية الشخصية الحقيقية للأشخاص الاعتبارية، كما أن القضاء يعترف بوجود هذا الملك و يقر بالوقف كتصرف قانوني، و لا نجد قرارا أو حكما يرفض النظر في دعوى الوقف بعلّة عدم التمتع بالشخصية المعنوية، وفيما يلي نسوق بعض القرارات الفاصلة في دعاوى الوقف التي تؤكد على اعتراف القضاء بالوقف كتصرف قانوني قبل صدور الأحكام القانونية المنظمة له:

-القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 8-3-1967 : «يستوجب نقض القرار الذي أقر ببيع الأموال المحبسة بالرغم من ثبوت سوء نية المشتري و هو ما يتنافى مع أحكام الحبس» [27].
يعد هذا القرار الذي كرس الاجتهاد القضائي في باب لزوم الوقف في ظل غياب نص منظم لهذه المسألة وللوقف بوجه عام بمثابة قاعدة تؤسس لزوم الوقف وعدم جواز الرجوع فيه، حيث أن قضاة الدرجة الأولى أقرّوا بجواز التصرف في الأموال المحبسة بالبيع غير أن قضاة المحكمة العليا نقضوا القرار وأكدوا مبدأ لزوم الوقف، والحقيقة أنه في ظل غياب النص القانوني في تلك الحقبة نستنتج أن قضاة المحكمة العليا بقرارهم هذا قد أقرّوا ما هو متفق عليه بين فقهاء المذاهب الإسلامية من لزوم الوقف وعدم جواز الرجوع فيه، كما يؤكد خروج الملك من الواقف وتمتعه بذمة تحصنه من رجوع الواقف عن وقفه، وهذا يدل أيضا على اعتراف المشرع بوجود ذمة للوقف مستقلة عن ذمة منشئه وهو جوهر الشخصية المعنوية الذي حددها سابقا.

لكن هل اعتراف القضاء و لو ضمنا بوجود ذمة مالية مستقلة للوقف يكفي للإقرار بالشخصية المعنوية للوقف بالبالرغم من من عدم الاعتراف لها بالشخصية القانونية من قبل المشرع؟
اعترف القضاء الفرنسي قبل صدور قانون 4 يناير 1978 للشركات المدنية بالشخصية المعنوية بالبالرغم من من عدم الاعتراف لها بالشخصية القانونية من قبل المشرع مستندا على تفسير القانون المدني بأن هناك اعتراف ضمني من المشرع لها بالشخصية المعنوية، وأكدت محكمة النقض على اعتبار أن الشركات المدنية ليست من خلق القانون ، واستنادا لهذه القرارات اعتبر الفقه الفرنسي أن القضاء اعتمد على نظرية الحقيقة في تحديده للأشخاص المعنوية حيث يترتب على كون الشخصية المعنوية حقيقة واقعية نتيجة هامة تتمثل في كون أن الشخصية المعنوية لا يتوقف وجودها على اعتراف المشرع بها، بل هي حقيقة واقعية؛ تفرض نفسها على المشرع فمتى اجتمعت مجموعة الأشخاص أو الأموال لتحقيق غرض معين ومشروع تحققت الشخصية المعنوية، وكان على المشرع الاعتراف بها كواقع مثل اعترافه بالطفل الوليد [23] ص6.7، [26] ص 40.42، [19] ص55-57، [10] ص522، [22] ص626 .

و هو نفس اتجاه القضاء المصري الذي اعترف للوقف بالشخصية المعنوية قبل اعتراف القانون المدني له بها [26] ص 21، [28] ص 180 ، فالقضاء المصري في ظل القانون المدني القديم كان يصيغ الشخصية المعنوية على كل مجموعة من الأموال أو الأشخاص تتوفر على مقومات الشخصية المعنوية، وقد اعتبر الوقف شخصا معنويا قبل الاعتراف له بالشخصية المعنوية في القانون المدني، وذلك استنادا إلى أحكامه المقررة في الفقه الإسلامي لتوفر مقومات الشخصية المعنوية فيه، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية في 14 مارس 1948 عندما قضت أن الشخص الاعتباري له إرادة مفترضة، هي إرادة الشخص الطبيعي الذي يمثله، فالضرر الذي أصاب الغير من خطأ صادر عن الممثل القانوني للشخص المعنوي يعد خطأ صادرا عن الشخص المعنوي، لأن إرادة ممثله القانوني ما هي إلا إرادة الشخص المعنوي [23] ص 20.

و قياسا على ما ذهب إليه الفقه الفرنسي في الاعتراف للشركات المدنية بالشخصية المعنوية استنادا إلى تفسير القانون المدني واعتمادا على نظرية الحقيقة، يمكننا القول أن القضاء بقبوله الفصل في قضايا الوقف حسب القرارات السابقة الذكر يعد اعترافا منه بتمتع الوقف بالشخصية المعنوية استنادا إلى ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في هذا الباب تطبيقا لنص المادة 1 من القانون المدني، وإعمالا للشريعة الإسلامية التي كانت تطبق من قبل القضاء في باب الوقف.

كما يمكن التذليل على تمتع الوقف بالشخصية المعنوية بتطبيق نص المادة 50 من القانون المدني و المادة 222 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة التي تنص على الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه [29]، وبتفحص كتب فقهاء المذاهب الأربعة يظهر جليا تمتع الوقف بالشخصية المعنوية، وعدم جواز التصرف فيها و أبرز مثال يمكن الاستدلال به هو ما فعله القضاء لمنع الولاية والسلطين من مصادرة الأوقاف [19] ص 126-127، [24] ص 33، [23] ص 20.

و من الناحية القانونية؛ يصنف الوقف ضمن مجموعة الأموال التي أضفى عليها المشرع الشخصية المعنوية طبقا للمادة 49 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل [25] والمادة 05 من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف، و عليه حسب المادة 5 من القانون 91-10، و 50 من القانون المدني فإن الأوقاف مستقلة عن الدولة بالرغم من من إشراف هذه الأخيرة على الوقف العام [13] المواد 22 و 25 و 41 و 43 و 46 و 47، [30] ثم إن إشراف الوزارة على الوقف يجب أن نكيفة كنوع من النظرة على الوقف و ليس بصفتها سلطة عامة باعتبار أنها تعمل باسم و لحساب الوقف كشخص معنوي و

ليس باسم و لحساب السلطة الوصية مع بعض الفارق ، خاصة و أن غلة الوقف تصب في صندوق مستقل عن ميزانية الوزارة [31] .

تكمن أهمية دراسة موضوع الشخصية المعنوية للوقف في معالجة الإشكاليات القانونية التي يطرحها هذا الموضوع؛ بدءا بتحديد شروط نشأة الشخصية المعنوية للوقف؛ وصولا لمعرفة نوع القواعد القانونية المطبقة على الوقف العام، هل هي من قبيل القواعد العامة؟ أو من القواعد الخاضعة للقانون الخاص؟ ذلك أن هذا التدقيق هو الذي سيسمح بتحديد نوع المسؤولية إدارية كانت أم مدنية و حتى جزائية، حسب ما جاء به قانون العقوبات في تعديله سنة 2004، كما أن جودة الموضوع و عدم وجود دراسات قانونية سابقة في هذا الموضوع فيما وقفت عليه تعد دافعا جوهريا لتناول هذا الموضوع بما أن الكثير من الكتابات الفقهية القديمة منها والمعاصرة قد عالجت الجوانب الفقهية في الوقف، فسيكون النظر في المسائل الفقهية في الوقف مخصصا لهدف معالجة القضايا المذكورة في البحث كما سيتضح للقارئ خلال فصول الرسالة.

و تتلخص أسباب اختيار الموضوع إلى جملة الأسباب الآتية:

- 1- حب البحث في الشريعة الإسلامية بنّية التقرب إلى الله بهذا العمل، لأن الجهد المبذول في الدراسة يسعى إلى المساهمة في الحفاظ على حرمة الوقف، والذي يعد مصدر أجر عظيم للواقفين بمفهوم الصدقة الجارية التي جاءت في حديث النبي صلى الله عليه و سلم.
- 2- إن البحث في موضوع الشخصية المعنوية للوقف من شأنه تفعيل دور الوقف من خلال إبراز خصائص الوقف كمؤسسة مستقلة و قطاع ثالث يوازن بين القطاع العام و القطاع الخاص، ويتحمل هذا القطاع ملء الفراغات في الأنشطة الاجتماعية والاقتصادية التي لا يتكفل بها في العادة القطاع الخاص الذي يهدف إلى الربح ، كما تعجز الدولة عن القيام بها بسبب الطبيعة الخاصة لهذه الأنشطة ، كما من شأنه استعادة الدور الريادي الذي كان الوقف يقدمه في المجتمعات الإسلامية عبر مختلف العصور.
- 3- المساهمة العلمية في تحسين عمل مؤسسة الوقف، من خلال إبراز الثغرات القانونية المتعلقة بموضوع البحث.
- 4- قلة الدراسات الأكاديمية المهمة بموضوع الوقف من الناحية القانونية، فعدم الاجتهاد في تطوير صورة الوقف و البحث عن المسائل القانونية والسعي إلى حلها ؛كل ذلك ساهم في عدم تطور مؤسسة الوقف ، و عليه فقد لزم الاهتمام بالبحوث العلمية الجادة التي تعيد للمؤسسة دورها الحضاري.

كل هذه الأسباب و غيرها تجعل من موضوع الشخصية المعنوية للوقف موضوعا بارزا و جديرا بالبحث.

و من هذا المنطلق فإن إشكالية الدراسة هي:

متى تنشأ الشخصية المعنوية للوقف؟ و ما هي الآثار المترتبة على اكتساب الوقف الشخصية المعنوية؟

و سيتم معالجة الإشكالية بالتركيز في بحثنا على مسألتين هامتين هما:

أولاً: شروط نشأة الشخصية المعنوية للوقف.

ثانياً: الطابع المؤسسي كأثر لتمتع الوقف بالشخصية المعنوية.

وبذلك، عرضت الرسالة في بابين:

الباب الأول: شروط نشأة الشخصية المعنوية للوقف

حاولت في هذا الباب بحث شروط نشأة الشخصية المعنوية للوقف، وقسمت الباب إلى فصلين وفقاً للآتي:

الفصل الأول: الشروط الموضوعية لنشأة الشخصية المعنوية للوقف.

الفصل الثاني: الشروط الشكلية لنشأة الشخصية المعنوية للوقف.

الباب الثاني: الطابع المؤسسي للأوقاف كأثر لإقرار الشخصية المعنوية للوقف.

حاولت في هذا الباب بحث الطابع المؤسسي للأوقاف كأثر لإقرار الشخصية المعنوية للوقف، و قسمت هذا الباب إلى فصلين وفقاً للآتي:

الفصل الأول: نطاق الشخصية المعنوية للوقف.

الفصل الثاني: إدارة الشخصية المعنوية للوقف و الآثار المترتبة عنها.

و الواقع أن بحثنا في هذا الموضوع لم يكن يسيراً، نظراً لقلّة المراجع القانونية المخصصة في الوقف ، مع الإشارة إلى أن موضوع الوقف من الناحية الفقهية يعد أحد الأبواب الثابتة في كتب الفقه الإسلامي، و قد عد منها محمد بن عبد الله 97 مؤلفاً في كتابه "الوقف في الفكر الإسلامي".

و قد عكف العلماء في هذه المؤلفات على بناء أساس فقهي لنظام الوقف.

و في عصرنا الحالي ألف كثير من الكتب في الوقف، و خلال السنوات القليلة الماضية بدء بعض الأساتذة بالتأليف في موضوع الشخصية المعنوية بصفة عامة كدراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، فقد كتب الأستاذ أحمد علي عبد الله كتابا بعنوان "الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي". كما كتب د.محمد طوموم مقالا بعنوان "الشخصية المعنوية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي".

و تناول الموضوع نفسه الأستاذ محمود بوترعة ،في مقال له بعنوان " الشخصية القانونية المعنوية في الفكر الإسلامي "، و تعتبر هذه الكتابات طرعا جديدا لفكرة الشخصية المعنوية من منظور فقهي باعتبار أن هذا المصطلح لا نجد له مقابلا في كتب الفقه الإسلامي.

و ألف الدكتور جمعة محمود الزريقي كتابا بعنوان الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية ، و هي عبارة عن دراسة موضوع الشخصية المعنوية للوقف بين الشريعة و القانون ، حيث بحث المؤلف جذور الشخصية المعنوية للوقف في الشريعة و القانون ، و قد ضم الكتاب عديد الآراء و الاستنباطات الفقهية و القانونية التي تتعلق بالوقف، و السياق نفسه تناول أ.د. قاسم عبد الحميد الوتيدي،الوقف كأحد معالم الشخصية المعنوية في الشريعة الإسلامية، في بحث قدمه لندوة الوقف الإسلامي الذي نظمته كلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أشار فيه إلى بعض المسائل القانونية المترتبة على تمتع الوقف بالشخصية المعنوية.

و من خلال بحثي في الدراسة السابقة في الموضوع، إتضح لي أن الحاجة ماسة لدراسة قانونية لشخصية الوقف المعنوية ، تركز أساسا عن الآثار المترتبة على تمتع الوقف بالشخصية المعنوية و البحث عن مدى تمتع الوقف العام بالشخصية المعنوية في ظل وصاية الدولة ممثلة في وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف مما يفقد الشخصية المعنوية أهميتها ، فضلا عن المسائل القانونية المتفرعة عن هذه الوصاية ، و التي لم تتطرق الكتب و المقالات السابقة الذكر بالبالرغم من من أهميتها لها. و على هذا الأساس ركزت هذه الدراسة على النصوص التشريعية و التنظيمية، و القرارات القضائية. و رجعت إلى الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه في ثنايا القانون تطبيقا لنص المادة 2 من قانون الوقف العام رقم 91-10.

و عليه اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج التحليلي و المنهج المقارن و المنهج الاستقرائي للدواعي السالفة الذكر، و بهذا الصدد لم أتوانى عن بيان النفاصل و التناقضات و الفراغات بين النصوص القانونية و الفقهية التي تناولتها بالدراسة ، و لن أدخر جهدا في ذلك آملة أن أضيف نورا يسيرا إلى فضاء الوقف الرحب.

الباب 1

نشأة الشخصية المعنوية للوقف

يصنف الوقف ضمن مجموعة الأموال التي أضفى عليها المشرع الشخصية المعنوية طبقاً لنص المادة 49 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، و المادة 5 من قانون الأوقاف رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991، و لم يكن الوقف قبل هذا النص القانوني يعترف له القانون بالشخصية المعنوية بل كان المشرع يعترف به كتصرف قانوني فقط طبقاً للمرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 17 سبتمبر 1964 المتضمن نظام الأملاك الحيسية العامة [29] ، و يمكن أن نعرف الشخصية المعنوية للوقف بالاستناد إلى تعريف الوقف بأنها: «تكتل مجموعة من الأموال يعترف لها القانون بالشخصية المعنوية المستقلة عن مكوناتها و المنتفع بها و مسيرها و لا تتأثر بكل ما يلحق بهم من موت أو عزل ، و تتمتع بجميع الحقوق التي يتمتع بها الشخص الطبيعي إلا ما كان ملازماً لصفته من حيث الحقوق والواجبات». و لا يمكن أن تنشأ الشخصية المعنوية للوقف إلا بتوافر مجموعة الشروط الموضوعية و الشكلية التي استلزمها القانون لنشأة الوقف، بحيث لا يمكن أن نتصور بعث مجموعة الأموال التي وقفها الواقف إلى الوجود القانوني كشخص معنوي، ما لم ينشأ الوقف مستوفياً لأركانه المحددة قانوناً من واقف و موقوف عليه و مال موقوف و صيغة الوقف، و عليه فإنه لا يكفي لنشوء الشخصية المعنوية للوقف توفر الشروط الموضوعية، بل يجب أن يستوفي الوقف شروطه الشكلية لمعرفة وقت بدء الشخصية المعنوية للوقف كملك مستقل.

و لمعرفة وقت نشوء الشخصية المعنوية للوقف، يجب أن نتناول الشروط الموضوعية و الشروط الشكلية اللازمة لنشوء الشخصية المعنوية للوقف حيث يحتاج الوقف لتكوينه كشخص معنوي استيفاءه للعناصر اللازمة لنشوئه بدءاً بالعنصر الموضوعي و العنصر الشكلي ، و سنتناول كل هذه الشروط بجزئياتها التفصيلية في فصلين مستقلين .

الفصل الأول: الشروط الموضوعية لنشأة الشخصية المعنوية للوقف.

الفصل الثاني: الشروط الشكلية لنشأة الشخصية المعنوية للوقف.

1.1 . الشروط الموضوعية لنشأة الشخصية المعنوية للوقف

لا ينشأ الوقف حسب المادة 4 من القانون 10-91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتضمن قانون الأوقاف إلا بوجود مجموعة من الأموال التي يحبسها الواقف عن التملك قربة لله تعالى طبقا لتعريف الوقف الوارد في المادة 3 من قانون الأوقاف 10-91 السابق الذكر [9] و هو ما سنتناوله في المبحث الأول ، و لا يكفي لنشوء الشخصية المعنوية للوقف صدور الوقف من الواقف، بل يجب أن يستوفي الوقف كل أركانه التي حددها القانون 10-91 المتضمن قانون الأوقاف من موقوف عليه و صيغة الوقف و الموقوف أي محل الوقف و هو ما سنتناوله في المبحث الثاني.

1.1.1 صدور الوقف من الواقف

يعد صدور الوقف من الواقف شرطا أساسيا لنشوء الشخصية المعنوية للوقف ، و الواقف هو الشخص المالك الذي أنشأ الوقف و جعل منفعته صدقة لازمة للمستحقين من الموقوف عليهم، و يشترط في الواقف أن يكون مالكا لمحل الوقف و أهلا للتبرع باعتبار أن الوقف هو إخراج للملك بدون عوض، و لا تتحقق أهلية التبرع في الواقف إلا بتوافر مجموعة من الشروط، و هو ما سنحاول توضيحه في المطلب الأول، كما أن التصرف الوقفي الصادر من الواقف لم يوضحه قانون الأوقاف 10-91 بشكل جلي، فتراوحت الآراء في تحديد طبيعته القانونية بين اعتباره عقدا أو تصرفا بالإرادة المنفردة ، و نظرا لعدم إمكانية تصور التصرف القانوني الواحد تصرفا بالإرادة المنفردة و عقدا في آن واحد سنبحث في المطلب الثاني الطبيعة القانونية للوقف.

1.1.1.1 الشروط الواجب توفرها في الواقف لتمام وقفه.

يشترط لصحة الوقف و تمامه أن يكون الواقف مالكا للمال الموقوف، و هو ما نتناوله في الفرع الأول ، و لتمام أهلية الواقف و صحة وقفه يجب أن يكون للواقف حق التصرف في ملكه بأن لا يكون محجورا عليه لسفه أو دين و غير ذلك و هو ما نفضله في الفرع الثاني.

1.1.1.1.1 ملكية الواقف للمال الموقوف.

نصت المادة 216 من قانون الأسرة رقم 84-11 و المادة 10 فقرة 1 من قانون الأوقاف رقم 10-91 و على ضرورة أن يكون الواقف مالكا لعين الوقف لصحة وقفه بنصها: « يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي: أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا»، فالوقف

العام لا يصح و لا ترتب عليه آثاره إلا إذا كان صادرا من مالك العين المراد وقفها و هو ما أكده القضاء في عدد من قراراته نذكر منها:

- قرار رقم 46546 مؤرخ في 21-11-1988: «من المقرر أن يكون أهلا للتبرع، رشيدا لا مكرها، و يشترط في المال المحبس أن يكون مملوكا للواقف، معيننا خاليا من النزاع. شرعا و قانونا أنه يشترط في الواقف و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية و القانون، و لما كان الثابت في قضية الحال-أم المحبس كان عمره 99 سنة مريضا، بصيرا، و أن قطعة الأرض المحبسة ملكا لشخص آخر .

فإن قضاة المجلس الذين قضوا بتصحيح عقد الحبس خالفوا أحكام الوقف و القانون و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه» [33] ص60.

- القرار رقم 94323 المؤرخ في 28-9-1993 :

«من المقرر شرعا و قانونا أن يكون المال المحبس ملكا للواقف ، و إلا لما جاز له أن يحبسه ، و أن يكون معيننا -غير مجهول- و خاليا من كل نزاع و لو كان هذا المال في الشيع ، و من ثم فإن عقد الحبس الذي شمل مال المحبس مع مال أخيه في قضية الحال لا يكون باطلا إلا بالنسبة لأخ المحبس المدعو «س» لكنه صحيحا بالنسبة للمال المملوك له، و عليه فإن قضاة المجلس لم يسببوا قراريهما -المطعون فيهما- بشكل مقبول مما يستوجب نقضهما و إحالتهما مع الأطراف على نفس المجلس» [34] ص76.

و يستدل على ملكية الواقف بالسندات المثبتة للملكية و هي أربعة أنواع: السندات التوثيقية ،

و السندات العرفية، و السندات الإدارية، و السندات القضائية.

أولا- السندات التوثيقية: و هي المحررات التي يقوم الموثق بتحريرها بصفته ضابطا عموميا طبقا للأشكال و الترتيبات المنصوص عليها قانونا، و يتم توقيعها من قبله و من قبل المتعاقدين و الشهود إذا حضروا ، و تصنف إلى ثلاثة أصناف: العقود الرسمية، العقود الإحتفائية ، و العقود التصريحية.

1- العقود الرسمية: و هي العقود التي تصدر من الموثق عادة، و هي كثيرة و متنوعة كعقد البيع مثلا.

2- العقود الإحتفائية: و هي نوع من العقود الرسمية ، و لكن المشرع إلى يومنا هذا لم يضع لها الضوابط القانونية الخاصة بها، و تذكر منها عقد: الهبة و الوقف ، و الوصية ، هذه العقود الشائع لدى العديد من القوانين أنها عقود إحتفائية. [37] ص109.

3- العقود التصريحية: و هي العقود التي يقتصر دور الموثق فيها على إستعمال التصريح من الطالب، متى كان هذا التصريح غير مخالف القانون و نذكر منها عقد الشهرة و الشهادة التوثيقية.

ثانبا- **السندات العرفية:** و هي العقود التي تصدر بمعرفة أفراد عاديين و لا يتدخل أي موظف أو ضابط عمومي أو مكلف بخدمة عامة في تحريرها، وتكون موقعة من المتعاقدين وحدهم و الشهود، و تجدر الإشارة إلى أن السندات العرفية التي تعتبر سندات للملكية هي التي لها تاريخ ثابت قبل 01-1971 وهو تاريخ صدور قانون التوثيق الذي أوجب صراحة الكتابة الرسمية في جميع المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان.

كما أن العقد العرفي يكتسب تاريخا ثابتا وفقا لنص المادة 328 من القانون المدني إبتداء من:

- يوم تسجيله أو من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عمومي أو من يوم التأشير عليه من قبل ضابط عام مختص أو من يوم وفاة أحد اللذين لهم على العقد خط أو إمضاء. [35]ص 27-29، [37]ص 17-20.

ثالثا- السندات الإدارية: و يقصد بها الوثائق التي تحررها الإدارة العمومية بمناسبة التصرف في ملكيتها العقارية لفائدة الغير [25] المادتين 827 و 828 ، مثل عقود التنازل عن قطع أرضية أو عقود الإستصلاح.

رابعا- السندات القضائية: تعد الأحكام القضائية النهائية المتعلقة بالملكية العقارية أو الحق العيني العقاري سندات ملكية تحل محل عقود الملكية الواردة على الملكية العقارية [36] ص 18.

كما يجب الإشارة أن الأحكام القضائية حتى تكون سندا للملكية العقارية و تكرر الحق العيني العقاري يجب أن تكون محددة للعقار تحديدا دقيقا نافيا للجهالة حتى يعتد بها، أما إذا لم تكن تحتوى على المعلومات المتعلقة بالعقار المراد شهره. يكون المحافظ العقاري مخولا قانونا رفض إشهارها و يتعامل معها معاملة العقد العرفي، و يفرض على أصحابها إفراغها في شكل عقد توثيقي قبل شهره [37] ص 17-20.

و قد اتفق فقهاء المذاهب الإسلامية كذلك على اعتبار أن الوقف لا يصح و لا يلزم إلا إذا صدر من المالك، غير أنهم اختلفوا في مدى وجوب توافر هذا الشرط وقت الوقف، أي هل يجب أن يكون الواقف مالكا للعين الموقوفة وقت الوقف أم يجوز أن يكون الوقف معلقا بشرط في المستقبل؟

و مثال ذلك أن يقول إن اشتريت المنزل الفلاني؛ فهو وقف، أو يقول إن بنيت في موقع كذا فهو وقف.

قال المالكية بجواز الوقف غير المملوك للواقف وقت الوقف [56]ص384، [51]ص473، [85]ص326؛ فهم يجيزون وقف المال غير المملوك للواقف وقت الوقف بشرط ألا يكون التعليق مطلقا؛ كأن يقول الشخص كل ما سأملك في المستقبل هو وقف؛ فهذا غير جائز لما فيه من ضرر للشخص بخلاف لو قال أن منزل أو محل كذا لو اشتريته فهو وقف، و يوافق هذا الحكم ما جاء في القانون المدني في المادة 92 منه التي تنص على جواز أن يكون المحل غير موجود عند العقد و لكنه محقق الوجود في المستقبل .

أما رأي الجمهور فهو موافق لنص المادة 10 فقرة 1 من قانون الأوقاف، إذ يشترطون لصحة الوقف و تمامه أن يكون الموقوف مملوكا ملكا تاما للواقف وقت الوقف و إلا كان الوقف باطلا [17] ص 497، [43]ص43، [44]ص525، [64]ص53، [76]ص600، [38]ص357، و هو ما أكدت عليه المحكمة العليا في القرار رقم 109957 بتاريخ 1994-03-30

و الذي جاء فيه: « من المقرر قانونا أن الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد و التصديق، إلا أنه يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية.

و لما كان من الثابت في قضايا الحال أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم القاضي برفض دعوى الطاعن التي ادعى فيها أنه الوارث الوحيد للمرحوم أخيه، فإنهم التزموا بتطبيق القانون

لأن المال المحبس لا يمكن أن يكون محل تملك أو دعوى ملكية مما يتعين معه رفض الطعن» [39] ص 39، [19] ص 185-180.

و القرار رقم 198940 المؤرخ في 25-04-2001 : «من المقرر قانونا أنه لصحة الحبس يشترط أن يكون المحبس مالكا، و حيث أنه كان من الثابت في قضية الحال أن المحبس الأصلي كان قد باع القطعة الأرضية محل الحبس فإن القضاء بعدم شرعية الحبس يعد تطبيقا صحيحا للقانون» [40] ص 18-21، و يعد هذا القرار تطبيقا للنص القانوني الوارد في قانون الأسرة، فالوقف لا يصح إلا إذا صدر من شخص كامل الأهلية، حيث تنص المادة 83 من قانون الأسرة على بطلان تصرفات

ناقص الأهلية الضارة ضررا محضا و يعد الوقف تصرفا ضارا بناقص الأهلية لذا قضى المشرع ببطلانه في ثنايا قانون الأوقاف أيضا [30] المادة 30 .

2.1.1.1.1 أهلية الواقف.

حددت المادة 10 فقرة 2 من قانون الأوقاف شروط صحة الوقف من الواقف بنصها: «أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين».

فلتمام صحة الوقف لا يكفي أن يكون الواقف مالكا للمال المراد وقفه، بل يجب أن يكون أهلا لإجراء هذا التصرف [41] ص 212، [52]ص249، و يتحقق ذلك بتمام أهليته حسب المادة 30 من قانون الأوقاف التي تنص على عدم جواز وقف الصبي مميزا كان أم غير مميز، و لكن السؤال الذي نطرحه متى تتحقق أهلية الواقف ؟

نصت المادة 10 فقرة 2 من قانون الأوقاف على ضرورة أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه، و الضابط حسب المادة في صحة الوقف الصادر من الواقف هو ألا يكون هذا الأخير محجورا عليه لسفه أو دين، كما تضمن نص المادة 30 من قانون الأوقاف ضابطا آخر، يتمثل في بطلان الوقف الصادر من الصبي المميز و غير المميز ،بمعنى آخر أن المادة اعتبرت أن الوقف الصادر من الصبي المميز و غير المميز كالتصرف الصادر عن عديم الأهلية في القانون المدني لذلك نتساءل عن الأهلية اللازمة لصحة الوقف؟

طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني فإن أهلية الشخص تتحدد ببلوغه 19 سنة، و عليه يكون الوقف العام مرتبا لآثاره إذا صدر من راشد بالغ 19 سنة و غير محجور عليه لسفه أو دين .

لمزيد من التفصيل عدت إلى مصنفات الشريعة الإسلامية لأبحث عن حكم هذه المسألة عند فقهاءنا تطبيقا لنص المادة 2 من قانون الأوقاف بالنسبة للوقف العام ، و في هذا يكون الواقف أهلا للتبرع إذا توفرت فيه أهلية التبرع ، و تتحقق هذه الأخيرة بأوصاف أربعة هي:

أولا- العقل: العقل هو مناط التصرف، و قد أجمع الفقهاء على هذا الشرط لصحة الوقف، و وضعوا حكما خاصا لكل وقف صادر من فاقد العقل و التمييز و تفصيله كالآتي:

1- وقف المجنون:

الجنون لغة زوال العقل أو فساد، أما في الاصطلاح فهو اختلال في العقل بحيث يمنع جريان الأفعال و الأقوال على نهج العقل إلا نادرا ، كما يعرف كذلك على أنه المرض الذي يصيب العقل فيفقد التمييز صاحبه [38]ص 313 ، [42] ص 79 ، فالمجنون يكون فاقدا للإدراك و التمييز، مما يحول دون صحة تصرفاته ، و يميز الفقهاء بين نوعين من الجنون ، الجنون المطبق أو الممتد أو المستمر غير المنقطع، و قال بعض الحنفية أن الجنون يكون مطبقا إذا دام عاما و قال بعضهم إذا دام شهرا [43]ص46، [44]ص532، و حكم التصرفات التي يقوم بها المجنون جنونا مطبقا البطلان باتفاق المذاهب.

أما إذا كان الجنون غير دائم أو غير مستمر في الزمن بصورة متواصلة بحيث تصاحبه نوبات إفاقة فيسمى هذا النوع من الجنون بالجنون المتقطع، و يرى بعض الفقهاء بأن تصرفاته تأخذ حكمين، تكون تصرفاته صحيحة في نوبات إفاقة و باطلة حال جنونه ، و عليه إذا صدر منه الوقف عند إفاقة كان صحيحا، أما إذا صدر منه الوقف في نوبة جنونه فهو باطل ، و هذا موافق لما ذهب إليه قانون الأوقاف في المادة 31 منه ، حيث تنص: «أما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقة و تمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية» ، و يوافق حكم المادة ما جاء في القانون المدني العراقي المادة 180 خلاف المشرع المصري الذي ساوى بين الحالتين فاعتبر تصرفات المجنون باطلة سواء في حال إفاقة أم جنونه [38] ص 313.

هذا و يجب الإشارة بأن القانون المدني العراقي في المادة 180 منه يعتبر تصرفات المجنون جنونا متقطعا في حال إفاقة كتصرفات العاقل و هو موافق لنص المادة 31 من قانون الأوقاف، غير أنه يجب أن تثبت إفاقة المجنون بإحدى الطرق الشرعية ، لذا أعتقد أن هذه المادة غير واضحة بما فيه الكفاية، لتسمح بالتمييز بين حالات الإفاقة و نوبات الجنون، لذلك أقترح إما أن تعدل المادة فتساوي بين تصرفات المجنون جنونا مطبقا و المجنون جنونا متقطعا حيث تقع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا كما ذهب إليه القانون المدني المصري ، و في اعتقادي أن الأفضل لو أن المشرع يساوي بين الجنون المستمر و الجنون المتقطع لعسر إثبات الحالة الثانية، و خطورة النتائج المترتبة على اعتبار صاحب الجنون المتقطع عاقلا حال إفاقة، أو يصدر نصوصا تنظيميا يوضح الحالات المحددة في المادة 31 من قانون الأوقاف لتفادي النزاعات التي قد تنشأ عن هذا الغموض.

و قد اتبع القضاء الشروط نفسها الواردة في قانون الأوقاف لاعتبار وقف ما، بأنه صحيح أو باطل، و مثاله القرار رقم 46546 مؤرخ في 21-11-1988: «من المقرر شرعا و قانونا أنه

يشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرع، رشيدا لا مكرها، و يشترط في المال المحبس أن يكون مملوكا للواقف، معينا خاليا من النزاع.

و من ثم؛ فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية و القانون ، و لما كان الثابت في قضية الحال- أن المحبس كان عمره 99 سنة مريضا، بصيرا ، و أن قطعة الأرض المحبسة ملكا لشخص آخر .

فإن قضاة المجلس الذين قضوا بتصحيح عقد الحبس، خالفوا أحكام الوقف و القانون، و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه» [33] ص 60.

2- وقف المعتوه.

العتة لغة هو نقص في العقل من غير جنون، أما اصطلاحا فيقصد به الخلل الذي يصيب العقل، بحيث يجعل المصاب به مختلط الكلام، فيشبهه كلامه كلام العقلاء مرة و كلام المجانين مرة أخرى [45]ص 979، [46]ص 465، و قد ساوى الفقهاء بين حكم تصرفات المعتوه و المجنون، كما ألقوا بهما النائم و المغمي عليه، و جعلوا تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلقا ، فالوقف الذي يصدر عنهم يكون باطلا و هو موافق لنص المادة 31 من قانون الأوقاف التي نصت :«لا يصح وقف المجنون و المعتوه»، و هو موافق أيضا لقانون الأسرة الذي ينص في المادة 85 منه على أن تصرفات المجنون و المعتوه و السفية تعد غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته و السفه.

3- وقف السكران

اختلف الفقهاء في حكم وقف من فقد عقله بسبب مسكر على النحو الآتي:

قال المالكية [47]ص 61، [51] ص 314 و الحنابلة [48]ص 208 :إن وقف فاقد عقله بسبب مسكر باطل قياسا على وقف المجنون أما الشافعية [49]ص 41، [53]ص 201، و الحنفية فقالوا أن وقفه يكون باطلا إذا كان مكرها على شرب الخمر أو مخطئا في شربه [43]ص 45، أما إذا قصد الشرب و هو على علم بحكمه فيقع وقفه صحيحا عقابا له ، [33] ص 314-315.

ثانيا- البلوغ:

أجمع فقهاء المذاهب على عدم صحة وقف الصبي المميز، و غير المميز الذي لم يبلغ؛ فتكون تصرفات الصبي غير المميز باطلة لفقدانه أهلية التصرف، و الصبي غير المميز لا يملك أهلية التبرع، و باعتبار أن الوقف من قبيل التبرعات فهو يضر بالصبي المميز ضررا محضا؛ فتكون تصرفاته باطلة؛ حتى و لو امتلك الإذن من الولي أو الوصي للقيام بهذا التصرف [17] ص 369، [51] ص 98، [49] ص 41، [33] ص 320، و هو حكم موافق لما نص عليه قانون الأوقاف في المادة 30 منه، فلذلك لا يصح الوقف إلا إذا صدر من بالغ، و لكن بما يتحقق البلوغ؟

البلوغ يكون طبيعيا أو تقديريا، فيتحقق البلوغ الطبيعي بظهور علامات معينة منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء كخروج المنى من موضعه بالنسبة للصبي مصداقا لقوله تعالى: «و إذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم» [1] الآية 59 من سورة النور و الحيض للأنثى. و منها ما هو مختلف فيه كإنبات الشعر و غلظ الصوت و نتن الإبطن.

أما إذا لم تظهر تلك العلامات على الصبي، فيتم تحديد البلوغ بالسن؛ و هو ما يسمى بالبلوغ التقديري، و لم يتفق الفقهاء على سن معينة، فقال الشافعية، و الحنابلة إلى أنها 15 سنة للذكر، و 9 سنين بالنسبة للأنثى (و هو موافق لقول أبو يوسف و محمد في سن البلوغ للأنثى).

أما المالكية فقد حددوا سن البلوغ للذكر و الأنثى ب 18 سنة، و وافقهم أبو حنيفة في حق الذكر و جعلها 17 سنة في حق الأنثى [55] ص 346، [56] ص 291، [57] ص 59، [58] ص 222، و أغلب التشريعات تأخذ بالبلوغ التقديري؛ و نعني به تقدير البلوغ ببلوغ سن معينة، و بالرجوع لقانون الأوقاف لا نجد نصا يحدد البلوغ بسن معينة، أما القواعد العامة الواردة في القانون المدني فقد حددت سن الرشد ب 19 سنة في المادة 40 منها، و هو ما يجب الاعتماد عليه و هو مقارب لمذهب المالكية، و قد ميز القانون المدني بين تصرفات عديم الأهلية و ناقصها، فرتب البطلان على الأولى، و قابلية البطلان على الثانية؛ حيث يميز القانون المدني بين التصرفات النافعة و الضارة و التي تدور بين النفع و الضرر، فالتصرفات النافعة تكون صحيحة و الضارة تكون باطلة أما ما يدور بين النفع و الضرر فتركه لولي ناقص الأهلية أو الوصي عليه.

ثالثا- ألا يكون محجورا عليه لسفه أو دين.

طبقا لنص المادة 10 فقرة 2 من قانون الأوقاف على أنه لصحة و تمام الوقف يجب أن يكون الواقف غير محجور عليه لسفه أو دين: «...أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين» و فيما يلي سنبيين حكم وقف كل من السفية والمدين:

1- وقف السفية:

السفيه هو الشخص الذي يبذر أمواله على غير مقتضى العقل و الدين، فهو يقبل على التصرفات دون أن يميز بين ما يحقق له ربحا أو يغبنه غبنا فاحشا، فالسفيه كامل الأهلية غير أن تصرفاته خارجة عن المألوف لذلك قضى قانون الأوقاف في المادة 10 فقرة 2 منه ببطلان الوقف الصادر عن السفية.

في ختام هذه الجزئية أؤكد أن كمال أهلية الشخص وفقا للقانون المدني تتحقق بتمام بلوغه سن الرشد و هي 19 سنة كاملة بشرط أن يكون الشخص متمتعا بكل قواه العقلية و غير محجور عليه تطبيقا لنص المادة 40 من القانون المدني.

بمفهوم المخالفة كل شخص بلغ سن الرشد و لم يكن متمتعا بقواه العقلية يعد شخصا غير راشد بمفهوم المادتين السابقتين، و يحجر على الشخص حسب نص المادة 101 من قانون الأسرة إذا بلغ سن الرشد و كان سفيا أو مجنونا أو معتوها، أو أن هذه الحالات أصابته قبل الرشد، و يعد غير مميز كل من لم يبلغ سن 13 سنة أو كان معتوها أو مجنونا حسب نص المادة 42 من القانون المدني، و يعد ناقصا للأهلية كل من بلغ 13 سنة و لم يصل لسن 19 سنة أو كان سفيا أو ذي غفلة بالرغم من بلوغه 19 سنة حسب المادة 43 من القانون نفسه، فما هو حكم الوقف الذي يقوم به كل من فاقد التمييز و ناقص الأهلية وفقا لنص المادة 42 و 43 من القانون المدني ؟

تنص المادة 44 من القانون المدني على إخضاع كل من فاقد و ناقص الأهلية لنظام الولاية أو الوصاية أو القوامة، و هو النص نفسه الذي نجده في المادة 81 من قانون الأسرة، و بالرجوع إلى قانون الأسرة يتبين حكم تصرفاتهم و متى نلجأ لكل نظام مقرر في المادة 44 من القانون المدني.

تنص المادة 82 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم على ما يلي: «من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة».

يعتبر غير مميز بنص المادة 42 من القانون المدني كل من لم يبلغ سن 13 سنة، و المجنون و المعتوه و عليه فتصرفات هؤلاء باطلة ، فإذا قام هؤلاء بالوقف يعد وقفهم غير صحيح تطبيقاً لأحكام المادة 82 من قانون الأسرة.

كما تنص المادة 83 من قانون الأسرة على حكم تصرفات ناقص الأهلية وفقاً للمادة 43 من القانون المدني، و يعد كذلك كل من بلغ 13 سنة و لم يصل لسن 19 سنة أو من بلغ 19 سنة و كان سفيهاً أو ذي غفلة، و تكون تصرفاتهم حسب المادة 83 من قانون الأسرة صحيحة إذا كانت نافعة نفعاً محضاً و باطلة إذا كانت ضارة ضرراً محضاً، و قابلة للإبطال إذا كانت تدور بين النفع و الضرر، و عليه إذا قام أحد هؤلاء الأشخاص بالوقف يعد وقفه باطلاً لأن الوقف ضرر محض له حسب القانون المدني .

و إذا كان الشخص مصاباً بعته أو جنون أو سفه جاز لأحد أقاربه، أو من له مصلحة أو النيابة العامة تقديم طلب أمام المحكمة المختصة إقليمياً لاستصدار حكم قضائي يقضي بالحجر تطبيقاً للمادتين 107 و 108 من قانون الأسرة، و يترتب على الحكم بالحجر منع المحجور عليه في التصرف في أمواله، و يعتبر كل تصرف صادر عنه باطلاً طبقاً لنص المادة 10 من القانون 10-91 [54] ص 219.

2- وقف المدين:

أما بالنسبة لوقف المدين المحجور عليه، فقد نصت المادة 10 فقرة 2 من قانون الأوقاف أنها من بين أسباب عدم صحة الوقف، و لا نجد في القواعد العامة في قانون الأسرة أو في القانون المدني نصاً قانونياً خاصاً بالحجر على المدين بل الحجر يوقع على الشخص في الحالات المحددة في نص المادة 101 من قانون الأسرة و تنص على ما يلي: «من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه» و حماية لحقوق الشخص، فإن الحجر عليه لا يكون إلا بحكم قضائي، بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة، و تفرق المادة 107 من قانون الأسرة بين تصرفات الشخص الصادرة قبل الحكم بالحجر عليه و بين تلك الصادرة بعد صدور الحكم بالحجر، فتعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة حسب الفقرة الأولى من المادة 42 من القانون المدني، و قبل الحجر الأصل أن جميع تصرفاته صحيحة إذا كانت حالة الجنون و العته غير شائعة وقت التعاقد، أما إذا كانت شائعة وقت التعاقد أو

كان الطرف الآخر الذي تعاقد مع المجنون أو المعتوه على علم بهذه الحالة، فإن تصرفات المجنون والمعتوه تكون باطلة بطلانا مطلقا [29].

لم ينص المشرع في القواعد العامة، على المدين، ضمن الأشخاص الذين يمكن الحجر عليهم.

يعتبر وقف المدين أحد أسباب الحجر وفقا لقانون الأوقاف، و لمزيد من التفصيل سنرجع للشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة الثانية من القانون نفسه.

نعني بالحجر منع المدين من التصرف في ماله ، و بيع ماله لسداد دينه ، فالمدين إذا امتنع عن أداء دينه للدائن طلب حبسه ، و إذا لم يتبين للقضاء عسره فيطلق سراحه ليؤدي الدين الذي عليه، و قد قرر جمهور الفقهاء أنه إذا امتنع المدين عن سداد دينه، يكون للدائنين الحق في المطالبة بدينهم عن طريق القضاء، و إذا تبين للقضاء ملاءة الذمة المالية للمدين؛ أي أنه غير معسر توجب عليه أداء الديون، أما إذا كان معسرا فلا تجوز مطالبته بالدين لقوله تعالى: «فنظرة إلى ميسرة»[1] الآية 280 من سورة البقرة.

اختلف الفقهاء في حكم الحجر على المدين أي منعه من التصرف في ماله على رأيين:

أولا-الرأي الأول:

قال جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية و الحنابلة بجواز الحجر على المدين أي منعه في التصرف في ماله، و بيع ماله لسداد دينه و قسمته قسمة غرماء بين الدائنين[85]ص301، [51]ص425، [64]ص97، [65]ص193، [56]ص178، [68]ص487.

ثانيا-الرأي الثاني:

خالف أبو حنيفة الجمهور بالقول بعدم جواز الحجر على المدين و منع بيع ماله لسداد دينه[43]ص14، [59] ص 216.

و يشترط للحجر على المدين عند أصحاب الرأي الأول شروط تسمى شروط التفليس[85]ص301، [51]ص425، [64]ص97، [65]ص193، [56]ص178، [68]ص487:

1- أن يطلب الغرماء تفليسه و الحجر عليه:

يجب أن يقدم الطلب بالحكم بإفلاس المدين و الحجر عليه من الدائنين كلهم أو بعضهم، و لا يمكن للقاضي أن يحكم بالحجر على المدين قبل سؤال الدائنين.

2- أن يكون الدين حالا أصالة أو بانتهاء الأجل، فلا يمكن طلب إفلاس المدين بدين مؤجل عند الشافعية و الحنابلة، و خالفهم غيرهم في ذلك [59] ص 224.

3- أن يكون الدين الحال يزيد على ما بيد المدين من المال، أو أن يكون المال الذي بيد المدين يزيد على الدين الحال؛ فإذا كان ما بيد الدين 150000 د ج و كان الدين الحال 100000 و الدين المؤجل 100000 فإنه يبقى من مال المدين 50000، و هي لا تفي بالدين المؤجل؛ فيحكم بإفلاسه و خالفهم في ذلك الشافعية لأن العبرة بتحديد الإفلاس هو القدرة على الوفاء بالديون الحالة [64] ص 97، [59] ص 232.

و يترتب على الحجر على المدين الآثار الآتية:

1- يقوم القاضي مقام المفلس في سداد ديونه و في كل شؤونه [59] ص 224.

2- تعلق حقوق لغرماء بعين ماله.

3- منع تصرف المدين في عين ماله.

4- أن من وجدت عين ماله عنده فهو أحق بها من سائر الغرماء إذا توفرت الشروط.

5- للحاكم بيع المال و إيفاء الغرماء [59] ص 222، [48] ص 353.

يتضح بعد العرض السابق أن نظام الحجر في الشريعة الإسلامية يشبه إلى حد بعيد نظام الإفلاس الوارد في القانون التجاري، فالحكم بشهر الإفلاس الناتج عن توقف التاجر عن دفع ديونه، و عدم قدرته على ذلك يؤدي إلى التعيين الإجباري لوكيل التفلسة، و يتولى وكيل التفلسة إدارة أموال المفلس، و قد نصت المادة 244 فقرة 1 تجاري على أنه يترتب بحكم القانون على الحكم بشهر الإفلاس و من تاريخه تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان ما دام في حالة الإفلاس، و يمارس وكيل التفلسة جميع حقوق و دعاوى المفلس المتعلقة بزمته طيلة مدة التفلسة.

و نلاحظ من جهة ثانية أن الدائنين من خلال الحجر على المدين يسعون إلى غل يده عن التصرف في ماله و قسمته قسمة غرماء بينهم ، و في واقع الحال نلاحظ أنه يمكن للدائنين غل يد المدين عن التصرف في ماله و الحصول على أموالهم من خلال اللجوء لاجراءات الحجر على العقارات و المنقولات الموجودة بيد المدين و الموجودة بيد الغير المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية رقم 08-09 .

أما بالنسبة لوقف المدين المحجور عليه فقد نصت المادة 10 فقرة 2 من قانون الأوقاف أنها من بين أسباب عدم صحة الوقف؛فما حكم وقف المدين قبل الحجر عليه؟

اتفق جمهور الفقهاء و خالفهم المالكية في صحة وقف المدين قبل الحجر عليه و حال صحته إلا إذا قصد الإضرار بدائنيه؛ فيجوز في هذه الحالة للدائنين طلب إبطال وقفه ،كما أفتى به بعض الشافعية و الحنفية [64]ص97 ، [43]ص14، أما المالكية فيقولون ببطلان وقف المدين حال صحته أو مرضه قبل و بعد الحجر عليه؛ أما بالنسبة لوقف المدين حال مرضه قبل أو بعد الحجر عليه حال صحته أو مرضه ؛فإنه إذا كان الدين مستغرقا لكل ماله و طلب الدائنين الحجر عليه يكون وقفه باطلا أما إذا أجاز الدائنون الوقف فيعد صحيحا ،أما إذا كان المدين المحجور عليه لم يستغرق الدين كل أملاكه فوقفه صحيح لعدم تعلق حق الدائنين به [60] ص44، [43] ص 9-14، [17]ص 547، [51]ص88، [79]ص424، [38] ص329.

أما بالنسبة للمدين الذي وقف ماله قبل الحجر عليه و في مرض موته، فوقفه يكون صحيحا إذا أجازته الدائنون بعد موته و قابلا للإبطال إذا لم يجيزوه [53]ص36، [17]ص501، [60]ص44، [43]ص30.

خلاصة القول في المسألة ،يكون وقف المدين غير لازم إذا كان وقفه بسبب الدين، سواءً أكان في صحته أو مرضه أو مرض موته ،و حسنا فعل المشرع بنصه على عدم جواز وقف المدين المحجور عليه و الأفضل أن يعيد صياغة المادة بحيث تشمل عدم جواز وقف المدين قبل و بعد الحجر عليه حال صحته و مرضه ،كما قال المالكية [79]ص464،و هو ما تؤكد المادة 32 من قانون الوقف 91-10.

3- حكم وقف المريض مرض الموت

مرض الموت هو المرض المتصل بالموت، و هو المرض الذي يغلب الهلاك منه ،فإذا مات تبين أنه مرض الموت، كما نلاحظ أن القرار رقم 33719 المؤرخ في 7-9-1984 حدد تعريفا لمرض الموت، فنص القرار على أن: «من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا و يجر إلى الموت و به يفقد المتصرف وعيه و تمييزه» [61] ص 51، [60] ص 44، [43] ص 30، [38] ص 338 .

و يرى القضاء أنه إذا كان الوقف في مرض الموت يعبر وصية، وهو تطبيق سليم للقاعدة العامة الواردة في القانون المدني، المادة 776 و التي تنص على ما يلي: «كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت ، و تسري عليه أحكام الوصية ،أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف» ، و عليه إذن فإذا كان الموقوف عليه من بين الورثة أو من غير الورثة؛ فإن الوقف يأخذ حكم الوصية، و تطبيقا لنص المادة 198 من قانون الأسرة فإن الوصية لا تلزم إلا إذا أجازها الورثة [62] ص 22-23. و هو ما أكدت عليه أيضا المحكمة العليا في اجتهاداتها حيث أن الوقف في مرض الموت يأخذ حكم الوصية، قرار رقم 96675 بتاريخ 23-11-1993: «من المقرر قانونا أنه يبطل الحبس في مرض الموت و يعتبر وصية».

و قد قال الحنفية بالنسبة للوقف على بعض الورثة دون البعض الآخر بأن الوقف يأخذ حكم الوصية لذلك فهو لا يقع إلا في حدود الثلث ،ما عدا إذا أجازته الورثة [43] ص 30، [15] ص 314، [44] ص 523-602؛ أما المالكية فيقولون ببطلان الوقف إذا لم يجزه الورثة [69] ص 665، [70] ص 665، 253، [51] ص 466، و لو كان في حدود الثلث، و وافق المالكية، و الحنفية، كل من الحنابلة، و الشافعية؛ بالقول: إن الوقف يأخذ حكم الوصية ، و لا يقع إلا في حدود الثلث [64] ص 523، [48] ص 598، و قد نصت المادة 32 من قانون الأوقاف على جواز طلب إبطال الدائنين للوقف الذي يستغرق كل أموال المريض مرض الموت، و هو ما يوافق ما ذهب إليه الحنفية في هذا الباب كما سبق بيانه.

و يكون حكم وقفه كالآتي:

1-إذا كان مدينا و الدين يستغرق كل تركته و لم يبرئه الدائنون ينقض الوقف[43] ص30، [38] ص 338 .

2-إذا كان الدين لا يستغرق كل التركة فنوفي الدائنين حقهم، ثم ننظر في مقدار المال المتبقى، و هنا نميز بين حالة ما إذا كان الموقوف عليه وارث أم أجنبي عن الميت.

أ- الموقوف عليه أجنبي:يكون الوقف صحيحا إذا لم يزد عن الثلث، أما إذا زاد عن الثلث فيكون لازما في حق من أجازة من الورثة، و غير لازم في حق من لم يجزه.

ب- الموقوف عليه وارث:إذا كان الموقوف عليه هم كل الورثة لزم الوقف، أما إذا كان على البعض دون البعض الآخر فنميز بين احتمالين:

-إذا كان الوقف لا يزيد عن الثلث؛ فالوقف لازم أجازة باقي الورثة أم رفضوه.

-إذا زاد الوقف عن الثلث: لا يكون الوقف لازما إلا في حدود الثلث، ما عدا لو أجازة كل الورثة، أما إذا أجازة البعض دون البعض فإنه يلزم في حق الورثة في حدود الثلث، و ما زاد عليه فلا يلزم إلا من أجازة فقط [25] المادة 776 و 777 من القانون المدني المعدل بموجب القانون 05-07 المؤرخ فغي 13-5-2007 .

2.1.1.1. الطبيعة القانونية للوقف.

الطبيعة القانونية للوقف العام يثيرها نص المادة 4 منقانون الأوقاف رقم 91-10 التي تنصعلى أن: « الوقف عقد إلتزام تبرع صادر عن إرادة منفردة» فالوقف وفقا للمصطلحات الواردة في نص المادة 4 هو عقد و تصرف بإرادة منفردة و لا يمكن من الناحية القانونية أن يشتمل التصرف الواحد على تقييذين فإما أن ينشأ الوقف بالإرادة المنفردة أو يكون عقدا لا يرتب آثاره إلا بتطابق الإيجاب مع القبول ، و هو ما نعالجه في الفرع الأول .

و باعتبار أن الفرق الجوهرى بين التصرف بالإرادة المنفردة و العقد هو القبول طبقا لنص 123 مكرر من القانون المدني والمادة 54 من القانون المدني، فإننا سنبحث عن أثر القبول في إنشاء الوقف في الفرع الثاني.

1.2.1.1.1. الطبيعة القانونية للوقف وفقا لقانون الأوقاف.

وفقا لنص المادة 4: «الوقف (اختلف الفقهاء في وضع تعريف واحد للوقف، تبعا لاختلاف مذاهبهم في تحديد طبيعة الوقف و لإدخالهم الشروط و الأركان في تعريفه ،و الراجح في تعريف الوقف هو تعريف الحنابلة ، و نعني به : « تحبب الأصل و تسبيل المنفعة» مصداقا لحديث النبي صلى الله عليه و سلم:«حبس الأصل و سبل الثمرة».

ومن الناحية القانونية لم يورد المرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 17 سبتمبر 1964 المتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة أي تعريف للوقف.

في حين أن المادة 213 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم عرفت الوقف بأنه: «الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد و التصديق».

إستعمل المشرع كلمة حبس للدلالة على الوقف في كل من القانونين ، قانون الأسرة المادة 213 : «الوقف حبس..» وقانون الأوقاف 91-10 المادة 3 منه «الوقف هو حبس ..»، فهل هذا يعني أن لفظ الوقف و الحبس بمعنى واحد؟

يعرف الوقف لغة بأنه التحبب و التسبيل ، يقال حبس و وقف للفعل ، و في حبسه الشيء وقفه لا يباع .و المتأمل في كتب اللغة يلاحظ أن الألفاظ الثلاثة تستعمل للدلالة على شيء واحد ، فهي عبارة عن مجموعة من المترادفات التي لها نفس المعنى ، فضلا عن ذلك نلاحظ عند قراءتنا لتعريف الوقف عند فقهاء المذاهب الأربعة أنهم إستعملوا اللفظيين معا ،مما يدل على أن لهما نفس المعنى ، غير أن بعض الفقهاء ميزوا بين لفظ الوقف و الحبس في كون أن لفظ الوقف ينعقد معه الوقف دون الحاجة لاقتترانه بلفظ آخر في حين أن لفظ الحبس هو أقل قوة في انعقاد الوقف إذ يحتاج لانعقاد الوقف معه أن يقترن بلفظ آخر ، و مع ذلك يجب التنويه بأن كل التعريفات الفقهية للوقف في اصطلاح الفقهاء تبتدئ تعارفها بلفظ الحبس . كما يرى بعض الفقهاء أن لفظ الحبس هو الدارج لدى بلدان المغرب العربي في حين أن لفظ الوقف يستعمل في بلاد المشرق العربي، كما يكثر استعمال لفظ الحبس لدى فقهاء المذهب المالكي كما في المدونة الكبرى)[63] ص 271، عقد إلزام تبرع صادر عن إرادة منفردة» فما معنى العقد و التصرف بالإرادة المنفردة ، خاصة و أن اللفظ الأول مناقض للفظ الآخر فلا يمكن أن نجد في الوصف الواحد للتصرف بأنه عقد و تصرف بالإرادة المنفردة في وقت نفسه.

العقد في اللغة بمعنى العهد الموثق و الضمان، و كل ما يفيد نشأة الالتزام بعمل ما أو تركه من جانب واحد، أو من جانبين يسمى عقدا في اللغة؛ أما اصطلاحا فالعقد عبارة عن اتفاق ارادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، كما يعرفه الأستاذ فيلاي بأنه اتفاق يهدف إلى إحداث آثار قانونية، فهل الوقف وفقا للتعريف السابق يعد عقدا؟

العقد حسب المادة 54 من القانون المدني لا يتم إلا بتطابق الإيجاب و القبول؛ في حين أن الوقف يتم بالإرادة المنفردة للواقف حسب نص المادة 4 من قانون الأوقاف، كما أن القبول لا يقرر في حق الموقوف عليهم إلا لتثبيت الوقف في ذمتهم و ليس باعتباره لازما لتتام الوقف، فضلا عن ذلك فإنه في الوقف العام لا يمكن أن نتصور فكرة العقد باعتبار أن الموقوف عليهم جمعا غير محصور .

فالسؤال الذي يتعين طرحه إذا كان الموقوف عليه جمعا غير محصور، هل يتصور القبول من الموقوف عليهم في الوقف العام وفقا للعرض السابق؟ ثم ما هي القيمة القانونية لنص المادة 46 من القانون 91-10 التي تنص على أن السلطة المكلفة بالأوقاف هي التي تتولى قبول الأوقاف؟ ماذا يعني لفظ القبول؟ خاصة إذا كان قبول الموقوف عليهم هو لتثبيت حقهم في الغلة؟ ماذا يعني قبول السلطة المكلفة بالوقف خاصة إذا علمنا أنها ممثلة للموقوف عليهم في الوقف العام و الذي لا يتصور منهم القبول؟ ألا يؤكد هذا على الطابع العقدي للوقف؟

تستدعي الإجابة عن التساؤلات السابقة البحث عن مدلول القبول الوارد في المادة 46، و في هذه الحال يجب أن نميز بين احتمالين لمعنى القبول:

أولا- الوقف عقد.

انطلاقا من نص المادة 46 التي تنص : « السلطة المكلفة بالأوقاف هي الجهة المؤهلة لقبول الأوقاف ، و تسهر على تسييرها و حمايتها » نستنتج مبدئيا أنه لتتام لزوم الوقف العام من الواقف بالإضافة إلى الشروط التي يجب توفرها في الواقف لصحة وقفه انطلاقا من ملكيته لعين الوقف إلى تمام أهليته، فإنه يجب قبول السلطة المكلفة بالأوقاف؛ المتمثلة في وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف ، و هنا نلاحظ أن عقد الوقف لا يرتب آثاره القانونية إلا بتمام قبوله من السلطة المكلفة بالأوقاف.

كما تنص المادة 4 من القانون 10-91 بأن الوقف عقد، فإذا كان الإيجاب يصدر من الواقف وفقا لنص المادة 3 و 17 من قانون الأوقاف فإن القبول يصدر عن السلطة المكلفة بالوقف العام وفقا لنص المادة 46 السابق الذكر.

و لكن هل يكفي لفظ القبول الوارد في نص المادة 46 من قانون الأوقاف للقول بأن الوقف عقد ؟

ثم هل مصطلح القبول الوارد في المادة 46 من قانون الأوقاف، يقصد به القبول المقابل للإيجاب أم أنه القبول الذي يقابله الرفض؟

إذا كان لفظ القبول الوارد في نص المادة 46 يعني الوجه المقابل لعملية الإيجاب فإن القبول هنا هو العملية التي لا يتم العقد إلا بها حسب المادة 54 من القانون المدني، و هو يستلزم أن نكيف الوقف هنا على أنه عقد و ليس تصرفا بالإرادة المنفردة ، فالقانون رقم 10-91 نلاحظ ظاهريا استعماله لفظ العقد في عدة مواد منها، على سبيل المثال لا الحصر المواد 4 و 13 و 15، و لكن طبقا لنص المادة 46؛ فإن السلطة المكلفة بالأوقاف هي المؤهلة بقبول الوقف ، و القبول هنا هو لتمام الوقف، و ليس لانعقاده و بالتالي فهم من لفظ القبول الوارد في المادة أن المقصود منه هو لزوم العقد و ترتيبه لآثاره القانونية ؛ و ليس القصد منه القبول المقابل للإيجاب ، و بالتالي فإن فكرة العقدية في الوقف تنتفي في هذا الموضع.

و على سبيل الاستئناس إذا سلمنا بأن الوقف عقد وفقا لنص المادة 4 و 13 و 15 من قانون الأوقاف رقم 10-91 يتعين أن نتساءل عن الجهة التي يصدر عنها القبول، هل يمكن أن يصدر القبول من الموقوف عليهم قياسا على الهبة التي لا تنعقد إلا بصور القبول من الموهوب له حسب 206 من قانون الأسرة ، و هو ما يدعمه القرار رقم 40651 مؤرخ في 24-2-1986، غير منشور: «من المقرر شرعا و قانونا أن الهبة تنعقد بالإيجاب و القبول و تتم بالحيازة».

باعتبار أن الموقوف عليه يكون شخصا معنويا حسب المادة 13 ؛ فإن قبول الوقف عليه يكون من ممثله وفقا لنص المادة 50 من القانون المدني ، و لكن في حالة رفض الوقف من الممثل القانوني للشخص المعنوي ، ما مصير الوقف ؟ هل يلغى أم يبطل الوقف لأن هذا النص لا يدخل ضمن مبطلات الوقف الوارد في قانون الأوقاف ؟

لا يترتب على عدم قبول الوقف من الموقوف عليهم بطلان الوقف، فالقبول المقصود هنا هو لتثبيت العلة في حق الموقوف عليهم ، و عليه فإذا كان الواقف قد حدد الجهة التي يؤول إليها

الوقف؛ فإن الوقف يؤول إليها و لها قبول أو رفض الوقف ، غير أنه في حالة تعذر معرفة الجهة الموقوف عليها لا ينقضي الوقف برفض الوقف، بل يعتبر وقفا غير محدد الجهة ، و يتم إنفاق الغلة على جهة خيرية حسب المادة 6 من القانون نفسه ، و يتم القبول في هذه الحالة من إدارة الوقف حسب المادة 46 باعتبارها ممثلة للموقوف عليهم (المادة 6 و 13 تم تعديلها بنص القانون 10-02 ([50] ، و لهذه الأخيرة قبول أو رفض الوقف حسب المادة 46 السابقة الذكر ، فإذا قبلت الوقف يكون الوقف لازما للواقف أو لا يجوز له الرجوع عنه؛ أما إذا رفضت الوقف فإن الوقف ينقضي ، و لكن بالمقابل ماذا يمكن للواقف فعله إزاء هذا الرفض؟ هل يرفع دعوى قضائية أم يتظلم ؟ ثم ما هي الجهة التي يرفع أمامها التظلم و النزاع ؟ و قبل هذا و ذلك على أي أساس ترفض الجهة الوصية وقف الواقفين ؟ هل يجب أن تسبب قرار الرفض أم أنها غير ملزمة بذلك؟. للإجابة على ذلك سنتطرق لاحتمال الثاني في العنصر الموالي.

ثانيا- الوقف هو تصرف بالإرادة المنفردة.

الواقع أنه لا يمكننا أن نفهم المادة 4 من قانون الأوقاف التي تحدد الطبيعة القانونية للوقف إلا بقراءتها و تحليلها مجملة مع الاستئناس بما جاء في قانون الأوقاف وبأحكام الوقف الواردة في الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 2 من قانون الأوقاف.

تنص المادة 4 من قانون الأوقاف :«الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة».

فعند تحليلي للمادة لا يمكن أن نقول أن الوقف هو عقد و نتوقف عند هذا فهذا يفيد بأن الوقف هو عقد يحتاج لقبول و هو يناقض ما جاء في آخر المادة التي تعتبر الوقف تصرفا بإرادة منفردة، فعند قولنا أن الوقف عقد ينصرف أذهاننا كقانونيين إلى مدلول العقد فنتساءل عن جدوى و معنى مصطلح الإرادة المنفردة الوارد في آخر المادة، فهما مدلولان متناقضان،

و بالرجوع للنص باللغة الفرنسية حيث تنص المادة 4 منه على ما يأتي:

« le wakf est un acte par le lequel une volonté individuelle s'engage a faire une donation ».

نلاحظ أن لفظ عقد باللغة العربية يقابله لفظ acte باللغة الفرنسية، و التي تعني ورقة أو سندا، و في اعتقادي أنها الترجمة الأصح لأن مصطلح العقد يفيد التصرف القانوني الصادر عن الموجب و القابل ، كما يفيد أداة إثبات هذا التصرف أي المحرر أو السند أو الورقة و هو المعنى الذي يقصده

المشرع من لفظ العقد الوارد في المادة 4، و على ذلك نقول أن الوقف هو تصرف قانوني صادر بالإرادة المنفردة للواقف، و ليس عقدا يصدر بإيجاب من الواقف و بالتالي يحتاج لتمام انعقاده قبول الموقوف عليه.

و لمزيد من التحليل و تطبيقا لنص المادة 2 من القانون نفسه، التي تنص على الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه في أحكام هذا القانون فإننا سنبحث عن حكم الشريعة الإسلامية في هذه المسألة .

ينصرف مصطلح العقد عند فقهاء الشريعة الإسلامية إلى مدلولين أحدهما نعني به التصرف بالإرادة المنفردة، و بالتالي فإن لفظ العقد لا يناقض لفظ الإرادة المنفردة الواردة في آخر المادة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، خلافا لما هو عليه حكم المسألة في القانون فلكل لفظ مدلول مغاير تماما للفظ الآخر.

فضلا عن ذلك؛ فإن فقهاء الشريعة اتفقوا على أن الوقف لا يحتاج لقبول الموقوف عليه لتمام نشأته، و إنما القبول هو لاستحقاق الغلة فقط، غير أنه من الأفضل و رفعا للبس، يجب أن نعيد صياغة مواد قانون الأوقاف بشكل يفهمه كل المهتمين و المنشغلين بالوقف؛ أو أن يحذف لفظ العقد من كل مواد قانون الأوقاف (قانون الوقف أحيانا يستعمل في مواده لفظ العقد و أحيانا يستعمل لفظ الوقف للدلالة على التصرف بوجه عام مثل المادة 10: «يشترط في الواقف ليكون وقفه صحيحا..». فاستعملت المادة لفظ وقفه للدلالة على الوقف دون أن تكييفه، و كذلك الأمر بالنسبة للمواد 14 و 31 و 3) ليستقر الذهن على مدلول واحد لطبيعة القانونية للوقف.

2.2.1.1.1. أثر القبول في إنشاء الوقف.

يبدو من تفحص القانون المدني جليا أن المشرع أقر أربعة مصادر للالتزام، و خص كل مصدر بفصل مستقل في الباب الأول من الكتاب الثاني قبل سنة 2005، كما أقر المشرع الإرادة المنفردة مصدرا مستقلا من مصادر الالتزام، حيث أحدث الفصل الثاني مكرر المتعلق بالالتزام بالإرادة المنفردة، فنصت المادة 123 مكرر من القانون المدني على أنه : «يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير، و يسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء القبول».

كما عرف المشرع العقد في المادة 54 من القسم الأول للفصل الثاني للباب الأول من الكتاب الثاني على أن: «العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما» [25].

و وفقا لنص المادة 123 مكرر فإن الفرق الجوهرى بين التصرف بالإرادة المنفردة و العقد حسب المادة 54 السابقة الذكر هو القبول، لذلك سنبحث في هذا الفرع أثر القبول في إنشاء الوقف.

إذا كان من المتفق عليه بين فقهاء القانون أن مصادر الحق اثنان: الواقعة القانونية و التصرف القانوني، و يصدق لفظ التصرف القانوني على التصرفات التي تتم بتطابق الإيجاب و القبول، و تسمى العقد في حين أن التصرفات التي تتعد بمجرد الإيجاب لا يشترط لانعقادها صدور قبول من الطرف الثاني، تسمى التصرف الذي يتم بالإرادة المنفردة ،بينما في الشريعة الإسلامية فنلاحظ أن فقهاءها يطلقون تسمية العقد على التصرفات التي تتم بتطابق الإيجاب و القبول ،و كذلك على التصرفات التي تتم بالإرادة المنفردة [38] ص 121 ،فللعقد عندهم مدلول عام و آخر خاص ،فيطلق اسم العقد العام على كل التصرفات التي تتم بالإرادة المنفردة ،أما العقد الخاص فيطلق على التصرفات التي لا تتم إلا بصدور قبول من الطرف الثاني، لهذا لبيان ما إذا كان الوقف من بين العقود العامة أم الخاصة ،يجب أن نبين آراء الفقهاء في أثر القبول في إنشاء الوقف ؛ طبقا لنص المادة 2 من قانون الأوقاف 91-10 التي تنص على الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه في ثنايا هذا القانون.

إذا كان الوقف على جهة عامة؛ كالفقراء و طلبة العلم و نحوهما، أو على مسجد، أو مدرسة أو من لا يتصور منه القبول؛ فإنه لا يشترط القبول لاستحالة ذلك و هو مذهب الحنفية و الحنابلة و المالكية [64]ص383، [17]ص489، [65]ص188، [57]ص22-45.

يعد الوقف على الجهات العامة ايقاع و ليس عقدا ،و بالتالي فإنه بنشأ بمجرد الإيجاب و لا يحتاج لقبول الجهة الموقوف عليها لإنشاء الوقف.

اختلف فقهاء الشريعة في مدى اعتبار القبول ركنا أو شرطا لتمام الوقف بالنسبة للوقف على الجهات الخاصة و بيان ذلك كالآتي:

أولا- الشافعية:

إذا كان الوقف على معينين، فعند عدم قبول الطبقة الأولى(الموقوف عليه الأول) يصبح الوقف منقطع الأول ومذهب الشافعية في بيان حكم الوقف المنقطع الأول كالآتي:

ينعقد الوقف عند الفريق الأول من الشافعية بالإرادة المنفردة؛ و بالتالي فإن عدم قبول الموقوف عليه الأول لا يؤدي إلى بطلان الوقف، وإنما يؤدي إلى استحقاق الوقف للطبقة التي تلي الموقوف عليه الأول، أما الفريق الذي يعتبر أن الوقف عقدا فلا يرتب آثاره إلا بصور قبول من الموقوف عليهم؛ فاعتبر أن رد الوقف من الموقوف عليه الأول يرتب عدم صحة الوقف[52]ص 249- 251،[65]ص384، [33] ص167، فلما بطل الأول أدى ذلك إلى بطلان الثاني لأنه فرع للأول [64] ص383- 472،[50]ص324.

ثانيا- الحنفية:

يرى الحنفية أن الوقف يتم بمجرد الإيجاب فقط؛ فإذا لم يقبل الموقوف عليه الوقف لا يبطل الوقف؛ وإنما يسقط حق الموقوف عليه في الغلة، و ينتقل هذا الحق إلى الموقوف عليهم الذين يلونهم في المرتبة[17] ص 498، [43] ص 15.

ثالثا- الحنابلة:

يرى بعض الحنابلة أنه إذا كان الوقف على معين ثم على جهة عامة انعقد الوقف و لو بعدم قبول المعين لأن حق البقية و الذين يلونه في المرتبة معلق بهذا الوقف، و لذلك قبول المعين هو شرط لاستحقاق المنفعة و ليس لصحة الوقف[67]ص 324، [68]ص252، [38] ص 167.

رابعا- المالكية:

من المالكية من قال أن الوقف عقد و بالتالي لتتمام انعقاده يجب أن يقبل به الموقوف عليه؛ فإذا رده يعتبر الوقف باطلا، و يعاد الوقف للواقف إذا كان حيا و إلى ورثته إذا كان ميتا، و منهم من اعتبر أن الوقف لا يحتاج لانعقاده قبول الموقوف عليه ، لأن الوقف ينعقد بالإرادة المنفردة للواقف و كل ما في المسألة أن رد الموقوف عليه للوقف يؤدي إلى استحقاق من يليه في المرتبة للوقف[69]ص22- 45، [57]جزء6، ص22،[70]ص329،[63]ص280-283.

ويمكن التوفيق بين الرأيين، وفق ما ذهب إليه الكبيسي، في كتابه و ذلك باعتبار أن الرأي الأول الذي يعتبر الوقف عقداً يبطل برده من الموقوف عليه إنما حكم ببطلانه لأن الوقف هنا مؤقتاً و أبطل الوقف لانتهاء مدته لا لكون القبول ركناً فيه أو شرطاً لصحة الوقف لأن فقهاء المذهب متفقون على ذلك.

أما الذين قالوا بأنه لا يبطل، و إنما يعود للفقراء، ركزوا على نية الوقف عند إنشاء الوقف؛ فالواقف قصد بعمله الوقف سواءً أقبله الموقوف عليه أو رده [38] ص 178.

إجمالاً يمكن القول أنه بالنسبة لحكم مسألة طبيعة الوقف، و هل القبول شرط لاستحقاق غلة الوقف، أم هو شرط لانعقاد الوقف، نلاحظ أن فقهاء المذاهب الأربعة لم يتفقوا على رأي واحد لتحديد حكم المسألة، و إن كانوا إجمالاً اتفقوا على اعتبار القبول شرطاً لاستحقاق الغلة و ليس شرطاً لصحة الوقف، إذا كان الموقوف عليه ليس هو الوحيد المستحق للوقف، و حسناً فعل الفقهاء بهذا الحكم لأنه لا يمكن إغفال حق البقية نتيجة رفض الموقوف عليه الأول للوقف و هو موافق لما ذهب إليه قانون الأوقاف؛ أي يضيف الطابع التأييدي للوقف و بالتالي لا يمكن تصور انقضاء الوقف سواءً أكان بسبب الموقوف عليه أم لسبب خارج عنه [29] المادتين 213 و 214.

كما أن الفقهاء قد حددوا كل الأعمال الواجبة و الممنوعة للناظر، و اتفقوا على أنه ليس من صلاحيات الناظر عدم قبول أوقاف الواقفين أو ردها [24] ص 75-76.

يجيز قانون الأوقاف رقم 91-10 في المادة 46 منه للسلطة المكلفة بالأوقاف رد الأوقاف العامة، و هو موافق لما قضى به القانون المصري رقم 48 سنة 1946 المنظم لأحكام الوقف، حيث نصت المادة التاسعة منه: « لا يشترط القبول في صحة الوقف و لا يشترط كذلك في الاستحقاق، ما لم يكن الموقوف عليه جهة لها من يمثلها قانوناً، فإنه شرط في استحقاقها القبول. فإن لم يقبل من يمثلها، انتقل الاستحقاق لمن يليها متى وجد، وإن لم يوجد أصلاً أخذ الموقوف حكم الوقف المنتهى المبين في المادة 17 ».

كما اشترط المشرع الليبي القبول كاستثناء على القاعدة العامة لصحة الوقف في المادة 9 من القانون رقم 124 لسنة 1972 المنظم لأحكام الوقف: « لا يشترط القبول في صحة الوقف و لا في الاستحقاق إلا إذا كان الموقوف عليه جهة لها من يمثلها قانوناً فيشترط القبول لصحة الوقف، فإن لم يقبل من يمثلها انتقل الاستحقاق لمن يليها متى وجد، فإن لم يوجد يعتبر الوقف منتهياً [71]

ص11، [18]ص21، و جدير بالذكر في هذا المقام أن اشتراط القبول لصحة الوقف على الجهات العامة و الخاصة يؤكد على الطابع العقدي للوقف ، و هو موافق لما ذهب إليه الشيعة في هذا المقام و اعتبروا أن الناظر هو من يتولى القبول؛ أو الحاكم وفقا لما تم النص عليه من قبل الواقف [38]ص165.

إجمالا لم يكن المشرع واضحا في مسألة تحديد الطبيعة القانونية للوقف، هل هو تصرف بإرادة منفردة أي أنه لتمام صحته لا يجب أن يصدر قبول من الموقوف عليه، وهل هو يقع بإرادة الواقف فقط؟ أم أن العقد هو الذي أنشأه؟ خاصة و أن نص المادة 46 يمنح صلاحية قبول الوقف للسلطة المكلفة بالوقف العام باعتباره الممثل القانوني له ، و بالتالي يتضح مدلول العقد أكثر من التصرف بالإرادة المنفردة ، و هو حكم موافق لنص المادة 50 من القانون المدني التي تنص على أن للوقف ممثل قانوني؛ هو الذي يقوم بتمثيله و بالتالي يتولى ممارسة كل النشاطات المتعلقة بالوقف بما فيها هذه المسألة ، و من الناحية الفقهية فقد اختلف الفقهاء في اعتبار الوقف منشئا بصدور الإيجاب فقط، أم أنه عقد بحاجة إلى قبول في غير الوقف العام ، ذلك أن الوقف على الجهات العامة كالوقف على الفقراء و طلبة العلم و المرضى، لم يختلف الفقهاء في طبيعته فقد اتفقوا على أنه يكفي في انشاء الوقف العبارات الدالة على الالتزام من جانب واحد ، و لا يحتاج لتمام لزومه إلى صدور قبول من جانب الموقوف عليهم أو الناظر .

و على ضوء ذلك ،أرى أن الوقف تصرف قانوني و ليس عقدا يصدر من جانب واحد في شكل إيجاب ملزم حسب ما قضت به المادة 56 من القانون المدني ، و لا يشترط للزومه صدور قبول من الموقوف عليهم، و لذلك، أقترح أن تعدل المادة 4 من قانون الأوقاف التي تنص على أن : « الوقف عقد التزام تبرع صادر بإرادة منفردة» و تصاغ وفق الصيغة الآتية: «**الوقف تصرف بإرادة منفردة، يحبس المال عن التملك ، و يجعل المنفعة صدقة لازمة للموقوف عليه**» ؛ فنحذف كل العبارات التي من شأنها الإبقاء على اللبس في مفهومه و طبيعته ، كما أقترح أن يعدل كذلك نص المادة 46 ، و تصاغ كما يأتي: « لا يشترط القبول في صحة الوقف و لا في الاستحقاق إلا إذا كان الموقوف عليه جهة لها من يمثلها قانونا، فيشترط القبول لصحة الوقف ، فإن لم يقبل من يمثلها انتقل الاستحقاق لمن يليها متى وجد ، فإن لم يوجد يعتبر الوقف منتهيا».

2.1.1 . استيفاء الوقف للأركان اللازمة لانعقاده.

أركان الوقف حسب المادة 9 من قانون الأوقاف 10-91 هي الواقف و محل الوقف و صيغة الوقف و الموقوف عليه، و قد سبق تناول الواقف في المبحث الأول من هذا الفصل، و على ضوء ذلك، فإننا سنتطرق في هذا المبحث للمال الموقوف باعتباره محلا للشخصية المعنوية للوقف في المطلب الأول، على أن نتطرق في المطلب الثاني لصيغة الوقف ، و إذا كان اعتبار الواقف و محل الوقف و صيغته أركاننا توافق مفهوم الركن عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، فإن اعتبار الموقوف عليه ركننا لانعقاد الوقف يحتاج إلى شيء من التوضيح ، ذلك أننا نجد من الجمهور من لا يعتبر وجوب ذكر الموقوف عليه في صيغة الوقف شرطا، فيصح عنده انعقاد هذا التصرف دون أن يذكر فيه الموقوف عليه، كما هو عند المالكية، ولكنه معتبر ضمنا لذلك سنتطرق إلى هذا الركن ضمن ركن الصيغة في المطلب الثاني.

1.2.1.1 . المال الموقوف.

لنشوء الشخصية المعنوية للوقف يجب أن يكون الواقف مالكا للمال ،حيث يشكل المال الموقوف العنصر الموضوعي لإنشاء الوقف، و المال الموقوف باعتباره محلا للوقف قد يكون عقارا أو منقولا أو منفعة، و قد حدد القانون رقم 10-91 أحكاما و شروطا للمال الموقوف، لذلك سنعالج في الفرع الأول حكم وقف كل من العقار و المنقول و المنفعة. ثم نتطرق لشروط المال الموقوف في الفرع الثاني .

1.1.2.1.1 . محل الوقف

يعبر المشرع عن محل الوقف بالعين تارة و بالمال تارة أخرى، فنصت المادة 11 من قانون الأوقاف على أن محل الوقف قد يكون عقارا أو منقولا أو منفعة: « محل الوقف يكون عقارا أو منقولا، أو منفعة»

و يصدق على لفظ كل من العقار و المنقول و المنفعة لفظ المال لا العين، لأن لفظ المال le bien ، يصدق على كل حق مالي سواء كان حقا شخصيا أو عينيا أو ذهنيا [42] ص 123، في حين أنه عبر عن محل الوقف بالعين في كل من المادة 3 و 10 من القانون نفسه، مما يثير التساؤل في محل الوقف هل هو العين أم المال ؟

مدلول العين أضيق من مدلول المال لاقتصاره فقط على العقار و المنقول ، و إذا دخل في دائرة التعامل بحيث يصبح محلا للعلاقات القانونية فإنه يتخذ وصف المال ، و عليه نقول أن كل حق له قيمة مالية أو قابل للتقييم المادي يعد مالا في نظرقانون الأوقاف ، سواء كان شيئا ماديا، عقارا أو منقولا أو منفعة، أو حقا من الحقوق المالية بينما لفظ المال في القانون المدني يدل على العقار و المنقول فقط دون المنفعة خلافا لقانون الأوقاف الذي يصدق فيه مدلول المال على العقار و المنقول و المنفعة تطبيقا لنص المادة 17 من القانون المدني رقم 05-10 حددت المال بالعقار و المنقول فقط و لم تنص على المنفعة [25] ، [72] ص 13 ، [73] ص 233-234 و تطبيقا لنص المادة 11 من قانون الأوقاف فإن محل الوقف العام هو المال و ليس العين.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية؛ فإن المال عند الحنفية يشمل العقار و المنقول دون المنافع خلافا لما ذهب إليه الجمهور، الذي يعرف المال على أنه يشمل العقار و المنقول و المنفعة، بل يزيد الشافعية بالقول: إن المنافع هي الأساس في اعتبار الشيء مالا [64]ص246، و الراجح في تحديد محل الوقف هو ما ذهب إليه الجمهور في تعريف المال ، فمحل الوقف قد يكون عقارا أو منقولا أو منفعة [74] ص 6، 11، 79 ، [75] ص 11-12 ، [72] ص 11-12 ، [19] ص 185-186؛ و هو ما سنفصله لاحقا.

العقار في مدلوله القانوني ، هو كل ما اتصل بالأرض اتصال قرار، و لا يمكن نقله دون تلف كالمباني و الأراضي [25] المادة 683، و كل ما لم يتصل بالأرض اتصال قرار، و أمكن نقله من دون تلف فهو منقول كالشجر و السيارات و البهائم و الأسلحة، و توجد منقولات بطبيعتها مادية كانت أم معنوية، و توجد عقارات بحسب المآل و هي عقارات في أصلها ، غير أنه بالنظر لمآلها ينظر إليها على أنها منقولات و ليست عقارات مثل المباني المقرر هدمها، و الأشجار التي يراد قطعها و الثمار و المحصول قبل نضجها [25] المادة 683، [42] ص 125 ؛ يرى الحنفية أن العقار يجوز وقفه مطلقا أما المنقول فلا يجوز وقفه إلا أن يكون تابعا للعقار ، و نعني به المنقول المتصل بالأرض اتصال قرار كالبناء و الشجر و حق الشرب و حق المرور في الأرض الموقوفة ، أما إذا كان المنقول غير تابع للعقار فلا يجوز وقفه إلا إذا ورد في الأثر نص بوقفه مثل وقف الخيل و الأسلحة، أو ما جرى العرف بوقفه ، و هذه الأخيرة تختلف باختلاف الزمان و المكان لاختلاف أعراف البشر مثل وقف المصاحف و الكتب و النقود و الثياب [15] ص 334-339، [17] ص 408-518، [43] ص 23-28، [60]ص200-204، [38] ص 370.

أما الشافعية و الحنابلة فقد أجازوا وقف العقار و كل ما تعارف الناس على وقفه في المنقول كالحيوان و الرقيق و الأثاث و السلاح، و الضابط عندهم في هذه المسألة هو كل ما أمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جاز وقفه، [58]ص280-313، [76] ص621، [64]ص278، 525، [58] ص621، [73] ص237-248.

أما المالكية فالعقار عندهم هو كل ما لا يمكن نقله أو تحويله من مكان لآخر دون تلف ، فيشمل ما لا يمكن نقله أصلا، كالأرض، وما يمكن نقله لكن بتغيير في هيئته، كالبناء بنقله يصير أنقاضا، والشجر بنقله يصير حطبا، أما المنقول فحسب العقار هو ما يمكن نقله من مكان لآخر دون تغيير في هيئته أو صفته، وهو تعريف مطابق للتعريف الذي جاء به القانون المدني ، [51] ص76، [56]ص307-399، [57]ص621-631، [77] ص 369-377 .

فالمالكية عموما أجازوا وقف العقار و المنقول لعدم اشتراطهم التأييد في الوقف فيجوز الوقف مؤبدا و مؤقتا عندهم [72] ص 6-12، [78] ص2882، [38] ص 370.

يمكن القول أن الفقهاء أجمعوا على جواز وقف العقار، و استدلوا بالأحاديث الواردة في هذا الباب ، ، ووقف النبي صلى الله عليه و سلم للبساتين، و وقف عمر لأرضه بخيبر.وهو ما عمل به جملة الصحابة في هذا الباب؛ فأوقف كل قادر منهم، وفق ما ورد به الأثر .

وأما المنافع فلا نجد نصا في القانون المدني و لا قانون الأسرة و لا قانون الأوقاف يحدد المقصود بالمنافع، والتي تعني الفوائد التي تتحصل باستعمال العين، كسكنى الدار، وركوب الدابة، و قد نصت المادة 11 من قانون الأوقاف على جواز أن تكون محلا للوقف، و بالنسبة للفقهاء الإسلامي فإن المنافع لا تصلح أن تكون محلا للوقف لأنها من الأعراض الزائلة، وهي معدومة، وتخرج من مفهوم المال باتفاق المذاهب الثلاثة عدا المالكية [57] ص 20-21، [63] ص271، [56] ص 363، [70] ص [465 (جزء5)، [79] ص456.

إن إقرار المالكية لوقف المنافع يعد منفاذا لوقف الحقوق المالية و الذهنية، سواء تعلق الأمر بحقوق الملكية الصناعية أو حقوق الملكية الفنية والأدبية، و يمكن الأخذ برأي المالكية في جواز وقف المنافع، و الإذن بوقف براءة الاختراع و الرسوم و النماذج الصناعية و العلامة التجارية و الصناعية و الاسم التجاري و المصنفات الأدبية [80] ص 113، [73] ص257، و قد أقر أغلب الفقهاء المعاصرين جواز وقف حقوق الابتكار عملا بالعرف و المصالح المرسله، غير أن وقف حقوق الابتكار يدخل ضمن الوقف المؤقت، فطبقا للقوانين المنظمة للملكية الفكرية لاسيما المادة 54 من

الأمر رقم 03-5 المؤرخ في 19-7-2003 المتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة ،يستفيد المؤلف من حماية حقوقه المالية طوال حياته كما يستفيد ذوي حقوقه مدة 50 سنة الآتية لسنة الأولى لوفاته، أما العلامات التجارية حسب المادة 5 من الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19-7-2003 المتعلق بالعلامات التجارية فتحمى لعشر سنوات قابلة للتجديد من يوم التسجيل بالنسبة للعلامات التجارية و عشرين سنة من تاريخ الإيداع بالنسبة لبراءات الاختراع حسب المادة 9 من الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19-7-2003 المتعلق ببراءات الاختراع،و السؤال الذي ينبغي طرحه هل يجوز وقف الحقوق المعنوية فيقانون الأوقاف رقم 91-10، أو بعبارة أخرى هل نص قانون الأوقاف على براءات الاختراع أم أنه يرجع في معرفة حكم وقفها للشريعة العامة ؟

يصنف وقف المنافع ضمن الوقف المؤقت، و قد نصت المادة 28 من قانون الأوقاف رقم 91-10 على إبطال الوقف المحدد بزمن، لذلك تطبيقا لنص المادة لا يجوز وقف المنافع، و أعتقد أنه في هذا الإطار يجب أن يعاد صياغة هذه المادة، و أن يسمح بالوقف المؤقت كما هو الحال بالنسبة للوقف المؤبد ، ذلك أن منع الوقف المؤقت من شأنه أن يقلل من عملية الوقف في حد ذاتها، كما أنه يتعارض و مصلحة الوقف و رغبة المحسنين أيضا، فالوقف المؤقت قد يحل كثيرا من المعضلات الإنسانية و الطبيعية ، فقد نتصور مثلا حدوث زلزالا أو فيضاننا في مدينة ما، ففي انتظار إعادة بناء السكنات أو المدارس المتضررة يمكن اللجوء للوقف المؤقت في هذه الحالة ، كأن يقف أحد المحسنين أرضا أو بناء ليكون سكنا أو مدرسة أو مستشفى للمنكوبين .

إستنادا لرأي المالكية يجوز وقف المنافع بما في ذلك الأسهم و السندات و حقوق الابتكار(حقوق الابتكار قد تكون نتاجا ذهنيا كحق المؤلف في المصنفات العلمية و الأدبية أو براءة الاختراع في المخترعات الصناعية أو ثمرة لنشاط تجاري يقوم به التاجر لجلب العملاء كالعلامة التجارية و الاسم التجاري) [79]ص448، [81] ص 45-50، [82] ص50.

و استئناسا بقانون الأوقاف رقم 91-10 و تعديلاته يمكن إعادة النظر في محل الوقف ، و إلغاء نص المادة 28 من قانون الأوقاف التي تنص على إلغاء الوقف المؤقت ، و ذلك بما يتفق و مذهب المالكية في هذا الشأن ، و نقترح أن تصاغ المادة المحددة لمحل الوقف كما يأتي: « يجوز وقف أي مال، عقارا كان أو منقولا أو منفعة، بما في ذلك الحقوق المعنوية التي تقبل طبيعتها الوقف ».

2.1.2.1.1. شروط المال الموقوف

اتفق الفقهاء على مجموعة من الشروط التي يجب توفرها في المال حتى يغدوا صالحا للوقف ، فيجب أن يكون الموقوف مالا متقوما و معلوما و غير منقطع ، كما يجب أن يكون مملوكا للواقف .

أولا- أن يكون الموقوف مالا متقوما.

المال المتقوم هو كل ما أمكن حيازته و جاز الانتفاع به كالعقارات و النقود و الكتب و الأسلحة و الحيوان، و بمفهوم المخالفة كل ما لا يمكن للشخص حيازته لا يعد مالا متقوما كالطير في الهواء و السمك في الماء، و ما لا يجوز للشخص الانتفاع به كذلك لا يعد مالا متقوما كالخمر بالنسبة للمسلم

[17] ص 496، [64] ص 278، [38] ص 352 و قد نصت المادة 93 من القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المعدل و المتمم للقانون المدني : «إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام و الأداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا» و على ضوء ذلك و باعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا للوقف نرى أن كل وقف تحرمه الشريعة الإسلامية يكون باطلا .

ثانيا- أن يكون المال الموقوف محددًا.

نصت المادة 11فقرة 2 من قانون الأوقاف على ضرورة تعيين المال الموقوف تعيينا ينفي الجهالة ، فلا يكون الوقف كذلك إلا بالتحديد الدقيق للمال الموقوف، فإذا كان الموقوف أرضا فالتعيين الدقيق للأرض أو التعيين الذي ينفي الجهالة حسب نص المادة 11 من قانون الأوقاف يقتضي ضرورة تحديد كل ما يتعلق بالأرض من حيث موقعها، مساحتها و حدودها ، فإذا قال وقف جزء من أرضي و سكت كان الوقف باطلا [41] ص 223، أما إذا كان المال الموقوف سكنا فيجب تحديد موقعه، أو صافه الأساسية من مساحة و غيره، فإذا قال وقف أحد منازلني و سكت يعد الوقف باطلا ، و قد فصل الفقهاء تفصيلا حسنا في هذه المسألة حيث رأوا أن الواقف لو قال وقف جميع حصتي من هذه الأرض أو الدار و لم يذكر مقدار حصته من المالكين صح الوقف استحسانا، و لو أن الواقف وقف أرضا دون أشجارها ، قال الفقهاء بعدم جواز الوقف لأن الأشجار جزء من الأرض و لم يتعين مقدارها مما يحقق الجهالة بمقدار الوقف فكان باطلا [15] ص 217، 315، [43] ص 32، [44] ص 529، [64] ص 377 ، [55] ص 361، [51] ص 283، [70] ص

و إذا كان الموقوف منقولاً يجب أن يذكر جنسه؛ و نوعه؛ و مقداره؛ أي هل هو منقول مادي كالآلات أو السيارات أو منقولاً معنوياً كحق المؤلف و الاسم التجاري.

كما قال الفقهاء أن وقف المنزل غير المحدد تماماً يكون صحيحاً، إذا كان المنزل مشهوراً، إذ أن شهرة المنزل تغني عن تحديده على حد تعبير الحنفية [17] ص 515 ، [60] ص 49.

و قد أكدت المحكمة العليا في عدد من قراراتها شرط التحديد الدقيق للمال الموقوف نذكر منها القرار رقم 94323 المؤرخ في 28-08-1993 حيث قضت أنه: «من المقرر شرعاً و قانوناً أن يكون المال المحبس ملكاً للواقف و إلا لما جاز له أن يحبسه، أن يكون معيناً غير مجهول..»

و قد يكون المال الموقوف على الشيوخ كما نصت المادة 11 فقرة 2 من قانون الأوقاف رقم 91-10: « و يصح وقف المال المشاع وفي هذه الحالة تتعين القسمة »

المال الشائع يمكن أن نعرفه من خلال الفقرة الأولى للمادة 11 من قانون الأوقاف السابق الذكر و المادة 713 من القانون المدني على أنه المال غير المفرز بحيث يكون مقدار حصة كل طرف في الشيوخ غير محدد ، و لتحديد مقدار حصة كل شريك يتعين قسمته إذا كان قابلاً للقسمة.

نصت المادة 11 فقرة 2 من القانون 91-10 على جواز وقف الحصة الشائعة عقاراً كانت أو منقولاً أو منفعة بشرط فرزها.

غير أنه إذا كان تحديد الأنصبة لا يثير إشكالاً بالنسبة للعقار فإن الأمر يختلف بالنسبة للمنقول كالسيارة و الخيل و الكتب فنتساءل كيف يمكن فرزها؟

و عدم تحديدها يجعلها غير قابلة للوقف على النحو الذي وضحناه في الشرط السابق، و يكون وقفها وقفاً شائعاً باطلاً [62] ص 78.

و طبقاً للقواعد العامة المادة 728 من القانون المدني، فإنه يتم فرز الحصة الشائعة التي لا تقبل القسمة العينية بواسطة بيع المال الشائع و قسمة ثمنه بين الشركاء، لكن باعتبار أن المال الموقوف لا يجوز بيعه إلا في الحالات المحددة على سبيل الحصر في المادة 24 من قانون الأوقاف، فإن المال الموقوف يبقى على الشيوخ حسب المادة 737 من القانون المواد 713 إلى 742 بالشيوخ الإجمالي،

الذي لا يجوز للشركاء فيه طلب القسمة، نظر للغرض الذي أعد له هذا المال [25] المواد 713 إلى 742 .

و لمزيد من التوضيح نستعرض آراء الفقهاء بالنسبة لوقف المال الشائع تطبيقاً للمادة 2 من قانون الأوقاف، اتفق الفقهاء من الشافعية و الحنابلة و المالكية على جواز وقف المال المشاع مطلقاً لعدم اشتراطهم القبض لتمام الوقف، [51] ص 67، [60] ص 46، [63] ص 271، [64] ص 277، [74] ص 37، [38] ص 390.

و خالفهم في ذلك الحنفية، فقالوا بجواز وقف المال المشاع الذي لا يحتمل القسمة ما عدا المسجد و المقبرة، لأن الشيوع فيهما يمنع من خلوص النية لله تعالى فهي خالصة له وحده، أما المال المشاع الذي يحتمل القسمة فاختلّفوا فيه على رأيين:

قال بعضهم بعدم الجواز لأنه يشترط القبض لتمام الوقف و الشيوع يمنع القبض و الشيوع الذي يمنع من الوقف عندهم هو الذي يكون وقت القبض لا وقت العقد [17] ص 405، [43] ص 21-22، [73] ص 259-260، كما لو وقف مال كان أرضهما مرة واحدة، أو وقف كل منهما حصته و سلمها لمتولي واحد أو سلما نصيبهما في وقت واحد لقيم و موقوف عليه مختلفين، لعدم وجود الشيوع عند القبض؛ فأفتى أبو يوسف بجواز وقف المال المشاع الذي يحتمل القسمة مطلقاً [17] ص 405، [43] ص 21-22.

و من بين القرارات التي فصل فيها القضاء و أكد فيها على جواز وقف المال المشاع ، تطبيقاً لما جاء في القوانين الخاصة بالوقف نجد القرار رقم 94323 المؤرخ في 28-9-1993: « من المقرر شرعاً و قانوناً أن يكون المال المحبس ملكاً للواقف ، و إلا لما جاز له أن يحبسه ، و أن يكون معيناً – غير مجهول- و خالياً من كل نزاع و لو كان هذا المال في الشيع ، و من ثم فإن عقد الحبس الذي شمل مال المحبس مع مال أخيه في قضية الحال لا يكون باطلاً إلا بالنسبة لأخ المحبس المدعو «س» لكنه صحيحاً بالنسبة للمال المملوك له، و عليه فإن قضاة المجلس لم يسببوا قراريهما – المطعون فيهما- بشكل مقبول مما يستوجب نقضهما و إحالتهما مع الأطراف على نفس المجلس» [34] ص 76.

هذا و تجدر الإشارة إلى أن المحكمة العليا في القرار رقم 393937 بتاريخ 14-02-2007 حددت نوع القسمة التي ترد على الملك الوقفي و هي القسمة الإستغلالية أو قسمة الإنتفاع و ليست

القسمة الناقلة للملكية، لأن هذا منافي لحكم الوقف و طابعه: «تجوز قسمة الاستغلال أو الانتفاع بين المستفيدين من عقد الحبس و لا تجوز القسمة الناقلة للملكية» [83] ص423.

ثالثا- مشروعية و تأييد محل الوقف.

1- مشروعية محل الوقف:

من بين الشروط التي نصت عليها المادة 11 من قانون الأوقاف السابقة الذكر مشروعية محل الوقف، و هذا الشرط لا نجد له تفصيلا خاصا به في قانون الأوقاف و عند مختلف المذاهب الفقهية بل يمكن التذليل عليه من خلال التفصيلات الجزئية الخاصة بكل عنصر يتعلق به محل الوقف، فمثلا المالكية يجيزون وقف المنافع، في حين لا يقر الجمهور خاصة المتأخرين منهم وقف المنافع و عليه فكل وقف لمنفعة يعد غير مشروع عند الجمهور بخلاف المالكية، و كمثل آخر اتفق الفقهاء على جواز وقف المنقول إذا وجد نص أو عرف يجيزه، ومثاله وقف الخيل في حين وقف الكلب لا يجوز عدا عند البعض منهم [17] ص 496، [56] ص 363، [57] ص 20-21، [60] ص 214، [63] ص 271. [64] ص 278، [70] ص 465 (جزء5)، [79] ص456، [81] ص 45-50، [82] ص50.

. مثلا إذا كان الوقف مؤقتا كان الوقف غير مشروع بالنسبة للوقف العام، و يترتب عليه بطلان الوقف وفقا لنص المادة 28 من قانون الأوقاف رقم 91-10.

2- تأييد محل الوقف

من بين شروط المال الموقوف المتفق عليها بين جمهور الفقهاء غير المالكية شرط التأييد و هذا الشرط نستشفه ضمنا من قانون الأوقاف من خلال نص المادة 28 التي جاءت تحت الباب المتعلق بمبطلات الوقف التي تنص على بطلان الوقف المعلق بزمن [15] ص 217، [38] ص 352-354، [60] ص 278، [73] ص 262-263 .

و يرى فقهاء الحنفية و الشافعية و الحنابلة أن الوقف لا يكون إلا مؤبدا لذلك قالوا بصحة وقف العقار مطلقا، أما فقهاء المالكية فقالوا بصحة الوقف مؤقتا و مؤبدا [17] ص 496، [63] ص 271، [56] ص 363، [43] ص 21-23، [57] ص 20-21، [60] ص 214، [64] ص 278، [52] ص 526، [76] ص 618، [70] ص 465 (جزء5)، [79] ص 456، [81] ص 45-50، [82] ص50.

2.2.1.1. صيغة الوقف

لا تتحقق الصيغة المنشئة للوقف إلا بشروط عدة لم يتفق الفقهاء على وجوبها، لذلك سنتناول كل شرط من هذه الشروط في جزء منفصل في الفرع الأول، على أن أبين الجهة الموقوف عليها لأن تعيين هذه الأخير يكون في صيغة الوقف.

1.2.2.1.1. شروط الصيغة المنشئة للوقف

وضع الفقهاء ثلاثة شروط لصيغة الوقف هي: التنجيز و الجزم و التأبيد، و فيما يأتي سنفصل كل شرط من هذه الشروط:

أولاً- شرط التنجيز

يقصد بالتنجيز عدم ربط الوقف بزمن أو تعليقه على شرط، فيجب أن تكون صيغة الوقف منجزة غير معلقة على زمن و لا مضافة إلى مستقبل كأن يقول الواقف أرضي صدقة بعد شهر أو إن شفيت فهي موقوفة [57] ص 32 ، و لم يعالج قانون الأوقاف مسألة التنجيز بشكل صريح في مواده، غير أنه يفهم من نص المادة 28 من قانون الأوقاف التي تنص على أنه: « يبطل الوقف إذا كان محددًا بزمن » أن المشرع نص على مسألة التنجيز (الوقف المعلق على زمن).

أما بالنسبة لحكم تنجيز الوقف في الفقه فقد اعتبر الحنفية التنجيز من شروط صيغة الوقف، لأن الوقف عندهم مما لا يصح تعليقه بالشرط، و مثال ذلك أن يقول الواقف: إن قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده فلا تصير وقفا [17] ص 498-524-525، [43] ص 34، و يميز الحنفية بين الوقف المضاف لما بعد الموت و الوقف المضاف إلى وقت، ففي حالة إضافة الوقف لما بعد الموت كأن يقول أرضي صدقة بعد موتي، فقال أبو حنيفة يبطلان الوقف، و قال جمهور الحنفية بأن الوقف المضاف لما بعد الموت يخرج مخرج الوصية ، فلشخص الرجوع عنها حال حياته و تلزم بموته و تسمى الوصية بالوقف ، و تنفذ في حدود الثلث و هذا موافق لما ذهب إليه الجمهور.

أما الحالة الثانية و هو الوقف المضاف إلى زمن كأن يقال أرضي موقوفة من مطلع السنة القادمة، فقال الجمهور من غير المالكية بعدم انعقاد الوقف على هذه الصيغة [17] ص 498، [43] ص 24، [74] ص 42، [50] ص 328.

أما المالكية فالوقف عندهم جائز، و التنجيز ليس شرطاً لصحته، فالوقف يصح عندهم ولو كان منجزاً سواءً أكان التعليق على شرط موجود أو محقق الوجود في المستقبل، و هذا الحكم يشبه إلى حد كبير ما جاء في نص المادة 92 من القانون المدني التي تنص على المحل المحقق الوجود في المستقبل [56] ص 384، [51] ص 198، [74] ص 42 [79] ص 473-474.

ثانياً- شرط الجزم (اللزوم).

تكون الصيغة جازمة إذا استعمل الواقف في وقفه أحد الألفاظ الدالة عليه، كوقفت و حبست وغيره، و حدد قانون الأوقاف في المادة 12 منه الطرق التي ينعقد بها الوقف: « تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم، مع مراعاة أحكام المادة الثانية أعلاه ».

و يمكن أن نستدل أيضاً على شرط لزوم الصيغة المنشئة بنص المادة 3 من قانون الأوقاف رقم 91-10 التي تعرف الوقف بأنه: « الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير» يرى المشرع لزوم الوقف و عدم جواز الرجوع عنه لأي سبب كان، و لا سبيل لتحقيق هذا اللزوم ما لم يستعمل الواقف الألفاظ الدالة على لزوم و عدم جواز الرجوع عنه مدى الحياة، و هو ما أكد عليه القضاء في القرار رقم 223224 المؤرخ في 29-12-2001 [48] ص 80 .

و لم يحدد قانون الأوقاف في المادة 12 منه الألفاظ المنشئة للوقف أما في الفقه الإسلامي في باب الوقف تطبيقاً للنص نفسه، فالذي يدل على الوقف عندهم عدة ألفاظ، منها: الوقف، والتحبيس، والتسبيل، والتصديق، والتأييد، وما في معناه كالتحريم، ولا يباع ولا يوهب ولا يورث، وكذكره موقوفاً عليه دائماً.

اتفق فقهاء الشريعة على اشتراط الجزم في الصيغة الدالة على الوقف، و سنبين بشكل موجز حكم هذه المسألة في المذاهب الأربعة:

قال الحنفية بوجوب أن تكون الصيغة جازمة بأن يستعمل الوقف عند إنشاء وقفه الألفاظ الدالة عليه حالاً مثل: الوقف، والتحبيس، والتسبيل، والصدقة، والتأييد، وما في معناه كالتحريم، ولا يباع ولا يوهب ولا يورث، وكذكره موقوفاً عليه دائماً [43] ص 14-18، [17] ص 522-523.

و لا يميز الحنفية بين لفظ صريح ولفظ كناية في باب الوقف، بل يميزون بين صيغة تدل الوقف فتصح، وبين صيغة لا تدل عليه فلا تصح. ولذلك لا نجد عندهم لفظا واحدا يدل على الوقف [43] ص 14-24، [17] ص 522-523.

و لم يرد في كتب الحنفية ما يدل على إنعقاد الوقف بالإشارة أو أن للإشارة نفس الدلالة مع اللفظ ، و قد ذكر القرافي و هو من المالكية أن الحنفية يجيزون الوقف بكل ما يدل عليه، لفظا كان، أو غيره، موافقة لقول المالكية [60] ص 188، [43] ص 14-18، [17] ص 522-523. [63] ص 280-281، [85]ص315.

أما المالكية فينعقد الوقف عندهم بكل الألفاظ الدالة عليه قولاً أو فعلاً [63] ص 280، [51] ص 469، [86] ص 35، [85]ص315. و يميز المالكية بين الألفاظ الدالة على حقيقة الوقف و بين التأبيد في الوقف ، و من الألفاظ التي تدل على حقيقة الوقف: لفظ الوقف و يدل على التأبيد، لفظ الحبس فهو كالوقف في دلالاته على حقيقة الوقف إلا أنه مختلف في إفادته التأبيد بنفسه أو يحتاج إلى قرينة، لفظ الصدقة وهو لا يفيد الوقف إلا إذا اقترن بما يفيد تأبيد تمليك منفعه فقط، لأنه في الأصل يدل على تمليك الذات [70] ص 316-317، [57] ص 27-28.

أما في إفادة هذه الألفاظ التأبيد، فحاصل الخلاف بينهم ثلاثة أقوال: قول بأن الألفاظ الثلاثة كلها تحتاج إلى قرينة، وقول بأن الوقف والحبس لفظان مجردان مطلقان، ولفظ الصدقة ليس كذلك، وقول بأن لفظ الوقف لفظ مجرد، دون الحبس والصدقة.

أما الشافعية فلا يجوز الوقف عندهم إلا بلفظ دال عليه، كسائر العقود، وقيل يجوز وقف المسجد الذي بناه واقفه في أرض موات ببنائه ونية جعله مسجداً، وقيل يقاس عليه ما كان كالمسجد من المدارس، وقيل يصح الوقف في المساجد بالإذن فيه بشيء مقصور عليه كالاكتاف [64] ص 532، [55] ص 268، و يميز الشافعية و الحنابلة بين الألفاظ الصريحة و الكناية في باب الوقف ، و اختلفت الشافعية على قولين في دلالة الألفاظ: الوقف، والتحبيس، والتسبيل على الوقف ، فقيل إن الألفاظ الثلاثة ليست صريحة، لذلك لا بد من ضم النية إلى ما يستعمله فيها، أو الجمع بين لفظين منهما، أو التأكيد عليها بلفظ آخر كقوله لا تباع ولا تورث، وقيل كلها صريحة، كما قيل إن الصريح منها الوقف فقط، وقيل الوقف والحبس.

أما لفظ التحريم والتأبيد فالأشهر أنهما كنايةتان، لكونهما لا يستعملان مستقلين، وإنما يؤكد بهما أحد الألفاظ المتقدمة، فيقال مثلا: وقف محرم، أو حبس مؤبد و نحو ذلك ، و كذلك لفظ الصدقة فليس بصريح [64] ص 533، [55] ص 371-372.

أما الحنابلة فجائز عندهم الوقف بالقول والفعل ، و ينعقد الوقف بالألفاظ الدالة عليه، وهي الوقف، والتحبيس، والتسبيل، أما لفظ الصدقة، والتحريم، والتأبيد، فهي ألفاظ كناية لا تدل صراحة على الوقف بل لا بد من إرتباط كل لفظ منها بأحد الألفاظ الخمسة السابقة الذكر ، أو بأن يقول: لا تباع و لا تورث و لا توهب فهذه القرينة تؤكد الوقف [65] ص 563-564.

ثالثا- شرط تأبيد صيغة الوقف.

من الشروط اللازمة لانعقاد الوقف التأبيد ، و قد اتفق جمهور الفقهاء من غير المالكية الذين قالوا بصحة الوقف مؤبدا كان أم مؤقتا على اعتبار هذا الشرط لازما لتتمام انعقاد الوقف [15]ص330، [44]ص523-539، [43]ص33، [64]ص582، [74]ص12-47، [70]ص10 ، [79]ص474، و استدلوا على رأيهم بحديث عمر ابن الخطاب، إذ قال الرسول صلى الله عليه و سلم «حبس الأصل و سبل الثمرة» ، فعبارة التحبيس، و عبارة لا تباع ، و لا تورث، و لا توهب عبارات تدل عن اشتراط التأبيد في الوقف.

و التأبيد بهذا المعنى جزء من معنى الوقف، فما هي العبارات الدالة على التأبيد، أو بعبارة أخرى هل يجب ذكر لفظ التأبيد في صيغة الوقف لتتمام انعقاده ؟

للإجابة عن هذا التساؤل يتعين التمييز بين فرضين:

1- حال اقتران صيغة الوقف بالتوقيت.

كأن يقول الواقف أرضي صدقة موقوفة مدة عامين، أو حبست منزلي مدة 3 سنوات، و هكذا أي أن يحدد الواقف مدة معينة لوقفه، فما حكم الفقه في هذه المسألة؟

انقسم الشافعية في بيان حكم اقتران الصيغة بالتوقيت إلى آراء ثلاثة، يرى الفريق الأول بطلان الوقف، و قال الفريق الثاني بصحة الوقف، أما الفريق الثالث فذكر أن الوقف إذا كان على جهة بر عام، أي أنه إذا كان الموقوف عليهم جهة بر عام صح الوقف و بطل الشرط [50]ص325.

أما الحنفية فميزوا بين حالة ما إذا شرط الواقف استرجاع الموقوف بعد انتهاء مدة الوقف، أم لم يشترط ذلك، قالوا ببطلان الوقف إذا اشترط الواقف استرجاع المال الموقوف بعد انتهاء مدته، و قال فريق آخر بصحته، و قال فريق ثالث ببطلان الوقف المقترن بمدة مطلقاً سواءً اشترط الواقف استرجاع الموقوف أم لم يشترط ذلك [17]ص50، [43]ص25.

2- خلو صيغة الوقف من التوقيت.

و مثاله أن يقول الواقف أرضي صدقة موقوفة و يسكت أو يقول حبست منزلي، أي بعبارة أخرى أن الواقف لا يحدد وقفه بزمان معين، غير أنه لا يذكر لفظ التأبيد في صيغة الوقف، فما حكم ذلك؟

إن كان نص المادة 3 من قانون الأوقاف صريحا عند تعريفه للوقف بأنه حبس العين عن التملك، و بين حكم اقتران الوقف بزمان محدد في المادة 28 من القانون نفسه، و قضى ببطلانه فإنه في مسألة بيان الألفاظ التي ينعقد بها الوقف و التي تفيد الوقف عموما و التأبيد خصوصا لم يضع حكما فاصلا ، بل اكتفى بوضع القاعدة العامة التي يتم وفقا لها الوقف حيث نصت المادة 12 من قانون الأوقاف على ذلك :«تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه»

و المادة 2 تنص على الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه في قانون الأوقاف، و أود أن أحلل نص المادة 12 بدءا بالملاحظة الآتية:

أ- نصت المادة 12 للرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص في هذه النقطة، و فعلا المادة 12 جاءت عامة و مطلقة، و تحتاج إلى ما يستأنس به لفهم جزئياتها التفصيلية، و بالطبع لفهم كل جزئية من هذا القانون يجب أن نعود أولا للشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه و المبهم كذلك باعتبار أن هذه الأخيرة هي المصدر الأصلي لمادة الوقف تطبيقا لنص المادة 2 من قانون الأوقاف ، و أعتقد أن إضافة نص المادة 12 للعبارة الأخيرة « مراعاة أحكام المادة 2» تبدا للوهلة الأولى إضافة لا قيمة لها باعتبار أن النص موجود و يلزمنا بالعودة لأحكام الشريعة في جزئيات كل نقطة تتعلق بقانون الوقف سواءً لفهمها أو تفصيلها أو استكمال الناقص منها، غير أن نص المادة 12 جاء غامضا و مبهما مما يستدعي الرجوع آليا للشريعة الإسلامية و هو ما دفع المشرع في اعتقادي للتأكيد على هذه الإضافة.

ب- حددت المادة 12 القاعدة العامة التي على ضوءها تنشأ الأوقاف، فالواقف يعبر عن إرادته بإنشاء الوقف إما كتابة ، أو إشارة أو لفظاً ، و الواقع أن هذه ترجمة للقاعدة العامة الموجودة في القانون المدني في المادة 60 منه ، حيث يبين طرق التعبير عن الإرادة التي تكون إما صراحة و تنعقد باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو ضمناً.

أما قانون الأوقاف فقد حدد الوسيلة التي يتم من خلالها التعبير عن إرادة الواقف؛ فتكون لفظاً أو كتابة و كما قلنا أن المادة 12 لم توضح الألفاظ التي تعبر عن الوقف عموماً و التأبيد خصوصاً، و حتى المادة 28 لما قضت ببطولان الوقف المحدد بزمن لم تبين حكم الوقف إذا لم يقترن بزمن و في نفس الوقت لم يتضمن عبارة في صيغته تدل على التأبيد ، و مما يستوجب البحث في هذا المقام معرفة القيمة القانونية لذكر لفظ التأبيد في الوقف، فهل هي لازمة لانعقاد الوقف أم أن خلو الصيغة من التوقيت تكفي للتدليل بالطابع التأبيدي للوقف ؟

اختلف الفقهاء في بيان حكم الوقف الذي لم يتضمن عبارات التأبيد أو ما يقوم مقامها على النحو الآتي:

قال جمهور الحنفية أن الوقف إذا كان محددًا بزمن فهو باطل ، وذهب فريق منهم للقول أن الوقف لا ينعقد إلا إذا تضمنت صيغته عبارة تدل على تأبيده، أما إذا تضمنت الصيغة عبارات مطلقة كقوله : وقفت و حبست و سبلت، فإن الوقف لا ينعقد بها وحدها، بل لا بد لانعقاده من قرينة تدل على الطابع التأبيدي للوقف، كأن يقول: صدقة موقوفة أو وقف مؤبد ووقف لا يباع و لا يورث و نحو ذلك، في حين ذهب فريق آخر من الأحناف إلى القول بأن الوقف ينعقد بكل العبارات الدالة عليه مطلقة كانت أم غير مطلقة، مثل الوقف و التحبب و التسبيل، و لا تباع و لا تورث و لا توهب و غيرها من الألفاظ الدالة على الوقف، فإذا قال إن أرضي وقف أو حبست منزلي و غيرها من ألفاظ الوقف الدالة عليه، انعقد الوقف دون الحاجة لقرينة أخرى، و الشرط فقط أن لا يحدد الواقف مدة لوقفه أي يجب أن تخلو الصيغة من شرط التوقيت، و عليه فإنه عند الحنفية لا ينعقد الوقف إذا كان محددًا بزمن [17]ص538 [60]ص48، [72] ص 313.

و يوافق الحنابلة و الشافعية ما ذهب إليه بعض الحنفية في اعتبار أن الوقف ينعقد بكل الألفاظ الدالة عليه ، و إن لم يذكر لفظ التأبيد صراحة أو ما يقوم مقامه [64]ص268، [38]ص243-245.

أما المالكية فقالوا بصحة الوقف مؤقتا كان أم مؤبدا، و ذكروا أن الوقف ينعقد بكل العبارات الدالة عليه ، و الوقف المطلق الذي لم تحدد عبارته الجهة الموقوف عليها مؤبدة أو مؤقتة، يقع مؤبدا و ينفق ريعه على جهة بر عام[56]ص91،[57]ص62.

حيث يعتبر المالكية بأن الوقف ما هو إلا نوع من الصدقات و هذه الأخيرة تجوز مؤبدة و مؤقتة و لم يرد في الأثر ما يوجب أن تكون الصدقات مؤبدة ،بإضافة إلى أنه يحق للواقف أن ينظم شؤون وقفه و في هذا الإطار له أن يحدد وقفه بزمن .

و أعتقد أنه في هذا الإطار يجب أن يسمح بالوقف المؤقت كما ذهب إليه المالكية تسهيلا لسبل الخير فالوقف المؤقت قد يحل كثيرا من المعضلات ،و أيضا مراعاة لأحوال المحسنين و رغبتهم فالقول بالطابع التأييدي من شأنه أن يقلل من عملية الوقف في حد ذاتها كما أنه يتعارض و مصلحة الوقف في أحيان كثيرة.

رابعاً- خلو الصيغة من الشروط التي تمس بأصل الوقف و تنافي مقتضاه.

اتفق الفقهاء على أن للواقف الحق في تضمين كتاب وقفه ما شاء من الشروط التي ينظم بها وقفه من حيث بيان مصرفه و كيفية استغلاله و كيفية توزيع غلته على المستحقين، و غيرها من المجالات التي يريد الواقف ترتيبها، و تعد شروط الواقف بمثابة قانون ينظم شؤون الوقف .

و تصنف شروط الواقف إلى ثلاثة أصناف : شروط باطلة [80] ص 216، [87] ص 251، [88] ص 95، [89] ص 732،شروط قابلة للإبطال، و شروط صحيحة،كما اتفقوا كذلك على اعتبار أن شرط الواقف كنص الشارع يجب احترامه و الأخذ بها باستثناء الشروط التي تمس بأصل الوقف و تنافي مقتضاه، وهي الشروط التي تؤدي إلى إبطال الوقف و عدم انعقاده، و من هذه الشروط، شرط لزوم الوقف و تأييده في قانون الأوقاف ، حيث تعرف المادة 3 من قانون الأوقاف الوقف بأنه: « الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد... »، فالتأبيد جزء من مفهوم الوقف وحقيقته في القانون فإذا حدد الواقف وقفه بزمن محدد يكون قد أخل بحقيقة الوقف، فيكون وقفه باطلا، طبقا لنص المادة 28 من قانون الأوقاف : « يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن »، و الطابع التأييدي للوقف يقتضي زوال الملكية عن الواقف ، و منع التصرف في الملك الوقفي و هو ما تؤكد كل من المادة 17 و 23 من القانون نفسه [13].

وبما أن التأبيد جزء من مفهوم الوقف في قانون الأوقاف، فإن لزوم الوقف يقتضي أن يكون مؤبداً، و يكون كذلك بعدم تصرف الواقف أو الموقوف عليه في أصل الملك الوقفي، وعليه لو اشترط الواقف أن يرجع إليه الموقوف إن احتاج إليه، أو اشترط أن يمتلكه الموقوف عليه إن احتاج إليه، يكون شرطاً منافياً للزوم الوقف فيكون الشرط باطلاً، طبقاً لنص المادة 16 من قانون الأوقاف .

و يجب التمييز بين حكم بطلان الوقف الوارد في المادة 28، و حكم بطلان الشرط المنافي لمقتضى الوقف، الذي هو اللزوم الوارد في المادة 16 من القانون نفسه، حيث ترتب المادة 28 السابقة الذكر بطلان الوقف الذي يحدده الواقف بمدة محددة كأن يقول داري موقوفة مدة سنة، في حين ترتب قانون الأوقاف بطلان الشرط المنافي لمقتضى الوقف الذي هو اللزوم، و الذي يعني أن الواقف بتمام وقفه لا يصح منه الرجوع عنه، أو التصرف فيه، و كل شرط يضعه الواقف يخالف لزوم الوقف، يجوز للقاضي أن يبطل الشرط و يبقي على الوقف، فما هو الضابط الذي يميز به بطلان الوقف ؟ هل عندما يحدد بمدة معينة طبقاً للمادة 28 ؟ و متى نقول أن للقاضي إبطال الشرط دون الوقف ؟ هل عندما يتعلق الأمر بالشروط التي يضعها الواقف عند إنشائه للوقف، كأن يقول أنه يحق لي الرجوع عن الوقف، أو يعود الوقف ملكاً لي...؟ ألا يعد هذا من الوقف المؤقت الذي يبطل معه الوقف؟ لذلك نتساءل عن ضابط التمييز بين الحالتين؟

اتفق الفقهاء على أن للواقف الحق في تضمين كتاب وقفه ما شاء من الشروط التي ينظم بها وقفه، من حيث بيان مصرفه و كيفية استغلاله و كيفية توزيع غلته على المستحقين، و غيرها من المجالات التي يريد الواقف ترتيبها، كما اتفقوا كذلك على اعتبار أن شرط الواقف كنص الشارع يجب احترامه و الأخذ به، باستثناء الشروط التي تمس بأصل الوقف و تنافي مقتضاه وهي الشروط التي تؤدي إلى إبطال الوقف و عدم انعقاده، و من هذه الشروط، شرط لزوم الوقف و تأبيده عند الحنفية و الشافعية، فإذا اشترط الواقف عند إنشاء وقفه الرجوع عن الوقف أو التصرف فيه حال حياته أو بعد موته بطل الوقف، و منهم من قال إن الوقف صحيح و الشرط باطل لأنه ينافي أصل الوقف و يخل بمقتضاه [43] ص 34، [17] ص 498، [60] ص 59، [64]ص385،[52]ص491-551، [38] ص 262.

و من الشروط التي تنافي مقتضى الوقف عند المالكية شرط الواقف أن يتصرف في المال الموقوف، إذا كان غير محدد بزمان أو تصرفه فيه قبل انقضاء مدته في الوقف المؤقت ، و حكم الوقف في الحالة الأولى البطلان ، و في الحالة الثانية يكون الواقف قد أدخل بالتزامه بعدم التعرض للموقوف مدة وقفه [69]ص252، [56]ص92، 387، [57]ص649، [79]ص475.

أما الحنابلة فاتفقوا مع غيرهم في عدم اعتبار أي شرط ينافي مقتضى الوقف كأن يشترط الواقف حق بيع الوقف أو هبته، فيكون الوقف باطلا عندهم وكذلك الشرط[50]ص491، [38] ص265.

2.2.21.1 . تعيين الموقوف عليه في صيغة الوقف

ينعقد الوقف بأركان أربعة من بينها الموقوف عليه و هو متفق عليه قانونا و فقها، و الموقوف عليه هو الجهة التي ترصد لها العين الموقوفة للانتفاع بها ، و قد يكون الموقوف عليه الواقف نفسه حسب المادة 6 مكرر من القانون رقم 10-02 المؤرخ في 14-12-2002 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف[90] ، و قد حدد القانون و الفقه شروطا يجب توفرها لتحقيق هذا الركن، و هي أن يكون الموقوف عليه جهة قريبة و بر حسب المادة 3 من القانون 10-91 و أن تكون الجهة الموقوف عليها جهة دائمة غير منقطعة: و هو مقتضى شرط التأييد الذي يستدل عليه من المواد 3 و 8 و 28 من القانون 10-91.

و في باب صيغة الوقف نتساءل هل يجب أن يحدد الموقوف عليه في صيغة الوقف؟

بينت المادة 13 من قانون الأوقاف أن الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في كتاب وقفه، غير أن نص المادة لم يبين فيما إذا كان الواقف ملزما بتحديد الموقوف عليه أم أنه غير ملزم ببيان على من يرد وقفه ، فلا يوجد لفظ في نص المادة 13 يفيد بأنها أمره ،حيث تنص المادة 13 قبل تعديلها على ما يأتي: « الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف، ويكون شخصا معلوما طبيعيا، أو معنويا، فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه على وجوده وقبوله، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية » [13].

في حين أن الموقوف عليه تغير بحكم تعديل المادة 13 بالقانون رقم 10-02 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف، حيث حددت الموقوف عليه بأنه: الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية[90] ، و لم يعالج نص المادة 13 قبل و بعد التعديل مسألة ما إذا كان الواقف ملزما بتحديد الموقوف عليه أم أنه غير ملزم بذلك، فضلا عن مسألة أخرى تتعلق بقبول الموقوف عليه للوقف، و هو ما نعرض لبيانها في مسألتين:

أولا- تعيين الموقوف عليه في صيغة الوقف:

المادة 13 ليست نصا أمرا لأنه لا ينطوي على لفظ أو عبارة تفيد إلزام الواقف ذكر الموقوف عليه في كتاب وقفه، لذلك نتساءل هل يمكن أن يرد وقف دون تحديد للموقوف عليه ؟

الواقف ملزم بذكر الموقوف عليه في قانون الأوقاف، فلا يمكن تصور وقف دون تحديد الموقوف عليه، فبالرغم من أن نص المادة غير واضح الدلالة على كون الواقف ملزماً بتحديد الموقوف عليه، غير أنه يمكن الاستدلال بالزامية تحديد الموقوف عليه من خلال موقع نص المادة 13 في حد ذاته، فالمادة جاءت تحت الفصل الثاني المعنون بأركان الوقف، ثم حددت المادة 9 منقانون الأوقاف الأركان، وخصص القانون لكل ركن مادة مستقلة، حيث عالجت المادة 10 منه ركن الواقف و المادة 11 محل الوقف و المادة 12 صيغة الوقف، و المادة 13 الموقوف عليه، و عليه نقول أن الموقوف عليه هو ركن من أركان الوقف العام، و لا يمكن تصور وجود قانوني للوقف دون تحديد للموقوف عليه باعتباره ركناً، و يترتب على عدم تحديده بطلان الوقف لأن هذا يؤدي إلى جهل مصرف الوقف، لكن طبقاً لنص المادة 6 من القانون 10-02؛ فإنه في حالة تعذر معرفة مصرف الوقف أي تعذر معرفة الموقوف عليهم، فإن الوقف يصرف ريعه في العلم و البحث و في سبل الخيرات، و هذا يعني عدم بطلان العقد بسبب تعذر تحديد الجهة الموقوف عليها.

و قد اتفق الفقهاء على أن الوقف لا ينعقد إلا إذا كان مستوفياً لكل أركانه، و منها الموقوف عليه، فكل وقف لا يحدد الموقوف عليه يقع باطلاً، غير أنهم اختلفوا في مسألة ذكر الموقوف عليه في صيغة الوقف فقال الحنفية و الشافعية بضرورة تحديد الموقوف عليهم في صيغة الوقف [60] ص 39، 71، [17] ص 497، [50] ص 331، [38] ص 252 و علة ذلك بيان مصرف الوقف و المستحقين للغة، و قضى المالكية و الحنابلة بعدم اشتراط ذكر المصرف-الموقوف عليه- في صيغة الوقف، و قالوا بأن المصرف يكون للفقراء [65] ص 23-240، [68] ص 445، [56] ص 91.

ثانياً- قبول الموقوف عليه للوقف:

الموقوف عليه حسب المادة 13 من قانون الأوقاف هو : « الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف، ويكون شخصاً معلوماً طبيعياً، أو معنوياً، فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه على وجوده وقبوله، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية ».

ميزت المادة 13 من قانون الأوقاف قبل تعديلها بين حالة ما إذا كان الموقوف عليه شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً؛ أي أنها ميزت بين الوقف العام و الوقف الخاص، فإذا كان الموقوف عليه شخصاً طبيعياً فقد نصت المادة 13 على أن قبول الموقوف عليه ليس شرطاً لصحة الوقف، بل القبول هو شرط لاستحقاقه الوقف، فإذا لم يقبل الموقوف عليه الوقف لا يبطل الوقف بل ينتقل الوقف

إلى من بعده إذا كان الواقف قد حدد من يليه، و إلا يصير الوقف الخاص وقفا عاما حسب نص المادة 7 منقانون الأوقاف التي تنص: «يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم» إن نص المادة 7 جاءت عامة، بنصه على تحول وجهة الوقف الخاص إلى الوقف العام إذا لم يقبله الموقوف عليه، غير أنه إذا كان هذا الرفض متصورا و منطقيًا بالنسبة للوقف على النفس أي إذا كان الواقف حدد موقوفا عليه فردا يعود إليه القبول أو الرفض ، فالأمر يصعب تفسيره إذا كان الموقوف عليه غير محصور كالوقف على عقبه و عقب عقبه، فإذا لم تقبل الطبقة الأولى أي العقب الأول ، هل يتحول الوقف إلى وقف عام؟ أم أننا نتبع شرطه و يوقف على الطبقة الثانية أم يؤول مباشرة إلى السلطة المكلفة بالوقف؟

الحقيقة أن قانون الأوقاف لا ينص على حل لمثل هذه الاشكالات، و بالرجوع للشريعة الإسلامية؛ فإنه يجب أن يتبع شرط الواقف في تحديد المستحقين و طبقاتهم، فإذا كانت عبارة الوقف المنشئة له تفيد ترتيب المستحقين فإنه لا يستحق أحد من الطبقة الثانية إلا بعد إنقراض الطبقة الأولى كأن يقول الواقف وقي حبس على أولادي ثم أولاد أولادهم، و هكذا؛ فإنه كل طبقة تحجب الطبقة التي تليها أي لا يستحق فرع من الطبقة الثانية شيئا إلا بعد إنقراض الطبقة العليا، أما إذا نص شرط الواقف على عدم حجب الطبقة العليا للطبقة السفلى، كأن ينص على أن من يتوفى من ولده استحق ولده نصيب والده فإن ولد المتوفى من المستحقين يؤول لفرعه، أما إذا نص الواقف على أن الوقف يشمل أولاده و أولاد أولاده فإن الغلة توزع على الولد و ولده [57] ص 44، 22-45، [63] ص 280-283، [91] ص 265-353، [92] ص 247، [93] ص 277، [94] ص 215،

كذلك الأمر إذا كان الوقف على معين غير محصور كالفقراء و المساكين، كيف يتصور منهم القبول أم أن الوقف ينعقد دون الحاجة لصدور قبول منهم لعدم انحصارهم؟ و هل يتصور منهم الرفض كذلك؟

و لم يبين القانون ما المقصود تحديدا بالقبول، و قد خلصنا إلى أن القبول باعتباره صادرا عن السلطة المكلفة بالوقف العام، فإنه يستلزم ردها للوقف اعتبار الوقف منتهيا حسب المادة 46 من قانون الأوقاف.

كما يجب التنكير بأن نص المادة 13 بعد تعديلها قصرت الوقف على الموقوف عليه، متمثلا شخصا معنويا حيث تنص على أن : « الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية »، فلم تشترط المادة 13 قبل و بعد تعديلها شرط قبول الشخص المعنوي للوقف باعتباره موقوفا عليه لا لصحة الوقف عليه، ولا لاستحقاقه، و لكن بالرجوع للقواعد العامة

خاصة المادة 50 القانون المدني، فإن مسألة قبول الأوقاف أو رفضها يعود لممثل الشخص المعنوي، و التساؤل الذي نطرحه ، ما هو حكم رفض الوقف من الشخص المعنوي؟

تحتاج المادة 13 المعدلة لكثير من التوضيح، فما هو المقصود من الشخص المعنوي ؟ و هل الوقف على الشخص المعنوي هو وقف عام أم خاص؟

حددت المادة 49 من القانون المدني الأشخاص المعنوية بنصها [25]: «الأشخاص الاعتبارية هي:

- الدولة،الولاية البلدية،

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

- الشركات المدنية و التجارية،

- الجمعيات و المؤسسات،

- الوقف،

- كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية »

و عليه طبقا لنص المادة 49 من القانون المدني و المادة 13 من قانون الأوقاف ، فإن الموقوف عندما يكون شخصا معنويا فهو لا يخرج عن أحد فرضين ، فإما أن يكون الوقف على أحد الأشخاص المعنوية الواردة في المادة 49 من القانون المدني و هم الدولة، البلدية، الولاية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري مثل المستشفيات و الجامعات ،الشركات المدنية و التجارية ،الجمعيات و المؤسسات،الوقف، أوكل مجموعة من الأشخاص أوالأموال يمنحها القانون شخصية قانونية. فهل الوقف على هذه المجموعات يعد وقفا عاما أو وقفا خاصا ؟

يتعين للإجابة عن هذا التساؤل ضبط تعريف الوقف العام و الوقف الخاص.

الوقف العام حسب قانون الأوقاف المادة 6 منه هو :«ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، و يخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات، و هو قسمان : قسم يحدد فيه مصرف معين لريعه، فلا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير إلا إذا استنفذ، و قسم لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف، فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة، و يصرف ريعه في نشر العلم و تشجيع البحث فيه و في سبل الخيرات».

و حددت المادة 6 فقرة 2 الوقف الخاص بأنه :« و هو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور و الإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم»

و الاستشكال السابق يوجب وضع تعريف لكل شخص معنوي وارد في المادة 49 لنحدد هل يعد شخصا معنوياً عاماً أو خاصاً؟

عرفت الولاية في المادة 1 من قانون الولاية رقم 07-12 المؤرخ في 21-02-2012 [95] على أنها: « جماعة عمومية إقليمية، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ، وتشكل مقاطعة إدارية للدولة ، وتنشأ بقانون » ، وذكر في المادة اللاحقة طرق انقضاء الولاية، فهي تنهي إما بضمها أو إلغاءها ، وعرف قانون البلدية رقم 10-11 المؤرخ في 22-06-2011 [96] البلدية في المادة 1 على أنها: « الجماعة الإقليمية الأساسية وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتحديث بموجب قانون »، و تنقضي بنفس طرق انقضاء الولاية، كما عرف القانون المدني الشركات في المادة 416 بأنها: « عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، يهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة » و عالج القانون التجاري الشركات التجارية من المواد 544 إلى 840 .

و نصت المادة 417 على منح الشخصية المعنوية للشركة بنصها: «تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً معنوياً» .

وقانون الجمعيات(القانون رقم:06-12 المؤرخ في 12 يناير سنة 2012 المتضمن قانون الجمعيات، الصادر بالجريدة الرسمية العدد: 02، بتاريخ 15 يناير سنة 2012) نصت المادة 16 منه على أنه: « تكتسب الجمعية الشخصية المعنوية والأهلية المدنية بمجرد تأسيسها طبقاً للمادة 07 من هذا القانون».

وقانون الأوقاف بالنسبة للوقف، نصت المادة 05 على: «... ويتمتع الوقف بالشخصية المعنوية» .

و عليه إجمالاً يمكن أن نعتبر أن الأشخاص المعنوية الواردة في المادة 49 من القانون المدني يعد الوقف عليها من باب الوقف العام المحدد الجهة، باستثناء شركات الأشخاص التي أعتقد أنه في الحالة الوقف عليها، فإن الوقف يعد وقفاً خاصاً لا وقفاً عاماً خاصة إذا كانت للعائلة نفسها.

كما يطلب التساؤل عن الأثر التي ترتبه المادة 13 بعد تعديلها، حيث حصرت الموقوف عليهم في الأشخاص المعنوية و هو وقف عام محدد الجهة، نتساءل عن حكم الوقف على الفقراء و المساكين و

اليتامى و طلاب العلم و المرضى و المعاقين باعتبارهم ليسوا أشخاص معنوية و واقع الحال يفيد أنهم الفئة التي يوقف عليها عادة؟ هل أصبح المشرع عليهم الشخصية المعنوية؟

اعتبار الموقوف عليه شخصا معنويا حسب المادة 13 من قانون 02-10 يستلزم أن الموقوف عليه في الوقف العام و الذي نعني به حسب المادة 6 منه هو ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائهم نحو الفقراء و المساكين و طلبة العلم، و قسم لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف؛ فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة و يصرف ريعه في نشر العلم و تشجيع البحث فيه و في سبل الخيرات، و تطبيقا للفقرة الأخيرة من المادة 49 من القانون المدني يكون الموقوف عليه الوارد في المادة 6 سواء كان محدد الجهة أو غير محدد الجهة شخصا معنويا؛ و يفيد هذا أيضا أن المشرع أضاف شخصا معنويا جديدا للأشخاص المعنوية الواردة في المادة 49 من القانون المدني، و يصنف الموقوف عليه في هذه الحالة ضمن مجموعة الأشخاص ذات الشخصية المعنوية خلافا للوقف الذي يصنف ضمن مجموعة الأموال ذات الشخصية المعنوية.

غير أنه بالرجوع لقانون الأوقاف و لأحكام الشريعة الإسلامية نلاحظ أنه لصحة الوقف يشترط في الجهة الموقوف عليها جملة من الشروط هي:

- 1- أن يمثل الموقوف عليه جهة بر و قرابة.
- 2- أن تكون الجهة الموقوف عليها مستمرة غير منقطعة و هو ما يستشف من الطابع التأييدي للوقف الوارد في نص المادة 3 من القانون 91-10.
- 3- أن يكون الوقف على جهة يصح التملك لها، معلومة شخصا طبيعيا أو معنويا.

كما تشير كذلك المادة 46 من قانون الأوقاف كثيرا من الغموض بنصها: « السلطة المكلفة بالأوقاف هي الجهة المؤهلة لقبول الأوقاف... »، و لم يحدد القانون بدقة فيمن تتمثل السلطة المكلفة بالأوقاف؟ فهل تتمثل في الوزير المكلف بالشؤون الدينية و الأوقاف؟ هل هي مديرية الأوقاف؟ هل هي لجنة الأوقاف؟ هل هي وكيل الأوقاف؟ هل ناظر الوقف؟

ما المقصود بالقبول؟ ثم إنه إذا اعتبرنا أن الموقوف عليه شخصا معنويا حسب المادة 13 من القانون 02-10 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف، هذا يستلزم أن للموقوف عليه نائب يعبر عن إرادته حسب مقتضيات المادة 50 من القانون المدني، و يمكن أن نتصور أن قبول الوقف عليها أو رفضه يصدر من ممثلها القانوني مع التأكيد على أنه في حالة رفض الوقف من ممثلها القانوني فإن الوقف لا

ينقضي تطبيقاً لنص المادة 6 من القانون 10-91 بل يعد الوقف في هذه الحالة من نوع الوقف غير المحدد الجهة، و يصرف ريعه في سبل الخيرات.

2.1 . الشروط الشكلية لنشوء الشخصية المعنوية للوقف.

لا يصح الوقف كتصرف قانوني إلا إذا نشأ مستوفياً لأركانه المحددة في المادة 9 من قانون الأوقاف 10-91 من واقف و موقوف عليه و محل للوقف و الصيغة الدالة عليه ، و قد سبق لنا تناول هذه الأركان في الفصل الأول من هذا الباب ، و بالتدقيق في هذه الأركان نصل إلى نتيجة مفادها أن المشرع لم ينص على الشكلية كركن لا يتم الوقف إلا باستيفائه ، غير أنه بالرجوع للقواعد العامة نلاحظ أن المشرع نص على الشكلية في قانون التوثيق 70-91 و كذا كل القوانين الصادرة بعده، إذ جعل من هذه الرسمية ركناً للانعقاد و بانعدامها تنعدم التصرفات. الواردة على عقار. و قد تدخل المشرع في الوقف كتصرف قانوني من جانب واحد، و أوجب تحريره في محرر رسمي مستوفي لكل الشروط المتطلبية قانوناً، حتى يؤدي الوظيفة المناطة به من نقل الملكية بعد اجراءات الشهر العقاري أياً كانت الجهة المحررة له طبقاً للمادة 41 من قانون الأوقاف 10-91 ، و من ثم فدراستنا لهذا الفصل تتمحور حول مسألتين أساسيتين تتعلق بتحرير العقد التأسيسي للوقف في سند رسمي ، و كذا شهر العقد التأسيسي للوقف الذي سنتناوله في مبحثين:

- المبحث الأول: تحرير العقد التأسيسي للوقف في سند رسمي.

- المبحث الثاني: شهر العقد التأسيسي للوقف.

1.2.1. تحرير العقد التأسيسي للوقف في سند رسمي

طبقاً لنص المادة 41 من القانون رقم 10-91، فإنه يجب أن يحرر العقد المؤسسي للوقف في سند رسمي، و أن يكون السند المؤسسي للوقف مستوفٍ لكل الشروط القانونية التي يجتوبها ليكون السند الرسمي المؤسسي للوقف صحيحاً، و لا يكفي أن تتوفر في السند الرسمي الشروط القانونية اللازمة للاعتداد به، بل يجب أن يصدر من الشخص المؤهل قانوناً لتحريره طبقاً للمادة 41 السابقة الذكر و المادة 324 من القانون المدني، و على ضوء ذلك سنتناول في المطلب الأول وجوب إعداد السند الرسمي المؤسسي للوقف في سند رسمي، و يجب أن يحرر السند الرسمي المؤسسي للوقف من قبل ضابط عمومي طبقاً للمادة 41 السابقة الذكر، كما يمكن إثبات الوقف طبقاً لنص المادة 8 من القانون 10-91 عن طريق تحرير الشهادة المثبتة للملك الوقفي من قبل المدير الولائي للشؤون الدينية و الأوقاف ، و تعد هذه الأخيرة مؤسسة أيضاً للشخصية المعنوية للوقف ، طبقاً لما سبق ذكره

سنتناول في المطلب الأول إعداد العقد التأسيسي في سند رسمي ، و نتناول في المطلب الثاني إعداد السند التأسيسي للوقف من موظف أو ضابط عمومي.

1.1.2.1 . إعداد العقد التأسيسي للوقف في سند رسمي

طبقا لنص المادة 41 من القانون رقم 91-10 فإنه يجب أن يحرر العقد المؤسسي للوقف في سند رسمي، و أن يكون السند المؤسسي للوقف مستوف لكل الشروط القانونية التي يجتوبها ليكون السند الرسمي المؤسسي للوقف صحيحا ، و على ضوء ذلك سنتناول في الفرع الأول وجوب تحرير السند الرسمي المؤسسي للوقف في سند رسمي، و يجب أن يستوفي السند الرسمي المؤسسي للوقف الشروط القانونية اللازمة للاعتداد به و هو ما نتناوله في الفرع الثاني.

1.1.1.2.1 . وجوب تحرير العقد التأسيسي للوقف في سند رسمي

السندات الرسمية هي الأوراق التي يقوم موظف عام أو ضابط عمومي مختص أو شخص مكلف بخدمة عامة بتحريرها ،وفقا للأحكام القانونية المعمول بها ،وقد عرّفها المشرع في نص المادة 324 من القانون المدني بأنها : « العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه» ، و حررت في ظل الأمر 75-58 كما يلي: «الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه»، نلاحظ أن المشرع استبدل مصطلح الورقة الرسمية بمصطلح العقد ، و لفظ عقد باللغة العربية يقابله لفظ acte باللغة الفرنسية و التي تعني ورقة أو سند، و مصطلح العقد باللغة العربية و في اصطلاح العلوم القانونية يفيد التصرف القانوني الصادر عن الموجب و القابل و الذي يقابله التصرف بالإرادة المنفردة ، كما يفيد أداة إثبات هذا التصرف أي المحرر أو السند أو الورقة و هو المعنى الذي يقصده المشرع من لفظ العقد الوارد في المادة 324 المعدلة و الأفضل لو أبقى المشرع مصطلح الورقة الرسمية بدل مصطلح العقد [37] ص 107،[62]ص84-86.

و قد أوجبت المادة 41 من قانون الأوقاف رقم 91-10 وجوب تحرير الوقف من قبل موثق حتى يعتد به كتصرف قانوني و يرتب آثاره القانونية : «يجب على الواقف أن يقيد وقفه بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك و إحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف» [13]

و يعد الموثق طبقاً لنص المادة 3 من القانون 02-06 المؤرخ في 20-02-2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق: ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط القانون فيها الصيغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصيغة [96].

غير أن السؤال الذي يفرض نفسه هو: هل يمكن للوقف أن ينشأ بمجرد استكماله للأركان المنصوص عليها في المادة 9 من القانون 91-10 من واقف و موقوف عليه و محل للوقف و صيغة منشئة له؟ أم أن الرسمية المنصوص عليها في المادة 41 من القانون نفسه تعد ركناً لا ينعقد الوقف إلا باستيفائها؟

لم يشترط المشرع الرسمية في العقود الناقلة للملكية قبل صدور الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15-12-1970 أي قبل صدور قانون التوثيق [86] ، [87] ص 13، غير أن عقود الوقف في تلك الحقبة كانت تحرر من قبل القاضي الشرعي و أمام المحاكم الشرعية، و هذا يدل على الطابع الرسمي الذي كان تكتسيه عقود الوقف، ومع ذلك يجب بأن ننوه أن الصيغة الرسمية في عقود الوقف لم تكن إلزامية فيعد عقد الوقف صحيحاً سواءً كان محرراً في شكل رسمي أو عرفي [48] ص 84-86 [88] ص 11-28.

لكن بعد صدور الأمر 70-91 المؤرخ في 15-12-1970 المتضمن قانون التوثيق

[97]، [98] ص 13، أصبحت الرسمية في التعاقد الوارد على العقار واجبة ، ولم يعد للعقد العرفي أية حجية، حيث أوجب الأمر السابق الذكر ضرورة إفراغ جميع التصرفات الواردة على العقار في قالب الرسمي تحت طائلة البطلان، فقد نصّت المادة 12 منه: « زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي، فإنّ العقود التي تتضمن نقل عقارات أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو عقود إيجار زراعية أو تجارية.... يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في الشكل الرسمي مع دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد» ، فهذه المادة أضفت حماية خاصة على كل التصرفات الواردة على العقار، فلا يكفي توافر الرضا و المحل و السبب و أهلية إبرام العقود ، بل لابد من الرسمية التي هي ركن للانعقاد و لصحة العقد، كما أن المشرع استعمل لفظ الوجوب و رتب على مخالفة النص البطلان مما يوحي مباشرة على الطابع الأمر للرسمية، و حتى يرتب العقد أثره العيني يجب استكمال اجراءات نقل الملكية من تسجيل و شهر و هو ما تم التأكيد بموجب نص المادة 793 من القانون المدني التي توجب احترام الشكلية، لاسيما الاجراءات المتعلقة بالشهر العقاري.

و قد تأكد هذا النص بعد صدور الأمر 74-75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، و المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المؤرخ في 25-03-1976 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري حيث نص في المادة 16 منه : « بأنه يقدم على الشكل الرسمي كلعقد يكون موضوع إشهار».

و أمام عدم تخصيص نص خاص لإبرام العقود الواردة على العقارات في الشكل الرسمي في القانون المدني؛ فإن ذلك قد شكّل أحد الأسباب التي أدت إلى تناقض قرارات الجهات القضائية بخصوص هذه المسألة و سرعان ما أدرك المشرع هذا الفراغ القانوني فأدرج المادة 12 السالفة الذكر بكاملها في المادة 324 مكرر 1 من القانون 14-88 المؤرخ في 3-5-1988 المعدل و المتمم للقانون المدني: « زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي » [25]

أكدت المادة 324 مكرر 1 صراحة على الرسمية كركن للانعقاد في كل عقد من شأنه نقل أو تعديل أو إنشاء أو إنهاء حق عيني عقاري ، وذلك عن طريق إثبات هذه التصرفات في محرر يعده موظف عام، أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة، ورتبت البطلان المطلق كجزاء على تخلفها و باعتبار أن الوقف من التصرفات التي تحبس المال عن التملك طبقاً لنص المادة 213 من قانون الأسرة رقم 11-84 حيث يعتبر الوقف غير مملوك لأحد بما فيه الواقف : « الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصديق » [29].

و باعتبار أن أكثر الأوقاف محلها عقار ، فإنها لا تخرج عن القاعدة العامة المنصوص عليها في كل من الأمر رقم 91-70 المتعلق بالتوثيق و الأمر رقم 74-75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المتعلق بالسجل العقاري ، فالوقف إذن يجب إعداده في شكل رسمي من قبل موظف عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، إذا كان محله عقاراً حتى ينشأ الوقف، و هو ما تم تأكيده من خلال النصوص التنظيمية المنظمة للوقف فمن خلال المذكرة رقم 35 الصادرة بتاريخ 23-10-1994 المتضمنة كيفية البحث عن الأملاك الوقفية ، و المنشور رقم 56 المتضمن توسيع الاهتمام بالأملاك الوقفية المنقولة منها و العقارية الصادرة في 5 أوت 1996 و المذكرة رقم 97-01 المؤرخة في 5-1-1997 المتضمنة توجيهات تنظيمية لإدارة الأوقاف ، نستنتج أن الملك الوقفي يتم البحث عنه و إثباته من خلال :

- عقد الحبس الصادر عن المحاكم أو مكاتب التوثيق.

- قرار استرجاع الأراضي بالنسبة للأراضي محل التأمين.

-العقود الصادرة عن أملاك الدولة المثبتة لأصل الملكية.

-أية وثيقة رسمية صادرة عن هيئة عمومية يثبت ملكية الوقف.

نستنتج على ضوء ذلك أن الوقف قبل القانون 91-10 يتم إعداده في شكل رسمي و هو موافق تماما للأحكام الواردة في قانون التوثيق 70-91 و في الأمر 75-74 و هو ما تم تأكيده من خلال القانون رقم 91-10 من خلال المواد 4 و المادة 5 ، و قد أكدت المادة 17 من القانون نفسه على أن الوقف من التصرفات الناقلة للملكية : «إذا صح الوقف زال حق الملكية...» و بالتالي فإنه يجب تحريره في الشكل الرسمي كخطوة أولى و هو ما أكد عليه نص المادة 41 من القانون 91-10 السابق الذكر، غير أن التسليم بالرسمية كركن لا ينعقد التصرف الوقفي إلا باستيفائها يدفعنا إلى التساؤل عن القيمة القانونية لنص المادة 35 من القانون نفسه و التي نصها:

«يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية و القانونية مع مراعاة المادتين 29 و 30 من هذا القانون»، و بتحليل هذه المادة نستنتج أن الرسمية المذكورة في نص المادة 41 هي للإثبات و ليس لانعقاد الوقف، و ما يدفعنا إلى تأكيد هذه النتيجة هو أن المشرع لم يرتب جزاء على عدم تحرير عقد الوقف في الشكل الرسمي مما يؤكد على أن الرسمية هي للإثبات و ليس للإنعقاد.

كما أن المشرع نص على أن الوقف يثبت بالطرق الشرعية ثم القانونية و هو في اعتقادي هو ترتيب مقصود يحاول المشرع من خلاله استبعاد النصوص العامة التي تلزم تحرير التصرفات الناقلة للملكية العقارية في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان، و على هذا الأساس يعتد المشرع كثيرا بشهادة الشهود لإثبات ملك ما أنه وقف، و قد فسر القاضي حمدي باشا المادة 35 بالمقصود منها، فذكر أنه يراد بها العقود التي حررت قبل صدور قانون التوثيق، حيث كان المشرع يعتمد على مبدأ الرضائية في العقود، و لا يمكن أن يعتد بالوقف غير المحرر في الشكل الرسمي إذا كان صادرا بعد صدور قانون التوثيق [62] ص 85، غير أن هذا الحكم مخالف لنص المادة 35 من القانون 91-10 وبالتالي لا تقع لأنه لا اجتهاد في مورد النص أومع وجود نص مخالف صريح.

و إذا اعتبرنا أن الوقف لا ينعقد إلا إذا تم إعداده في شكل رسمي تطبيقاً للنصوص القانونية التي تؤكد على الرسمية ، نلاحظ أنه صدر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا قرار مخالف لهذه النصوص في القرار رقم 234655 المؤرخ في 16-11-1999 ورد فيه نص:

« من المستقر عليه أن عقد الحبس لا يخضع للرسمية لأنه من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها شرعاً.

و متى تبين - في قضية الحال- أن عقد الحبس العرفي أقامه المحبس سنة 1973 طبقاً للمذهب الحنفي، فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحبس المذكور على اعتبار أنه لم يفرغ في الشكل الرسمي فإنهم أخطأوا في قضائهم و عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني» [98] ص 314.

و يعد هذا القرار مخالفاً و مناقضاً لأحكام قانون التوثيق المقررة بموجب المادة 12 منه و هو قرار موافق لنص المادة 35 من قانون الأوقاف ،التي تنص على أن الوقف يثبت بكل طرق الإثبات، و بالتالي فالرسمية لا تعد ركناً في الوقف ، كما قد يكون هذا القرار موافقاً لرأي بعض قضاة المحكمة العليا قبل اجتماع الغرف ؛حيث كانت المحكمة العليا تعطي في ظل الاجتهاد القضائي القديم للعقود العرفية حجية كاملة في عملية نقل الملكية، مؤيدة اتجاه المحاكم التي تقضي بصحة هذه العقود و إلزام البائع بالتوجه أمام الموثق لإتمام اجراءات البيع النهائي مع المشتري، و في حالة الامتناع قام الحكم مقام العقد، فالرسمية لم تكن تعتبر ركناً للانعقاد بل هي شرط للإثبات.

في ختام هذا الفرع نستنتج أن القاعدة العامة في تأسيس الوقف تتعلق بوجوب تحرير العقد المنشئ للوقف من قبل موثق باعتباره مكلفاً بإعداد هذه العقود طبقاً لنص المادة 41 ، غير أن القانون رقم 91-10 في المادة 8 منه سمح بإثبات الملك الوقفي بواسطة شهادة شهود و حدد الجهة المختصة بإصدارها وفقاً للمرسوم التنفيذي رقم 2000-336 ، و على ضوء ذلك، نستنتج أن الملك الوقفي يثبت كذلك من خلال محرر رسمي يتولى إعداده المدير الولائي للأوقاف تطبيقاً لنص المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في 26-10-2000 و المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و شروط و كفاءات إصدارها و تسليمها [99] ، و يعد المدير الولائي للشؤون الدينية و الأوقاف موظفاً تربطه بالوزارة الوصية علاقة تنظيمية [100].

2.1.1.2.1 . الشروط الواجب توفرها في السند الرسمي المؤسس للوقف

يتضح من المادة 324 من القانون المدني و من الأحكام المبينة في القانون 06-02 المتضمن مهنة التوثيق، أنه ينبغي لصحة المحرر الرسمي المؤسسي للوقف توفر جملة من الشروط: أولا- صدور السند المثبت لوقف من قبل ضابط عمومي أو موظف مختص، و يتعلق الأمر بالموثق وفقا للقانون 91-10، و بالمدير الولائي للشؤون الدينية و الأوقاف وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 2000-336، و هو ما سندرسه بشيء من التفصيل في المطلب الثاني من هذا المبحث.

ثانيا- صدور السند الرسمي من موظف أو ضابط عمومي مختص، ونعني بالاختصاص سلطة أو ولاية الموظف أو الضابط العمومي و أهليته في تحرير السند الرسمي، و التي يجب أن تكون محققة و قائمة وقت تحرير السند ، و يتم الاستدلال على أهلية الموظف أو الضابط العمومي في تحرير السند الرسمي بالرجوع للنصوص القانونية الخاصة بالوقف التي تنص على صلاحية الضابط العمومي أو الموظف بتحرير السند الرسمي، و نعني بذلك المادتين 8 و 41 من القانون 91-10، كما يستدل على صلاحية الضابط العمومي لتحرير السندات الرسمية بالرجوع للقواعد القانونية المنظمة لمهنة الموثق كأصل عام ، فلو قام الموثق قبل أداء اليمين المقررة قانونا، أو بعد توقيفه أو عزله عن العمل ، بتحرير سند رسمي فإنه يكون باطلا و هو ما أشارت إليه المادة 8 من القانون 06-02 السابق الذكر [92] المادة 10.

و القاعدة العامة أن الموظف العام أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة العامة يكون أهلا لتحرير جميع العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية، و التي تدخل ضمن اختصاصهم، و الموثق لم يحدد له القانون 06-02 اختصاصا محليا و إنما يمتد اختصاصه إلى كامل التراب الوطني حسب المادة 2 منه، و ينصرف الاختصاص الوطني للموثق في صلاحيته لتلقي العقود المختلفة مهما كان موطن أو محل إقامة الأطراف أو مكان وجود الأموال سواء أكانت منقولة أو عقارية [100] المادة 3، لكن هناك حالات من المنع التي يحددها القانون، تمنع الموظف أو الضابط العمومي عن ممارسة المهام و يتركها لغيره؛ فالموثق لا يجوز له أن يتلقى بعض العقود بالرغم من أنها تدخل ضمن اختصاصه و هو ما نصت عليه المادة 19 من القانون 06-02 من قانون التوثيق: « لا يجوز للموثق أن يتلقى العقد الذي:

- يكون فيه طرفا معنيا أو ممثلا أو مرخصا له بأية صفة كانت ،
- يتضمن تدابير لفائدته،

- يعني (و الأصل يعين) أو يكون فيه وكيلًا أو متصرفًا أو أية صفة أخرى كانت :

أ- أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب حتى الدرجة الرابعة،
ب- أحد أقاربه أو أصهاره تجمعه به قرابة الحواشي و يدخل في ذلك العم و ابن أخ و ابن الأخت»
و تقابلها نص المادة 16 من القانون الملغى [101]
و وفقا للمادتين 21 و 22 من القانون السابق فإن الموثق لا يمكنه تلقي العقود التي يكون عضوا في مجلسها.

أما حالات التنافي فقد وردت في الفصل الرابع المواد من 23 إلى 25، ويتحقق التنافي مع مهنة التوثيق مع العضوية في البرلمان أو رئاسة أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة أو كل وظيفة عمومية و كل مهنة حرة أو خاصة.

ثالثا- أن يراعى في تحرير السند الأوضاع التي قررها القانون :
يجب أن يراعى في تحرير السندات الرسمية الشكليات التي نص عليها القانون، و هذه الأخيرة هي التي تعكس قرينة الرسمية التي يتمتع بها المحرر، إذ تضي عليه ظاهرا يدل على صحته و يوحى بالثقة .

أما عن البيانات التي يجب أن يحترمها الموثق عند تحريره العقود الناقلة للملكية العقارية بين الأفراد، فقد فرض المشرع من خلال الفصل الخامس من القانون 06-02 المواد من 26 إلى 32 المتضمن مهنة التوثيق، أشكالاً من العقود التوثيقية و حدد مضمونها، إذ نص في المادة 26 منه : « تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد و واضح، تسهل قراءته و بدون اختصار أو بياض أو نقص، و تكتب المبالغ و السنة و الشهر و يوم التوقيع على العقد بالحروف، و تكتب التواريخ الأخرى بالأرقام و يصادق على الإحالات في الهامش أوفي أسفل الصفحات و على عدد الكلمات المشطوبة في العقد، بالتوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق و الأطراف و عند الاقتضاء الشهود و المترجم .»

و أضافت المادة 27 و 29 من القانون نفسه أن العقد يجب ألا يتضمن أي تحوير أو كتابة بين الأسطر و تعتبر الكلمات المحورة أو المكتوبة باطلا و تكون هذه الأخيرة محل تصديق في آخر العقد

كما يجب أن يتضمن العقد اسم و لقب الموثق الذي حرره و و مقر مكتبه،
اسم و لقب و صفة و موطن و تاريخ و مكان ولادة الأطراف و جنسيتهم، اسم و لقب و صفة و موطن و تاريخ و مكان ولادة الشهود عند الاقتضاء،
اسم و لقب و موطن المترجم إن اقتضى الأمر ذلك، ووكالات المتعاقدين المصادق عليها من قبل
الأطراف المعنية [102] ص 427 و التي يجب أن تلحق بالأصل،

- قراءة الموثق للنصوص الجبائية و التشريع الخاص المعمول به،

و في الأخير توقيع الأطراف و الشهود و الموثق و المترجم عند الاقتضاء.

كما يجب أن يكون المحرر الرسمي صادرا و مبرما بين طرفين يحوزان أهلية التعاقد، أي
بالغين لسن الرشد المدني وهو 19 سنة و غير محجور عليهما طبقا للمادة 40 من القانون المدني و قد
سبق لنا أن فصلنا هذه النقطة في المبحث الأول من الفصل الأول من هذا الباب.

- هذا بالإضافة إلى ذكر طبيعة و مضمون و حدود العقار تحديدا نافيا للجهالة من ناحية موقعه،
رقمه، مساحته و معالمه الحدودية تطبيقا لأحكام المادة 352 من القانون المدني.

- كذلك ذكر أسماء المالكين السابقين و عند الإمكان صفة و تاريخ التحويلات المتتالية إعمالا
بمقتضيات المادة 324 مكرر 4 من القانون المدني والمواد من 61 إلى 71 من المرسوم 63-76
المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

و لم يكتف المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 بالنص على البيانات و الشكليات المحددة في
القواعد العامة، بل أصدر نموذجا لتدوين الشهادة المثبتة للملك الوقفي، و بالرجوع لهذا النموذج نلاحظ
أنه أكد على نفس البيانات السابقة الذكر خاصة فيما يتعلق بالمعلومات الخاصة بالشهود مع توقيعاتهم
، و التصديق على الإشهاد من قبل المصلحة المختصة بالبلدية أو أي سلطة مؤهلة قانونا ، و في الأخير
رقم تسجيلها في السجل الخاص ب مديرية الشؤون الدينية و الأوقاف المختصة إقليميا [103] ص
226، [62] ص 87 ، [37] ص 109.

و الوقف باعتباره من العقود الاحتفائية، بالإضافة إلى وجوب تحريرها تحت طائلة البطلان في
الشكل الرسمي طبقا لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني ، يشترط فيها شهود العدل لينعقد
العقد ، حيث ورد في المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني التي نصا على أنه يتلقى الضابط
العمومي تحت طائلة البطلان العقود الرسمية، و يقصد بها العقود الاحتفائية حسب النص الفرنسي،»

«les actes solennels»، بحضور شاهدي عقد، و بالتالي فتحريير الوقف من دون احترام الشكليات المقررة في المادة 324 مكرر3 مدني و المادة 19 و 20 يبطل العقد الرسمي.و يسمى شهود العدل بشهود الانعقاد بخلاف شهود الإثبات الذين يجوز أن يكونوا من أقارب و أصهار طرفي العقد من غير أقارب و أصهار الموثق طبقا للمادة 20 ، و حسب الفقرة 1 من المادة السابقة الذكر فإن شهود العقد الرسمي ثلاثة أنواع:

أولا- شهود التعريف و يسمون أيضا شهود التأكيد، و هم الشهود الذين يضمنون هوية المتعاقدين، طبقا لنص المادة 324 مكرر2 فقرة3 من القانون المدني، لذلك يجوز للموثق تحرير العقد الرسمي بدون حضور شهود الإثبات إلا إذا كان مجهل هوية المتعاقدين.

ثانيا- شهود العدل و يسمون أيضا شهود العقد و هم الشهود الذين يساهمون في انشاء العقد وتكوينه وشهادتهم واجبة في العقود الإحتفالية كالوقف تطبيقا لنص المادة 324 مكرر3 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 بموجب المادة 45 التي تنص: « يتلقى الكاتب العمومي تحت طائلة البطلان العقود الإحتفائية بحضور الشاهدين».

ثالثا- شهود التشريف و يحضرون على سبيل التشريف.

، و يشترط فيهم الأهلية و لا صالح لهما في الوقف [25] المادة 324 مكرر 3، و لا تربطهما بالموثق أو المتعاقدين صلة القرابة أو المصاهرة، و تتجلى الحكمة من فرضية احتمال قيام مصلحة لهما في الوقف أو تواطؤ، و من ثمّ فإن الوقف المحرر بحضور شاهدين من أقرباء أو أصهار المعنيين بالوقف تكون باطلة طبقا للمادة 20 فقرة 2 من قانون 02-06 المتضمن مهنة التوثيق، التي تنص على أنه يستطيع أقارب وأصهار المتعاقدين أن يكونوا شهود إثبات و لا يمكن لهم أن يكونوا شهود عقد، أي شهود عدل طبقا للمادة 20 فقرة 1 من القانون نفسه.

و في الأخير نقول أنه يترتب على مخالفة الأوضاع أو اختلال شرط من الشروط السالفة بطلان السند الرسمي وفقد قرينة الرسمية التي يتمتع بها، وبالتالي فقدان حجبه كسند رسمي ولو كان التصرف القانوني موضوع السند في حد ذاته صحيحا [104] ص 42..

حيث يتمتع السند الرسمي بافتراض يفيد صحته قانونا ،كلما كان مظهره الخارجي يوحي بذلك، وهذه القاعدة مكرسة بنص المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني والتي تنص على أنه : « يعتبر

ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني» نقلت حرفيا من المادة 14 من الأمر 70-91 [97].

تنص المادة 324 مكرر6فقرة 1: «يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن.

غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل، يوقف تنفيذ العقد محل الاحتجاج بتوجيه الاتهام، وعند رفع دعوى فرعية بالتزوير يمكن للمحاكم حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتا».

وفي المادة 324 مكرر7: «يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة، شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء.

ولا يمكن استعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء سوى كبدائية للثبوت.»

يستفاد من نص المادتين أن السند الرسمي حجة على الأطراف وورثتهم وخلفهم، ويشمل الخلف العام والخلف الخاص، وهذه الحجية مستمدة من قرينة الرسمية التي توحى بالثقة والإلتزام متى كان السند في مظهره يوحي بصحته وسلامته إلى أن يثبت تزويره أو يثبت ما يخالفه.

فالخصم الذي يتمسك بسند رسمي لا يلزم بإثبات صحته طالما كان مظهره سليما. ويحمل الختم الرسمي للدولة وتوقيع الضابط العمومي الذي حرره. أما إذا ظهر على شكلها أنها مشوبة بعيب ظاهر للعيان؛ كأن تكون مشتملة على حشو أو محو أو تشطيب؛ فإن من حق المحكمة وبدون أن يطعن فيها بالتزوير مسبقا أن تستبعدا من النزاع إذا تراءى للقاضي أن الفصل في الدعوى لا يتوقف على المستند المدعى بتزويره [102] ص 118، [105] ص 57-63.

إن البيانات الواردة في السند الرسمي ليست على مستوى واحد من القوة، حيث توجد بيانات تتمتع بالحجية الكاملة إلا أن يطعن فيها بالتزوير، وبيانات قابلة لإثبات عكسها، وفيما يلي ندرج أمثلة على أنواع البيانات التي يتضمنها السند الرسمي:

1- بيانات ذات حجية مطلقة ما لم يطعن فيها بالتزوير:

وتشمل كل البيانات التي تلقاها و دونها الموثق من ذوي الشأن من واقف و موقوف عليه و شهود الانعقاد في المحرر الرسمي، كحضور الواقف ممثل الموقوف عليهم باعتباره شخصا معنويا، والشهود والتأكد من هويتهم و أهليتهم إما بوثائق رسمية أو بشهادة شاهدين تحت مسؤوليتهم.

- تدوين مضمون تصريح الواقف أمامه بالإيجاب ، و ذكر القبول من الموقوف عليهم إذا كان له من يمثله حسب المادة 50 من القانون المدني ، والشروط الخاصة بالواقف، كتحديد كيفية صرف الغلة أو كيفية استثمار المال الموقوف من قبله و المعبر عنها بشرط الواقف، والعلم بها من قبل الموقوف عليهم.

- تاريخ السند والتوقيع عليه من قبل الواقف والشهود بحضور الموثق.

- الإشارة إلى تلاوة السند على الأطراف.

- ذكر اسم ولقب وصفة ومحل الإقامة المهنية للموثق.

2- بيانات لها حجية نسبية لقابلية إثبات عكسها:

وتتمثل في كل ما أثبتته الموثق في السند الرسمي عن طريق التصريحات التي تلقاها من الواقف أو الموقوف عليهم أو من الشهود ، فتكون له حجية نسبية لا تصل إلى حد الطعن فيه بالتزوير، وإنما يجوز إثبات عكسها بوسائل الإثبات المقررة قانونا لأن الموثق اقتصر دوره على تلقي تصريحات الواقف والشهود و بالتالي يكون مسئولاً فقط من حيث مطابقة التصريحات لما دون بالسند الرسمي، ومن أمثلة هذه البيانات:

- تصريح الواقف بأن المال الموقوف خال من كل قيد أودين أو تبعية.

- تصريح الواقف أو الشهود بأنهم كامل الأهلية، غير محجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية، و أنهم غير مصابين بمانع من موانع الأهلية كأن يحكم بعقوبة جنائية بسبب إفلاسهم مثلا.

- تصريح الواقف و الشهود بمهنتهم، ومحل إقامتهم(ذكر مهنة الأطراف والشهود وذكر أن الحلة المدنية للشخص كذكر أن المرأة متزوجة أو عازبة أو مطلقة في غير عقود الزواج وعقود الأحوال الشخصية، فإن هذا النوع من البيانات تكون له حجية حتى يثبت العكس إذا كانت متعلقة مباشرة

بموضوع العقد. و هي لا تشكل عنصر أساسيا في العقد و يتضمنها العقد الرسمي على سبيل الإشارة حسب المادة 324 مكرر 7 من القانون المدني).

- تعيين المال الموقوف وأصل الملكية، الذي يستنسخ من سندات أصل الملكية السابقة

- تعيين الموقوف عليهم في عقد الوقف الذين يدونهم الموثق بناء على تصريح الواقف وشهادة الشاهدين [102] ص 118.

و تعد البيانات الواردة في السند الرسمي المثبت للتصرف الوقفي السابقة الذكر حسب المادة 324 مكرر 5 من القانون ذات حجة على الكافة، سواء الواقف أو خلفه أو الموقوف عليهم أو الغير لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير، أما إذا ادعى الغير أن التصرف المدون في الورقة الرسمية ليس وفقا بل هو وصية فإن بإمكانه أن يثبت ذلك بالوسائل المختلفة.

في الختام نؤكد على أنه إذا ما توفرت في المحرر الرسمي الشروط المستوجبة في العقد المؤسسي للوقف وفقا للقانون 91-10 و القانون 06-02 المنظم لمهنة التوثيق و وفقا للقانون المدني؛ فإنه يعتبر العقد المؤسسي للوقف صحيحا و منتجا لكافة آثاره، وإذا ما وقع إخلال بأحد هذه الشروط؛ فإن المحرر يصبح باطلا، إلا أنه ينبغي التمييز في هذا المقام فيما إذا كان المشرع يستوجب هذه الرسمية لمجرد الإثبات أم يجعلها ركنا في العقد. و باعتبار الرسمية ركنا في الوقف باعتباره تصرفا ناقلا للملكية حسب المادة 17 من القانون 91-10، فإن تخلف أحد الشروط المستوجبة قانونا، في تحرير المحرر الرسمي تجعله في حكم العدم و ينصرف هذا الأثر كذلك إلى التصرف في حد ذاته الذي يعتبر كأن لم يكن، فلا يرتب عليه أي أثر بخصوص نقل الحقوق العينية العقارية .

و إذا توفرت في المحرر الرسمي المثبت للوقف الشروط و البيانات السالفة الذكر، اكتسب صفة الرسمية، وأصبحت له ذاتية في الإثبات، بحيث لا يمكن الادعاء بخلاف ما ورد في السند الرسمي، إلا عن طريق الطعن فيه بالتزوير، فالمحرر الرسمي يتضمن قرينة السلامة المادية في مظهره و بصوره من الأشخاص الذين وقعوا عليه و خولهم القانون ولاية إعداده من موظف يتمثل في المدير الولائي للشؤون الدينية و الأوقاف أو ضابط عمومي [106] ص 1285.

حيث نصت المادة 324 مكرر 6 فقرة 1 من القانون المدني « يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة، وورثتهم و ذوي الشأن». و المادة 324 مكرر 5 « يعتبر ما

ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، و يعتبر نافذا في كامل التراب الوطني «. و لا يمكن نفي هذه الحجية إلا بطريق الطعن بالتزوير وهو ما نصت عليه المادة 324 مكرر 6 فقرة 2 « غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل يوقف تنفيذ العقد محل الاحتجاج بتوجيه الاتهام وعند رفع دعوى فرعية بالتزوير، و يمكن للمحاكم حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتا» . إذ الحجية التي يضيفها القانون على المحرر الرسمي بالنسبة للأطراف المتعاقدة هي نفس الحجية التي يتعلق بها اتجاه الغير، بمعنى أنّ كل شخص يمكن أن يسري في حقه التصرف القانوني الذي يثبته ذلك المحرر؛ و يحتج به عليه؛ و لا يكون أمام هذا الغير الذي له مصلحة في إثبات عكس ما ورد فيها، إلا بالطعن بالتزوير وذلك بالنسبة للبيانات التي قام الموظف بتدوينها على أساس أنه عحيثها أو تحقق من صحتها بنفسه، أما مضمون البيانات الصادرة من ذوي الشأن و التي لم تكن محل معحيثة أو تحقيق من قبلالموثق، فإنه بإمكان الغير إثبات عكسها بجميع الطرق [102] ص 118.

2.1.2.1 . إعداد السند التأسيسي للوقف من قبل موظف أو ضابط عمومي

يتبين من نص المادة 41 من لقانون الأوقاف رقم 91-10 و المادة 324 من القانون المدني يتبين أن من الشروط التي يجب توفرها في السند الرسمي المؤسس للوقف ليكون صحيحا هو وجوب إعداده من قبل ضابط عمومي و هو الموثق وفقا للمادة 41 السابقة الذكر، و هو ما نتعرض إليه في الفرع الأول ، و قد يتم إعداد السند المؤسسي للوقف من قبلموظف عام و هو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها ،ويتنوع الموظفون العموميون بتنوع السندات الرسمية التي يصدرونها، و في بحثنا هذا فإن المدير الولائي للشؤون الدينية و الأوقاف خوله القانون التوقيع على الشهادة المثبتة للملك الوقفي وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد الوقفي المكتوب لإثبات الملك الوقفي، و شروط و كفيات إصدارها و تسليمها، و هو ما نتناوله في الفرع الثاني.

1.2.1.2.1 . إعداد السند التأسيسي للوقف من طرف الموثق.

يكرس الموثق الشكلية الرسمية المستوجبة قانونا في كل التصرفات الناقلة للملكية العقارية لاسيما بين الأفراد، إذ هو مكلف بإعطاء الطابع الرسمي للتصرفات القانونية الصادرة عن الأفراد، و يكون مسئولا شخصيا عنها و يمارس هذه المهام بصفة مستقلة، و في إطار مهنة حرّة هي مهنة التوثيق فبعد صدور قانون رقم 88-27 المتضمن مهنة التوثيق و الذي ألغى الأمر السابق 70-91 ، اعتمد التوثيق كمهنة حرّة وفقا لما جاء في المادة 3 الفقرة 1 منه، التي نصت على أنه:

«يسند مكتب عمومي للتوثيق إلى موثق يتولى تسييره كمهنة حرة و لحسابه الخاص و تحت مسؤوليته» [107] ص13.

و أعطت المادة 5 منه صفة الضابط العمومي للموثق، و لعل أهم المهام المناطة بهذا الأخير هي إضفاء الصبغة الرسمية على كل المحررات المتضمنة لتصرفات قانونية واردة على العقار، فيمكن تصنيفها في نوعين من العقود و هي العقود الرسمية و العقود التصريحية، و يصنف الوقف ضمن العقود الرسمية التي ألزم القانون رقم 91-10 في المادة 41 منه ضرورة إعدادها من قبل الموثق. و لتمام صحة العقد التأسيسي للوقف المعد من قبل الموثق طبقا للقانون رقم 91-10 المادة 41 منه؛ فإنه يجب أن يراعى في إعدادها الأشكال والأوضاع التي قررها القانون المدني بموجب المادة 324 منه، كما قد تم تحديد كيفية تحرير السندات الرسمية والبيانات التي يجب أن تشتمل عليها والشكليات التي يخضع لها كل عقد في نص المادة 26 إلى 29 من قانون التوثيق 06-02 و وفقا لهذه المواد و بالرجوع للنصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالوقف بدءا بالقانون رقم 91-10 المعدل و المتمم و المرسوم التنفيذي رقم 98 - 381 المؤرخ في 01 ديسمبر 1998 المتضمن تحديد شروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها و كيفية ذلك [30].

و بالاستناد إلى العقود الوقفية المحررة من قبل بعض الموثقين فإنه لصحة العقد المؤسس للوقف يجب أن يتضمن البيانات السابقة الذكر وهو ما سنتعرض له في الفرع الثاني من المطلب الأول، و فيما يلي عرض أنموذج

لعقد وقف عقار محرر من قبل موثق:

الحمد لله وحده -- لدى الأستاذ..... الموثق بمكتب التوثيق ، والموقع أسفله.

- حضر -

السيد - المولود ب..... ولاية بتاريخ سنة ألف و تسعمائة و (....) حسب شهادة ميلاد رقم : ... جزائري الجنسية مهنته الساكن الحامل لبطاقة التعريف رخصة السياقة رقم المسلمة له من دائرة ولاية بتاريخ

المحبس من جهة أولى .

و الذي صرح للموثق الموقع أسفله حال صحته و كمال أهليته طائعا مختارا أنه أوقف و أحبس

بموجب هذا العقد ملتزما بجميع الضمانات القانونية و العادية المعمول بها في مثل هذا الشأن ، و طبقا للمادة و ما يليها من مواد من قانون الأسرة و للمادة و ما يليها من مواد قانون الأوقاف على .

السيد - المولود ب..... ولاية بتاريخ سنة ألف و تسعمائة و (....) حسب شهادة ميلاد رقم : ... جزائري الجنسية مهنته الساكن الحامل لبطاقة التعريف رخصة السياقة رقم المسلمة له من دائرة ولاية بتاريخ

المحبس عليه من جهة ثانية .

الحاضر و القابل بنفسه العقار المعين فيما يلي :

التعيين :

في حالة شقة بعقار ذي ملكية مشتركة .

شقة سكنية بعقار ذي ملكية مشتركة كائنة بتراب بلدية دائرة ولاية تقع بحي بالطابق للعمارة ... حيث تحمل رقم تحتوى علي :

أولا - غرف (.....) مطبخ و حمام و مرحاض و توابع أخرى مساحة الجميع مترا مربعا ديسيمترا مربعا (..... م²) .

ثانيا - و نسبة جزء من الألف جزء (..... \1000) من الأجزاء المشتركة للعمارة التابعة لها و التي تشكل القطعة رقم (.....) حسب البيان الوصفي للإنقسام المشهور بالمحافظة العقارية ب..... بتاريخ مجلد رقم

في حالة مسكن فردي .

مسكن فردي كائن بتراب بلدية ولاية يقع بحي حيث يحمل رقم يحتوي على طابق أرضي على طابق واحد يحتوى على غرف (.....) و مطبخ و حمام و مرحاض و توابع أخرى مساحة الجميع مترا مربعا (..... م²) و الكل مقام على قطعة أرض مساحتها الإجمالية متر مربع (..... م²) .

الحدود الإجمالية لهذه الدار مبينة كما يلي

من جهة الشرق : .

من جهة الغرب : .

من جهة الشمال : .

من جهة الجنوب : .

في حالة قطعة أرض صالحة للبناء .

قطعة أرض صالحة و مخصصة للبناء كائنة بتراب بلدية ولاية يقع بحي حيث تحمل رقم من مخطط التجزئة مساحتها الإجمالية مترا مربعا (..... م²) تم إفرازها و إقتطاعها من قطعة أرض أوسع مساحتها الإجمالية متر مربع (..... م²) .

الحدود الإجمالية لهذه القطعة مبينة كما يلي

من جهة الشرق : .

من جهة الغرب : .

من جهة الشمال : .

من جهة الجنوب : .

و كما يوجد هذا العقار يمتد و يسترسل مع جميع منافعه و مرافقه من غير إستثناء أو تحفظ و هو معروفة أتم المعرفة من المحبس عليه .

أصل الملكية

في حالة الشراء من أملاك الدولة .

تملك المحبس العقار المعين أعلاه بطريق الشراء من أملاك الدولة لولاية بموجب عقد بيع إداري تلقاه السيد مدير الأملاك لولاية بتاريخ تحت رقم من سجل العقود الإدارية لسنة

.... سجل هذا العقد بمصلحة التسجيل ب.....بتاريخ و شهرت نسخة منه بالمحافظة العقارية
لولاية بتاريخ مجلدرقم

في حالة دفع الثمن جملة واحدة .

تم هذا الشراء لقاء ثمن إجمالي قدره دينار جزائري (..... دج) دفعه المحبس كله جملة
واحدة على وجه التسديد الفوري كاملا بتاريخكما يستفاد من الوصل رقم المسلم له من
..... و كما هو مذكور ببراءة الذمة بالعقد المحلل .

في حالة دفع الثمن بالتقسيط .

تم هذا الشراء لقاء ثمن إجمالي قدره دينار جزائري (..... دج) دفع منه المحبس جملة
واحدة على وجه التسديد الفوري مبلغا قدره دينار جزائري (..... دج) بتاريخكما يستفاد
من الوصل رقم المسلم له من و كما هو مذكور ببراءة الذمة بالعقد المحلل أما الرصيد
المتبقي من الثمن و المقدر بمبلغ دينار جزائري (.... دج) و المشتراط وفاؤه بدفعات شهرية
فقد تم دفعه كاملا منذ ذلك التاريخ كما يستفاد من عقد التخلي عن الرهن القانوني الذي تلقاه السيد
مدير الأملاك لولاية بتاريخ المشهور بالمحافظة العقارية ب... بتاريخ ... حجم ... رقم

في حالة الشراء بموجب عقد توثيقي .

تملك المحبس العقار المعين أعلاه بطريق الشراء من السيد بموجب عقد بيع تلقاه الأستاذ
الموثق بمكتب التوثيق ب..... بتاريخ تحت رقم من فهرس العقود لسنة سجل هذا العقد
بمصلحة التسجيل ب.....بتاريخ و شهرت نسخة منه بالمحافظة العقارية لولاية بتاريخ
..... مجلد رقم

تم هذا الشراء لقاء ثمن إجمالي قدره دينار جزائري (... دج) دفعه المحبس كله جملة واحدة
على وجه التسديد الفوري كاملا بتاريخ العقد المحلل كما يستفاد ببراءة الذمة بالعقد المحلل .

أول إجراء بالسجل العقاري .

تملك المحبس العقار المعين أعلاه عن طريق إيداع الوثائق الأولية لمسح الأراضي الرامية لشهر
حقوق الملكية و غيرها من الحقوق العينية بالسجل العقاري كما هو ثابت من الدفتر العقاري المسلم له

من المحافظة العقارية ب.... بتاريخ المشهور بنفس المحافظة العقارية بتاريخ : حجم :
..... تربيعة رقم :

أما عن أصل الملكية السابق فقد ألقى الطرفان الموثق الموقع أسفله من التوسع بإثباته بهذا العقد
مكتفين بالرجوع للعقد المحلل عند اللزوم .
الملكية والإنتفاع .

يصبح المحبس عليه بموجب هذا العقد و إبتداء من اليوم مالكا للعقار المعين أعلاه بموجب هذا العقد
و يكون له حق التمتع به و إستغلاله و الإنتفاع به من نفس اليوم بالحيازة الحقيقية و الفعلية لصالحه
إذ أن العقار المذكور خال و سالم من أي إحتلال أو تبعية .

التكاليف و الشروط .

تم هذا الحبس و قبل به الطرفان وفق التكاليف و الشروط العادية و القانونية الجارية في مثل هذا
الشأن لا سيما الآتية التي إلتزم المحبس عليه بتنفيذها و أدائها و هي :

أولا - يأخذ العقار المعين أعلاه المباع له حاليا بموجب هذا العقد بالحالة التي هي عليها الآن من غير
رجوع على المحبس لأي سبب كان لا سيما لرداءة الأرض أو فساد في البناء أو خطأ في التعيين أو
المحتويات ، أو المساحة الحقيقية حتي و لو تجاوز ذلك الجزء من العشرين منها إذ يبقى لصالح
المحبس عليه أو على حسابه .

ثانيا - يتحمل المحبس عليه جميع حقوق الإرتفاق المترتبة على العقار المحبس حاليا مهما كان نوعها
الظاهرة منها أو الباطنة الجارية أو المتوقفة ما لم يعارض فيها و ينتفع بالمقابل بتلك الإيجابية و
النافعة إن وجدت كل ذلك تحت مسؤوليته من غير رجوع على المحبس لأي سبب كان و من دون أن
يمنح هذا الشرط لأي كان حقوقا أكثر مما يستحق بموجب وثائق رسمية لم تسقط بالتقادم أو بحكم
القانون و من غير أن يضر هذا الشرط بالحقوق الناتجة للمحبس عليه بموجب هذا العقد .

ثالثا - يسدد من يوم تملكه للعقار المعين أعلاه المحبس حاليا بموجب هذا العقد جميع الضرائب و
التكاليف و الرسوم و غيرها من المساهمات كيفما كانت لا سيما ما يخص الماء و الغاز و الكهرباء
بحيث لا يكون المحبس متبوعا أبدا في شأن ذلك .

رابعا و أخيرا - يتحمل سائر المصاريف و الحقوق و الأتعاب التوثيقية المترتبة على هذا العقد و توابعه القانونية و العادية ، ماعدا التي هي على المحبس بمقتضى القانون .

الحالة المدنية

صرح المحبس تحت طائلة العقوبات القانونية جازما أنه من جنسية جزائرية يتمتع بكامل أهليته المدنية و أنه ليس في حالة حجر أو إفلاس أو تسوية قضائية أو توقف عن الأداء و أنه غير متبوع أو محتمل أن تمسه النصوص القانونية المتعلقة بتهمة التعدي على التراث الوطني و أن العقار المعين أعلاه خال و سالم من أي إحتلال أو دين أو تبعية .

الشهر العقاري

سنشهر نسخة من هذا العقد بالمحافظة العقارية بسعي من الموثق الموقع أسفله و على نفقة المحبس .

الموطن

لأجل تنفيذ هذا العقد و توابعه العادية و القانونية إختار الطرفان , موطنهما القانوني محل سكنهما المذكور أعلاه، يمكن مخاطبتهما فيه عند الإقتضاء .

التقويم .

لقبض سائر المصاريف الواجبة على هذا العقد و توابعه القانونية و إجراء الشهر العقاري قدر الطرفان قيمة العقار المعين أعلاه المحبوس حاليا بموجب هذا العقد بمبلغ إجمالي قدره دينار جزائري (..... دج) .

الشاهدان

أبرم هذا العقد و حرر بمحضر شاهدي التعريف اللذان أكدا للموثق الموقع أسفله هوية و أهلية الطرفين و سلامتهما من الموانع مؤكدين معرفتهما معرفة تامة و أكيدة و هما :

أولا السيد - المولود ب..... ولاية بتاريخ سنة ألف و تسعمائة و (....) جزائري
الجنسية مهنته الساكن الحامل لبطاقة التعريف رخصة السياقة رقم المسلمة له من دائرة
ولاية بتاريخ

ثانيا السيد - المولود ب..... ولاية بتاريخ سنة ألف و تسعمائة و (....) جزائري
الجنسية مهنته الساكن الحامل لبطاقة التعريف رخصة السياقة رقم المسلمة له من دائرة
ولاية بتاريخ

- إثباتا لما ذكر -

- حرر و إنعقد بمكتب التوثيق.

- في سنة ثمانية و ألفين .

- و في يوم:

- و بعد التلاوة بضم ووقع الحاضرون مع الموثق .

الموثق

2.2.1.2.1. إعداد السند التأسيسي للوقف من قبل المدير الولائي للشؤون الدينية والأوقاف.

طبقا للمادة 26 مكرر 11 من القانون 07-01 المؤرخ 22 ماي 2001، المتعلق بالأوقاف، المعدل و المتمم لقانون الأوقاف 91 – 10، [108] فإن المدير الولائي للشؤون الدينية و الأوقاف بصفته أعلى سلطة مكلفة بالأحكام الوقفية على المستوى المحلي، يعتبر مؤهلا قانونا لتحرير العقود التي تخص الأوقاف، إذ هو مكلف بإعطاء الطابع الرسمي كما هو محدد في المادة 324 من القانون المدني بوصفه موظفا مكلفا بإعداد الشهادات المثبتة للملك الوقفي، و قد كرست المادة السابقة الذكر نفس المبدأ المعمول به بالنسبة لمدير أملاك الدولة للولاية الذي يقوم بدور موثق الدولة فيما يخص الأملاك العقارية التابعة للدولة ، حيث يعد المدير الولائي للشؤون الدينية و الأوقاف ممثلا لوزارة الشؤون الدينية و الأوقاف على مستوى الولاية يتولى بالإضافة لمهامه المحددة في المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381: « تسهر نظارة الشؤون الدينية في الولاية على تسيير الأملاك الوقفية وحمايتها والبحث عنها وجردها وتوثيقها إداريا طبقا للتنظيم المعمول به »، وأكد هذا الحكم المرسوم التنفيذي رقم 2000-200 [109] .

و يعد المدير الولائي للشؤون الدينية و الأوقاف موظفا، و من بين المهام المناطة بهذا الأخير هي إضفاء الصبغة الرسمية على كل الشهادات المثبتة للملك الوقفي تطبيقا لنص المادة 8 مكرر من القانون 91-10، و تعد هذه الشهادة وسيلة اعتراف بطبيعة الملك الوقفي العام طبقا للتعليمات الوزارية المشتركة رقم 09 المؤرخة في 16 سبتمبر 2002 المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية المثبتة للملك الوقفي.

و لتتمام صحة الشهادة المؤسسة للوقف المعد من قبل المدير الولائي للشؤون الدينية و الأوقاف، طبقا للقانون رقم 91-10 المادة 8 مكرر منه، و المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 السابق الذكر المادة 4 منه، فإنه يجب أن يراعي في إعدادها الأشكال والأوضاع التي قررتها الأحكام السابقة الذكر، كما تم تحديد كيفية تحرير الشهادة الرسمية المثبتة للملك الوقفي والبيانات التي يجب أن تشمل عليها والشكليات التي تخضع لها بموجب النصوص السابقة الذكر.

و طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في 26-10-2000 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و كيفية إصدارها و تسليمها؛ فإنه و لتتمام صحة هذه الوثيقة يجب أن يراعي في إعدادها الأشكال والأوضاع التي قررها القانون بموجب المادة الرابعة من

المرسوم التنفيذي السابق الذكر ، يجب أن تتضمن وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي البيانات الآتية:

-المعلومات الخاصة بالشهود مع توقيعاتهم.

-التصديق من قبل المصلحة المختصة بالبلدية أو سلطة أخرى مختصة.

-رقم تسجيلها في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية و الأوقاف المختصة إقليميا.

و بعد أن يتم جمع ثلاث وثائق من الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي، تقوم مديرية الشؤون الدينية و الأوقاف المختصة إقليميا حسب المادة 5 من نفس المرسوم التنفيذي بإصدار شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي محل الإشهاد، تتضمن وثيقة الإشهاد المكتوب المثبتة للملك الوقفي البيانات المحددة في القرار المؤرخ في 26-05-2001 الصادر عن وزير الشؤون الدينية و الأوقاف، و المحدد لشكل و محتوى هذه الشهادة، و تتمثل في البيانات الآتية:

وثيقة الإشهاد المكتوب المثبتة للملك الوقفي

المرجع:إستنادا إلى:

- المرسوم التنفيذي رقم 336-2000 مؤرخ في 23 أكتوبر سنة 2000 و المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و كفيات إصدارها و تسليمها.

- القرار المؤرخ في 26 مايو سنة 2001 ، الذي يحدد شكل و محتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.

و بعد الإطلاع على وثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي المسجلى التوالي:

الأولى [90] المادة:4:

رقم التسجيل:

هـالموافق لـ: م

تاريخ الصدور:

الثانية:

رقم التسجيل:

تاريخ صدور: هـ الموافق لـ: م

الثالثة:

رقم التسجيل:

تاريخ صدور: هـ الموافق لـ: م

الرابعة:

رقم التسجيل:

تاريخ صدور: هـ الموافق لـ: م

أصدر السيد(ة):.....بصفته مدير الشؤون الدينية و الأوقاف،

لولاية:

هذه الشهادة الرسمية المثبتة للملك الوقفي المتمثل في:

الواقع بالعنوان التالي:.....

بلدية.....ولاية.....

المتكون من :.....

مساحته الإجمالية: المبنية منها: غير المبينة:

يحدّه:

من الشمال:

من الجنوب:

من الشرق:

من الغرب:

أصل الملكية: عقد - شهادة موثقة - حكم قضائي (تملاً هذه الفقرة إذا كان للعقار المعني عقد ملكية مشهر، سابقا بالمحافظة العقارية) .

مسجل ب: بتاريخ:

مشهر بالمحافظة العقارية: بتاريخ:

مجلد: رقم:

حرر ب: الجزائر في: الموافق لـ:

توقيع مدير الشؤون الدينية و الأوقاف.

تصريح:

أنا الممضي أسفله، مدير الشؤون الدينية و الأوقاف لولاية الجزائر

أشهد أن هذه النسخة قد تمت مراجعتها، و هي مطابقة للأصل و للنسخة المخصصة للإشهار بتأشيرة تنفيذ إجراء الإشهار العقاري

حرر ب: الجزائر في: الموافق لـ:

توقيع مدير الشؤون الدينية و الأوقاف

2.2.1 . شهر العقد التأسيسي للوقف.

يعتبر الوقف عمل تبرع صادر عن إرادة منفردة و يشترط فيه الشكلية أمام الموثق طبقا للمادتين 41 و 41 من قانون الأوقاف إذ نصّت المادة 41 على أنه « يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يشهره لدى المصالح المكلفة بالتسجيل العقاري، الملزمة بتقديم إثبات له بذلك و إحالة نسخة منه على السلطة المكلفة بالأوقاف»، لم يكتف المشرع بقاعدة الرسمية السابقة الذكر ، بل أضاف إليها شرطا ثانيا جوهريا ، وهو الشهر العقاري كإجراء ضروري بدونه لا يمكن للوقف إذا كان محله عقارا أن يرتب أثره العيني و هو ما أكده

المشرع بموجب الأمر 74-75 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري ، و هذا بعد أن نص في المادة 793 و 165 من القانون المدني على مراعاة الاجراءات و الأحكام المتعلقة بالشهر العقاري، ويستخلص من جملة هذه المواد أن انتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى كأثر من آثار العقد لا يتم إلا بعد القيام بشهر العقد بالمحافظة العقارية ، فالرسمية لا تغني عن الشهر ، وأن عدم شهر التصرفات المتعلقة بالعقار يحول دون ترتيب أثرها العيني.

و باعتبار الوقف تصرفا يخرج الملكية من الواقف طبقا لنص المادة 17 من القانون 91-10؛ فإننا سنبحث عن قواعد شروط و اجراءات شهر العقد التأسيسي للوقف و من ثم الآثار التي يرتبها شهر العقد التأسيسي للوقف، و من خلال ما تقدم ، سنعالج هذا المبحث في مطلبين :
المطلب الأول : قواعد و شروط و اجراءات شهر العقد التأسيسي للوقف.
المطلب الثاني : آثار شهر العقد التأسيسي للوقف.

1.2.2.1. قواعد و شروط و اجراءات شهر العقد التأسيس للوقف

الشهر العقاري هو إعلان التصرفات الخاصة بالحقوق العقارية بما في ذلك الوقف كتصرف ناقل للملكية حتى تلقى الحجة المطلقة والحماية التامة ؛ في حالة وجود نزاع بشأنها، وفي سبيل تحقيق هذا الهدف لا بد من أن يكون السند الرسمي المؤسس للوقف متوفرا على الشروط و القواعد القانونية اللازمة لشهره، و التي نصت عليها الأحكام المنظمة للشهر العقاري، و من ثم القيام بالاجراءات اللازمة لشهره بالمحافظة العقارية ، و من خلال ما تقدم سنتناول في الفرع الأول قواعد و شروط شهر العقد التأسيسي للوقف ثم نتناول اجراءات شهره في الفرع الثاني.

1.1.2.2.1 . قواعد و شروط شهر العقد التأسيسي للوقف

تتولى عملية شهر العقد التأسيسي للوقف هيئة تسمى المحافظة العقارية؛ وهي هيئة إدارية عمومية تزاوّل مهامها تحت وصاية وزير المالية، وفقاً للمادة 20 من الأمر 74-75 [110] ، و المادة 1 من المرسوم 63-76 : «تحدث لدى المديرية الفرعية للولاية لشؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية، محافظة عقارية يسيروها محافظ عقاري» [111].

وأصبحت منذ صدور المرسوم التنفيذي رقم 55-95 المؤرخ في 15-02-1995 المحدد لتنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية تحت وصاية وزير المالية [112] ، حيث أن وزارة المالية أصبحت تضم المديرية العامة للأملاك الوطنية، التي بدورها تتكون من مديرتين، الأولى هي مديرية الأملاك الوطنية والعقارية، التي تضم في إحدى مديرياتها الفرعية، المديرية الفرعية للحفاظ العقاري وسجل مسح الأراضي .

وطبقاً للمرسوم 65-91 المؤرخ في 02-03-1991 المتعلق بتنظيم المصالح الخارجية للأملاك الدولة والحفظ العقاري، فإن المحافظات العقارية تعتبر هيئات إدارية تابعة للمديرية العامة للأملاك الوطنية، وتتضمن هذه المديرية على مستوى كل ولاية مديرية أملاك الدولة لمديرية للحفاظ العقاري، وعلى المستوى البلدي تتضمن المديرية العامة للأملاك الوطنية، مفتشية أملاك الدولة، وإدارة للحفاظ العقاري، وعلى المستوى الولائي، فإن مديرية الحفاظ العقاري تتكون من مصلحة عمليات الإشهار العقاري، ومصلحة التنسيق والمراقبة .

وتتكون مصلحة عمليات الإشهار العقاري من مكتب مراقبة عمليات الشهر العقاري والمنازعات والوثائق، ومكتب تكوين الدفتر العقاري والتوافق مع مسح الأراضي .

وتحدد أقسام المحافظة العقارية من: قسم الإيداعات وعمليات المحاسبة، قسم قيد السجل العقاري والبحوث وتسليم المعلومات، قسم تسجيل العقارات المحددة ضمن مسح الأراضي.

و طبقاً لنص المادة 02 من المرسوم 63-76 فإن الدور الرئيسي للمحافظات العقارية هو شهر التصرفات الواردة على عقار، بيسير المحافظة العقارية المحافظ العقاري.

و بهذا الصدد يقوم بالمهام المحددة في المادة 03 من المرسوم 63-76، و من بين أهم صلاحياته إعداد و مسك مجموعة البطاقات العقارية [113] ص 155.

و قد أوجب المشرع قاعدتين أساسيتين لتنظيم الشهر حتى يتسنى مراقبتها من الناحية الشكلية أو الموضوعية؛ وتتمثل هاتان القاعدتان في قاعدة الرسمية وقاعدة الشهر المسبق أو الأثر النسبي [114 ص 33].

أولا- قاعدة الرسمية

تعتبر قاعدة الرسمية وسيلة تبرهن على رقي المعاملات القانونية و ضمانة قوية لاستقرارها، خاصة بالنظر لما تنطوي عليه من مزايا كثيرة، فالرسمية تقتضي إعداد السند الرسمي من قبل موظف عام أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة مما يزيد من رسمية المحرر و حجبيته و يجعل البيانات التي تتضمنها المحررات الرسمية قوية و قاطعة إلى غاية إثبات العكس بالطعن بالتزوير فيها، وقد سبق و أن شرحنا هذه القاعدة بالتفصيل في المبحث السابق من هذا الفصل، لكن وكتأكيد لما سبق فإن المشرع و من خلال المادة 61 من المرسوم 63-76 المؤرخ في 25-3-1976 أكد على أن:

« كل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي » فلشهر التصرفات فإنه ينبغي أن تكون هذه الأخيرة محررة في قالب رسمي؛ و قد سبق لنا أن أكدنا أن الوقف يتولى تحريره الموثق طبقا لنص المادة 41 من القانون 10-91 كقاعدة عامة، كما قد يتولاه المدير الولائي للشؤون الدينية باعتباره موظفا مؤهلا بهذا الإجراء تطبيقا لأحكام المادة 324 من القانون المدني و طبقا للمادة 8 من قانون الأوقاف و المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 السابق الذكر إعداد الشهادة المثبتة للملك الوقفي (لمزيد من التفصيل راجع، المبحث الأول من الفصل الأول للباب الأول) [105 ص 57].

ثانيا- قاعدة الأثر النسبي أو الشهر المسبق.

حرص المشرع في عملية الشهر أو ما يعرف بالحفظ العقاري (الحفظ العقاري مصطلح استعمله المشرع المغربي في النصوص التشريعية و التنظيمية المنظمة للشهر العقاري) [106 ص 106] على ضرورة توافر قاعدة الشهر المسبق لضمان فكرة الائتمان العقاري و الاستمرارية في سلسلة نقل الحقوق العقارية، و حماية و ضمان الملكية للمالك الجديد التي يعكسها السجل العقاري حيث نصت المادة 88 من المرسوم 63-76 علنائه: « لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارنة للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير »،

و هو ما تؤكد عليه المادة 90 من المرسوم 63-76 التي تلزم كل المكلفين بإعداد المحررات الرسمية الخاضعة للشهر بشهرها في الأجل المحددة قانونا. ويظهر جليا من نص المادتين، أنه لا يمكن بأي شكل من الأشكال القيام بإجراء إشهار عقد رسمي مؤسس للوقف يتضمن وقفا عقاريا ما لم يكن هناك شهر مسبق للمحرر الذي كان سببا في إكتساب العقار المتصرف فيه، و من هنا تظهر فكرة تسلسل الملكية العقارية؛ بحيث تنتقل من المتصرف إلى المتصرف إليه بطريقة قانونية و واضحة؛ يمكن عن طريقها معرفة جميع الملاك السابقين الذين تداولوا على ملكية هذا العقار؛ مما يسمح بالتصدي لظاهرة التصرفات المزدوجة التي كثيرا ما تحدث في الحياة العملية و التي قد تؤدي إلى إلتباس في عملية انتقال الحقوق العينية [115] ص 50-53، [114] ص 48-49، [116] ص 36.

و لمراقبة حسن تطبيق هذه القاعدة، منح المرسوم 63-76 للمحافظ العقاري سلطة كاملة لمراقبة كل محرر يكون محل إيداع على مستوى مصلحته قصد التأكد من بياناتها و من احتوائها على إجراء الشهر المسبق، و في حالة غياب هذه البيانات؛ فإن الإيداع يرفض طبقا لنص المادة 101فقرة 1 من المرسوم 63-76. تطبق قاعدة الشهر المسبق في الحالات العادية، التي يمكن من خلالها للمحافظ العقاري مقارنة الوثائق محل إجراء الشهر مع المحررات التي سبق شهرها، والمحتفظ بنسخ منها لدى المحافظة العقارية، غير أنه في بعض الأحيان يتلقى المحافظ العقاري حالات مخالفة لقاعدة الأثر النسبي [103] ص 75.

و قصد إيجاد حل لهذه الحالات، أورد المشرع جملة من الاستثناءات على هذه القاعدة منها ما نص عليها المرسوم 63-76 المؤرخ في 25-03-1976، و منها ما ورد في المرسوم رقم 80-210 المؤرخ في 13-09-1980 المعدل بموجب المرسوم رقم 93-123 المؤرخ في 19-05-1993 ، الذي مدد الفترة من 01-03-1961 إلى 01-01-1971 ويمكن استعراضها على النحو الآتي:

1- العقود المحررة قبل تاريخ الفاتح جانفي 1971.

هذا الاستثناء وضع لكي يحدد الإطار القانوني، و يعطي الحجية اللازمة للعقود و الشهادات التوثيقية المحررة من قبل القضاة سابقا، و التي لم تكن خاضعة لعملية الشهر العقاري، و يلحق بها العقود العرفية المسجلة بغية إعطائها تاريخا ثابتا قبل 1 جانفي 1971. يتم إعفاء مودعي هذه العقود من ذكر أصل الملكية الخاصة بها، و في مقابل ذلك يتم إلزامهم بالتعيين

الدقيق للعقار و كل الأشخاص المذكورين في العقد العرفي، بدون استثناء المتعاقدين و الشهود لتسهيل عملية ضبط البطاقة العقارية [103] ص 221، [105] ص 9-17.

2- الإجراء الأول في السجل العقاري

يعد إعداد الشهادة المثبتة للملك الوقفي المحررة من المدير الولائي للشؤون الدينية و الأوقاف المنصوص عليها في المادة 08 من القانون 91-10 المتضمن قانون الأوقاف، و المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 في 26-10-2000 المتضمن إحداث وثيقة الإسهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروطه وكيفيات إصدارها وتسليمها مستثناة من قاعدة الشهر المسبق ، حيث تعد هذه الأخيرة إجراء أوليا يعفى من مبدأ الأثر الإضافي للشهر.

أما الشروط الواجب توفرها في العقد التأسيسي للوقف الخاضع للشهر.

كما سبق ذكره فإن الشهر العقاري هو إعلان التصرفات الخاصة بالحقوق العقارية سواء كانت عينية أصلية أو تبعية أو حتى الشخصية. وذلك حتى تلقى الحجة المطلقة والحماية التامة من قبل السلطات العمومية للدولة في حالة وجود نزاع في شأنها ، وفي سبيل تحقيق هذا الهدف لا بد من التأكد من أن المعلومات التي تتضمنها المحررات الناقلة للملكية العقارية والخاضعة لاجراءات الشهر، هي معلومات سليمة لا يشوبها أي عيب ، ولا يكون ذلك إلا في حالة عدم احترام الشكليات القانونية التي ألزم المشرع مراعاتها عند تحرير أي سند رسمي ناقل للملكة العقارية بدءا بتعيين الأطراف . وصولا للتعيين الدقيق للعقار محل الشهر، و فيما يأتي عرض موجز لهاذين الشرطين:

1- الشروط الخاصة بتعيين الأطراف :

حتى يكون المحرر الرسمي سليما ومقبولا لدى المحافظة العقارية لا بد أن تتوفر فيه مجموعة من البيانات المتعلقة بهوية الأطراف والتي ينبغي على محرري العقود التحقق من صحتها و التصديق عليها بما يضمن قانونية العقد وسلامته، وهو ما أكدت عليه المواد 62 إلى 65 من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

فيجب على محرري السندات الرسمية الوقفية المودعة للشهر تعيين الأطراف تعيينا دقيقا لكون ذلك يعد شرطا أساسيا لقبول إيداع الوثائق لدى المحافظة العقارية ، وتجدر الإشارة في هذه الحالة أنه يمكن أن يكون طرفي المحرر الوقفي شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا واقفا كان أو موقوفا عليه مع الإشارة إلى أن: الموقوف عليه في ظل القانون 02-10 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف رقم 91-10 يكون دائما شخصا معنويا وفقا للمادة 5 منه المعدلة للمادة 13 من القانون 91-10 : «الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي» لذا ينبغي التمييز بين البيانات الواجبة بالنسبة للأشخاص الطبيعيين إذ نصت المادة 62 من المرسوم 76-63 السابقة الذكر على أن كل عقد أو

قرار قضائي قبل أن يكون موضوع إشهار بالمحافظة العقارية لا بد أن يشتمل على عناصر التعيين الآتية:

-أسماء و ألقاب وموطن ومكان ولادة ومهنة أصحاب الحق و الجنسية ، ويجب أن يصادق على ذلك الموثق أو كاتب ضبط أو السلطة الإدارية في أسفل كل جدول .

و يتم التصديق على هوية الواقف إذا كان شخصا طبيعيا بمجرد تقديم مستخرج شهادة الميلاد يقل تاريخ تحريرها عن سنة واحدة من تاريخ تحرير العقد المؤسسي للوقف [116] ص 30.
-أما بالنسبة إلى الأهلية المدنية للواقف أو ما يسمى بالشرط الشخصي للأطراف حسب نص المادة 65 من المرسوم 63-76 فيجب أن تتضمن العقود والقرارات و الجداول فيما يخص الأشخاص الطبيعيين جميع العناصر التي تسمح بتحديد الشرط الشخصي للواقف ، و يتم المصادقة على صحة البيانات المتعلقة بهذا الشرط في أسفل الصورة الأصلية و النسخ و الجداول ضمن نفس الشروط بالنسبة لهوية الأطراف،و ذلك بذكر أسماء و ألقاب وموطن ومكان ولادة ومهنة أصحاب الحق و الجنسية.

- أما بالنسبة للأشخاص المعنوية و باعتبار أن الموقوف عليه يكون دائما شخصا معنويا ، و قد يصدر الوقف عن شخص معنوي أيضا [25] المادة 49، و في هذه الحالة فإن تحديد وتعيين الأشخاص المعنوية واقفة كانت أو موقوف عليها يختلف باختلاف شكلها وطبيعتها القانونية [114] ص 59-60 ، وقد نصت على ذلك المادة 63 من المرسوم 63-76 فكل عقد أو قرار قضائي يكون أحد أطرافه أشخاص معنوية ،ويكون محل إشهار بالمحافظة العقارية ، لا بد أن يشتمل على عناصر التعيين الآتية:

-بالنسبة للشركات المدنية والتجارية، يجب تحديد تسميتها ،و شكلها القانوني،و مقرها وكذا رقم التسجيل في السجل التجاري بالنسبة للشركات التجارية.
- بالنسبة للجمعيات مقرها ، تاريخ ومكان تصريحها.

- بالنسبة للنقابات يحدد مقرها و تاريخ و مكان ايداع قوانينها الأساسية
- بالنسبة للجماعات المحلية ، تسمية البلدية أو الولاية، وبالنسبة لأملاك الدولة تثبت باسم الدولة [116] ص 31.

- الأشخاص الاعتبارية الأخرى يشار إلى هويتها و تسميتها و يدخل في هذا الإطار الموقوف عليه ؛فيشار إلى هويته ،و تسميته ،كالمسجد و المدارس القرآنية و المستشفيات

بعد التأكد من كل عناصر التعيين المطلوبة ؛ يتم الشهر وفقا لهذا التعيين ، وكل تغيير يطرأ فيما بعد كتغيير أسماء و ألقاب طرفي العقد يجب أن يكون موضوع إشهار جديد، و الوقف باعتباره تصرفا قانونيا صادر بالإرادة المنفردة عن الواقف وفقا للقانون 91-10 و بالرجوع للعقود الوقفية المحررة من قبل الموثقين ؛ فإن الوقف كتصرف قانوني ، يجب أن يتضمن تحديدا دقيقا لكل من الواقف و الموقوف عليه باعتبار الأول واقفا و الثاني منتفعا بالوقف و يتحقق ذلك من خلال ذكر اسم و لقب و موطن و جنسية كل منهما كما سبق لنا بيانه.

إلى جانب كل ما تقدم أكد المشرع على ضرورة التصديق على هذه الهوية ، فمن أجل تنفيذ إجراء الشهر بالمحافظة العقارية لمختلف المحررات و العقود لا بد أن تكون جداول المستخرجات و الصورة الأصلية ، أو أي نسخ أخرى مصادق عليها ، أو على هوية الأطراف ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة 63 و 64 من المرسوم 76-63 التي أشارت إلى الأشخاص المؤهلين للتصديق على هوية الأطراف من موثق و موظف(المدير الولائي للشؤون الدينية و الأوقاف)، ويتم التصديق على هوية الأشخاص المعنوية و إعداد شهادة الهوية وفقا للمادة 63 دائما وفقا للآتي:

-الأشخاص الاعتبارية التي يوجد مقرها في الجزائر، بمجرد تقديم أصل لصورة رسمية ، أو نسخة مراجعة لكل عقد يثبت التسمية و الشكل القانوني و المقر الحالي للشخص الاعتباري.

- الأشخاص الاعتبارية التي يوجد مقرها خارج الجزائر، يتم المصادقة عليها بمجرد تقديم نفس الوثائق المسلمة أو المصادق عليها من قبل السلطة الإدارية أو الموظف الدبلوماسي أو القنصلي الذي يمثل الدولة الجزائرية في مكان المقر، و تكون مرفوعة بترجمة باللغة العربية و مصادق عليها إذا كانت محررة بلغة أجنبية، و جدير بالذكر أن كل تغيير في عناصر تعيين الأشخاص المعنوية كاسمها و مقرها أو تغيير أسماء و ألقاب الواقف و الموقوف عليه ، يجب أن يكون موضوع إشهار جديد لدى نفس المحافظة العقارية.

2- الشروط الخاصة بتعيين العقارات

إشترط المشرع بموجب الأمر 75-74 السالف الذكر تعيين العقارات تعيينا دقيقا نافيا للجهالة ، وذلك بتعيين نوعه و مساحته و حدوده ، وتبيان مراجع المسح ، وهو ما تضمنه المرسوم 76-63 ، غير أن عناصر تعيين العقارات تختلف باختلاف موقع العقار المعين ونوعه ، وينبغي التمييز ما بين العقار الواقع في بلدية مسها المسح و بين العقار الواقع في بلدية لم يمسه المسح [111] المادة 66،]

[41] ص 223

أ- القواعد الخاصة بتعيين العقارات الواقعة في منطقة ممسوحة :

نصت المادة 66 من المرسوم 63-76 على القواعد الخاصة بتعيين العقارات الواقعة في منطقة ممسوحة بنصها: « كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في المحافظة العقارية، يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار يعينه النوع والبلدية التي يقع فيها وتعيين القسم رقم المخطط، والمكان المذكور، وما يحتوي عليه من مسح الأراضي » فالعناصر التي ينبغي توفرها لتعيين العقارات الواقعة في مناطق ممسوحة تشمل:

-تحديد طبيعة العقار بالنوع باعتبارها أهم العناصر الثانوية لتعيين العقار، و يتم الإشارة فيها لتخصيص العقار فيما إذا كان مسكنا أو مصنعا أو أرضا عارية، فلاحية أو غابية [116] ص 32.

-تحديد البلدية الواقع بها، رقم مخطط مسح الأراضي الذي يعكس التمثيل البياني لإقليم البلدية وكل التفاصيل الأخرى المتعلقة بالمكان المعني إن وجد القسم، القطعة و الوحدة العقارية، ويتم ترقيم مخطط مسح الأراضي بوضع رقم خاص به، حتى يسهل بعد ذلك عملية مطابقة الوثائق مع المخطط؛ فيعطي بموجب هذا الترقيم لكل وحدة عقارية رقما خاصا بها.

-قسم مخطط المسح، و يشكل جزءا من إقليم البلدية المحدد بطريقة ما، يتم نقله على ورقة من مخطط مسح الأراضي (المادة 15 من المرسوم 62-76).

-تحديد المكان المعلوم، ويسمي أيضا بالمكان المسمي، كما ورد في المادة 15 فقرة 2 من المرسوم 63-76، يمكن أن يطلق على مجموعة من القطع الأرضية داخل إقليم البلدية، وإذا كانت هذه القطع تقع في منطقة حضرية يمكن استبدال اسم المكان المسمى باسم الحي و الشارع [111] المادة 15 يقابلها في التشريع المصري الحارة والأرقة.

-محتوى وثائق المسح، هي من العناصر الأساسية المعتمد عليها في تعيين العقارات لأنه بواسطته يتم ضبط كل البيانات المتعلقة بالبطاقة العقارية، ولهذا الغرض ألزم المشرع محرري العقود والوثائق الخاضعة للشهر بضرورة إرفاق مستخرج مسح الأراضي بالمحرر المودع لدى المحافظة العقارية.

ب - القواعد الخاصة بتعيين العقارات الواقعة في المناطق غير الممسوحة :

في انتظار إتمام عمليات المسح المحدث بموجب الأمر 74-75 في كامل التراب الوطني، فإن المشرع قد وضع أحكاما انتقالية، تحدد بموجبها معالم تعيين العقارات الواقعة في المناطق التي لم تمسها عملية المسح بعد، وذلك في المحررات التي تكون واجبة الشهر بالمحافظة العقارية، و قواعد

تعيين العقارات عموما بما في ذلك العقارات الموقوفة تختلف بين ما إذا كان العقار الموقوف يقع في منطقة ريفية أو حضرية :

فيما يتعلق بالعقارات الريفية و وفقا للمادة 113 و 114 من المرسوم رقم 63-76 و تطبيقا للتعليمية الوزارية المشتركة رقم 09 المؤرخة في 16 سبتمبر 2002 المتعلقة باجراءات تدوين الشهادة الرسمية بالملك الوقفي فإنه إذا كان العقار الموقوف عقارا ريفيا فإن إشهارة يتم طبقا لما نصت عليه المادتين 113 و 114 السابقتي الذكر. أما في حالة عدم وجود مخطط مسح الأراضي، فإن المشرع اشترط أن يكون كل محرر بما في ذلك العقد الرسمي المؤسسي للوقف و الشهادة المثبتة للملك الوقفي -موضوع الإشهار في المحافظة العقارية أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار ريفي أي فلاح: نوع العقار، موقعه و محتوياته، و في حالة وجود مخططات نظامية لدى مصالح المسح و المحافظة العقارية يتم ذكر رقم المخطط المحتفظ به، و في الأخير يتم فهرسة العقارات الفلاحية بصفة إنتقالية في مجموعة بطاقات عقارية فردية للوقف العام باعتبار الملكية خرجت من الواقف و قيدت باسم الوقف العام وفقا للمادة 27 من الأمر 74-75 السابق الذكر) تطبيقا للمذكرة رقم 35 المؤرخة في 23-10-1994 المتعلقة بكيفية البحث عن الأملاك الوقفية، فإنه يمكن البحث عن المخططات المتعلقة بالوقف بالاتصال مع وزارة المالية، مصالح مسح الأراضي و دراسة الجداول المرفقة لبعض هذه المخططات كمخطط مسح الأراضي Plan cadastral، مخطط الطوبوغرافي Plan topographique، المخطط التجزيئي Plan parcellaire، مخطط حوش Plan haouch، مخطط سيناتيس كونسيلت plan Senatus consult، مخطط دولاري plan Delarue لمعرفة: المستغلين الأصليين، طبيعة الأرض، أصل الملكية، المساحة، الحدود، رقم القطعة، رقم القسم و المكان المسمى، و قد نجد لديها أيضا تقارير خبرة و تقارير وضع معالم الحدود).

-أما بالنسبة للعقارات الحضرية غير الممسوحة ويقصد بها حسب المادة 21 من المرسوم 63-76 كل العقارات المبنية و غير المبنية الموجودة على الطرقات المرقمة بصفة نظامية و الواقعة في المناطق السكنية التابعة للبلديات التي يزيد سكانها عن 2000 نسمة، فالمحرر الذي يتعين إشهارة بصددها يجب أن تحدد فيه اسم البلدية، الشارع الواقع فيه، الرقم، طبيعة العقار، ومساحته، و بناءا على هذه المعلومات فإنه يتم إعداد بطاقة عقارية حضرية للعقار الموقوف، ثم تفتح بطاقة أجدية لحساب الوقف العام و ترتب حسب الترتيب الأبجدي، ثم يتم إعداد الدفتر العقاري إذا كانت المنطقة ممسوحة و يسلم لمدير الشؤون الدينية و الأوقاف للولاية مع تسليم كذلك الشهادة الرسمية الخاصة

بالمملك الوقفي المتضمنة بإجراء إشهار عقاري وفقا للتعليمة الوزارية المشتركة رقم 09 المؤرخة في 16 سبتمبر 2002 المتعلقة باجراءات تدوين الشهادة الرسمية بالمملك الوقفي [62] ص 140-143، [114] ص 68.

مما سبق يتضح بأن القواعد والشروط التي طلبها المشرع في الوثائق الخاضعة للشهر العقاري كافية لحماية الملكية العقارية، إذا ما تم احترامها عند تحرير مختلف السندات المودعة، بقصد شهرها، ولمراقبة ذلك بالشكل اللازم إستحدث المشرع نظام المحافظة العقارية بوصفها آلية أساسية في عملية الحفظ العقاري، والتي تباشر بموجبها عمليات المراقبة لجميع المحررات والوثائق التي تكون مودعة بقصد إشهارها وذلك بما يضمن حماية ملكية الأفراد والدولة.

2.1.2.2.1 . إجراءات شهر العقد التأسيسي للوقف

يجب على الموثق أو مدير الشؤون الدينية و الأوقاف بالولاية بعد إعداده للمحرر الرسمي المؤسسي للوقف أن يدون محتوى المحرر في جدول خاص بالشهر العقاري، و يحرره في نسختين، ويرفقه بجميع المستندات، و الوثائق المثبتة لملكية العقار من أجل الإشهار، ثم يقوم المحافظ العقاري بإجراءات تسجيله في سجل الإيداع، حسب الترتيب العددي، و يسلم للموثق سندا يشار فيه إلى مرجع سجل الإيداع، ثم يحقق المحافظ بمجرد إطلاعها على البيانات الموجودة في العقد المودع لديه بأن موضوع أو سبب الوقف مشروع و غير مخالف للنظام العام و موافق للقانون و يحقق في موضوع العقار، فيما إذا كانت ملكية العقار ممكنة النقل و التصرف فيه باعتباره ملكا من أملاك الدولة؛ أو وفقا مما يحول دون إتمام إجراءات الشهر، فإذا كان العقد صحيحا و العقار قابلا للتصرف يقوم بإجراء الشهر.

و عندما يلاحظ المحافظ العقاري عدم صحة الوثائق أو عدم المطابقة، يرفض الإيداع، و يصدر قرارا يبلغه إلى الموقع على شهادة الهوية و هو الموثق أو المدير الولائي للشؤون الدينية و الأوقاف، في هذه الحالة يكون قراره قابلا للطعن أمام الجهة القضائية المختصة، وهذا ما نصت عليه المادتان 22 و 24 من الأمر 74-75 المتضمن المسح العام.

و في حالة قبول الإيداع و إشهار العقد، يؤشر المحافظ العقاري على نسختي العقد المدون في الجدول المعد لغرض الإشهار، فيرجع النسخة الأولى إلى المودع ليثبت بذلك إتمام إجراء الشهر، أما النسخة الأخرى، التي تحمل لزوما تأشيرة التصديق على الهوية، وعند الاقتضاء على الشرط

الشخصي للأطراف، يحتفظ بها في المحافظة العقارية و ترتب ضمن الوثائق، و فيما يأتي تفصيل دور المحافظ العقاري في تنفيذ عملية الشهر:

أولاً- إيداع الوثائق بالمحافظة العقارية .

يجب على الموثق أو المدير الولائي للشؤون الدينية و الأوقاف تسجيل المحررات الوقفية في مصلحة التسجيل والطابع، وفقاً لما يقتضيه الأمر 76-105 المتضمن قانون التسجيل و الطابع المعدل و المتمم قبل إيداعها لدى المحافظة العقارية المختصة إقليمياً، و طبقاً لنص المادة 44 من قانون الأوقاف فإن الوقف العام معفى من رسوم التسجيل و الضريبة، حيث تنص المادة 44 على ما يلي: «تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل و الضرائب و الرسوم الأخرى لكونها عمل من أعمال البر و الخير».

و علة إعفاء الوقف العام من هذه الرسوم هو الغرض الخيري الذي تسعى إلى تحقيقه خلافاً لغيرها من مجموعات الأموال و الأشخاص، و وفقاً للتعليمات الوزارية المشتركة رقم 09 المؤرخة في 16 سبتمبر 2002 المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية بالملك الوقفي، فإن هذه الشهادة معفاة أيضاً من رسم التسجيل إستناداً لنص المادة 353-4 الفقرة 8 من قانون التسجيل 76-105.

يتم إيداع المحررات الواجبة الشهر على مستوى قسم الإيداع في الأجل المحددة له قانوناً ، طبقاً لنص المادة 90 من المرسوم 76-63: «ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار العقاري المحررة من قبلهم أو بمساعدتهم، وذلك ضمن الأجل المحددة في المادة 99 وبكيفية مستقلة عن إرادة الأطراف»، و هذه المواعيد تختلف باختلاف طبيعة العقد و موضوعه حسب المادة 99 من المرسوم السابق الذكر، و هذه الأجل قد تم تعديلها بموجب المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999 فأصبحت على النحو الآتي:

-بالنسبة للعقود الأخرى و الوثائق لابد أن تكون خلال شهرين من تاريخ إيداعها، و هذه الأجل هي من النظام العام، و عدم احترامها يعرض مودعي العقود إلى دفع غرامة مالية، حددتها المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999 بـ1000 دج، فيجب على الموثق أن يقوم بإيداع العقد المؤسس للوقف خلال أجل شهرين من تاريخ إيداعها لديه.

و عملية الإيداع حسب المادة 92 من المرسوم 76-63 تتطلب لزوماً إيداع صورتين رسميتين، أو نسخ للعقود الوقفية، أو الشهادة المثبتة للملك الوقفي موضوع عملية الإشهار، بحيث ترجع واحدة من هذه الصور أو نسخ إلى القائم بالإيداع بعد أن يؤشر عليها المحافظ العقاري، مثبتاً بذلك انقضاء

الإجراء، أما النسخة الثانية أو الصورة الأخرى فيحتفظ بها المحافظ وترتب ضمن الوثائق .
يقوم المحافظ العقاري بمسك سجل إيداع، يفيد فيه يوميا تسليمات العقود، والقرارات القضائية وكل الوثائق المودعة، قصد تنفيذ الإجراء، ويسلم إلى المودع سند الإستلام يشار فيه إلى كل مراجع الإيداع وتاريخه، والهدف من هذا القيد هو التحقق من الأسبقية في عملية الإيداع، خاصة و أنه يمكن أن يكون أكثر من تصرف قانوني على عقار واحد ، كأن يوجد إيداع عقد وقف عقار كائن ببلدية ما ، وإيداع عقد هبة بذات اليوم على ذات العقار، فلتفادي كل النزاعات التي قد تثار بهذا الشأن، تم وضع قواعد إجرائية تحدد عملية مسكه، ومن بين هذه الاجراءات ضرورة التأشير عليه فور إيداع الوثيقة .
يمكن للمحافظ العقاري أن يقبل المحرر الوقفي المودع للشهر إذا كان مطابقا للشكليات المحددة قانونا في النصوص التشريعية و التنظيمية السارية المفعول، كما يمكن للمحافظ العقاري أن يرفض إيداع شهر المحرر الوقفي المودع للشهر إذا كان المحرر غير مستوف للشكليات المحددة قانونا، كما يمكن للمحافظ العقاري إصدار قرار برفض الإجراء الذي يؤسس على الأسباب المحصورة في المادة 101 من المرسوم 63-76 ، و قد يكون رفض الإيداع جزئيا مثل ما ورد في المادة 106 من المرسوم 63-76 [111] .

على عكس رفض الإيداع الذي يتطلب فحصا شاملا وسريعا للوثيقة المودعة، فإن رفض الإجراء يتطلب مراقبة دقيقة وفحصا معمقا للوثيقة التي تم قبول إيداعها مع ضرورة مقارنتها بالبيانات المقيدة على مجموعة البطاقات العقارية؛ فإذا إتضح وجود خلل أو نقص في الوثيقة المودعة يمكن للمحافظ العقاري إصدار قرار برفض الإجراء الذي يؤسس على الأسباب المحصورة في المادة 101 من المرسوم السابق.

بعد أن يتأكد المحافظ العقاري من الإيداع القانوني للوثائق العقارية الخاضعة للشهر، يتولى عملية الإشهار خلال مدة 15 يوم الآتية لتاريخ إيداعها، ويكون للشهر العقاري أثر فوري حيث ينشئ الحق العيني ، بحيث لا وجود لحق الملكية العقارية، أو لحق عيني آخر حتى فيما بين الأطراف المتعاقدة إلا من تاريخ إشهارهما بالمحافظة العقارية طبقا للمادة 15 و 16 من الأمر 74-75 وينتج عن إجراء الشهر إنشاء البطاقة العقارية، إذا كان العقار الموقوف واقعا في منطقة غير ممسوحة، أو التأشير عليها و الحصول على الدفتر العقاري في الحالة العكسية.

البطاقة العقارية عبارة عن وثيقة مطابقة لنماذج محددة بمقتضي قرار من وزير المالية ، و هي تعبر عن النطاق الطبيعي و الوضعية القانونية الحالية للعقار المخصصة له وفقا للمادة 19 من الأمر 74-75 ، فيمكن لأي شخص بمجرد الإطلاع على البطاقة العقارية معرفة موقع العقار و حدوده و

تاريخ ملكية العقار و أسماء الملاك المجاورين له، الإنشاءات المقامة عليه، تاريخ إقامتها كذلك رقم العقار، تاريخ إنشائه، وصفه التفصيلي، و رقم مخطط مسح الأراضي المتعلق به، إسم الملاك الذين تعاقبوا عليه منذ إنشاء التصرفات التي صدرت من كل منهم و من المالك الأخير، و الأعباء التي تثقل هذا العقار [113] ص 156-159.

ثانيا- التأشير على البطاقات العقارية.

يؤدي شهر المحرر المؤسس للوقف في المحافظة العقارية إلى التأشير على مجموعة البطاقات العقارية، و عملية التأشير على البطاقة العقارية تختلف باختلاف نوع البطاقة العقارية مما يدفعنا إلى تحديد أنواعها و كيفية ترتيبها و من ثم كيفية التأشير عليها [117] ص 40.

البطاقات العقارية متنوعة، و هي إما و بطاقات قطع أراضي و بطاقات حضرية و بطاقات أبجدية و و فيما يأتي تفصيل موجز لكل منها:

1- بطاقات قطع الأراضي:

تستحدث بالنسبة للأراضي التي تم مسحها بطاقة قطع أراضي للملكية، بالنسبة لكل وحدة عقارية واقعة في إقليم بلدية.

و قد حددت المادة 24 من المرسوم 63-76 هذه البطاقات و التي جاءت في شكل جداول كالتالي:

الجدول الأول: نطاق الوحدة العقارية و نوعها.

الجدول الثاني: الاجراءات المتعلقة بحق الملكية، و تعيين المالكين، و كذلك بالنسبة للأشخاص الطبعيين شروطهم الشخصيه كما هي محددة في المادة 65 السالفة الذكر .

الجدول الثالث: الاجراءات المتعلقة بالحقوق المشتركة بالإرتفاقات الإيجابية و السلبية.

الجدول الرابع: الاجراءات المتعلقة بالحقوق العينية و الأعباء العقارية و الاجراءات غير الشكلية المذكورة في الجدول 2 و 3 و 5.

الجدول الخامس: الإمتيازات و الرهون و كذلك التعديلات و التشطيبات المتعلقة بهذه الحقوق نفسها.

أما بالنسبة لترقيم هذه البطاقات؛ فإنه يتم ضمن مجموعات متميزة، حسب كل بلدية و بالنسبة لكل بلدية حسب الترتيب الأبجدي للأقسام، و بالنسبة للأقسام حسب الترتيب التصاعدي لأرقام مخطط مسح الأراضي حسب المادة 26 من المرسوم 63-76.

2- البطاقات الحضرية.

يقصد بالعمارات الحضرية العمارات المبنية و غير المبنية الموجودة في البلديات التي تزيد كثافتها السكانية عن 2000 نسمة وفقا للمادة 21 من المرسوم 63-76 ، و يتم التعرف على هذه العمارات في الجدول أو المستخرجات و التحريات أو النسخ أو الصور المودعة عن طريق الإشارة فيها إلى الشارع و الرقم، و إن انعدمت هذه الشروط تؤدي إلى اعتبار هذه العمارات عمارات ريفية، (تطبيقا لنص المادتين 113- 114 من المرسوم 63-76 و في إنتظار إتمام عملية المسح عبر كامل التراب الوطني تمسك بطاقات عقارية مؤقتة تخص العمارات الريفية غير المسوحة حسب المادة 115 من المرسوم السابق الذكر، حيث تنص هذه المادة على أنه: «كلما أودعت الوثائق المتعلقة بمسح الأراضي تفهرس مستخرجاتها في بطاقات خاصة حسب كل مالك»، و على ضوء ذلك يقوم المحافظ العقاري بإنشاء بطاقة عقارية مطابقة، و يتولى ترتيبها بعد التأشير عليها وفقا لنظام الشهر الشخصي باسم الوقف، يجب أن تتضمن البطاقة المحدثة من قبل المحافظ العقاري حسب المادة 114: نوع العقار و موقعه و محتوياته) [118] ص 151، [113]ص159-161.

و البطاقات العقارية الحضرية نوعان: بطاقات عقارية عامة و بطاقات خاصة بالملكية المشتركة

أ- البطاقات العامة للعقار:

يعد المحافظ العقاري هذه البطاقة عندما يكون العقار المبني الموقوف شاملا لأجزاء مشتركة مخصصة للإستعمال الجماعي، بحيث يؤشر عليها عند الإقتضاء كل التجزئة و التقسيم المخصص للعقار، و كذلك جميع الشكليات التي تهم مجموع العقار.

نموذج هذه البطاقة مقسم إلى قسمين:

القسم العلوي: يذكر فيه البلدية التي يوجد فيها العقار إسم الشارع ورقمه وبيان مسح الأراضي.

القسم السفلي: و يحتوي على ستة جداول كما يلي :

الجدول الأول: تعيين مجموع العقار مع بيان نوعه وموقعه.

الجدول الثاني: تعيين القطع التي يتكون منها العقار.

الجدول الثالث: تحديد الاجراءات المتعلقة بحقوق ملكية العقار و القطع في حالة وجودها ، و كل الشكليات المتعلقة بالعقد الأول الناقل أو المنشئ للملكية المقسمة، مع تحديد هوية الشخص الاعتباري ، و بالنسبة لكل قطعة أو شقة المراجع المتعلقة بالبطاقة الخاصة المنشئة و من المسح الأول للملك المقسم.

الجدول الرابع: تحديد الاجراءات المتعلقة بالحقوق المشتركة ، و الارتفاقات الإيجابية و السلبية.

الجدول الخامس: تحديد الاجراءات المتعلقة بالحقوق العينية و الأعباء العقارية والإيجارات لأكثر من 12 سنة.

الجدول السادس: يخصص الامتيازات و الرهون كل التشطيبات المتعلقة بهذه الحقوق.

و ترتب هذه البطاقات حسب المادة 32 من المرسوم 63-76 في كل محافظة عقارية ضمن مجموعة متميزة ،حسب كل بلدية، و بالنسبة لكل بلدية حسب الشوارع، و الأرقام، و عند الإقتضاء في البلديات التي يوجد بها مسح الأراضي حسب القسم و رقم مخطط مسح الأراضي ، و ترتب البطاقة الخاصة طبقا للبطاقة العامة المطابقة و حسب الترتيب العددي للقطع .

ب- البطاقات الخاصة بالملكية المشتركة:

تعد البطاقات الخاصة بالملكية المشتركة إذا تعلق الأمر بتصرفات قانونية واقعة على ملكية مشتركة ، و تطبيقا للمادة 30 من نفس المرسوم تقسم هذه البطاقات إلى قسمين:

القسم العلوي: يذكر فيها المحافظ العقاري البلدية الموجود فيها العقار، إسم الشارع و رقمه و بيان مسح الأرض لمجموع العقار.

القسم السفلي: يحتوي على ستة جداول.

الجدول الأول: التعيين الموجز لمجموع العقار مع بيان نوعه و موقعه.

الجدول الثاني: تعيين القطعة.

الجدول الثالث: الاجراءات المتعلقة بحقوق ملكية القطعة ،و تعيين المالك، و كذلك بالنسبة للأشخاص الطبيعيين شرطهم الشخصي.

الجدول الرابع: الاجراءات المتعلقة بالحقوق المشتركة و بالارتفاقات الإيجابية و السلبية.

الجدول الخامس: الاجراءات المتعلقة بالحقوق العينية، و الأعباء العقارية ،و الإيجارات لأكثر من اثني عشر سنة، غير الاجراءات المذكورة في الجدول الثالث و الرابع و السادس.

الجدول السادس: الامتيازات و الرهون و كذلك التعديلات و التثقيبات المتعلقة بهذه الحقوق نفسها.

[111] المادة 28.

و ترتب هذه البطاقات تبعا للبطاقة العامة المطابقة و حسب الترتيب العددي للقطع.

البطاقات التي ذكرناها سابقا ؛ هي البطاقات الخاصة بنظام الشهر العيني، و على ضوء ذلك نقول: إذا كان المحرر الوقفي محله عقارا ممسوحا أرضا كان أو مبنى؛ فإن شهره يتم وفقا لنظام الشهر العيني، و هذا يستدعي قيام المحافظ العقاري بإنشاء بطاقة عقارية مطابقة و الأصل أن المحافظ العقاري في ظل نظام الشهر العيني لا يقوم بإنشاء بطاقة جديدة للعقارات الموقوفة في المناطق الممسوحة بل يستلزم ضبط الدفتر المودع من قبل الواقف نفسه باعتباره مالكا طبقا لتطبيقا لأحكام المادة 46-2 من المرسوم 63-76، و تسليمه إلى المتصرف إليه المالك الجديد وباعتبار أن الوقف ليس ملكا لأحد فإن الدفتر يبقى محتفظ به على مستوى المحافظة العقارية غير أنه في هذه الحالة فإن الوقف يؤدي إلى إنشاء بطاقة جديدة خاصة بالنسبة للأوقاف المحررة من قبل المدير الولائي للشؤون الدينية و الأوقاف تطبيقا للتعليمية الوزارية المشتركة رقم 9 المؤرخة في 12-09-2002 و المتعلقة باجراءات تدوين الشهادة الرسمية المثبتة للملك الوقفي.

ثم و يتولى ترتيبها بعد التأشير عليها وفقا للتحديد السابق (أرض،عقار حضري سواءً كان بناية فردية أو جماعية) متبعا في ذلك الشكليات التي حددتها المادة 33 من الأمر 63-76، فيجب أن يكون التأشير على البطاقات العقارية بكيفية واضحة و مقروءة و يستعمل الحبر الأسود الذي لا يمحي هذا بالنسبة للتأشير التي لا تستفيد من نظام التجديد.

أما التأشيرات التي تخضع للتجديد فإنها تكتب بالحبر الأحمر الذي لا يمحي ، عند إستعمال الخطوط يجب أن تسطر بالمسطرة، و يمنع التحشير أو الكشط، وفي حالة الخطأ الذي ينسب إلى أعوان المحافظة العقارية، يتم تصحيحها و التأشيرات الأولى تبقى كما هي، و التصحيحات تسجل في تاريخها و كل تأشير خاص بإجراء شهر وقف يشمل على الخصوص بيان تاريخ العقد الرسمي المؤسس للوقف، أو تاريخ الشهادة المثبتة للملك الوقفي و اسم محرر السند الموثق أو مدير الشؤون الدينية و الأوقاف بالولاية ، كما يجب أن يظهر في كل تأشيرة تاريخ الإشهار وفقا للمادة 34 من المرسوم 63-76 .

و في الأخير فإن عملية التأشير على البطاقات العقارية يجب أن تعكس حقيقة الوضعية القانونية للعقارات، و لأجل ذلك لابد أن تكون كل التأشيرات صحيحة.

وإذا أخطأ المحافظ العقاري أثناء القيام بإجراء الإشهار إستلزم تصحيح التأشيرات ،أما إذا كان هذا الخطأ بتحايل، و تهاون من المحافظ العقاري ،فإنه يجوز للمتضرر رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض كماله الحق في رفع دعوى التزوير في حالة ثبوت ذلك.

و في جميع الحالات فإن عملية التصحيح التي تتم فوق البطاقات العقارية مهما كانت صفتها ونوعها يجب أن تقيد بتواريخ إجرائها أي من يومها دون أن يكون لها أثر رجعي من يوم التأشير الحقيقي على هذه البطاقات، مع ضرورة الإبقاء على التأشيرات الأولى بصورتها الحقيقية ، و حتى يكون لهذه التصحيحات الخاصة بالتأشيرات الصفة الرسمية لا بد أن تقيد بختم و إمضاء المحافظ العقاري نفسه القائم بعملية التصحيح [118] ص 156 ، [35] ص 30-36.

ثم يقوم المحافظ العقاري بفتح بطاقة أجدية لحساب الوقف العام، و ترتب أجديا و عليه يتم إعداد دفتر عقاري،و يسلم إلى المدير الولائي للشؤون الدينية و الأوقاف بالولاية إذا تعلق الأمر بشهر الشهادة المثبتة للملك الوقفي طبقا للتعليمات الوزارية المشتركة رقم 9 المؤرخة في 12-09-2002 و المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية المثبتة للملك الوقفي.

أما إذا تعلق المحرر بعقد وقف مؤسس من قبل الموثق؛ فإن الوقف يقيد باسم الوقف العام على أن الدفتر العقاري يتم الاحتفاظ به من قبل المحافظة العقارية باعتبار أن الوقف شخص معنوي وفقا للمادة 46 فقرة 2 من المرسوم 63-76.

وباعتبار أن محل الوقف وارد على عقار ممسوح؛ فإن الدفتر العقاري يكون بحوزة المالك الذي ثبت حقه على عقار ممسوح، و هو بحوزة الواقف باعتباره مالكا لمحل الوقف؛ وفقا لنص المادة 17 من قانون الأوقاف 10-91، و عليه فإن الوقف لا يستدعي إحداث بطاقة عقارية جديدة، بل يستلزم ضبط الدفتر المودع من قبل حائزه، و إعادته بعد ذلك؛ إما إلى الواقف نفسه؛ أو تسليمه إلى المتصرف فيه تطبيقا لأحكام المادة 2-46 من المرسوم 63-76: « كل نقل لحق ملكية عندما لا يكون سببا في إنشاء بطاقات جديدة تؤدي إلى ضبط الدفتر العقاري الذي أودعه المالك القديم و تسليمه إلى المالك الجديد».

و باعتبار أن الوقف المؤسس من قبل الواقف بعقد توثيقي لا ينقل الملكية إلى الموقوف عليهم، و لا يبقى على حكم ملك الواقف، أصبحت له شخصية معنوية مستقلة طبقا لنص المادة 5 من القانون 91-10؛ و من ثم فإن الدفتر العقاري يبقى لدى المحافظة العقارية بخلاف إجراء الشهر للشهادة المثبتة للملك الوقفي فإن الدفتر العقاري يسلم إلى المدير الولائي للشؤون الدينية و الأوقاف طبقا للتعليمية الوزارية المشتركة رقم 9 المؤرخة في 12-09-2002 و المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية المثبتة للملك الوقفي؛ و يسلم له الدفتر العقاري ليس باعتباره مالكا، و إنما باعتباره ممثلا للوقف العام على المستوى المحلي تطبيقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 98-381.

و جدير بالذكر أن الشهر العقاري المنصب على التصرف الوقفي يتطلب إجراءات إضافية تتعلق بضرورة إعلام المحافظ العقاري السلطة الوصية على الوقف العام بكل وقف مشهر حسب المادة 41 من قانون الأوقاف، و يتم ذلك بموجب كشف الإرسال طبقا للتعليمية رقم 00287 المؤرخة في 29-1-2000 التي حددت نموذجها.

فضلا عن ذلك؛ فإن المحافظة العقارية تمسك إلى جانب السجل العقاري؛ سجلا عينيا خاصا بالأمولاك الوقفية، و قد تم إحداثه بمقتضى المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 03-51 المؤرخ في 4-2-2003 المحدد لكيفيات تطبيق المادة 8 مكرر من القانون 10-91: « يحدد شكل و محتوى السجل العقاري الخاص بالأموال الوقفية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالشؤون الدينية و الأوقاف و الوزير المكلف بالمالية».

3- البطاقات الأبجدية:

إذا كان العقار الموقوف واقعا في منطقة غير ممسوحة، فإن عملية شهره تتم وفقا لنظام الشهر الشخصي حيث تمسك البطاقات الأبجدية بصفة مؤقتة إلى حين إتمام المسح، و يتم شهر التصرفات اعتمادا على أسماء المتصرفين؛ فالعقود الوقفية التي تكون موضوع إشهار تتم فهرستها بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات مؤقتة تمسك على الشكل الفردي حسب المادة 44 من المرسوم 63-76. و تمسك هذه البطاقات حسب طبيعة أصحاب الحقوق، وبالنسبة للأشخاص الطبيعية ترتب حسب الترتيب الأبجدي لأصحاب الحقوق، و بالنسبة للأشخاص المعنوية ترتب حسب الترتيب العددي لهذه البطاقات وتشتمل هذه البطاقات على قسمين:

القسم العلوي: تذكر فيه كل البيانات الخاصة بهوية الأطراف سواء كانوا طبيعيين أو معنويين [35] ص 30-33.

القسم السفلي: عبارة عن جدول يشار فيه إلى العناصر المتعلقة بتعيين العقار الموجود على البطاقات.

2.2.2.1. آثار شهر العقد التأسيسي للوقف.

يكتسي الشهر أهمية كبيرة في إنشاء الحقوق والاعتراف بوجود التصرفات الواردة على عقار، غير أنه ينبغي الإشارة إلى أن قانون المنظم لعملية الشهر العقاري(الأمر 74-75 و المراسيم التنفيذية المنظمة له) لم يحسم كثيرا من المسائل القانونية، وحتى القانون المدني الذي صدر قبله، ونقل جل أحكامه من أنظمة تأخذ بالشهر الشخصي، جعله يتناقض مع الآثار المترتبة على القيد في الشهر العيني [121] ص 13، و لعل التساؤل الذي يثار في هذا الخصوص و نحاول الإجابة عنه، يدور حول ما إذا كان لشهر التصرف الوقفي أثر منشئ للحقوق في مواجهة الكافة؟ أم يقتصر دوره على عدم سريان التصرف غير المشهر في حق الغير؟، و هل الشهر يعد منشئاً للشخصية المعنوية للوقف؟، و هو ما سنحاول دراسته في فرعين، نعرض في الفرع الأول إلى الشهر كشرط لوجود التصرف الوقفي و نفاذه، و بدء الشخصية المعنوية للوقف في الفرع الثاني.

1.2.2.2.1 . الشهر كشرط لوجود الوقف ونفاذه

الشهر يعد إجراء يتطلبه القانون أساساً بغية إعلام الغير بحصول التصرف حتى يكون حجة عليهم، فضلاً على أنه يترتب الأثر العيني و هو نقل الملكية في العقارات أو الحقوق العينية الأخرى سواءً فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، و التصرف الوقفي بالرغم من إلزامية شهره؛ فهو لا يترتب نقل الملكية بل يخرج الملكية من الواقف حسب المادة 17 من قانون الأوقاف رقم 91-10.

و الشهر يعد إجراءً ضرورياً تطلبته الحياة العصرية لتأمين المعاملات العقارية، و هو مجموع الإجراءات و القواعد القانونية والتقنية التي هدفها إعلام الكافة بجميع التصرفات القانونية المنصبة على العقارات، سواء كانت كاشفة، أو منشئة، أو ناقلة، أو معدلة، أو منهيّة، لحق عيني عقاري أصلي أو تباعي بغض النظر عن نوع التصرف عقداً كان، أو حكماً، أو قراراً إدارياً، وسواء كان مصدر الحق تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية [121] ص 13.

والشهر ليس ركن في الوقف حسب المادة 9 من القانون 91-10 المتضمن قانون الأوقاف، لأنّ الوقف يعتبر قائماً وصحيحاً ومنتجاً لآثاره ماعدا الأثر العيني وهو نقل الملكية التي لا تتم إذا لم يحصل شهر الوقف [122] ص 260.

و وفقاً للمادة 14 فقرة 2 و المادة 16 من الأمر رقم 74-75 المتضمن مسح الأراضي العام، فإنّ الوقف يعد تصرفاً قانونياً ناقلاً لحق عيني عقاري أصلي [123] ص 347.

و قد جاء في نص المادة 15 من الأمر 74-75 المتضمن قانون المسح العام على أن : « كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلاّ من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية إلا أنّ نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية» .

كما نصت المادة 793 من القانون المدني : « لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواءً كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار».

من خلال نص المادة السابق الذكر يتضح جلياً أن الملكية العقارية و الحقوق العينية الأخرى لا تنتقل فيما بين المتعاقدين و لا حجية لها في مواجهة الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون المنظم لعملية الشهر العقاري و هو ما أكدته المادة 16 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في

12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري،و التي تقضي بأن :
«العقود الإدارية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني
عقاري لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية ».
كما نصت المادة 41 من قانون الأوقاف على ما يأتي: «يجب على الواقف أن يقيد وقفه بعقد
لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك و إحالة
نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف» [13].

كما نصت المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-336: « يخضع الملك الوقفي محل
وثيقة الإشهاد إلى التسجيل و الإشهار العقاري طبقا للقوانين و التنظيمات المعمول به».

كما نصت المادة 17 من القانون رقم 91-10: «إذا صح الوقف زال حق الملكية».

و نصت المادة 18 من القانون نفسه على ما يأتي: «ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما
تنتجه، و عليه استغلالها إستغلالا غير متلف».

ويتضح من هذه النصوص أن الحق العيني لا يترتب سواء بين الواقف و الموقوف عليه،أو
بالنسبة للغير،إلا من تاريخ الشهر في مجموعة البطاقات العقارية [62]ص80-85، فبغض النظر
عن نوع المحرر المثبة للوقف عقدا، أو شهادة مثبتة للملك الوقفي، وبغض النظر عن صفة
المتصرف، أو الجهة التي أصدرته؛ سواء كان كاشفا، أو منشئا للحق، فإنه لا وجود له إلا بعد الشهر
في مصلحة الحفظ العقاري، أما قبل الشهر؛ فإن الحق العيني يبقى دائما مملوكا للمسجل باسمه في
السجل العقاري و هو الواقف وهو ما يعرف بالأثر المنشئ للشهر ، ومن ثم ؛فإن الوقف باعتباره
تصرفا من شأنه نقل حق من الحقوق العينية العقارية وحب شهره ، و يترتب على عدم القيام بالشهر
أن ملكية الواقف المشار إليها لا تنتقل، ولا تتغير، ولا تزول، سواء بالنسبة للواقف أو الموقوف عليه
، فيبقى الواقف مالكا للعقار الموقوف، و إذا مات انتقل إلى ورثته و الموقوف عليه لا ينشأ حقه في
الغلة إلا بعد الشهر، أما و قبل هذا الإجراء، فإن الوقف بين ذوي الشأن وبالنسبة لغيرهم لا يرتب إلا
التزامات شخصية و التي نعني بها علاقة الدائنية .

بمقتضى المادة 14 من الأمر 74-75 السابق الذكر و المادة 793 من القانون المدني و المادة 17
من القانون 91-10 فإنه يتعين الشهر فيها، حتى تخرج الملكية العقارية من ملك الواقف.
وعليه فإن عدم شهر عقد الوقف لا يرتب إلا التزامات شخصية فتبقى ملكية العقار دائما على
ذمة الواقف، فالشهر يرتب الأثر العيني في نقل الملكية العقارية و ليس شرطا للانقضاء، وهو ما أكدته
المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 21-10-1990 تحت رقم 68467 [124] ص 86. أن

عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقاً لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني « كما أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت الشهر الذي يعطي للعقد القوة على نقلها سواء أكان ذلك بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير » [125] ص 102 .

-أما بالنسبة للوقف، فإنه فضلاً عن الرسمية المستوجبة في العقد، فالمادة 41 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف قد اشترطت صراحة شهر الوقف لترتيب أثره العيني في نقل الملكية العقارية .

-كما اشترط المشرع إشهار جميع العقود، والقرارات الإدارية المنصبة على نفس الحقوق، لنقل الملكية، وأكد على ذلك في نصوص خاصة منها المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 و أكدت المحكمة العليا بغرفتها العقارية في قرارها صادر 28-02-2001 في حيثياته: «أن قضاة الموضوع غير ملزمون بالرجوع إلى الخبرة طالما عيّنوا العقد..... الذي لم يتم شهره» .

2.2.2.2.1 . بدء الشخصية المعنوية للوقف .

الشخصية المعنوية أو الاعتبارية أو القانونية هي مقابل الشخصية الطبيعية الحقيقية المتمثلة في الإنسان نفسه، الذي تبدأ شخصيته القانونية منذ علوقه في رحم أمه بشرط ولادته حياً ، في حين أن الشخصية الاعتبارية هي صلاحية الشخص المعنوي لثبوت الحقوق له أو عليه ، أو أنها صفة يمنحها القانون لمجموعة من الأشخاص، أو الأموال قامت لغرض معين، بمقتضاها تكون هذه المجموعة شخصاً جديداً متميزاً عن مكوناتها ، وتكون أهلاً لتحمل الواجبات واكتساب الحقوق، و الوقف بهذا المعنى إترف له القانون بالشخصية الاعتبارية بموجب المادة 05 من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27-04-1991 المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم: « الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين و لا الاعتباريين و يتمتع بالشخصية المعنوية » ، و هو ما تم التأكيد عليه بنص المادة 49 من القانون المدني [25] .

و الوقف كتصرف قانوني لا ينشأ وفقاً للمادة 9 من قانون الأوقاف إلا إذا استوفى الأركان اللازمة لانعقاده، من واقف، و موقوف عليه، و صيغة دالة على الوقف، و المال الموقوف، والوقف بهذا المعنى ؛ لم يقرر المشرع قاعدة في وقت بدء شخصيته المعنوية بخلاف الشركة التي تنشأ شخصيتها المعنوية بمجرد تكوينها وفقاً لما قرره القانون، و بالرجوع لحكم المسألة في الفقه الإسلامي نلاحظ أن الفقه يميز بين الاعتراف العام و الاعتراف الخاص كشرط لنشوء الشخصية المعنوية، ففي الاعتراف العام تضع الدولة شروطاً و ضوابط عامة بتحققها تمنح الشخصية المعنوية لمجموعات الأشخاص أو الأموال، دون الحاجة لتدخل الدولة لتقرير هذا الاعتراف [19] ص 32-33، 87، [28] ص 181، في حين أن الاعتراف الخاص لا يمنح الشخصية المعنوية لمجموعات

الأشخاص أو الأموال، إلا إذا رخصت الدولة، أو اعتمدت هذه المجموعة أو تلك، فكل مجموعة تحتاج لإنشائها اعترافاً أي ترخيصاً من قبل الدولة و مثال ذلك الجمعيات ، و عليه فإن الشخصية المعنوية لا وجود لها إلا من تاريخ اعتراف الدولة الذي قد يكون اعترافاً عاماً أو اعترافاً خاصاً، و يكون الاعتراف عاماً إذا وضع المشرع شروطاً عامة إذا توفرت في جماعة الأشخاص أو الأموال اكتسبت هذه الأخيرة الشخصية المعنوية دون الحاجة إلى إذن أو ترخيص خاص، أما الاعتراف الخاص فيتطلب صدور قرار من الدولة بقيام الشخصية الاعتبارية لمجموعة الأموال أو الأشخاص التي تم تكوينها وفقاً للقانون [22] ص 634، [10] ص 520، [23] ص 20، [24] ص 33.

و فيما يلي نحاول الإجابة عن السؤال الآتي: هل اعتراف الدولة بالوقف كشخص معنوي هو من قبيل الاعتراف العام أو الاعتراف الخاص؟

بتفحص النصوص التشريعية و التنظيمية المنظمة للوقف العام، نلاحظ أن المشرع وضع شروطاً عامة إذا توفرت في الواقف و الموقوف عليه و الصيغة الدالة على الوقف، و في المال الموقوف، اكتسب هذا الأخير الشخصية المعنوية دون الحاجة إلى إذن أو ترخيص خاص.

فإذا توفرت جميع الأركان في عقد الوقف، نشأ عن هذا العقد شخص جديد، هو الشخص المعنوي، الذي ينفصل عن الواقف و الموقوف عليه و الناظر، و لم يشترط أحد من الفقهاء لصحة الوقف صدور إشهاد رسمي به من الواقف، و قد كانت المحاكم الشرعية قبل إلغائها تسمع دعوى الوقف و ما يتعلق به دون اشتراط لوجود الإشهاد الرسمي بالوقف. و تسير اجراءات الدعوى ما دام المدعى عليه مقراً به، أما إذا أنكره فيشترط الإشهاد طبقاً للمادة 137 من القانون 78 سنة 1931.

لم يشر قانون الأوقاف 91-10 بمختلف تعديلاته إلى وقت نشوء الشخصية المعنوية للوقف، بينما نراه المشرع حدد وقت نشوء الشخصية المعنوية للشركات في القانون المدني، المادة 417 فقرة 1 و التي نصها: « تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً معنوياً، غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء اجراءات الشهر التي ينص عليها القانون ». و مقتضى هذا النص؛ أن الشركة المدنية تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها؛ و إن كان لا يجوز الاحتجاج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد القيام باجراءات الشهر. على عكس الشركة التجارية؛ فهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية إلا من يوم قيدها في السجل التجاري و هذا ما جاء في مضمون القانون التجاري في نص المادة 549 منه : « لا تتمتع الشركة التجارية بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، و قبل إتمام هذا الإجراء يكون

الأشخاص الذين تعهدوا باسمها و لحسابها متضامنين من تحديد أموالهم، إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة، فتعتبر التعهدات بمثابة تعهدات الشركة منذ تأسيسها».

نلاحظ من النصين أن الشركة تولد كشخص معنوي بمجرد تكوينها على وجه صحيح؛ و على ذلك لا يلزم - كأصل عام- لكي تكتسب الشركة الشخصية المعنوية اتخاذ إجراءات الشهر التي يقرها القانون وفقا لنص المادة 417 من القانون المدني،. لأن هذه الإجراءات قصد بها على وجه التحديد إعلام الغير بوجود الشركة كشخص معنوي حتى يمكن الاحتجاج على الغير بهذا الوجود.ومما يؤكد انتفاء العلاقة بين نشوء الشركة كشخص معنوي، و اتخاذ اجراءات الشهر في حق الغير-أنه إذا لم تتم اجراءات الشهر المقررة بحيث يحتج بوجود الشركة و يتمسك بشخصيتها المعنوية ما دام لم يقرر طلب بطلانها [126]ص58،[127]ص50.

فإذا كانت القاعدة العامة أن عقد الشركة الصحيح هو وحده القادر على خلق شخص معنوي صحيح، أما عقد الشركة الباطل فالفرض أنه لا ينشئ شخصا معنويا،لأن البطلان الذي يلحق العقد يؤدي إلى انهياره برمته، و محو الآثار المترتبة عليه بأثر رجعي بحيث يعود المتعاقدون إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد. و لا صعوبة في تطبيق هذه القواعد طالما انكشف سبب البطلان منذ البداية، و قبل أن ينفذ العقد، و تترتب عليه آثاره.و لكنها تبدوا عندما يظهر سبب البطلان بعد ذلك، أي بعد أن يكون العقد قد تم تنفيذه، و نشأ عنه من الناحية الواقعية الشخص المعنوي الجديد. إذ لو طبقنا القاعدة العامة في البطلان؛ لوجب إهدار كافة المعاملات التي يكون الشخص قد دخل فيها مع الغير و إزالة آثارها بأثر رجعي بحيث تعود الحال إلى ما كانت عليه قبل ذلك. ومما لا شك فيه أن مثل هذا التطبيق من شأنه أن يؤدي إلى نتائج غير عادلة؛ من الناحية الاقتصادية إذ يترتب عليه إخلال و تصدع المراكز القانونية المستقرة و إهدار لحقوق الغير الذي يتعامل مع الشركة و لا يعلم بالعيوب التي تنخر في عقد تأسيسها،و لتفادي مثل هذه النتائج لم يجد القضاء مفرا من قصر آثار البطلان على المستقبل فقط مع عدم سحبها على الماضي.بمعنى أنه اعترف بوجود الشخص المعنوي الناشئ عن العقد الباطل وجودا فعليا واقعا لا وجودا قانونيا، و اعتبر البطلان بمثابة إنكار لهذا الوجود بالنسبة للمستقبل فقط .

استند القضاء في إقرار هذا الوجود إلى نظرية حماية ظاهر الأشياء،ذلك أن الغير قد اطمأن إلى وجود شركة و تعامل معها بوصفها شخصا معنويا، و هذا هو جوهر «الشركة الفعلية» التي أرسى

القضاء دعائمها[128]ص87، فهي إذن الشركة التي باشرت نشاطها في الواقع، ثم حكم ببطانها لتخلف احد أركانها،و إثبات هذه الشركة جائز بكافة الطرق[126]ص58،و إذا كانت نظرية الشركة الفعلية من صنع القضاء ،فان المشرع قد اعترف به ضمناً في 418 من القانون المدني و التي نصها:« لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطان قبل الغير و لا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم أحدهم بطلب البطان»؛ فإذا كان البطان مؤسساً على عدم كتابة عقد الشركة أو شهره، تطبق نظرية الشركة الفعلية استناداً إلى النص القانوني المادة 418 فقرة 2 من القانون المدني، حيث يستدل من نصها على أن المشرع اعترف بالشركة الباطلة بسبب انعدام الكتابة في مواجهة الغير، واستبعد بعض من الفقهاء تطبيق نظرية الشركة الفعلية في حالة عدم مراعاة الأركان الشكلية لأن الجزاء في نظرهم يقتصر على عدم جواز احتجاج الشركة على الغير . و يترتب على الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة في الفترة الواقعة بين إبرام العقد والحكم بالبطان نتائج هامة سواءً بالنسبة للشركة أو الشركاء أو بالنسبة للغير ، حيث تعتبر الشركة الفعلية كما لو كانت شركة صحيحة،ثم تتمتع بشخصيتها المعنوية المستقلة عن شخصية الشركاء وتبقى جميع حقوقها والتزاماتها قائمة كما تظل تعهدات الشركاء وحقوقهم صحيحة ومرتبطة لأثارها سواءً فيما بين الشركاء أو بالنسبة للغير [128]ص82-88.

ويمكننا بناءً على ما تقدم القول:إنه لا يلزم لاكتساب الشخصية المعنوية للشركة اتخاذ إجراءات الشهر التي ينص عليها المشرع في المادة 417 قانون مدني، لأن هذه الإجراءات قصد بها إعلام الغير فقط بوجود الشركة كشخص معنوي حتى يمكن الاحتجاج عليه بوجودها ، ولعل خير دليل على صحة هذا القول نص الفقرة 2 من المادة نفسها،و التي تقرر للغير التمسك بالشخصية المعنوية للشركة.

تميز المادة 418فقرة 2 من القانون المدني بين حالتين في حكم تخلف ركن الكتابة:

1- تخلف ركن الكتابة في العلاقة بين الشركاء و الغير: في هذه الحالة لا يمكن للشركاء الاحتجاج أمام الغير بعدم التنفيذ، و يبقى الشريك مسؤولاً على حماية الغير، حسن النية.

2- تخلف ركن الكتابة في العلاقة بين الشركاء فقط: حسب المادة 418 قانون مدني إذ البطان لا يكون له أثر إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطان، فالشركة صحيحة؛ و تبقى قائمة بالرغم من عدم كتابتها ؛و مرتبة لأثارها إلا أنها مهددة بالبطان ،و لا يجوز للمحكمة أن تثير البطان من تلقاء نفسها إذا تخلف ركن الكتابة و هذا هو الفرق بين عقد الشركة و عقد الوقف، إذ لا يمكن الاحتجاج بالوقف من قبل الموقوف عليهم؛ أو في مواجهة ورثة الواقف؛إذا كان الوقف غير

مستوف للشكلية إذ تنص المادة 41 من قانون الأوقاف 10-91 : «يجب على الواقف أن يقيد وقفه بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك و إحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف» و نفس الحكم بالنسبة للشهادة المثبتة للملك الوقفي ، حيث نصت المادة نصت المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-336: « يخضع الملك الوقفي محل وثيقة الإشهاد إلى التسجيل و الإشهار العقاري طبقاً للقوانين و التنظيمات المعمول به» ،نتساءل عن وقت بدء الشخصية المعنوية للوقف، هل يمكن القول: إن الشخصية المعنوية للوقف تنشأ باستكمال الوقف لأركانه المحددة في المادة 9 من القانون 10-91؟ و بالتالي؛ فإن الغير يمكنه التمسك بالشخصية المعنوية للوقف حتى في ظل غياب اجراءات الشهر ؟ بعبارة أخرى هل يتوقف وجود الشخصية المعنوية على شهر التصرف الوقفي في المحافظة العقارية ؛ نظراً لعدم وجود نص يشير إلى وقت بدء الشخصية المعنوية للوقف ؟

لمعرفة وقت نشوء الوقف؛ يجب أن نبحث عن قيمة الشكلية في الاعتراف بالأوقاف قبل و بعد صدور قانون الأوقاف 10-91 .

نص المشرع في معظم قوانينه؛ولاسيما قانون الأوقاف و القانون المدني و قانون الشهر العقاري على ضرورة إشهار كل إجراء، أو تصرف يتعلق بحق تم قيده ؛وذلك حتى يكون نافذاً في مواجهة الغير، فللشهر أثر منشئ للحقوق فهو الذي ينشئها ؛وهو الذي يزيلها ويعدلها. وأقر مشروعيتها سواء بالنسبة للقيد الأول أو التسجيلات اللاحقة له ، ويظل هذا القيد قائماً حتى يرد قيد جديد بتصرف جديد؛ أو ببطلان؛ أو فسخ التصرف المشهر؛ وهو ما يشكل ضماناً لاستقرار المعاملات في مجال الملكية العقارية .

حيث جعل القانون 10-91 في المادة 5 و 17 و 18 و 41 الوقف كتصرف قانوني لا يرتب آثاره فيما بين الواقف و الموقوف عليه و في مواجهة الغير، إلا بعد شهرها في مجموعة البطاقات العقارية، و هو ما يؤكد المشرع في القواعد العامة للشهر في المواد 14، 15، 16، 17 من الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري، و فيما يلي تفصيل لذلك:

باعتبار أن ملكية المال محل الوقف تعود للواقف طبقاً لنص المادة 10 من القانون 10-91: «يشترط في الواقف ليكون وقفه صحيحاً أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكاً صحيحاً» .

فإن الوقف لا ينشأ إلا بخروج الملكية من الواقف ، حيث تنص المادة 17 من القانون نفسه: «إذا صح الوقف زال حق ملكية الوقف ، و يؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليهم في حدود أحكام الوقف و شروطه» .

والملكية لا تخرج من الواقف لتنشأ الوقف إلا باستيفاء اجراءات نقل الملكية من تسجيل و شهر حسب المادة 41 السابقة الذكر، و موافقة للقواعد العامة المنظمة للشهر العقاري الواردة في الأمر 74-75 المتضمن قانون المسح العام؛ و موافقة لأحكام القانون المدني في هذه المسألة، و قد جاء في نص المادة 15 من الأمر 74-75 المتضمن قانون المسح العام : « كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية إلا أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية» .

كما نصت المادة 793 من القانون المدني على «أن الملكية والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا في حق الغير إلا إذا روعيت الاجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص تلك التي تدير مصلحة الشهر العقاري» وهو ما أكدت عليه أيضا المادة 16 من الأمر 74-75 المؤرخ 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري والتي نصت على أن:

« العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء؛ أو نقل؛ أو تصريح؛ أو تعديل؛ أو انقضاء حق عيني؛ لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية » .

وتؤكد كل هذه المواد على مسألة في غاية الأهمية مفادها أن الوقف يعتبر بمجرد تكوينه(إذا توفرت جميع الأركان في عقد الوقف و بعد استيفاء اجراءات الشهر، نتج عن هذا الأخير شخص جديد ، وهو الشخص المعنوي الذي ينشأ عن الوقف) شخصاً اعتبارياً معنوياً مستقلاً عن الأشخاص الطبيعيين و المعنويين المكونين له أو المنتفعين به أو المسيرين له [13] المادة5.

وهو مخالف للقواعد العامة في القانون المدني؛ حيث تنص المادة 417 منه على أن الشخصية المعنوية للشركة تنشأ بمجرد تكوين الشركة و بالرغم من عدم استيفاء اجراءات الشهر لاعتبار هذه الأخيرة لا تدخل في تكوين الشركة ، بخلاف الوقف الذي لا يمكن أن يترتب أثره العيني المتمثل في خروج الملكية من الواقف حسب المادة 17 من القانون 19-10 إلا باستيفاء اجراءات الشهر >، كما أن القضاء يعترف بوجود الملك الوقفي؛ و لا نجد قرارا؛ أو حكما ؛ فصل في مسألة الوقف كملك خرج من ذمة الواقف ليشكل شخصا معنوياً ، بل كل الأحكام و القرارات القضائية تتفق في مسألة الحقوق العينية أنها لا تنتقل و لا تزول و لا تنتهي إلا باستيفاء اجراءات الشهر، وفقا للنصوص القانونية المعمول بها في هذا المجال، و هو ما أكده القضاء في قرار المحكمة العليا رقم 79512 المؤرخ في 16-1-1994 من المستقر عليه شرعا أنه إذا ثبتت بشهادة رسمية أن المحل قد بناه

جماعة من المسلمين لتقام فيه الصلوات ، فهو لهم، و من استولى عليه يعد مغتصبا له معتديا على أحباس المسلمين؛ و يعامل معاملة المعتدي على ملك الغير؛ و يستوجب طرده من المحل؛ و إرجاعه إلى مهمته الأصلية؛ و من ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا للقوانين [129]ص 207، [54] ص 204.

كما أن الهدف من الشكلية في العقار هو استقرار المعاملات و حماية المتعاقدين و الغير، و بالتالي لا يمكن الادعاء بوجود حق عيني عقاري و قفي في مواجهة الواقف و الموقوف عليه و ورثتهم إذا لم تحترم اجراءات نقل الملكية من رسمية و تسجيل و شهر، كما تظهر أهمية شهر التصرف الوقفي في الحماية التي يوفرها الشهر في مواجهة كل من يدعي ملكية الوقف، و الواقع أنه بالرجوع لخلفية النص المؤسس للشخصية المعنوية للأوقاف؛ نلاحظ أنه يرتبط بأعمال المنتدى الفقهي للأوقاف المنعقد بجدة سنة 2003.

و لمزيد من التفصيل سنستعرض رأي الفقه في وقت نشوء الشخصية المعنوية للوقف، يرى جانب من الفقه المصري أن الشخصية المعنوية للوقف تنشأ باستكمال الوقف لأركانه طبقاً لما نصت عليه المادة 1 منقانون الأوقاف رقم 48 لسنة 1946. و المادة 2 من القانون رقم 124 لسنة 1972 المتضمن أحكام الوقف ، حيث أن الوقف يكون بإشهاد من الواقف لدى المحكمة المختصة ؛ و إذا تم الوقف وفقا للشروط المنصوص عليها و بإشهاد لدى المحكمة المختصة اكتسب الشخصية المعنوية؛ و يكون للموقوف عليه الحق في غلة الوقف و النظر عليه دون أن يتوقف ذلك على التسجيل أي الشهر، وهو رأي موافق لما ذهب إليه الدكتور جمعه الزريقي في كتابه الشخصية المعنوية للوقف بين الشريعة و القانون، حيث يرى أن الشخصية المعنوية للوقف تنشأ بمجرد استكمال الوقف للأركان اللازمة لنشوئه؛ و لا يعتبر الشهر ركنا ؛ أو شرطا لازما لصحة الوقف؛ و بالتالي لنشوء الشخصية المعنوية للوقف ؛ لأن الهدف من الشهر هو إعلام الغير و حماية المتعاقدين إذ لا يمكن الادعاء بحق مخالف للحق الذي تم شهره، و في مجال الوقف يرى الاستاذ أننا لا نجد متصرفا إليه ظاهر ، بل الوقف يتم بالإرادة المنفردة للواقف؛ و لا يرتب حقا عينيا لأحد من الأشخاص؛ بل ينشأ عنه شخص معنوي مستقل، و عليه يرى أن الوقف ينشأ بمجرد الإشهاد عليه أمام المحكمة المختصة وفقا للمادة 52 من القانون المدني المصري، و هو حكم موافق لنص المادة 1739 من مجلة الأحكام العدلية التي تنص: « لا يعمل بالوقفية

وحدها؛ إلا إذا كانت مقيدة في سجل المحكمة الموثوق به و المعتمد عليه، فحينئذ يعمل بها» [18] ص 70-71.

غير أن بعض رجال الفقه المصري يرى خلاف ذلك فالشخصية المعنوية للوقف لا تنشأ إلا إذا تم شهر الوقف إذا كان محله عقاراً، و هو رأي موافق لما ذهب إليه الدكتور زهدي يكن؛ حيث يرى أن الوقف لا يعتبر موجوداً اتجاه الغير إلا بقيده في السجل العقاري و ابتداءً من تاريخ هذا القيد [88] ص 14.

و بالرجوع لأحكام الوقف المنظمة في القانون 10-91 و بالاستئناس بالأراء السابقة الذكر، نستنتج أن الشهر يعد إجراءً لنقل الملكية؛ و ليس ركناً في العقد، و على ذلك نقول إن العقد المؤسس للوقف غير المشهر يبقى صحيحاً، و لكنه لا يخرج الملكية من الواقف؛ بل تبقى على ذمته باعتبار أن الشهر هو الذي ينقل الحق العيني، و إذا سلمنا أن الشخصية المعنوية للوقف تنشأ بمجرد استكمال الوقف لأركانه المحددة في المادة 9 من قانون الأوقاف رقم 10-91، فهذا يعني أن الوقف يتمتع بذمة مالية مستقلة؛ تتكون أساساً من أصل الملك الموقوف؛ و هذا الأخير لا يمكن للوقف الادعاء به نظراً لبقاء الملكية باسم مالكيها الواقف لأن الأثر العيني المتمثل في خروج الملكية من الواقف؛ حسب المادة 17 من القانون 10-91 التي تنص: «إذا صح الوقف زالت الملكية» لم يتحقق، كما أن نص المادة 41 نص أمر، و لا يمكن أن نتصور في هذه الحالة أن الشخصية المعنوية للوقف تنشأ لانعدام الذمة المالية للوقف، و ما يؤكد هذه النتيجة نص المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 الذي ينص على إمكانية إثبات الملك الوقفي بشهادة ثلاث شهود من أهالي المنطقة الواقع بها العقار؛ و لو كانت الشخصية المعنوية للوقف قد نشأت باستكمال الوقف لأركانه؛ فالأصل أن الوقف كشخص معنوي هو الذي يينازع الأشخاص لاسترداد الأوقاف المجهولة من جهة، و من جهة أخرى فإن المرسوم التنفيذي السابق الذكر نص على أن الأوقاف المثبتة بشهادة الشهود تعد من قبل موظف عام لإعطائها الصبغة الرسمية و تكون محلاً للإشهار؛ مما يؤكد على أن الشخصية المعنوية للوقف لم تنشأ و لن تنشأ إلا بالشهر.

فضلاً عن ذلك ألزمت المادة 41 من القانون 10-91 الواقف بإعداد الوقف وفقاً للشكل المحدد قانوناً بدءاً بالرسمية و التسجيل و الإشهار لصحة الوقف من الواقف، و لو اعتبرنا أن الوقف قد تم صحيحاً، و رتب آثاره من دون شكلية؛ فيجب أن نتساءل عن الهدف من نص المادة 41 الذي يعتبر نصاً أمراً في ظل اعتبار أن الوقف قد صح من الواقف؛ فما الفائدة من إلزام الواقف بالشهر ما دام الوقف نشأ؟

و إستنادا إلى المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 مؤرخ في 23 أكتوبر سنة 2000 و المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي، و كفيات إصدارها و تسليمها، و القرار المؤرخ في 26 مايو سنة 2001، الذي يحدد شكل و محتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، و وثيقة الإشهاد المكتوب المثبتة للملك الوقفي؛ نستنج أن الشهادة الرسمية المثبتة للملك الوقفي قد تستند في إثبات أصل الملكية لعقد، أو شهادة موثقة، أو حكم قضائي مشهر سابقا بالمحافظة العقارية، و هذا يعني أن الوقف قد نشأ بمجرد استكماله للأركان المحددة قانونا، و شرعا، و لا تعد الرسمية ركنا في الوقف؛ لذلك تم التصريح بالوقف أمام المدير الولائي للشؤون الدينية و الأوقاف، و تم الاعتماد على أحد الوثائق السابقة الذكر لإثبات أصل الملكية المدعى بوقفيتها؛ مما يعني أن الوقف ينشأ دون الحاجة للشكلية المنصوص عليها في المادة 41 من القانون 91-10، و بالتالي فإن الشخصية المعنوية للوقف تنشأ بالاعتراف العام أي بمجرد استكمال الوقف لأركانه غير أن المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 مؤرخ في 23 أكتوبر سنة 2000 و المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و كفيات إصدارها و تسليمها، تنص على أن الشهادة الرسمية المثبتة للملك الوقفي تكون قابلة للإبطال عند ظهور أدلة مضادة، و الأدلة المضادة؛ في إعتقادي أنها تعني أنه في حالة ظهور سندات تثبت وضعا مخالفا لما أثبتته السندات السابقة الذكر؛ كأن يكون الملك المدعى به وقفا في حيازة مالك آخر بيده دفتر عقاري، أو شهادة توثيقية، أو عقد مشهر، أو حكم قضائي مخالف لأصل الملكية المصرح به، فيتم إبطال هذه الشهادة، و يدل هذا الوضع على أن الشهادة الرسمية لم تنشأ وقفا؛ فلو تم إنشاء الوقف لاستلزم هذا عدم جواز الرجوع عنه لأن الوقف تصرف لازم، و عدم إرجاع أصل الوقف للمالك الجديد، و يؤدي أيضا إلى إخراج الملكية من الواقف و مادام هذا الأخير لم يحترم الاجراءات الشكلية فإن الوقف يبقى مهددا بزواله و هو ما يختلف مع مفهوم الوقف.

الباب 2. الطابع المؤسسي للأوقاف كأثر لإقرار الشخصية

المعنوية للوقف .

تطبيقاً لنص المادة 50 من القانون المدني؛ فإنه من بين الآثار المترتبة على منح الشخصية المعنوية لمجموعات الأموال أو الأشخاص وجود طابع مؤسسي مستقل؛ يتولى الإشراف على الشخصية المعنوية؛ و ممارسة الصلاحيات المخولة لها و تمثيلها أمام القضاء.

و بتمام نشوء الشخصية المعنوية للوقف؛ يصير للوقف حقوقاً و التزامات، حيث ينظم الواقف شؤون الوقف من خلال مجموعة الشروط التي يضمنه في عقد الوقف حسب المادة 14 من قانون الأوقاف ، و في هذا الإطار يتولى الناظر إدارة الوقف و تحقيق مصلحته من خلال مراعاته لشروط الواقف في إدارة الوقف؛ و توزيع الغلة على المنتفعين من الموقوف عليهم.

كما أن الوقف عند اكتسابه للشخصية المعنوية حسب المادة 5 من قانون الأوقاف و المادة 49 من القانون المدني؛ فإنه حسب المادة 50 من القانون المدني؛ يتمتع بأهلية الأداء الكاملة للتصرف في الحدود التي حددها سند إنشائه ، وهو عقد الوقف ونظامه الأساسي ، فله حق التملك والتقاضي ، وإبرام التصرفات القانونية باسمه ، وكذلك يتحمل الوقف الآثار الناتجة عن العقود التي يبرمها ممثلوه ، كما يتحمل المسؤولية الناتجة عن تقصير أحد موظفيها، أو القائمين على إدارته إذا كان التقصير يخص الوقف ، كما يسأل عن الأضرار التي تسبب فيها ممثلوه و موظفوه .

سنتناول في الفصل الأول من هذا الباب نطاق الشخصية المعنوية للوقف؛ و تتشكل هذه الأخيرة من الذمة المالية و الأهلية الخاصة بالوقف، ثم نعالج إدارة الشخصية المعنوية للوقف و الآثار المترتبة عنها في الفصل الثاني.

2.2 . نطاق الشخصية المعنوية للوقف.

تحدد المادة 50 من القانون المدني المعدل و المتمم النتائج المترتبة على منح الشخصية المعنوية لمجموعات الأشخاص أو الأموال، ومن خلال هذه المادة فإن الوقف كشخص اعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان، و ذلك في الحدود التي يقرها القانون، يكون له ذمة مالية، و أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائه أو التي يقرها القانون؛ و تعبر كل من الذمة و الأهلية عن نطاق الشخصية المعنوية للوقف.

و قد ارتأيت أن أعالج نطاق الشخصية المعنوية للوقف من خلال تحديد الذمة المالية للوقف في المبحث الأول؛ ثم أطرق موضوع أهلية الشخصية المعنوية للوقف كأحد النتائج المهمة على الاعتراف بالشخصية المعنوية للوقف في المبحث الثاني.

1.1.2 . الذمة المالية للوقف.

تعني الذمة المالية للوقف مجموع ما للوقف من حقوق و التزامات مالية، و يعد لفظ الذمة أول لفظ استعمله فقهاء الشريعة للدلالة على جواز مساءلة الناظر عن تصرفاته المضرة بالوقف، و نستعرض في هذا المبحث مفهوم الذمة المالية للوقف في المطلب الأول، ثم نتطرق لمكونات الذمة المالية للوقف في المطلب الثاني.

1.1.1.2 . مفهوم الذمة المالية للوقف.

تتراوح استعمالات الذمة بين دلالات مختلفة، فمنها المعنى اللغوي و الاصطلاحي و القانوني، لذلك سنحاول تحديد تعريف مصطلح الذمة المالية، ثم سنؤصل فكرة الذمة في الفقه الإسلامي والفقه الغربي؛ لنصل في الأخير لتحديد معنى الذمة المالية للوقف في الفرع الأول ، كما تنفرد الذمة المالية للوقف بخصائص تميزها عن الذمة المالية لغيرها من مجموعات الأشخاص أو الأموال ذات الشخصية الاعتبارية ، لذلك سنبحث خصائص الذمة المالية للوقف في الفرع الثاني.

1.1.1.1.2 . تعريف الذمة المالية للوقف.

لم يذكر القانون المدني الذمة وأحكامها، وإنما اكتفى بذكر الأهلية وأحكامها في المواد 40 و 42 إلى 45 من القانون المدني، وتطبيقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني؛ فإننا سنبحث مدلول الذمة في الفقه الإسلامي بقصد تحديد تعريف الذمة المالية للوقف.

تطلق الذمة عند علماء اللغة على معاني عدة منها العهد و الضمان و الكفالة، ومن ذلك الذمة- بالكسر- العهد، ورجل ذمي أي له عهد [130] ص 150، [131] ص 21، وفي مختار الصحاح أهل الذمة: أهل العقد.

أما اصطلاحاً فتعريف الذمة أشكل على كثير من الفقهاء، خاصة المتقدمين منهم، وذلك لالتباسها مع ما يسميه الفقهاء والأصوليون بأهلية الوجوب، أو أهلية المعاملة، و على هذا النحو عرفها الجرجاني: «وصف يصير به الشخص أهلاً للإيجاب له أو عليه»، ومنهم من جعلها ذاتاً فعرفها بأنها «نفس لها عهد، فإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه، عند جميع الفقهاء بخلاف سائر الحيوانات» [45] ص 26-63، 36، كما عرفها على النحونفسه النسفي [132] ص 65.

وبمثله عرفها القرافي بقوله: «العبرة الكاشفة عن الذمة أنها معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام وال لزوم» [16] ص 230، 226-231، و على هذا النحو اتخذ جمع من الفقهاء تعريفاً مشابهاً لتعريف القرافي للذمة منهم تعريف أبو زهرة حيث عرفها بقوله: «أمر فرضي اعتباري، يُفرض ليكون محلاً للالتزام و الإلزام» [131] ص 21.

وإلى هذا المعنى ذهب السنهوري، حين قال: «الذمة في الفقه الإسلامي هي وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان ويصير به أهلاً للإلزام والالتزام، أي صالحاً لأن يكون له حقوق وعليه واجبات» [106] ص 20.

نستنتج من تعريف الفقهاء للذمة أنها تقرر عندهم للشخص الطبيعي فقط؛ فلا ذمة لغيره من الأشخاص، فضلاً عن ذلك؛ فارتباط الذمة بالشخص الطبيعي يستلزم من الناحية الشرعية بلوغ الشخص و تمام أهليته لصحة تصرفاته [133] ص 10، [16] ص 226-231، و الذمة بهذا المعنى لا يتصور وجودها في الشخص المعنوي؛ بما في ذلك الوقف؛ لأنه لا يتصور منه البلوغ و على هذا اقتضت الذمة في الفقه الإسلامي على الإنسان الحي دون غيره، واستتبع ذلك ثبوت الشخصية القانونية له دون غيره، و هذا يعني أن الوقف لا ذمة له عند متقدمي الفقهاء [17] ص 570، والفرق جلي بين تعريف الفقهاء للذمة في كونها محلاً للإلزام والالتزام؛ والتي تعني الأهلية، و سنعود إلى التمييز في المطلب الثاني بين الذمة و أهلية الوجوب التي أشكل على الفقهاء تعريفها [26] ص 24-25، [18] ص 24، [19] ص 120-121، [24] ص 67، 38-68 و بين تعريف الذمة لدى القانونيين الذين يميزون بين الأهلية و الذمة المالية [22] ص 499، [131] ص 24.

وقد انتقد الأستاذ الزرقا التعريفات السابقة الذكر، و اعتبر أن الذمة هي: «محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتعلق عليه»، فالذمة عنده لا تعد ذاتا أو وصفا و تكون الذمة مشغولة بالالتزامات التي للغير على الشخص و لا محل للحقوق التي للشخص، لأن مناط الذمة مجموع ما على للشخص من حقوق، و هو معنى مخالف لتعريف الذمة في الفقه الغربي؛ وعلى رأسهم أوبري ورو، حيث يعرفوا الذمة بأنها: «مجموع الحقوق الموجودة أو التي قد توجد والالتزامات الموجودة أو التي قد توجد لشخص معين»، فالفقه الغربي يجمع في تعريف الذمة بين الحقوق و الالتزامات؛ في حين أن الأستاذ الزرقا يقصر الذمة على الالتزامات التي للغير على الشخص.

اقتباسا من تعريف الفقه الغربي السابق يعرف رجال القانون الذمة بأنها: «مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية» [106] ص 23-24، بمقارنة هذا التعريف بتعريف الفقه الإسلامي للذمة -السابق الذكر- نخلص للنتائج الآتية:

أولا- إن الذمة مجموع من المال، فالذمة المالية عنصرها الحقوق المالية والالتزامات المالية، ومعنى ذلك أنه تخرج من نطاق الذمة المالية كافة الحقوق غير المالية؛ مثل حق الحياة؛ وحق سلامة الجسم، كما تخرج أيضا كافة الالتزامات غير المالية، بخلاف نطاق الذمة لدى الفقه الإسلامي الذي يتعد الحقوق والالتزامات المالية للالتزامات غير المالية كالصلاة أو الالتزامات المالية ذات الطابع الديني كالزكاة؛ ومن ثم كان نطاق الذمة واسعا في الفقه الإسلامي يشمل إلى جانب الالتزامات المالية الالتزامات غير المالية؛ في حين أن لفظ الذمة في القانون يرتبط دائما بلفظ المال.

كما أنه و في السياق نفسه؛ فإن نطاق الذمة في الفقه الإسلامي يبدأ بالشخص ثم ينتهي بالمال وفي الديون دون غيرها، وأما في القانون فبالعكس تبدأ بالمال لتنتهي بالشخص [133] ص 10.

ثانيا- يقصد بالذمة المالية في الاصطلاح الفقهي؛ مجموع ما للشخص من حقوق و ما عليه من التزامات مالية، فللذمة شقان، فالحقوق تعبر عن الشق الإيجابي لذمة الشخص؛ في حين تمثل الالتزامات الشق السلبي للذمة المالية للشخص، وتكون ذمة الشخص مدينة إذا كانت التزاماته أكبر من حقوقه؛ ودائنة إذا كانت حقوقه أكبر من التزاماته [22] ص 499.

و باعتبار الذمة المالية هي مجموع ما للشخص من حقوق و ما عليه من التزامات مالية؛ فإنه لا يدخل في الجانب الإيجابي للذمة الحقوق غير المالية للشخص، مثل: الحق المعنوي للمؤلف على مصنفه وفق بعض القوانين، كما لا يدخل في الجانب السلبي للذمة الالتزامات غير المالية للشخص

غير أنه إذا وقع اعتداء على هذه الحقوق يوجب التعويض، بمعنى أنه يولد التزاما ماليا في ذمة المعتدي؛ وحقا في حق المعتدى عليه.

ثالثا- يتفق القانون مع التعريف في المنقول عن القرافي وغيره من المالكية بأن الذمة هي : مجموع ما للشخص من حقوق و ما عليه من التزامات؛ وإن كان أقوال الفقهاء المشار إليهم ظاهريا يصبغها على الشخص الطبيعي فقط كما سنوضح لاحقا، [16] ص 226-231، فالفقه الإسلامي ينظر إلى الذمة كشخصية قانونية لا كمجموع من المال، و هو معنى موافق لمذهب القانونيين في تعريف الذمة المالية، باعتبار أن نطاق الذمة المالية في القانون يشمل الحقوق والالتزامات المالية التي قد توجد في المستقبل؛ و هذا يفيد صلاحية اكتساب الحق وتحمل الالتزام، و هو معنى موافق لمعنى الشخصية القانونية؛ و من ثم يمكننا القول بأن النتائج التي توصل إليها الفقه الغربي في نظرية الذمة [22] ص 654 هي نفسها التي توصل إليها الفقه الإسلامي، فانطلاقا من فكرة الشخصية القانونية؛ يرى الفقه الغربي والفقه الإسلامي أن الذمة لا تثبت إلا لشخص و أن لكل شخص ذمة، وأن الشخص الواحد لا تكون له إلا ذمة واحدة [18] ص 44، [22] ص 499-507، [10] ص 515، [28] ص 186.

رابعا- لا تجعل الذمة في الفقه الإسلامي المال مجموعا تقنى فيه عناصره؛ كما هي حال الذمة في الفقه الغربي، ولا يكون المال مجموعا في الفقه الإسلامي؛ حتى عند الحج؛ أو مرض الموت؛ وحتى بعد الموت، ففي هذه الأحوال الثلاثة تتعلق الديون بمالية الأعيان، لا بذواتها، كما في الرهن، ولكن مال المدين لا يكون مجموعا كما في الفقه الغربي، بل إنه لا يوجد تلازم بين الذمة والتركة في الفقه الإسلامي، فقد تبقى الذمة قائمة وتنتقل التركة مع ذلك إلى الورثة.

ومن الناحية القانونية و بعد صدور قانون الأوقاف رقم 91-10 والقانون رقم 05-10 المعدل

و المتمم للقانون المدني؛ فإن إصباغ الذمة المالية على الوقف لم يعد يطرح إشكالا، لأن الذمة المالية المستقلة للوقف هي أحد مستلزمات الشخصية المعنوية، و باعتبار الوقف مجموعة من الأموال المستقلة عن كل من الواقف و الموقوف عليه؛ فهذا يستلزم أن الحقوق و الالتزامات الخاصة بالوقف لا تختلط بحقوق و التزامات كل طرف فيه؛ وهذا هو جوهر الذمة المالية، و هو وجدناه مفصلا في قانون الأوقاف حيث تنص المادة 5 من قانون الأوقاف على تمتع الوقف بالشخصية المعنوية المستقلة عن الأشخاص الطبيعية و المعنوية ، فالواقف باعتباره السبب الأول لنشوء الوقف؛ فإنه بتمام وقفه يخرج المال الموقوف من ذمته حيث تنص المادة 17 من قانون الأوقاف: إذا صح الوقف زال

حق الملكية، و لكن دون أن ينتقل هذا الملك إلى الموقوف عليه باعتباره المنتفع من الوقف؛ بل يقتصر حقه على التمتع بمنفعة العين الموقوفة دون أن تنتقل إليه ملكيتها وفقا لنص المادة 18 من القانون نفسه، كما أنه ليس لأي طرف التصرف في المال الموقوف بما فيهم الناظر تطبيقا لنص المادة 23 من القانون نفسه، كل هذه النصوص تؤكد على خروج ملكية المال الموقوف من ذمة مالكة الأصلي، دون أن تنتقل إلى غيره ؛ مما يدل على وجود ذمة مالية مستقلة للوقف عن كل طرف فيه، وهو مطابق للقواعد العامة في القانون المدني المادة 50 منه التي توضح النتائج المترتبة على إضفاء الشخصية المعنوية.

2.1.1.1.2 . خصائص الذمة المالية للوقف.

لوقف ذمة مالية مستقلة عن كل من الواقف و الموقوف عليه و الناظر تطبيقا لنص المادة 5 منقانون الأوقاف ، و بتمام نشوء الشخصية المعنوية للوقف يصير للوقف حقوقا و التزامات، حيث ينظم الواقف شؤون الوقف من خلال مجموعة الشروط التي تتضمن في عقد الوقف حسب المادة 14 منقانون الأوقاف ، و في هذا الإطار يتولى الناظر إدارة الوقف؛ و تحقيق مصلحته من خلال مراعاته لشروط الواقف في إدارة الوقف و توزيع الغلة على المنتفعين من الموقوف عليهم، و يترتب على منح الذمة المالية المستقلة للوقف إرتباط الذمة المالية بشخص الواقف، و أن الذمة هي ضمان لأداء الحقوق؛ فهل يجوز التنفيذ على الوقف أو الاستدانة عليه ؟ و هي جزئية فصل فيها على النحو الآتي:

أولا- ارتباط الذمة المالية بشخص الوقف.

لا يمكن تصور وجود ذمة مالية مستقلة عن الشخص الطبيعي أو المعنوي، فالشخص وحده هو المنوط به اكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات، و عليه إذن فمجموع الحقوق و الالتزامات يجب أن تستند لشخص ما في وجودها، و مع ذلك يمكن تصور فكرة التخصيص التي تنادي بها نظرية التخصيص؛ إذا ما قام هذا الشخص بتشكيل ذمة أخرى مستقلة عنه.

هذا و إنه إذا كنا قد سلمنا باستحالة وجود ذمة دون وجود شخص تستند؛ إليه فهذا يستدعي ضرورة إسناد الذمة لشخص ما طبيعيا كان أم معنويا، و تطبيقا لنص المادة 50 من القانون المدني التي تنص: «يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق؛ إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، و ذلك في الحدود التي يقررها القانون، يكون لها خصوصا: ذمة مالية...» [134] ص 354-356.

و المادة 5 من قانون الأوقاف التي تنص: «الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين و لا الاعتباريين، و يتمتع بالشخصية المعنوية و تسهر الدولة على احترام إرادة الواقف و تنفيذها»

فإن للوقف العام ذمة مالية مستقلة عن كل من الواقف و الموقوف عليه و الناظر عليه، وهنا نتساءل: هل لكل وقف ذمة مستقلة؟ أم أن الوقف العام ككل يشكل ذمة واحدة؟

بتفحص نصوص الوقف نلاحظ أن الواقف عند إنشائه للوقف يكون قد حدد الجهة الموقوف عليها و بالتالي فإن هذا المال الموقوف من قبله قد خصه على جهة معينة يتعين على ناظر الوقف الحفاظ على الوقف و توزيع غلته وفقا لشرط الواقف؛ و لا يمكنه أن ينفق غلة الواقف في غير المورد الذي حدده الواقف، لأن هذا مخالف لشرطه، و قد نص قانون الأوقاف في المادة 14 منه على وجوب احترام شرط الواقف المعبر شرعا، و تطبيقا لما سبق، نستنتج أن لكل وقف ذمة مستقلة عن غيره من الأوقاف، لأن الذمة تعني مجموع ما للشخص من حقوق و ما عليه من التزامات مالية و عليه فإن الوقف على المساجد غير الوقف على المدارس، و الوقف على الفقراء غير الوقف على الطلبة، أو المرضى، و هكذا، فكل وقف ينشأ علاقات قانونية و يرتب حقوقا و التزامات تختلف عن غيره، لهذا و تطبيقا للنصوص السابقة الذكر فإن لكل وقف ذمة مستقلة ترتبط أساسا بشخص الواقف الذي يتولى تنظيم شؤون وقفه بوضعه لمجموعة الشروط المنظمة حسب نص المادة 14 منه.

وتختلف الذمة المالية للوقف عن ذمة الشخص الطبيعي في أن هذه الأخيرة في حالة الوفاة تنتقل ذمته المالية إلى الورثة في حين أن الذمة المالية للوقف لا تتأثر بوفاة الواقف أو الموقوف عليه، بل و وفقا للطابع التأبيدي للوقف؛ يمكننا القول بأن الذمة المالية تتميز بالطابع المؤبد كما هو الحال بالنسبة للوقف.

ثانيا- الذمة ضمان لأداء الحقوق (الذمة تشكل ضمانا عاما للدائنين)

يعد الجانب الايجابي للذمة أي الحقوق ضامنا للشق السلبي للذمة؛ أي الالتزامات؛ فتكون كل حقوق الشخص ضامنة لديونه، و من هنا يكون للدائنين حق ضمان عام على جميع أموال المدين، فديون الشخص الاعتباري تكون مضمونة بحقوقه؛ و هذه الحقوق لا تضمن ديون أعضائه أو منشئيه؛ و لا يكون لدائني الأعضاء؛ أو المنشئين التنفيذ بديونهم على أموال الشخص المعنوي [22] ص 509-510، [28] ص 186، لكن لنا أن نتساءل ما حدود علاقة منشأ الشخص المعنوي أي الواقف بالوقف؟ و كذلك بالنسبة للموقوف عليه؟ و هل يمكن الحديث عن وجود علاقة قانونية تسمح لكل طرف في الوقف أن يكون دائنا أو مدينا في الوقف؟ بمعنى لما نتناول بالبحث نقطة الضمان العام

للدائنين في الأشخاص الاعتبارية من غير الوقف؛ يبادر الكتاب للتساؤل حول مدى إمكان أن تكون ذمم الأعضاء ضامنة لديون الشخص المعنوي أو العكس، وذلك نظرا لكون الأعضاء محل اعتبار، فهل الأمر نفسه في قانون الأوقاف؟

ذمة الوقف هي الضمان العام لدائنيه دون دائني الواقف؛ أو الناظر؛ أو الموقوف عليه؛ كما أن ذمم هؤلاء هي الضمان العام لدائنيهم، فلا يجوز التمسك بالمقاصة بين ديون الوقف وديون المعنيين به من الواقف و الموقوف عليه؛ كما أن إفلاس الواقف؛ أو الموقوف عليه؛ أو الناظر لا يستلزم إفلاس الوقف.

كما أن الناظر يكون مسئولا عن كل ضرر لحق الوقف بسبب سوء تقديره؛ و هو ما نعرضه تفصيلا في الفصل الثاني من هذا الباب.

ثالثا- إمكانية التصرف في الذمة المالية

اتفق القانون و الفقه و القضاء على لزوم الوقف و عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي بأي تصرف ناقل للملكية، إلا في حالات استثنائية حددها القانون و الفقه على سبيل الحصر في المادة 24 من قانون 91-10 حيث تنص المادة 23 على أنه: « لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف، سواء بالبيع، أو الهبة، أو التنازل، أو غيرها »، ونصت المادة 24 على أنه: « لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر ... » وقد حددت المادة 24 الحالات التي يمكن إستبدال الوقف فيها، و هو مذهب الفقه أيضا [43] ص 35-36، [15] ص 371-374، [85] ص 346، [50]ص523، [64] ص 550،538-551، [21] ص 143-147، [73] ص 450-453، [18] ص 45-48، [24] ص 78.

والموقوف عليه أيضا ممنوع من التصرف في الوقف ببيعه، لأنه لا يملك أصل الوقف و إنما له حق الانتفاع طبقا لما في المادة 18: « ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه » ونصها: « وحقه حق انتفاع لا حق ملكية ».

تتميز الذمة المالية للوقف العام بعدم جواز التصرف في رقبة المال المحبس، بالرغم من أنها تشكل الأصول المكونة للذمة المالية للوقف، بخلاف الذمة المالية للشركات التي تتشكل من مجموع الحصص المقدمة من الشركاء، سواء كانت حصصا عينية؛ أو نقدية، تشكل الحصص رأسمال الشركة و يجوز للشركة التصرف و التعامل فيها، فلا يجوز التصرف في الوقف بأي تصرف ناقل

للملكية سواءً بالبيع أو الهبة أو الرهن، كما لا يجوز لهم القيام بأي تصرف يضر بالوقف، و كل تصرف في الملك الوقفي يقع باطلاً.

و هو مذهب القضاء أيضاً، حين أقرت المحكمة العليا في عدد من قراراتها عدم جواز التصرف في الأملاك الوقفية، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر بعض القرارات التي ذكرها حمدي عمر باشا في كتابه القضاء العقاري [54] ص 279:

-قرار رقم 109957 المؤرخ في 30-3-1994: «من المقرر قانوناً أن الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصديق، إلا أنه يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبوس طيلة حياته، على أن يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية، و لم ثبت -في قضية الخال - أن قضاء الموضوع أسسوا قرارهم القاضي برفض دعوى الطاعن التي ادعى فيها أنه الوارث الوحيد للمرحوم أخيه، فإنهم التزموا بتطبيق القانون، لأن مآل المال المحبس لا يمكن أن يكون محل تملك أو دعوى ملكية، مما يتعين معه رفض الطعن» [39] ص 39.

-قرار رقم 157310 المؤرخ في 16-7-1997: «من المقرر شرعاً و قانوناً أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها، بأي تصرف ناقل للملكية.... و ليس للمحبس إلا حق الانتفاع.

و لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن جهة الاستئناف تغاضت عن طلب الطاعن الأساسي الرامي إلى إبطال البيع الوارد على الأرض المحبسة؛ و راحت تصحح هذا البيع المفرغ في عقد الشهرة بالرغم من من تعلقه بأرض محبسة.

فإن القضاة بقرارهم كما فعلوا قد أساءوا تطبيق القانون و خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض قرارهم» [135] ص 34.

رابعاً- إمكانية تعدد الذمة المالية للشخص الواحد.

يمكن أن يكون للشخص الواحد ذمم متعددة؛ كما أن ما ذهبت إليه النظرية التقليدية بشأن اعتبار أن الذمة المالية ما هي إلا الشخصية في شقها المالي، و بالتالي لا يمكن وجود أكثر من ذمة واحدة للشخص الواحد، فكما أن الشخصية واحدة لا تتجزأ فكذلك الذمة و الواقع أننا لا يمكن أن نسلم بهذه النتيجة؛ لأن الذمة و الشخصية شيان منفصلان؛ و لذلك يمكن أن نتصور تعدد الذمم لنفس الشخص تطبيقاً لفكرة التخصيص التي جاءت بها النظرية الحديثة، فقد يخصص الشخص قدراً معيناً من

أمواله لتحقيق غرض محدد؛ فتنشأ إلى جانب ذمته الأولى ذمة أخرى محددة الغرض [22] ص 499-507، [10] ص 515.

خامسا- التخصيص.

الوقف العام هو ما حبس على جهة خيرية منذ إنشائه؛ مثل الوقف على المساجد، أو المدارس، أو الفقراء أو المساكين، أو الأراامل، أو اليتامى أو لمدرسة خاصة، و قد عرفت المادة 6 من قانون الأوقاف مدلوله: « الوقف العام ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه ، و هو قسمان : قسم يحدد فيه مصرف معين لريعه، فلا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير؛ إلا إذا استنفذ، و قسم لا يعرف فيه وجوه الخير الذي أراده الواقف؛ فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة و يصرف ريعه في نشر العلم و تشجيع البحث فيهو في سبل الخيرات».

و قد حددت المادة 8 من قانون الأوقاف العامة المصونة و هي:

«- الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية،

- العقارات أو المنقولات التابعة لهذه الأماكن، سواءً كانت متصلة بها أم كانت بعيدة عنها،

- الأموال و العقارات و المنقولات الموقوفة على الجمعيات؛ و المؤسسات؛ و المشاريع الدينية،

-الأمالك العقارية المعلومة وقفا؛ و المسجلة لدي المحاكم،

- الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية؛ أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي؛ و سكان المنطقة التي يقع فيها العقار،

- الأوقاف الثابتة بعقود شرعية؛ و ضمت إلى أملاك الدولة؛ أو الأشخاص الطبيعيين؛ أو المعنويين،

- الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها،

-كل الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة و لم يعرف واقفها و لا الموقوف عليها و متعارف عليها أنها وقف،

- الأملاك و العقارات و المنقولات الموقوفة أو المعلومة وقفا و الموجودة خارج الوطن،

- تحدد عند الضرورة كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم»

كما تعد من قبيل الأملاك الوقفية العامة حسب نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 [30]:

«- الأملاك التي وقفت بعدما اشترت بأموال جماعة من المحسنين،

- الأملاك التي وقع الاكتتاب عليها في وسط من الجماعة

الأملاك التي خصصت للمشاريع الدينية» .

وتطبيقا لنص المادة 6 و المادة 8 من قانون الأوقاف ، و المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 ؛ نلاحظ أن المشرع عرف الوقف العام و حدد الأوقاف العامة المصونة ؛ غير أننا بتفحص سلسلة النصوص المتعلقة بالوقف؛ لا نجد تعريفا دقيقا لكل نوع من الأوقاف العامة؛ أو نصوص خاصة بكل نوع؛ يدفعنا إلى تناول الذمة المالية لكل نوع من الأوقاف العامة بشكل تفصيلي باستثناء مؤسسة المسجد، و ربما تطرح هذه المسألة إشكالا آخر يتعلق بالذمة المالية لكل وقف عام؛ فهل غياب النص يجعل كل الأوقاف العامة تتمتع بذمة مالية واحدة؟ أم أن لكل وقف ذمة خاصة به؟

القاعدة العامة أن لكل وقف شخصية معنوية مستقلة تطبيقا لنص المادة 5 من قانون الأوقاف السابق الذكر؛ و بالتالي؛ فإن لكل وقف ذمة مالية مستقلة عن مكونه أي الواقف، و المنتفع به من الموقوف عليه، و الناظر عليه، تطبيقا لنص المادة 14، 17 و 18 من قانون الأوقاف رقم 91-10 و المادة 50 من القانون المدني، ولكن غياب النصوص التنظيمية بكل نوع من الأوقاف العامة يدفعنا للتساؤل عن مدى تمتع كل وقف بذمة مالية، خاصة إذا علمنا أن كل عائدات الوقف تصب في صندوق الأوقاف فحسب المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 في إطار التسيير المباشر للملك الوقفي: « يمسك الناظر حسابات ريع الملك الوقفي الذي يسيره و يصب المبالغ المحصلة في حساب الأوقاف الولائي»، ثم يتولى ناظر الشؤون الدينية بالولاية صب أموال الوقف في الصندوق المركزي للأوقاف ؛ المحدث بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2-3-1999 ؛ و هذا القرار يتعارض مع إقرار الشخصية المعنوية للوقف؛ بموجب المادة 5 من قانون الأوقاف ، كما أنه يتعارض مع المادة 50 من القانون المدني التي تقر الذمة المالية للشخص المعنوي [136] ص 65، [137] ص 45-47، [18] ص 43-45، 55، فضلا عن ذلك؛ فإن القرار السابق الذكر يقضي بصب كل عائدات الأوقاف في الصندوق المركزي ليعاد توزيعها لاحقا حسب القرار الوزاري

المؤرخ في 10 أبريل 2000، الذي يتضمن ضبط الإيرادات و النفقات الخاصة بالأموال الوقفية العامة، و الذي تحدد المادة 3 منه نفقات الأوقاف العامة ، حيث اعتبرت المادة أجرة الناظر و نفقات الأموال الوقفية العامة من قبيل نفقات الأموال الوقفية العامة ، و قد نصت عليها المادة صراحة و حددت فيما يأتي :»

1- نفقات رعاية الأضرحة و صيانتها،

2- نفقات المساهمة في تمويل مختلف مشاريع التنمية الوطنية عند الاقتضاء،

3- نفقات إقامة حظيرة و قفية السيارات،

4- نفقات إنشاء المؤسسات الدينية و ترقيتها،

5- نفقات البحث على التراث الإسلامي و المحافظة عليه و نشره،

6- نفقات تنظيم ملتقيات حول الفكر الإسلامي، و أيام دراسية و طبع أعماله»

كما تعد من قبيل النفقات العامة حسب المادة 4 من القرار نفسه النفقات التي تحددها لجنة الأوقاف، و تتعلق هذه النفقات طبقا لنص المادة 33 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 بما يأتي :

1- خدمة القرآن الكريم و علومه و ترقية مؤسساته،

2- رعاية المساجد،

3- الرعاية الصحية،

4- رعاية الأسرة،

5- رعاية الفقراء و المحتاجين،

6- التضامن الوطني،

7- التنمية العلمية و قضايا الفكر و الثقافة.

كما حددت المادة 5 من القرار المؤرخ في 10 أبريل 2000 الذي يتضمن ضبط الإيرادات

و النفقات الخاصة بالأموال الوقفية العامة النفقات الإستيعالية [31] ، و تمويل هذه النفقات بنسبة 25 ٪ من ريع الأوقاف العامة بالولاية، و يفتح سجل خاص تدون فيه المصاريف الإستيعالية، و إذا بقي فائض من هذه الأموال فإنه يتم إقفالها و تحول إلى الصندوق المركزي للأوقاف قبل تاريخ 31 ديسمبر [130] المواد 5 إلى 9.

تدفعنا كل هذه النصوص إلى تساؤل رئيسي، هل صب عائدات الوقف العام في صندوق واحد مركزي، و إعادة صرفها على النحو المحدد في المواد السابقة الذكر في القرار المؤرخ في 10 أبريل 2000 يجعل للوقف العام ذمة مالية واحدة؟ ثم أليس في هذا مخالفة لشرط الواقف؟ ثم إلى أي مدى يساهم هذا القرار في خدمة الوقف؟ ألا يؤدي هذا القرار إلى إحجام الأشخاص عن الوقف باعتبار أن غلة الوقف ستصرف على أوجه لم يذكرها الواقف؟ ثم هل يعد هذا عدولا عن القاعدة الفقهية التي تقضي بأن شرط الواقف كنص الشارع؟

توزع غلة الوقف على الموقوف عليهم طبقا لنص المادة 13 و 17 و 18 و 20 و 21 من قانون الأوقاف و على الناظر رعاية و حفظ الوقف، و تنفيذ شروط الواقف؛ تطبيقا للنصوص السابقة الذكر، غير أن نص المادة 38 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 يناقض النصوص المذكورة أعلاه حيث تنص المادة 38 منه: « لا يجوز صرف إيرادات الوقف إلا في حدود التخصيص المقرر لها ضمن أحكام هذا المرسوم مع مراعاة شروط الواقف»، فالأصل أن ينظم الوقف شروط الواقف؛ فإذا لم نجد فنلجأ للتخصيص الوارد في المرسوم و ليس العكس.

فضلا عن ذلك؛ فإنه من الضروري إعادة صياغة نصوص المواد السابقة الذكر بشكل يضمن تحقيق شرط الواقف، فيجب أن نميز بين الأوقاف التي حددت مصارفها من قبل الواقف فيصرف عليها و ما بقي يحتفظ بها لعمارة الوقف و استثماره، و لا تدمج ضمن الصندوق المركزي للأوقاف، و بين الأوقاف التي لم تحدد مصارفها أو التي انقطع المنتفع بها من الموقوف عليهم فهذه هي التي تصب في الصندوق و ينفق منها على النحو الذي سبق ذكره.

إن التأمل في النصوص السابقة الذكر من قانون الأوقاف و المرسوم التنفيذي رقم 98-381

و القرار المؤرخ في 10 أبريل 2000 يخلص إلى نتيجة مفادها: اعتبار المشرع أن للأوقاف العامة ذمة مالية واحدة، و إلا كيف يعقل أن تصب كل عائدات الوقف في حساب واحد بالرغم من اختلاف

أوجه الإنفاق فيها، و تعدد الجهات الموقوف عليها؟بالإضافة إلى تحديد أوجه الإنفاق التي لا يكون الواقف ضمنها في عقد وقفه، بل لا تدخل ضمن نفقات وقفه.

بالإضافة إلى هذه المسألة؛ فإن اجتماع كل هذه الجهات تحت إشراف سلطة واحدة - وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف-هل هذا من شأنه أن يجعل لكل وقف ذمة مستقلة؟ و بالتالي تكون لها على هذا الأساس شخصية معنوية مستقلة، فلا يجوز التداخل بين حقوقها والتزاماتها وبين حقوق والتزامات جهة أخرى؛ أم أنه ينظر إلى كل هذه الجهات كذمة مالية واحدة، وحينئذ يحمل بعضها عن بعض؟

إن المبدأ العام هو الحفاظ على خصوصية كل وقف، وكل جهة، وإن كانت تحت إشراف إدارة واحدة، وذلك لضرورة مراعاة أن يكون ريع الوقف لنفس الجهة التي وقف عليها الواقف تطبيقاً لنص المادة 5 و14 و17 من قانون الأوقاف رقم 91-10 و المادة 49 و50 من القانون المدني.

وهو مذهب الفقه أيضاً؛ فيجب صرف الغلة على الجهة التي عينها الواقف، فالأصل أن يحترم شرط الواقف في تحديد الجهة الموقوف عليها وكيفية الإنفاق، و نحو ذلك ما دام ذلك ممكناً، ولم يكن هناك ما يعارضه كالشروط التي تكون مخالفة لمصلحة الوقف، أو لا تحقق الغرض المنشود من الوقف] [68 ص 313-328، [15] ص 145،193،80-259، [60] ص 59، [43] ص 24، [17] ص 498، [79]ص[463،56]ص[387،50]ص[491، [137] ص 45.، [38] ص 262.

كما يفصل الفقه تفصيلاً حسناً في هذه المسألة؛ فيقول: إنه إذا كانت القاعدة العامة تقتضي أن لكل وقف ذمة مالية مستقلة لا يجوز الصرف على غيرها فإن الذي يظهر راجحاً هو جواز التصرف في جميع الأموال المرصودة لجهة واحدة، كالمساجد و المستشفيات و المدارس مثلاً حيث لا بد أن ينظر إلى جميع موقوفات المساجد و نحو ذلك الواقعة تحت إدارة الوقف كذمة واحدة حسب المصلحة الراجحة، ولكن مع تقديم مصالح الموقوف عليه على غيره، وإذا اقتضت المصلحة غير ذلك صرف منه إلى بقية الموقوف عليه من نفس الجهة، وهكذا الأمر في الوقف على جهة الفقراء، أو المدارس، أو نحوها، و الملاحظ أن تطبيق هذه القاعدة من شأنه أن يساهم في تأكيد الطابع المؤسسي للوقف العام.

كما أنه و إجابة على الأسئلة السابقة بخصوص صب كل عائدات الوقف في حساب واحد بالرغم من اختلاف أوجه الإنفاق فيها، و تعدد الجهات الموقوف عليها، بالإضافة إلى تحديد أوجه للإنفاق

التي لا يكون الواقف ضمنها في عقد وقفه بل لا تدخل ضمن نفقات وقفه حسب 32 و 33 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 ، و المادة 3 و 5 من القرار المؤرخ في 10 أفريل 2000 الذي يتضمن ضبط الإيرادات و النفقات الخاصة بالأموال الوقفية العامة، يمكن أن ينظر إلى جهات الخير كلها كأنها جهة واحدة؛ يصرف من ريعها على الجميع حسب أولوية المصالح ، فهل لهذا النص ما يوافقه لدى الفقهاء؟

أفتى فقهاء المالكية بجواز ذلك [132] ص 219؛ فما يقصد به وجه الله يجوز أن ينتفع و يستعان ببعضه على بعض، و يرى بعض المتأخرين من الفقهاء من غير المذهب المالكي أن هذا القول أرجح و أنفع للواقف و أنمي لأجره [139] ص 219، [50] ص 342، [15] ص 227-228، [43] ص 58، [60] ص 313، [64] ص 397،

أما الحنابلة فقال بعضهم بجواز عمارة وقف من ريع وقف آخر على جهته [140] ص 454، [68] ص 313-343، فالمعمول به إذن في المذهبين هو جواز النظر إلى جميع الجهات نظرة واحدة قائمة على ذمة مالية واحدة حسب المصالح المعتبرة كاستثناء عن الأصل دائما، فالقاعدة تستلزم أن لكل وقف ذمة مالية مستقلة يجب أن ينمي وفقا لها إلا إذا استدعت الضرورة و المصلحة الخروج عن الأصل العام [141] ص 78-79، [18] ص 96-97، [142] ص 45-47.

2.1.1.2 . مكونات الذمة المالية للوقف

الذمة المالية للوقف هي مجموع ما للوقف من حقوق والتزامات مالية، و تتشكل الذمة المالية للوقف العام من أصل الوقف و هو المال المحبس عن التملك من الواقف و من حق الانتفاع الوقفي، لذلك سنتناول في الفرع الأول أصل الوقف وفي الفرع الثاني حق الانتفاع الوقفي.

1.2.1.1.2 . أصل الوقف

طبقا لنص المادة 3 من قانون الأوقاف رقم 91-10 الوقف هو:

«هو حبس العين عن التملك على وجه التأبير، و التصديق بالمنفعة على الفقراء، أو على وجه من وجوه البر و الخير»، فصلت المادة 3 في ملكية الوقف بحيث جعلت من الوقف تصرفا يمنع المال الموقوف من التملك، و يجعل المنفعة صدقة لازمة للموقوف عليه، و بما أن الوقف يمنع المال الموقوف من التملك، فلن تعود ملكية الوقف؟ هل تعود للشخص المعنوي وفقا لنص المادة 50 من القانون المدني، التي تذكر الذمة المالية للأشخاص المعنوية تتشكل من الأصول التي يقدمها

مؤسسوا الشخص المعنوي ، و باعتبار أن العنصر الموضوعي للشخصية المعنوية للوقف يتشكل من المال محل الوقف ، فهل هذا يعني أن ملكية الموقوف تعود للشخصية الاعتبارية للوقف؟

عرفت المادة 674 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم، و المتضمن القانون المدني، الملكية، بأنها: « حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين و الأنظمة». فحق الملكية، يخول صاحبه الحق التمتع بكل مزايا ملكه من استعمال و استغلال و تصرف، يتميز حق الملكية بأنه حق جامع و مانع و دائم و لا يسقط بعدم الاستعمال [143] ص 20-19

يمنح حق الملكية للمالك السلطة الكاملة على ملكه؛ فله أن يتصرف فيه بكل أنواع التصرف بعوض، أو بدون عوض، سواء في منافع الشيء أو في رقبته؛ فلما كان الواقف مالكا للعين الموقوف قام بوقفها و وفقا لقانون الأوقاف المادة 3 فإن الواقف بوقفه لملكه أخرجه من ملكيته لأن الوقف يخرج العين الموقوفة من ملك صاحبها فلا تصير ملكا له وفقا لنص المادة 5 منقانون الأوقاف التي تنص: «الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين و لا الاعتباريين ، و يتمتع بالشخصية المعنوية ، و تسهر الدولة على احترام إرادة الواقف و تنفيذها».

كما تؤكد المادة 17 من القانون نفسه هذا الحكم :«إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف»، لذلك الواقف سقط حق الملكية عنه؛ كما نصت المادة 23 من القانون نفسه على عدم جواز إجراء أي تصرف يمس بأصل الوقف:«لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من أنواع التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها»

هذا؛ و نلاحظ أن القضاء كان سابقا لإقرار فكرة خروج الوقف عن ملك الواقف وعدم جواز التصرف فيه، و هو ما يعرف بلزوم الوقف في عدد من القضايا منها التي فصل فيها و على سبيل المثال :

- القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 8-3-1967: « يستوجب نقض القرار الذي أقر ببيع الأموال المحبسة بالرغم من ثبوت سوء نية المشتري و هو ما يتنافى مع أحكام الحبس»

يعد هذا القرار؛ الذي كرس الاجتهاد القضائي في باب لزوم الوقف- في ظل غياب نص منظم لهذه المسألة و للوقف بوجه عام - بمثابة قاعدة تؤسس لزوم الوقف، و عدم جواز الرجوع فيه ، حيث أن قضاة الدرجة الأولى أقروا بجواز التصرف في الأموال المحبسة بالبيع ، غير أن قضاة المحكمة العليا

نقضوا القرار، و أكدوا مبدأ لزوم الوقف، و الحقيقة أنه في ظل غياب النص القانوني في تلك الحقبة نستنتج أن قضاة المحكمة العليا بقرارهم هذا أقروا ما هو متفق عليه بين فقهاء المذاهب الإسلامية كما وضحنا آنفا» [27] ص 145.

- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 13-1-1986: «من المقرر شرعا و قانونا، بأنه لا يجوز هبة الأموال المحبوسة؛ لأنها تنافي التأييد، و أحكام الحبس؛ كما أنه لا يجوز التمسك بالتقدم في إستغلال الأرض المحبوسة لانعدام نية التملك» غير منشور ملف رقم 39360.

- القرار رقم 223224 المؤرخ في 29-12-2001: «حيث فعلا و بالرجوع إلى القرار المنتقد يتضح أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم على كون البيع الحاصل في: 7-6-1995 و 12-7-1995 لفائدة المطعون ضدها هو في حد ذاته تراجع من المحبس البائع لهذه الأخيرة بقطع النظر عن عقد التراجع عن الحبس الذي تلتته عملية البيع، و الحال أن عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه إلا إذا تم حسب المذهب الحنفي شريطة دمج بند صريح يحتفظ به المحبس لحقه في التراجع، و لما كان الحبس في دعوى الحال تم على المذهب المالكي الذي لا يجيز التراجع عن الحبس ، فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا يكونون أساءوا تطبيق القانون، [144] ص 147.

الآن نتساءل : من يملك ملكية الوقف هل الموقوف عليه باعتباره الطرف الثاني في الوقف ، أم الجهة المسيرة للوقف ؟ و إذا كان الأمر خلاف ذلك فهل يمكن تصور وجود ملكية بدون مالك؟

انطلاقا من المادة 3 دائما: الوقف هو تصرف يحبس العين عن التملك ثم في الفقرة الثانية تؤكد المادة على أن المنفعة الوقف هي حق لازم للموقوف عليه و هو ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 17 منقانون الأوقاف التي تنص على: « و يؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف و شروطه» و تؤكد المادة 18 منقانون الأوقاف دائما: «ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه ، و عليه استغلالها استغلالا لا غير متلف للعين و حقه حق انتفاع لا حق ملكية»

الواقع أن نص المادة 18 حدد حق الموقوف عليه تحديدا دقيقا ؛حيث وضح أن حقه يقتصر على الانتفاع بمنفعة العين الموقوفة دون أن ينتقل للرقبة ، مما يجعلنا دائما نعاود التساؤل الأول؛ بما أن الوقف يخرج العين الموقوفة من ملك الواقف، و يقصر حق الموقوف عليه في حق الانتفاع بالعين الموقوفة فقط؟ فإلى من تعود ملكية العين الموقوفة؟

للإجابة عن هذا التساؤل، نرجع لنص المادة 5 من قانون الأوقاف 91-10 التي نصت على أن: «الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين و لا الاعتباريين، و يتمتع بالشخصية المعنوية، و تسهر الدولة على احترام إرادة الواقف و تنفيذها».

بتحليل نص المادة 5 يتضح لنا أمران:

أولا - الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعية و لا المعنوية بمعنى أن الواقف و الموقوف عليه و حتى الجهة المسيرة للوقف ،سواء أكانت شخصا طبيعيا أو معنويا ،ليس لها حق ملكية على الوقف،فحق الملكية كما ذكرنا سابقا يسقط عن كل الأطراف، و عليه، هل يمكن أن نعتبر أن الأوقاف تعد ملكية شاغرة؟ و بالتالي تعود ملكيتها إلى الدولة؛ لأن كل الأملاك الشاغرة تعود ملكيتها لها ؛وفقا لنص المادة 773 من القانون المدني التي تنص: « تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم »

و نص المادة 39 من قانون رقم 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل و المتمم [145]: «... أيلولة الممتلكات الشاغرة، والأملاك التي لا مالك لها إلى الدولة»،الواقع أنه لا يمكن اعتبار الوقف ملكا شاغرا، تعود ملكيته إلى الدولة لعدة أسباب نذكر منها:

1- لا يمكن اعتبار الوقف ملكا شاغرا ، فالمادة 773 من القانون المدني اعتبرت الأموال الشاغرة الأموال التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث، أو الذين تهمل تركتهم ، فالوقف لا يعد مالا لا مالك له و بالرجوع لنص المادة 2 من قانون الأوقاف ، التي تحيلنا للشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه، فإنه بالرجوع لهذه الأخيرة نلاحظ أن الفقهاء اختلفوا في تحديد لمن تعود ملكية الوقف، و الراجح أنها تكون لله تعالى، مما يدفعنا للقول أن الشخصية المعنوية للوقف تكون لحق الانتفاع لا لملكية الرقبة.

2- لا يمكن أن تعود للدولة ملكية الوقف؛ لأن قانون الأوقاف حدد، دور الدولة في مجال الوقف بشكل واضح، و طبقا لنص المادة 5 الفقرة 2 من قانون الأوقاف رقم 91-10 الدولة يقتصر دورها تحديدا في احترام إرادة الواقف و تنفيذها «...و تسهر الدولة على احترام إرادة الواقف و تنفيذها» و مع ذلك يبقى التساؤل قائما؛ هل قصر دور الدولة بالنسبة للوقف على احترام إرادة الواقف و تنفيذها يمنع عنها صفة ملكية الوقف؟

طبقا لنص المادة نفسه، يتمتع الوقف بالشخصية المعنوية المستقلة عن كل من الواقف ،و الموقوف عليه ،و الدولة كجهة مسيرة للوقف ؛و عليه فإن كل أملاك الوقف لها شخصية معنوية بمعنى أنها

تملك وفقا للمادة 50 من القانون المدني المعدل و المتمم الذمة المالية المستقلة فكل ما يعود للوقف؛ يسجل باسم الوقف و لحسابه .

3-إن الوقف عبارة عن قطاع ثالث مستقل عن كل من الأملاك الوطنية، و الأملاك الخاصة، و هو دستوريا مضمون حيث تنص المادة52: «الملكية الخاصة مضمونة.

حق الإرث مضمون.

الأملاك الوقفية و أملاك الجمعيات الخيرية مُعترف بها، و يحمي القانون تخصيصها.»

و هو ما يؤكد قانون التوجيه العقاري في المادة23 من القانون رقم 90-25المتضمن قانون التوجيه العقاري:

«تصنف الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ضمن الأصناف القانونية الآتية:

- الأملاك الوطنية،

- أملاك الخواص أو الأملاك الخاصة،

- الأملاك الوقفية»

نستج في الأخير أن الأملاك الوقفية هي أملاك مستقلة عن الأملاك الوطنية التابعة للدولة،

و تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة، و يقتصر دور الدولة فقط على احترام إرادة الواقف و تنفيذها كما جاء به قانون الأوقاف .

و بهذا الصدد نوضح موقف القضاء من ملكية الوقف العام:

نلاحظ وجود عدد من القرارات الصادرة عن القضاء، التي تؤكد خروج الوقف من ملك الواقف و عدم جواز التصرف فيه، و على سبيل الاستئناس نذكر:

- قرار المحكمة العليا ملف رقم 39360 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ:

13-1-1986 و الذي قضى بما يلي:«من المقرر شرعا و قانونا بأنه لا يجوز هبة الأموال المحبوسة لأنها تنافي التأييد

و أحكام الحبس؛ كما أنه لا يجوز التمسك بالتقادم في استغلال الأرض المحبوسة لانعدام نية التملك»

كرس هذا القرار الفكرة السابقة؛ المتعلقة بملكية العين الموقوفة، فالوقف وفقا لقانون الأسرة؛ الذي صيغت حيثيات هذا القرار بناء على أحكامه، يؤكد فكرة أن الوقف يمنع المال من التداول حيث تنص المادة 213: «الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد، و التصديق»، فالقرار جاء ليؤكد هذا الحكم، لأن الواقف بتمام وقفه يزول عنه حق الملكية؛ و لا يستطيع إجراء أي تصرف على المال الذي وقفه، و كل التصرفات التي يقوم بها في هذا الإطار تعد تجاوزا و خرقا لأحكام الوقف؛ لهذا السبب قضى قضاة غرفة الأحوال الشخصية ببطلان و عدم صحة الهبة التي أقيمت بعد الوقف.

كما يؤكد القرار على حكم آخر؛ و هو جواز التمسك بالتقادم المكسب كسبب من أسباب اكتساب الملكية، و الحقيقة أن القضاة أخطأوا في هذه الجزئية و كأنهم اعتبروا الوقف ملكا شاغرا يجوز الادعاء بالتقادم لاكتسابه، و الواقع أن هذا حكم خاطئ؛ لأن الوقف؛ يمنع أي شخص مهما كانت صفته من تملك الوقف وفقا لقانون الأسرة؛ و كل شخص يتصرف في الأملاك الوقفية يعد مخالفا لقانون الأوقاف رقم 91-10 حيث تنص المادة 23 على عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي بكل أنواع التصرف فضلا عن ذلك بإمكان السلطة المكلفة بالأوقاف استرجاع هذه الأوقاف متى اكتشفتها وفقا لنص المادة 23 و 36 من القانون نفسه.

نخلص في آخر هذه الجزئية إلى النتائج الآتية:

1- إن الأملاك الوقفية أملاك تتمتع بالشخصية المعنوية.

2- الأملاك الوقفية يحمي الدستور و القانون تخصيصها.

3- الأملاك الوقفية أملاك تتشابه مع الأملاك الوطنية لعدم قابليتها للتملك و عدم جواز الحجز عليها تنص المادة 636 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-2-2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية: « فضلا عن الأموال التي تنص القوانين الخاصة على عدم جواز الحجز عليها، لا يجوز الحجز على الأموال الآتية:..الأموال الموقوفة وفقا عاما أو خاصا ، ما عدا الثمار و الإيرادات»

و عدم قابليتها للتصرف فيها و هو ما أكد عليه القضاء في عدد من القرارات نذكر منها:

- قرار المحكمة العليا رقم 188432 «لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي لفائدة الغير ، و القضاء بإبطال البيع الوارد على المال المحبس جاء تماشيا و التطبيق السليم للقانون» [144] ص 143.

-قرار المحكمة العليا رقم 157310 في 16-7-1997 [135] ص 34
-قرار المحكمة العليا رقم 297394 في 19-3-2003 [146] ص 292-295.

وأود قبل أن أختتم هذه النقطة أن أؤكد على قضية لها أهمية لا تقل عن سابقتها، و ارتأيت أن أصوغها في التساؤل الآتي: ما دام الوقف متمتعاً بالشخصية المعنوية و الأوقاف مسجلة في المحافظات العقارية باسم الوقف؛ فهل هذا يعني أن الوقف هو المالك ؟ أم أن منح الشخصية المعنوية؛ يكون حيلة قانونية؛ تشكل مخرجا للخلاف الفقهي؛ حول ملكية الوقف؟ ثم إنه إذا كانت الأوقاف لا تملك الوقف، بل تسير فقط حق الانتفاع المتفرع عن الوقف؛ فما هو المقصود بنص المادة 23 من قانون الأوقاف؛ عندما تنص على أنه لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به فهذا يعني أن ملكية الوقف دائما لا تزال محل غموض؛ أم أن المادة جاءت لتمكين السلطة المكلفة بالأوقاف فقط من استرداد الأملاك الوقفية المغصوبة؟

اتضح من تحليل هذه الجزئية، أن الموقوف عليه، و حتى الجهة المسيرة للوقف، لا تملك إلا حق المنفعة تنتفع الجهة الأولى به، في حين يقتصر دور الثانية على مراقبة ما إذا كان هناك إخلال به لتتدخل في الوقت المناسب فقط، و إنما الأوقاف في تشريعنا لا مالك لها بل لها شخصية معنوية تحميها [73] ص 106، [19] ص 180-185، [41] ص 221، و تكون ملكية الوقف في قانون الأوقاف 91-10 حسب المادة 5 منه لله تعالى، و هو رأي موافق لما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية، و الشافعية في ملكية العين الموقوفة، و فيما يلي سنفصل في هذا الرأي لنبين هل اعتبار ملكية الوقف تعود لله عز و جل مسألة من شأنها أن تنفي أو تؤكد الذمة المالية للوقف العام.

عرف فقهاء المذهب الحنفي الوقف على رأيين، نظرا لاختلافهم في مسألة لزوم الوقف و مسألة ملكية الوقف ، الرأي الأول هو لصاحب المذهب الإمام أبي حنيفة النعمان:

يرى أبو حنيفة أن الملكية تبقى على حكم ملك الواقف، ويرتب تعريف الوقف عند أبي حنيفة نفس النتائج التي يربتها الوقف عند المالكية ، فالوقف لا يصح من الواقف إلا إذا كان مالكا للعين الموقوفة عند إصدار الوقف، فلا يصح وقف ملك الغير و وقف العين المحققة الوجود في المستقبل، ثم أن المال الموقوف يبقى على حكم ملك الواقف ، كما أن الواقف ليس له إجراء أي تصرف على المال الموقوف بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو الرهن [60] ص 221، [15] ص 424، غير

أنه يؤخذ على هذا التعريف أنه غل يد الواقف عن التصرف في الموقوف بالرغم من أن صاحب المذهب الإمام أبي حنيفة يرى عدم لزوم الوقف و أن المال الموقوف يبقى على ملك الواقف له أن يرجع عنه و أن يتصرف فيه بأي تصرف ناقل للملكية بعوض أو بدون عوض، كما أنه إذا مات يورث عنه لذلك أضاف بعضهم للتعريف لفظة: (على حكم ملك الواقف)، ليغل يده عن التصرف في المال الموقوف [15] ص 202، [38] ص 75، أما الرأي الثاني فيقول به صاحبان (محمد بن الحسن الشيباني و أبو يوسف) [44] ص 520، [147] ص 28، و الوقف عندهم هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى، و صرف منفعتها على من أحب، يرتب تعريف الوقف عند صاحبين، أن المال الموقوف يخرج من الواقف دون أن ينتقل إلى الموقوف عليه و إنما يكون على حكم ملك الله تعالى، فبالوقف يزول ملك الواقف و تنتقل الملكية إلى الله عز و جل؛ فيلزم الوقف، و يمنع بيعه، و توارثه، و لا تنتقل الملكية للموقوف عليهم سواء كان الوقف على جهة بر عامة، أو على نفسه، أو عقبه، و يكون للموقوف عليه المنفعة فقط، و وفقا لهذا القول؛ فإنه يجب التمييز بين ملكية الرقبة، و ملكية المنفعة، فتكون ملكية الرقبة لله تعالى، في حين تعود ملكية المنفعة للموقوف عليه، له التصرف فيه بكل أنواع التصرف، باستثناء المساجد التي تعود ملكيتها، و منفعتها لله تعالى: «و أن المساجد لله فلا تدعوا مع الله أحدا» [1] الجن الآية 18.

إستدل فقهاء الشافعية و الحنفية على قولهم على أن ملكية الوقف تخرج من ملك الواقف إلى ملك الله تعالى بالحديث الذي رواه البخاري الذي قال فيه النبي -صلى الله عليه و سلم- لعمر: «تصدق بأصله ، لا يباع و لا يوهب و لا يورث و لكن ينفق ثمرة فتصدق به عمر» و وجه الدلالة في هذا الحديث أن النبي عليه الصلاة و السلام أمر عمر بأن يتصدق بأصل الملك الوقفي و الصدقة تقتضي خروج الملك من يد صاحبه إلى ملك الله تعالى كما أن الحديث يمنع الواقف من التصرف في العين الموقوفة و بالتالي لا يكون للموقوف عليه إلا حق التمتع بالمنفعة فقط [73] ص 214، [38] ص 97-98.

و علق الفقهاء حول بقاء الملك على حكم ملك الله تعالى أن الملكية المقصودة هنا هي الملكية التي تسمح للأشخاص بالتصرف في أموالهم بكل أنواع التصرف، وتعرف المادة 674 من القانون المدني: « الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة»، فحق الملكية يعطي للمالك الحق في التمتع و التصرف في الشيء المملوك و قد جعل أصحاب هذا المذهب الملكية على حكم ملك الله تعالى حتى لا يستطيع الواقف أو الموقوف عليه و حتى الناظر التصرف في أصل الملك الوقفي).

و إنما جعل أصحاب هذا الرأي الملكية على حكم ملك الله تعالى حتى تكون الملكية مقيدة بعدم جواز التصرف فيها ، و قد انتقد هذا الرأي على أساس أن الله عز و جل هو المالك الحقيقي، و إنما الإنسان ما هو إلا خليفته في الأرض مصداقا لقوله تعالى: « الله ملك السماوات و الأرض و ما فيهن و هو على كل شيء قدير » [1] الآية 120 من سورة المائدة.

و الملكية المقصودة هنا هي الملكية التي تسمح بالتصرف في المملوك بكل أنواع التصرف، و تصور الملكية بهذا المعنى في جانبه تعالى غير ممكن [38] ص76.

و يترتب على اعتبار ملكية العين الموقوفة في حكم ملك الله تعالى أن للوقف شخصية معنوية واحدة بالرغم من تعدد الأوقاف، فملكية الرقبة تكون لله تعالى، و ملكية حق الانتفاع تعود للموقوف عليهم ، فإذا كانت الأوقاف تعود جميعا لمالك واحد؛ فهذا يستلزم أن تكون لكل الأوقاف ذمة مالية واحدة، و هذا ما يتناقض مع مفهوم الشخصية المعنوية في القواعد العامة؛ التي تستدعي أن لكل وقف شخصية معنوية مستقلة عن الوقف الآخر؛ و بالتالي فإن لكل وقف ذمة مالية مستقلة عن غيره من الأوقاف وفقا للمادة 50 من القانون المدني التي تستلزم التخصيص خاصة بالنسبة للمساجد التي تكون الملكية و المنفعة لله تعالى مما ينفي الشخصية المعنوية عن المسجد [148].

يرى المالكية بخلاف ذلك، فالوقف عندهم لا يخرج العين الموقوفة من ملك الواقف، بل تبقى على ملكه؛ غير أنه لا يمكنه التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية سواء بعوض، كالبيع أو بلا عوض، كالهبة و إذا مات لا تورث عنه [149] ص 536.

و يستدل المالكية على رأيهم بما ورد عن النبي - صلى الله عليه و سلم- في بعض روايات حديث وقف عمر أنه قال: «حبس الأصل و سبل الثمرة» فقول النبي عليه الصلاة و السلام حبس الأصل

و سبل الثمرة (رواه النسائي في سننه، كتاب الأحباس، باب حبس المشاع، جزء 6، صفحة 232)؛ يعني أن الأصل أي الرقبة لا تمس ، فلفظ الحبس يفيد أن الوقف باق على ملك صاحبه ، و هو الواقف، و لو كانت الملكية تنتقل لله تعالى أو إلى الموقوف عليهم لوجب استعمال لفظ غير الحبس الذي يعني حسب ابن عرفة: « إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه و لو تقديرا» [63] ص271، [56] ص78، [86] ص34، [150] ص19-25، [38] ص62، لأن حديث النبي صلى الله عليه و سلم ، قال: حبس الأصل و لم يرد ما ينفي أن تبقى العين على ملك الواقف [51] ص204.

ثم إن المالكية يرون أن العين الموقوفة تبقى على حكم ملك الواقف؛ غير أنه لا يتمتع بمزايا ملكه؛ فالعين الموقوفة لا يجوز له التصرف فيها بعوض وبدون عوض كما لا تورث عنه إذا مات، وذلك مصداقاً لحديث النبي -صلى الله عليه وسلم- ثم إن الحديث ذكر عبارة « لا تباع ولا توهب ولا تورث » فاشتراط النبي أن لا يتم التصرف في العين الموقوفة يوحي ببقائها على حكم ملك الواقف.

ووفقاً للمذهب المالكي فإن الوقف لا يخرج العين الموقوفة من ملك الواقف بل المنفعة تصبح صدقة لازمة للموقوف عليه [51]ص204، [38]ص201، [19]ص180-185، [24]ص84-88، مما يوضح وجود ذمة مالية مستقلة لكل وقف على حدا.

يرى الفريق الثالث أن ملكية العين الموقوفة تنتقل إلى الموقوف عليه و به قال الحنابلة و يستدلون أن الوقف إذا صح لزم و بالتالي فان ملكية العين الموقوفة تخرج من ملك الواقف ما دام أن الوقف يملك المنفعة من دون عوض فهو يعني خروجها من ملك الواقف للموقوف عليه. في الأخير نخلص في بيان مسألة ملكية العين الموقوفة إلى ثلاث آراء يتقاسمها الفقهاء حيث يرى المالكية أن العين الموقوفة تبقى على حكم ملك الواقف و يرى الشافعية و الحنفية أنها تعود إلى ملك الله تعالى في حين يرى الحنابلة أن ملكية العين الموقوفة تعود للموقوف عليه ، هذا و يرى الدكتور الكبيسي في هذه المسألة أن الراجح ما ذهب إليه الشافعية و الحنفية باعتبار أن ملكية العين الموقوفة تعود لحكم ملك الله تعالى و ذلك في رأيه يعود للأسباب الآتية:

أولاً- أن الوقف هو إزالة للملك قربة لله تعالى لذلك فهو كالعقود يزول به الملك لغير مالك. ثانياً- أن المنفق عليه أن الوقف العام لا ملكية فيه لأحد فما الذي يمنع من إسقاط هذا الحكم على الوقف الخاص.

ثالثاً- أن الوقف بعد موت الواقف لا يكون ملكاً له فكذلك الأمر حال حياته.

رابعاً- أنه لو كان الوقف ملكاً للواقف أو الموقوف عليه ما الذي يمنعهم من التصرف فيه بالبيع و الهبة و غيره.

كما أضاف الشيخ محمد أبو زهرة أن الراجح ما ذهب إليه المالكية فهو أبعد المذاهب عن مخالفة القواعد الفقهية، وأقربها إلى القياس، وذلك لأن المذهب المالكي يثبت ملكية الوقف للواقف ، ويجعله جائز التوقيت، ويصح بيعه أو إبطاله إن اشترط لنفسه ذلك الحق، وفي كل هذا موافقة للقواعد الفقهية، لأنه قد أثبت له ملكية الوقف، وأثبت لها بعض آثارها، فمكان الوقف في نظره غير بعيد عن القواعد الفقهية، ولم يخرج عنها إلا بمقدار النص الذي سوغ الخروج [74]ص29، [38]ص219، 63-220، [82]ص104، [18]ص29، [78]ص169، [88]ص12.

2.2.1.1.2 . حق الانتفاع الوقفي

الوقف ليس ملكا لأحد؛ بل له شخصية معنوية مستقلة به ، حسب المادة 5 من قانون الأوقاف و المادة 49 من القانون المدني، و بهذا الحكم يكون المشرع قد خالف المذهب المالكي الذي يقر ببقاء العين الموقوفة على ملك الواقف، و يكون بذلك قد قيد سلطات الواقف في التصرف بالعين الموقوفة بأي تصرف ناقل للملكية، بعبوض أو بدونه حسب نص المادة 17 من قانون الأوقاف التي تنص : «إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف».

وكذلك المادة 23 من القانون نفسه التي تنص: «لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف سواءً بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها»، نستنتج من النصوص السابقة، أن اكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات؛ أي محل التصرف الوقفي، هو حق الانتفاع، لا أصل الملك الوقفي . و هو ما يتضح كذلك من نص المادة 17 فقرة 1 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم: « يؤول حق الإنتفاع إلى الموقوف عليهم»، و الموقوف عليه، أيضا ممنوع من التصرف في الوقف ببيعه، لأنه لا يملك أصل الوقف، وإنما له حق الانتفاع طبقا لما نصت عليه المادة 18: « ينحصر حق الموقوف عليه فيما تنتجه العين الموقوفة وحقه حق انتفاع لا حق ملكية».

كل هذه المواد و غيرها تؤكد على خروج الملكية من الواقف، و عدم انتقالها للموقوف عليه؛ الذي يقتصر حقه على الانتفاع بغلة الوقف، كما سنشرحه لاحقا، كما أن المشرع لم يفصل في ملكية الوقف العام لمن تعود بل أقر للوقف الشخصية المعنوية، و في هذا الإطار و تطبيقا لنص المادة 2 من قانون الأوقاف 91-10 المعدل و المتمم، يمكننا القول بالرجوع لأحكام الشريعة لاسيما المذهب الشافعي، و الحنبلي، أن ملكية الوقف تعود لله تعالى، و الواقع أن التسليم بهذه الفكرة يدفعنا للاستنتاج أن محل التصرف الوقفي يتعلق أساسا بمنفعة الوقف التي تعود ملكيتها للموقوف عليهم، كما سبق ذكره من جهة، و من جهة أخرى فهذا بدوره يدفعنا للتساؤل عن مكونات الذمة المالية للوقف مادامت الملكية تعود لله تعالى؛ و حق الانتفاع يكون ملكا للموقوف عليهم، فما جدوى الشخصية المعنوية للوقف؟ و ما هي مكوناتها؟ كما يتولى الناظر من جهة أخرى ضمان عدم مخالفة الموقوف عليهم لمصلحة الوقف، و لشروط الواقفين ، و ضمان عدم التعدي على الوقف فحسب نص المادة 36 من قانون الأوقاف: « يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك و قفي بطريقة متسترة، أو تدليسية، أو يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستنداته، أو يزورها، إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون

العقوبات «[151] ، فالتصرف في حق الانتفاع الوقفي ما لم يكن مضرا بمصلحة الوقف، أو الموقوف عليهم جائز، و من تلك القرارات نذكر:

- قرار بتاريخ 31-5-2000 قضية زف ضد (س. و) الحبس من عقود التبرع التي يستفيد فيها المحبس له من حق الانتفاع، و يمكن أن يتم لجميع الورثة أو لبعض منهم[152].

- قرار بتاريخ 29-9-1999 ، ملف رقم 188432 قضية (ق.ع) ضد (ز.أ) يقضي القرار بعدم جواز التصرف في أصل المال المحبس و التأكيد على الطابع التأبيدي للوقف[144]

- أكد القرار رقم 297394 في 19-3-2003 على عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي [146].

- كما أكدت المحكمة العليا- باستمرار- على إبطال كل التصرفات التي تمس بأصل الملك الوقفي، لأن هذه الأخيرة لا يجوز التصرف فيها، و هو ما ورد به القرار رقم 46546 بتاريخ 21-11-1998.

نستنتج تطبيقا لما سبق أن الوقف يخرج من ملك الواقف و لا ينتقل إلى الموقوف عليه، كما أنه لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي، فضلا عن اقتصار حق الموقوف عليهم في الغلة.

كما ينظم حق الإنتفاع المتعلق بالوقف إرادة الواقف التي عبر عنها في عقد الوقف، و هو ما أكدت عليه اجتهادات المحكمة العليا في هذا الباب قبيل صدور القانون المنظم للوقف: «من المقرر قانونا أن الحبس يخضع لإرادة المحبس، و لا يمكن إبطاله ما دام مؤسسه أقامه على أحكام الفقه الاسلامي» [153].

وربطا بما سلف ، و تحقيقا للغاية من البحث، سنعمل على تحديد مفهوم حق الانتفاع الوقفي و خصائصه وحدود سلطة الموقوف عليه في الانتفاع بالوقف.

أولا- مفهوم حق الانتفاع الوقفي.

لم يعرف المشرع حق الانتفاع الوقفي في القواعد المنظمة للوقف؛ لذلك سنحاول البحث عن تعريف له استنادا إلى القواعد العامة المنظمة لحق الانتفاع في القانون المدني، و بالرجوع لهذه الأخيرة ، نلاحظ أن المشرع في القواعد العامة لم يضع تعريفا لحق الانتفاع، و قد عرف المشرع

الفرنسي حق الانتفاع في المادة 578 من القانون المدني الفرنسي بأنه: «الحق في استغلال الأشياء المملوكة لآخر كما يستغلها المالك نفسه، و لك من بشرط المحافظة على كيانها»

- L'article 578 code civil français détermine l'usufruit que : « l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété lui même mais à la charge d'en conserver la substance ».

كما تعرفه المادة 32 من قانون الملكية اللبناني بأنه: «حق الانتفاع هو الحق المقرر لشخص على ملك الغير الذي يخوله إستعماله و استغلاله لمدة معينة تنتهي بوفاة المنتفع على أن يحافظ على جوهر الشيء و مادته»

و يمكن لنا تعريفه بالاستناد للمواد المنظمة له في القانون المدني المواد من 844-854، و بالرجوع إلى التعريف الذي وضعه كل من المشرع الفرنسي واللبناني، فقد ورد عنهما أنه:

«حق عيني؛ يخول المنتفع سلطة استعمال، و استغلال شيء مملوك للغير مع وجوب المحافظة عليه لرده إلى صاحبه عند نهاية الانتفاع بموت المنتفع».

و باعتبار أن حق الانتفاع الوقفي يقع على شيء مملوك لله تعالى، و تكون منفعة صدقة مؤبدة، و لازمة للموقوف عليهم من المستحقين، بخلاف حق الانتفاع في القواعد العامة الذي يتقارب مع حق الانتفاع الوقفي، أن كلاهما حق عيني، ينقل للمنتفع سلطة استعمال و استغلال شيء مملوك لغير المنتفع مع وجوب المحافظة عليه، كما يخول حق الانتفاع للمنتفع سلطة التصرف، فله أن يتنازل عليه، أو أن يوقع رهن عليه، كما يجوز الحجز عليه، غير أن هذا التشابه بين الحقيين، لا يمكن أن نسلم به بشكل مطلق، ذلك أن حق الانتفاع الوقفي يتميز عن حق الانتفاع في القواعد العامة الذي يكون مؤقتا، و ينتهي دائما بموت المنتفع، كما يختلف أيضا حق الانتفاع الوقفي عن غيره في سلطة استغلال الشيء المنتفع به، و سنوضح هذه النقطة في اللاحق، و على ذلك يمكن لنا أن نعرف حق الانتفاع الوقفي بأنه :

«حق عيني يخول الموقوف عليه المنتفع سلطة استعمال دون الاستغلال- مع بعض الفارق - ملك وقف على وجه التأييد».

خلافا للقواعد العامة أعطى القانون 91-10 المنظم للوقف العام مدولا جديدا لحق الانتفاع الوقفي، فقد نص هذا القانون على أن الواقف يمنح الموقوف عليهم حق انتفاع دائم على المال الموقوف، و وكيف هذا الحق على أنه حق عيني { إن القول بأن حق الموقوف عليهم حقا عينيا يحتاج إلى التذليل عليه، ذلك أن الموقوف عليهم و إن كان لهم سلطة استعمال الوقف مباشرة ودون وساطة

أحد فإن السلطة المباشرة في استغلال الموقوف لا تكون لهم بل هي تدخل في صلاحيات الناظر طبقاً لأحكام القانون 91-10 المادتين 33 و 34 و وفقاً للمرسوم 98-381 المؤرخ في 31-12-1998 { يمنحه الواقف للموقوف عليهم، يخول لهم الحق في السلطة المباشرة على المال الموقوف، بحيث يمكنهم استعماله و استغلاله، ويكون حقهم قابلاً للتنازل و الحجز عليه و يمكن رهنه، و فيما يلي؛ سنحاول شرح سلطة الموقوف عليهم في استعمال و استغلال ملك الوقف المنتفع به؛ لما يتميز به عن القواعد العامة:

1- سلطة الاستعمال:

للموقوف عليهم الحق في استعمال المال الموقوف على النحو الذي حدده الواقف، و وفقاً للنحو الذي يستعمله مالكه { ملكية الوقف تعود لله تعالى ، لذلك و وفقاً للقواعد العامة فإن الاستعمال الذي يخول للمنتفع يرتبط بالاستعمال المقرر للمالك، و باعتبار أن المال وقف فإن الاستعمال يتحدد حسب نوع الموقوف}، فللموقوف عليهم أن يستعملوا الشيء استعمالاً شخصياً في كل ما أعد له ، فإذا كان الموقوف داراً جاز له أن يسكنها أو سيارة فله أن يركبها أو مسجداً فله أن يصلي فيه، أو مجوهرات فله أن يتقلدها .

و خلافاً للقواعد العامة؛ فإن الشيء الموقوف إذا كان منقولاً، لا يمكن الانتفاع به عن طريق بيعه، لأن الوقف لا يجوز التصرف فيه بالبيع، و نحو ذلك وفقاً لنص المادة 23 من قانون الأوقاف إلا إذا كان الموقوف أصابه خراب أو عطب و انعدمت منفعته ، مما يستلزم بيعه و شراء منقولاً آخر، و جعله وفقاً بدلاً عنه طبقاً لنص المادة 24 من القانون نفسه.

كما يجوز للمنتفع من الموقوف عليهم أن يستعمل ملحقات الشيء، و حقوق الارتفاق التابعة للأرض المنتفع بها وفقاً من شرب و مجرى و مسيل، كما له أن يستعمل المنقولات الملحقة بالشيء الموقوف، و إذا كان الشيء قابلاً للاستهلاك فإن استعماله يستدعي استهلاكه كما إذا كان طعاماً فيأكله.

كما يعد من قبيل الاستعمال دعوة الغير لاستعمال الشيء دون مقابل، كمن يوقف مستشفى على وجه التبرع دون أن يقصد استغلال ذلك، و تعد أعمال الصيانة من قبيل الاستعمال، كترميم المساجد، و المنازل، و إصلاح الأراضي الزراعية البور، أو إصلاح الكتب القديمة، و تجديدها كالمصاحف و غيرها و تدخل هذه الأخيرة في صميم أعمال الناظر لا صاحب حق الانتفاع من الموقوف عليهم.

و جدير بالذكر أن استعمال المالك للشيء، يختلف عن استعمال المنتفع في القواعد العامة، فالمالك قد يصل في استعمال الشيء إلى حد إتلافه فله أن يقلع الأشجار ويهدم المباني، و لا يكون مقيدا في ذلك إلا في حدود القانون، و من ذلك أنه لا يجوز التصرف في الوقف من قبل الوقف ممثلا من قبل ناظره إلا في الحالات المحددة في المادة 24 من القانون 91-10، أما المنتفعون من الموقوف عليهم، فلا يجوز لهم مطلقا إتلاف الشيء المنتفع به، بل يجب عليهم المحافظة عليه و رده سليما للجهة الموقوف عليها، و مثال ذلك المصاحف والكتب يتحقق استعمالها بقراءتها و استعارتها، و يجب على الموقوف عليهم المحافظة عليها و ردها بعد الاستعمال [154]ص 1298-1201.

و بخلاف القواعد العامة؛ فإن المالك يمكنه عدم استعمال الشيء المملوك له، كمن يترك منزله شارغا دون أن يسكنه أو يؤجره أو يعيره، ففي الوقف لا يمكن تصور مثل هذا الفرض، سواء من جانب الوقف، أو الموقوف عليهم، لأن في ذلك مخالفة لقصد الواقف و إضرار بالموقوف عليهم

و تعطيل لفوائد الوقف، و في القواعد العامة أيضا؛ يمكن للمالك ترك الشيء المملوك، مما يؤدي إلى استيلاء الغير عليه بالتملك؛ فيعتبر مالكا و لا يمكن تصور هذا في الوقف إذ أن ترك الوقف لا يعد مسوغا للاستيلاء عليه بل يكون للوقف الحق في استرداده متى تبين أنه ملك و قفي؛ طبقا لنص المادة 36 من القانون 91-10؛ بل و يعتبر كل من يخفي و يتستر على الوقف متعديا عليه؛ و مرتكبا لجريمة يعاقب عليها قانون العقوبات .

2- سلطة الاستغلال:

يخول حق الاستغلال للموقوف عليهم الحق في استغلال الموقوف، و قد يكون الاستغلال مباشرا؛ و مثال ذلك؛ كأن يكون أرضا زراعية؛ فيستغلها الموقوف عليهم بأنفسهم و ينتفعوا بغلتها، كما قد يكون الاستغلال غير مباشر عن طريق جعل الغير يجني ثمار الشيء عن طريق إيجار السكن مثلا، أو الأرض، أو جعلها مزارعة، أو مغارسة، أو مساقاة، و جدير بالذكر أنه بتمحيص النصوص القانونية المنظمة للوقف و بالنظر في كتب الفقه نلاحظ أن استغلال الشيء الموقوف يدخل ضمن صلاحيات الناظر على الوقف و في ذلك مثلا نص المادة 33 من القانون 91-10 و المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 01 ديسمبر 1998 المتضمن تحديد شروط إدارة الأملاك الوقفية، و تسييرها و حمايتها و كفاءات ذلك [30] ، فلا يمكن للموقوف عليهم القيام باستغلال الوقف؛ إلا إذا كانوا نظارا على الوقف؛ فيتولون استغلال الوقف بصفتهم نظارا على الوقف لا بصفتهم مستحقين [155] ص 60؛ لأن حقهم يتعلق بغلة الوقف لا بالنظر عليه، و هو حق شخصي، أما إذا تولى

استغلال الوقف بالإيجار مثلا، فإنه في هذه الحالة يعد قد تملك أكثر مما منحه الوقف؛ و يصبح مركزه مساو لمركز الموهوب له، أو الوارث الذي يملك التصرف في الشيء الموهوب أو الموروث بخلاف الموقوف عليه الذي يتعلق حقه بغلة الوقف[64]ص 389-390 .

يملك الوقف إستغلال الوقف؛ إما مباشرة من قبل الناظر، ومثال ذلك توليه زراعة الأرض، أو يخصص السيارات مثل مشروع taxi wakf.

أما الاستغلال غير المباشر؛ فيتحقق عن طريق جعل الغير يجني ثمار الشيء الموقوف، و يدفع مقابل هذا الاستغلال مقابلا للوقف.

استغلال الوقف هي العملية التي تقصد إلى استعمال مال الوقف في تحقيق أغراضه، وهي تتطلب تهيئة للقيام بهذه المهمة، فالمدرسة مثلا تحتاج إلى المعلمين المناسبين، وتوفير الوسائل والأجهزة العلمية التي تحتاجها، ومثلها المستشفى، والمسجد، ومثل ذلك العمارة السكنية المعدة للإيجار، فتتفق أرباحها أي إيراداته، على أغراض الوقف [80]ص 217.. و نستعرض فيما يلي الأساليب التي طرحها قانون الأوقاف لتنمية أموال الوقف عن طريق الاستغلال [142]، [136]ص 172-229، [156]ص 30، [157]131-145، [158]ص 153-190، [159]ص 201-230، [147]ص 239:

أ- استغلال الأراضي المبنية:

أوجد المشرع عدة صيغ لاستثمار الأراضي المبنية خربة كانت، أم غير خربة، و من بينها عقد الترميم و التعمير، أحدث المشرع هذا النوع من الإيجار بمقتضى قانون 1 07-0 في المادة 26 مكرر 7، المعدل و المتمم لقانون الأوقاف، و أسماه عقد الترميم و التعمير، كأحد أنواع الاستغلال الحديثة للأماكن الوقفية و هو إيجار ينصب على سكن خرب معرض للاندثار، و ليس للأشخاص رغبة في إستجاره نظرا لما يحتاجه من ترميم و تعميم، يلتزم المستأجر فيه بترميم و تعميم العين الخربة، و جعلها في حالة صالحة للاستغلال و الإنتفاع بها (عرف التقنين المدني المصري عقد الإيجارين في المادة 1013 و تقابلها لمادة 180 من قانون الملكية اللبناني) .

يتولى الناظر باعتباره صاحب الصفة في إستغلال، و حماية الملك الوقفي بالإتفاق مع مستأجر السكن الخرب؛ على أن يدفع مبلغا معجلا كافيا لتعمير و ترميم السكن الوقفي، و مبلغا سنويا أو شهريا ضئيلا، يكون له بموجبه حق القرار في العين المرممة و المعمرة، و من الناحية العملية؛ فإن

الترميم و الإصلاح: نوعان؛ فإما تقوم مديرية الأوقاف بتحديد مبلغ و تخصصه للمستأجر، و ترفع له مبلغ الإيجار؛ إذا كان للوقف غلة تكفي لعمارتها، أو يقوم المستأجر بعرض ثلاثة تقاويم مالية و تختار المديرية، أحد هذه التقاويم، يتولى الناظر الترميم و التعمير حسب التقويم المعتمد عليه، و يقتطع المبلغ الذي دفعه من سعر الإيجار الذي يدفعه؛ إلا انه يلاحظ أن التقاويم التي يعرضها المستأجرون تكون دائما مبالغ فيها، و ذلك بهدف عدم انتهاء الإيجار مطلقا، و لم يبين المشرع طبيعة هذا العقد و ما يرتبه من حقوق للمستأجر [160] ص 1499، [161] ص 130. [156] ص 34-55، [157] ص 131-145، [158] ص 153-190، [159] ص 201-230، [147] ص 239-249 .

ب- استغلال العقار الفلاحي الوقفي.

يجوز لناظر الوقف استغلال الأرض الموقوفة بزراعتها، مقيدا في ذلك بمصلحة الوقف، و الموقوف عليهم، و تتم زراعة الأرض الموقوفة بأحد هذه الطرق طبقا لنص المادة 26 مكرر 1 على أنه: « يمكن أن تستغل و تستثمر و تنمي الأملاك الوقفية إذا كانت أرضا زراعية أو شجرا بأحد العقود الآتية: 1- عقد المزارعة...، 2- عقد المساقاة... »:

- المزارعة: و نعني بها أن يسلم الأرض لمزارع، و يتم التقسيم بينهما؛ حسب الحصص المتفق عليها في العقد [142]، و قد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تكييف المزارعة، منهم من اعتبرها من العقود الواردة على عمل مقابل زرع الأرض و أجرته بعض ناتج زراعته [67] ص 423-424، [17] ص 397، [68] ص 354، [50] ص 61.

أو أنها عقد شركة بين العامل بعمله، و بين رب الأرض بأرضه [85] ص 125، [70] ص 311، و إذا استكملت المزارعة شروطها المذكورة في كتب الفقه؛ جازت عند الجمهور، و قال الشافعية لا تجوز إلا إذا كانت تابعة للمساقاة، [50] ص 81.

- المساقاة: عرفت المساقات المادة 26 مكرر 1: « ويقصد بها إعطاء الشجر للاستغلال لمن يصلحه مقابل جزء معين من ثمره »، المساقاة خاصة بالبساتين، و الأرض التي فيها الأشجار المثمرة حيث يتفق الناظر مع طرف آخر ليقوم برعايتها، و سقيها على أن يكون الثمر بينهما حسب الاتفاق، و اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية، و المالكية، و الشافعية، و الحنابلة على مشروعية المساقاة بشروط مذكورة في كل مذهب [43] ص 67-73، [85] ص 332، [162] ص 183، [70] ص 311، [50] ص 61. [68] ص 636

- الإيجار : يمكن أن يقوم الناظر بتأجير الأرض لمن أبدى رغبته في تأجيرها، و للناظر في هذه الحالة أن يضمن عقد الإيجار، ما شاء من الشروط؛ كأن يحدد نوع المحاصيل التي يجوز له زرعها في الأرض حسب نصا المادة 26 مكرر 9 من قانون الأوقاف : « مع مراعاة أحكام المادة 14 المذكورة أعلاه، للسلطة المكلفة بالأوقاف حق إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة .»لمزيد من التفصيل راجع [136] ص 172-174.

- الحكر: طبقا لنص المادة 26 مكرر 2: « يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر، الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة للبناء و/أو للغرس لمدة معينة؛ مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد، مع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء و/أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد، مع مراعاة أحكام المادة 25 من قانون 10/91 .»

وعليه؛ فعقد الحكر، هو أن يقدم ناظر الوقف جزء من أرض الوقف العاطلة لمن ينتفع بها بالبناء، والغرس، أو بأحدهما، مقابل دفعه مبلغا قريبا من قيمة الأرض وقت إبرام العقد، وتقديم إيجار سنوي؛ يحدد مقداره في العقد، و لمدة محددة طويلة مقارنة بعقد الإيجار العادي يعود البناء أو الغرس والأرض للوقف بعد انقضاءها، [17] ص 171، [68] ص 298، [64] ص 398، [73] ص 424-444، [136] ص 202-229 .

بالإضافة إلى الصيغ السابقة الذكر؛ عرف المشرع و الفقه؛ أنواعا أخرى من الاستثمارات الوقفية، و التي تتضح فيها أكثر فكرة الاستثمار في الوقف كالمضاربة، المشاركة في الشركات المساهمة عن طريق تأسيسها، أو شراء أسهمها حيث تنص المادة 26 مكرر 10: « يمكن تنمية الأملاك الوقفية العامة عن طريق تحويل الأموال المجمعة إلى استثمارات منتجة، باستعمال مختلف أساليب التوظيف الحديثة، مثل: القرض الحسن ...، والودائع ذات المنافع الوقفية..، والمضاربة الوقفية... ».

إن توظيف الأموال المجمعة من الوقف على النحو السابق الذكر؛ هي عملية تنمية له؛ ذلك أن التنمية كما عرفها الدكتور منذر قحف هي زيادة في رأس مال الأصل، وهذا التوظيف لأموال الوقف يزيد في رأس ماله من إيراداته [80] ص 113، و قد أكدت المحكمة العليا في عدد من القرارات على أن الزيادة في الوقف تلحق بالوقف نذكر من بين تلك القرارات :

قرار 183643 المؤرخ في 25-11-1998 : «حيث أن القاعدة أن كل ما أحدث من بناء، أو غرس، يعتبر مكتسبا للشيء المحبس و لا يجوز تملكه ملكية خاصة ، و متى تبين من قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قرروا أن البناء فوق القطعة الأرضية المحبسة ، لا يعد تصرفا يمس بمقتضيات عقد الحبس ، فإن تعليلهم جاء ناقصا، و يتناقض مع عقد الحبس، و مع إرادة المحبس مما يجعل القرار المطعون فيه غير معلل، و ليس له أساس قانوني، و متى كان كذلك استوجب النقض» [162 ص59-60.

قرار رقم 188432 المؤرخ في 29-9-1999: « و لكن حيث أنه في قضية الحال أصاب قضاة الاستئناف لما نطقوا ببطلان البيع المنصب على مال موقوف مستندين إلى نص المادة 23 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف...» [144].

و يكون للموقوف عليهم باعتبارهم منتفعين من الوقف الحق في ثمار الشيء ، و نعني بالثمار؛ ما ينتجه الشيء الموقوف من غلة دورية متجددة ، و الثمار عادة لا تمس بأصل الشيء، و لا تنتقص منه ، و الثمار ثلاثة أنواع:

أولا- ثمار طبيعية :

تعد الثمار الطبيعية ما نتج في الطبيعة من دخل ليد الإنسان، كالكلاء، و الأعشاب التي تنبت على الأرض، دون تدخل يد الإنسان.

ثانيا- ثمار صناعية أو مستحدثة:

هي ثمار من عمل الإنسان، كالمزروعات، و فواكه البساتين، و خشب الأشجار ،إذا كانت معدة للقطع على وجه دوري، و منتظم، و عسل النحل ، و يملكها الموقوف عليهم بفصلها و لا يشترط إستهلاكها أو نقلها من مكانها.

ثالثا- ثمار مدنية:

تتمثل في الناتج أو الربح الدوري المتجدد ،الذي يقبضه مستثمر الشيء من الغير، لقاء نقل منفعة الشيء إلى الغير كبديل الإيجار ، و الوقف في هذه الحالة؛ يقوم بعمل من أعمال الإدارة التي تتعلق بعين من أعيان الوقف كإيجار الدور، و الحوانيت ، و الأراضي الزراعية ، و المنقولات أيضا، فيقوم الوقف ممثلا في الناظر بتأجير الدور للغير باعتباره المخول قانونا بذلك طبقا لأحكام المرسوم

التنفيذي رقم 98-381، فإذا كان الموقوف مسكنا، أجره لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، أما إذا كان المسكن خربا فله أن يؤجره وفقا للصيغ التي حددها القانون 01-07 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف 91-10 (بعد الإيجار من صميم أعمال الناظر و لا يمكن للمستحقين من الموقوف عليهم القيام بالإيجار إلا إذا كانوا نظارا، و في الوقف العام تدخل وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف إلزاميا في سلسلة النظار.)، فإذا كان الموقوف أرضا؛ فله أن يؤجرها لمن يزرعها؛ كما له أن يؤجرها مزارعة، فيحصل على جزء من المحصول دون أن يتولى الزراعة بنفسه، كما له أن يزرعها مساقاة، و فوائد رؤوس الأموال، و الشركات، سواء نتجت عن قرض، أو عن إيراد مرتب، و هذه الثمار يتملكها الموقوف عليهم يوما فيوما، ولو لم تقبض فعلا [154] ص 1175، أما إذا كانت الثمار المدنية تقبض شهرا بشهر، أو سنة بسنة؛ فإنها تستحق للموقوف عليهم وفقا لمواعيد استحقاقها.

و على العموم؛ يكون للموقوف عليهم الحق في الثمار، دون المنتجات، سواء كانت ثمار طبيعية، أو صناعية أو مدنية، و لا يمكن للوقف أن يمتنع عن استغلال الوقف لما في ذلك من ضرر يلحق الوقف و الموقوف عليهم، و يتبع في الاستغلال شرط الواقف و سنعود لتفصيل اثر شرط الواقف في استغلال الموقوف عند الحديث عن أهلية الوقف في المبحث الثاني من هذا الفصل.

ثانيا- خصائص حق الانتفاع الوقفي.

يتميز حق الانتفاع الوقفي بالخصائص الآتية:

1- حق الانتفاع الوقفي حق عيني:

حق الموقوف عليهم في الانتفاع حق عيني، و ليس حقا شخصيا حسب المادة 18 من قانون الأوقاف 91-10، و الحق العيني: هو الحق الذي يرد على شيء مادي، و يخول لصاحبه من الموقوف عليه سلطة مباشرة على الموقوف، بحيث يكون للمنتفع من الموقوف عليهم سلطة استعمال، و استغلال الموقوف، دون وساطة من ممثل الوقف [143] ص 18، حيث ينتفع المستحقون من الموقوف عليهم مباشرة بالمال الموقوف؛ دون الحاجة إلى وساطة من ناظر الوقف، فلا يكون الناظر باعتباره ممثلا للوقف، ملزما بالحفاظ على الموقوف و ملزما بتمكين المنتفعين من الموقوف عليهم من الانتفاع بالوقف، و على ضوء ذلك؛ نستنتج بأن العين الموقوفة إذا احتاجت للعمارة أي الترميم و الإصلاح فإن المنتفعين من الموقوف عليهم يكونون ملزمين بإصلاحها دون الرجوع للناظر؛ إذا كان حقهم على الوقف حقا عينيا، لأن حق الانتفاع المتفرع عن حق الملكية يخول للمنتفع الحق في الاستعمال

و الاستغلال دون وساطة من المالك الحقيقي، حيث يكون للمنتفع من الموقوف عليهم حق مباشر على العقار، أو المنقول، أو المنفعة، دون وساطة من المالك الحقيقي، الذي تعود إليه ملكية الرقبة وفقا للقواعد العامة؛ فإذا كان محل الانتفاع عقارا؛ فإن حق الانتفاع الوفي؛ يعتبر مالا عقاريا عينيا يخضع للإجراءات الشكلية من رسمية و تسجيل و شهر.

و للموقوف عليه حق عيني على الوقف؛ يشمل فقط الحق في استعمال الموقوف؛ دون استغلاله؛ ذلك أن استغلال الموقوف جزء من صلاحيات الناظر، لا من صلاحيات الموقوف عليه؛ كما سبق بيانه في الفرع السابق، لأن الجهة المسيرة للوقف العام يعود لها الحق في استغلال الوقف، و يكون الوقف في هذه الحالة حق عيني، تتولى إدارة الوقف العام إستغلاله عن طريق اللجوء لإبرام العقود؛ التي تسمح بالحصول على الغلة التي يتم توزيعها على المستحقين من الموقوف عليهم، و يكون لهم حق شخصي على الغلة، و باعتباره كذلك؛ فإن الموقوف عليه له الحق في رهن الغلة رهنا حيازيا لا رهنا رسميا لأن الغلة لا تعد عقارا أو حقا عينيا عقاريا[154]ص 1189-1201 .

أما إذا كان محل الانتفاع الوفي منقولا؛ فإنه خلافا للقواعد العامة التي تلزم بجرده و تقديم كفالة به من قبل المنتفع؛ فإن لم يقدم المنتفع كفالة بيع المنقول؛ ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولي المنتفع على أرباحها؛ أما إذا كان محل الانتفاع واردا على أشياء قابلة للاستهلاك؛ فيكون للمنتفع الحق في أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك بشرط رد بدلها عند انتهاء حق الانتفاع؛ و في باب الوقف؛ فإننا نتبع شرط الواقف؛ فإن نص على رد بدلها اتبع شرطه (المادة 851 ق م) .

و يكون حق الانتفاع في الوقف العام دائما على الشيوع باعتبار أن الموقوف عليهم في الوقف العام جمعا غير محصور؛ و السؤال الذي يتعين طرحه هو: هل يجوز طلب القسمة بين المنتفعين؟

2- حق الانتفاع الوفي حق دائم:

خلافا للقواعد العامة في القانون المدني المادة 852، والتي تقضي بأن حق الانتفاع مؤقت ينقضي بموت المنتفع، أو بانقضاء مدة الانتفاع؛ فإن حق الانتفاع الوفي مؤبد، و دائم لا ينقضي بموت المنتفعين من الموقوف عليهم بل ينتقل للمستحقين و الطبقات (الوقف الخاص) و في هذه الحالة يجب أن يثبت انتقال حق الانتفاع الوفي إلى المنتفعين بموجب شهادة توثيقية؛ وفقا لأحكام المادة 91 من المرسوم 63-76 المؤرخ في 25-3-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، و ذلك وفقا للأجال المحددة في المادة 99 من نفس المرسوم، وتجدر الإشارة إلى أن المدير العام للأموال الوطنية وجه مذكرة إلى مديري الحفظ العقاري، وهذا بعد أن لاحظت الإدارة المركزية أن بعض

المحافظين العقاريين يستبعدون من الإشهار الشهادات التوثيقية المتضمنة العقارات الموقوفة وفقا
خاصا بمفهوم المادة 6 من القانون 91-10 ، حيث حددت المذكرة اجراءات استخلاف متوف مستفيد
من حق الانتفاع الوقي.

أما بالنسبة لحق الانتفاع في الوقف العام؛ فإنه ينقضي بانقضاء الجهة الموقوف عليها؛ فإذا ما زالت
الشخصية المعنوية للجهة الموقوف عليها؛ فإن ذلك يؤدي لانقضاء حق الانتفاع في جانبها، و أيلولته
للسلطة المكلفة بالوقف، و هي وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف.

و لا يمكن اعتبار الأسباب العامة لانقضاء حق الانتفاع المنصوص عليها في القانون المدني ،
و التي تؤدي لانتهاء حق الانتفاع أسبابا مؤدية لانتهاء حق الانتفاع الوقي؛ كفقدان عين الوقف

و هو ما يعرف في القانون المدني بهلاك الشيء ، فإذا هلكت عين الوقف هلاكا كلياً ؛ حيث أصبح
حق الانتفاع منعدماً ؛ لا يؤدي ذلك إلى انتهاء حق الانتفاع الوقي، و مثال ذلك؛ انتهاء حق الانتفاع
الوقي بموجب قانون كقانون الثورة الزراعية الأمر 71-73 المؤرخ في 08-11-1971 ، الذي
أدمج الأوقاف ضمن الصندوق الوطني للثورة الزراعية لأن المشرع أزم تعويضهم تعويضاً عينياً
، و إذا تعذر ذلك تم تعويضهم نقداً، و التعويض يدفع لناظر الوقف لا للمنتفعين من الموقوف عليهم؛
لتعلق حقهم بالغلة لا باستغلال عين الوقف حسب المادة 18 من القانون 91-10.

3- حق الانتفاع الوقي يرد على شيء مملوك للغير:

يعتبر حق الانتفاع حقاً منقراً عن حق الملكية؛ فلا يمكن تصور وجود حق انتفاع بمعزل عن
حق يعود لمالك قد أقره، و الأصل أن يرد حق الانتفاع على شيء غير قابل للاستهلاك، و قابل
للتقويم، وفقاً لشروط المال القابل للوقف ، و بخلاف القواعد العامة في القانون المدني؛ فإن محل حق
الانتفاع الوقي قد يرد على شيء قابل للاستهلاك؛ مما يلزم المنتفع برد الشيء بعد انقضاء حق
الانتفاع باعتباره حقاً مؤقتاً منقراً عن حق الملكية؛ حسب نص المادة 851 من القانون المدني.

و جدير بالذكر؛ أنه في مثل هذه الأشياء؛ فإنه لا تنتقل للمنتفع حق الانتفاع فقط بل تنتقل إليه
الملكية التامة للشيء القابل للاستهلاك، على أن يلتزم برد مثله، أو قيمته عند نهاية الانتفاع ، وفي
هذه الحالة يعتبر المالك دائناً ليس له إلا المطالبة ببديل الشيء المستهلك عن طريق الدعوى
الشخصية، و مثال ذلك، وقف النقود التي درج الفقه على جواز وقفها .

كما يمكن أن يرد حق الانتفاع الوقفي على المنافع أيضا كبراءات الاختراع والقيم المنقولة [154]ص 1175-1205، [22] ص 227.

4- حق الموقوف عليه في الغلة حق شخصي:

يجعل الوقف الملكية في وضع استثنائي، حيث يجرى الجانب المادي للملكية، المتمثل في حق الاستعمال، و حق الاستغلال، و الذي يمنح للمستحقين من الموقوف عليهم الحق في التمتع بالموقوف موضوع حق الانتفاع مع جواز التصرف فيه بجميع التصرفات القانونية؛ غير أن حق الانتفاع الوقفي لا يرتب حقا عينيا للمستحقين من الموقوف عليهم؛ بل يتعلق حقهم فقط بغلة الوقف، فلا يجوز لهم التصرف في حق الانتفاع الوقفي الذي تتولى الجهة المسيرة للوقف التصرف فيه بالإيجار غالبا؛ وفق أحكام النصوص المنظمة للوقف العام فإن حق الموقوف عليهم في الوقف العام حقا شخصيا لا حقا عينيا، و يترتب على ذلك النتائج الآتية:

-لا يجوز للمستحق من الموقوف عليهم رهن حق الانتفاع الوقفي؛ بل له فقط الحق في رهن حقه في المنفعة في الثمن الذي يعود إليه.

-للمنتفع الحق في الإيجار، أو التنازل عن حقه للغير، لأن حق الانتفاع قابل للتصرف فيه بينما المستحق في الوقف ليس له إلا التنازل عن حقه للغير بطريق التصرف؛ لأنه حق شخصي لصيق بالمستحق؛ يمكنه من التنازل عن حقه في الغلة حسب المادة 18 من القانون 91-10، و نعي بالتنازل: التصرف الذي يشمل المنفعة، أي غلة الوقف، دون أصل الوقف، فحق الانتفاع الوقفي يخول المنتفع من الموقوف عليهم الحق في استغلال حقه في الغلة التي تعود إليه و الحق في التنازل أيضا عن حق الانتفاع الوقفي، و يشمل التنازل المقدار المحدد له من قبل الواقف [155] ص 195، و يشترط لصحة التنازل حسب المادة 20 من القانون 91-10 الشروط الآتية:

أ- أن يكون لصالح جهة من جهات الخير العام .

ب- يجب أن تشترك الجهتان من حيث الغرض.

ج- الحصول على الموافقة الصريحة من السلطة المكلفة بالأوقاف

-إذا انتزعت ملكية العقار المنتفع به؛ فإن التعويض يتم دفعه إلى المنتفع، و يكون ملزما برده عند انتهاء حق الانتفاع مع الزامه بتقديم كفالة، أو إيداعه بمصرف مالي؛ على أن يستفيد المنتفع من

فوائده أما إذا انتزعت ملكية العقار الموقوف للمنفعة العامة؛ فإنه لا تسلم قيمته للمستحقين لأن حقهم حق شخصي، بل يشتري بقيمته عقارا آخر، يحل محل العقار الموقوف لتجري عليه أحكام الوقف الجديد.

و في حالة الهلاك القانوني للوقف، كما لو كان أرضا فقدت طابعها الفلاحي، و أدمجت في التعمير، فإنه و وفقا لنص المادة 26 مكرر3 من القانون 01-07 لمعدل و المتمم للقانون 91-10، يمكن إدماج الأراضي الفلاحية الوقفية المجاورة للتجمعات السكانية ضمن الأراضي العمرانية طبقا لأحكام القانون 90-29. المعدل و المتمم، و المتعلق بالتهيئة و التعمير، فإن مبالغ التعويض حسب المادة 24 من القانون 91-10 تدفع لناظر الوقف لشراء عقار بديل الأول، ليتم وقفه وفقا لعقد الحبس المنشئة للوقف، و هو ما أقره مجلس الدولة أيضا في قراره المؤرخ في :

2005-07-12 و ذلك في نصه: « غير أن المبالغ المحكوم بها كتعويض عن الأراضي المدمجة في الاحتياطات العقارية، توضع تحت تصرف ناظر الوقف لشراء عقار آخر وفقا لموضوع عقد الحبس» [163] ص 145-147.

و لا يمكن أن تسلم مبالغ التعويض للموقوف عليهم؛ لأن في ذلك مخالفة للطابع التأييدي للوقف؛ كما أن استغلال الوقف، و عمارته، و الحفظ على ديمومته هي من صلاحيات الناظر لا الموقوف عليه، و الأصل في التعويض أن يكون عينا، و إذا تعذر ذلك، كان التعويض عن طريق التعويض ليشتري الناظر بمبالغ التعويض عقارا آخر ليكون وقفا، وفقا لشروط الواقف المنشئة لعقد الوقف.

-المنتفع حق الاستعانة بدعاوى الاسترداد لحماية حقه من التعرض الصادر عن الغير بخلاف الوقف، حيث لا يمكن للمنتفعين من الموقوف عليهم مباشرة دعاوى الاسترداد؛ لأن حقهم حق شخصي لا حقا عينيا، و مباشرة هذه الدعاوى تتم من قبل الناظر باعتباره ممثلا للوقف طبقا لنص المادة 5 من القانون 91-10 و المادة 50 من القانون المدني.

- إذا قام المنتفع بتأمين على العقار المنتفع به لدى شركات التأمين، و أصابه حريق، يكون مبلغ التعويض التأمين من حق المنتفع في القواعد العامة في حين أن هذا المبلغ يكون من حق متول الوقف، يشتري أو يصلح به الوقف الخرب [80] ص 23، 163.

5- حق الانتفاع الوقفي حق غير قابل للإسقاط

لا يمكن تجريد الموقوف عليهم من حق الانتفاع الوقفي؛ إلا وفقا لقانون الأوقاف أو وفقا لأحكام الشريعة في حالة عدم النص، تطبيقا لنص المادة 2 من قانون الأوقاف، و عليه فحق الانتفاع لا يسقط إلا بحالتين:

أ- يسقط حق الانتفاع الوقفي في الوقف العام؛ تطبيقا لشرط الواقف، يعتبر مخالفة شرط الواقف المحدد لطريقة الانتفاع بالوقف مسقطا لحق الانتفاع الوقفي، و يسمى هذا الحكم في الشريعة بالإخراج من الوقف؛ أي أن الواقف يجعل المستحق في الوقف غير موقوف عليه، و يستتبع هذا إخراج الموقوف عليه إدخال غيره، و قد اختلف الفقهاء في صحة اشتراط الإدخال والإخراج؛ فذهب الحنفية إلى جوازه مطلقا، فللواقف أن يشترط في وقفه إدخال أو إخراج من يشاء، فيجعل من كان من أهل الوقف ابتداء عنه، ومن كان خارجا عنه داخلا ومستحقا فيه، دون أن يعلق ذلك بصفة في الموقوف عليهم [43] ص 29، وذهب الشافعية إلى عدم جواز اشتراط إدخال من شاء وإخراج من شاء على إطلاقه، لأن ذلك ينافي مقتضى الوقف [64] ص 385.

وما ذكره بعض الباحثين المعاصرين من أن الشافعية أجازوا الإدخال والإخراج؛ إذا كان مقيدا بصفة فيمن أريد إدخاله أو إخراج، ومثل لذلك بقوله: كأن يقول: وقفت على أولادي على أن من تزوجت من بناتي فلا حق لها، أو على أن من استغنى من أولادي فلا حق له فيه [38] ص 294.

أما الحنابلة، فإنهم أجازوا اشتراط الإدخال والإخراج لمن شاء من المستحقين للوقوف دون غيرهم.

فإذا قال: وقفت على أولادي بشرط أن أدخل من أشاء منهم وأخرج من أشاء، صح الوقف والشرط، وجاز له إدخال من شاء منهم وإخراج من شاء.

وأما إذا اشترط إدخال من يشاء من غيرهم، فإنه لا يجوز، ويبطل معه الوقف

و بهذا الصدد تتساءل: هل يمكن للواقف أن يسترجع حق الانتفاع في حالة خلو المنتفعين من الموقوف عليهم؟

ب- لا يمكن تجريد المنتفعين من الموقوف عليهم من حق الانتفاع الوقفي في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة؛ تطبيقا للقانون رقم 91-11 المؤرخ في 27-4-1991 المنظم لتحديد قواعد نزع الملكية للمنفعة العامة، وفي حالة نزع الملكية للمنفعة العامة، أو الهلاك القانوني للوقف؛ كما لو كان الوقف

أرضاً فلاحية فقدت طابعها الفلاحي و تم إدماجها في الاحتياطات العقارية في هذه الحالة لا يمكن تجريد المستحقين من الموقوف عليهم من حقهم في الانتفاع بالوقف، فطبقاً لنص المادة 26 مكرر 3 من القانون 01-07 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف 91-10؛ التي تنص على أنه يمكن إدماج الأراضي الفلاحية الوقفية المجاورة للتجمعات السكانية ضمن الأراضي العمرانية، طبقاً لأحكام القانون رقم 90-29 المعدل و المتمم و المتعلق بالتهيئة و التعمير، فإن مبالغ التعويض حسب المادة 24 و 38 فقرة 2 من قانون الأوقاف تدفع لناظر الوقف لشراء عقار بدل الأول؛ ليتم وقفه وفقاً لعقد الحبس الأول المنشئة للوقف، و هو ما أقره أيضاً مجلس الدولة في قراره المؤرخ في 12-07-2005: «غير أن المبالغ المحكوم بها كتعويض عن الأراضي المدمجة في الاحتياطات العقارية توضع تحت تصرف ناظر الوقف لشراء عقار آخر، وفقاً لموضوع عقد الحبس» [163].

و لا يمكن بأي حال أن تقسم أو تسلم مبالغ التعويض للموقوف عليهم، لأن في ذلك مخالفة للطابع التأبدي للوقف، و الأصل في التعويض أن يكون عيناً، و إذا تعذر ذلك كان التعويض عن طريق نقداً، فيشتري بذلك الناظر عقاراً آخر، يكون وقفاً، وفقاً لموضوع عقد الحبس الأول.

6- ممارسة الشفعة

أجمع الفقهاء من المالكية، و الشافعية، و الحنابلة، إلى صحة وقف المال المشاع؛ إذا كان يقبل القسمة، حتى يتمكن الناظر من إدارته و تسييره بشكل مستقل عن الحصص الشائعة الأخرى [64] ص 277، [51] ص 76، [65] ص 238، و في السياق نفسه إذا تم الوقف على هذا النحو و تم تقسيم الحصص فأصبحت مفرزة؛ فلا مجال للأخذ بالشفعة [14] ص 98-99 .

أما بالنسبة لوقف الحصة الشائعة التي لا تقبل القسمة؛ فإذا صح الوقف، وفقاً للمذهب الذي يجيزه؛ فإنه يجوز للوقف الأخذ بالشفعة إذا أراد أحد الشركاء في الشبوع بيع حصته على أن تصبح الحصة المشفوع فيها وقفاً، و في هذا يرى المالكية بأنه إذا أجبِر الواقف على بيع الحصة المشاعة فإنه يجعل ثمنه في مثل وقفه [51] ص 76، [14] ص 98-99.

نظم القانون المدني الشفعة في المواد 799 إلى 807، و هي رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار، و لا يمكن ممارسة الشفعة على المنقولات الموقوفة؛ بل تكون محلاً للاسترداد، طبقاً لنص المادة 18 من قانون 91-10؛ فإن حق الموقوف عليهم في الانتفاع هو حق عيني، كما تنص المادة 684 من القانون المدني على ما يلي: «يعتبر مالا عقارياً كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية»

و عليه نتساءل إذا كان المال الموقوف وقفا عاما عقارا ،هل يجوز للسلطة المكلفة بالموقف العام ؛ ممثلة في الناظر؛ ممارسة حق الشفعة تطبيقا للنصين السابقين؟.

لا يمكن تصور حالات ممارسة الشفعة الواردة في القواعد العامة-حسب المادة 795 من القانون المدني – على الوقف لتعارضها مع أحكام الوقف، خاصة فيما يتعلق بالحالة الثانية الواردة في نص المادة السابقة الذكر،و التي تنص على أن مالك الرقبة يجوز له ممارسة حق الشفعة إذا بيع كل أو جزء من حق الانتفاع [20]ص 106؛ فكما هو معلوم فإن الوقف هو تصرف لازم لا يجوز للواقف والموقوف عليه و الناظر التصرف في أصله، و بالتالي لا مجال لتطبيق هذا النص بالنسبة للوقف العام، إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة 24 من القانون 91-10 حيث تتصرف السلطة الوصية على الوقف في الموقوف بالابدال و الاستبدال، فنتساءل، هل يمكن للموقوف عليه من المنتفعين ممارسة الشفعة طبقا للقواعد العامة؟

أعتقد أنه إذا تم ابدال أو استبدال؛ عين الوقف فإن الوقف ينقضي بالنسبة للموقوف عليهم

و ينتقل حقهم في الانتفاع إلى الوقف الجديد،و لم يشر القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لمثل هذا الفرض، و على أحكام الشفعة بشكل عام، بخلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة للقانون المدني المصري المادة 739 فقرة أولى؛ الذي ينص صراحة على عدم جواز الأخذ بالشفعة في الوقف، و هو حكم موافق لنص المادة 1019 من التشريع الأردني[164] ص 59-60 .

أما إذا باع أحد المنتفعين من الموقوف عليهم، أو كلهم حق الانتفاع العيني، فيمكن للناظر في الوقف العام ممارسة الشفعة ،حسب المادة 18 من قانون الأوقاف و المادة 795 من القانون المدني ، فإذا تم التنازل دون موافقة من السلطة الوصية على الأوقاف، أو تم التنازل على جهة مختلفة عن الجهة الموقوف عليها؛ أي أن شرط الاشتراك في الجهة لم يتوفر، يجب أن نتساءل عن الآثار القانونية المترتبة على عدم احترام شروط التنازل عن حق الانتفاع الوقفي، هل يؤدي لبطان التنازل فقط ؟ أم أنه يمكن للسلطة الوصية ممارسة الشفعة؟

في ختام هذه الفقرة يمكن القول: بأن حق الانتفاع الوقفي يثير العديد من المسائل القانونية، خاصة فيما يتعلق بقيمة حق الانتفاع الوقفي عند الحجز عليه، كيفية الانتفاع في حالة تعدد الموقوف عليهم، قسمة حق الانتفاع عند التنازع، حقوق و واجبات المنتفعين، و هذه المسائل جديرة ببحثها في دراسة مستقلة.

ثالثا- مدى سلطة المنتفع من الموقوف عليهم على الشيء الموقوف:

المنتفع في القانون المدني له الحق في الانتفاع بالشيء الموقوف بأعمال الإدارة اللازمة لهذا الانتفاع، كما له أن يقوم بأعمال التصرف في حق الانتفاع، كما له مباشرة الدعاوى، بينما ينحصر حق الموقوف عليهم في الانتفاع بالعين الموقوفة، وحق الانتفاع الوارد في قانون الأوقاف، وإن كان يتشابه مع حق الانتفاع الوارد في القانون المدني، من حيث أن كلاهما من مظاهر الملكية الناقصة، فكما يتمتع ال عليه بحق استعمال واستغلال الموقوف؛ فكذلك الأمر للمنتفع في القانون المدني [165] ص 23-31، فضلا عن كون الانتفاع ينتهي بموت كليهما إلا أن حق الانتفاع الوارد في قانون الأوقاف يختلف عن حق الانتفاع الوارد في القانون المدني من حيث:

إن للمنتفع الحق في البيع و الهبة و التنازل، بينما الموقوف عليه ليس له إلا التنازل عن حقه في المنفعة، كما للمنتفع استعمال دعوى الحيازة عند التعرض، أما الموقوف عليه فليس له ذلك، ذلك أن الناظر هو الذي يتولى رفع هذه الدعاوى بصفته ممثلا للوقف و القائم عليه، و فيما يلي سنبحث عن مدى سلطة المنتفع من الموقوف عليهم في القيام بكل من أعمال الإدارة و أعمال التصرف.

1- أعمال الإدارة:

أعمال الإدارة من إيجار و بيع المحصول، و استيفاء الحقوق تكون في القانون المدني للمنتفع؛ فله أن يجني محصول الأرض الزراعية، أو أن يبيعه، أو أن يقبض ثمنه؛ فهو ملك له كما له أن يبيع المحصول، وهو قائم، أما في الوقف؛ فإن الموقوف عليه لا يملك القيام بهذه التصرفات فهي من صميم عمل الناظر.

2- أعمال التصرف:

أعمال التصرف تقابلها أعمال الإدارة فيما يتعلق بالاستغلال، فيجوز للمالك أن يتصرف في ملكه بكل أنواع التصرف كالبيع و الهبة و القرض، و نحو ذلك من التصرفات الناقلة للملكية، و لا يمكن في الوقف إذا صح التصرف فيه بالتصرفات الناقلة للملكية، وفقا للمادة 24 من القانون 91-10 و وفقا للمادة 5 من القانون نفسه، فضلا عن ذلك فإن الوقف ليس ملكا لأحد، و لا يمكن التصرف في أصله، أي رقبته؛ فالوقف عبارة عن ملكية معلقة على شرط مانع من التصرف بحيث لا يمكن بيع الوقف إلا استثناء" عن طريق الاستبدال و الإبدال.

للمنتفع حق عيني على الشيء المنتفع به؛ يجوز له التصرف فيه دون الرقبة ، و فيما يلي تفصيل ذلك [154] ص 1240:

أ- التنازل عن حق الانتفاع للغير:

يجوز للمنتفع التنازل عن حق انتفاعه للغير معاوضة أو تبرعا ، فله أن يبيعه أو يهبه أو يوصي به أو يوقفه ، أو أن ينزل عنه لدائنه ، مقابلا لوفاء الدين ، و يعتبر المتنازل له مالكا حق الانتفاع نفسه.

و يشترط في المتنازل له، الشروط التالية، على النحو الذي وضحناه سابقا تطبيقا لنص المادة 20 من قانون الأوقاف:

-أن يكون لصالح جهة من جهات الخير العام .

-يجب أن تشترك الجهتان من حيث الغرض.

-الحصول على الموافقة الصريحة من السلطة المكلفة بالأوقاف

ب- رهن المنتفع لحق الانتفاع:

لا يجوز للمنتفع رهن حق الانتفاع؛ بل له الحق فقط في جعل المنفعة، أو الثمن الذي يعود إليه ضمانا للدائنين؛ بخلاف الناظر الذي يجوز له رهن حق الانتفاع رهنا رسميا؛ إذا كان الحق واقعا على عقار، و رهن حيازة إذا كان الحق على منقول ، وهو ما يعرف فقها بالاستدانة على الوقف ، و قد أجاز الفقه للناظر الحق في الاستدانة على الوقف، ومن ذلك ما أقره القانون 01-07 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف في المرصد، و من الاشكالات التي يثيرها عقد المرصد في الحالة التي يعجز الوقف عن سداد الديون، هي مدى جواز التنفيذ عليه؟

إن الحجز على الوقف، و التنفيذ عليه ، يؤدي إلى نقل ملكية الوقف، وهذا ممنوع قانونا؛ لأنه من قواعد التنفيذ أن يكون المال المطلوب التنفيذ عليه قابلا للتداول و بذلك نقول: إنه لا يجوز الحجز على أموال الوقف لعدم قابليتها للحجز [18] ص 109.

إن للمنتفع في القانون المدني الحق في رهن حق الإنتفاع رهنا رسميا، أو حيا زيا ،بينما الموقوف عليه ليس له إلا ترتيب بعض الديون على حصته العائدة إليه حسب المادة 21 من قانون

10-91 التي تنص على أنه: «يجوز جعل حصة المنتفع ضمانا للدائن في المنفعة فقط و في الثمن الذي يعود إليه» أي أنه يجوز التنفيذ على الغلة التي تعود إليه، و لا يجوز الحجز على الوقف، لأنه ليس ملكا للموقوف عليه؛ فقد أجاز قانون الاجراءات المدنية، و الإدارية رهنها، و الحجز عليها؛ فيمكن للموقوف عليهم في الوقف العام رهنها، و بالتالي جواز الحجز عليها، و لا يمكن لدائني المستحقين من الموقوف عليهم في وقف معين مطالبة مستأجري عقارات ذلك الوقف، و ذلك لاستقلال شخصية كل من الناظر و المستحقين.

توصلنا مما سبق توصلنا إلى أن الوقف تصرف يخرج المال الموقوف من ملك الواقف و يمنع من التداول؛ بحيث لا يجوز التصرف فيه بأي تصرف بعوض أو بدونه، و هذا يفيد بأن التصرف في أصل الوقف، يعتبر تصرفا باطلا غير أن قانون الأوقاف في المادة 21 أجاز للموقوف عليه رهن غلة الوقف، و كما هو معلوم فإن التصرف بالرهن يعد تصرفا في العين لا في حق الانتفاع؛ فكيف نوفق بين المادة 24 من قانون الأوقاف التي تمنع التصرف في أصل الوقف و بين المادة التي تجيز الرهن؟ وهل هذا يفيد ان التصرف بالرهن لا يعد تصرفا يمس عين الوقف؛ بل يلحق فقط الغلة دون أن ينقل الملكية؟ يجوز للمالك أن يرتب رهننا على العقار المملوك رهننا رسميا فتكون الملكية للمالك و تبقى مقيدة بالرهن، و يخول هذا الحق للدائن المرتهن التنفيذ على العقار بالبيع جبرا؛ إذا لم يستوفي حقه من الثمن الذي رسا به المزاد متقدما في ذلك على سائر الدائنين الذين هم دونه في المرتبة، كما يجوز له أن يرتب أيضا رهننا حيازيا على الوقف (الغلة)؛ فتكون له ملكية الغلة و تنتقل حيازتها إلى الدائن المرتهن، الذي ينوب عنه في الاستعمال، و الاستغلال، و عند حلول أجل الدين يكون للدائن المرتهن أن يبيع الغلة جبرا، و ليس العين، و أن يستوفي حقه من الثمن الذي رسا به المزاد، و يتميز الوقف بأن التصرف فيه لا يمس أصل الوقف؛ بل يقع التصرف على حق الانتفاع الوقفي، و يمكن للوقف أن يسترد العنصر المتصرف فيه بالرهن من الدائن المرتهن بوفاء الدين.

و المنفعة (الأجرة في الوقف) تستحق للمستحقين من وقت حلولها، فإذا كان الوقف على الفقراء،

و تحققت صفة الفقر في مستحق قبل حلول الأجرة، و انتفت عنه وقت الحلول لم يعتبر مستحقا.

و يكون مستحقا لو تحققت صفة الفقر عند حلول وقت الأجرة، و اعتبرت محكمة النقض المصرية: أنه إذا توفي المستحق في الوقف قبل حلول قسط الإيجار كان لورثته الحق في جزء من الإيجار مناسب للمدة التي انقضت حتى وفاته، أما باقي الإيجار فيكون من حق المستحق اللاحق.

إذن حق المستحق في الوقف هو حق انتفاع عيني، و صاحب حق الانتفاع له ما يقابل مدة انتفاعه في أجره العين محل الانتفاع [160] مجلد 2 ص 1411، و لا يجوز للمستحقين مطالبة المستأجر بالأجرة، بل يمكنهم الحجز على ما تحت يده حجزاً تنفيذياً، أو حجزاً تحفظياً حتى يستوفوا استحقاقهم؛ لأنهم مدينون للوقف بالأجرة، و دائنوا المستحق من الموقوف عليهم لا حق لهم في الأجرة التي قبضها الناظر قبل أجل استحقاقها إذا مات المستحق قبل الاستحقاق.

يجوز للمنتفع بالوقف أن يرهن المنفعة حسب المادة 21 من قانون 91-10، و بالمقابل يجوز لدائني الموقوف عليهم الحجز على الغلة لأنها ملك لهم و التنفيذ عليها و لا يجوز الحجز على الوقف لأنه ليس ملك للموقوف عليه، و قد اعتبر المشرع الوقف عاماً كان أو خاصاً في حكم المال العام فقد نص في المادة 636 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-2-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: «فضلاً عن الأموال التي تنص القوانين الخاصة على عدم جواز الحجز عليها، لا يجوز الحجز على الأموال الآتية:.. الأموال الموقوفة وقفاً عاماً أو خاصاً، ما عدا الثمار والإيرادات» [166].

و في حالة رسو المزداد على شخص معين، نتساءل هل موافقة السلطة المكلفة بالأوقاف واجبة؟ و هل يمكن أن تحل محله؟ و هل يمكن للسلطة المكلفة بالأوقاف أن تدفع دين الوقف من صندوق الأوقاف؟ و هل يمكن تكيف المنفعة المحجوز عليها ضمن النفقات الاستعجالية الواردة في المادة 5 من القرار المؤرخ في 10-4-2001 المحدد لكيفية ضبط الإيرادات و النفقات الخاصة بالأموال الوقفية؟

حسب نص المادة 5 منه، لا يمكن اعتبارها ضمن النفقات الاستعجالية؛ لأنها واردة على سبيل الحصر و تطبيقاً لنص المادة 2/33 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381؛ كذلك لا يمكن اعتبارها ضمن مجالات الصرف الاستعجالية.

كما نتساءل أيضاً فيما إذا كان الواقف قد اشترط شروطاً معينة في المنتفع من الموقوف عليهم- الاعتبار الشخصي-، ألا يعد انتقال المنفعة لغير هؤلاء المنتفعين المحددين بشرط الواقف، مخالفة لشرطه؟ كما أنه تطبيقاً لنص المادة 14 من قانون الأوقاف، التي تلزم السلطة المكلفة بالوقف ضرورة احترام شرط الواقف في تحديد مصرف الوقف؟ أعتقد أنه يجب على السلطة المكلفة بالأوقاف دفع دين الوقف بدلاً عن المنتفعين محافظة على شرط الواقف حتى لا يحل غيره مكانه.

كما نتساءل أيضا، الحل الممكن فيما إذا كانت قيمة الدين الذي وقعه الموقوف عليهم من المنتفعين أكبر من قيمة المنفعة ؟

بالنسبة للموقف العام، لا نجد نصا، و بالرجوع لنص المادة 434 من القانون المدني: «إذا استغرقت الديون أموال الشركة كان الشركاء مسؤوليين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة»

ففي حالة حلول أجل الدين، و تقاعس الموقوف عليهم عن سداد الديون، يجوز للدائنين الحجز على حق الانتفاع الوقفي، و لا تباشر اجراءات الحجز إلا بعد حصول الدائن على سند تنفيذي ، يودع أمر الحجز خلال الأجل المحدد في قانون الاجراءات المدنية بمكتب الرهون الكائن بدائرة موقع العقار، و يعين حارس قضائي عليها حتى يتم البيع، كما أنه إذا أودع الموقوف عليهم من المنتفعين قبل اليوم المحدد للمزايدة مبلغا للوفاء بالدين ، و المصاريف القضائية، و الفوائد فإن التصرف ينفذ حسب قانون الاجراءات المدنية.

تتم المزايدة في الزمان و المكان المخصص بعد اعلان الدائنين المقيدين و المحجوز عليهم، و بحصول اجراءات النشر و التنبيه عليهم بحضور جلسة المزايدة، و نفتقد في هذه الحالة نصا خاصا بالفئات التي يجوز لها المشاركة في المزايدة ؛ غير أننا نستنتج استثناسا بقانون الأوقاف أنه يشترط في الأشخاص التي تحضر المزائفة أن تكون من نفس الجهة الموقوف عليها، قياسا على الجهة المتنازل لها ، الوارد في المادة 20 من قانون الأوقاف، و يرسو المزايد على الشخص الذي قدم أكبر عرض، و يعتبر حكم رسو المزايد سندا للملكية ؛ولذا يجب تسجيله ، و شهره في مكتب الرهون .

و يعود للمرسو عليه المزايد؛ ملكية حق الانتفاع أما ملكية الرقبة ؛فهي لله تعالى، و يقع على الراسي عليه المزايد استغلال الوقف وفقا لطبيعته و حسب شروط الواقفين المادة 14-18-20، و لا يجوز له التصرف في أصل الملك الوقفي المادة 17 .

و يجب التذكير بهذا الصدد أنه إذا كان الحجر على الغلة بسبب خطأ الناظر؛ فإنه يجب أن نذكر أن الناظر يكون ضامنا لكل تقصير، و لكل ضرر يلحق بالوقف كما سنبينه لاحقا.

2.1.2 . أهلية الوقف.

تطبيقاً للأحكام الواردة في القواعد العامة الواردة في القانون المدني خاصة المادة 50 منه ، فإن الوقف العام يتمتع بالأهلية التي تسمح له باكتساب الحقوق، و تحمل الالتزامات ، و يترتب على تمتع الوقف بالأهلية أن اكتسابه للحقوق و تحمله للالتزامات ليس أمراً مطلقاً؛ بل تحكمه مجموعة من الضوابط المستوحاة أساساً من قانون الأوقاف، و من عقد الوقف، و سنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول مضمون أهلية الوقف ، و ضوابط أهلية الوقف في المطلب الثاني.

1.2.1.2 . مضمون أهلية الوقف.

للفظ الأهلية في التداول العلمي البحث له المعنى اللغوي و الاصطلاحي، قد يقترب أو يبتعد عن الدلالة القانونية، لذلك سنحاول تحديد تعريف من الناحية اللغوية ثم من الناحية الاصطلاحية، ومن ثم نحدد تعريفاً لأهلية الوقف في الفرع الأول ، كما تتفرد الأهلية عموماً بقسمين هما أهلية الأداء و أهلية الوجوب و سنحاول أن نبين مدى تمتع الوقف بنوعي الأهلية كما هو الأمر في القواعد العامة ، لذلك سنبحث عن أقسام أهلية الوقف في الفرع الثاني.

1.1.2.1.2 . مفهوم أهلية الوقف

الأهلية في اللغة هي الصلاحية والجدارة والكفاية لأمر من الأمور، فالأهلية للأمر هي الصلاحية له، ومنه قوله تعالى: «وألزمهم كلمة التقوى وكانوا أحق بها وأهلها» [1] الآية 26 من سورة الفتح.

و قوله تعالى في الآية 65 من سورة البقرة: «هو أهل التقوى وأهل المغفرة» [1] كما تستعمل الأهلية أيضاً بمعنى الاستحقاق، فيقال أهل له أي مستحق له.

أما اصطلاحاً فالأهلية؛ هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقاً، أو تحمله التزاماً على وجه يعتد به قانوناً [21] ص 146-147، [22] ص 65، [18] ص 64-68، [24] ص 87، [19] ص 122-123، [143] ص 45.

والأهلية في إطار القانون تعني المعنى ذاته؛ لهذا فهي تعني صلاحية يعترف بها القانون للشخص أي صلاحية الوقف لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات ، هذه الصلاحية قد يقصد بها

مجرد صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وعندئذ نواجه ما يسمى بأهلية الوجوب، أي وجوب الحقوق وتحمل الالتزامات، وأما القدرة على إنشاء الحقوق والالتزامات عن طريق مباشرة التصرفات القانونية المختلفة، تسمى بأهلية الأداء ، وهكذا تنقسم الأهلية القانونية إلى نوعين، وهما أهلية الوجوب وأهلية الأداء، وسنتعرض كلا منهما في شكل مستقل في الفرع الثاني.

أولاً- أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لإثبات حقوق له وتجب عليه التزامات، بعبارة أخرى، أهلية الشخص للإلزام و الالتزام، سواءً كان بنفسه أم بواسطة من له الولاية عليه [26]ص 29، [28]ص 187.

مناطق هذه الأهلية الحياة فتثبت لكل شخص، وأهلية الوجوب عند فقهاء الشريعة أثر من آثار الذمة، لا توجد إلا حيث توجد الذمة، لأن الذمة هي وصف شرعي اعتباري يصير به الإنسان أهلاً للوجوب له وللوجوب عليه.

يظهر من هذا التعريف يظهر الخلط بين المصطلحين، بالرغم من وجود علاقة وطيدة بين مصطلحي الذمة وأهلية الوجوب إلى درجة أنه من الفقهاء من يعتبرهما مترادفين، فلا يخلو حديث عن أهلية الوجوب من الحديث عن الذمة في كتب الفقه.

الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، و الذمة هي وصف شرعي يفرض في الإنسان ليكون محلاً للحقوق والواجبات، و بفحص و تحليل التعريفات التي سبق بيانها في معرض الحديث عن تعريف الذمة المالية للوقف، يتضح لنا أن الفقه يخلط بين الذمة و الأهلية ، و إن كان بعض الفقه كالقرافي و هو من الفقهاء المتقدمين يرى تباين المصطلحين ، فلكل منهما حقيقة خاصة به، فقد توجد ذمة دون أهلية؛ كما قد توجد ذمة دون أهلية ، و يمثل لذلك بقوله: إن كل واحد من هاتين الحقيقتين أعم من الأخرى من وجه وأخص من وجه؛ فإن التصرف يوجد بدون الذمة، والذمة توجد بدون أهلية التصرف، ويجتمعان معاً، ومثال ذلك الصبي المميز له أهلية التصرف، وليس له ذمة باتفاق الجميع، وتوجد الذمة بدون أهلية التصرف كالعبد المحجور عليه لحق سيد، وتوجد أهلية التصرف والذمة معاً في حق الحر البالغ الرشيد [15]ص 79-86.

كما يشترط الفقه في الذمة فيها التكليف أي العقل و البلوغ، و عليه فإنه لا ذمة للصبي، بخلاف أهلية الوجوب الذي تثبت كما قلنا سابقاً للشخص الطبيعي شرط ولادته حياً [16]ص 226-227، [81]ص 81-82.

و قد ذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى عدم قصر الذمة على المكلف فحسب؛ بل هي وصف شرعي يفرض في الإنسان ليكون محلاً للحقوق والواجبات، و الواقع و إن كان هذا الرأي يوسع من نطاق الذمة ؛غير أنه يبقى الخلط واضحاً بين مصطلحي الأهلية و الذمة،يستشف هذا الخلط من العبارات المستعملة في بيان المصطلحات المشار إليها.

يستعرض السنهوري هذه الصلة بين المصطلحين، حين يرى أن أهلية الوجوب هي نتيجة ترتبت على ثبوت الذمة، فهذه الأخيرة تعني أن الإنسان صالح أن تكون له حقوق، و تترتب عليه واجبات- و الذمة بهذا المعنى تتقرر للبالغ الراشد فقط- فإن الأهلية هي الصلاحية ذاتها ، و الذمة تلازم الإنسان، إذ يولد الإنسان وله ذمة بحكم أنه إنسان، و من ثم تثبت له أهلية الوجوب، فأهلية الوجوب تترتب على وجود الذمة[106]ص 20.

ثانياً- أهلية الأداء هي صلاحية الشخص أن تعتبر تصرفاته قانوناً، و مناط أهلية الأداء ثبوت العقل و التمييز بالنسبة للشخص الطبيعي، فغير المميز وهو الطفل و المجنون، يكون معدوم الأهلية، و المميز الذي لم يبلغ الحلم يكون ناقص الأهلية، و من بلغ الحلم عاقلاً يكون كامل الأهلية، و من هذا الطرح نستنتج أن أهلية الأداء لا يمكن أن تتحقق في غير الإنسان، ولو كانت ناقصة، و على هذا؛ فإنها تكون معدومة بالنسبة للشخص الاعتباري، و هذا مختلف فيه فقهاً، أما قانوناً فإن الشخص المعنوي لا يباشر التصرفات بنفسه؛ بل يمثله نائب عنه يعبر عن إرادته حسب المادة 50 من القانون المدني.

نؤكد مما تقدم من تعريف الأهلية و تقسيمها الملاحظات الآتية:

1- أن أهلية الوجوب الناقصة ثابتة لكل شخص.

2- إن أهلية الوجوب الكاملة ثابتة للإنسان منذ انفصاله عن بطن أمه، لأنها صلاحية لثبوت الحقوق له و عليه، سواء أداها بصورة مباشرة كالراشد البالغ، أم تؤدي عنه بالنيابة؛ كما تثبت للشخص المعنوي وفقاً للضوابط التي يحددها عقده التأسيسي و القانون المنظم له.

فأهلية الوجوب يحددها القانون و سند الإنشاء، و نعني به عقد الوقف، و هي أهلية وجوب خاصة ، يحددها القانون من جهة، و شروط الواقف؛ فإذا تجاوز هذا الحد كانت التصرفات باطلة، و يكون للواقف، أو الموقوف عليه، أو القاضي التمسك ببطانها، كما قد يترتب على مخالفة قانون الأوقاف ، و عقد الوقف الاكتفاء بتقرير مسؤولية مخالفتي التخصيص ، و اعتبار تصرفاتهم صحيحة [26]ص 28-29، [81]ص 81-82، [136]ص 66، [21]ص 149-151.

3- تقوم أهلية الأداء الكاملة للشخص الطبيعي على البلوغ، العقل، العلم، القدرة، و ألا يكون الشخص محجورا عليه لعارض من عوارض الأهلية؛ أما الشخص المعنوي؛ فتكون له أهلية أداء مستندا في تحديدها للقانون المنظم له حسب المادة 50 من القانون المدني.

2.1.2.1.2. أقسام أهلية الوقف

الأهلية في إطار القانون تعني صلاحية الوقف لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات ، هذه الصلاحية قد يقصد بها مجرد صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وعندئذ نواجه ما يسمى بأهلية الوجوب، وأما القدرة على إنشاء الحقوق والالتزامات عن طريق مباشرة التصرفات القانونية المختلفة، تسمى بأهلية الأداء ، وهكذا تنقسم الأهلية القانونية إلى نوعين، وهما أهلية الوجوب وأهلية الأداء، و فيما يلي تفصيل لهما:

أولا- أهلية وجوب الوقف .

عرف فقهاء القانون أهلية الوجوب بعدة تعريفات أهمها، تعريف بعض لها الفقهاء: « صلاحية الشخص لأن يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات»، بينما عرفها جانب آخر بقولهم: « هي الصلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه»، ويعرفها بعض الفقهاء علي أنها : « قابلية الشخص لأن يكتسب حقا أو يتحمل التزاما»، بينما هي في نظر البعض الآخر: «قدرة الشخص على أن يكون أهلا لثبوت بعض الحقوق له دون البعض؛ كأن يكون أهلا للميراث والوصية وإلحاق نسبه بوالديه دون أن يكون أهلا للحق عليه؛ فلا تلزمه أي التزام لأن الالتزام يثبت على الشخص بفعله أو بعبارته وهو لا يتصور منه ذلك» [26] ص 28-29، [81] ص 81-82، [136] ص 66، [143] ص 45.

وعلى ذلك فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص، لتلقي الحقوق وتحمل الالتزامات؛ أي صلاحيته لوجوب الحقوق له والالتزامات عليه، وهي تمثل الأهلية القانونية في وجهها السلبي الذي يقتصر على تلقي الحقوق، وتحمل الالتزامات دون تدخل إرادي من الشخص، ولكنها لا تشمل وجهها الإيجابي؛ المتمثل في المساهمة إيجابيا في إنشاء هذه الحقوق والالتزامات.

تثبت أهلية الوجوب للشخص المعنوي؛ كما تثبت للشخص الطبيعي، و نطاق أهلية وجوب الشخص المعنوي تختلف عن نطاق أهلية الشخص الطبيعي، بحيث يرتبط تحديد أهلية وجوب الشخص المعنوي بطبيعته و الغرض من إنشائه [143] ص 45، [22] ص 662، [134] ص 355.

أما بالنسبة لتحديد نطاق أهليته بما يتفق و طبيعته؛ فإن الشخص المعنوي يكتسب الحقوق و يتحمل الالتزامات التي تتفق مع تكوينه، فقد نصت عليها المادة 50 من القانون المدني على أن: «الشخص المعنوي يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان» فالوقف كشخص معنوي لا يتمتع بالحقوق الملازمة للإنسان كحقوق الأسرة من زواج و طلاق و نفقة أولاد، أما بالنسبة لتحديد نطاق أهليته بما يتفق و الغرض من إنشائه، و هو ما يطلق عليه بمبدأ التخصيص؛ فإنه طبقا لنص المادة 50 فقره 2 من القانون المدني التي تنص على أن: « أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي قررها القانون ».

فأهلية وجوب الشخص المعنوي؛ يقررها العقد المنشئة للشخص المعنوي، أو قد يتجدد بواسطة القانون، و بتطبيق هذا النص على الأوقاف لنا أن نتساءل: ما هو نطاق أهلية وجوب الوقف كشخص معنوي؟

ينبغي للإجابة عن هذا التساؤل البدء بالنتيجة التي توصلنا إليها آنفا ، و هي أن للوقف أهلية وجوب مقيدة بالغرض من إنشائه من جهة ، و بالنص القانوني المنظم له، من جهة أخرى و عليه يمكننا القول: إن العقد المنشئة للوقف هو الذي يحدد نطاق أهلية وجوبه كما أن مختلف الأحكام التي تضمنتها قوانين الأوقاف تعد ضابطا في تحديد هذه الأهلية، و بتفحص و تحليل هذه النصوص نستنتج أن أهلية الوقف يحددها شروط الواقف باعتبارها المنظم الأساسي للوقف ؛حسب نص المادة 14 من قانون الأوقاف ، فإذا خصص الواقف وقفه في مجال معين وجب إتباع شرطه ، و لا تجوز مخالفته إلا وفقا لحالات حددها القانون و الفقه بدقة متناهية [21]ص149-151 ، كما تعد مصلحة الوقف قيما إضافيا على اكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات، و هو ما فصل البحث فيه تدريجيا في هذا المبحث.

ثانيا- أهلية أداء الوقف.

عرف بعض من الفقهاء أهلية الأداء بأنها: « صلاحية الشخص لاستعمال الحق عن طريق التصرفات القانونية»، بينما عرفها فريق آخر بأنها: « صلاحية الشخص لأن يباشر التصرفات القانونية التي تكسبه حقا أو تحمله التزاما »، فالأهلية يتحدد نطاقها وفقا لهذا التعريف بالتصرفات القانونية دون الوقائع القانونية ،لأن الآثار القانونية لا يمكن للشخص أن يحدثها إلا في صورة التصرفات القانونية، و ليس في الوقائع المادية [134]ص355، [28]ص187، [22]ص573.

و يعرف فريق ثالث بأنها: « صلاحية الشخص للالتزام بمقتضى تصرفاته الإرادية، أو صلاحيته لاستعمال الحقوق وأداء الالتزامات»، بينما نظر البعض الآخر إليها على أنها: «عبارة عن صلاحية الشخص لإتيان التصرفات القانونية الصحيحة».

كما تعرف عند آخرين بأنها: « قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيراً منتجاً لأثاره القانونية في حق نفسه، بعبارة أخرى هي قدرة الشخص على إجراء التصرفات القانونية لحساب نفسه» [10] ص 516-517.

و كل هذه التعريفات تصب في وعاء واحد، فأهلية الأداء هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام قانوناً، و باعتبار أن أهلية الأداء خاصة بالشخص الاعتباري المتمثل في الوقف، فيجب أن نحدد معنى الأهلية بشكل يتفق مع طبيعة الوقف كشخص معنوي ، فإذا كانت أهلية أداء الشخص الطبيعي كما سبق بيانه ترتبط بكمال التمييز، و الإدراك عند مباشرة التصرفات القانونية من قبل الشخص الطبيعي، فإنه من المعلوم أن الوقف كشخص معنوي يفتقد للإرادة، و التمييز بحكم طبيعته، و لذلك حتى يستقيم وضع تعريف لأهلية أداء الوقف كان لزاماً ربط أهلية أداء الوقف على ما يتفق مع طبيعته، و بذلك تتحدد أهلية أداء الوقف بتحديد مجال النشاط المعترف به للوقف لتحقيق أغراضه] [22] ص 660.

و بتحليل التعريفات السابقة الذكر للأهلية؛ يمكننا أن نعرف أهلية أداء الشخصية المعنوية للوقف بأنها: «صلاحية الوقف لمباشرة التصرفات القانونية التي تكسبه حقاً أو تحمله التزاماً»، و باعتبار أن مناط أهلية الشخص الطبيعي تختلف عن مناط أهلية الشخص المعنوي؛ فإنه إذا كانت الأولى مناطها التمييز و الإدراك؛ فإنه بالنسبة للشخص المعنوي حسب نص المادة 50 فقرة 2 من القانون المدني، فإن التعبير عن إرادته يباشرها ممثله القانوني ، فللشخص المعنوي نائب يعبر عن إرادته و تعد التصرفات الصادرة عن الممثل القانوني بمثابة تصرفات تعبر عن إرادة الشخص المعنوي، و يمثل الشخصية المعنوية للوقف العام على المستوى المركزي وزير الشؤون الدينية والأوقاف و الناظر على المستوى المحلي، [134] ص 280، [167] ص 21.

إن الوقف عند اكتسابه للشخصية المعنوية ، حسب المادة 5 من قانون الأوقاف و المادة 49 من القانون المدني؛ فإنه حسب المادة 50 من القانون المدني، يتمتع بأهلية الأداء الكاملة للتصرف في الحدود التي حددها سند إنشائه ، وهو عقد الوقف ونظامه الأساسي ، فله حق التملك والتقاضي ، وإبرام التصرفات القانونية باسمه ، وكذلك يتحمل الوقف الآثار الناتجة عن العقود التي يبرمها

ممثلوه ، كما يتحمل المسؤولية الناتجة عن تقصير أحد موظفيها ، أو القائمين على إدارته، إذا كان التقصير يخص الوقف ، كما يسأل عن الأضرار التي يسببها ممثلوه و موظفوه ، وكذلك يمكن مساءلتهم جزائيا [137] ص 39-40.

أما من الناحية الفقهية ؛ فالخلاف دائر بين الفقهاء المعاصرين الذين تناولوا موضوع الشخصية الاعتبارية حول مدى تمتع الشخص المعنوي بأهلية الأداء و أهلية الوجوب، حيث ذهب أكثرهم إلى ما ذهب إليه القانونيون في إثبات الأهلية الكاملة للشخص المعنوي؛ في حين ذهب بعض الفقهاء إلى إثبات أهلية الوجوب فقط؛ فقالوا: إن الشخص المعنوي لا تثبت له أهلية الأداء ، وتثبت له أهلية الوجوب بالقدر الذي يناسب و الغرض من إنشائه.

إن القانون و وفقا للمادة 5 من قانون الأوقاف و المادتين 49 و 50 من القانون المدني حينما أثبتوا الشخصية الاعتبارية للوقف أعطوا له كل الحقوق ، إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان في الحدود التي قررها القانون ، ولذلك أصبحت للوقف ذمة مستقلة عن ذم الواقف و الموقوف عليه و الناظر، فإذا سلمنا أن أهليته هي أهلية الوجوب؛ فإن ذلك يعني أنها لا تثبت لها غير الحقوق الايجابية ، ولا تقدر على تنفيذ الالتزامات لأنها ليست لها أهلية الأداء التي هي مناط صحة التصرفات كما قال الفقهاء، كما أنه إذا لم تثبت للشخص المعنوي أهلية الأداء؛ فعلى أي أساس يكون لنائبه الحق في اكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات باسم الوقف؟، فصحة تصرفات النائب فرع لصحة تصرفات المنيب ، فناظر الوقف باعتباره نائبا للشخص المعنوي؛ له الحق في كل التصرفات الناتجة من أهلية الأداء الكاملة في حدود ما رسمه القانون ، هذا مع العلم أن قانون الأوقاف ووفق ما ذهب إليه بعض الفقهاء-مع بعض الفراق- الذين يرون في ناظر الوقف وكيلا عن الوقف و وكيلا عن الموقوف عليهم ، و الحقيقة أن هذا الطرح لا يستقيم مع نص المادة 50 من القانون المدني، التي ترتب على تمتع الوقف بالشخصية المعنوية الأهلية و التي يعبر عنها نائبه ، و بذلك فإن الناظر يعد نائبا عن الوقف و ليس وكيلا عن أي طرف في الوقف [168] ص 194-198 .

فلو سلمنا بهذا الطرح لفقدت الشخصية المعنوية فائدتها، وتوصيفها الذي من خلاله توصل القانون إلى تنظيم أمور الوقف بالشكل المطلوب.

إن الذين اعترفوا بالشخصية المعنوية للوقف، أعطوا لها أهلية الأداء الكاملة، فله الحق في جميع التصرفات إلا ما كان ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي أقرها القانون.

و تطبيقاً لنص المادة 50 من القانون المدني؛ فإن أهلية الشخصية المعنوية للوقف تتحدد من خلال قانونها الأساسي، أو من خلال الغرض من إنشاء الشخص المعنوي الذي يتضمنه قانونها الأساسي، والضابط في تجديد أهلية الوقف هو قانون الأوقاف رقم 91-10 المعدل و المتمم، و عقد الوقف الذي أنشأ الوقف بموجبه، فعقد الوقف هو الذي يحدد الغرض من إنشاء الوقف و الجهة الموقوف عليها، و كيفية مباشرة شؤون الوقف، و الهيئة التي تتولى إدارة الوقف، في حين أن قانون الأوقاف وضع الضوابط الأساسية و المبادئ العامة التي يجب أن يتضمنها عقد الوقف، كما يبين حقوق و واجبات المشرف على الوقف.

2.2.1.2 . ضوابط أهلية الوقف

إن أهلية الوقف كشخص معنوي، وفقاً لقانون الأوقاف، و العقد المنشأ للوقف، متوقفة على تحقيق مصلحة الوقف؛ و هو ما نتناوله في الفرع الأول، ثم إن تنفيذ شرط الواقف المعبر عنه في عقد الوقف قيد آخر على التصرف الوقفي و هو ما نعرض له في الفرع الثاني.

1.2.2.1.2 . مصلحة الوقف شرط لاكتساب الحقوق في الوقف

تتحقق مصلحة الوقف العام بالمحافظة على المال الموقوف، و لا سبيل للحفاظ على عين الوقف بغير منع التصرف في المال الموقوف، و في ذلك يرى المالكية و الشافعية عدم جواز إبدال الموقوف إلا في حدود ضيقة [85] ص 346، [64] ص 550.

تقتضي في هذا السياق مصلحة الوقف ضمان دوام الانتفاع به تحقيقاً لمصلحة الواقف؛ الذي قصد دوام الأجر بدوام انتفاع الموقوف عليه بعين الوقف و من هذا المنطلق، أفتى فقهاء الحنابلة [76] ص 608، [140] ص 469، و بعض فقهاء المالكية [85] ص 346، بجواز التصرف في عين الوقف، في سبيل دوام الانتفاع بالوقف، و هو حكم موافق لنص المادة 24 من قانون الأوقاف .

القاعدة العامة حسب المادة 23 من قانون الأوقاف، أنه لا يجوز للواقف، أو الموقوف عليه، أو الناظر، التصرف في الوقف بعوض أو بدونه، و هو صريح نص المادة، حيث ورد فيها: « لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف، سواءً بالبيع، أو الهبة، أو التنازل، أو غيرها»، كما منعت المادة 24 من القانون نفسه إبدال أو تعويض الوقف بملك آخر؛ إلا في حالات استثنائية تضمنتها المادة 24 في نصها على أنه في :

« - حالة تعرضه للضياع أو الاندثار، حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه، حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام ...، حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف، وانتفاء إتيانه بنفع قط، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلاً، أو أفضل منه ... ».

تتحقق مصلحة الوقف العام بالمحافظة على المال الموقوف كما ذكرنا سابقاً، و باعتبار أن كل

ما بني على الوقف فهو وقف، وفي هذا السياق تنص المادة 25 من قانون الأوقاف : « كل تغيير يحدث بناء كان أو غرساً يلحق بالعين الموقوفة، ويبقى الوقف قائماً شرعاً مهما كان نوع ذلك التغيير.

وتسوى الحالات المخالفة لأحكام هذه المادة عن طريق التراضي بين المعنيين والسلطة المكلفة بالأوقاف، طبقاً لأحكام هذا القانون، مع مراعاة أحكام المادة الثانية أعلاه »، غير أننا نلاحظ أن نص المادة جاء عاماً، وبالتالي لمعرفة الجزئيات التفصيلية، نستأنس بآراء الفقهاء: لحنفية تفصيلاً حسناً في بيان حكم البناء على أرض الوقف، فإن كان الباني الناظر وكان البناء بمال الوقف فهو وقف، سواءً بناه للوقف، أو لنفسه، أما إذا كان الباني هو الواقف من ماله لنفسه وأشهد أنه له فهو له [139] ص 223-224، [44] ص 593-595، 667-595، 679-595، أما إذا كان الباني هو المستأجر، وكان البناء بإذن الناظر؛ فيرجع بما أنفقه على الناظر، أما إذا بنى بغير إذن الناظر؛ فإن لم يضر رفع البناء، وإن كان مضر للوقف فلا تعويض له، إلا إذا تصالحوا على أن يكون البناء للوقف بثمن لا يجاوز أقل القيمتين منزوعاً، أو مبنياً، أما المالكية فقالوا: إن الموقوف عليه، إذا بنى في الوقف، و قال هو لورثتي فهو لهم، وإلا فلا يكون للورثة بل يعود للوقف [85] ص 346، [63] ص 107 في حين ميز الشافعية في حكم البناء المقام على أرض الوقف بين ما اشتراه الناظر من ماله أو من ريع الوقف لجهة الوقف، فهذا الأخير لا يصير وقفاً إلا بإنشائه بأحد ألفاظ الوقف، أما إن لم ينشأ الوقف فيه فإن اشتراه من ماله فهو على ملكه، وإن كان من ريع الوقف فهو ملك للواقف وليس وقفاً [169] ص 326.

أما الحنابلة فيميزون بين حالة ما إن كان الباني هو الناظر؛ فإن بنى أو غرس للوقف، أو من مال الوقف فهو وقف، وليس له إبقاء البناء بغير رضا أهل الوقف، إلا أن يشهد أن بناءه وغرسه له فيكون له، وأما إن كان الباني أو الغارس الموقوف عليه وقد انفرد به فبناؤه وغرسه له، وإن كان أحد المستحقين من الوقف فهو كالناظر غير المستحق، أو المستحق مع غيره وإن كان أجنبياً - أي غير من تقدم، ولو كان الواقف - فغرسه وبناؤه للوقف، ما لم يثبت أنه لم ينشئه له [68] ص 326.

2.2.2.1.2 . احترام شرط الواقف قيد على التصرف الوقفي

شروط الواقفين هي ما يذكره الواقفون عند إنشاء الوقف من بيان لأوجه الصرف والاستحقاق والنظر والولاية على الوقف والإنفاق عليه ونحو ذلك، و كل تصرف وقفي يجب أن يبنى على شرط الواقف و لا يخالفه [170] ص 155-157.

عالج قانون الأوقاف اشتراطات في المادة 14 و 15 و 18 منه، فالقاعدة العامة حسب المادة 14 الوقف ينظمه اشتراطات الواقف، شرط ألا تكون مخالفة لأحكام الشريعة باعتبارها المصدر الأساسي له، و تنص المادة 45 من القانون نفسه: «تتمى الأملاك الوقفية و تستثمر وفقا لإرادة الواقف و طبقا لمقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف»، سنبحث في هذا الفرع عن أحكام شروط الواقفين وعن حق الواقف في تغيير اشتراطاته في الوقف:

أولا- أحكام شروط الواقفين.

نلاحظ بالرجوع لأحكام شروط الواقف المنظمة في قانون الأوقاف أن هذه الأحكام تحتاج كثيرا من التدقيق، و على هذا الأساس، و تطبيقا لنص المواد 2 و 14 و 18 من القانون نفسه، سنرجع لأحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه في قانون الأوقاف، و هي التي نستند إليها في تحديد الشروط المقيدة للتصرف الوقفي:

تقسم شروط الواقفين من حيث صحتها وأثرها على الوقف إلى ثلاثة أقسام:

أ-شروط باطلة في نفسها، مبطلة للوقف مانعة من انعقاده، وهي الشروط التي تنافي للزوم والتأبيد، كأن يشترط الواقف عند إنشاء الوقف أن يكون له حق بيعه أو هبته، أو أن يعود إلى ورثته بعد موته أو يصير ملكا لهم عند احتياجهم، وغير ذلك من الشروط التي تنافي للتأبيد لأن الوقف إذا اقترن بهذه الشروط صار غير لازم [17]ص 539، [38]ص 274.

و قد نص قانون الأوقاف بعدم جواز مثل هذا الشرط في المادة 23 من قانون الأوقاف، هذا ويجب التنويه بأن القضاء كان سابقا لإقرار الطابع التأبيدي لفكرة للوقف في عدد من القضايا التي فصل فيها [27]، [144].

و تنص المادة 16 من قانون الأوقاف على قابلية هذا الشرط للإبطال: «يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم».

يجب أن ينص المادة 16 للقاضي بإبطال الشرط إذا كان مخالفا للزوم الوقف، والأصل ألا يكون القاضي مخيرا في إلغائه، بل يجب أن يلغيه، وإنما محل تخبير القاضي هو الاشتراطات الجائزة التي يبطلها للضرورة، المبيحة لجواز مخالفة اشتراط الواقف. ولهذا يجب إعادة صياغة المادة على هذا النحو:

« يجب على القاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه، إذا كان ضارا بحكم الوقف الذي هو اللزوم ».

و يمكن التذليل على هذا الشرط بلفظ الحبس الوارد في مواد القانون 91-10، والذي يدل على منع وعدم جواز التصرف في الوقف مما يوحي و يؤكد على الطابع التأبيدي للوقف [27]، [144].

ب- شروط باطلة في نفسها غير مبطله للوقف، فإذا اقترنت به صح الوقف وبطلت هي من غير أن تؤثر فيه، وهذه هي الشروط التي يكون منهيها عنها أو تكون مخالفة لمقررات الشرع أو ليست في مصلحة المستحقين، توسع المذهب الحنفي في الاشتراطات المنظمة للوقف مقارنة بغيرهم من المذاهب [82] ص 151، [170] ص 167-186، ومن الأمثلة التي ضربها فقهاء الحنفية لهذه الشروط الباطلة مما شرطها بعض الواقفين في أوقافهم، وأفتى المفتون فيها بالإبطال نذكر ما يلي:

– إذا جعل الواقف النظر لشخص أو أشخاص، واشترط أن لا يعزلوا ولو خانوا.

فإن اشتراط عدم عزلهم مع ثبوت خيانتهم، مخالف لمقررات الشرع، وهو مناف لمصلحة الوقف والمستحقين أيضا [17] ص 389، [139] ص 225، [73] ص 301.

– إذا شرط الواقف أن للناظر أن يؤجر الوقف ولو كان بأقل من أجره المثل.

فهذا الشرط غير معتبر، لما فيه من إضرار بالوقف وبالمستحقين، حتى ولو كان الناظر هو المستحق.

– إذا اشترط الواقف في وقفه أن لا يعمر أو يرمم حتى ولو تهدم وتعطلت منافعه، أو اشترط أن منح الموقوف عليهم الغلة مقدم على عمارة الوقف وصيانته [15] ص 374.

ومن الأمثلة التي ضربها فقهاء المالكية للشروط الممنوعة، مما شرطها بعض الواقفين في أوقافهم، نذكر ما يلي:

– أن يشترط الواقف بأن له حق بيع أو هبة الموقوف في أي وقت شاء، فهذا شرط باطل، ومبطل للوقف، لأنه شرط مناف لمقتضى الوقف من اللزوم والدوام[56]ص92، [167]ص 155، [38]ص92.

– أن يشترط أن يكون إصلاح الوقف على الموقوف عليه من ماله الخاص من غير غلة الوقف، فهذا الشرط ممنوع غير معتبر، لأنه يحول الوقف إلى كراء مجهول، وكراء المجهول ممنوع شرعا، فالشرط باطل والوقف صحيح[51] ص 475-476، [69] ص 649-651، [56] ص 387، [86]ص66 و لا نجد لهذا الشرط مقابلا في نصوص القانون المنظم للوقف العام.

– أن يشترط الواقف تأخير إصلاح ما تهدم منه إن كان عقارا، فهذا الشرط باطل لما فيه من الإضرار بالوقف، فلا يلزم الأخذ به، بل يجب تركه والبدء بترميم الوقف والنفقة عليه من غلته حفاظا على بقاء عينه[56] ص 93، [51] ص90، [170] ص 157-159.

وأحب أن أنبه إلى أن بعض الشروط التي تؤدي إلى إنهاء الوقف في الموقوف تصح عند المالكية بالرغم من النص على عدم جوازها بالنسبة للوقف العام؛ و عليه فإن مثل هذه الشروط باطلة بالنسبة للوقف العام، كاشتراطه أن يجعله مؤقتا [86]ص66، [56]ص373-389.

ج-شروط صحيحة، وهي الشروط التي لا تنافي لمقتضى الوقف، وليس فيها مخالفة لنصوص الشرع وقواعده المقررة، ولا تؤدي إلى ضرر بالوقف، أو بالمستحقين كاشتراط الغلة لجهة معينة، واشتراط أداء دين ورثته من الغلة إذا لزمتهم ديون، واشتراط أن يكون لمتولي الوقف الزيادة والنقصان في المرتبات، واشتراط أن يكون الاستحقاق في الغلة على مقدار الحاجة، واشتراط الصرف لأقاربه الفقراء على جهة الأولوية في الأوقاف الخيرية.

فهذه الشروط ومثيلاتها بالنسبة للوقف العام نلاحظ أنها محكومة بالقاعدة العامة المقررة في المواد: 14 و 15 و 18 من قانون الأوقاف، والقاعدة العامة حسب المادة 14، أن الوقف ينظمه اشتراطات الواقف، بشرط أن لا تكون مخالفة لأحكام الشريعة باعتبارها المصدر الأساسي له[170]ص 167-186.

و تنص المادة 45 من القانون نفسه على أنه: « تنمى الأملاك الوقفية و تستثمر وفقا لإرادة الواقف و طبقا لمقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف »، و تطبيقا للنصين فإن شروط الواقف الصحيحة التي لا تنافي مقتضى الوقف وليس فيها مخالفة فهذه الشروط وأمثالها يجب الأخذ بها .

و على هذا الأساس فإن القاعدة تقضي بوجوب مراعاة شروط الواقفين إذا كانت تحقق مصلحة للوقف، أو للمستحقين وما لم يكن فيها منافاة لمقتضى الوقف [133]ص191-192، [64]ص385، [50]ص491.

ثانيا: حق الواقف في تغيير اشتراطاته في الوقف:

الأصل أن الوقف إذا صدر عن أهله مستجمعا لشروط صحته ولزومه يكون لازما، فلا يصح الرجوع فيه مطلقا، ولا يجوز تغييره أو تبديله إلا لضرورة، أو مصلحة راجحة، ولزوم أصل الوقف يستتبع لزوم شروط الواقفين المعتبرة. فلا يجوز لهم فيها تغيير أو تبديل، ولا الرجوع عنها، كما لا يجوز لهم تغيير أصل الوقف ولا الرجوع عنه.

عرفت هذه الشروط بالشروط العشرة؛ و لا مجال لإعمال هذه الشروط إذا لم يشترطها الواقف عند إنشائه للوقف و هو الأساس الذي اعتمده المشرع المصري في قانون الأوقاف رقم 48 لسنة 1946 في المادة 12 منه التي تنص: « للواقف أن يشترط لنفسه لا لغيره الشروط العشرة، أو ما يشاء منها، وتكرارها، على أن لا تنفذ إلا في حدود هذا القانون »، لمزيد من التفصيل راجع: [82]ص154-157، [38]ص301-303، [78]ص174، [171]ص208، [170]ص167-186،

كما يجوز للواقف أن يشترطها لنفسه و لغيره، و هو الحكم الذي تضمنته المادة 14 منقانون الأوقاف الذري اللبناني: «للوواقف اشتراط الشروط العشرة المعروفة شرعا لنفسه أو لغيره...». و لم تتضمن المادة حكم هذه الشروط إذا اشترطها الواقف للناظر، ولم يشترطها لنفسه أثبتت للواقف أم لا؟ للإجابة عن هذا التساؤل نرجع للشريعة الإسلامية [172]ص7، [170]ص208.

يرى الحنفية أنها تثبت للواقف ضمنا عند اشتراطها للناظر، لأن الناظر يستمد الولاية منه وهو وكيله عندهم أو وصيه، ولا يمكن أن يثبت للوكيل ما لم يثبت للأصيل.

كما أن من شرطت له هذه الشروط لا يحق له استعمالها إلا مرة واحدة، إلا إذا نص على التكرار مرة بعد أخرى، و هو ما اعتمده المشرع المصري، كما أن هذه الشروط العشرة ليست لازمة، بل هي قابلة للإسقاط لأنها حقوق مجردة، وليست مقتضيات شرعية، فإذا اشترط الواقف حق الزيادة

والنقص، أو حق الإعطاء والحرمان ونحوها فله أن يسقط ذلك، ويقول: أسقطت أو أبطلت ما اشترطته من كذا ، فيسقط ويبقى الوقف على حاله بدون ذلك الشرط[43]ص 106 ، [82]ص155، [38]ص302.

إذا كان من الجائز للواقف إلغاء بعض الشروط العشرة دون أن يتأثر الوقف؛ فهل لغير هذه الشروط نفس الحكم؟

بالنسبة لقانون الأوقاف، تنص المادة 15 على ما يلي : « يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف، إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد العقد » حسب المادة 15، فإنه لا يجوز للواقف التراجع عن الشروط التي ضمنها في وقفه إلا بتوافر شرطين :

1- أن الواقف ليس له التراجع عن هذه الشروط؛ إلا إذا جعل لنفسه حق التراجع عن بعض الاشتراطات في العقد المنشئة للوقف تطبيقاً لنص المادة 16 من قانون الأوقاف ، و هو ما أكدت عليه المحكمة العليا في القرار رقم 102230 بتاريخ 21-7-1993 حيث تقضي:« من المقرر فقها أن الحبس إذا كان معلقاً أو مضافاً جاز للمحبس التراجع عنه ؛و إن كان منجزاً فلا يجوز له ذلك» الصادر في المجلة القضائية ، عدد 1 سنة 1998 ص 93.

كما قضت المحكمة العليا ببطلان عقود الوقف التي تنافي أحكام الوقف و تعارض مصلحة الموقوف عليهم في القرار رقم 230697 بتاريخ 16-11-1999 حيث تقضي:«من المقرر شرعاً أنه يبطل عقد الحبس عندما يحرر بسوء نية قصد حرمان أحد الورثة من الميراث»[98] ص 311-314.

و من بين قرارات المحكمة العليا التي تؤكد على ضرورة احترام شرط الواقف القرار رقم 109604 بتاريخ 19-7-1994 الذي يقضي:«متى اشترط في عقد الحبس -المؤسس على المذهب الحنفي- عدم انتفاع البنات المتزوجات إلا إذا كن مطلقات ، فإنه لا يجوز القضاء بخلاف ذلك.

و من ثم فإن قضاة الموضوع عندما حكموا للمطعون ضدها بأنها المنتفعة الوحيدة مع زوجها (الذي هو ابن عمته) فقد أفقدوا قرارهم الأساس القانوني السليم، خاصة و أن الحبس لا يشتمل أبناء المحبس عليهن، مما يستوجب نقض قرارهم مع الإحالة».

2- ليس للواقف الحق في التراجع عن كل الشروط؛ بل عن بعضها فقط ،لذلك نتساءل عن الحكمة في الاقتصار على البعض دون البعض ؟ ما هي هذه الشروط التي يجوز التراجع عنها ؟

الشروط العشرة وهي الزيادة والنقصان، والإدخال والإخراج، والإعطاء والحرمان، والتغيير والتبديل، والإبدال والاستبدال[38]ص 291-292، [82] ص149.

لم ينص قانون 91-10 المعدل و المتمم على هذه الشروط العشرة، ولكنها تدخل في عموم اشتراطات الواقف التي نص على أنها تنظم الوقف حسب المادة 14 منه، و وفقا لما توصل إليه الاجتهاد القضائي في هذه المسألة، و من ذلك نذكر القرار المؤرخ في 24—2-1986 القاضي:«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 تقضي ببطان ما يترتب عليها من أحكام مخالفة» الصادر في المجلة القضائية لسنة 1989 العدد الأول في الصفحة مئتين وسبعة عشر.

أسوة بالمشرع المصري و المشرع اللبناني،و يمكن استحداث مادة جديدة في قانون الأوقاف تنص على حق الواقف في وضع هذه الشروط:

« للواقف أن يشترط لنفسه و لغيره الشروط العشرة المعروفة شرعا كلها أو بعضها في حدود هذا القانون ».

2.2 . إدارة الشخصية المعنوية للوقف و الآثار المترتبة عنها.

الوقف كشخص معنوي بحاجة لمن يتولى رعايته و تنميته، و إلا اعتبر مالا سائبا و هذا محرم في الإسلام، ويسمى المشرف على شؤونه الناظر أو القيم أو المتولي [13]ص413، و قد مرت إدارة الوقف بعدة مراحل، قبل صدور المرسوم رقم 283-64 المتعلق بالأحكام الحبسية، فإن الولاية على الوقف كانت تحدد على ضوء العقد المنشئ للوقف، و في حالة حدوث نزاع في ثبوت الولاية فإنه يعين متولي على الوقف حسب إرادة الواقف، لأن شرطه بمثابة قانون ينظم الوقف، خلافا لقانون الأوقاف رقم 10-91 الذي أسند الولاية إلى ناظر الوقف، و ذلك وفق كليات يتولى تحديدها التنظيم لاحقا؛ و هو ما سنفصله في المبحث الأول، كما يترتب على إدارة الشخصية المعنوية للوقف قيام المسؤولية، و باعتبار أن تمثيل الشخصية المعنوية للوقف العام منوط بوزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، يجعل المسؤولية إدارية غير أن ناظر الوقف ليس موظفا مما ينفي قيام المسؤولية الإدارية في جانبه مما يدفعنا لتناول مسؤولية الوقف في المبحث الثاني.

1.2.2 . إدارة الشخصية المعنوية للوقف

النظرة على الوقف تعني الولاية عليه، و القيام بكل الأعمال اللازمة لاستمرار الوقف من حفظ للوقف، و عمارته، و استغلاله، و استثمار مال الوقف، و توزيع الغلة على المستحقين، و إبرام العقود نيابة عن الوقف، و تمثيله أمام القضاء سواء كمدع أو مدعى عليه وفقا لنص المادة 50 من القانون المدني، و لفظ الناظر يطلق على متولي شؤون الوقف و القيم عليه في حين يطلق لفظ المشرف على الوقف إذا كان الواقف هو من ولاه أي شرط النظرة له [17]ص413، [15]ص244، و قد حدد المرسوم التنفيذي رقم 381-98 كيفية إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها، و قد أخذ المشرع بفكرة الإشراف المركزي على الأملاك الوقفية، من خلال إحداث لجنة للأوقاف لدى الوزير المكلف بالشؤون الدينية و الأوقاف، و هو ما أعرضه في المطلب الأول، و أوكل مهمة النظر في شؤون الوقف إلى نظارات الشؤون الدينية على المستوى اللامركزي و هو ما نحاول توضيحه في المطلب الثاني.

1.1.2.2. إدارة الشخصية المعنوية للوقف على المستوى المركزي

تعني النظرة في مفهوم قانون الأوقاف التسيير المباشر للملك الوقفي، و رعايته، و عمارته، و استغلاله، و حفظه، و حمايته، الهيئات التي تناط بها مهمة الإشراف على شؤون الوقف تختلف بحسب مستوى الهيئة، نتطرق في الفرع الأول لكيفية تسيير الأوقاف العامة و هيكلها، ثم تقييم الإشراف المركزي على الأوقاف العامة في الفرع الثاني.

1.1.1.2.2 . كيفية تسيير الوقف العام.

لقد ظلت الأوقاف و لحقبة طويلة من الزمن تسيير تسييرا ذاتيا، فكانت إدارة الوقف توكل إلى شخص يعينه الواقف نفسه، أو يعينه القضاء، و في أحيان كثيرة يحتفظ الواقف بحق الإدارة و التسيير لنفسه، غير أن تطور مفهوم الدولة و مهمتها و تنظيماتها جعل تدخل الدولة أمرا حتميا في كثير من المسائل، و التي كان منها مسألة تسيير و إدارة الأوقاف و التي فرضت له نموذج التسيير المركزي للوقف العام.

أولا- مفهوم التسيير المركزي للوقف العام:

يتطلب مفهوم التسيير المركزي للوقف العام، التعرف أولا على مفهوم التسيير المركزي عموما، أو ما يسمى بالمركزية الإدارية، إذ يمكن اعتبار النظام الإداري مركزيا؛ عندما يتجه لتوحيد كل السلطات بين يدي السلطة المركزية [173]ص105. و تعرف المركزية الإدارية على أنها جمع الوظيفة الإدارية، و حصرها بيد شخص معنوي عام واحد هو الدولة؛ حيث يهيمن على النشاط الإداري، و إن تعددت الهيئات و الأفراد القائمين بشؤونها [174]ص35.

يمكننا ورجوعا إلى مفهوم التسيير المركزي القول: أننا نعني بالتسيير المركزي للوقف العام تركيز السلطة في يد هيئة مركزية واحدة تتولى تسييره و إدارته تتمثل في هيئة إدارية مركزية.

بدأت فكرة التسيير المركزي للوقف العام بظهور وزارة الأوقاف في الدول العربية و الإسلامية ثم أصبحت إدارة الوقف خاصة العام منه؛ حقا مقرا للهيئات المركزية فيها، ففي مصر صدر التعديل المؤرخ في سبتمبر 1952 بالقانون رقم 547 و الذي أصبح بموجبه النظر على الأوقاف حقا مقرا لوزارة الأوقاف بحكم القانون ما لم يشترطه الواقف لنفسه [175]ص66، [176]ص128، و بهذا سارت أغلب الدول العربية و الإسلامية في مسألة إدارة الأوقاف، و هو المسلك الذي سلكته الجزائر منذ الإستقلال؛ حيث تتولى وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف الإشراف على الأوقاف، و التي كانت

تسمى سابقا وزارة الأوقاف ثم وزارة التعليم الأصلي و الشؤون الدينية،تتكون الوزارة من عدة هيكلية: الأمانة العامة ، الديوان ، المفتشية العامة و المديرية المركزية ، بالإضافة إلى المديرية الولائية.

يمكن تكيف تسيير و إدارة الوقف بنموذجه الحالي في الجزائر أنه تسيير إداري مركزي ،يعد وزير الشؤون الدينية و الأوقاف هو أعلى سلطة في السلم الإداري و رأسها ، سواءً تعلق الأمر بالهيئات الإدارية المركزية ، أو بالنسبة لمن هم تحت مسؤولياته من الموظفين التابعين لإدارته بموجب سلطته الرئاسية [173]ص105،[174]ص35،[177]ص78-90.

أما صلاحيات وزير الشؤون الدينية و الأوقاف في مجال الأوقاف طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 99-89 تتمثل في الآتي[178]:

- إدارة الأوقاف حسب الفقرة 5 من المادة السادسة.

- السهر على تنمية الأوقاف و حمايتها و التكفل بمشاكلها ، و اتخاذ جميع الاجراءات الكفيلة بتنمية و تطوير هذا القطاع (المادة 10).

و قد أشار القرار الوزاري المشترك رقم 31 في المادة 15 إلى السلطة الرئاسية التي يمارسها الوزير على الموظفين الذين هم تحت وصايته ، و منهم القائمون على إدارة الأوقاف ، و كذا سن التشريعات و القوانين المناسبة لمهام كل منهم ،حيث تنص على أنه: « يمارس وزير الشؤون الدينية الوصاية على جميع المؤسسات العمومية التابعة لميدان اختصاصه يشارك في وضع القواعد القانونية الأساسية المطبقة على موظفي القطاع»¹.

يتبين من العرض السابق للمرسوم التنفيذي 99-89 أن العلاقة التي تربط وزير الشؤون الدينية و الأوقاف ، بإدارة الأوقاف و تسييرها ، و بخاصة عندما نلاحظ بأن جميع المراكز التي لها علاقة بإدارة الوقف و التي سنتحدث عنها لاحقا ؛ مرتبطة بصورة مباشرة بتزكيته لها ، ابتداء من

رئيس اللجنة الوطنية للأوقاف إلى ناظر الملك الوقفي، و عليه تتحقق المسؤولية التبعية على أي تجاوز صادر منهم بمناسبة أداء مهامهم.

كما يتولى الوزير التسيير المالي لموارد الأوقاف ، حسب المرسوم التنفيذي 98-381، طبقا لنص المادة 33 و 34-37 باعتباره الأمر بالصرف الرئيسي لإيرادات و نفقات الأوقاف فيتولى ضبط الإيرادات و النفقات المتعلقة بالأوقاف و عند اللزوم تفويض مجالات الصرف الإستعجالية لمدير الشؤون الدينية بالولاية .

ثانيا- هياكل تسيير الأوقاف على المستوى المركزي.

وفقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم: 2000-146 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، ترتبط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها بصلاحيات مديرية مركزية؛ سميت بمديرية الأوقاف، وتتكون من مديرتين فرعتين [100]، [179]، بالإضافة إلى لجنة الأوقاف و هو ما سنوضحه تدريجيا.

1- المديرية المركزية لوزارة الشؤون الدينية و الأوقاف:

يوجد على مستوى الوزارة خمس مديريات مركزية، و يعينها منها مديرية الأوقاف و الزكاة و الحج و العمرة تم إحداث هذه المديرية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-146 السابق الذكر ، ثم عدلت تسميتها بالمرسوم التنفيذي رقم 2005-427 [180] المتمم و المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 2000-146 .

تتفرع عن هذه المديرية أربع مديريات، تهما منها مديرتان، الأولى مكلفة بالبحث عن الأملاك الوقفية و المنازعات، و الأخرى تختص باستثمار الأملاك الوقفية، يتولى إدارتها رئيس اللجنة الوطنية للأوقاف .

أ- المديرية الفرعية للبحث عن الأملاك الوقفية و المنازعات:

حسب المادة 7 من المرسوم 2000-146 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، تضم المديرية الفرعية للبحث عن الأملاك الوقفية و المنازعات ثلاثة مكاتب، تم استحداثها بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 20-11-2001 [181]:

- مكتب البحث عن الأملاك الوقفية و تسجيلها.

- مكتب الدراسات التقنية و التعاون.

- مكتب المنازعات.

تتمثل مهام هذه المديرية فيما يأتي:

- البحث عن الأملاك الوقفية.

- تسيير وثائق الأملاك العقارية و الأملاك الوقفية و تسجيلها و استثمارها.

- القيام بمتابعة اجراءات تنفيذ قرارات العدالة.

ب- المديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية :

تضم المديرية الفرعية المديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية، ثلاثة مكاتب، تم استحداثها

بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 20-11-2001:

- مكتب استثمار و تنمية الأملاك الوقفية.

- مكتب تسيير موارد و نفقات الأملاك الوقفية.

- مكتب صيانة الأملاك الوقفية.

تتمثل مهامها في الآتي:

- إعداد الدراسات المتعلقة باستثمار الأملاك الوقفية و تنميتها.

- متابعة نشاط المكلفين بالأملاك الوقفية في مستوى نظارات الشؤون الدينية بالولايات.

- إعداد عمليات الترميمات و الإصلاحات المتعلقة بالأملاك الوقفية و متابعتها.

- متابعة العمليات المتعلقة بالصفقات و إجراء المناقصات في مجال الأملاك الوقفية.

- القيام بأمانة اللجنة الوطنية للأملاك الوقفية.

2- لجنة الأوقاف:

تتشكل لجنة الأوقاف على المستوى المركزي وفقا للمادة 2 من القرار الوزاري المشترك رقم 29 المؤرخ في فيفري 1999 المتضمن إنشاء لجنة الأوقاف الوطنية من الأعضاء الآتية الذكر:

- مدير الأوقاف و نائبه و يعين من قبل الوزير رئيسا،
- المدير الفرعي لاستثمار الأملاك الوقفية كاتباً للجنة،
- المكلف بالدراسات القانونية والتشريعية عضواً،
- مدير الإرشاد والشعائر الدينية عضواً،
- مدير إدارة الوسائل عضواً،
- مدير الثقافة الإسلامية عضواً،
- ممثل عن مصالح أملاك الدولة عضواً،
- ممثل عن وزارة الفلاحة والصيد البحري عضواً،
- ممثل عن وزارة العدل عضواً،
- ممثل عن المجلس الإسلامي الأعلى عضواً.

بتحليل المواد المحددة لصلاحيات للجنة الأوقاف، فإنه يمكننا أن نستنتج الملاحظات الآتية:

أ- تركز اللجنة فكرة المركزية في إدارة الأملاك الوقفية ، خاصة إذا نظرنا إلى الصلاحيات الواسعة لهذه اللجنة في تسيير شؤون الوقف العام، فهي تقوم بدراسة جميع القضايا المعروضة عليها المتعلقة بإدارة الأملاك الوقفية واستثمارها وتسييرها وحمايتها و على سبيل المثال لا الحصر، نذكر :

- دراسة حالات تسوية وضعية الأملاك الوقفية العامة، والخاصة عند الاقتضاء في ضوء أحكام المواد 03 إلى 06 من المرسوم التنفيذي 98-381، وتعد محاضر نمطية لكل حالة على حدة.

- اعتماد الوثائق النمطية لعمل وكلاء الأوقاف في ضوء أحكام المواد 10 إلى 13 من المرسوم التنفيذي 98-381.

- الإشراف على إعداد دليل عمل ناظر الملك الوقفي، أو تعتمد اقتراحه، والوثائق النمطية اللازمة لذلك، في ضوء أحكام المادتين 13-14 من المرسوم التنفيذي 98-381.

-دراسة حالات تعيين نظار الأملاك الوقفية، أو اعتمادهم، واستخلافهم عند الاقتضاء، وحقوق كل واحدة على حدا؛ في ضوء أحكام المواد 15 إلى 20 من المرسوم التنفيذي 98-381.

- دراسة حالات إنهاء مهام نظار الأملاك الوقفية، وتعتمد وثائق نمطية لكل حالة في ضوء أحكام المادة 21 من المرسوم التنفيذي 98-381.

- دراسة واعتماد الوثائق النمطية المتعلقة بإيجار الأملاك الوقفية؛ عن طريق: المزاد العلني، أو التراضي، أو بأقل من إيجار المثل، وذلك على ضوء أحكام المواد 22 إلى 27 من المرسوم التنفيذي 98-381.

- الإشراف على إعداد دفتر شروط نموذجي لإيجار الأملاك الوقفية، أو اعتماده في ضوء فقه الأوقاف والتنظيمات المعمول بها، تطبيقاً لأحكام المادة 23 من المرسوم التنفيذي 98-381.

- دراسة حالات تجديد عقود الإيجار غير العادية في إطار أحكام المواد 27 إلى 30 من المرسوم التنفيذي 98-381.

- اقتراح أولويات الإنفاق العادي لريع الأوقاف المتوفر، والإنفاق الاستعجالي في ضوء أحكام المواد 32 إلى 34 من المرسوم التنفيذي 98-381 (المادة 4 من القرار المؤرخ في 10 أبريل 2000 المحدد لكيفيات ضبط الإيرادات و النفقات الخاصة بالأملاك الوقفية تنص على أنه :« تعتبر من النفقات العامة للأوقاف ؛ النفقات التي تحددها لجنة الأوقاف طبقاً لأحكام المادة الثالثة و الثلاثون من المرسوم التنفيذي 98 – 381 »)[138] ، وتعتمد الوثائق النمطية اللازمة لذلك،و علاوة على ما سبق؛ يمكن للجنة الأوقاف تشكيل لجان مؤقتة تكلف بفحص ودراسة لحالات الخاصة.

ب- تتشكل اللجنة من أعضاء؛لبعضهم علاقة مباشرة بالأوقاف كالرئيس والكاتب، بينما الباقون ليست لهم علاقة مباشرة بإدارة الأوقاف، بل إنهم ليسو من المختصين في شؤون الوقف،مما يدفعنا للتساؤل عن الكيفية التي سيدرسون بها شؤون الوقف ؛خاصة ما تعلق بالاستثمار، و غير ذلك من الصلاحيات التي سبق لنا استعراضها، و عليه نقترح أن يكون أعضاء اللجنة من المتخصصين في إدارة واستثمار الوقف.

ج - تتولى المديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية تحضير الملفات، وإعداد جدول الاجتماعات التي تعرض على اللجنة لدراستها،كما تتولى حفظ محاضر، ومداومات اللجنة، في حين أن المديرية الفرعية للاستثمار- كما سبق لنا بيانه- تتولى استثمار الأوقاف ، و الحقيقة أن القيام بهذه المهمة لا

يتفق، و المهمة المكلفة بها في اللجنة؛ فدورها لا يتعدى وظيفة أمين المكتب مما يدفعنا للتساؤل حول الهدف من وجودها في اللجنة؟ كما يرى كل من الأستاذ فارس مسدور (أستاذ مساعد مكلف بالدروس، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة البليدة وخبير معتمد لدى وزارة الأوقاف) و الأستاذ كمال منصوري(أستاذ مساعد مكلف بالدروس،كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة بسكرة) في مقال لهما و هو قيد النشر ضمن مجلة أوقاف.

2.1.1.2.2. تقييم الإشراف المركزي على الأوقاف و الآثار المترتبة عنه.

نتيجة لكثرة الأوقاف في الأزمنة المتأخرة، وضعف ذمم كثير ممن يتولون النظر على الوقف، مما أدى إلى تلف بعض الأوقاف، ووقوع الظلم والعدوان عليها من النظار وغيرهم، وكثرة المنازعات ، الأمر الذي دفع بعض الدول إلى إنشاء وزارة خاصة بالأوقاف، تتولى النظر على الوقف، ورعاية شؤونه، والمحافظة على أعيانه، و صرف الغلة إلى مستحقيها و تنفيذ شروط الواقفين[82]ص335-342.

وفي الجزائر تم إنشاء وزارة تكلف بشؤون الأوقاف، وبعد صدور قانون الأوقاف أدخل المرسوم التنفيذي 98-381 المادة 47 منه وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف في سلسلة النظار، بعد أن لم يكن لها هذا الحق(تتم إدارة الوقف العام من خلال التسيير المباشر للوقف أو من خلال إشراف الواقف أو الموقوف عليهم على الوقف العام، و في هذه الحالة يتم إدارة الوقف من قبل الشخص الذي عينه الواقف ، على أن تتم إدارة الوقف وفقا لشروط الواقف المعبر عنه في عقد الوقف، و في حالة مخالفة شرط الواقف في الإدارة ؛ يتم مخاصمة المخالف أمام القضاء ، وفقا لنص المادة 14 من قانون الأوقاف، و في حالة تعذر معرفة شرط الواقف أو فقدان العقد المنشئ للوقف ؛ بحيث يتعذر معرفة شرط الواقف، في كيفية تنظيم، و إدارة شؤون الوقف، فإن السلطة المكلفة بالأوقاف، تتولى إدارة الأوقاف، و استغلالها، و استثمارها بضم كل الأوقاف المجهولة الغرض إلى بعضها بعضا)[142]،[182]ص31.

غير أن إدارة الأوقاف من قبل السلطة الإدارية، وفقا للمرسوم التنفيذي 89-99 المادة 5فقرة6 و المرسوم التنفيذي رقم 2000-146 المؤرخ في 28-06-2000 ؛ المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، و المحدد لصلاحيات مديرية الأوقاف؛ فإن هذه الأخيرة هي التي تتولى إدارة الأوقاف عامة؛ بما فيها الأوقاف الموجهة للاستثمار المحددة بموجب نص القانون 01-07 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف، تتولى الدولة ممثلة في وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف إدارة الوقف بالكيفية التي تدير بها أموالها العامة بالرغم من أن الوقف ليس مالا عاما، بل له

شخصية معنوية مستقلة تستلزم أساسا تسييره بطريقة تختلف تماما عن الكيفية التي يدار بها المال العام ، خاصة إذا علمنا أن الدولة تخلت عن الطريقة التقليدية في إدارة المال العام الذي يدر ربحا؛ كما هو الحال في مرافق الكهرباء ، و الماء، و البريد ، و الاتصالات و السكن ، فلم تعد الدولة تتولى بشكل مباشر تسيير أموالها بل تركت ذلك للمؤسسات بموجب عقود الامتياز التي تبرمها، أو عن طريق إنشاء المؤسسات الاقتصادية ذات الطابع الصناعي و التجاري [177]ص162-167، [183]ص151-161.

فالمتفق عليه؛ أن الدولة لا تقوم بالأعمال ذات الطابع الربحي؛ بل تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة من خلال الدور المناط بها، خاصة في ظل اقتصاد السوق؛ و سعي الدولة نفسها إلى الكف عن إدارة المؤسسات ذات الطابع الاقتصادي.

كما أن إدارة الأوقاف العامة من قبل السلطة الإدارية، يفتقد لعامل مهم؛ هو الذي يحقق الإدارة المثلى للأوقاف؛ باعتبارها أموالا لها خصوصيتها؛ التي تميزها عن الأملاك العامة، و إن كانت تتشابه مع الأملاك الخاصة في طريقة إدارتها لاشتراكها معها في السعي لتحقيق الربح حسب القانون 01-07 [108] فمتولي إدارة الوقف العام يفتقر لأبجديات اقتصاد السوق .

كما أن غياب الحافز الذاتي؛ الذي يستدعي تحسين الغلة، كما هو معلوم؛ فإن المديرية المشرفة على الأوقاف تتلقى رواتبها من الوزارة ، و بالتالي ليس لدى القائمين على هذا العمل أي حافز لبذل جهد مضاعف في الإشراف على الأوقاف و تقوية عوائدها؛ في حين أن المؤسسة الاقتصادية تملك دافعا قويا للاستمرار، و تحقيق الربح، و تطوير وسائل الإنتاج، و تحفيز العمال، كما أن تسيير الوقف من الأجهزة المركزية؛ يدخله في البيروقراطية الإدارية، مما أدى إلى إحجام الناس عن الوقف الخيري، و الذي أصبح يقتصر في الغالب على المساجد [184]ص139، [185]ص70-72، [209]ص158-160.

تستدعي الإدارة المثلى للأوقاف إيجاد الطابع المؤسسي الجيد من خلال الإدارة الحسنة بدءا من المدير ، و خلق حوافز العمل للمشرفين على الأوقاف دون الإخلال بسلطة الإدارة في الرقابة و التوجيه [80]ص100-130، [183]ص166-169، [182]ص31-32.

كما أن اتباع الإشراف الإداري على الأوقاف، يستلزم ممارسة الإدارة للرقابة الرئاسية، و الرقابة الوصائية على القائمين على الأوقاف، و لا شك أن هذه الطريقة في التسيير قد تجاوزها الزمن، فالإدارة الحديثة تستلزم طرقا مغايرة في إدارة المؤسسات، و باعتبار أن الوقف ليس ملكا عاما

هذا يستتبع ضرورة اتباع الأساليب الحديثة في توزيع العمل، و الإشراف عليه ، تبدأ انطلاقاً من اختيار القائد أي المدير الكفأ ؛ الذي يعتمد على تحفيز العمال ؛ مما يتناسب مع الطريقة التي اعتمد عليها الفقه الإسلامي في إدارة الوقف؛ باعتبار أن الناظر يتلقى أجره من ريع الوقف فكلما زادت الغلة و اجتهد في رفعها كان المقابل الذي يتلقاه أكبر.

كما رتب الإشراف المركزي على الوقف العام زيادة النفقات على الجهات الخيرية ، مما أدى في أحيان كثيرة إلى إنفاق الدولة على المساجد ، و الأوقاف عموماً من ميزانية الدولة ؛ كما هو واضح عملياً، فالإدارة الحسنة للوقف تؤدي بالضرورة إلى التحكم في نفقات الوقف بشكل يوازن بين الواردات و النفقات؛ بل الأصل أن غلة الوقف و عائداته يجب أن تتجاوز بكثير نفقات الوقف حتى يمكننا القول بتحقيق الاستثمار من الوقف كما أراده المشرع من خلال استحداثه لقانون 07-01 المعدل للقانون الأوقاف.

لا يمكن النهوض بالأوقاف إلا من خلال الإدارة الحسنة ؛ و لا سبيل لتحقيق هذه الأخيرة إلا من خلال الاسترشاد بقواعد، و مبادئ تسيير المؤسسات نذكر منها:

أولاً- وضع الرجل المناسب في المكان المناسب:

يجب أن يتواءم مدير الوقف مع نوع الوقف ، فإدارة الأوقاف العامة تختلف عن إدارة الأوقاف الخاصة ، كما أن إدارة الأوقاف العامة تختلف وفقاً لنوع الموقوف؛ فإدارة المستشفى، تختلف عن إدارة المدرسة، و المكتبة ، فإدارة المستشفى يجب أن يعهد بها إلى خبير في إدارة المؤسسات الصحية ، و إدارة الأوراق المالية يعهد بها إلى خبير مالي و هكذا دواليك، كما يجب اختيار الإدارة بصورة علنية من قبل مجلس عام و قفي إذا كان الوقف مركزياً، و من قبل المجلس المحلي للوقف إذا كان الوقف محلياً، كما يرى الدكتور منذر قحف في كتاباته في هذا الموضوع [209]ص169-170، على أن تشكيلة المجلس؛ يجب أن تضم المنتفعين بالوقف، و العاملين فيه، و ذوي العلاقة به،.ينعقد المجلس في مرات متعددة كما هو الحال بالنسبة للشركات ، يتولى المجلس الوقفي عملية الرقابة و المحاسبة الدقيقة و الموافقة على القرارات الهامة التي تمس المال الوقفي[80]ص100-130، [183]ص166-169، [182]ص31-32 . [209]ص171-173، فضلاً عن ذلك و اقتباساً من تجربتي السودان و الكويت في الأوقاف يجب أن نفكر في خلق مؤسسات و هياكل تقوم بالعمل الوقفي على نحو يضمن تأدية الوقف للدور المنوط به.

ثانيا- ارتباط أتعاب المدير بعائدات الوقف.

يأخذ الناظر أتعابه من عائدات الوقف، فكلما زاد و ارتفع العائد ارتفعت حصته، و يمكن في هذا الإطار أن يتشكل المقابل المالي الذي يتلقاه من أجر ثابت، و علاوات، ترتبط أساسا بمدى تحقيقه لشرط الواقف.

ثالثا- تحديد مدة الإدارة بثلاث سنوات مثلا حتى تسمح بخلق التنافس.

رابعا- ربط مصلحة الناظر بمصلحة الوقف.

يجب أن تعهد إدارة الوقف العام لشخص غير الدولة، فإذا حدد الواقف ناظرا كان هو و إلا فيعهد النظر على الوقف لإدارة محلية من نفس موطن الوقف، و لا ينبغي أن يدار الوقف مركزيا من قبل الإدارة المركزية للدولة لافتقادها للحافز مما يؤدي إلى تدهور الوقف كما يرى الدكتور "منذر قحف" [186]ص7-15، [12]ص117، ص 18-19.

فالإدارة المحلية من شأنها التقليل من مخاطر الفساد الإداري، و الخلفي، و حسن اتخاذ القرار الاستثماري، و سرعة اتخاذ القرار، بدل النظر إلى حين صدوره من الجهة المركزية؛ ممثلة في لجنة الوقف، و المديرية الفرعية للاستثمار، و السؤال الذي يتعين طرحه؛ كيف يتخذ الناظر القرارات الاستثمارية و التنموية للوقف؟ هل يتخذها مباشرة من نفسه؟ أم أنه ملزم برأي اللجنة أو الوزارة؟ إذا كان كذلك؛ ما هو دور مديرية الاستثمار على مستوى الوزارة؟ ألا تشكل عائقا دون سرعة اتخاذ قرار الاستثمار؟

لذلك يجب توزيع السلطة في اتخاذ القرار، و أن يرتبط ذلك بالتسهيلات الإدارية، و التخطيطية، و التمويلية؛ ممن يملك التصرف في عائدات الوقف، لأن الناظر لا يملك التصرف في غلة الوقف دون إذن من الجهة الوصية .

بالإضافة إلى الرقابة المالية، و الإدارية؛ حتى لا يترك الأمر للناظر، والرقابة تكون على المستويين المحلي و المركزي؛ فإذا كان لدينا 50 مؤسسة و قفية محلية؛ يجب أن تقابلها 50 لجنة أو مجلس محلي للمراقبة، يتم انتخابه و تكوينه من قبل السكان المحليين لمكان الوقف، تتولى مهمة اتخاذ القرارات المتعلقة باستغلال، و تنمية، موارد الوقف، على أن يكون مجلس مركزي؛ يرجع إليه في بعض المسائل دون غيرها يتولى مهمة الرقابة و الإشراف [187]ص277، [188]ص162-

و يمكن القول أن التسيير المركزي لا يتناسب بالرغم من من جميع مبرراته مع فكرة الوقف العام؛ لأنه نظام قائم على فكرة البر، و الإحسان، مما يجعل ازدهاره و نماءه قائما على مساهمة المتصدقين أنفسهم، و كان الأولى أن تقوم مؤسسات، و جمعيات خيرية تنشأ من قبل الواقفين، و المتبرعين لإدارة؛ و تسيير الوقف العام، بينما يبقى للدولة الإشراف على الوقف عن طريق مؤسساتها و سلطاتها خاصة القضائية[184]ص137، كما يمكن من جهة أخرى تنظيم عمل نظار الأوقاف، و أشكال محاسبتهم و طرق مراقبتهم بما يكفل مصلحة الوقف.

2.1.2.2. ممثل الشخصية المعنوية للوقف على المستوى اللامركزي.

يمثل الوقف على المستوى المحلي كل من ناظر الشؤون الدينية على مستوى الولاية؛ و وكيل الأوقاف، و هما يعملان ضمن الإطار الهيكلي لوزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، و سنعرض لمهامها عند التطرق لمديرية الشؤون الدينية و الأوقاف في الفرع الأول، كما يعتبر ناظر الوقف المشرف المباشر على شؤون الوقف محليا و هو نظرقه في الفرع الثاني

1.2.1.2.2. مديرية الشؤون الدينية والأوقاف

نجد على المستوى المحلي مديرية الشؤون الدينية والأوقاف التي كانت تسمى نظارة الشؤون الدينية سابقا[189]، و نصت المادة10من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 السابق ذكره على أنه:« تسهر نظارة الشؤون الدينية في الولاية على تسيير الأملاك الوقفية و حمايتها، والبحث عنها، وجردها، و توثيقها إداريا طبقا للتنظيم المعمول به»، و أكد هذا الدور المرسوم التنفيذي رقم 200-2000 [109]، المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية و عملها، فنصت المادة3 منه على أن من مهام مديرية الشؤون الدينية في الولاية مراقبة التسيير، و السهر على حماية الأملاك الوقفية، يمكننا بالقراءة الفاحصة لهذا المرسوم أن نحدد مهام المديرية المحلية للشؤون الدينية و الأوقاف فيما يأتي:

- مراقبة التسيير و السهر على حماية الأملاك الوقفية و استثمارها.

- تنفيذ كل تدبير من شأنه تطوير الوقف و النهوض به.

- مراقبة المشاريع المقترحة لبناء المدارس القرآنية، و المشاريع الوقفية.

- الموافقة الصريحة على المشاريع المقترحة.

- إبرام عقود إيجار الأملاك الوقفية، و استثمارها في الحدود التي يسمح بها القانون.

- الإشراف على عملية تأجير الأملاك الوقفية، حسب المادة 23 من المرسوم نفسه.

- السهر على دفع أموال الأوقاف للصندوق المركزي للأوقاف حسب المادة 36[190]ص115-117.

- كما تنص المادة 33 على إمكانية تفويض الوزير مدير الشؤون الدينية و الأوقاف بصرف استعجالي للإنفاق من إيرادات الوقف قبل إيداعها في الصندوق المركزي للأوقاف ، مع تقديم هذا الأخير تقريراً مفصلاً (تضبط كيفية تقديم هذا التقرير المادة 9 من القرار الوزاري المؤرخ في 10 أبريل 2000، المحدد لكيفيات ضبط الإيرادات و النفقات الخاصة بالأملاك الوقفية).

كما نصت المادة 2 منه ، على ما يأتي: «تجمع مصالح الشؤون الدينية و الأوقاف في الولاية في مديرية الشؤون الدينية و الأوقاف، تتضمن مصالح مهيكلة في مكاتب»، تضم مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، في الولاية ثلاث مصالح؛ منها مصلحة الإرشاد، و الشعائر، و الأوقاف، تتولى هذه الأخيرة مهمة مراقبة تسيير الأملاك الوقفية، و كما هو الشأن بالنسبة للمديريات المركزية، تضم كذلك المصالح الموجودة على مستوى المديرية الولائية للشؤون الدينية و الأوقاف مكاتب ؛ تطبيقاً للقرار الوزاري المؤرخ في 11-05-2003 المتضمن تنظيم مصالح المديريات الولائية للشؤون الدينية و الأوقاف.

تعتبر مديرية الشؤون الدينية والأوقاف عن نمط التسيير اللامركزي للأوقاف العامة، و يدير هذه المديرية مدير الشؤون الدينية و الأوقاف في الولاية، يتم تعيينه حسب المادة 29 من المرسوم التنفيذي 94 - 215 من الوزير المعني بعد استشارة الوالي في تعيينه، و يتم تنصيبه من الوالي بناء على تفويض من الوزير، يوجه الوالي دورياً إلى الوزير المعني، تقييمه لكل مدير من المديرين الولائيين، و في حالة ارتكاب خطأ جسيم يمكن للوالي أن يطلب من الوزير المعني ، بناء على تقرير معلل ، إما نقل المدير أو إنهاء مهامه.

2.2.1.2.2 . ناظر الوقف.

ناظر الملك الوقفي هو المكلف بالتسيير المباشر لشؤون الوقف طبقا لنص المادة 33 من قانون الأوقاف وهو ما أكدته المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381، ويخضع ناظر الملك الوقفي لرقابة الهيئة المكلفة بالأوقاف التي تعينه وفقا للشروط المحددة في المرسوم السابق الذكر، و تمارس عليه الرقابة من قبل وكيل الوقف [176]ص135-137.

(و جدير بالذكر أن نؤكد على أن الفصل الثالث من المرسوم التنفيذي رقم 08-411 المؤرخ في 24-12-2008 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالشؤون الدينية و الأوقاف، تطرق لسلك وكلاء الأوقاف ، و طبقا لنص المادة 03 منه فإن وكلاء الأوقاف يوظفون من بين الحائزين على شهادة في:العلوم الإسلامية ،فرع شريعة و قانون،العلوم القانونية و الإدارية ،العلوم المالية،العلوم التجارية،العلوم الاقتصادية،كما أحدث هذا القانون في الباب الثاني منه رتبا جديدة لإدارة الأملاك الوقفية،بما فيها سلك وكيل الوقف الرئيسي ،(المواد من 27 إلى32).

يعين ناظر الملك الوقفي بموجب قرار صادر من قبل الوزير المكلف بالأوقاف، بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف حسب المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381،و تتميز طريقة تعيين الناظر بكثرة الاجراءات الإدارية السابقة على عملية تعيينه، مما قد يخل بمصلحة الوقف ، ذلك أن اللجان المركزية لا تجتمع إلا بشكل دوري مما يؤدي إلى تعطيل مصالح الوقف خاصة في الحالات الاستثنائية التي تستدعي السرعة التعيين كحالة وفاة الناظر أو تقصيره في رعاية شؤون الوقف، و هو ما يشكل أحد أكبر عيوب التسيير المركزي عموما بما في ذلك عملية تسيير الأوقاف.

كما أن تعيين الناظر من قبل اللجنة السابقة الذكر، يجب أن يراعى فيه شرط الواقف ، فإذا حدد هذا الأخير ناظرا على وقفه ،أو شروطا معينة في الناظر، تعين على اللجنة الأخذ بها، تطبيقا لنص المادة 14 من قانون الأوقاف ،وطبقا لنص المادة16 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 التي تنص:« يعين الوزير المكلف بالشؤون الدينية بقرار، بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف المذكورة في المادة 9 أعلاه ، ناظرا لملك وقفي أو لعدة أملاك وقفية ».

و في مقابل قيامه بالمهام الموكلة إليه ،يتلقى الناظر المعين من قبل الوزير مقابلا ماليا ،قد يدفع شهريا أو سنويا ،يقنتع من ريع الوقف، حسب نص المادة 18 من المرسوم نفسه، و في اعتقادي أن هاذين النصيين(المادة 16و18) يثيران مسألتين هامتين، تتعلق الأولى بتحديد الطبيعة القانونية لعمل

الناظر ، هل يعد الناظر موظف أم صاحب مهنة حرة؟ و تترتب على هذه المسألة مسألة أخرى تتعلق بأجر الناظر، و محاسبته، هو ما سنعالجه تدريجيا.

أولا- الطبيعة القانونية لعمل الناظر

جاء تعيين ناظر الوقف في الفرع الخامس من الفصل الثاني من المرسوم التنفيذي رقم 98-318 في المادتين 16 و 17 ، و وفقا للمادة 16 ؛ فإن الناظر في الوقف العام يكون معيناً من قبل الوزير المختص، فهل لفظ التعيين يجعل منه موظفاً؟

طبقاً لنص المادة 15 من القرار الوزاري المشترك رقم 31 التي تنص على أنه: «يمارس وزير الشؤون الدينية الوصاية على جميع المؤسسات العمومية التابعة لميدان اختصاصه» [31]، و يثير نص المادة إشكالات عدة تتعلق أساساً بطبيعة عمل الناظر، هل هو موظف، ثم ألا تمارس عليه الوصاية ضمناً باعتباره أحد المسيرين للوقف حسب المرسوم التنفيذي رقم 98-381. ثم ما معنى الوصاية الواردة في نص المادة؟.

بالرجوع للنصوص المنظمة للوظيفة العامة لاسيما القانون رقم 06-03 المؤرخ في 11 يونيو سنة 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة فإن الموظف هو الشخص الذي تربطه علاقة تنظيمية لائحية بالإدارة، بحيث يعمل لثمان ساعات يومياً، و يستفيد من مقابل شهري لقاء قيامه بالمهام الموكلة إليه، في حين أن ناظر الملك الوقفي لا يمكن اعتباره موظفاً لأنه لا يتلقى أجره من قبل السلطة الإدارية بل من غلة الوقف ، و بالتالي فإن لفظ التعيين المذكور في المادة لا يستقيم مع طبيعة عمل الناظر، و أعتقد أنه من الأفضل لو استعمل المشرع لفظ الاعتماد بدل التعيين ، لأن عمل الناظر هو أقرب لعمل أصحاب المهن الحرة من العمل الإداري، بخلاف عمال مديرية الشؤون الدينية والأوقاف على مستوى الولاية إذ هم موظفون لدى الوزارة، يحكمهم المرسوم التنفيذي رقم 08-411 المؤرخ في 24-12-2008 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالشؤون الدينية و الأوقاف، و سنفصل هذه النقطة عند تناول الطبيعة القانونية لعمل الناظر لتحديد الجهة القضائية المختصة بنظر دعوى الوقف في هذا الباب.

ثانيا- أجر الناظر.

أجرة الناظر تختلف باختلاف الزمان و المكان، و باختلاف حال النظار، و تقدير الواقف، و إتباع شرطه في تحديده للأجرة ، و تكون الأجرة غالبا مبلغا من النقود كما قد تكون نسبة معينة من الغلة أو المحصول كالعشر أو الثمن، و تدفع الأجرة حسب شرط الواقف كل شهر أو سنة ، و لم يحدد المرسوم التنفيذي رقم 98-381 كيفية تحديد أجرة الناظر، لكن حسب المادة 18 من المرسوم نفسه لناظر الملك الوقفي الحق في مقابل شهري ، أو سنوي، يقدر و يحدد من ريع الملك الوقفي ، الذي يسيره ابتداء من تاريخ تعيينه، أو اعتماده من قبل الواقف، و إما أن يحدده الوزير المكلف بالشؤون الدينية و الأوقاف، بعد استشارة لجنة الأوقاف حسب المادة 19.

و إذا كان حق الناظر في الأجر ثابت إلا أن النص المنظم للوقف لم يحدد مقدار هذا الأجر ، و بالرجوع للشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 2 من قانون الأوقاف، اتضح لنا أن الفقهاء اختلفوا في مقدار هذا الأجر، و هو ما سنعرضه في المسألة الأولى، ثم نذكر شروط استحقاق الناظر للأجر ، لنخلص إلى وقت استحقاقه للأجر في النقطة الثالثة.

1- كيفية تقدير أجر الناظر:

اتفق الفقهاء على حق الواقف في تقدير أجر للناظر؛ إلا أنهم اختلفوا في المقدار الذي يستحقه الناظر من الأجر، و السبب الذي بموجبه استحق هذا الأخير الأجر، فالواقف قد يمنح الناظر أجر المثل، أو أقل من أجر المثل، أو أكثر منه، و تفصيل ذلك على النحو الآتي:

إذا كان الأجر المقدر من الواقف للناظر مثل أجر المثل، اتفق الفقهاء على حق الناظر في هذه الحالة في الأجر المقدر له، و ذلك تطبيقا لشرط الواقف ، و لأن الأصل في أجر الناظر أن يكون مساو لأجر المثل [43]ص45، [68]ص217، [51]ص88، [73]ص392-393، [191]ص286، [192]ص306-309، [193]ص345-357 أما إذا كان الأجر المقدر للناظر من قبل الواقف أكثر من أجر المثل، يرى الحنابلة؛ أن الناظر يستحق الأجر، و لو زاد على أجر المثل، و لا بد حتى يستحق الناظر الأجر المقرر له من قبل الواقف من النص صراحة على الزيادة؛ أي ما زاد على أجر المثل أن يشترطها له صراحة الواقف في كتاب وقفه، و اتفق الفقهاء من المالكية، و الحنفية ، و الشافعية مع الحنابلة ، على أن الناظر إنما يستحق ما زاد على أجر المثل بصفته مستحقا في الوقف مثل بقية المستحقين من الموقوف عليهم [50]ص348، [52]ص578، [51]ص88، [68]ص258، لا باعتباره ناظرا يقوم على شؤون الوقف [187]ص277-289، فإذا جعل الواقف

لناظر أجرا أكثر من أجر المثل، و فوض هذه الأخير صلاحياته بالنظر على الوقف لغيره؛ فلا يستحق الناظر المفوض حسب رأي الحنفية إلا أجر المثل؛ لأن الناظر الأول المفوض إنما يستحق أكثر من أجر المثل؛ بموجب شرط الواقف، أما الناظر المفوض فليس له إلا أجر المثل، و لا يستحق الزيادة إلا إذا كان الواقف قد اشترط الزيادة لكل متول على الوقف فعندئذ، يستحقها كل متول على الوقف، كما يرى الحنفية أن الواقف إذا ألحق للناظر شخصا آخر، أو كان ذلك بموجب شرطه جاز حسب رأي الحنفية أن يجعل لمن ألحقه بالناظر شيئا من أجر الناظر؛ إذا كان أجره يحتمل إشراك الغير معه [43]ص45، [17]ص578، ويرى الشافعية أنه إذا كان الواقف هو ناظر الوقف؛ فلا يستحق شيئا من شيئا مما زاد عن أجر المثل؛ و ذلك لكون الناظر إنما يستحق الزيادة بصفته مستحقا في الوقف لا ناظرا، كما أن منحه الزيادة فيها شبهة الوقف على النفس و هو ممنوع عند الشافعية [50]ص348.

وإذا كان أجر الواقف أكثر من أجر المثل، فإن الحنابلة يرون أن الناظر لا يستحق الزيادة إلا إذا شرط الواقف ذلك صراحة، أما في غير هذه الحالة فإنه إذا كان الأجر المقدر للناظر أكثر من أجر المثل، فإنه يتعين على الناظر أن يصرف ما زاد عن أجر المثل في خدمة الوقف كأن يدفعها للأمناء و الأجراء [68]ص258 .

أما إذا كان الأجر المقدر من الواقف للناظر أقل من أجر المثل، فلا خلاف بين الفقهاء على حق الناظر بهذا الأجر المقدر له، و للناظر في هذه الحالة إما أن يقبل بهذا الأجر، و يعد بالتالي متبرعا بعمله الزائد على ما قدر له، و إما أن يرفض الأجر المقدر له، و في هذه الحالة يتعين له أن يرفع أمره للقضاء ليطلب رفع أجره إلى أجر المثل، و يتولى هذا الأخير مهمة رفعه إلى أجر المثل، و لا يملك الناظر رفع أجره دون اللجوء للقضاء، و تعتبر مسألة تقدير أجره المثل واقعة يستعين القاضي في تقديرها بأهل الخبرة و ذوي الاختصاص [78]ص324، [193]ص358.

وإذا أهمل الواقف أجره ناظر الوقف، ولم يعين له شيئا، ففي ثبوتها للناظر خلاف بين الفقهاء؛ بين من يقرها له مطلقا، و بين من يرى أن ناظر الوقف لا يستحق أجره على نظارته إذا لم يعينها الواقف إلا بأمر القاضي، و هو أحد القولين عند الحنفية [15]ص264، و به قال الشافعية [64]ص394، 300-298. وبعض الحنابلة [68]ص298-300، [140]ص595.

أما إذا أهمل الواقف أجره ناظر الوقف، ولم يعين له شيئا، يتولى الوزير المكلف بالشؤون الدينية و الأوقاف، بعد استشارة لجنة الأوقاف حسب المادة 19 تقدير وتحديد أجره الناظر المعين من قبله، و

يجب ألا يزيد الأجر المقدر له عن أجر المثل و هذا خلافا للواقف الذي يجوز له أن يقرر للناظر أجرا أكثر من أجر المثل، بل يمكن أن يمنحه الغلة كلها.

تباينت آراء الفقهاء حول حق الناظر في الأجرة عند عدم تحديد مقدارها من الواقف، و للتدقيق في حكم هذه المسألة، يجب أن نفرق بين الحالة التي يرفع فيها الناظر أمره إلى الوزير طالبا الأجرة و الحالة التي لا يرفع فيها أمره للوزير، فإذا لم يقدم الناظر طلبا مطالبا بتقدير أجرة له؛ فإن الفقهاء أجمعوا على أن الناظر في هذه الحالة يعتبر متبرعا، و لا يستحق شيئا من غلة الوقف، و قد خالفهم بعض الشافعية؛ إذ قالوا بأن للناظر على الوقف الذي لم يحدد له الواقف أجرا له أن يأخذ أجره من غلة الوقف دون الحاجة لإذن، و قد رد عليهم بعض الشافعية أيضا، بأن الحالة التي يمكن للناظر فيها أن يأخذ الأجرة دون إذن تتعلق بحالة تعذر رفع الأمر للجهة المعنية، و تعقبا على الرأي الأخير فإن جل الفقهاء إن لم نقل كلهم يرون بعدم جواز الأخذ من غلة الوقف أجرا للناظر الذي لم يعين له أجرا من قبل الواقف أو الوزير بل يجب رفع الأمر للوزير و هو الذي يقرر مقدار الأجر الذي يستحقه الناظر [16]ص264، [64]ص394.

أما في حالة رفع الناظر أمره للوزير لتعيين أجرا له فقد تباينت آراء الفقهاء و اختلفت حول مقدار أجر الناظر، حيث ذهب فقهاء المالكية، و الحنفية، للقول بحق الناظر في الأجر على ألا يزيد عن أجر المثل، فإذا زاد الأجر المقدر للناظر عن أجر المثل وجب على الناظر رد الزائد عن أجر المثل و يأخذ الأجرة من غلة الوقف [17]ص578، [69]ص40، [155]ص224، [191]ص285-286.

أما الشافعية فلهم أقوال ثلاثة في بيان مقدار أجر الناظر الذي لم يعين له الواقف أجرا، و تتفق الأقوال الثلاث على أن الناظر لا يستحق إلا أجر المثل مما تعارف الناس على منحه كأجر للقائم بمثل هذه الأعمال، و يتفق القول الأول، مع القول الثاني، في أن الناظر لا يستحق الأجرة إلا بمقدار حاجته لها، في حين أن القول الثالث يمنح للناظر الحق في أجرة المثل، غنيا كان، أم فقيرا، لأن استحقاقه للأجر إنما كان مقابلا للعمل الذي قام به و يأخذ الأجرة من غلة الوقف كما قال به المالكية، و الحنفية [49]ص291، [43]ص46، [17]ص589، [51]ص88.

و قد فصل الحنابلة تفصيلا حسنا لبيان حكم حق الناظر في الأجرة عند عدم تعيينها من قبل الواقف، فإذا كان الناظر ممن يكلفون عادة بالنظر على الوقف، و يأخذون أجرا على هذه الأعمال؛ فإن للحنابلة، في هذه المسألة ثلاث آراء؛ ذهب فريق للقول، بأن للناظر أن يأخذ من الوقف ما يكفي

حاجته، و هو موافق لرأي بعض الشافعية، و يرى الفريق الثاني، أن الناظر يأخذ الأقل بين أجر المثل، أو كفايته، و لا يستحق هذا الأجر إلا إذا كان فقيرا، و هو موافق لبعض الشافعية - مع بعض الفارق-، في حين يرى الفريق الثالث، أن للناظر الحق في أجر المثل لأنه قدم عملا، و العمل يأخذ القائم به أجره و الأجرة تقدر عادة بأجرة المثل .

أما إذا كان الناظر لا يأخذ عادة أجرا على مثل هذه الأعمال فيعد في هذه الحالة متبرعا، و لا يستحق شيئا من الأجرة[140]ص224-595، [68]ص458-595.

2- شروط استحقاق الناظر للأجر.

اتفق الفقهاء على أن الناظر يستحق الأجر المقدر له؛ من قبل الواقف [49]ص401، [68]ص271، [44]ص417، [69]ص37، [193]ص359، أما إذا أغفل الواقف تقدير الأجر للناظر، فإن المادة 18 من قانون الأوقاف تقر للناظر أجرا يسلم له من غلة الوقف حسب المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381.

و لاستحقاق الناظر للأجر المقدر له من الواقف أو الوزير يجب أن يؤدي العمل المعهود إليه؛ لأن ما يأخذه الناظر من أجره هو لقاء العمل الذي يؤديه، و لا أجره له إذا لم يؤدي عمله، و إذا لم يؤدي الناظر العمل المعهود إليه أو لم يبذل العناية اللازمة لنجاحه، أو أنه أخل في تأدية العمل المعهود إليه؛ فإنه سينقص من أجره المقدر له من الواقف بالقدر الذي نقص من عمله، ما لم ينص الواقف في كتاب وقفه، أن الناظر يستحق الأجر بغض النظر عن العمل الذي أداه، فشرط الواقف واجب الاتباع، و السؤال الذي يجب طرحه هنا: ما هو المعيار الذي على أساسه يقدر أجر الناظر؟ أو على أي أساس نحدد العمل الذي يجب على الناظر أن يؤديه ليستحق الأجر المقدر له؟ تطبيقا لنص المادة 2 من قانون الأوقاف فإننا نعود للشريعة الإسلامية لتبين حكم هذه المسألة :

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية، و الحنابلة، و الشافعية، إلى القول: إن الناظر على الوقف يتعين عليه القيام بكل المهام الموكلة إليه، من عمارة للوقف، و إجازة، و تنمية موارده، و الدفاع عنه، و استثماره، و توزيع الغلة على المستحقين من الموقوف عليهم و أداء ديونه و تنفيذ شروط الواقف و غيرها من الأعمال التي سبق لنا بيانها؛ إذا كانت النظارة مطلقة؛ أما إذا كانت النظارة مقيدة؛ بأن حدد له الواقف سابقا، في كتاب وقفه نوع الأعمال التي يجب عليه القيام بها؛ كأن يحدد له مثل كيفية استغلال الوقف، و كيفية توزيع الغلة، و نوع الاستثمارات الخاصة بالوقف؛ فإنه يتعين عليه القيام بالأعمال حسب شرط الواقف، و وفقا لما قيده بأدائه، و لا يمكن تحكيم العرف لتحديد الأعمال التي

يتعين على ناظر الوقف القيام بها [68]ص272 [55]ص40، [69]ص40 و قد خالف فقهاء الحنفية، الجمهور، حيث قالوا أن المعيار الذي على أساسه يحدد عمل الناظر هو العرف [43]ص45؛ فيجب تحكيم العرف لمعرفة مقدار، و نوع العمل الواجب على ناظر الوقف، فيجب إذن الرجوع لأمثال الناظر لمعرفة ما يجب على الناظر، فلا يكلف من العمل إلا بما يفعله أمثاله، و أما ما يفعله الوكلاء، و الأجراء، فليس بواجب عليه، و الراجح في حكم في معيار تحديد عمل الناظر، هو النص؛ فإذا لم يوجد النص نعود للعرف لتحديد قائمة العمل المنوط به، و يترتب على اعتبار أن الناظر لا يكلف من الأعمال إلا على النحو الذي يكلف به أمثاله النتائج الآتية:

أ- أن الولاية على الوقف إذا كانت لامرأة؛ فإنها لا تكلف من العمل إلا بالقدر الذي تعمله مثلها من النساء، و لا تكلف من الأعمال ما يقوم به الرجال [43]ص45.

ب- أن القاضي لا يمكنه أن يلزم الناظر على الوقف بعمل شيء لا يعمله أمثاله من النظار، فإذا وقعت منازعة بين الناظر و الموقوف عليهم، و طالبوا هذا الأخير بأعمال أخرى لا يقوم بها أمثاله من النظار، فلا أن يلزمه بأعمال لا يقوم بها أمثاله من النظار، و لا يكون مسؤولاً إلا على ذلك القدر من الأعمال أما ما زاد فلا يكون مسؤولاً عنه.

ج- إذا أوكل الناظر شؤون الوقف إلى غيره؛ فإنه يكون مسؤولاً عن أجرته، فيكون ملزماً بدفع أجرة الوكيل من أجرته المقدره له، و لا يدفع له شيئاً من غلة الوقف إلا إذا نص الواقف على ذلك [155]ص232-234.

3- وقت استحقاق الناظر للأجر.

لتحديد وقت استحقاق الناظر للأجر، يجب أن نفرق بين الحالة التي يقدر له الواقف أجراء، و الحالة التي لا يقدر له أجراء، فإذا كان للناظر على الوقف أجراء محددًا من قبل الواقف فقد اتفق فقهاء المذاهب، على أن الناظر يستحق الأجر المقدر له من تاريخ مباشرته النظر على شؤون الوقف، من عمارة، و تنفيذ لشروط الواقف، و توزيع للغلة بين المستحقين، و الدفاع على الوقف، و غيرها من الأعمال التي يكلف بها عادة أترابه من ذوي العمل، و إذا لم يؤد الناظر عمله، لا يستحق الأجر، ما لم يشترط الواقف له أجراء، سواء قام بالعمل أو لم يقم به، و في هذه الحالة فإن الناظر يستحق الأجر الذي قدره له الواقف ليس مقابل العمل الذي أداه، و إنما بصفته مستحقاً في الوقف بشرط الواقف، أما إذا أدى ما عليه من واجبات فإنه يستحق أجره كاملاً، و إلا فإنه ينقص من أجره بالقدر الذي نقص من عمله، و إذا توفي الناظر على الوقف أثناء تأدية مهامه، فإن لورثته المطالبة بأجره ما لم يكن قد

قبضه مسبقاً [43]ص47، [68]ص458، [131]ص458، [68]ص272 [55]ص40، [69]ص40
، [155]ص236.

أما إذا كان الواقف معيناً من قبل الواقف، و لم يكن له أجراً مقدراً، و قام بالنظر على شؤون الوقف، فقد اختلف الفقهاء في الوقت الذي يبدأ فيه حساب استحقاق الناظر للأجر، ميز الحنابلة، و الحنفية، بين الناظر الذي يأخذ عادة الأجرة على مثل هذه الأعمال، و الناظر الذي لا يتقاضى عادة أجراً على مثل هذه الأعمال، فإذا كان الناظر عادة يتقاضى أجراً على مثل هذه الأعمال؛ فإنه يستحق أجر المثل من وقت مباشرته لشؤون الوقف، و إذا كان المعهود من الناظر أنه لا يتقاضى شيئاً عن مثل هذه الأعمال؛ فلا يستحق شيئاً من الأجرة؛ لأنه يعد متبرعاً؛ فإذا أراد أخذ الأجرة على عمله تعين عليه رفع الأمر للوزير، و يتولى هذا الأخير تقدير الأجرة، و يستحق الناظر الأجرة من يوم تقديمه لطلبه [68]ص272، [69]ص40، [43]ص46.

أما الشافعية، قالوا أن الناظر إذا لم يعين له الواقف أجراً؛ فإنه لا يستحق شيئاً؛ لأنه يعد متبرعاً بعمله، و إذا رفع أمره للقضاء، فإنه يستحق أجرة المثل من يوم رفع أمره للقضاء، لا من يوم مباشرته للعمل [49]ص402، [147]ص239.

ثالثاً- محاسبة الناظر.

أوكل القانون موافقاً في ذلك الفقهاء مهمة رقابة أعمال الناظر إلى إدارة الوقف لما لها من ولاية عامة على شؤون الوقف العام، و تتولى هذه الأخيرة الإشراف على مراقبة أعمال الناظر، و مدى مطابقتها للنصوص القانونية، و الشرعية، و مدى تحقيقها لمصلحة الوقف، ثم محاسبة الناظر، ثم تضمينه، و عزله إن اقتضى الأمر ذلك، و هو ما سنتولى تفصيله اتباعاً:

1- محاسبة الناظر:

إن الهدف من محاسبة الناظر، هي المحافظة على عين الوقف، و الاطمئنان على وصول ريعها و منفعتها إلى المستحق، و قطع دابر ظلم الناظر عليها، فبالمحاسبة يتمكن القاضي من معرفة الخائن من الأمين، فيستبدل الخائن بغيره، و هذا بلا شك يقطع الطريق على من تسول له نفسه اللعب بأوقاف المسلمين، بل قد يدفع حتى الناظر الأمين إلى مضاعفة الجهد، و تحري العدل، و البعد عن مواطن الظلم [16]ص263، [185]ص47-82.

يعد موضوع محاسبة الناظر من أهم الإشكالات التي تطرح في باب الوقف، خاصة مع غياب نصوص قانونية تنظم بالشكل الدقيق كيفية محاسبة متولي النظر على شؤون الوقف بالشكل الذي يسمح بالنهوض بالأوقاف ، و يعد موضوع محاسبة الناظر من المسائل الاجتهادية، مثلها مثل أحكام الوقف .

ناظر الملك الوقفي ؛ هو المكلف بالتسيير المباشر لشؤون الوقف طبقاً لنص المادة 33 من قانون الأوقاف ؛ و ما أكدته المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 ، و يخضع ناظر الملك الوقفي لرقابة الهيئة المكلفة بالأوقاف، و بالرجوع إلى المادة 11 و 13 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 تبرز مسؤولية وكيل الأوقاف في مراقبة عمل ناظر الملك الوقفي و هو ما تشير إليه كذلك المادة 08 من القرار الوزاري المشترك رقم 31 المؤرخ في 02 مارس 1999 المتضمن إنشاء صندوق مركزي للأوقاف ، و قد أقر المرسوم التنفيذي رقم 98-381 في المادة 21 منه حالتين لإنهاء مهام الناظر المعين ، مما يوحي بمحاسبة الناظر في حالة إخلاله بالتزاماته، وفي الفقه الإسلامي يتولى القاضي محاسبة الناظر ، سواء طلبها المستحقين أو من غير طلب منهم، و تختلف محاسبة القاضي للناظر الأمين عن الناظر غير الأمين على حد قول فقهاء المذاهب [16] ص 363، [155] ص 252،

[43] ص 57، [16] ص 282، [155] ص 254-255، [147] ص 339 .

يمكن القول في الأخير أن مسألة محاسبة الناظر التي فصلها الفقهاء، إنما تصلح على الوقف الخاص دون الوقف العام، ذلك أن الوقف العام ؛ يكون الناظر فيه ملزماً بتقديم حساب سنوي، أو شهري، يبين فيه الناظر كل ما جمعه من واردات؛ أي غلة الوقف، و يبين فيه مقدار ما أنفقه من أموال على نحو مفصل، لا فرق في ذلك بين الناظر الأمين، و غير الأمين، أو الناظر المتبرع، أو غير المتبرع ، كما يجب تحديد الوقت الذي يقدم فيه الناظر البيان التفصيلي لواردات و نفقات الوقف، كما يجب إلزام الناظر بمسك دفاتر، و سجلات يدون فيها كل الأملاك الوقفية التي يشرف على إدارتها، و يدون فيها كل الواردات و النفقات ، و لا يكفي لصحة العملية أن يقيد الناظر هذه العمليات في سجلات الوقف؛ بل يجب أن يرفقها بكل الإثباتات من وصولات، و نحوها، كما يجب أن تكون هذه السجلات محل مراقبة، و تفتيش، من الجهات الوصية ، كما يجب على الناظر أن يسخر نفسه للعمل الوقفي ؛ بحيث لا يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يحقق مصلحة الوقف، فيلتزم بتقديم كل الإثباتات التي تقيم الحجة على أمانته، و على صحة المعلومات التي دونها في سجلات الوقف.

و للنهوض بالأوقاف ، لا يكفي أن نحدد آلية لمحاسبة ناظر الوقف العام ؛بل يجب تفعيل كل ما له علاقة باستنهاض الهمم للنهوض بالأوقاف ، فيتعين ضبط آلية أخرى لمحاولة النهوض بهذا النوع من الأوقاف، خاصة إذا علمنا أن الوقف العام من شأنه أن يحد من الأعباء التي على الدولة ،كما يجب تكوين قضاة متخصصين في شؤون الوقف ،يتولون مهمة محاسبة النظار، و يمكن بهذا الصدد تكوين لجنة تتشكل من ممثل عن السلطة الوصية على الوقف، و متخصص في المسائل المالية، و قاض ؛على أن يكون القرار الصادر عن هذه الهيئة قابل للطعن أمام مثلاً هيئة عليا للوقف، كأن ننشأ مجلس أعلى للأوقاف، و يجب تحديد كيفية الطعن و مدته و الجهة التي يقدم أمامها ، و إذا تبين خيانة ناظر الوقف فإن هذه الهيئة تحيله إلى القاضي الجزائي ليفصل في هذه القضية.

2- ضمان ناظر الوقف.

للفظ الضمان في اللغة عدة معاني ؛نذكر منها الالتزام ،و الكفالة ،و الترخيم، و الاحتواء ، و بالمقابل فإن لفظ بالضمان في الاصطلاح يأخذ معنى الكفالة بمعناها العام و الخاص، حيث يعرف المالكية، الضمان: شغل ذمة أخرى بالحق، و يعرف الشافعية، الضمان بمعناه العام: أنه التزام دين أو إحضار عين أو بدن، كما يأخذ الضمان معنى الكفالة بالمفهوم الخاص ، و هي كفالة المال،حيث يعرف الشافعية، الضمان بمعناه الخاص: التزام ما في ذمة الغير من المال، و يعرفه الحنابلة: بأنه التزام من يصح تبرعه أو مفلس برضاها ما وجب أو ما يجب على غيره مع بقائه عليه،في حين يعرف الحنفية، الضمان بأنه: رد مثل الهالك إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيمي [68]ص107.

و المقصود بضمان الناظر: إلزام الناظر برد مثل ما هلك من عين الوقف، إن كان مثليا، أو رد قيمته إن كان قيمي ،على النحو الذي عرف به الحنفية الضمان ، و نجد لفظ الضمان وارد في نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381،ووفقا لهذه المادة فإنه لمعرفة الحالات التي يضمن فيها النظار يجب الرجوع للشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 2 من قانون الأوقاف ،إذا كانت يد الناظر يد أمانة فإنه لا يكون ضامنا لما تحت يده إلا في حالتي التقصير و التعدي.

نعني بتقصير الناظر هو تقريطه في أداء المهام الواجب عليه القيام بها، و قد أجمع فقهاء المذاهب على إلزام الناظر بالضمان، إذا قصر في أداء واجباته، و يتحقق إهمال الناظر، إما بإهماله حفظ الوقف ،أو عدم تحري مصلحة الوقف في المعاملات التي يقوم بها ،أو ألا يقدم البيان اللازم للتصرفات التي أجراها،فإذا أهمل الناظر الوقف، و لم يقم بشؤونه؛ مما أدى إلى تلفه ،أو الإنقاص من قيمته ؛فإن الناظر يعد ضامنا لكل تلف لحق الوقف بسبب إهماله و تقصيره ، فإذا كان المال

الموقوف كتباً، و لم يبذل الواقف العناية اللازمة لحفظها من التلف؛ كأن أكلتها الأترة ، كان ملزماً بضمان ما هلك [193]ص384، [68]ص269، [43]ص47، [147]ص352-353.

الراجح في بيان ضمان الناظر عند التقصير؛ أن الناظر يكون ضامناً لما تحت يده من المال الموقوف، و غلة الوقف؛ لأن يده يد أمانة، كما قال الشافعية، و الحنابلة، و جدير بالاعتبار ما ذهب إليه فقهاء المذهب الشافعي، و هو موافق لما ذهب إليه فقهاء الحنفية، من التمييز بين الناظر الذي يصيبه الموت فجأة، و بين الناظر الذي يلحقه المرض، فلا ضمان على الناظر الذي يموت موت الفجأة؛ لانتفاء وجه التقصير عنه، بخلاف الناظر الذي يصيبه مرض خطير، فلا ينتفي الضمان عنه لقيام القرينة على تقصيره [147]ص358، [43]ص47، [68]ص269.

كما أنه يجب عدم التمييز بين الناظر الأمين، و غير الأمين، فإذا مات الناظر مجهلاً لأموال الوقف، لا يعلم حيث أنفقها، أو ماذا فعل بها، لأنه؛ من متطلبات الولاية على الوقف؛ أن يتحرى الناظر حسن التصرف، و التدبير لأموال الوقف، و ليس من الفطنة، و حسن النظر، أن يترك تصرفاته المتعلقة بالوقف بدون بيان؛ و ذلك يؤدي بدهاءة إلى تضرر الوقف و ضياع حقوق الموقوف عليهم [155]ص275.

و قد بين الفقهاء الحالات التي لا يكون الناظر على الوقف ضامناً لما لحق الوقف، ففي حالة عدم تقصير الناظر في أداء الأعمال المنوط به، فإذا بذل الناظر عناية الرجل العادي، وكان حريصاً على رعاية الوقف، و الحفاظ عليه، فالناظر الأمين، لا يضمن ما تلف تحت يده من أموال الوقف، ما لم يقصر في رعايته، أو يتعدى عليه، و قد ضرب الفقهاء أمثلة عديدة، لا يضمن فيها الناظر التعدي الذي يلحق الوقف، أو المستحقين من الموقوف عليهم، و من الأمثلة التي ضربها الفقهاء نسوق المثال التالي: فإذا قسم الناظر الغلة على المستحقين، و بعد فترة ظهر شخص، و ادعى أنه من المستحقين، ثم طالب بنصيبه من الغلة عن الفترة السابقة، فلا يضمن الناظر له ذلك؛ لعدم علمه بوجود مستحق في الوقف غير الذين يوزع عليهم الغلة و لأنه أمين، يعود المستحق على المستحقين لأخذ نصيبه من غلة الوقف [43]ص61-69، [17]ص425، [68]ص269، [147]ص376.

كما لا يكون الناظر ضامناً إذا بذل العناية اللازمة لحفظ أموال الوقف، ثم هلكت العين الموقوفة، أو موارد الوقف، بسبب لا دخل فيه؛ كأن تهلك بسبب قوة قاهرة، أو ظرف طارئ، من زلزال، أو فيضان و نحو ذلك، لا يستطيع دفعها، و هي الحالات التي بينها القانون المدني لدفع المسؤولية المدنية على الناظر، و في هذا نرجع للقواعد العامة في القانون المدني المادة 127 [155]ص267.

و إذا ادعى الناظر ضياع مال الوقف منه ؛كأن يكون استبدل العين الموقوفة ، أو ادعى سرقة مال الوقف منه، أو سرقة غلة الوقف منه، أو تلفها قبل قبضها، أو أن يدعي الناظر تلف العين الموقوفة، أو هلاكها بدون تقصير منه ،أو إهمال، فإنه ؛لا يضمن ما هلك من مال الوقف ما دام أنه بذل العناية اللازمة في الحفاظ عليه، و لم يفرط أو يهمل أداء واجبه[155]ص268،و كما سبق لنا بيانه ،في معرض الحديث عن ضمان الناظر ؛ فإن كل إدعاء للناظر بدفع الغلة ،أو سرقتها؛ فإنه لا ضمان عليه ؛لأنه أمين ،و الأمين لا يضمن ما تحت يده من أمانة ؛فالقول قوله مع يمينه [43]ص69.

3- عزل ناظر الوقف.

العزل لغة هو التنحية ،و الإبعاد، فيقال: اعتزل القوم أي فارقهم و تتحى عنهم،أما اصطلاحاً فيقصد بالعزل؛ العزل عن الوظيفة أي تنحية العامل عن عمله ،و إخراجها عما كان له من الحكم[17]ص386،وقد تباينت آراء الفقهاء في مسألة عزل الناظر،نظرا لاختلاف وجهة نظرهم في الشروط الواجب توفرها لعزل الناظر، و مدى قيام حق كل من له الحق في الولاية على الوقف، سواء أصحاب الولاية الأصلية، أو الولاية الفرعية، في عزل من يولونه على الوقف ، أقر المرسوم التنفيذي رقم 98-381 في المادة 21 منه للناظر الحق في حالة إعفاء الناظر من مهامه، و يتعلق الأمر بالحالة التي يفقد معها الناظر أحد الشروط التي يجب توفرها فيه لتولي نظارة الملك الوقفي، و تتمثل في ما يلي:

- حالة حصول مرض عقلي أو حسي للناظر أفقده القدرة على مباشرة العمل، و كل التصرفات التي يقوم بها في هذه الحالة تكون باطلة.

- إذا نقصت كفاءته.

- إذا أبلغ وكيل الأوقاف في رغبته في الاستقالة و قد سبق لنا بيانها

- إذا ثبت رهنه للملك الوقفي كله أو جزء منه، أو باع مستغلات الوقف، دون الحصول على إذن من السلطة الوصية، و كذلك تصرفاته تكون باطلة.و يتحمل كل تبعات عمله.

- إذا ادعى ملكية الوقف أو أهمل شؤونه .

- إذا تعاطى مسكر أو خمر أو لعب الميسر أو قام برهن الوقف .

و في معرض الحديث عن عزل صاحب الولاية الأصلية من واقف و من يعين بشرطه و موقوف عليه، فإن فقدان أحدهم لأحد الشروط التي تسمح لهم بإدارة الوقف و مباشرة شؤونه و إن كان وجهة نظر بعض الفقهاء لا يشكل مسوغاً لعزل الناظر عن الوقف ، فإننا نرى كما ذهب إليه بعض الفقهاء أن الأفضل أن على القاضي أن يعين ناظراً أميناً إلى جانب الناظر صاحب الولاية الأصلية حفاظاً على مصلحة الوقف و الموقوف عليهم، أما إذا تطلب الأمر تنحية الناظر فيجب على القاضي تعيين ناظر كفاً لإدارة الوقف و حفظه.

2.2.2 . المسؤولية المدنية و الجزائية للوقف كشخص معنوي

قبل أن نحدد نوع المسؤولية الملقاة على الأوقاف، يجب أن نوضح الطبيعة القانونية للوقف العام، في ظل الوصاية الممارسة عليه من قبل وزارة الشؤون الدينية، و الأوقاف، لأن هذا الإشراف يفرز الكثير من الأوضاع القانونية الغامضة، سواءً تعلق الأمر، بنوع القواعد القانونية المطبقة على الوقف العام، هل هي من قبيل القواعد العامة؟ أو من القواعد الخاضعة للقانون الخاص؟، فهذا التحديد هو الذي يسمح لنا بتحديد نوع المسؤولية؛ إدارية كانت، أم مدنية، و حتى جزائية، حسب ما جاء به قانون العقوبات في تعديله سنة 2004، لذلك سنبين في المطلب الأول المركز القانوني لسلطة الوصية في تسييرها للوقف العام ، و آثار ذلك، لنصل في المطلب الثاني إلى تحديد مسؤولية الوقف كشخص معنوي.

1.2.2.2 . المركز القانوني لسلطة الوصية في تسييرها للوقف العام

تثير الطبيعة القانونية لإشراف الوزارة على الوقف العام العديد من المسائل القانونية؛ تتمحور أساساً، حول التكييف القانوني للإشراف على الوقف العام، هل هو عمل ذو طبيعة مدنية أم إدارية؟، و إذا كان ذو طبيعة إدارية، ما هي القيمة القانونية للشخصية المعنوية التي اعترف بها القانون للأوقاف؟

على ضوء ذلك سنبين في الفرع الأول طبيعة العلاقة القانونية التي تربط الوزارة الوصية بالوقف العام، ثم نوضح آثارها في الفرع الثاني.

1.1.2.2.2 . طبيعة العلاقة القانونية التي تربط الوزارة الوصية بالوقف العام.

يعد وزير الشؤون الدينية و الأوقاف، أعلى سلطة في السلم الإداري، و رأسها ، سواءً تعلق الأمر بالهيئات الإدارية المركزية ، أو بالنسبة لمن هم تحت مسؤولياته، من الموظفين التابعين له ،

و بمقتضى هذه السلطة، للوزير سلطة رئاسية على من هم خاضعين له، من الموظفين؛ أي له الحق في توجيه التعليمات، و الأوامر لموظفيه ، الذين يلتزمون بالخضوع لها، و تنفيذها، و إلا كانوا معرضين للتأديب [177]ص70، لذلك يتعين علينا بيان طبيعة العلاقة القانونية التي تربط الوزير بموظفيه، ثم إن ناظر الملك الوقف على المستوى المحلي، قد تم تحديد مهامه ،بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 98-381، ثم إنه يشرف على ملك مستقل غير تابع للأملاك العامة، حسب ما تنص عليه المادة 5 من قانون الأوقاف، و المادة 49 من القانون المدني، يثير غموض النصوص القانونية المنظمة لإشراف وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف على الوقف العام ، و الوصاية عليه، بالرغم من استقلالية الوقف من جهة، و غموض النص المنظم لمهام الناظر عدة تساؤلات، تتمحور حول طبيعة عمل الناظر: هل هي من طبيعة مدنية، باعتبار أن للوقف شخصية معنوية مستقلة عن الملك العام؟ أم أن إشراف وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف عليه، تخرجه من طائفة الأعمال المدنية، إلى الأعمال الإدارية؟، و قبل الوقوف على هذه الحقائق، ينبغي لنا أن نحدد أولا طبيعة إشراف وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف على الأملاك الوقفية.

أولا- الطبيعة القانونية لإشراف الوزارة على الوقف العام .

لتحديد الطبيعة القانونية لإشراف وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف ،على الوقف العام، ينبغي لنا معرفة، طبيعة إشراف هذه السلطة على الوقف العام ،فهل هو عمل ذو طبيعة مدنية، أم إدارية ؟ بعبارة أخرى: هل يشرف وزير الشؤون الدينية و الأوقاف على الوقف بصفته ناظرا على الوقف العام، أم بصفته سلطة عامة ؟ و بالتالي ؛هل إشراف السلطة العامة على الوقف العام، تخرج الملك الوقفي من صفته الخاصة، إلى صفة العموم ؛التي تجعل منه ملكا خاضعا لأحكام القانون العام ؟ ثم هل إشراف السلطة العامة، ممثلة في وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، تسقط عن الوقف العام استقلاليته التي أصبغها عليه كل من الدستور، و قانون التوجيه العقاري، وقانون الأوقاف، وصولا للقانون المدني؟

لتحديد طبيعة العلاقة التي تربط الوزير بمجال الأوقاف، يجب أن نحلل جملة من المواد المحددة لصلاحياته:

تنص المادة 09 من المرسوم 89-99 ،المحدد لصلاحيات وزير الشؤون الدينية و الأوقاف، على ما يلي: « يضمن وزير الشؤون الدينية حسن سير الهياكل المركزية و غير المركزية الموضوعة

تحت تصرفه « ، و بالتالي؛ فإن هياكل الأوقاف تدخل بالضرورة تحت مسؤوليته طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 146-2000[100].

تنص المادة 15 : « يمارس وزير الشؤون الدينية الوصاية على جميع المؤسسات العمومية التابعة لميدان اختصاصه ، يشارك في وضع القواعد القانونية الأساسية ،المطبقة على موظفي القطاع » ، بمقتضى هذا النص؛ يمارس الوزير الوصاية على جميع المؤسسات العمومية التابعة لميدان اختصاصه ، و السؤال الذي يتعين طرحه: هل الوقف العام ، مؤسسة عامة ،حتى تمارس عليها الوصاية من قبله؟

حسب المادة 52 من الدستور، و المادة 23 من قانون 25-90 المتعلق بالتوجيه العقاري ، و المادة 5 من القانون رقم 10-91 المتعلق بالوقف العام، و المادة 49 من القانون المدني، فإن الوقف لا يعد مؤسسة عامة؛ بل هو ملك قائم بذاته، له الشخصية المعنوية ،و بالتالي؛فإن الوقف مبدئيا ،لا يعد أحد الميادين التي يمارس عليها وزير الشؤون الدينية والأوقاف الوصاية، و لكن نص المادة 12 من المرسوم 89- 99 السابق الذكر، يرجعنا لنفس نقطة الانطلاق،بنصه : « تعود إلى وزير الشؤون الدينية مبادرة إنشاء نظام الرقابة المتعلق بالأعمال التابعة لاختصاصه» .

و مسألة الرقابة لها أهميتها البالغة في موضوع التنظيم الإداري، و قد وردت في هذه المادة بلفظ عام ،مما يعني أن تسيير الأوقاف العامة هو أحد المجالات التي تمارس عليها الرقابة،من قبل وزير الشؤون الدينية و الأوقاف ، باعتبار أن إدارة هذه الأخيرة هي جزء من صلاحياته ، حسب نص المادة 5فقرة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 89-99 ، و بالتالي يبقى السؤال مطروحا، ماذا نعني بالرقابة؟ و ما هي آليات الرقابة المعتمدة من قبل في الوزارة بشأن التسيير الحسن للأوقاف ؟ هل هي آليات الرقابة نفسها، التي تسيير التنظيم الإداري ؟ ثم هل المقصود من لفظ الرقابة، الرقابة الإدارية، باعتبار أن الهيئة المشرفة على الوقف العام هي سلطة عامة؟ أم أن الشخصية المعنوية للوقف، باعتباره مجموعة من الأموال، رصدها الواقف، بنية القربة لله تعالى، تفرض نظاما للرقابة يختلف عن الرقابة الإدارية، و يقترب من الرقابة الممارسة على شركات الأموال، لتشابه الوقف معها في هذه الخاصية؟.

وفقا لقواعد القانون الإداري؛ فإن الرقابة التي تمارسها السلطة الإدارية، إما أن تكون سابقة، أو لاحقة، على العمل، و سنحاول البحث في ثنايا النصوص القانونية المنظمة للوقف العام ، طبيعة الرقابة التي يمارسها الوزير بصفته سلطة مركزية على الوقف العام.

يعتبر وزير الشؤون الدينية و الأوقاف ، أعلى سلطة في السلم الإداري، و رأسها ، سواء تعلق الأمر بالهيئات الإدارية المركزية ، أو بالنسبة لمن هم تحت مسؤولياته، من الموظفين التابعين لإدارته،

و للوزير الحق في توجيه التعليمات و الأوامر لموظفيه ،بمقتضى السلطة الرئاسية،و الذين يلتزمون بالخضوع لها،و تنفيذها، و إلا كانوا معرضين لتأديب[178].

كما يمارس الرقابة الوصائية على الهيئات اللامركزية التابعة للوزارة ،وتخوله الرقابة الوصائية الحق في المتابعة، و الإشراف على شؤون الوقف على المستوى المحلي.

يتبن بتحليل و تفحص مواد المرسوم التنفيذي 89-99، المحدد لصلاحيات وزير الشؤون الدينية و الأوقاف، العلاقة التنظيمية الإدارية التي تربط وزير الشؤون الدينية و الأوقاف، بإدارة الوقف العام، و تسييره، بدءا من رئيس اللجنة الوطنية للأوقاف، وصولا إلى ناظر الملك الوقفي على المستوى المحلي؛كما يبدوا الوقف ملكا عاما، يفنقد لأي خصوصية، و ما يؤكد هذه النتيجة المادة 09 من المرسوم نفسه،و التي تنص على ما يأتي : « يضمّن وزير الشؤون الدينية ، حسن سير الهياكل المركزية و غير المركزية الموضوعة تحت تصرفه » و بالتالي ، فإن هياكل الأوقاف تدخل بالضرورة تحت مسؤوليته،و في هذا الإطار تعود إليه مبادرة اقتراح أية هيئة تشاور ، و تنسيق وزارى مشترك ، حسب ما يقضي به نص المادة 14 من المرسوم نفسه ، و قد تجسدت المادة 14 عمليا ،بإنشاء اللجنة الوطنية للأوقاف، على مستوى الوصاية كهيئة استشارية ، بموجب القرار الوزاري، رقم 29، المؤرخ في 21 فيفري 1999 ، المتضمن إنشاء اللجنة الوطنية للأوقاف، و تحديد مهامها ، و صلاحياتها ، و حسب نص المادة 1قرة 2 من هذا القرارنالتى تنص على ما يلي: « تمارس اللجنة مهامها تحت سلطة وزير الشؤون الدينية باعتباره سلطة مكلفة بالأوقاف »، ففي هذه الفقرة من هذه المادة يعتبر وزير الشؤون الدينية ، سلطة مكلفة بالأوقاف ، كما استعمل المشرع نفس العبارة: « السلطة المكلفة بالأوقاف » في المواد 20، 25 ، 26 ، 27، 37، 38، 41، 46، 47، 22 من القانون رقم 91-10 ، المتضمن قانون الأوقاف،و المواد 15، 14 من المرسوم التنفيذي 98-381، فماذا نعني بلفظ سلطة ، الوارد في النصوص السابقة الذكر؟ عسى أن نستأنس به، للوقوف على طبيعة إشراف الوزير على الأوقاف،فهل هذا اللفظ له دلالة معينة،تسمح بتحديد طبيعة المركز القانوني لوزارة الشؤون الدينية في تسييرها للوقف العام؟و بالتالي غياب الطابع المؤسسي، المعترف به وفقا لأحكام المادة 5 من القانون 91-10، و 49 من القانون المدني.

إن تسيير و إدارة الوقف بنموذجه الحالي في الجزائر ، يمكن تكييفه على أساس أنه تسيير إداري مركزي، يعد وزير الشؤون الدينية و الأوقاف ، أعلى سلطة في السلم الإداري ، و رأسها ، سواء تعلق الأمر بالهيئات الإدارية المركزية ، أو بالنسبة لمن هم تحت مسؤولياته من الموظفين التابعين لإدارته ، بموجب سلطته الرئاسية[173]ص107، كما تؤكد النصوص السابقة الذكر على الطابع الإداري، المركزي ، في تسيير الأوقاف العامة، بعد أن رفعت الدولة يدها عن الوقف الخاص بموجب القانون رقم 02-10 المعدل، و المتمم لقانون الأوقاف، كما أن إشراف الدولة ممثلة في وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف ، على الوقف العام، يظهر عدم جدوى اعتراف القانون بالشخصية المعنوية للوقف ، فهذه الأخيرة تستلزم وجود طابع مؤسسي مستقل للوقف ، عن الأملاك الوطنية ، باعتبار أن للدولة شخصية معنوية مستقلة عن الأوقاف طبقا لنص المادة 49 من القانون المدني، و المادة 5 من قانون الأوقاف، كما أن الوصاية الإدارية تفرض لحماية المال العام، و هو نظام يمارس غالبا من قبل السلطة المركزية ، على السلطات ، و الهيئات اللامركزية ، ذات نفس الطابع، و الوقف ؛ كما هو معلوم، ليس شخصا معنويا عاما ، و بالتالي فإن الوصاية ليست إدارية ؛ بل مدنية ، لكن ما هو الأساس القانوني لهذه النتيجة؟

الوصاية في القانون المدني، نظام يقرر في القانون الخاص لحماية ناقصي الأهلية، و هذا يفرض قيام الوصي بصلاحيات مباشرة شؤون الوقف، في الحدود التي رسمها القانون المنظم لشؤون الوقف، و أحكام الشريعة ، حسب المادة 2 من قانون الأوقاف ، و يرتب هذا التصرف كل آثاره القانونية، كما لو صدر عن ناقص الأهلية ، الفاصر، فنحن أمام شخص واحد يملك التصرف حسب المادة 81 من قانون الأسرة، في حين أن الوصاية في القانون الإداري، لا تكون إلا بنص من جهة ، كما أننا نكون أمام شخصين، لكل منهما سلطة التصرف باسمه، و لحسابه على النحو الذي حدده القانون، و هو ما نجده في الوقف.

كما يمارس الوصي في المجال المدني، أعماله باسم، و لحساب الموصى عليه ، باعتباره نائبا قانونيا عنه، بينما في الوصاية الإدارية ، كل شخص يتصرف باسمه ، و لحساب الشخص المعنوي المستقل، و بمراجعة النصوص المنظمة للوقف، نجد أن الوقف له شخصية معنوية مستقلة، حسب المادة 5 من قانون الأوقاف، و كل التصرفات تكون باسم و لحساب الوقف ، و بهذا الصدد تم إنشاء صندوق خاص بالأوقاف ، حسب المادة 35 و 37 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 ، يتم صب كل عائدات الوقف في هذا الصندوق، كما أن الوزير يعد الأمر بالصرف الأول على الصندوق [31] ، و بالتالي فإن الوزارة تشرف على الوقف كنوع من الوصاية الإدارية عليه[177]ص80-

81، غير أن الوصاية في القانون المدني تهدف إلى حماية المال الخاص، وهو مال من كانت أهليته مفقودة، بينما الهدف من الوصاية في الإداري، هي حماية المال العام، فهل الوصاية المفروضة على الوقف العام، هي من قبيل الوصاية المدنية أم من قبيل الوصاية الإدارية؟

الوصاية الإدارية تفرض لحماية المال العام، وهو نظام يمارس غالبا من قبل السلطة المركزية على السلطات، والهيئات اللامركزية، ذات نفس الطابع، والوقف؛ كما هو معلوم ليس شخص معنوي عام، وبالتالي فإن الوصاية ليست إدارية؛ بل مدنية، وهو ما يستفاد من نص المادة 24 من القانون 91-10، والمادة 33 من المرسوم التنفيذي 98-381 فالوقف كمال خاص، يستلزم تكليف إشراف الوزير على الوقف العام من قبيل الوصاية المدنية لا الإدارية، وعليه يجب توضيح صفة الوزير في الإشراف على الوقف العام في المرسوم التنفيذي 89-99 فالوزير عبارة عن ناظر للوقف العام.

لكن في ظل غياب هذا النص، تبقى القواعد المنظمة للوقف، من قبيل القواعد العامة، في حين أن إشراف وزارة الشؤون الدينية والأوقاف من قبيل الإشراف الخاص على الوقف العام، وتطبيقا للقاعدة التي تقضي أن الخاص يقيد العام، فإننا نكيف إشراف الوزارة على الوقف العام من قبيل العمل الإداري لا نستطيع الاجتهاد مع وجود النصوص المنظمة لهذه المسألة، فلا أحد ينكر على الوزير، أو المدير المركزي، أو وكيل الوقف، صفة الموظف العام، ووجود علاقة تنظيمية، لائحية تربطهم بالإدارة العامة، حيث تخضع الأسلاك الخاصة بإدارة الشؤون الدينية، بصفة أساسية لأحكام الوظيفة العمومية، غير أنهم يعفون من بعض أحكامها بمقتضى قوانين خاصة، كما جاء في نصوص الفصل الأول، الفقرة الأخيرة، من المادة الثالثة من الأمر رقم 06-03 [194].

ثانيا- تحديد طبيعة علاقة الوزارة مع الهيئات المشرفة على الوقف العام .

تخضع إدارة الوقف العام وحمايته لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 98-381، حيث تنص المادة 1 منه على ذلك، وتتولى إدارة الأوقاف، السلطة المكلفة بالأوقاف، حسب نص المادة 46 من قانون الأوقاف، والتي تنص على ما يأتي: «السلطة المكلفة بالأوقاف، هي الجهة المؤهلة لقبول الأوقاف، وتسهر على حمايتها وتسييرها» (نلاحظ أن لفظ السلطة المكلفة بالأوقاف تكرر في العديد من مواد قانون الأوقاف فنجد المادة 46 و المادة 20 و المادة 22 و المادة 5 و المادة 37 و المادة 38 و المادة 41 و المادة 46 و 47 .) ، تتمثل هذه السلطة في وزير الشؤون الدينية والأوقاف، الذي من مهامه المخولة له قانونا، إدارة الأوقاف [178]، واتخاذ جميع الإجراءات الكفيلة بتنمية،

و تطوير هذا القطاع، و حمايته، تتم إدارة، و تسيير الوقف بواسطة التنظيم الإداري المركزي كما سبق لنا بيانه،و التي نعني بها جمع الوظيفة الإدارية ، و حصرها، بيد شخص معنوي عام واحد هو الدولة، حيث تتولى و تهيمن على النشاط الإداري، و إن تعددت الهيئات ، و الأفراد القائمين به[174]ص35.

و نظام السلطة الرئاسية[173]ص105 وفقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم: 2000-146 [100]المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف؛ ترتبط إدارة الأملاك الوقفية ، و تسييرها، بصلاحيات مديرية مركزية، سميت بمديرية الأوقاف، وتتكون من مديرتين فرعيتين، هما : المفتشية العامة و لجنة الأوقاف و هو ما سنوضحه تدريجيا.

1- المديريات المركزية لوزارة الشؤون الدينية و الأوقاف: يوجد على مستوى الوزارة خمس مديريات مركزية ، تهمنا منها المديرية الفرعية للأوقاف، و الحج، تتولى هذه المديرية شؤون الوقف كما سبق بيانه.

2- اللجنة الوطنية للأوقاف:

حددت أجهزة التسيير للوقف التابعة للسلطة المكلفة بالأوقاف ، في الفرع الثالث، من الفصل الثاني، من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 ، في المواد من 9 إلى المادة 12، فجاء في المادة 9 منه : « تحدث لدى الوزير المكلف بالشؤون الدينية، لجنة للأوقاف، تتولى إدارة الأملاك الوقفية، و تسييرها و حمايتها في إطار التشريع، و التنظيم المعمول بهما، تنشأ اللجنة المذكورة في الفقرة أعلاه، بقرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينية، الذي يحدد تشكيلها و مهامها و صلاحياتها ».

تطبيقا لنص المادة 09 ، صدر القرار الوزاري رقم 29 المؤرخ في 21 فيفري 1999 ، الذي حدد مهامها في الفصل الثاني منه ، في المادة 4، وجاء فيها أنها: «تتولى النظر، و التداول ، في جميع القضايا المعروضة عليها، المتعلقة بشؤون الأملاك الوقفية ، و استثمارها، و تسييرها ، و حمايتها». تمارس اللجنة مهامها تحت سلطة وزير الشؤون الدينية باعتباره مكلفا بالأوقاف.

أما على المستوى المحلي، تضم مديرية الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية ؛ثلاثة مصالح منها؛ مصلحة الإرشاد، و الشعائر، و الأوقاف ، تتولى هذه الأخيرة مهمة مراقبة تسيير الأملاك الوقفية، كما تضم مكاتب أيضا ، تطبيقا للقرار الوزاري ، المؤرخ في 11-05-2003 ، المتضمن تنظيم مصالح المديرية الولائية للشؤون الدينية و الأوقاف،تعتبر مديرية الشؤون الدينية والأوقاف عن نمط التسيير اللامركزي للأوقاف العامة ، كما وضحنا سلفا[176]ص135-137 .

يترأس مدير الشؤون الدينية و الأوقاف، المديرية كما تنص على ذلك المادة الثالثة 03 من المرسوم التنفيذي 2000-200 ،المتضمن قواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية و الأوقاف في الولاية [109]، يعين وزير الشؤون الدينية و الأوقاف المدير المكلف بالشؤون الدينية و الأوقاف بعد استشارة الوالي، و ينهي مهامه بنفسه الكيفية، في حالة ارتكاب خطأ جسيم، كما يرسل الوالي تقارير شهرية عن تطور الوضعية العامة للقطاع التابع لسلطة هذا الوزير حسب المادة 29 من المرسوم نفسه.

ثالثا- علاقة مدير الشؤون الدينية و الأوقاف بالإدارة المشرف عليها

يتولى مدير الشؤون الدينية في الولاية حسب المادة 30 من المرسوم التنفيذي 94-215 الإشراف على المصالح الإدارية لنظارة الشؤون الدينية.

وحسب القوانين المنظمة للوقف؛ خاصة المرسوم التنفيذي 98-381، يسهر على تسيير الأملاك الوقفية، و حمايتها، و البحث عنها ، و جردها، و توثيقها إداريا طبقا للتنظيم المعمول به، حسب المادة 10، كما يشرف على عمل وكيل الأوقاف، الذي يتولى مراقبة عمل ناظر الملك الوقفي حسب نص المادة 11، و بهذا الصدد؛ يمارس مدير الشؤون الدينية في الولاية السلطة الرئاسية على وكيل الأوقاف مباشرة، و على ناظر الملك الوقفي ضمنا، يعد وكيل الأوقاف موظفا تابعا للأسلاك الخاصة بقطاع الشؤون الدينية و الأوقاف ، حددت المواد من 27 إلى 32 من المرسوم التنفيذي رقم 08-411، المؤرخ في 24-12-2008 ،المهام الموكلة إليه، و التي تتمثل خاصة في مراقبة الأملاك الوقفية و متابعتها و صيانتها [195]، و حسب المادة 13 من المرسوم التنفيذي 98-381 يباشر ناظر الملك الوقفي عمله ، تحت مراقبة وكيل الأوقاف؛ و هو ما تشير إليه كذلك المادة 08 من القرار الوزاري المشترك رقم 31 المؤرخ في 02 مارس 1999 المتضمن إنشاء صندوق مركزي للأوقاف ، كما تبرز المادة 11 مسؤولية وكيل الأوقاف، تحت إشراف مدير الشؤون الدينية و الأوقاف ، على مستوى الولاية ، في مراقبة عمل ناظر الملك الوقفي على صعيد مقاطعته .

يتضح جليا من النصوص القانونية المذكورة، الطابع الإداري الممارس على الوقف؛ مركزيا كان، أو محليا؛ كما تتضح بشكل جلي الطبيعة الإدارية لعمل مديرية الشؤون الدينية و الأوقاف؛ بدءا من الإدارة المركزية، وصولا لوكيل الأوقاف على المستوى المحلي.

رابعاً- التكيف القانوني لعمل الناظر.

ناظر الملك الوقفي؛مكلف بالتسيير المباشر لشؤون الوقف؛ طبقاً لنص المادة33 من قانون الأوقاف ، و المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 ، و يخضع ناظر الملك الوقفي لرقابة الهيئة المكلفة بالأوقاف، التي تعيينه وفقاً للشروط المحددة في المرسوم السابق الذكر، و تمارس عليه الرقابة من قبل وكيل الوقف ، يعين ناظر الملك الوقفي بموجب قرار صادر من قبل الوزير المكلف بالأوقاف ، بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف، حسبما تقضي به المادة 16 من المرسوم التنفيذي 98-381 التي تنص على ما يأتي:« يعين الوزير المكلف بالشؤون الدينية بقرار، بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف، المذكورة في المادة 9 أعلاه ، ناظراً لملك وقفي أو لعدة أملاك وقفية » فما معنى مصطلح قرار ؟

القرار صادر عن قمة الهرم الإداري، و هو الوزير ،قرار التعيين، يصنف ضمن طائفة الأعمال غير الخاضعة لرقابة القضاء ، فضلاً عن كون لفظ القرار يرتبط بالعمل الإداري، فحسب كتب القانون الإداري، القرار هو أحد وسائل ممارسة الإدارة للنشاط العام، و اعتبار أن تعيينه بقرار يجعل منه موظفاً مبدئياً ، خاصة إذا علمنا أنه نظير قيامه بالمهام الموكلة إليه، يتلقى مقابل مالياً؛ يدفع شهرياً أو سنوياً، و يقتطع من ريع الوقف حسب نص المادة 18 من المرسوم التنفيذي 89-381، و في اعتقادي أن هاذين النصيين يستوجبان تحديد الطبيعة القانونية لعمل الناظر، هل يعد الناظر موظفاً؟ أو صاحب مهنة حرة؟ أو عاملاً يخضع لقوانين العمل و المنازعات الجماعية؟

الموظف العام؛ هو كل شخص يعهد إليه عمل دائم، في خدمة مرفق عام ، تديره الدولة، أو أحد أشخاص القانون العام ، و لم يعرف المشرع الموظفين العموميين، و اكتفى بتحديدهم في المادة 1 من الأمر رقم 66-133: « يعتبر موظفين عموميين: الأشخاص المعينون في وظيفة دائمة، الذين رسموا في درجة من درجات السلم الوظيفي في الإدارات المركزية التابعة للدولة، و المصالح الخارجية التابعة لهذه الإدارات، و الجماعات المحلية ، و كذا المؤسسات، و الهيئات العمومية، حسب كفاءات تحدد عن طريق مرسوم»، كما تعرف المادة 5 من المرسوم 85-59 المؤرخ في 23-3-1985 المتضمن القانون النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية الموظف كما يلي: « تطلق على العامل الذي يثبت في منصب عمله، بعد انتهاء المدة التجريبية، تسمية الموظف، و يكون حينئذ في وضعية قانونية أساسية و تنظيمية إزاء المؤسسات أو الإدارة»[196] ، كما اعتمد الأمر رقم 06-03 المعايير المحددة في القوانين السابقة نفسها، لاعتبار الشخص موظفاً عاملاً.

حيث أشار في المادة 04 منه إلى الموظف العام: « يعتبر الموظفون كل الأشخاص الذين عينوا في وظيفة عمومية دائمة، و رسموا في رتبة من السلم الإداري» ، يتبين من ظاهر العبارات المنصوص عليها في هذا الفصل؛ أن مفهوم الموظف في القانون الجزائري يختلف عن مفهومه في الفقه، والقضاء الإداريين ، حيث أضاف المشرع شرطا رابعا ، وهو الترسيم في إحدى درجات السلم الخاص بأسلاك الإدارة التابعة للدولة، وبناء عليه، لا تطلق صفة الموظف العام على الأعوان العموميين، والعمال المؤقتين، والمتعاقدين مع الإدارة ، بموجب عقد من عقود القانون الخاص، فهل يمكن اعتبار الناظر موظفا بالاعتماد على المعيار الوارد في نص المادة 4 السابق الذكر؟ حسب نص المادة يجب أن نتوقف عند ثلاثة نقاط أساسية، لتحديد من هو الموظف، و تتمثل أساسا في: التعيين، الوظيفة العامة الدائمة ، و الترسيم في السلم الإداري.

1- التعيين: حسب المادة 16 السابقة الذكر: « يعين الوزير المكلف بالشؤون الدينية بقرار، بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف المذكورة في المادة التاسعة أعلاه، ناظرا لملك وقفي أو لعدة أملاك وقفية...» [192]. تنص هذه المادة على أن الناظر في الوقف العام يكون معينا من قبل الوزير المختص، فهل لفظ التعيين يجعل منه موظفا؟

2- بالاعتماد على التصنيف الذي وضعه الوظيف العمومي، بموجب الأمر 06-03 ، و بالاطلاع على القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالشؤون الدينية و الأوقاف ، فإن النظرة على الوقف العام لا تعد أحد أصناف الوظيفة العمومية؛ لأن عمل الناظر غير مصنف ضمن طائفة الوظائف الإدارية.

3- الترسيم في السلم الإداري : بالاعتماد على التصنيف الذي وضعه قانون الوظيف العمومي بموجب الأمر 06-03 ، و بالاطلاع على القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالشؤون الدينية و الأوقاف ، فإن النظرة على الوقف العام لا تصنف ضمن مراتب السلم الإداري ، و بالتالي فإن الناظر على الوقف العام لا يعد موظفا، و عليه لا تطلق صفة الموظف العام على الناظر ، و يبقى العمل الذي يربطه بإدارة الوقف ، محدد بالمرسوم التنفيذي رقم 98-381 ، و يكون خاضعا للقانون الخاص، و لمزيد من الاستفادة سنبيين في النقطة الموالية ، من هو الموظف في الفقه و القضاء الفرنسي و المصري.

لم تعطي التشريعات الفرنسية تعريفا محددًا للموظف العام، إنما اكتفت بتحديد الأشخاص الذين تسرى عليهم أحكام تلك التشريعات (قانون التوظيف الفرنسي رقم 2294 لصادر في 19

أكتوبر 1946: « يسرى على الأشخاص الذي يعينون في وظيفة دائمة ، و يشغلون درجة من درجات الكادر في إحدى الإدارات المركزية للدولة، أوفي إحدى الإدارات الخارجية التابعة لها ،أو في المؤسسات القومية ». و قد نص نظام الموظفين الصادر بالامر 95/244 بتاريخ 4-2-1959 الذي حل القانون 19 أكتوبر 1946 و القانون الخاص بحقوق والتزامات الموظفين رقم 634 الصادر في 13 يوليو 1983 على نفس المفهوم.)، ويتبين من هذه النصوص، أن المشرع الفرنسي يطبق أحكام الوظيفة العامة على من تتوافر فيهم الوظيفة الدائمة، و الخدمة في مرفق إداري عام. وبذلك فهو يخرج عن نطاق الخضوع لأحكام الوظيفة العامة موظفو البرلمان و رجال القضاء و رجال الجيش والعاملون في مرافق ومنشآت عامة ذات طابع صناعي أو تجاري.

أما على صعيد الفقه ؛ فقد عرف الأستاذ « هوريو» Hauriou الموظفين العاميين ،بأنهم :« كل الذين يعينون من قبل السلطة العامة تحت اسم موظفين ،أو مستخدمين، أو عاملين، أو مساعدي عاملين يشغلون وظيفة في الكوادر الدائمة لمرفق عام تديرها الدولة ،أو الإدارات العامة الأخرى».

وعرفه دوييز Duez، وديبير Debeyre بأنه: « كل شخص يساهم في إدارة مرفق عام ،يدار بالاستغلال المباشر من قبل الدولة ،ويوضع بصورة دائمة في وظيفة داخله في نطاق كادر إداري منظم».

و على صعيد القضاء ؛قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن؛ الموظف هو: « كل شخص يعهد إليه بوظيفة دائمة في خدمة مرفق عام»، واشترط المجلس ،أن يكون المرفق العام إداريا، أما المرافق الصناعية ،والتجارية فقد فرق فيها بين شاغلي الوظائف الإدارية، والوظائف الأقل أهمية، و اعتبر العاملين في النوع الأول من الوظائف موظفين عاملين، أما الوظائف الأخرى ؛فأخضعها للقانون الخاص؛ وأرجع المجلس هذه التفرقة إلى أن شاغلي وظائف المحاسبة، والإدارة ،أكثر ارتباطا بالمرفق العام.

أما في مصر؛ فقد عرفت المحكمة الإدارية العليا الموظف العام،بذكرها ،ما يلي: « الموظف العام :هو الذي يعهد إليه بعمل دائم، في خدمة مرفق عام تديره الدولة ،أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى، عن طريق شغله منصبا يدخل في التنظيم الإداري».

و يبدو من التعريفات السابقة أن الفقه و القضاء المصري يشترط مجموعة من الشروط لاعتبار الشخص موظفا،و فيما يلي عرض موجز لهذه الشروط:

أ- العمل في خدمة مرفق عام، تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، بأسلوب الاستغلال المباشر.

ب- أن يقوم بعمل منتظم .

ج- أن تكون تولية الوظيفة العامة بواسطة السلطة المختصة:

فلا يعد موظفا عاما؛ من يستولي على الوظيفة دون قرار بالتعيين، كالموظف الفعلي، كما أن مجرد تسليم العمل وتقاضي المرتب لا يكفي لاعتبار المرشح معينا في الوظيفة؛ إذا لم يصدر قرار التعيين ممن يملك التعيين.

اعتبر القضاء و الفقه الموظف العام هو: « الشخص الذي يساهم في عمل دائم في مرفق عام تديره الدولة و غيرها من الوحدات الإدارية بأسلوب الاستغلال المباشر[197]ص21-31 ، و تكون مساهمته في ذلك العمل عن طريق إسناد مشروع لوظيفة ينطوي على قرار بالتعيين من جانب الإدارة ، و على قبول لهذا التعيين من جانب صاحب الشأن الموظف » [198]ص28.

بإسقاط التعريفات السابقة على الناظر، هل يمكن اعتباره موظفا؟

وفقا للفقه و القضاء الفرنسي، و وفقا للأحكام المنظمة للوظيفة العامة في التشريع الجزائري، يمكننا القول بأن الموظف العام هو: « الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، يرتبطون بالإدارة بواسطة عقد يستمد أحكامه من القانون العام ». انطلاقا من التعريف لاعتبار الشخص موظفا عاما ؛يجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط، و هي: - التعيين في خدمة دائمة، و هي مبدئيا متوفرة في الناظر بموجب المادة 16 من المرسوم التنفيذي 381-98.

-حيازة إحدى درجات التسلسل الإداري، و هو من الشروط التي يفتقدها الناظر، باعتبار أن النظرة لا تصنف ضمن طائفة الوظائف العامة حسب الأمر 03-06 و القانون الخاص بسلك الشؤون الدينية.

- المساهمة بالعمل في تسيير أحد المرافق العامة التي تديرها الدولة ،أو أحد أشخاص القانون العام، و قد سبق لنا القول أن الوقف شخص معنوي مستقل ؛حسب المادة 5 من قانون الأوقاف و المادة 49 القانون المدني، و بالتالي فإن الناظر لا يعد موظفا.

نذكر في ختام هذه الجزئية، أن القاعدة القانونية التي تبرز وضعية ناظر الملك الوقفي، و وظيفته، و مهامه في الجزائر، أسستها المادة 33 من قانون الأوقاف 91-10، و حدد المرسوم التنفيذي 98-381 شروط إدارة الأملاك الوقفية، و تسييرها، و حمايتها، و كفيات ذلك، و هذا النص بالرغم من اعتمادنا عليه في تحديد طبيعة العلاقات السابقة لمختلف الأشخاص المسؤولين عن إدارة الوقف؛ فإنه يوحي بالدور المحوري لناظر الملك الوقفي؛ في عملية تسيير، و إدارة الأوقاف، كما يبرز طبيعة الأحكام القانونية التي تميزه عن غيره من المعنيين بعملية التسيير، وبالرجوع للنصوص المنظمة للوظيفة العامة؛ لاسيما الأمر رقم 06-03، فإن الموظف هو الشخص الذي تربطه علاقة تنظيمية لائحية بالإدارة، بحيث يعمل لثمان ساعات يوميا، و يستفيد من مقابل شهري لقاء قيامه بالمهام الموكلة إليه، في حين أن ناظر الملك الوقفي لا يمكن اعتباره موظفا؛ لأنه لا يتلقى أجره من قبل السلطة الإدارية؛ بل من غلة الوقف، و لناظر الملك الوقفي نظاما خاصا به، فلا ينطبق عليه القانون الأساسي لعمال الشؤون الدينية و الأوقاف، و بالتالي فإن لفظ التعيين المذكور في المادة لا يستقيم مع طبيعة عمل الناظر، و أعتقد أنه عمل الناظر هو أقرب لعمل أصحاب المهن الحرة من العمل الإداري، بينما يعد عمال مديريةية الشؤون الدينية و الأوقاف على مستوى الولاية موظفين، يحكمهم في ذلك القانون الأساسي الخاص بعمال قطاع الشؤون الدينية و الأوقاف رقم 08-411، و السؤال الذي يجب الإجابة عنه : كيف يتم التعامل مع ناظر الملك الوقفي باعتباره ليس موظفا، و غير محكوم بالرقابة الرئاسية للسلطة الإدارية؟، ثم ما هي طبيعة المسؤولية الناشئة عن الأضرار التي يتسبب فيها؟

وفقا لأحكام القانون الإداري؛ فإن ناظر الملك الوقفي يبقى خاضعا في علاقته مع إدارة الوقف للقانون الخاص، كما أن طبيعة الملك الوقفي؛ باعتباره ليس شخصا معنويا عاما؛ تجعل القاعدة العامة التي تحكم عمل النظار هي قواعد القانون الخاص، و ليس قواعد القانون العام، و ما هذه الوضعية التي نعالجها إلا أحد إفرازات الرقابة الوصائية التي تمارسها الدولة على الوقف العام.

2.1.2.2.2 . الآثار المترتبة على تحديد الطبيعة القانونية لتسيير الوزارة الوصية للوقف العام

كما ذكرنا سابقا فإن الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة، طبقا لنصوص القانون 91-10 المتعلق بالوقف العام، و طبقا للمادة 49 من القانون المدني، غير أنه كما تبين لنا في الفرع السابق فإن وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف تعتبر الجهة الوصية على الوقف العام، مما يفقد الشخصية المعنوية المعترف بها قانونا للوقف أهميتها، و هو ما سنوضحه في نقطة أولى، كما أن إشراف السلطة العامة على الوقف يرتب قيام المسؤولية الإدارية على الأضرار التي يتسبب فيها ممثلوا

الوقف، باستثناء عمل الناظر و هو ما نوضحه في النقطة الثانية، فضلا عن ذلك فإن إشراف الوزارة أيضا على الوقف العام يطرح مشكلة الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعات الوقف العام.

أولا- عدم بروز الطابع المؤسسي للوقف العام كشخص معنوي

تعتبر المؤسسة من أهم العناصر المعبرة على الشخصية المعنوية للوقف ، وقد تجلت أهمية هذا العنصر منذ البدايات الأولى لنشأة الوقف ، وكان من الطبيعي في تلك البدايات الأولى أن تتسم المؤسسة بالبساطة والبعد عن التعقيد ، ومحدودية العلاقات التنظيمية والإدارية ، ثم تطورت بمرور الزمن وتعقدت بفعل استمرارية التراكم التاريخي ، وأصبحت كثيفة العلاقات سواء على المستوى الخاص بكل مؤسسة وقفية على حدا ، أو على المستوى العام ، من حيث ارتباط نظام الوقف ككل بغيره من النظم الفرعية الأخرى في المجتمع ، و أهم سمه لاستقلالية نظام الوقف ؛ هي الاستقلال الإداري ، حيث اعتمدت إدارة الوقف والمؤسسات الوقفية على القواعد ، والشروط التي وضعها الواقفون أنفسهم، وأثبتوها في نصوص وقياساتهم ، دون تدخل من أي سلطة إدارية حكومية ، ومن ثم لم يتم استيعاب الأوقاف داخل الجهاز الإداري للدولة ، إلا في الحالات الاستثنائية التي كانت تنتفي فيها إمكانية وجود إدارة أهلية مستقلة، وفي الوقت الذي اتسمت فيه إدارة الأوقاف بالاستقلالية والتسيير الذاتي ، غلب عليها نمط الإدارة العائلية ، التي كانت لها إيجابيات تمثلت أهمها في الحرص على أعيان الوقف ، والالتزام بتنفيذ شروط الواقفين ، وكانت لها سلبيات تمثلت أهمها في الإهمال وعدم المحاسبة وكثرة الخلافات ، والمنازعات بين الناظر والمستحقين ، وبخاصة في حالة عدم توفر عناصر كفاء من ذرية الواقف أو عائلته للقيام بمهام الإدارة الموكولة إليه .

تطبيقا لنص المادة 50 من القانون المدني فإن الطابع المؤسسي يعد أهم الآثار المترتبة على تمتع الوقف بالشخصية المعنوية ، كما أنه يكفل الحماية القانونية للأوقاف ، و يشجع الجمهور على الاهتمام بالوقف ، و المساعدة في تطويره، فالعمل المؤسسي يسمح بتطوير الوقف ؛ وبتوزيع المسؤوليات، و التقييم المستمر للعمل الوقفي، خاصة إذا علمنا أن الرقابة الممارسة على الوقف العام حاليا هي رقابة إدارية ، و مالية مركزية ، تتضح من خلال التقارير التي يرفعها أو يعدها المعنيين بشكل دوري ، و تتميز هذه الأخيرة بصعوبة تحديد المسؤوليات على ضوءها، لخضوعها لمبدأ المجاملات مقارنة بالأشخاص المعنوية الأخرى لاسيما شركات الأموال.

باعتبار الوقف ؛ مجموعة من الأموال التي وقفها الواقفون، بنية التقرب لله ،نتساءل و لو على سبيل المقارنة، لما لا تتم إدارة الأوقاف بنفس الطريقة التي تدار بها مجموعات الأموال؟ خاصة في ظل

مسعى المشرع لاستثمار الأوقاف بموجب القانون رقم 07-01؟ الأمر الذي يتطلب أسلوبا مغايرا للإدارة الحالية، خاصة إذا علمنا فشل الدولة في إدارة المال سواء بالنسبة للتكلفة، أو بالنسبة للموظفين، الذين يفتقرون عادة للخبرة اللازمة لتسيير وإدارة المال، فضلا عن أن الدولة ينحصر دورها الأساسي في تقديم الخدمة العامة بغض النظر عن تكلفتها مما يناقض تسييرها، وإدارتها للأوقاف، خاصة فيما يتعلق بالاستثمار [108]، و مما يؤخذ على طريقة تسيير الوقف اليوم، افتقارها للكفاءات البشرية، والموارد المادية التي تساعد في القيام بمهامها على أكمل وجه، فهي تقف عاجزة لا تستطيع حتى فرض مراجعة الإجراءات الوقفية وفق الأسعار المطبقة في السوق، ولا تستطيع ضمان متابعة ميدانية جديّة للمشاريع الوقفية، ولا حتى فرض نفسها كجهة عقارية لا يجب إهمالها أمام الإدارات العقارية المختلفة في البلاد، فالإدارة المثلى للأوقاف تستدعي إيجاد الطابع المؤسسي الجيد من خلال الإدارة الحسنة للأوقاف.

إتباع الإشراف الإداري على الأوقاف يستلزم ممارسة الإدارة للرقابة الرئاسية و الرقابة الوصائية على القائمين على الأوقاف، و لا شك أن هذه الطريقة في التسيير قد تجاوزها الزمن، فالإدارة الحديثة تستلزم طرقا مغايرة في إدارة المؤسسات، و باعتبار أن الوقف ليس ملكا عاما، هذا يستتبع ضرورة إتباع الأساليب الحديثة في توزيع العمل، و الإشراف عليه، لذلك فإن إدارة الوقف العام من قبل الوزارة؛ يطرح العديد من التساؤلات تتعلق أساسا، بجدوى الشخصية المعنوية، نظرا لعدم بروز استقلالية الأوقاف كملك مستقل عن الملك العام، و الذي يتطلب أسلوبا مغايرا للأسلوب الذي يدار به المال العام سواء من حيث الكفاءة، أو نمط الإدارة، لذلك أعتقد أن الطريقة الحالية في إدارة و تسيير الوقف يجب أن يعاد فيها النظر، و في ظل هذا المسعى أقترح ما يلي:

1- إنشاء هيئة عامة للأوقاف؛ تتمتع بالشخصية المعنوية، تهتم بشؤون الوقف و تسعى لتنميته و استثماره وفقا للأطر الشرعية، كما تتولى رسم السياسة العامة، و وضع الخطط الإستراتيجية لتنمية الأوقاف، كما تعمل على تشجيع الوقف، و نشر الثقافة الوقفية، تضم الهيئة مجلس إدارة، يترأسه وزير الشؤون الدينية و الأوقاف، و تضم أعضاء يتم تعيينهم من قبل رئيس الجمهورية، أو مجلس وزراء بعد إنتخابهم من المواطنين لمدة 3 سنوات، و من الأساتذة من يطالب باستحداث الديوان الوطني للأوقاف أو المجلس الأعلى للأوقاف أسوة بديوان الحج، فإدارة الوقف يجب أن تعهد لشخص غير الدولة، فإذا حدد الواقف ناظر كان هو و إلا فيعهد النظر إما للقاضي، أو المحتسب، أو إدارة محلية من نفس موطن الوقف، و لا ينبغي أن يدار الوقف مركزيا، من قبل الإدارة المركزية للدولة. [186]ص5-17، [80]ص317، [190]ص113-115.

2-أمانة عامة لهيئة الوقف:

يرأسها الأمين العام الذي يتم تعيينه من قبل الوزير ، يباشر وضع الخطط و الاستراتيجيات الهامة لتنمية الأوقاف التابعة للهيئة.

3-إنشاء مجموعة من اللجان المتخصصة: على سبيل المثال لا الحصر،نذكر:

- لجنة متخصصة في متابعة النظرة الشرعية للعمل الوقفي، باعتبار أن الشريعة هي المصدر المادي للوقف، حسب المادة 2 من قانون الأوقاف رقم 91-10.

- لجنة تتابع استثمار، و تنمية أموال الوقف.

- لجنة مصارف الوقف، تتولى توزيع ريع الأوقاف، حسب شروط الواقفين و مراعاة المشاريع الخيرية التي توافق مقاصدهم.

ثانيا- قيام المسؤولية الإدارية باستثناء عمل ناظر الوقف

حسب المادة 5 من قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف، المعدل و المتمم ،و المادة 49 القانون المدني؛ فإن للوقف شخصية معنوية ، و عليه حسب المادة 50 فإن الأوقاف مستقلة عن الدولة بالرغم من إشراف هذه الأخيرة على الوقف العام(المواد 22 و 25 و 41 و 43 و 46 و 47 من القانون رقم 91-10 تؤكد على إشراف الوزارة على الوقف العام).

فهي تشرف عليها بصفتها ناظرة على الوقف و ليس بصفتها سلطة عامة، باعتبار أن الأشخاص السابقي الذكر، يعملون باسم، و لحساب الشخص المعنوي، و ليس باسم، و لحساب السلطة الوصية - مع بعض الفارق- خاصة و أن غلة الوقف تصب في صندوق مستقل عن ميزانية الوزارة [31] .

لكن نظرا لطبيعة الجهة المشرفة على الوقف؛ و هي هيئة إدارية عامة؛ فإنني أعتقد أن النظام الذي يحكم الأوقاف العامة، يمكن تقسيمه إلى نوعين؛ النوع الأول، خاص بالأشخاص المرتبطين بعلاقة تنظيمية بوزارة الشؤون الدينية ،و الأوقاف، وهؤلاء الأشخاص، المباشرين لشؤون الوقف يخضعون في علاقاتهم إلى قواعد القانون الإداري؛ أي قواعد القانون العام ،و ليس لقواعد القانون الخاص خاصة إذا اعتمدنا المعايير التي يعرضه الفقه للتمييز بين الأشخاص المعنوية العامة، و الأشخاص المعنوية الخاصة، حيث اعتبر الفقه؛ أن أشخاص القانون الخاص نطبق عليها قواعد القانون العام بالنظر للنشاط الممارس، و وفقا للقرائن السابقة؛ فإن الوقف يسير من سلطة عامة ، تخضع لقانون الوظيف العمومي، مما يجعلنا نستنتج أن النظام الذي يحكم الوقف العام ، من قبيل القانون العام لا

الخاص، فإدارة و تسيير الأوقاف العامة ، مهمة مخولة للسلطة المكلفة بالأوقاف ،حسب المادة 46 من القانون 91-10، و هي مسؤولية لجنة الأوقاف وفقا لنص المادة 09 من المرسوم التنفيذي 98-381 ، و هي مسؤولية مدير الشؤون الدينية و الأوقاف على مستوى الولاية حسب المادة 10 من المرسوم التنفيذي السابق الذكر، و مسؤولية ناظر الملك الوفي وفقا للمادة 33 من القانون 91-10 المعدل، و المتمم ، لذلك لتحديد نوع المسؤولية هل تدخل ضمن المسؤولية الإدارية يجب أن ننطلق من المسلمة السابقة ، و هي صفة القائم بالعمل ، و حسب نص المادة 800 و ما يليها من قانون الاجراءات المدنية، و الإدارية ،رقم 08-09 المؤرخ في25-2-2008 [166] ،فإن كل وضع قانوني طرفه أحد الأشخاص المعنوية العامة ،يعد خاضعا لأحكام القانون العام ، و نظرا لعدم وجود نص في النصوص السابقة الذكر ،يميز بين عمل وزارة الشؤون الدينية، و الأوقاف؛ كسلطة عامة، و عملها ؛كناظرة على الوقف، فالقاعدة العامة تقضي خضوع العلاقة لأحكام القانون الإداري؛ أي القانون العام. و التي يعد كل الأطراف الممثلين للوقف العام طرفا فيها باستثناء الناظر على المستوى المحلي.

و باعتبار أن الأشخاص السابقي الذكر لهم صفة الموظف العام، تربطهم بالإدارة العامة علاقة تنظيمية، لائحية ،واضحة في نصوص التشريعات المتعاقبة للوظيفة العامة،بدءا بالمادة 6 من الأمر 66-133؛و المادة 05 من المرسوم 85-59، الصادر في 23 مارس 1985،والمادة 1 و 4 و 07 من قانون الوظيف العمومي رقم 06-03 و التي سبق ذكرها، هذه العلاقة التي تجعل حقوق الموظف و التزاماته محددة بواسطة قوانين و لوائح ، فأى تجاوز لهذه القوانين أو إخلال بها من قبل الموظف يولد مسؤوليته عليها[199]ص100.

و عليه عموما يمكن القول أن كل القائمين على شؤون الوقف ،باستثناء الناظر يعدوا موظفون يحكمهم القانون الأساسي للوظيفة العامة ، و عليه فإنهم يكونون مسئولون شخصيا، و تأديبيا كلما توفرت شروط قيام مسؤوليتهم ،بالإضافة لاعتبار الوقف مسئولا عنهم في حالة الخطأ المرفقي.

كما أنه إذا تفحصنا القواعد المنظمة للوقف العام ،تدل دلالة واضحة على خضوع العلاقات المنظمة لقواعد القانون الإداري ،و ليس لقواعد المسؤولية الخاصة ، فالوقف العام بالرغم من تمتعه بالشخصية المعنوية ؛فإنه في ظل غياب منظومة تحدد القواعد المحددة للمسؤولية ؛يستدعي منا هذا تطبيق القواعد العامة ، و هذه الأخيرة تستلزم ؛أن النظام القانوني المطبق في مجال المسؤولية هو المسؤولية الإدارية؛ فلا اجتهاد مع وجود النص .

غير أنه بالرجوع للنصوص المنظمة لعمل المكلفين بالوقف، لا نجد نصاً يحدد متى تقرر مسؤولية هؤلاء الأشخاص مرفقية كانت أو شخصية، و تطبيقاً للقواعد العامة في هذا المجال؛ فإن أخطاء المباشرين لشؤون الوقف العام تكون مرفقية إذا كانت الضرر الذي لحق الضحية ناجم عن إهمال أو تقصير أثناء ممارسة المهام الموكلة لهم[199]ص100،[200]ص110-121.

و عليه فتحدد مسؤولية الإدارة المكلفة بالأوقاف بالنظر لطبيعة الخطأ المرتكب من الموظف؛ فقد يكيف على أنه خطأ شخصي، أو خطأ مرفقي أي مصلحي، أو خطأ بإهمال.

و كل خطأ يصدر من الموظف العام؛ إذا ارتكب أثناء خدمته، أو بمناسبة وظيفته يعد خطأ مرفقياً[197]ص 21-23،[198]ص80-100 و هو حكم موافق لنص المادة 31 من الأمر رقم 03-06 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالوظيفة العامة، فالخطأ الذي يقع بسبب الوظيفة، أو الخطأ الذي لولا الوظيفة لما أقدم الموظف على فعله؛ تكون الإدارة التي ينتمي إليها الموظف ملزمة بحمايته من المتابعة القضائية التي يرفعها الغير عليه، و من خلال هذه المادة؛ فإن المسؤولية المترتبة عن الأخطاء التي يرتكبها الموظفين تنقرر في الأصل على الدولة، ممثلة في وزارة الشؤون الدينية، و الأوقاف، و تقوم على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، طبقاً للمادة 136 من القانون المدني، و التي تقوم على أساس فكرة الضمان؛ أي ما دامت الصلة التي تربط الموظف بالدولة قائمة، و مادام الموظف يعمل باسمها، و لحسابها؛ فتحل الدولة ممثلة في وزارة الشؤون الدينية، و الأوقاف محله في حالة ارتكابه أخطاء أثناء تأديته لوظيفته، أو بمناسبةها، أو بسببها [199]ص110.

تقوم مسؤولية الدولة، ممثلة في وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف عن أخطاء موظفيها، المرتكبة أثناء تأديتهم لمهامهم، أو بمناسبة، أو بسبب الوظيفة على أساس الخطأ المرفقي للموظفين، و هو يمثل أساس التزام الدولة، ممثلة في وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف بالتعويض، و عليه فدعوى المسؤولية لا ترفع ضد الموظفين مباشرة، و إنما ترفع الدعوى مباشرة ضد الدولة، ممثلة في شخص وزير الشؤون الدينية، و الأوقاف للمطالبة بالتعويض، غير أنه إذا ثبت خطأ الموظف الجسيم؛ فللدولة الحق في الرجوع عليه، بما دفعته من تعويض، حسب المادة 137 من القانون المدني، و وفقاً للمادة 31 و ما يليها من الأمر رقم 03-06، لكن لم تحدد المادة السابقة الذكر أنواع هذه الأخطاء الموجبة للمسؤولية الإدارية، وكذلك في القوانين المنظمة للأوقاف العامة، و القوانين المنظمة لصلاحيات ممثلي الوقف سواء على المستوى المركزي، أو المحلي، انطلاقاً من النص المحدد لصلاحيات وزير الشؤون الدينية، و الأوقاف رقم 89-99، وصولاً للمرسوم التنفيذي

المحدد لصلاحيات وكيل الوقف على المستوى المحلي، و قد حاول بعض الفقه تحديد الأخطاء الموجبة للمسؤولية الإدارية ، و نذكر منها :

1- الخطأ العمدي و الخطأ بالإهمال: نعني بالخطأ العمدي؛ أن الموظف قام بارتكاب الخطأ مع توافر الإرادة المصحوبة بنية الإضرار بالغير، والذي عبر عنه الفقهاء بالخطأ الجسيم الذي يستوجب المتابعة التأديبية، و كذا المسؤولية الجزائية إذا كان الفعل معاقبا عليه جنائيا، أما الخطأ بالإهمال؛ فيعني، أن الموظف لم يسلك في عمله مسلك الرجل العادي، ببذل العناية اللازمة في أدائه لوظيفته، و يعد الإهمال نوع من أنواع الخطأ القائم على نقص يقظة الموظف، أو استهتاره بواجباته، و هو إخلال بواجب قانوني سابق ، مصحوب بإدراك الفاعل لهذا الإخلال دون قصد الإضرار، فالفرق

بين الخطأ العمدي، و الخطأ بالإهمال هو النية فقط؛ فمتى افتقد القصد، انتفت قرينة الإهمال [190]ص84 ، و ضابط الإهمال هو مجاوزة القدر العادي من اليقظة، و الانتباه الموجودة عند الرجل العادي ، فالإهمال يعني أن الموظف لم يسلك في عمله مسلك الرجل العادي ببذل العناية اللازمة في أدائه للمهام الموكلة إليه ، مما ينتج عنه ضرر للغير [199]ص116، [200]ص134-145.

2- الخطأ الجسيم و الخطأ اليسير : فالأول يعني أنه سلوك يقوم به شخص يتمتع بالذكاء، و العناية، و بمفهوم المخالفة؛ فإنه لا يتصور أن يقوم بهذا السلوك شخص يتحلى بسلوك معتدل ، أما الخطأ اليسير فهو سلوك يتضمن الإخلال بالتزام قانوني؛ لكنه يلحق إلى درجة الخطأ الجسيم ، و يعتبر هذا النوع من الخطأ سببا للمطالبة بالتعويض أمام القضاء، كما يستطيع أن يعرض الموظف للمساءلة التأديبية و هو من الأخطاء الشائعة بين الموظفين.

3- الخطأ الايجابي و الخطأ السلبي : الخطأ الإيجابي يتضمن الإخلال بالتزام قانوني، و يتمثل في سلوك مادي محسوس يحدثه الشخص، و في هذا النوع من الأخطاء يستوي أن يكون الخطأ جسيما، أو يسيرا ، متعمدا، أو بالإهمال أما الخطأ السلبي؛ فهو سلوك يقوم به الموظف، و يسلك فيه موقفا سلبيا أثناء تأدية مهامه، و يتمثل في امتناعه عن أداء التزام قانوني .

4- الخطأ المدني و الخطأ الجزائي : يتمثل الأول في أن الموظف يخل بالتزامه القانوني مما يرتب المسؤولية المدنية ، و المتمثلة في التعويض عن الضرر الذي ألحقه بالغير، أما الخطأ الجزائي فهو خطأ كبقية الأخطاء السابقة من حيث مخالفته لالتزام قانوني ، نص عليه قانون العقوبات، و من أمثله قيام الموظف بالتزوير في محررات رسمية ، و يترتب عنه الدعوى العمومية، والتي لا يمكن فيها

مسائلة ومتابعة ممثل الدولة استنادا إلى مبدأ شخصية العقاب في القانون الجزائي، فيتابع وترفع الدعوى مباشرة على الموظف المعني.

و قد فرق المشرع بين الخطأ الشخصي ، و التأديبي ؛ و بين الخطأ المصلحي، المرفقي ، و هو ما أكدته المادة 17 من الأمر 66-133 ، حيث نصت على أنه عندما يلاحق موظف من قبل الغير لارتكابه خطأ مصلحيا ، فيجب على الإدارة ، أو الهيئة العمومية التي يتبعها هذا الموظف؛ أن تحميه من العقوبات المدنية المتخذة ضده ، شرط أن يكون الخطأ الشخصي خارج عن ممارسة مهامه أي غير منسوب إليه،و أكدته المادة 23 من المرسوم 85-59 ، و كذلك المادة 31 من الأمر رقم 06-03 التي تنص على ما يلي:« إذا تعرض الموظف لمتابعة قضائية من الغير بسبب خطأ في الخدمة، يجب على المؤسسة أو الإدارة العمومية التي ينتمي إليها أن تحميه من العقوبات المدنية التي تسلط عليه، ما لم ينسب إلى هذا الموظف خطأ شخصي يعتبر منفصلا عن المهام الموكلة له »، و هذا يعني عودة المسؤولية على الشخص إذا كان الخطأ شخصيا، و عودة المسؤولية على الإدارة إذا كان الخطأ مصلحيا [201]ص 68،[200]ص 156-164، و صورته الاستجابة لأوامر الرؤساء حسب المادة 129 من القانون المدني ، التي تنص على ما يأتي:«لا يكون الموظفون، و الأعوان العموميون مسؤولين شخصا عن أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت إليهم من رئيس، متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم» [25].

و المشرع لم يضع معيارا للتفرقة بين الخطأ التأديبي، و الخطأ المصلحي، و أخذ بمفهوم الخطأ الشخصي و الخطأ المصلحي ، فقد أقر بالتالي بإمكانية قيام مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها .

و عليه فإن الأضرار التي يتسبب فيها الموظفون القائمين على شؤون الوقف، تكون إدارة الوقف سواءً على المستوى المركزي ، ممثلة في وزارة الشؤون الدينية، و الأوقاف، أو على المستوى المحلي ، ممثلة في المديرية المحلية للشؤون الدينية و الأوقاف مسؤولة عنها، باعتبارها متبوعة، و تكون ملزمة بتعويض المتضررين من الأخطاء المرفقية التي يرتكبها موظفوها ، بسبب، أو بمناسبة الوظيفة.

و بالرجوع إلى المادة 136 من القانون المدني، يتضح أن المشرع استعمل مصطلح الخطأ الجسيم، و هو أساس دعوى رجوع الدولة على الموظف ، أما إذا لم يكن الخطأ جسيما فلا يستدعي دعوى الرجوع، و المشرع لم يحدد الأخطاء التي تستوجب مسؤولية الموظفين الممارسين لشؤون الوقف العام، و إنما اكتفى بذكر الالتزامات التي يخضعون لها، و باعتبار أن الموظفين القائمين

على شؤون الوقف العام يدخلون في مفهوم الموظف العمومي، باعتبارهم أحد موظفي الدولة، حيث يعمل كل منهم تحت وصاية وزارة الشؤون الدينية، و الأوقاف، و بتطبيق الأمر 03-06 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، فكل مخالفة للالتزامات الملقاة على الموظفين من طرفهم، وبسوء نية، تعتبر خطأ جسيماً أما ماعدا ذلك من أخطاء تضر بالغير، والتي قد تكون ناتجة عن إهمال، أو تقصير، فتعتبر خطأ مرفقياً؛ و لا تستوجب رجوع الدولة على الموظف في حالة قيامها بالتعويض [199]ص116.

ثالثاً- الجهة القضائية المختصة في الفصل في منازعات الأوقاف

إن الأملاك الوقفية محمية قانوناً؛ تطبيقاً لنص المادة 52 من الدستور، وهي غير قابلة للتصرف، وغير قابلة للحجز، وغير قابلة للإكساب بالتقادم المكسب، تطبيقاً لنص المادة 03 من القانون رقم 02-07 المؤرخ في 27-02-2007 المتضمن تأسيس إجراء المعهثة لحق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، كما تتمتع الأوقاف بالشخصية المعنوية المستقلة؛ وفقاً لنص المادة 49 من القانون المدني، لكن في ظل وصاية وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، كيف نفسر هذه الاستقلالية، ثم ما هي الآثار المترتبة على إشراف الوزارة على الوقف العام، من حيث الاختصاص القضائي في نظر المنازعات؟

و من هي الجهة القضائية المختصة؛ محلياً، و نوعياً للفصل فيها؟ و هل القضاء ينظر للوقف؛ كملك مستقل عن الأملاك الوطنية في ظل الوصاية الإدارية من قبل وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف؟

للإجابة على هذه المسائل القانونية سنبدأ بتحديد الاختصاص المحلي ثم الاختصاص النوعي.

1- الاختصاص المحلي:

تنص المادة 48 من قانون الأوقاف على ما يلي: « تتولى المحاكم المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها محل الملك الوقفي النظر في المنازعات المتعلقة بالأملاك الوقفية» لكن هذه المادة وإن حددت الإختصاص المحلي؛ إلا أنها لم تحدد طبيعة الملك الوقفي، إن كان عقاراً أو منقولاً أو منفعة، لذلك وجب الرجوع إلى المواد 37 و 38 و 39 من قانون الإجراءات المدنية، و الإدارية رقم 09-08، فإذا كان موضوع المنازعة يتعلق بعقار موقوف، يؤول الإختصاص القضائي بالنظر فيها لمحكمة مقر العقار، أما إذا تعلقت المنازعة بمنقول موقوف، يؤول الإختصاص لمحكمة وجود هذا المنقول.

2- الإختصاص النوعي:

إن الإختصاص النوعي للجهة القضائية في نظر منازعات الوقف لا يتحدد إلا بمعرفة طبيعة هذه الأملاك، و تسييرها ، و استثمارها ، و طبيعة ريعها ، فالوقف ؛ يتمتع بالشخصية المعنوية تطبقا لنص المادة 49 من القانون 05-10 ، المعدل للقانون المدني، و المادة 5 من قانون الأوقاف رقم 91-10 المعدل و المتمم ، فهو إذن مستقل عن الواقف، أو الموقوف عليه، أو الأشخاص المعنوية المنصوص عليها في المادة 5 من قانون الأوقاف السابق الذكر ، كما يعتبر الوقف من قبيل مجموعات الأموال ذات الشخصية المعنوية ، و في هذا الإطار فإن القاعدة العامة أن منازعات الأوقاف تختص بنظرها المحاكم باعتبارها صاحبة الولاية العامة في نظر المنازعات ، و هو حكم موافق لنص المادة 48 من قانون الأوقاف رقم 91-10 التي تنص: « تتولى المحاكم المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها محل الملك الوقفي النظر في المنازعات المتعلقة بالأملاك الوقفية».

غير أنه كما ذكرنا سابقا ، فإن المشرع أخضع إدارة الوقف العام إلى وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، وفقا لنص المرسوم التنفيذي رقم 89-99 المؤرخ في 27 جوان 1989 ، المتضمن صلاحيات وزير الشؤون الدينية ، و كذلك المرسوم التنفيذي رقم 2000-146 المؤرخ في 28 جوان 2000 المعدل و المتمم، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، و المرسوم التنفيذي رقم 2000-200 المؤرخ في 26 جوان 2000 المتضمن قواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية و الأوقاف في الولاية و عملها ، و أخيرا المرسوم التنفيذي رقم 08-411 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتضمن القانون الأساسي الخاص بعمال قطاع الشؤون الدينية و الأوقاف.

و وفقا للنصوص القانونية السابقة الذكر؛ فإن الإختصاص بنظر منازعات الأوقاف يخرج من ولاية المحاكم العادية ، لينتقل إلى ولاية المحاكم الإدارية ، وفقا لنص المادة 800 و ما يليها من قانون الاجراءات المدنية ، و الإدارية رقم 08-09، حيث تنص المادة 800 على أن كل نزاع تكون الدولة طرفا فيه، يعد نزاعا إداريا ، و وفقا للعيار العضوي، تختص بنظره الجهات القضائية الإدارية و ليست الجهات القضائية العادية[94]ص15-16، باستثناء مخالفات الطرق ، و المنازعات المتعلقة بكل دعوى خاصة بالمسؤولية الرامية إلى طلب التعويض، حسب ما تقضي به المادة 802 من القانون 08-09، فتفصل فيه المحاكم العادية .

و في هذا الباب نجد أن منازعات الوقف؛ تعرض أحيانا على القضاء الإداري، و أحيانا على القضاء العادي [200]ص126-144، [160].

فإذا تفحصنا القرارات القضائية في هذا المجال نجدها تؤكد هذا الرأي ، نذكر منها قضية السيد (خ.س) ضد وزير الشؤون الدينية ، في ملف رقم 95794 قرار بتاريخ 20-12-1992 موضوعه إيجار سكن وقفي، و انعقد الاختصاص للغرفة الإدارية- و جدير بالذكر ،أنه تم تحديد الأشخاص المؤهلين لتمثيل وزير الشؤون الدينية و الأوقاف أمام القضاء بموجب القرار، المؤرخ في 13 مارس سنة 2011 ،الذي يؤهل مديري الشؤون الدينية و الأوقاف بالولايات لتمثيل وزير الشؤون الدينية و الأوقاف في الدعاوى المرفوعة أمام العدالة ، فإنه طبقا للمادة 2 منه فإن المدير الولائي للشؤون الدينية و الأوقاف مؤهل قانونا لتمثيل الوزير في الدعاوى المرفوعة أمام كل من :

المحاكم و المحاكم الإدارية و المجالس القضائية ، في حين يمثله أمام كل من المحكمة العليا و مجلس الدولة و محكمة التنازع كل من مدير الدراسات القانونية و التعاون و مدير الأوقاف و الزكاة و ذلك حسب نوع المنازعة حسب المادة 3 منه ،و يثير هذا النص مسائل قانونية على رأسها القيمة القانونية لهذا التمييز في اختبار الممثلين أمام الهيئات القضائية و لآثار المترتبة عنه.

و على الصعيد التطبيقي فالاختصاص النوعي مازال غير محسوم ،و هذا ما نستشفه من خلال أحكام و قرارات المحكمة العليا. ، ففي قرار ثاني من المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ا لملف رقم 11918 ، قرار بتاريخ 22-03-1998 ،بين وزير الشؤون الدينية و (باز السعيد) ، و انعقد فيه الاختصاص للقاضي المدني.

وفقا للمعيار العضوي؛ فإن الاختصاص ينعقد للقضاء الإداري إذا كان أحد أطراف المنازعة شخصا معنويا عاما المادة 800 و ما يليها من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية ،و هذا يستلزم خضوع منازعات الأوقاف إلى القضاء العادي، وفقا لنص المادة 48 من قانون الأوقاف، أما نظرنا إلى التسيير؛ فإن الوقف العام، يتم إدارته من قبل الدولة ممثلة في وزارة الشؤون الدينية ،و اللجنة الوطنية للوقف على المستوى المركزي، و المدير الولائي لشؤون الدينية، و وكيل الوقف، و الناظر على المستوى المحلي ، كما سبق لنا بيانه،و باعتبار هؤلاء موظفون عموميون، تربطهم علاقة تنظيمية مع الإدارة العامة؛ فإن هؤلاء، بالرغم من وضوح صفتهم الإدارية ،لكن بالنظر لتمتع الوقف بالشخصية المعنوية ؛حسب المادة 5 من قانون الأوقاف، و المادة 49 من القانون المدني، و ميزانيتها مستقلة عن الدولة ، وفقا للقرار الوزاري المشترك رقم 31 المؤرخ في 02 مارس 1999

المتضمن إنشاء صندوق مركزي للأوقاف ، و عليه فإن الوزير، و غيره من الممثلين، يباشرون شؤون الوقف بصفتهم نظارا ، لا بصفتهم الإدارية ، و لكن السؤال الذي يجب طرحه على أي أساس تم تكليف إشراف الوزارة على الوقف العام بأنه عمل مدني و ليس إداري، خاصة في ظل غياب نص يثبت الطابع الإداري في التسيير و ليس العكس؟ بعبارة أخرى هل إشراف الدولة ممثلة في وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف على الوقف كشخص معنوي يؤثر على طبيعته القانونية؟

وفقا لقواعد القانون فإن النص المنظم لشؤون الوقف يعد نصا عاما ، في حين أن النص المحدد لصلاحيات وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف يعد نصا خاص ، و وفقا للقاعدة التي تنص أن الخاص يقيد العام؛ فإن ولاية النظر على منازعات الأوقاف العامة تنعقد للقضاء الإداري، و ليس القضاء العادي، و هو ما ينسجم مع المعيار العضوي المنصوص عليه في المادة 800 و ما يليها من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية.

بالإضافة إلى ذلك؛ فإنه و وفقا للمعيار المادي ؛ يمكننا القول: إنه بالرغم من تمتع الوقف العام بالشخصية المعنوية المستقلة، و بالرغم من اعتباره شخصا معنويا خاصا، يصنفه الفقه ضمن مجموعة الأموال ذات الشخصية المعنوية ، و بالتالي فإن الأصل أن ينعقد النظر في منازعاته للمحاكم العادية حسب المادة 48 من قانون الأوقاف رقم 91-10 ، غير أنه ، و وفقا للمعيار المادي في تحديد المنازعة الإدارية؛ يمكننا القول أن منازعات الأوقاف العامة تختص بنظرها جهات القضاء الإداري؛ نظرا لأن الوقف يستعمل نفس الوسائل التي تستعملها الأشخاص المعنوية العامة في ممارسة نشاطها، كالصفات العمومية، و الوظيفة العامة، و استعمال امتيازات السلطة العامة .

و في الأخير يجب أن ننوه أن المشرفين على شؤون الوقف بصفتهم موظفين ،وفقا للتحديد السابق، فإن المنازعات المتعلقة بالوظيفة العامة، يختص بنظرها القضاء الإداري؛ وفقا لنص المادة 803 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية، فإن المحاكم الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان التعيين ،هي التي تتولى صلاحية الفصل في منازعات الموظفين المتعلقة بالمرتبات ، و الترقيات، و كل الحقوق التي خولها له القانون (المواد 26-39 من القانون 06-03)، كما تعتبر من بين القرارات القابلة لرقابة القضاء الإداري ،القرارات القاضية بفصل الموظف عن وظيفته، و عادة ما يتم فصل الموظف عن الوظيفة إما بسبب الأخطاء التأديبية ،أو الأخطاء المهنية التي ارتكبها، و فيما يلي سنفصل بعض الشيء في هذه الأخطاء، و متى يمارس القضاء الإداري الرقابة عليها.

نصت المادة 47 من الأمر رقم 03-06 على أن الموظف ملزم بتأدية المهام الموكلة ، حيث تنص المادة على ما يلي : « كل موظف مهما كانت رتبته في السلم الإداري مسؤول عن تنفيذ المهام الموكلة إليه. لا يعفى الموظف من المسؤولية المنوطة به بسبب المسؤولية الخاصة بمروؤسيه» ، و فضلا عن ذلك فلا يعفى من جهة أخرى من أي مسؤولية يتحملها بموجب المسؤولية الخاصة لمروؤسيه ، كما يجب على الموظف أن يخصص الوقت المنصوص عليه قانونا لأداء واجباته الوظيفية، و في مسألة المحافظة على كرامة الوظيفة تنص المادة 42 من القانون نفسه ، على أن الموظف ملزم بالمحافظة على كرامة وظيفته طبقا للعرف العام و أن يسلك في تصرفاته مسلكا يتفق و الاحترام الواجب ، كما تنص المادة 49 على ضرورة المحافظة على سر المهنة و أن يمارس عمله بكل أمانة.

يتعرض الموظف المخل بالتزاماته إلى العقوبات التأديبية المقررة في القوانين ، و يمكن أن نعرف الخطأ التأديبي بأنه : كل إخلال بالتزام قانوني ، فإذا أخل الموظف بالتزاماته القانونية أعتبر مرتكبا لخطأ يستوجب المسؤولية التأديبية ، و هو ما يقره المشرع في المادة 160 من الأمر رقم 03-06 لقانون الوظيفة العمومية التي تنص: « يشكل كل تخل عن الواجبات المهنية، أو مساس بالانضباط و كل خطأ أو مخالفة من قبل الموظف أثناء، أو بمناسبة تأدية مهامه ،خطأ مهنيا ،و يعرض مرتكبه لعقوبات تأديبية ، دون المساس عند الاقتضاء للمتابعات الجزائية » [196].

و قد تضمنت المادة 163 من الفصل الثالث من الأمر رقم 03-06 أنواع الخطأ التأديبي، و تصنف هذه الأخيرة على درجات ثلاثة ، منها ما هو من الدرجة الأولى، و التي يندرج ضمنها الأعمال التي تمس الانضباط العام للوظيفة، و تنظمها المادة 178 من نفس الأمر، و منها ما هو من الدرجة الثانية؛ و يندرج ضمنها الأخطاء التي تحدث نتيجة الغفلة، و الإهمال، و تمس بأمن المستخدمين و /أو أملاك الإدارة، و تنظمها المادة 179 من نفس الأمر، و هناك الأخطاء التي هي من الدرجة الثالثة و تنظمها المادة 180 نفس القانون.

و في مقابل منح المشرع الإدارة الحق في تأديب الموظف المخل بالتزاماته ، منح القانون للموظف ضمانات قانونية تحميه من تعسف الإدارة (المواد 168 و ما يليها من الأمر رقم 03-06) [197] ص 73-77، و بهذا الصدد للموظف الحق في اللجوء للقضاء الإداري ، ممثلا في المحاكم الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان التعيين ،للطعن في القرارات الإدارية غير المشروعة [198] ص 119-132.

2.2.2.2 . المسؤولية المدنية و الجزائية للوقف كشخص معنوي

قبل إقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بموجب تعديل قانوني العقوبات والاجراءات الجزائية، كان الشخص المعنوي ؛ بما فيه الوقف موضع مساءلة مدنية فقط، لذلك سنتطرق في الفرع الأول للمسؤولية المدنية للوقف ، غير أن التحولات السياسية ، والاقتصادية، والاجتماعية التي عرفتھا بلادنا ، جعلت المشرع ينظر للشخص المعنوي من جانب جزائي متعديا بذلك إطار التعويض المدني مما فرض عليه استحداث مجالاً لمساءلته جزائياً، لذلك سنبحث عن مدى خضوع الوقف كشخص معنوي للمسؤولية الجزائية في الفرع الثاني.

1.2.2.2.2 . المسؤولية المدنية للوقف كشخص معنوي

إن الوقف يتحمل المسؤولية المدنية عن الأخطاء التي يرتكبها ممثلوه ، بسبب ، أو بمناسبة ممارسة النشاط لحساب الوقف ، و في حدود اختصاصهم ، و بمقتضى تمثيلهم له ، و عليه سنتطرق إلى أساس المسؤولية المدنية للوقف ثم نبين شروط قيامها و الآثار المترتبة على قيامها في النقاط الموالية.

أولاً- أساس المسؤولية المدنية للوقف

الأشخاص الاعتبارية ؛ هي مجرد افتراض، و حيلة قانونية استحدثها المشرع ، و باعتبار أنها مجرد افتراض قانوني ، فإن هذه الأشخاص لا تملك إدراكاً أو تمييزاً ؛ لذلك فإن الشخص المعنوي يمارس صلاحياته بواسطة ممثله القانوني ، وفقاً لنص المادة 50 القانون المدني، و نعني بالمثل القانوني ؛ الأشخاص القائمين بإدارته ، و هم من الناحية القانونية تابعيه، و يكون الشخص المعنوي عموماً بما فيه الوقف مسئولاً باعتباره متبوعاً بالنسبة للأضرار التي يتسبب بها تابعوه، في حين يكون مسئولاً مسؤولية شخصية عن الأخطاء التي يرتكبها العضو القائم بالإدارة، لأن إرادة هذا الأخير تعبر عن إرادة الشخص المعنوي، و هؤلاء قاموا بمباشرة شؤون الوقف باسم و لحساب الوقف؛ كشخص معنوي وفقاً لنص المادتين 49 و 50 من القانون المدني [25]، [202] ص 39-42، [203] ص 50 .

يرى جانب من الفقه ، أن الشخص المعنوي يسأل مسؤولية شخصية ، و مباشرة لكون الأعمال الصادرة عن ممثلي الشخص المعنوي تعتبر أعمال صادرة من الشخص المعنوي مباشرة، و وفقاً لنص المادة 33 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 01 ديسمبر 1998 الذي يحدد

شروط إدارة الأملاك الوقفية، وتسييرها، وحمايتها، وكيفيات ذلك [98]. يتولى الناظر تسيير، و إدارة الوقف، و يعد مسئولاً عن إدارة، و تسيير الوقف، و بالتالي فإن الأعمال الصادرة عنه، تعد صادرة عن الوقف ذاته، ما دام أنه مؤهل قانوناً للتصرف باسم، و لحساب الوقف [202] ص 110-129، [203] ص 94-96.

في حين يذهب جانب من الفقه للقول: إن مسؤولية الشخص المعنوي؛ أي الوقف؛ هي مسؤولية غير مباشرة، و تبعية، تخضع لأحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، و بهذا الصدد، يرى الأستاذ محمد مخلوفي: « أن من يمثل الشخص المعنوي هو عضو إدارته، و إرادة هذا العضو أو الممثل هي إرادة الشخص المعنوي يسأل عنها مسؤولية شخصية و أصلية» [204] ص 68-72، أما الأخطاء الواقعة من الأشخاص الذين لا يمثلون الشخص المعنوي، و ليسوا أعضاء في مجلس الإدارة، يسأل عنها الشخص المعنوي مسؤولية غير مباشرة، و تبعية طبقاً لنص المادة 136

و بتطبيق هذا التمييز على الوقف، فإننا نتساءل هل الناظر باعتباره الممثل القانوني للوقف، هل الوقف يسأل مسؤولية شخصية عن الضرر الذي أصاب الضحية، أم أن الوقف، يسأل مسؤولية غير مباشرة؛ أي تبعية عن الأضرار التي تسبب فيها الناظر باعتباره ممثلاً قانونياً له؟

طبقاً لنص المادة 33 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 السابق الذكر، فإن الناظر هو الممثل القانوني للوقف عاماً [31]، و بالتالي فإن الأضرار التي يتسبب في إحداثها للغير يعد الوقف مسئولاً عنها مسؤولية شخصية، و ليس على أساس مسؤولية الوقف عن أعمال تابعيه.

أما الأخطاء الواقعة من الأشخاص الذين لا يمثلون الشخص المعنوي، يسأل عنها الشخص المعنوي مسؤولية غير مباشرة، و تبعية، طبقاً لنص المادة 136، و عليه فإن الناظر إذا عين أشخاص مساعدين له في إدارة الوقف، فإن الأضرار التي يلحقها بالغير نتيجة عملهم، أو بمناسبته يعد الوقف مسئولاً عنها، مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه [202] ص 39-42.

لقيام مسؤولية المتبوع، حسب نص المادة 136 يجب على الضحية أن يثبت وجود علاقة تبعية بين عمل التابع المتسبب في الضرر بسبب عمله غير المشروع الذي صدر منه حال تأديته وظيفته، أو بمناسبتها، أو بسببها، و يعد عمل الناظر غير مشروع؛ إذا أخذ شكل الإخلال بالقاعدة القانونية، أو واجب قانوني ملزم، كما قد يأخذ شكل التعسف في استعمال الحق، و وفقاً لهذا الطرح؛ فإن ناظر الوقف العام يعد متعدياً إذا أخل بأحد التزاماته المحددة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-381، و أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لنص المادة 2 من قانون الأوقاف، (كما أشرنا سابقاً فإن الأشخاص

المباشرين لشؤون الوقف العام التزاماتهم محددة وفقا لقوانين الوقف، و تربطهم علاقة تنظيمية بالوزارة الوصية، و على ضوء ذلك فإن الأضرار التي يتسببون فيها تنسب للمرفق العام، و يتم تعويض المتضررين وفقا لأحكام المسؤولية الإدارية؛ إذا سلمنا أن وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف تشرف على الوقف بصفقتها سلطة عامة ، غير أن إعمال المادة 49 من القانون المدني ، و المادة 50 القانون المدني، يستلزم اعتبار أن الوزارة تشرف على الوقف بصفقتها ناظرة ، لا سلطة عامة خاصة إذا علمنا أن كل عائدات الوقف تصب في صندوق خاص بالوقف، و لا تدمج مع الأموال الخاصة بالوزارة). كما يعد الناظر متعديا إذا تعسف في استعمال حقه ؛كأن يمتنع عن تنفيذ التزامه بالصيانة ، أو تسليم العين المؤجرة دون سبب جدي، و وجيه.

و هي مسؤولية مفترضة؛فيد الناظر، هي يد ضمان، و بالتالي فإن مسؤوليته تنقرر بمجرد حدوث الضرر، و يعد الناظر مسؤولا أمام الوقف، و يمكن لهذا الأخير بصفته متبوعا أي الوقف؛ دفعها بإثبات عكسها أي أن يثبت أن الضرر الذي لحق بالضحية هو من فعله ،أو من فعل الغير.

أو يثبت إنعدام الصلة بين عمل التابع و الوظيفة، أو إنعدام العلاقة السببية ؛كأن يكون الضرر ناتجا عن قوة قاهرة، أو حادث مفاجئ[202]ص 119.

ثانيا- شروط قيام المسؤولية المدنية للوقف

لم يعد هناك خلاف بين الفقهاء على اعتبار الشخص المعنوي مسؤولا مسؤولية مدنية عن الأعمال التي تصدر عن ممثليه ، و إنما الخلاف في الأساس الذي تركز عليه مسؤولية الشخص المعنوي ، فهل مسؤوليته تعود عليه مباشرة، أو بوصفه مسؤولا عن غيره ؟ فالشخص المعنوي مسؤول عن أعضائه ،أو ممثليه ،كما هو مسؤول عن فعل مستخدميه ،فخطأ ممثلي الشخص المعنوي يعتبر كخطئه نفسه [190]ص 114، و عليه فإن المعيار المتبع فقها في اعتبار الشخص تابعا ، هو معيار السلطة الفعلية التي يمتلكها المتبوع تجاه التابع متمثلة في سلطة الأوامر، والتوجيهات ، و التي تعبر عن العلاقة التبعية المفروضة بين التابع و المتبوع.

فالمتبوع؛ هو الشخص الذي له على شخص آخر سلطة فعلية في رقابته، و توجيهه، و يكون له بمقتضى هذه السلطة الحق في أن يصدر إليه الأوامر ،و التوجيهات و لو لم يستعمل هذا الحق فعلا.

و التابع هو الذي يتلقى الأوامر من المتبوع و يفترض فيه الطاعة و الخضوع لأوامر المتبوع ، و عليه يكون المتبوع (الوقف) مسؤولا عن الأضرار التي يتسبب فيها الناظر سواء أكان هذا الأخير يتلقى أجرا أم لا.

حسب المادة 136 من القانون المدني فإن المسؤولية لا تقوم إلا بتحقق شروطها، المتمثلة في:

1- أن تكون هناك علاقة تبعية بين التابع و المتبوع ، يرى الدكتور علي علي سليمان بأن المتبوع هو : « الشخص الذي له على شخص آخر ، سلطة فعلية في رقبته و توجيهه ، و يكون له بمقتضى هذه السلطة الحق في أن يصدر إليه الأوامر، و لو لم يستعمل هذا الحق فعلا ، إذ المهم أن تكون له هذه السلطة و لو لم يمارسها» [204] ص 46، 38-50.

و بالتالي فالمتبوع هو ذلك الشخص الذي يمارس سلطة فعلية في الرقابة و التوجيه [205] ص 20. على تابعه، طبقا لنص المادة 136 القانون المدني، و لقيام مسؤولية المتبوع يجب قيام رابطة تبعية بين المتبوع و التابع وقت صدور الضرر من التابع، و تعني رابطة التبعية أن تكون للمتبوع سلطة الرقابة ، و التوجيه على تابعه، بموجبها يصدر المتبوع الأوامر، و التعليمات المتعلقة بكيفية أداء العمل ، و الهدف منه و تحديد الوسائل التي يجب استعمالها لتنفيذ العمل الموكل للتابع ، كما يملك المتبوع بموجب رابطة التبعية الحق في مراقبة ، و محاسبة التابع ؛ بحيث يكون هذا الأخير خاضعا لأوامر المتبوع [202] ص 102-105، [203] ص 132-141 و وفقا لهذا الطرح لنا أن نتساءل هل توجد رابطة التبعية بين الناظر، و الوقف؟ و هل الناظر يباشر شؤون الوقف من خلال التعليمات، و الأوامر الصادرة إليه ؟ أم أنه مستقل في عمله ؟ و بالتالي لا يكون خاضعا لرقابة و محاسبة الوقف؟ للإجابة على هذه التساؤلات، يجب أن نحدد صلاحيات الناظر ، وفقا للقانون 91-10 ، و المرسوم التنفيذي رقم 98-381 النسبة للوقف العام، أسند قانون الأوقاف رقم 91-10 المعدل، و المتمم في المادة 42 منه، الولاية على الوقف إلى ناظر الوقف، و المقصود بنظارة الوقف في صلب المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 هي: التسيير المباشر للملك الوقفي، عمارته، و رعايته، استغلاله، حفظه، و حمايته.

و على ذلك وفقا لنص المادة 7 فإن ناظر الوقف يتولى بشكل مباشر شؤون الوقف، و لا يكون خاضعا لرقابة ، و توجيه الوقف، و بالتالي ليس للوقف أي سلطة عليه ، و لذلك يصعب الحكم بمسؤولية الوقف باعتباره متبوعا خاصة إذا علمنا أن الناظر لا تلزمه النصوص القانونية المحددة لصلاحيات ممثلي الوقف بتقديم تقرير عن عمله، فالناظر يتولى عند التفويض العام عمارة الوقف

،سواء نص عليها الواقف في كتاب وقفه ،أم لم ينص عليها [206]ص393، [161]ص77، و تأجيريه ،و زرعه، و التقاضي ،و تحصيل الغلة ،و قسمتها بين المستحقين، كما يقع عليه عبأ الاجتهاد في تنمية ،و إستثمار الوقف[78]ص807، كما يتولى تمثيل الوقف، و الدفاع عن حقوقه ، فالوقف باعتباره تصرفا قانونيا ،فهو ينشأ علاقات قانونية مع الغير، و يتولى الناظر بصفته ممثلا للوقف عملية تمثيل الوقف ، فيقع على الناظر الإلتزام، و الوفاء بكل ما على الوقف من ديون لدى الغير، و ما بقي من الغلة يوزع على المستحقين إلا إذا كان الوقف خربا و في حاجة للعمارة فتقدم هنا العمارة على الإنفاق على المستحقين، و له المطالبة بحقوقه إما بنفسه أو توكيل محام[38]ص188، [168]ص194-195، [20]ص113.

بتفحص و تحليل نصوص الوقف العام ،لا نجد نصا يشير إلى أن الناظر يتلقى تعليماته من الوقف، كما أن المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 السابق الذكر حددت الطبيعة القانونية لعمل الناظر ،و اعتبرته وكيلا عن الموقوف عليهم حيث تنص:«...السهر على العين الموقوفة و يكون بذلك وكيلا على الموقوف عليهم و ضامنا لكل تقصير».

وفقا لنص المادة 13 لا يمكن أن يسأل الوقف عن أعمال الناظر بالاستناد لنص المادة 136 من القانون المدني ، لأن الناظر يعتبر وكيلا عن الموقوف عليهم ، و بالتالي فإن الرقابة تمارس على الناظر من قبل الموقوف عليهم الذين يملكون محاسبة الناظر، و إلتزامه بتقديم حساب عن ريع الوقف فالموقوف عليهم، يملكون حقا -الغلة- يمكنهم من مخاصمة الناظر، و إلتزامه بدفع حقوقهم ،أو طلب التعويض ، و في هذا السياق يملك القاضي سلطة رقابية على أعمال الناظر و تصرفاته ، و بالتالي الحكم بعزله إذا رأى مسوغ لذلك[20]ص113، [168]ص194-195.

و على ذلك فإنه لا يمكننا التسليم بالمسؤولية المدنية للوقف باعتباره متبوعا حسب المادة 136 من القانون المدني ،لأن الناظر مستقل بعمله في إدارة شؤون الوقف من جهة، كما أنه يعد ممثلا للموقوف عليهم وفقا لنص المادة 13 السابق الذكر ،و هو ما يتعارض مع نص المادة 50 التي تعتبر ممثل الشخص المعنوي نائبا له لا ممثلا له.

2- لا يكفي قيام الرابطة التبعية لقيام المسؤولية المدنية للوقف؛ بل يجب أن يرتكب التابع عملا غير مشروع ،حال تأدية الوظيفة ، أو بسببها ، أو بمناسبةها، حتى يسأل المتبوع عن عمل تابعه حسب المادة 136 فقرة 2 [25] فيجب أن يحدث التابع ضررا بالغير، بسبب عمله غير المشروع وقت تأديته وظيفته، أو بسببها ، أو بمناسبةها و عليه، فالوقف يعد مسئولا عن الأفعال الضارة التي يتسبب

فيها تابعه؛ أي الناظر وقت قيامه بالوظيفة المسندة إليه؛ أي في زمان، و مكان، و بوسائل العمل الموكل إليه، و أن تنصرف إرادة التابع إلى مصلحة المتبوع [202]ص115، [203]ص144-147، [204]ص50 كما أن المتبوع يعد مسؤولاً كذلك عن عمل التابع عند خروجه عن حدود وظيفته، إذا وجدت علاقة بين الوظيفة و الفعل الضار، أي أن التابع قام بالفعل غير المشروع بسبب الوظيفة، أي هي السبب المباشر في إحداث الضرر، و رغبته في تحقيق مصلحة المتبوع، و تجدر الإشارة بهذا الصدد؛ بأنه لا يشترط في قيام علاقة التبعية بين التابع و المتبوع؛ تقاضي التابع أجراً على عمله، فسواء كان متبرعاً أو بأجر، و كيفما كان نوع الأجر بالمدة، أو بالقطعة، أو نوع العمل دائماً أو عارضاً [202]ص44-81 المهم أن تقوم للمتبوع على تابعه سلطة فعلية في الرقابة و التوجيه كما ذكرنا ذلك سابقاً .

و ثبوت هذه المسؤولية قانوناً، يرتب آثاراً من أبرزها إمكانية رجوع المضرور شخصياً على التابع، باعتبار المسؤولية الشخصية له وفق المادة 124 من القانون المدني، أو على المتبوع باعتباره مسؤولاً عن أعمال تابعه وفقاً للمادة 136 من القانون المدني، كما يمكن للمتبوع حسب المادة 137 إذا لم يتمكن من دفع المسؤولية الرجوع على التابع من أجل استرداد مبالغ التعويضات التي دفعها إذا أثبت قيام مسؤولية التابع حسب المادة 124 [205]ص121.

و رجوع المضرور على التابع نادراً ما يقع، لأن التابع في أغلب الأحيان يكون معسراً، و من أجل هذا السبب فإن المضرور يفضل رفع دعوى التعويض على المتبوع لكونه ممثلاً الذمة المالية مقارنة بالتابع، على أن القانون وفق المادة 137 من القانون المدني قد سمح للمتبوع الرجوع على تابعه بقيمة التعويض الذي دفعه للمضرور، لأنه مسئول عنه لا مسئول معه، فيصلح ضرره حتى لا تضيع حقوق المضرور ثم يعود عليه بفي حالة الخطأ الجسيم وفقاً لنص المادة 137 من القانون المدني رقم 10-05 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم .

ينقسم الفقهاء إزاء التكييف القانوني لمسؤولية المتبوع عن فعل تابعه إلى رأيين؛ يرى بعضهم بأن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه هي مسؤولية شخصية، وفق ثلاث نظريات هي: نظرية الخطأ المفترض، نظرية تحمل التبعية، نظرية الضمان، بينما يرى البعض الآخر، بأنها مسؤولية عن عمل الغير، وفق أربع نظريات هي: نظرية النيابة القانونية، نظرية التأمين القانوني، نظرية الكفالة القانونية، نظرية الحلول.

ثالثا- أثر قيام مسؤولية الوقف المدنية

إن المشرع يعتبر ناظر الوقف أمينا على الوقف؛ باعتباره وكيلا على الموقوف عليهم، إلا أن المشرع أخذ برأي الجمهور لم يطلق صفة الأمانة على ناظر الوقف، إلا إذا كان تقصيره تقصيرا يسيرا، أما إذا كان ممن يأخذ أجرا على نظارته فيعتبر ضامنا لكل تقصير، لأنه أجبر في مواجهة الموقوف عليهم، و الأثر القانوني لذلك هو معاملة الناظر المبدد لمال الوقف معاملة الوكيل المبدد لمال موكله، و من هنا يظهر بأن صفة النيابة و الوكالة ملازمة لوضعية الناظر، أو القائم على الأوقاف تجاه الأملاك الوقفية، و بالتالي فهو لا يتصرف في أصل ماله الخاص، و أي خروج و تجاوز لمقتضى الأمانة يحمله المسؤولية، و تبعاتها ، وفقا لنص المادة 124 من القانون المدني، و يبقى السؤال الذي يطرح في هذا السياق من يضمن الضرر الملحق بالغير ؟ و هل يحق للمضروب أن يعود على الوقف بسبب الضرر الذي لحقه من الناظر على أساس المادة 136 من القانون المدني ؟

من خلال نصوص قانون الأوقاف ،خاصة المادة 13 من المرسوم التنفيذي 98-381 ،فإن الناظر يعد وكيلا عن المستحقين في الوقف، و بهذه الصفة لا يمكن تحميل الوقف المسؤولية وفقا للمادة 136 من القانون المدني ،لأن الناظر لا يعد نائبا عن الوقف .

و الحقيقة أنه قبل الفصل في المسألة السابقة ،يجب أن نذكر أن نص المادة 13 السابق الذكر يتعارض و نص المادة 5 من قانون الأوقاف 91-10 ،و المادة 50 من القانون المدني، ذلك أن الاعتراف بالشخصية المعنوية للوقف، يستلزم اعتبار القائمين على شؤونها نائبين لها، و لكن المشرع اعتبر الناظر وكيلا عن المستحقين، أسوة بفقهاء الشريعة الإسلامية،و إعتبره كذلك ،يدفعنا للتساؤل عن حقيقة الطبيعة القانونية لعمل الناظر، باعتباره ليس نائبا للوقف كشخص معنوي، بل هو وكيل عن المستحقين، ثم ما هي الآثار القانونية المترتبة عن هذا التكييف؟

1- إن اعتبار الناظر وكيلا عن الواقف، أو المستحقين يخل بطبيعة الشخصية المعنوية للوقف، فكما ذكرنا أن للوقف شخصية معنوية مستقلة عن الواقف، و الموقوف عليه، فكيف يكون الناظر وكيلا عن أحدهما ؟، فالأصل أن يكون الناظر نائبا أو وكيلا عن الوقف،حتى يمكننا الحكم بالمسؤولية المدنية للوقف سواء أكانت مسؤولية شخصية، كما ذهب إليها الأستاذ مخلوفي، أو مسؤولية تبعية، وفقا لنص المادة **136** من القانون المدني [168] ص 194-195، [20] ص 11، [202] ص 39-42.

2- نعني بالوكالة، العمل القانوني باسم، و لحساب الأصيل، و الوكالة في نظارة الوقف: هي إنابة الوقف من يقوم مقامه في التصرفات التي يملكها، بحيث يقوم بالعمل باسم، و لحساب الأصيل

و قد خلصنا في الفقرة السابقة لاعتبار أن الناظر عبارة عن نائب عن الوقف، و ليس وكيلًا طبقا لنص المادة **50** من القانون المدني.

و إذا سلمنا باعتبار الناظر نائبا عن الوقف لا وكيلًا، فإن يده تعتبر يد ضمان لا يد أمانة، فإذا حصل ضرر للغير ناتجا عن إهماله، أو تقصيره، فيكون مسؤولًا مسؤولية شخصية ،وفقا للمادة **124** من القانون المدني.

و السؤال الذي يجب طرحه هنا هل يجوز للمتضرر رفع دعوى على الوقف باعتبار الناظر تابعا للوقف وفقا لمقتضيات المادة **136** من القانون المدني؟

بالنسبة للوقف العام و وفقا للعرض السابق، فإن الناظر بالرغم من كونه ليس موظفا ،فإنه يعمل باسم و لحساب الوقف، و يتم تعيينه بقرار من وزير الشؤون الدينية و الأوقاف ،و يعزل أيضا في الحالات المحددة في المادة **21** من المرسوم التنفيذي **381-98** ، و عليه وفقا للقواعد العامة في القانون المدني المادة **136**؛ فإن الناظر يعد تابعا للوقف، و بالتالي فإن هذا الأخير يعد مسؤولا عن الأضرار التي يسببها الناظر، أثناء، أو بسبب، أو بمناسبة الوظيفة، و يمكن لهذا الأخير الرجوع عليه وفقا لمقتضيات المادة **137** من القانون المدني، في حالة الأخطاء الجسيمة ، و يمكن تأكيد هذا الحكم بالاستئناس بنص المادة **21** من المرسوم التنفيذي رقم **381-98**، التي تنص على أن الناظر يتحمل تبعة أعماله ، و أعتقد أن المقصود بتبعة الأعمال هي إمكانية رجوع الوقف عليه وفقا لنص المادة **137** من القانون المدني، و ليس فقط الأخطاء الجسيمة؛ بل حتى الأخطاء اليسيرة ،يمكن للوقف الرجوع فيها على الناظر باعتبار أن ضامن لكل تقصير حسب المادة **13** من المرسوم التنفيذي رقم **381-98**.

كما يترتب على تحميل الناظر تبعة أعماله إمكانية عزله ،و هي مسألة عهدتها القانون إلى لجنة الوقف الوطنية ، و قد أقر المرسوم التنفيذي رقم **381-98** في المادة **21** منه ،حالتين لعزل الناظر، و يتعلق الأمر بالحالة التي يفقد معها الناظر أحد الشروط التي يجب توفرها فيه لتولي نظارة الملك الوقفي ،و تتمثل في حالة حصول مرض عقلي، أو حسي للناظر، أفقده القدرة على مباشرة العمل ، أو إذا نقصت كفاءته، أو إذا ادعى ملكية الوقف، أو أهمل شؤونه، أو إذا ثبت رهنه للملك الوقفي كله أو

جزء منه، أو باع مستغلات الوقف، دون الحصول على إذن من السلطة الوصية، و كل تصرفاته تكون باطلة.

إن الناظر يستمد صلاحياته من قانون الوقف، و من الشريعة الإسلامية ، و يكون ملزماً بالقيام بالتزاماته و إلا تعرض للمساءلة من قبل إدارة الوقف ، و هي تتعلق بالوقف الخاص و تعد ملغاة ضمناً ، و يكون ملزماً بممارسة مهامه وفقاً للقانون و الشريعة، و إلا تعرض لإسقاط مهامه أو إعفائه منها ، و لم تحدد المادة 21 السابقة الذكر كيفية متابعة عمل الناظر حتى يمكننا الوصول إلى أساس مسؤوليته ، و لكن وفقاً لهذا للقواعد العامة في القانون المدني ، يمكننا القول أن الوقف يكون مسؤولاً باعتباره متبوعاً طبقاً لنص المادة 136 من القانون المدني ، لكن يبقى الإشكال دائماً يثيره نص المادة 13 التي تعتبر الناظر وكيلاً عن الموقوف عليهم ، و إذا سلمنا بذلك فهذا يعني أنه يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية وفقاً للمادة 124 من القانون المدني، و لا يكون الوقف مسؤولاً عن الأضرار التي يلحقها الناظر بالواقف ، أو الموقوف عليهم، أو الغير ، بل يكون للمتضررين الحق في رفع الأمر للقضاء للحكم عليه بالتعويض [20]ص113.

إن لفظ المسؤولية الوارد في المادة 14 ، و بالرجوع للشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 2 من قانون الأوقاف، نستنتج أنه يدل على المحاسبة ، فما هي الآثار القانونية للمحاسبة ؟ و هل تؤدي إلى التعويض كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية ؟ ثم من يتحمل التعويض؟

القاعدة العامة في محاسبة النظار أنه يبنى على حسن الظن بالناظر، فيد الناظر يد أمانة، وهو مسئول و ضامن لما تحت يده من أموال، و يكون الناظر ضامناً على الخصوص إذا قصر في حفظ الغلة أو امتنع عن إعطاؤها لمستحقيها، أو صرف ريعها لحاجته الشخصية .

3- ينبغي التنبيه إلى أن القيام بشؤون الوقف ،تعهد للناظر على المستوى المحلي، أو لمديرية الأوقاف على مستوى الولاية ،أو وكيل الأوقاف ، كما تعهد على المستوى المركزي لمديرية الأوقاف، و الحج ،و الزكاة ،أو لجنة الأوقاف ، و عليه فإن الأضرار التي يتسبب فيها هؤلاء تعد موجبة للمسؤولية الإدارية ، عدا الناظر، باعتبارهم قائمين على شؤون الوقف ، و قد جعل المشرع مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير قابلة للنفي بتاتا ، بمعنى أن القرينة التي قامت عليها هذه المسؤولية قطعية و ليست بسيطة ، و قد يشترك التابع و المتبوع في المسؤولية فينقاسمانها كل حسب مساهمته في وقوع الخطأ ، و يضبط هذا التوزيع في المسؤولية المبادئ الآتية :

أ- لا يتحمل الوقف المسؤولية بمفرده إلا إذا كان الخطأ مصلحي ، بمعنى أن يثبت قضائياً أن الضرر يرجع كلية إلى الخطأ المصلحي وفقاً لنص المادة 136 من القانون المدني.

ب- الوقف يعود على الناظر إذا كان الضرر يعود لخطئه الجسيم وفقاً للمادة 137 من القانون المدني.

ج- في حالة النزاع بين الوقف و الناظر، فإن القضاء هو الذي يفصل في ذلك.

د- إذا تعدد الموظفون المسؤولون عن الخطأ الشخصي ، فإنه لا تضامن بينهم في تحمل الخطأ ، بل يسأل كل منهم بنسبة ما ارتكبه من خطأ ، غير أن السؤال الذي يطرح في هذه الحالة ما نوع المسؤولية هنا ، هل هي مدنية أم إدارية ؟ فقد قلنا سابقاً أن كل القائمين بشؤون الوقف باستثناء الناظر يخضعون للمسؤولية الإدارية.

2.2.2.2.2. المسؤولية الجزائية للوقف كشخص معنوي

سنحاول من خلال هذا الفرع إبراز كيفية تنظيم المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في كل من قانوني العقوبات والاجراءات الجزائية، و من ثم نتناول بالبحث هل الوقف كشخص معنوي مسئول جزائياً وفقاً للمادة 51 مكرر من قانون العقوبات، و هو ما يستوجب أن نحدد شروط قيام المسؤولية الجزائية للوقف كشخص معنوي و آثار قيامها.

أولاً- خضوع الوقف كشخص معنوي للمسائلة الجزائية

حصرت المادة 51 مكرر من قانون العقوبات مجال المسؤولية الجزائية في أشخاص القانون الخاص، و قد تكفل الفقه والقضاء الإداري بتعريف الأشخاص المعنوية العامة ، وبيان التفرقة بينها و بين الأشخاص المعنوية الخاصة، و نعتقد أن القضاء الجنائي في تحديده للمقصود بالشخص المعنوي سوف ينطلق من معطيات القانون الإداري في هذا الشأن [207]ص6 .

و وفقاً لنص المادة 800 من القانون 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية، و الإدارية، و وفقاً لنص المادة 49 من القانون المدني ، فإن الأشخاص المعنوية العامة هي ، الدولة ، و الولاية ، و البلدية ، و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ، غير أن السؤال المطروح باعتبار أن للوقف شخصية معنوية مستقلة ؛ حسب المادة 5 من قانون الأوقاف، و 49 القانون المدني، هل يسأل جزائياً ؟ و إذا كان كذلك؛ فهل يمكن أن تسأل إدارة الوقف المركزية، باعتبار أنها الهيئة الوصية على

الأوقاف العامة ؟ ثم ألا يعد هذا خرقا لأحكام المادة 51 مكرر من قانون العقوبات، التي تخرج الأشخاص المعنوية العامة من دائرة المسؤولية الجزائية؟

وفقا لنص المادة 51 مكرر من قانون العقوبات ،فإن كافة الأشخاص المعنوية الخاصة ،تسأل جنائيا ، عما يمكن أن ترتكبه من جرائم في الحالات التي ينص عليها القانون، مهما كان الشكل الذي تتخذه، أو الهدف الذي أنشأت من أجله، سواء كانت تهدف إلى تحقيق الربح ،أو تسعى إلى غير ذلك.

وعلى هذا الأساس تسأل جزائيا ؛التجمعات الإدارية التي منحها المشرع الشخصية المعنوية، فيدخل فيها الشركات أيا كانت أشكالها مدنية أو تجارية، ويدخل في هذه الفئة أيضا الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي، الثقافي، الرياضي، والنقابات و الوقف والتجمعات ذات الأهداف الاقتصادية، [207]ص10-13، 29.

وبما أن المسؤولية الجزائية لا تنقرر إلا للأشخاص التي تتمتع بالشخصية المعنوية، فإن الوقف يعد واحدا من المجموعات الخاضعة لهذه المسؤولية [167] ص13-27، 23-80، 47،

وعلى هذا الأساس فإن معيار الشخصية المعنوية يعد عنصرا ضروريا في تقرير المسؤولية الجزائية، وأنه متى ثبتت لأي كيان قانوني الشخصية القانونية أصبح من الممكن مساءلته جزائيا عن الجرائم التي يرتكبها، وهو بصدد ممارسة نشاطه [23] ص58-74 و هذا يثير مسائل قانونية هامة متى يكتسب الوقف الشخصية المعنوية؟ هل بمجرد تكوينه ،و استيفاءه لأركانه ،أم بعد الشهر بالمحافظة العقارية ؟ ثم إذا كان الوقف يكتسب الشخصية المعنوية بمجرد استكمال كافة أركانه، فما هو الأثر القانوني المترتب على عدم شهر عقد الوقف في المحافظة العقارية قياسا على تمييز القانون المدني و التجاري بين التصرفات التي تعد حجة على الأطراف و الغير قبل و بعد الشهر؟

إن اشتراط الشخصية المعنوية؛ يثير من الناحية العملية إشكالية، مدى مسؤولية الوقف كشخص معنوي في مرحلة الإنشاء، والتأسيس، ومرحلة التصفية، كما هو الحال بالنسبة للوقف عند انقضاء الشخصية المعنوية كحالة بيعه أو استبداله؟

يكتسب الوقف الشخصية المعنوية من تاريخ الشهر، فإذا ارتكبت جريمة خلال فترة تأسيسه، فهل يمكن إخضاعها لأحكام المادة 51 مكرر من قانون العقوبات؟

سبق أن أوضحنا ؛أن المشرع قد نص على المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية، و لا يسأل الوقف جزائيا في مرحلة الإنشاء والتأسيس، طالما أنه لم يكتسب الشخصية المعنوية بعد.

حدد القانون الجرائم التي تسأل عنها الأشخاص المعنوية الخاصة بما فيها الوقف إلى جرائم واقعة على الأشخاص ،و أخرى تمس بالأموال، و تفصيل ذلك كالآتي[167]ص98-104، [23]ص90-100.

1- الجرائم الواقعة على الأشخاص

حدد الجرائم الواقعة على الأموال القسم الأول، من الفصل السادس، من قانون العقوبات، ونص عن جريمة تكوين جمعيات الأشرار ومساعدة المجرمين.

فنصت المادة 177 مكرر1 على ما يأتي:«يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة51 مكرر أعلاه عن الجرائم المنصوص عليها في المادة 176 من هذا القانون».

وبالرجوع إلى المادة176 من قانون عقوبات، التي تضع لنا الإطار العام لهذه الجريمة، المتمثل في القيام بأعمال تحضيرية بغرض الإعداد لجناية، أو جنحة معاقب عليها بخمس سنوات حبس على الأقل، ضد الأشخاص أو الأملاك، و الأصل أن مثل هذه الأفعال غير معاقب عليها لانتفاء البدء في التنفيذ، غير أن الخطورة التي يشكلها الأشرار عند تجمعهم أدى بالمشرع إلى إحداث هذه الجريمة المستقلة، و تضمين الشخص المعنوي، كمحل للمساءلة بجانب الشخص الطبيعي بحسب مركزه في الجريمة فاعل أصلي أو شريك، ولتضمين هذه الجريمة وإسقاطها على فحوى الشخص المعنوي محل التجريم يجب توافر أركانها.

2- الجرائم الواقعة على الأموال

حصر المشرع الجرائم الواقعة على الأموال، في جريمتي تبييض الأموال، و المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات.

أ- جريمة تبييض الأموال:

نعني بتبييض الأموال[204]ص50-52؛ كل فعل يقصد به تمويه، أو إخفاء مصدر الأموال الناتجة بصورة مباشرة، أو غير مباشرة عن ارتكاب إحدى الجرائم غير المشروعة، و أحسن صورة في هذا المجال ما تقدمه البنوك، و المؤسسات المالية خلال عمليات التحويل، والإيداع للأموال غير

المشروعة، مقابل ما تحصل عليه كعمولة ، أو ما تقوم به الشركات ذات رؤوس أموال غير المشروعة من عمليات وهمية لتطهير، و تبيض رأس مالها، تسهيلات لاستغلاله، و استثماره [208]ص7،26.

و قد حدد الأمر رقم 02-12 المؤرخ في 13 فبراير سنة 2012 المعدل، و المتمم للقانون رقم 05-01 المؤرخ في 6 فبراير 2005 ،والمتعلق بالوقاية من تبيض الأموال، و تمويل الإرهاب، و مكافحتها، المقصود بالأموال ،في المادة الرابعة منه :«الأموال:أي نوع من الممتلكات أو الأموال المادية أو غير المادية ،لاسيما المنقولة أو غير المنقولة التي يحصا عليها بأي وسيلة كانت مباشرة أو غير مباشرة ،و الوثائق أو السندات القانونية أيا كان شكلها،ما في ذلك الشكل الإلكتروني أو الرقمي ،والتي تدل على ملكية تلك الأموال أو مصلحة فيها،بما في ذلك على الخصوص الائتمانات المصرفية و الشيكات و شيكات السفر و الحوالات و الأسهم و الأوراق المالية و السندات و الكمبيالات و خطابات الاعتماد».

و يمكن أن نقول أن تبيض الأموال ؛هو فن توظيف الوسائل المشروعة في ذاتها من مصرفية خصوصا ،و اقتصادية على وجه العموم، لتأمين حصاد و إخفاء المحصلات غير المشرعة لإحدى الجرائم، و من من الأساليب التي يجري على أساسها غسل الأموال غير المشروعة (التي تم تحصيلها من عمليات السرقة ،و الدعارة ،و الرشوة، و المخدرات، و بالاتجار الأطفال، و الأعضاء البشرية)، أن يقوموا بإيداعها في بنوك، أو تحويلها بين البنوك لدمجها مع الأموال المشروعة ،و إخفاء مصادرها الأصلية ، و قد يتم تحويل هذه الأموال من البنوك الداخلية إلى البنوك العالمية ،لها فروع كبيرة في العالم ثم تقوم البنوك الخارجية نفسها بعملية تحويل أخرى للأموال عبر فروعها المختلفة ،و بعد ذلك يقوم أصحابها بسحب أموالهم من البنوك لتداولها [206]ص53،[164]ص98-104،[20]ص279.

و بهذا التعريف لا يمكن أن نتصور هذه الجريمة في الوقف؛ لأن الواقف، أو الناظر لا يستحق شيئا من الغلة، فلن يحصد مالا من الوقف؛ بل له فقط مقابل مالي لقاء عمله على النحو الذي فصلناه سابقا.

تقوم المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي الخاص بما فيه الوقف ،حال ارتكابه لهذه الجريمة، طبقا للمادة 389 مكرر 7 ،من الفصل الثالث ،القسم السادس مكرر، فيعاقب الشخص المعنوي الذي يرتكب الجريمة المنصوص عليها في المادتين 389 مكرر1 و389 مكرر2.

لقيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عند ارتكابه لفعل تبيض الأموال ،يجب أن تكون مرتكبة من قبل هيئاته ،ولمصلحته، وحسابه أي يجب أن ترتكب من الممثل القانوني للوقف، و كما

هو معلوم فإن الوقف يمثل على المستوى المركزي وزير الشؤون الدينية و الأوقاف فهل يمكن أن يسأل الوزير بجريمة تبييض الأموال؟

للإجابة عن هذا التساؤل ينبغي أن نحدد الطبيعة القانونية لإشراف وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف على الوقف العام ، هل تشرف و تباشر شؤون الوقف بصفتها ناظرة على الوقف العام، أم أنها تباشر شؤون الوقف العام باعتبارها سلطة إدارية مخولة بمقتضى النصوص القانونية بمباشرة شؤون الوقف العام.

القاعدة العامة أن الوزارة ممثلة في الوزير تشرف على الوقف العام بصفتها ناظرة على الوقف العام ، و ليس بصفتها سلطة عامة، و يستفاد هذا الحكم انطلاقا من نص المادة 52 من الدستور، و المادة 5 من القانون 91-10، و المادة 49 من القانون المدني، فهذا الملك طبيعته القانونية التي تجعله مميزا عن غيره من الأملاك العامة، و الخاصة على السواء ، أما إذا كانت الوزارة تشرف على الوقف العام بصفتها سلطة عامة؛ فإنه وفقا لنص المادة 51 مكرر من قانون العقوبات، المعدل، لا تسأل الوزارة جزائيا عن هذه الجريمة.

أما الناظر باعتباره غير مرتبط بعلاقة تنظيمية مع السلطة الوصية على الوقف، فإن إدخاله الأموال في الدورة المالية، من أجل إخفاء مصدرها غير المشروع؛ أي التجميع دون الوصول إلى جعل الأموال مشروعة الدمج ليست خارجة عن إرادة الشخص المعنوي يعتبر محاولة لتبييض الأموال.

كما يشترط لقيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، أن تكون جريمة التبييض مرتكبة من قبل هيئات الشخص المعنوي، وهو الطاقم المسير له والمتمثل بالضرورة في مجموعة الأشخاص الطبيعية التي تعبر عن إرادته، ويستوي الأمر أن يكون هؤلاء الأشخاص فاعلين أصليين أو شركاء أم مجرد مساعدين للإفلات من العقاب، غير أنه يشترط أن يكون الفعل لصالح وحساب الشخص المعنوي، وليس لحساب الشخص الطبيعي المسير له، وإن كان هذا لا يعفيه من المتابعة الجزائية بصفة شخصية لنفس الأفعال كما جاء في نص المادة 51 مكرر فقرة 2 قانون عقوبات.

ولعل أحسن صورة في هذا المجال ما تقدمه البنوك، والمؤسسات المالية خلال عمليات التحويل، والإيداع للأموال غير المشروعة مقابل ما تحصل عليه كعمولة، أو ما تقوم به الشركات ذات رؤوس الأموال غير المشروعة من عمليات وهمية ،لتطهير وتبييض رأس مالها تسهيلا لاستغلاله واستثماره[207]ص51-54.

ب- جريمة المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات :

جرمها المشرع في المواد من 394 مكرر إلى 394 مكرر 7، من الفصل الثالث، القسم السابع مكرر، وأفرد نص المادة 394 مكرر 4 كأساس لمساءلة الأشخاص المعنوية عن هذه الجريمة، و يطلق عليها البعض تسمية الجريمة المعلوماتية، تتجسد هذه الجريمة في صورتين أساسيتين:

- الدخول في منظومة معلوماتية:

إدخال معطيات غريبة في نظام المعالجة الآلية بهدف تحقيق أرباح طائلة من وراء ذلك، سواء تم ذلك في مؤسسة مالية، أو بنك أو شركة، و من الناحية العملية يصعب تصور مثل هذه الجريمة في الوقف، خاصة إذا علمنا أن طرق استغلال الوقف لم تصل إلى هذا المستوى من التقدم[23]ص 273-286.

- ا لمساس بمنظومة معلوماتية:

طبق للمادة 394 مكرر 1 فإن هذه الجريمة تتحقق عن طريق إدخال، أو تخريب بطريقة الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية، و من بين التقنيات المدمرة لنظام المعالجة الآلية، فيروسات الحاسب الآلي، وهي تمثل المركز الأول في هذه التقنيات تصيب البيانات والبرامج بالشكل التام.

نفس الملاحظة نصل إليها، فالوقف لم يصل لهذا المستوى من التقنية و التقدم، و عليه يبقى معالجة المسؤولية الجزائية للوقف كشخص معنوي تحتاج إلى كثير من التمحيص و التريث.

ثانيا- شروط قيام المسؤولية الجزائية للوقف

تعتبر المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي مسؤولية غير مباشرة؛ لأنه لا يمكن تصورهما إلا بتدخل الشخص الطبيعي، باعتبار أنه لا يمكنه أن يباشر النشاط إلا عن ممثليه وفقا للمادة 50 من القانون المدني، لذلك نص تعديل قانون العقوبات في المادة 51 مكرر على الشروط التي من خلالها تنسب المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بالرغم من ارتكابها من قبل شخص طبيعي. و هو ما سنوضحه بشكل موجز:

الشرط الأول: ارتكاب الجريمة لحساب الشخص المعنوي 1 -

حسب المادة 51 مكرر 1 من قانون عقوبات: «...يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه».

حتى تقوم المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، لا بد من ارتكاب جريمة بجميع أركانها المادية والمعنوية سواء في مواجهة شخص طبيعي، أو معنوي من قبل جهاز، أو ممثل هذا الأخير، إما بهدف تحقيق ربح مالي، كتقديم رشوة لحصول مؤسسة اقتصادية على صفقة، أو الحصول على فائدة أو تفادي خسارة، طالما قام بها وهو بصدد ممارسة صلاحياته في الإدارة، والتسيير حتى وإن لم يحقق من وراءها أي ربح مالي، و طبقا للمادة 51 مكرر 2، فإن مسؤولية الشخص المعنوي عن الجريمة تتحقق دون الإخلال بمسؤولية الشخص الطبيعي، ويعني ذلك أن المشرع يقر في هذا الخصوص مبدأ ازدواج المسؤولية الجزائية عن الفعل الواحد، فمسؤولية الشخص المعنوي عن الجريمة المرتكبة لا تمنع مسؤولية الشخص الطبيعي عنها؛ بل يبقى كلا منهما مسؤولا بالاشتراك عن ذات الفعل، ويعاقب كل منهما على انفراد، حسب مركزهما في ذات الجريمة فاعل أصلي أو شريك، لإضفاء المزيد من الحماية الجنائية [167] ص 118-119، [208] ص 82.

الشرط الثاني: ارتكاب الجريمة من قبل جهاز أو ممثل الشخص المعنوي

حصر المشرع في المادة 51 مكرر قانون عقوبات الأشخاص الذين يترتب على جرائمهم قيام مسؤولية الشخص المعنوي في الجهاز و الممثلين الشرعيين :

أ- ارتكاب الجريمة من قبل أجهزة الشخص المعنوي :

أجهزة الشخص المعنوي هم عادة الأشخاص المؤهلون قانونا كي يتحدثوا، ويتصرفوا باسمه، ويدخل في هذا المفهوم كل من وزير الشؤون الدينية و الأوقاف ، و مدير اللجنة الوطنية للأوقاف العامة، و المدير المحلي لشؤون الوقف على مستوى الولاية ، و الناظر على المستوى المحلي [178]، [23]، ص345-357، [208] ص80.

ب- ارتكاب الجريمة من قبل ممثل الشخص المعنوي :

يقصد بممثلي الشخص المعنوي في نص المادة 51 مكرر ،قانون عقوبات ،الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بسلطة التصرف باسمه ،سواء كانت هذه السلطة قانونية، أو بحكم قانون المؤسسة كالرئيس المدير العام، المسير، المدير العام. و ممثل الوقف هو الوزير على المستوى المركزي، و مدير اللجنة الوطنية للأوقاف ، و الناظر على المستوى المحلي كما سبق لنا توضيحه.

و لكن ما مدى مسؤولية الشخص المعنوي الجزائية في حالة الأشخاص المتمتعون بتفويض الاختصاص، أو حالة إعطاء توكيل للتصرف باسم، ولحساب الشخص المعنوي، كما هو الحال بالنسبة للناظر ؟

إن تفويض الاختصاص يؤدي إلى تفويض المسؤولية، و مادام الوكيل يتصرف بصفته ممثل قانوني للشخص المعنوي، فإن أفعاله تلزمه إذا توفرت كافة شروط قيام المسؤولية الجزائية حسب المادة 51 مكرر من القانون رقم 04-14 ، الذي استحدث فصل ثالث، في الباب الثاني الخاص بالتحقيقات تحت عنوان :«في المتابعة الجزائية للشخص المعنوي»، المواد من 65 مكرر إلى 65 مكرر4.

ثالثا- آثار قيام المسؤولية الجزائية للوقف كشخص معنوي

يترتب على قيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عموما و الوقف خصوصا الحكم عليه بالعقوبات المقررة في الباب الأول مكرر، في كل من المادتين 18 مكرر، 18 مكرر 1 و تتمثل في :

أولا- عقوبات تمس ذمة الوقف المالية المباشرة و تتمثل في :

1- الغرامة:

الغرامة جاء النص عليها كقاعدة عامة في كل من المادة 18 مكرر بالنسبة للجنايات، والجنح والمادة 18 مكرر 1 إذا كنا أمام مخالفة.

إضافة إلى تضمينها في النصوص التي أفردتها لتحديد الجرائم محل المتابعة، سواء ما تعلق منها بجريمة تكوين جمعية الأشرار " مادة 177 مكرر 1«، أو جريمة تبييض الأموال مادة " 389 مكرر 7"، وجريمة المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات " مادة 394 مكرر 4".

تتمثل الغرامة في إلزام المحكوم عليه بدفع مبلغ من المال لصالح خزينة الدولة، ويعتبر من أهم العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في كل من الجنايات، و الجنح، والمخالفات[207]ص 50-2 و 62-66، [23]ص 401-415، [208]ص 132.

إلا أنه وبفحص و تحليل النصوص السابقة نتوصل إلى أن المشرع قد حدد الغرامة التي يمكن فرضها على الشخص المعنوي على أساس تلك المطبقة على الشخص لطبيعي، دون أن يساوي بينهما فجعلها تعادل 5 مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في كل من جريمتي تكوين جمعية الأشرار، والمساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، وأن لا تقل عن 4 مرات في جريمة تبييض الأموال.

2 – المصادرة:

عرفتها المادة 15 قانون عقوبات بأنها الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال معين أو أكثر، نصت عليها المادة 18 مكرر، 18 مكرر 1 كعقوبة أصلية في الجنايات، و الجنح، والمخالفات، إلا أنه ومن منطلق الخاص يقيد العام أسقطت هذه العقوبة من نص المادة 394 مكرر 4 الخاصة بجريمة المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، بينما أبقى عليها في كل من جريمتي تبييض الأموال و تكوين

جمعية الأشرار، و تنصب المصادرة إما على الشيء أو على قيمته، عقوبة المصادرة تطرح مسألة الاختلاط بمال الوقف الذي لا يجوز المساس به المادة 23 قانون 91-10، فالوقف محبس على وجه التأبدي و لا يمكن مصادرته أو المساس به [208]ص 120-133.

ثانيا- حل الشخص المعنوي:

يقصد بحل الشخص المعنوي؛ منعه من الاستمرار في ممارسة نشاطه، و هذا يقتضي أن لا يستمر هذا النشاط حتى و لو كان تحت اسم آخر، أو مع مديرين، أو أعضاء مجلس إدارة، أو مسيرين آخرين، و يترتب على ذلك تصفية أمواله مع المحافظة على حقوق الغير حسن النية؛ المشرع في نص المادة 18 مكرر المحددة للعقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية كقاعدة عامة، و أكدها في نص المادتين 177 مكرر 1، و المادة 389 مكرر 7 الخاصتين بجريمتي تكوين جمعية الأشرار و تبييض الأموال على التوالي، و هي مسألة خاضعة لتقدير القاضي، بينما استبعدا على إطلاقها من مفهوم المادة 18 مكرر 1 و المادة 394 مكرر 4، و هو ما يفرض علينا التساؤل إذا كانت أسباب استبعادها في المخالفات يمكن أن نجد له مبرر في عدم خطورتها سنقف من دون شك بلا جواب عند البحث عن أسباب حصر جريمة المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات في عقوبة الغرامة لا غير دون باقي العقوبات بما فيها الحل بالرغم من خطورتها. كيف نطبقها على الوقف و هل يجوز حله و إنهاءه ألا يؤدي للمساس بخاصية الطابع التأبدي للوقف؟ ثم ما مصير الأموال الموقوفة؟ أعتقد أنه لا مجال لتطبيق المساءلة الجزائية على الوقف في ظل الوصاية عليها، من السلطة التنفيذية، كما أن طبيعة الوقف لا تتفق مع طبيعة العقوبات الموقعة في حال ارتكاب جريمة تبييض الأموال، أو المساس بأنظمة معالجة البيانات؛ بل يجب التفكير في نص ملائم مع طبيعة الوقف فهو ليس مالا عاما و لا خاصا بل له طبيعة خاصة به [207]ص 63، [208]ص 131.

ثالثا- عقوبات ماسة بالنشاط المهني للشخص المعنوي:

1 - غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 05 سنوات : يقصد بها منع ممارسة النشاط الذي كان يمارس قبل الحكم بالغلق، لا يمكن تطبيقها على الوقف لإضرارها بالموقوف عليهم و بمصلحة الوقف.

وتعد هذه العقوبة من العقوبات العامة المطبقة على الشخص المعنوي، إلا أنه لم يتبناها إلا في النص الخاص بجريمة تكوين جمعية الأشرار مستبعدا باقي الجرائم الأخرى بما فيها المخالفات مما يجعل حدود تطبيقها ضيق [207]ص 64.

2- المنع من ممارسة نشاط مهني أو اجتماعي :

أوردت المادة 18 مكرر، قانون عقوبات عقوبة المنع من ممارسة نشاط مهني، أو اجتماعي في الجنايات، و الجنح إلا أنه و كباقي العقوبات خص تطبيقها على جريمتي تكوين جمعية الأشرار و تبييض الأموال دون باقي الجرائم الأخرى.

رابعاً- العقوبات الماسة ببعض الحقوق:

1 - الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات:

يقصد بهذا الإجراء حرمان الشخص المعنوي من التعامل في أية عملية يكون طرفها أحد أشخاص القانون العام، نص على هذه العقوبة كقاعدة عامة في نص المادة 18 مكرر في كل من الجنايات و الجنح دون المخالفات بصيغة الجواز بعد الحكم بالغرامة، و تم تضمينها في النص الخاص بجريمة تكوين جمعية الأشرار دون باقي الجرائم الأخرى، [23]ص401، [208]ص133-134.

2 - الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات :

يتمثل هذا الإجراء في وضع الشخص المعنوي تحت حراسة القضاء، و هو بالتالي يقترب كثيرا من نظام الرقابة القضائية، نص عليها في المادة 18 مكرر المحددة للعقوبات المطبقة على الشخص المعنوي بما فيها المخالفات، تنصب على حراسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبة.

خامساً- العقوبات الماسة بالسمعة:

1 - نشر وتعليق حكم الإدانة:

يقصد به نشر حكم الإدانة بأكمله أو مستخرج منه فقط في جريدة أو أكثر تعينها المحكمة أو تعليقه في الأماكن التي يبينها الحكم على أن لا تتجاوز مدة التعليق شهر واحد. ويكون ذلك على نفقة المحكوم عليه في حدود ما تحدده المحكمة لهذا الغرض من مصاريف، ولا يميز المشرع في نص المادة 18 مكرر بين الجناية والجنحة، إذ يجوز الحكم بها في كل الجرائم [207]ص 65، [23]ص420-432.

خاتمة

و هكذا أصل إلى خاتمة بحثي، و الذي جيت من خلال فروع و مطالبه و مباحثه و فصوله و بابيه ، جملة من المفاهيم المهمة التي لها علاقة بالشخصية المعنوية للوقف؛ بدءا بتحديد شروط نشأتها وصولا لأهم النتائج المترتبة على الاعتراف بها للأوقاف العامة ، و وقفنا عند أهم نتيجة مترتبة عن منح القانون الوقف الشخصية المعنوية ، و المتمثلة في الطابع المؤسسي للوقف العام ، و ما سيتبعه هذا الأخير من وجود ذمة مالية مستقلة للوقف، و وجود نائب يعبر عن إرادتها ، من خلال القيام بعملية التسيير المركزي و المحلي للأوقاف ، و حاولت قدر المستطاع الإجابة على الإشكالية الأساسية لموضوع الرسالة بذكري ؛ أن النصوص المتعلقة بالأوقاف، و على رأسها قانون الأوقاف رقم 91-10 المعدل و المتمم ، و ما ألحق به من نصوص تنظيمية منظمة له ، كانت من حيث مضمونها معبرة بشكل صريح عن الشخصية المعنوية للوقف ، ولكن معرفة المسائل التفصيلية المتعلقة بشروط نشأة الشخصية المعنوية للوقف ، و الآثار المترتبة عنها؛ تستدعي كثرة التفحص في أمهات الكتب المنظمة للوقف ، تطبيقا لنص المادة 2 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم، و أشير إلى الصعوبة التي واجهتني في البحث نظرا لقلّة المراجع ، و ندرتها خاصة في الشق القانوني ، و فيما يلي نستعرض النتائج التي توصل إليها البحث في نقطة أولى ثم نتطرق إلى الاقتراحات في النقطة الموالية:

أولا-النتائج:

و أورد الآن جملة من النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث؛ و التي سيكون بعضها بمثابة الإجابة عن التساؤلات الفرعية التي سقتها في البحث، و هذه النتائج تتمثل في:

1- للوقف شخصية قانونية متميزة؛ لها مدلولها الإسلامي الخاص ، المقارب إلى حد كبير بما يعرف اليوم بالشخصية الاعتبارية عند فقهاء القانون، و بالرغم من إقرار فقهاء الشريعة بالشخصية المعنوية للأوقاف، غير أن مصطلح الشخصية المعنوية؛ كان من ابتكار الفقه الغربي الحديث ، و لا يكفي لخلق الشخصية المعنوية على مجموعات الأموال أو الأشخاص توافر الأركان اللازمة لنشوتها؛ بل يجب أن يعترف لها المشرع بالشخصية المعنوية تطبيقا لنص المادة 49 من القانون المدني.

و القول بأن الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية ؛ بمجرد تمتع الوقف بنفس الآثار التي تترتب على منح الشخصية المعنوية لمجموعات الأشخاص و الأموال؛ من ذمة مالية مستقلة عن مؤسسيه،

و أهلية تكسبه الحقوق و تحمله الالتزامات ،قبل صدور النص القانوني الذي يقر له بالشخصية المعنوية يعتبر خطأ ،بين اعتراف المشرع بالوقف كتصرف قانوني، و بين إقراره بالشخصية الاعتبارية للوقف ؛التي تنشأ بعد استكمال الوقف للأركان و الشروط اللازمة لنشوءه على النحو المحدد في قانون الأوقاف 10-91.

و في الأخير؛ لا يمكننا أن القول:إن المشرع اعتمد على نظرية الحقيقة في تحديده للأشخاص المعنوية، وبالتالي نقول أن الوقف يعد شخصا معنويا ،بمجرد استكماله للأركان اللازمة لنشوءه كما ذهب إليه القضاء الفرنسي ، والمصري؛ لأننا لا نملك قرارا قضائيا يؤكد هذا الحكم؛ بل الراجع في القانون المدني الجزائري، وخاصة المادة 49 منه ،أن المشرع يعتمد في تحديد الأشخاص المعنوية على نظرية المجاز ،والافتراض القانوني التي يتزعمها الفقيه Savignyسافيني، ووفقا لهذه النظرية فإن اعتبار الشخصية المعنوية مجرد افتراض لا يستند إلى حقيقة واقعية يؤدي إلى اعتبار أن المشرع هو صاحب القول الفصل في منح أو عدم منح الشخصية المعنوية لمجموعة الأشخاص و الأموال.

2- لا تنشأ الشخصية المعنوية للوقف إلا باستيفاء الشروط الموضوعية و الشروط الشكلية ، فالوقف إذا كان منقولا يخضع لقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية ،باستثناء المنقولات التي نص المشرع على اجراءات خاصة لنقل ملكيتها؛ لذا وجب اتباعها لنشأة الشخصية المعنوية للوقف ، أما إذا كان محل الوقف عقارا؛ فإنه لا يمكن أن يرتب أثره العيني المتمثل في خروج الملكية من الواقف،حسب المادة 17 من القانون 10-19 إلا باستيفاء اجراءات الشهر، فلا يمكن الادعاء بوجود حق عيني عقاري وقفي في مواجهة الواقف، والموقوف عليه، وورثتهم إذا لم تحترم اجراءات نقل الملكية من رسمية وتسجيل وشهر.

3- الذمة المالية للوقف: يثير موضوع الذمة المالية للوقف عدة مسائل قانونية ،و من بين النتائج التي توصلت إليها في هذه النقطة أذكر:

أ- تتميز الذمة المالية للوقف العام بعدم جواز التصرف في رقة المال المحبس، بالرغم من أنها تشكل الأصول المكونة للذمة المالية للوقف ، بخلاف الذمة المالية للشركات ؛التي تتشكل من مجموع الحصص المقدمة من الشركاء سواءً كانت حصصا عينية أو نقدية ، تشكل الحصص رأسمال الشركة و يجوز للشركة التصرف و التعامل فيها ، فلا يجوز التصرف في الوقف بأي تصرف ناقل للملكية إلا في حالات استثنائية حددها القانون على سبيل الحصر في المادة 24 من قانون 10-91 ،و هو

مذهب القضاء أيضا، حيث أقرت المحكمة العليا في عدد من قراراتها، عدم جواز التصرف في الأملاك الوقفية.

ب- إن الموقوف عليه، و حتى الجهة المسيرة للوقف لا تملك إلا حق المنفعة؛ تنتفع الجهة الأولى به في حين يقتصر دور الثانية على مراقبة ما إذا كان هناك إخلال به؛ لتتدخل في الوقت المناسب فقط و إنما الأوقاف في تشريعنا لا مالك لها؛ بل لها شخصية معنوية تحميها، و تكون ملكية الوقف في قانون الأوقاف 91-10، حسب المادة 5 منه، الله تعالى .

و يترتب على اعتبار ملكية العين الموقوفة تكون في حكم ملك الله تعالى؛ أن للوقف شخصية معنوية واحدة؛ بالرغم من تعدد الأوقاف، فملكية الرقبة تكون لله تعالى، و ملكية حق الانتفاع تعود للموقوف عليهم، فإذا كانت الأوقاف تعود جميعا لمالك واحد؛ فهذا يستلزم أن لكل الأوقاف ذمة مالية واحدة، وهذا ما يتناقض مع مفهوم الشخصية المعنوية في القواعد العامة؛ التي تستدعي أن لكل وقف شخصية معنوية مستقلة عن الوقف الآخر؛ و بالتالي فإن لكل وقف ذمة مالية مستقلة عن غيره من الأوقاف، وفقا للمادة 50 من القانون المدني، التي تستلزم التخصيص، خاصة بالنسبة للمساجد التي تكون الملكية و المنفعة لله تعالى، مما ينفي الشخصية المعنوية على المسجد .

وفي هذا؛ أقترح أن يأخذ المشرع بقول المالكية؛ فالوقف عندهم لا يخرج العين الموقوفة من ملك الواقف؛ بل تبقى على ملكه غير أنه لا يمكنه التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية سواء بعوض كالبيع، أو بلا عوض كالهبة، و إذا مات لا تورث عنه.

ج- إن التأمل في النصوص السابقة الذكر، من قانون الأوقاف، و المرسوم التنفيذي رقم 98-381، و القرار المؤرخ في 10 أبريل 2000، يشير إلى نتيجة مفادها؛ أن المشرع اعتبر أن للأوقاف العامة ذمة مالية واحدة، و إلا كيف يعقل أن تصب كل عائدات الوقف في حساب واحد بالرغم من اختلاف أوجه الإنفاق فيها، و تعدد الجهات الموقوف عليها؟ بالإضافة إلى تحديد أوجه للإنفاق التي لا يكون الواقف ضمنها في عقد وقفه، بل لا تدخل ضمن نفقات وقفه.

د- حق الانتفاع الوقفي باعتباره مكونا للذمة المالية للوقف، يخول الموقوف عليهم الحق في استعمال المال الموقوف على النحو الذي حدده الواقف، و وفقا للنحو الذي يستعمله مالكة، فللموقوف عليهم أن يستعملوا الشيء استعمالا شخسيا في كل ما أعد له، فإذا كان الموقوف مسجدا فله أن يصلي فيه، و لا يخول حق الانتفاع الوقفي للموقوف عليهم الحق في استغلال الموقوف، بتمحيص النظر في النصوص القانونية المنظمة للوقف و في كتب الفقه نلاحظ أن استغلال الشيء الموقوف يدخل ضمن

صلاحيات الناظر على الوقف، و في ذلك مثلا نص المادة 33 من القانون 91-10، و المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 01 ديسمبر 1998 المتضمن تحديد شروط إدارة الأملاك الوقفية، و تسييرها، و حمايتها، و كفيات ذلك، لا يمكن للموقوف عليهم القيام باستغلال الوقف إلا إذا كانوا نظارا على الوقف فيتولون إستغلال الوقف بصفتهم نظارا على الوقف لا بصفتهم مستحقين؛ لأن حقهم يتعلق بغلة الوقف لا بالنظر عليه، و هو حق شخصي له سلطة كاملة عليه؛ و لذلك نستنتج أن الحق العيني الذي منحه المشرع للموقوف عليهم يمكنهم من استعمال الموقوف دون استغلاله خلافا لحق المنتفع في القواعد العامة، كما يمكنهم من التمتع بغلة الموقوف و لذلك أرى أن حق الانتفاع الوقفي؛ هو حق عيني من طبيعة خاصة لأنه مجرد من سلطة الاستغلال.

4-إدارة الوقف العام:

أ- تربط القائمين على إدارة الأوقاف بالإدارة الوصية؛ علاقة لائحية تنظيمية وظيفية (ما عدى ناظر الملك الوقفي الذي يمتاز بوضعية خاصة؛ فهو لا يعد موظفا، و بالتالي فإن الضرر الناتج عن ممارسته لصلاحياته يرتب المسؤولية المدنية للوقف العام)، بمعنى أنهم موظفون لدى وزارة الشؤون والأوقاف، و بالتالي فإنهم يكونون مسئولون مسؤولية إدارية لا مدنية، كما أن الوزارة تكون مسؤولة عن الأخطاء التي يرتكبوها بصفتهما متبوعة.

ب- وفقا لنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381، السابق الذكر، تربط الناظر بالأعيان الوقفية علاقة وكالة، و ليست إنابة؛ و بالتالي فإن يده على الأوقاف يد ضمان لا يد أمانة، و هذا الوضع يجعله مسؤولا مسؤولية شخصية على أفعاله.

ج- الأضرار التي تحدث بمناسبة، أو أثناء الوظيفة، أو بسببها؛ يكون الوقف كشخص معنوي؛ مسؤولا عنها طبقا لنص المادة 136 من القانون المدني رقم 05-10، و تكون الأضرار التي يتسبب في حدوثها الناظر مسؤولا عنها باعتباره ضامنا لكل تقصير فيده يد ضمان، و يكون مسؤولا حتى عن الضرر اليسير نظرا لتلقيه اجرا مقابل المهام الموكلة إليه.

5- تثير المسؤولية الجزائية للوقف العام كشخص معنوي العديد من المسائل القانونية تتعلق أساسا بمدى تأثير إشراف الدولة ممثلة في وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف كشخص معنوي عام على المسؤولية الجزائية للوقف خاصة إذا علمنا أن الأشخاص المعنوية العامة لا تسأل جزائيا في ظل قانون العقوبات، و لكن يبقى تقدير التطبيق القانوني لهذا النص مرهون بتطبيقات القضاء و التي نفتقدها في هذا الخصوص.

ثانيا- الاقتراحات:

1. تجسيد الشخصية المعنوية للوقف عمليا، و ذلك برفع الوصاية على الوقف من قبل الدولة ممثلة في وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، فما هي القيمة القانونية لمنح الوقف شخصية معنوية مستقلة في ظل الوصاية المفروضة عليه،
2. إنشاء حساب خاص بكل وقف على حدا؛ لأن صب كل عائدات الوقف في حساب واحد بالرغم من اختلاف أوجه الإنفاق فيها، و تعدد الجهات الموقوف عليها، يجعل للأوقاف العامة ذمة مالية واحدة، و في هذا خرق لقاعدة التخصيص التي تقوم عليها فكرة الذمة المالية، و التي تميز الشخصية المعنوية تطبيقا لنص المادة 50 من القانون المدني.
3. إنشاء جهاز خاص بالأوقاف يسمى « مؤسسة الوقف »؛ يعتمد على الأساليب و النظم الحديثة في إدارة و تنمية و استثمار الوقف- مع الالتزام بالضوابط و الأسس الشرعية؛ كما يتميز بالاستقلالية في تسيير الأوقاف و إدارتها؛ و في اتخاذ القرارات، و تعطى له الصلاحيات و الامتيازات التي تمنح للشركات التجارية عادة.
4. الإبقاء على إشراف الدولة ممثلة في وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف على الوقف فيما يخص الضبط و التنظيم، لدخولهما في جوهر وظيفة الدولة.
- و في انتظار إنشاء مؤسسة الوقف؛ يجب؛ تدريب موظفي وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، حتى يتسنى لهم إدارة الوقف و تنميته و استثماره بما يحقق مصلحة الوقف، حتى يتمكن الوقف من استعادة دوره الحضاري في تحقيق التكافل بين فئات المجتمع.
- و في هذا السياق؛ ينبغي للمشرع أن يضع ضوابط دقيقة قي رجوعه للمذاهب الفقهية، و إن كان في اعتقادي أن الأفضل أن يرجع إلى المذهب المالكي في غير المنصوص عليه تماشيا مع مرجعية الدولة من جهة، و باعتبار أن المالكية أكثر المذاهب الفقهية مسايرة للنوازل العصرية؛
ذلك حتى لا يبقى الأمر مرهونا باجتهادات و تفسيرات الباحثين من رجال القانون و الفقه.
5. تحتاج بعض جزئيات الرسالة لمزيد من الدراسة و التحليل، نظرا لما لها من أهمية بالغة على في موضوع الشخصية المعنوية للوقف من جهة، و نظرا لما تطرحه من إشكاليات قانونية؛ خاصة فيما يتعلق ب: حق الانتفاع الوقفي، الذمة المالية للوقف، المسؤولية الإدارية و المدنية و الجزائية للوقف.

قائمة المراجع

1. القرآن الكريم.
2. البخاري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دار ابن كثير اليمامة، بيروت، الطبعة 2، (1987).
3. مسلم: أبو الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون رقم بدون رقم وتاريخ الطبعة .
4. د.سليم هاني منصور، الوقف و دوره في التنمية، بحث مقدم للمؤتمر الثاني للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، بدون رقم وتاريخ الطبعة .
5. د. عبد الله الحجيلي، الأوقاف النبوية و وقفيات بعض الصحابة الكرام ، بحث مقدم في ندوة المكتبات الوقفية في المملكة العربية السعودية، بدون رقم وتاريخ الطبعة .
6. د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مقالة مقدمة في النشرة الإسلامية، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، ملحق خاص بمناسبة عقد "ندوة المكتبات الوقفية بالمملكة " ، المدينة المنورة، العدد 25 في 27 /1/ (1420هـ).
7. د. عبد الرحمن بن سليمان المطرودي، مقالة مقدمة في النشرة الإسلامية، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، ملحق خاص بمناسبة عقد "ندوة المكتبات الوقفية بالمملكة " العدد 25 في النشرة الإسلامية، في 27 /1/ (1420هـ).
8. د. ناصر الرشيد، تسخير البحث العلمي في خدمة الأوقاف وتطويرها، ندوة مكانة الوقف و أثره في الدعوة و التنمية، بدون رقم وتاريخ الطبعة.
9. د. خالد عبد الله شعيب، استثمار أموال الوقف، ، ديون الوقف، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الأمانة العامة للأوقاف الكويت ، الطبعة 1، (2004) .
10. د. حمزة حمزة، الشخصية الاعتبارية، مجلة جامعة دمشق، المجلد السابع عشر ، العدد الثاني، (2001) .
11. أ. المرسي السيد الحجازي، دور الوقف في تحقيق التكافل الاجتماعي في البيئة الإسلامية، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، العدد 2، (2006).
12. دكتور إبراهيم البيومي غانم، فاعلية نظام الوقف في توثيق التضامن بين المجتمع والدولة في دول الخليج العربي www.islamonline.net

13. القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتضمن قانون الأوقاف الجزائري المتمم والمعدل، الجريدة الرسمية العدد 21، الصادرة بتاريخ 08 ماي (1991).
14. د. عبد العزيز الشثري، الوقف و دعم مؤسسات الرعاية الصحية، بحث مقدم في ندوة الوقف في الشريعة الإسلامية و مجالاته، دون ذكر رقم و تاريخ الطبعة.
15. ابن نجيم، البحر الرائق، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة 1، جزء 5 (1997).
16. القرافي، الفروق، دار المعرفة بيروت، لبنان، بدون رقم وتاريخ الطبعة.
17. ابن عابدين : محمد أمين، حاشية ابن عابدين، الجزء الثالث، دار الفكر للطباعة و النشر، بيروت، جزء 3، بدون رقم الطبعة، (2000).
18. جمعة الزريقي، الطبعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، منشورات كلية الدعوة الإسلامية طرابلس، الطبعة 1 (2001).
19. أحمد علي عبد الله، الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، الدار السودانية للكتب، بدون رقم وتاريخ الطبعة.
20. د. أنور أحمد الفزيع، الحماية المدنية للوقف، مجلة الحقوق، السنة الثالثة و العشرون، العدد 2، يونيو (1999).
21. المستشار أنور العمروسي، الشخص الطبيعي و الشخص الاعتباري، في القانون المدني، دار محمود للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، الطبعة 1، (2006).
22. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشئة المعارف بالإسكندرية، بدون رقم وتاريخ الطبعة.
23. د. أحمد محمد قائد مقل، المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة 1، (2005).
24. سالم علي خليفة عكور، الشخصية الحكيمة للوقف و أثرها في حفظه و تنميته، بحث مقدم لاستكمال درجة الماجستير، قسم الفقه و أصوله، كلية الدراسات الفقهية و القانونية، جامعة آل البيت، (2003-2004).
25. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية العدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر (1975).
26. د. محمد طوموم، الشخصية المعنوية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، الطبعة 2، (1987).
27. القرار صدر بتاريخ 8-03-1967 عن غرفة القانون الخاص بالمحكمة العليا. المجلة الجزائرية عدد 1 سنة (1968).

28. د.نبيل إبراهيم سعد ،د.محمد حسن قاسم ، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية ، بدون بدون رقم الطبعة(2007).
29. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية العدد 24 ، الصادرة بتاريخ 12 جوان (1984) .
30. المرسوم التنفيذي رقم 98 – 381 المؤرخ في 01 ديسمبر 1998 المتضمن تحديد شروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها و كفاءات ذلك ، الجريدة الرسمية العدد 90 ، الصادرة بتاريخ 02 ديسمبر (1998) .
31. القرار الوزاري المشترك رقم 31 المؤرخ في 02 مارس 1999 المتضمن إنشاء صندوق مركزي للأوقاف ، الصادر بالجريدة الرسمية العدد 32 ، بتاريخ 02 ماي (1999).
32. المرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 7-09-1964 ، المتضمن الأملاك الحبسية العامة ، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 77 (1964).
33. قرار رقم 46546 مؤرخ في 21-11-1988، المجلة القضائية ، العدد(1991).
34. القرار رقم 94323 المؤرخ في 28.9.1993 ، المجلة القضائية العدد 2 (1994).
35. جديلي نوال، الدفتر العقاري ، مذكرة ماجستير ، تخصص قانون عقاري وزراعي، كلية الحقوق سعد دحلب ،جامعة البليدة (2006-2007).
36. القاضي حمدي باشا عمر ،شهر الدعاوي العقارية ،مجلة الموثق العدد 09سنة (2000).
37. حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الجزائر (2002).
38. محمد الكبيسي، أحكام الوقف بين الشريعة و القانون،وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية ، بغداد. جزء1،(2001).
- 39.قرار رقم 109957بتاريخ 30-03-1994 ، مجلة قضائية ،قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا.العدد 3،(1994).
- 40.قرار رقم 198940، المؤرخ في 25-04-2001، الأوقاف الاجتهاد القضائي، خاص بوزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، بدون رقم وتاريخ الطبعة.
41. Ghouti Ben Melha, Le Droit Patrimoniale De la famille,Office des publications Universitaires .
42. محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر (2000).

43. الطرابلسي: إبراهيم بن موسى بن أبي بكر برهان الدين، الإسعاف في أحكام الأوقاف، دار الرائد العربي، بيروت، دون رقم الطبعة(1981).
44. ابن عابدين : محمد أمين، حاشية ابن عابدين، الجزء السادس، دار الفكر للطباعة و النشر، بيروت، بدون رقم الطبعة(2000).
45. الشريف الجرجاني: علي بن محمد، التعريفات، حققه وقدم له ووضع فهرسه: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة3 (1996).
46. الفيومي: أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، طبعة باعثناء: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العربية، صيدا بيروت، الطبعة2 (1997).
47. الباجي: سليمان بن خلف، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، منشورات محمد عي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة1 (1999).
48. ابن قدامة : أبو محمد عبد الله بن أحمد موفق الدين، المغني، جزء4 ، دار الحديث، القاهرة، الطبعة1(1996).
49. الرملي: شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، جزء 6، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة3 (1992).
50. النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين ، دار الفكر، بيروت، الطبعة2(1995).
51. الدردير: أبو البركات أحمد بن محمد ، الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، بدون رقم وتاريخ الطبعة.
52. النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف، منهاج الطالبين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة1، 1994.
53. الشوكاني: الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار ، الطبعة1 ، دار الكتب العلمية، بيروت (1995).
54. حمدي عمر باشا ، القضاء العقاري ، دار هومة (2003).
55. الرملي: شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، جزء 4 دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة3(1992).
56. الخرشي: حاشية الخرشي على مختصر خليل، جزء7، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة1، (1997).
57. الحطاب: أبو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، جزء5 ، دار الكتب العلمية، بيروت (2003).

58. أبو النجا الحجاوي: موسى بن أحمد شرف الدين المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ ورقم الطبعة.
59. د. محمد عبد الرحمن علي الهواري، بحث في الحجر و أثره في حماية الأموال لمستحقيها في الشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة و النشر (1989) .
60. ابن الهمام، فتح القدير. جزء5، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة1 (1995).
61. القرار رقم 33719 المؤرخ في 7-9-1984، مجلة قضائية عدد 3 (1989).
62. حمدي باشا عمر. عقود التبرع، دار هومة (2009).
63. الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، جزء10، دار النشر للطباعة الإسلامية، القاهرة (2001).
64. الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، جزء3، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة1 (1994) .
65. ابن قدامة: أبو محمد عبد الله بن أحمد موفق الدين، المغني، جزء7، دار الحديث، القاهرة، الطبعة1 (1996).
66. الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي، المهذب، الجزء 1 ، دار الكتب العلمية بيروت، بدون رقم وتاريخ الطبعة.
67. ابن مفلح: إبراهيم ابن محمد بن عبد الله بن محمد، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة (2003)
68. البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة1 (1998).
69. الحطاب: أبو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة خاصة (2003).
70. الدردير: أبو البركات أحمد بن محمد ، الشرح الصغير ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة1 (1995).
71. عبد الفتاح بهنسي: نظام الوقف في تشريعاته المتعددة، الجزء الرابع في أحكام الوقف، مكتبة الإشعاع القانونية، المنتزه مصر، دون رقم الطبعة (1997).
72. أحمد فراج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون رقم وتاريخ الطبعة.
73. بلبالي إبراهيم : قانون الأوقاف الجزائري دراسة تحليلية نقدية مقارنة بالفقه الإسلامي ، مذكرة ماجستير ، تخصص شريعة و قانون، كلية العلوم الإسلامية ،جامعة الجزائر (2003-2004).
74. السرخسي: أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة 1، (1993).

75. علي الخفيف: الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون رقم الطبعة (1996).
76. ابن قدامة: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، جزء7، دار الفكر، بيروت، الطبعة1 (1405هـ).
77. ابن جزى الكلبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، جزء2، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة2، (1989).
78. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق سوريا، جزء4، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة4، (1997).
79. الدسوقي: شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ ورقم الطبعة.
80. منذر قحف: الوقف الإسلامي، تطوره، إدارته، تنميته، دار الفكر دمشق سورية، دار الفكر المعاصر بيروت لبنان، الطبعة1، (2000).
81. الشيخ حمدون، دراسة تأصيلية لقضايا معاصرة من أحكام الوقف، مذكرة ماجستير، تخصص الفقه و أصوله، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة أدرار، (2004-2005).
82. محمد أبو زهرة: محاضرات في الوقف، ملتزم الطبعة والنشر: دار الفكر العربي، القاهرة، بدون تاريخ ورقم الطبعة.
83. قرار رقم 393973، بتاريخ 2007-02-14، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، قسم الوثائق، (2007).
84. بهاء الدين المقدسي، العدة، مطبعة أبو بكر الصديق، الطبعة 1، (2005).
85. القرافي: أبو العباس أحمد بن إدريس شهاب الدين، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة1، 1994.
86. عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، جزء4، دار صادر، بيروت، بدون رقم وتاريخ الطبعة
87. زهدي يكن، أحكام الوقف، المطبعة العصرية للطباعة و النشر، بيروت، الطبعة1، دون تاريخ الطبعة.
88. زهدي يكن . الوقف بين الشريعة و القانون . دار النهضة للطباعة و النشر، بدون رقم الطبعة (1967).
89. حسن الفكهاني : موسوعة الفقه و القضاء ، مجلد 26 . بدون تاريخ ورقم الطبعة.
90. القانون رقم 02-10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002، الجريدة الرسمية العدد 83 ، الصادرة بتاريخ 15 ديسمبر (2002).

91. د أحمد الحداد، الوقف الذري أو الأهلي، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني، الأمانة العامة للأوقاف الكويت، الطبعة 2 (2006).
92. محمد رأفت عثمان، الوقف الذري أو الأهلي، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني، الأمانة العامة للأوقاف الكويت، الطبعة 2 (2006).
93. د. محمد مصطفى الزحيلي، الوقف الذري أو الأهلي، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني، الأمانة العامة للأوقاف الكويت، الطبعة 2 (2006).
94. دجمعة محمود الزريقي، الوقف الذري الواقع و الأفاق، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني، الأمانة العامة للأوقاف الكويت، الطبعة 2 (2006).
- 95 . القانون رقم 07-12 مؤرخ في 21 فبراير سنة 2012 يتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية العدد 12، الصادرة بتاريخ 29 فيفري (2012).
96. القانون رقم 06- 02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية العدد 14 ، (2006).
97. الأمر رقم 70 - 91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتضمن قانون الوثيق، الجريدة الرسمية العدد 107، الصادرة بتاريخ 25 ديسمبر (1970).
98. قرار رقم 243655 بتاريخ 16-11-1999، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، (2001).
99. المرسوم التنفيذي رقم 336-2000 المؤرخ في 26-10-2000 و المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و شروط و كفيات إصدارها و تسليمها، الجريدة الرسمية العدد 10، (2000).
100. المرسوم التنفيذي رقم 2000 – 146 المؤرخ في 28 جوان 2000 المعدل و المتمم ، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف ، الجريدة الرسمية ، العدد 38 ، الصادرة بتاريخ 02 جويلية (2000).
101. قانون رقم 88 - 27 المؤرخ في 12 جويلية 1988 ، المتضمن قانون التوثيق ، الجريدة الرسمية ، العدد 28، الصادرة بتاريخ 13 جويلية (1988).
102. يحي بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، دراسة نظرية و تطبيقية، طبعة 2 ، دون تاريخ الطبعة.
103. زروقي ليلي، حمدي عمر باشا، المنازعات العقارية ، دار هومة، الجزائر ، (2002).
104. زيتوني عمر، مقال بعنوان حجية العقد الرسمي، مجلة الموثق، العدد 3، (2001).

105. عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري دار هومة ، الطبعة 6 ، 2009 .
106. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، جزء 9 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة 3، (2009).
107. Maitre Amar Lahdiri, dispositions législatives et réglementaires relatives au Notariat En Algérie, Maison des registres, Belcourt.Alger,1997.
108. القانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001 ، المتعلق بالأوقاف ، المعدل و المتمم لقانون الأوقاف 91 – 10 ، الجريدة الرسمية العدد 29 ، الصادرة بتاريخ 23 ماي (2001) .
- 109- المرسوم التنفيذي رقم 2000-200 المؤرخ في 26 يوليو سنة 2000 ، الجريدة الرسمية العدد 47 ، الصادرة بتاريخ 2 أوت (2000) .
110. الأمر 75-74 المؤرخ في 12 ديسمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد 92 ، الصادرة بتاريخ 18-12-1975).
111. المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس سنة 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد 30 ، الصادرة بتاريخ 13-04-1976).
112. المرسوم التنفيذي رقم 95-55 المؤرخ في 15 فيفري سنة 1995، المحدد لتنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية تحت وصاية وزير المالية، الجريدة الرسمية عدد 15، الصادرة بتاريخ 19-03-1995).
113. عمار علوي ، الملكية و النظام العقاري في الجزائر، دار هومة ، طبعة 5 ، (2009) .
114. رامول خالد ، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير تخصص قانون عقاري ،كلية الحقوق، جامعة البلية (2000) .
- 115.د. عبد الحميد الشواربي، اجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء و الفقه، منشئة المعارف الإسكندرية، بدون رقم الطبعة (1999).
- 116.تموح منى ، المحافظة العقارية في التشريع الجزائري،مذكرة ماجستير، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر .
117. معوض عبد التواب ،السجل العيني علما وعملا، توزيع دار الفكر العربي، بدون رقم وتاريخ الطبعة .
- 118.رامول خالد،سلطات المحافظ العقاري في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة البلية (2004-2005) .

119. بن خضرة زهيرة ، مسؤولية المحافظ العقاري في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر (2006-2007).
120. مزعاش اسمهان ، التجربة الجزائرية في مجال الشهر العقاري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر (2005-2006).
121. زروقي ليلي ، التصرفات القانونية الواجبة الشهر والآثار القانونية المترتبة عن القيد،مجلة الموثق العدد05 ديسمبر(1998).
122. د.محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق ، المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر (1985).
123. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،جزء9 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة 3، (2009).
124. قرار المحكمة العليا رقم 68467 المؤرخ في21-10-1999،العدد01 ص 86، مجلة قضائية(1992).
125. صداقي عمر، شهر التصرفات القانونية في الجزائر،كلية الحقوق، بحث لنيل شهادة الماجستير ،بن عكنون (1984).
126. أحمد محرز،الشركات التجارية،دار النهضة،بيروت (1980).
127. محمد فريد العربي،الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية (2002).
128. د.عبد القادر البفيرات،محاضرات في مادة القانون التجاري،كلية الحقوق،جامعة الجزائر(2006-2007).
129. قرار رقم 97512 بتاريخ 16-01-1994، مجلة قضائية عدد02 (1994).
130. الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة1(1990).
131. د.الصدیق محمد الضریر دیون الوقف، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الأمانة العامة للأوقاف الكويت، الطبعة1،(2004).
132. النسفي ، طلبه الطلبة، مكتبة المثنى ، بغداد ، دون تاريخ و رقم الطبعة.
133. الشاطبي،الموافقات،تعليق محمد حسين التونسي، الجزء الأول،مجلد1 ، دارا لفكر،دون رقم الطبعة(1411 هـ).
134. رمضان أبو السعود،محمد حسين منصور،منشورات الحلبي الحقوقية، دون رقم الطبعة (2003).
135. قرار رقم 157310 بتاريخ 16-07-1997، العدد1،مجلة قضائية لسنة (1997).

136. عبد القادر بن عزوز ، فقه استثمار الوقف و تمويله في الإسلام ، دكتوراه، تخصص فقه و أصوله ، كلية العلوم الإسلامية ، جامعة الجزائر (2003- 2004).
137. أ.د.علي محي الدين القره داغي ، ديون الوقف ، بحث مقدم منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول،الأمانة العامة للأوقاف بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية،الكويت الطبعة1، 11- 13 أكتوبر (2003).
138. القرار المؤرخ في 10 أبريل 2000 الذي يتضمن ضبط الإيرادات و النفقات الخاصة بالأموال الوقفية العامة (2000).
139. ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة3 (1999).
140. ابن مفلح أبو عبد الله محمد شمس الدين، الفروع، جزء4، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة2 (1998).
141. أ.د.ناصر عبد الله الميمان ، ديون الوقف، بحث مقدم منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول،الأمانة العامة للأوقاف بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية،الكويت ،الطبعة1، 11- 13 أكتوبر، (2003).
142. علي محي الدين قره داغي، استثمار الوقف و طرقه القديمة و الحديثة
[http:// WWW. Islam on line. Net /Arabic / contemporary/2003/03/article 0b .shtml](http://WWW.Islam on line. Net /Arabic / contemporary/2003/03/article 0b .shtml)
143. محمدي نظرية الحق المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر (2000).
144. القرار رقم 223224 المؤرخ في 29 ديسمبر 2001 ، الصادر عن الغرفة العقارية جزء 1، قسم الوثائق، (2004).
145. القانون رقم 90-30 مؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية الجريدة الرسمية، العدد 52 ، الصادرة بتاريخ 2 ديسمبر (1990).
146. قرار المحكمة العليا رقم 297394 في 19-03-2003 ، مجلة قضائية ، عدد 2 قسم الوثائق، (2003).
147. خالد عبد الله الشعبي ، النظارة على الوقف، رسالة دكتوراه ،الأمانة العامة للأوقاف، دولة الكويت (2006) .
148. المرسوم التنفيذي رقم91- 81 المؤرخ في 23-03-1991 المتضمن المسجد و تنظيمه و تسيره و تحديد وظيفته، جريدة رسمية عدد16.
149. أبو عمر القرطبي. الكافي. الجزء 1. دار الكتب العلمية. بيروت، الطبعة 1 (1407 هـ).

150. أحمد فراج حسين: أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية بيروت، دون رقم الطبعة (1989).
- 151- الأمر رقم: 66- 155 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية العدد 49 ،الصادرة بتاريخ 18 يونيو (1966) .
152. قرار رقم 188432،المجلة القضائية،جزء 1 سنة 2004 قسم الوثائق (2004)
153. قرار مؤرخ في 29-10-1969. ن.س 1969 ،(1969).
154. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، جزء8، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة 3، (2009) .
155. الكبيسي محمد، أحكام الوقف ، جزء 2 ،وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية ، بغداد(2001)
156. أ. عبد الله سعد الهاجري، تقييم كفاءة استثمار أموال الوقف بدولة الكويت، رسالة ماجستير، الأمانة العامة للأوقاف الكويت، الطبعة 1 (2006).
157. محمد مختار السلامي، استثمار أموال الوقف، ، ديون الوقف، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الأمانة العامة للأوقاف الكويت، الطبعة 1، (2004).
158. د. شحاته حسين ، استثمار أموال الوقف، ديون الوقف، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت ، الطبعة 1، (2004).
159. د. عبد الله موسى العمار، استثمار أموال الوقف، ديون الوقف، أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الأمانة العامة للأوقاف الكويت طبعة 1، (2004).
160. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، جزء6، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة 3 (2009) .
161. سالمى موسى، التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر (2003) .
162. قرار رقم 183643 في 05-01-1998، مجلة قضائية 1999 عدد 1 ، (1999).
163. قرار رقم 016765 في 12-07-2005، صادر عن مجلس الدولة ، العدد 7 لسنة (2005).
164. عبد الوهاب عرفة ، الشامل في حق الملكية و الحقوق العينية الأصلية و التبعية ، دار الفكر و القانون ،المنصورة ،بدون رقم الطبعة (2008) .
- 165 . بوحلاسة عمر ، الوقف ، مجلة الموثق عدد 5 ، ديسمبر (1998).
166. القانون رقم 08- 09 المؤرخ في 25- 2- 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 ، الصادرة بتاريخ 23 أبريل (2008).

167. بشوش عائشة ،المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية ، مذكرة ماجستير ،فرع القانون الجنائي و العلوم الجنائية ،كلية الحقوق ، جامعة الجزائر (2001-2002).
168. حسن أحمد الحمادي،المسؤولية الجنائية لإدارة الوقفي قانون العقوبات،بحث مقدم لندوة الوقف الإسلامي،منظم من قبل كلية الشريعة و القانون،جامعة الإمارات العربية المتحدة،من6-7ديسمبر(1997).
- 169 – الونشريسي : أبو العباس أحمد بن يحيى، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، جزء7، بيروت، دون رقم وتاريخ الطبعة.
- 170 .د. علي الحكمي، شروط الواقفين و أحكامها، بحث مقدم في ندوة الوقف في الشريعة الإسلامية و مجالاته، دون تاريخ و رقم الطبعة.
171. إمام كمال الدين، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، دون رقم الطبعة(1998).
172. يكن زهدي،قانون الأوقاف الذري ومصادره الشرعية في لبنان، دار الثقافة، بيروت،الطبعة2(1964).
- 173 . أ.د محيو أحمد ، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، بدون رقم الطبعة (1996).
- 174 . أ.د. بعلي محمد الصغير ، القانون الإداري ،طبعة دار العلوم للنشر و التوزيع (2002).
175. جبريل على عبد الفتاح على،حركة تقنين أحكام الوقف في تاريخ مصر المعاصر، الأمانة العامة للأوقاف الكويت، بدون رقم الطبعة (2003).
176. صورية زردوم بن عمار ،النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري،مذكرة ماجستير ،تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق ،جامعة باتنة (2009-2010).
177. عمار بوضياف ،الوجيز في القانون الإداري، دار ربحانة ،الجزائر ، بدون رقم و تاريخ الطبعة.
178. المرسوم التنفيذي رقم 89 – 99 المؤرخ في 27 جوان 1989 المتضمن صلاحيات وزير الشؤون الدينية ، الجريدة الرسمية العدد 26 ، الصادرة بتاريخ 28 جوان (1989).
- 179 – محمد لمين بكرابي، التسيير الإداري للأوقاف في الجزائر، محاضرة أقيمت في دورة إدارة الأوقاف الإسلامي بالجزائر، المنظمة من قبل وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، بمساهمة البنك الإسلامي للتنمية، من 21 إلى 25 نوفمبر (1999).

180. المرسوم التنفيذي رقم 05 - 427 المؤرخ في 07 نوفمبر 2005 المعدل، بدون رقم الطبعة. و المتمم، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، الجريدة الرسمية ، العدد 73 ، الصادرة بتاريخ 09 نوفمبر (2005)
181. القرار الوزاري المؤرخ في 20 نوفمبر 2001 الذي يتضمن إنشاء مكاتب بالمديرية الفرعية لاستثمار الاملاك الوقفية .
182. د. منذر قحف ، الأساليب الحديثة في إدارة الوقف، بدون رقم و تاريخ الطبعة.
183. بهدي عيسى، رسم ملامح نموذج للتسيير الاستراتيجي لعينة من المؤسسات الاقتصادية وفق التنظيم الشبكي، أطروحة دكتوراه دولة ، فرع علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر (2004-2005).
184. الدوري عبد العزيز ، مستقبل الوقف في الوطن العربي ، مجلة المستقبل العربي عدد 247 ، ديسمبر (2001).
185. سامي الصالحات، مرتكزات أصولية في فهم طبيعة الوقف التنموية، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، عدد 02، (2005).
186. د. منذر قحف ، الدور الاقتصادي لنظام الوقف الإسلامي في تنمية المجتمع المدني، مع نظرة خاصة للدول العربية شرق المتوسط، بيروت في 8-12 / 10 / 2001. ، بدون رقم الطبعة (2001).
187. بن بيه عبد الله بن الشيخ محفوظ ، أثر المصلحة في الوقف ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد 47، (2000).
188. مغلي بشير ، التكوين الإقتصادي لنظام الوقف الجزائري و دوره المقاوم للإحتلال ، مجلة المصادر ، عدد 6 مارس (2002).
189. المرسوم التنفيذي رقم 91-83 المؤرخ في 23-03-1991، المتضمن انشاء نظارة الشؤون الدينية بالولاية و تحديد تنظيمها و تعديلها.
190. زكريا بن تونس ، المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال قانون الأوقاف الجزائري، مذكرة ماجستير ، تخصص شريعة و قانون ، كلية العلوم الإسلامية ، جامعة الجزائر (2005-2006).
191. أ.د عبد الله بن بيه ، مشمولات أجرة الناظر المعاصرة ، بحث مقدم منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الأمانة العامة للأوقاف بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، الكويت طبعة 1، 11-13 أكتوبر (2003)

192. أ.د. عجيل جاسم النشمي، مشمولات أجره الناظر المعاصرة، بحث مقدم منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الأمانة العامة للأوقاف بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، الكويت، طبعة 1، 11-13 أكتوبر، (2003).
193. أ.د. محمد عثمان إشبير، مشمولات أجره الناظر المعاصرة، بحث مقدم منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الأمانة العامة للأوقاف بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، الكويت، الطبعة 1، 11-13 أكتوبر (2003).
194. القانون رقم 06-03 المؤرخ في المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية العدد 46، الصادرة بتاريخ 16 جويلية (2006).
195. المرسوم التنفيذي رقم 08-411 المؤرخ في 24 ديسمبر 2008، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالشؤون الدينية والأوقاف، الجريدة الرسمية، العدد 73، الصادرة بتاريخ 20 ديسمبر (2008).
196. المرسوم رقم 85-59 المؤرخ في 23 مارس 1985، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 13، الصادرة بتاريخ 24 مارس (1985).
197. دنوفان العقيل العجرامة، سلطة تأديب الموظف العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 1، (2007).
198. أ.د. سامي جمال الدين، منازعات الوظيفة العامة، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة 1 (2005).
199. سلامي عمور، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية، مطبوعة أعدت لطلبة الحقوق، جامعة الجزائر (2000-2001).
200. عوابدي عمار، نظرية المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 2 (2004).
201. تاجر كريمة، المسؤولية الشخصية للموظف العام، مذكرة ماجستير، فرع القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (2000).
202. على فيلاي حميد بن شنيبي، نظرية الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، مطبوعة أعدت لطلبة الحقوق، جامعة الجزائر (1997-1998).
203. يوسف نجم جبران، النظرية العامة للموجبات، دار منشورات عويدات بيروت بالاشتراك مع ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 2 (1981).

204. علي علي سليمان ، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، بدون تاريخ و سنة الطبعة.
205. قجالي مراد ، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني الجزائري ، مذكرة ماجستير، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر، (2003).
206. د.مصطفى شلبي . أحكام الوصايا و الأوقاف، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، دون سنة الطبعة.
207. القاضي صمودي سليم،المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي،دار الهدى عين مليلة ، الجزائر دون سنة الطبعة.
208. دليلة مباركي، غسيل الأموال،رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم القانونية ،كلية الحقوق، جامعة باتنة (2007-2008).
209. د.فؤاد عبد الله العمر،استثمار الأموال الموقوفة،الأمانة العامة للأوقاف الكويت، (2007).