

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد السادس - البليدة -

كلية الحقوق

نظام الفتنة

في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري
-دراسة مقارنة-

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري و الزراعي

إشراف الدكتور : زروقي الطيب

إعداد الطالب: قنفود رمضان

لجنة المناقشة :

- د. مراد محمودي. أستاذ محاضر - جامعة البليدة - رئيسا
د. الطيب زروقي. أستاذ محاضر - جامعة الجزائر - مقرر
د. العيد حداد. أستاذ مكلف بالدروس - جامعة البليدة - عضوا
د. عبد العزيز العشاوي. أستاذ مساعد - جامعة البليدة - عضوا
أ. محمد أكلبي قرو. أستاذ مكلف بالدروس - جامعة البليدة - عضوا

السنة الدراسية: 2000/2001.



قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

أول ما يكسب المرء من يوم انفق به عمره

الابواب ثلاث

صدقة جارية^① ، أو علم ينفع به من بعده

أو ولد صالح يدعو له .

رواه الترمذي

① الصدقة الجارية : الوقف

درج علماء الإقتصاد والقانونيون على تصنيف الأملاك إلى أملاك عامة و أخرى خاصة ، وما من ملك آخر إلا و صنف في هذين النوعين ، إلا أن المشرع الجزائري و بالنظر إلى المصدر المادي لتشريع - و هو الشريعة الإسلامية - أضاف صنفا آخر من الأملاك يتمثل في الأملاك الوقفية ، أو بمعنى آخر الأملاك التي كانت محلا لتصرف قانوني يسمى الوقف ، هذا الأخير يعني في عمومه : التصرف القانوني الذي يفيد منع التصرف في العين التي يمكن الإنتفاع بها مع بقاء عينها ، و جعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداء أو انتهاء وفق إرادة الواقف للعمل بها في وقفه، و التي تتعلق إما بمصارف الوقف ، أو كيفية توزيع ريعه على المستحقين ، أو تتعلق بالولاية عليه .

لقد عملت الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر هذا التصرف، و مرجع نظريته العامة على تأسيس قواعد إيجابية بنانا للوقف ، و فتحا لميادين الخير به ، و إفادة لجوانب متعددة في الحياة الإنسانية لتحقيق مزيد من السعادة و الرقي للبشرية ، و قد كفلت ذلك كله بتنظيم دقيق، و أحكام منضبطة و مفصلة لأجل حماية هذا النشاط الخيري الإنساني من عوامل الأناية و الإنحراف و الزيف عن أهدافه و مقاصده النبيلة .

إن الدوافع التي جعلتنا نختار هذا الموضوع يمكن حصرها فيما يلي :

أولا - إحياء سنة الوقف ، و توجيهه للمساهمة الفعالة في دفع عجلة التنمية للمجتمع الجزائري .

ثانيا - الدعوة إلى تحقيق التجاوب الفعال مع العصر الذي نعيش فيه، من خلال تعميق دور المشاركة الشعبية في بناء المجتمع و توجيهها نحو تلبية إحتياجاته التنموية .

ثالثا - أهمية الموضوع التي يمكن التأكيد عليها في النقاط التالية :

أ - أن الوقف يعتبر صنفا مستقلا بذاته من أصناف الملكية ، و هو أمر غير معهود في النظم القانونية بصفة عامة .

ب- أنه من التصرفات القانونية التي تزيل الملك ، و تجعله في وضع خاص يضافي عليه مناعة عدم جواز التصرف فيه بقواعد فنية و تنظيمية غير معهودة في التصرفات القانونية عموما .

ج- أنه تصرف يحقق منافع معيشية و إجتماعية، و ثقافية مستمرة و متجددة في أزمنة متطاولة .

د- أنه من المواضيع التي تثير حساسية في نظام الأموال بسبب ما يتميز به عن غيره من التصرفات التمليلية، ولذا رأى المشرع الجزائري تنظيمه بقانون خاص هو قانون الوقف 91-10 المؤرخ في 27/04/1991 م والمعدل والمتمم بالقانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001.

هـ- أنه موضوع محله على الخصوص العقارات ، و هو بهذا يزيد إلى أهميته أهمية العقارات في حد ذاتها .

و أخيرا فإن الوقف يعتبر من المواضيع المتعلقة بالجانب التعبدية للإنسان ، و هذه الصفة جعلت وجود الوقف أمرا حيويا في المجتمع ، فكثرت أملاك الوقف ، و تنوعت أساليب نشأته ، و لذلك كان حريا التطرق إلى هذا الموضوع و معالجة المسائل التي يطرحها .

رابعا -- حدائنة الموضوع من حيث كونه لم يتناول - فيما أعلم - بدراسة تحليلية وافية في القانون الوضعي مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية .

إن الإشكالية الرئيسية التي يطرحها هذا الموضوع تتعلق بطبيعة النظام القانوني الذي يحكم هذا التصرف، و الآثار المترتبة عنه ، وما استحدثه المشرع الجزائري من تنظيم خاص به ، و مدى تأثيره بالأحكام المقررة له في الشريعة الإسلامية .

أما الاشكالات الفرعية التي يطرحها الموضوع فهي : ماهي طبيعة التصرف الوقفي و خصائصه ؟ و كيف يتم التعامل مع الكم الهائل من الأملاك الوقفية ؟

و للإجابة على هذه التساؤلات ، قسمنا الموضوع إلى أبواب ثلاثة ، و كان فاتحة هذه الأبواب فصل تمهيدي ، تطرقنا فيه إلى تاريخ نشأة الوقف من جهة ، و إلى تطور وضعه الأوقاف و تشريعها في الجزائر منذ الاحتلال إلى ما بعد الاستقلال و بالتحديد إلى غاية صدور قانون الوقف رقم 91-10 المعدل والمتمم و المرسوم التنفيذي له 458/98 اللذين ستركز عليهما في هذا البحث .

أما الباب الأول الذي يتناول ماهية الوقف فقد قسمناه إلى أربعة فصول كالتالي :

الفصل الأول : تعريف الوقف و تأسيسه .

الفصل الثاني : حكم الوقف و طبيعته .

الفصل الثالث : أقسام الوقف و خصائصه .

الفصل الرابع : إنشاء الوقف .

و في الباب الثاني الذي خصصناه لشروط الوقف قسمناه إلى فصول أربعة هي :

الفصل الأول : شروط الوقف.

الفصل الثاني : شروط المال الموقوف .

الفصل الثالث : شروط الموقوف عليه .

الفصل الرابع : الشروط الخاصة بصيغة الوقف .

و آخر باب تناولنا فيه الآثار المترتبة عن التصرف الوقفي التي صنفناها في فصول أربعة:

الفصل الأول : إمكانية الرجوع عن الوقف و مدى جواز التصرف فيه بالإستبدال .

الفصل الثاني : إدارة الوقف و إستغلاله .

الفصل الثالث : الإستحقاق في الوقف .

الفصل الرابع : طرق تنمية الوقف .

لقد اعتمدت في معالجي للإشكاليات المطروحة على المنهج التحليلي المقارن بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي الجزائري ، إلا ما اقتضاه الوصف التاريخي و النقل الموضوعي لآراء الفقهاء في بعض الأحيان .

إن اعتماد المنهج التحليلي إقتضته طبيعة البحث الأكاديمي من جهة ، و طبيعة الدراسة في هذا الموضوع التي هي دراسة مقارنة - و لو من الناحية الشكلية - وما دفعني إليها سببان هما :

أولاً : - إن الشريعة الإسلامية هي المصدر المادي لقانون الوقف الجزائري .

ثانياً : - إن القانون يحيل في كثير من المرات تنظيم أو حكم مسألة من المسائل إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، و هذا ما تطلب منا محاولة رصد ما قرره فقهاء الشريعة في كل مسألة من المسائل التي رأينا أنها محل إشكال ، أو ستكون محل إشكال من خلال عدم تطرق النصوص القانونية لها ، و هذا ما يجعلنا نرجو أن يكون جهدنا هذا مرجعاً لكل باحث في المسائل التي تستشكل عليهم فيما لا نص فيه .

و في الأخير ، نسأل الله لنا التجاوز عن الخطأ و النسيان ، و أن يلهمنا السداد

و الصواب ، كما نسأله لمن شد على جهدنا جزيل الشكر و الثواب .

الفصل التمهيدي

تاريخ الوقف، و تطور وضعيته في الجزائر

إن الوقف بهذا الإصطلاح يجد نبعه الأصيل في الشريعة الإسلامية ، ولكن معناه يمتد إلى ما قبلها ، بناء على شواهد التاريخ ، و هو الأمر الذي يضيف على الوقف أهمية بالغة و قيمة عليا ، جعلته يلقي بظلاله على جميع المجتمعات التي دخلها الإسلام ، من خلال إيجاد وضع قانوني له في المنظومة التشريعية لدول تلك المجتمعات و منها الجزائر التي شهد الوقف فيها تطورا نوعيا عبر تاريخها ، ولأجل توضيح ما سبق نقسم هذا الفصل التمهيدي إلى مبحثين يتعلق الأول بالوقف عبر التاريخ .
أما المبحث الثاني فيتعلق بتطور وضعية الأوقاف في الجزائر .

المبحث الأول:

الوقف عبر التاريخ

يمكن تحديد مسار تاريخ الوقف من خلال حقتين أساسيتين هما : حقبة ما قبل الإسلام و حقبة ما بعد الإسلام ، اللتين نتطرق إليهما في هذين المطلبين :

المطلب الأول :

تاريخ الوقف فيما قبل الإسلام

يعرف الوقف عموما بأنه منع التصرف في رقبة العين التي يمكن الإنتفاع بها مع بقاء عيبتها ، وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداء أو انتهاء ، و الوقف بهذا المعنى نجده مقرر في عصور ما قبل الإسلام ، وإن لم يسم بهذا الاسم (1) ، و لا أدل على ذلك من المعابد التي كانت قائمة ، و ما رصد لها من مصادر تمويلها و تمويلها ، فالبيوت الحرام و المسجد الأقصى ، و الكنائس و البيوع و الأديرة كانت قائمة ، و لا يتصور أن تكون مملوكة لأحد من العباد ، و منافعها لجميع الذين يتعبدون فيها ، و هذا الأمر لا يعني وجود تطابق تام بين مفهوم الوقف عند الأمم القديمة و المفهوم الإسلامي ، بل كل الأمر أنهما يلتقيان في بعض الأهداف و مدلولاتها ، و يتخالفان في مجالات أخرى هامة : عقائدية و إنسانية و حضارية ، وللوقوف على ما سبق نستعرض النقاط التالية :

الفرع الأول:

الوقف عند البابليين و الفراعنة

أولا : الوقف عند ملوك البابليين: كان ملوك البابليين يهبون بعض موظفيهم حقوق الإنتفاع بأجزاء من أراضيهم، دون أن يكون لهم الحق في أن يملكوها أو يتصرفوا فيها و كان القانون آنذاك يسمح بانتقال حق الإنتفاع بتلك الأراضي إلى الخلف العام للموظفين بحسب الشروط الموضوعية في الإستحقاق الترتيبي (2).

ثانيا : الوقف عند الفراعنة : لقد دلت الآثار المكتشفة حديثا في مصر ، على رصد بعض الناس لعقارات شاسعة على المقابر و المعابد و التماثيل، ليصرف ريعها في إصلاحها

(1) أنظر الإمام محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي ، دون سنة الطبع ، القاهرة ص 7.

(2) راجع الموسوعة العربية العالمية . مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر و التوزيع . جزء : 'و' . المملكة العربية السعودية ص 125.

وترميمها ، و تيسير إقامة الشعائر فيها، و كذلك لأجل الإنفاق على كهنتها و خدامها ، و كان الدافع عندهم لذلك هو رجاء التقرب إلى الله بحسب زعمهم.
و لقد وجد في هذا الزمن ما يسمى اليوم بالوقف الذري أو الأهلي ، فكانوا يخصصون أولادهم و ذرياتهم بريع و منافع الأعيان المحبوسة أو الموقوفة من غير أن يكون لهم الحق في تملكها أو التصرف فيها ، و ربما اشترطوا في تلك الأوقاف شروطا معينة كإشراف الإبن الأكبر من كل طبقة على إدارتها ، مع التأكيد على منع التصرف في العين ذاتها (1).

الفرع الثاني :

الوقف في زمن الرومان و عند الجرمان

أولا :الوقف في زمن الرومان: تطور نظام الأعباس عند الرومان بعد ظهور المسيحية حيث أصبحت الأوقاف مؤسسات تابعة للكنيسة تقوم على رعاية الفقراء و العجزة، لكنهم كانوا لا يعتقدون بإضفاء المتبرع صفة القداسة على الأرض التي احتبسها إذا لم يتم الكاهن بإجراءاته الشكلية المعينة ، و طقوسه الدينية الخاصة في هذا المجال، لقد كانوا يعتقدون أن هناك أشياء مقدسة هي خالصة لله ، كالمعبد و الدور و الهدايا ، حيث لا يجوز بيعها و لا رهنها و لا تملكها ، كما كانوا يرون أيضا أن المكان المقدس إذا انهدم بناؤه فإن أرضه تبقى مقدسة.

و بالإضافة إلى ذلك كله ، فقد كان بعض الرومان يرصدون الأعباس على أقربائهم و ذرياتهم لينتفعوا بها من بعدهم ، إلا أن توسعهم في هذا النوع من الأعباس ، ترتب عليه شلل في بعض النشاطات الاقتصادية و الإجتماعية، مما جعل "جوستينيان" -الذي حكم في القرن السادس للميلاد- يصدر أمرا بإلغاء الأعباس الأهلية إذا تجاوزت أربع طبقات ووجوب تملكها لهذه الطبقة الأخيرة (2).

ثانيا:الوقف عند الجرمان : كان الجرمان يسمحون للمتبرع برصد كل ماله أو بعضه لأسرة معينة ، مدة محددة أو إلى حين انقراضها ، وقد يكون الإستحقاق فيه لجميع أفراد الأسرة أو لبعضهم ، و قد يكون للذكور أو لا تم للإناث من بعدهم ، ولم يكن من الممكن عندهم بيع الأعباس أو هبتها أو توريثها، و بصفة عامةالتصرف فيها ، و ليس لمستحقها غير الإنتفاع بريعتها و ثمرها (3).

(1) راجع :الموسوعة العربية العالمية .مرجع سابق ، ص 125 .

(2) المرجع السابق . ص 125

(3) المرجع السابق .ص 125

تاريخ الوقف في الإسلام

الفرع الأول :

تقرير الوقف في الشريعة الإسلامية

لقد أجمع غالب علماء الإسلام على أن الوقف مشروع ، ذلك أن الإسلام ندب إليه و رغب فيه ، و جعله من أفضل القربات المستمرة الدائمة التي يتقرب بها إلى الله تعالى ، و في هذا يقول النبي (ص) : ((إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له)) (1) . ومن المتفق عليه بين جمهور الفقهاء أن الصدقة الجارية هي الوقف .

إذن ، فالوقف مشروع في الإسلام ، و أوقاف الصحابة معروفة ، و كان الهدف المبتغى من ذلك كله هو التقرب إلى الله تعالى بالطاعة ، و تحقيق رضوانه ، و نيل ثوابه المتجدد طيلة استدامة أعمال البر و المعروف و الإحسان إلى خلقه .
و هذا ما حدا بالصحابة إلى القول : الوقف وقاية للأغنياء من النار ، و لأموالهم من الضياع (2) .

و الواقع أن الإسلام عمل على التأسيس لقواعد إيجابية بناء للوقف ، و فتحا لميادين الخير به ، و إفادة لجوانب متعددة في الحياة الإنسانية ، لتحقيق مزيد من السعادة و الرقي للبشرية و قد كفل ذلك كله بتنظيم دقيق ، و أحكام منضبطة و مفصلة ، لأجل حماية هذا النشاط الخيري الإنساني من عوامل الأناية ، و الإحراف و الزيغ عن أهدافه و مقاصده النبيلة .

شمولية الاهتمام الوقفي لجوانب الحياة المعيشية

لوحظ عبر التاريخ الإسلامي إقبال المسلمين رجالا ونساء على الوقف بحماسة وإخلاص، من جيل الصحابة ثم الأجيال التي تليهم جيلا بعد جيل ، حتى امتلأت البلاد الإسلامية بالأوقاف الخيرية التي بلغت حدا من الكثرة استدعت أن تخصص لها اليوم في معظم البلاد الإسلامية وزارة تسمى وزارة الأوقاف .

لقد أدت الأوقاف الخيرية - كما يقول الدكتور هاشم الحسني - دورا هاما في المجتمع الإسلامي ، تمثل في نهضة الدعوة ، و نشر المصحف ، و كتب الحديث ، و التفسير ، و في التنظيم الإجتماعي والاقتصادي (3) ، نظرا لتعلق الأوقاف بجوانب شتى في الحياة المعيشية جعلتها تتنوع لتشمل معظم جوانب الحياة ، و يظهر ذلك من خلال الأوقاف التالية :

وقف المساجد : وهي أول الأوقاف التي اهتم بها المسلمون فقد كانوا يشيدونها بسخاء و من أبرز الأمثلة على ذلك مساجد قرطبة التي بلغت في القرن الرابع الهجري (القرن العاشر الميلادي) 600 مسجد (4) .

وقف المدارس : التي كانت كثيرة وكان التعليم فيها مجانيا لمختلف الطبقات مع توفرها على كل ضرورات الحياة لطالبي العلم فيها ولأساتذتها الذين كانوا أهل كفاءة واقتدار، وأهل اختصاصات علمية ودينية ، ولعله من الواضح هنا الأثر العميق لهذه المدارس في نشر العلم و رفع مستوى الثقافة و المعرفة ، وتيسير سبلها لكافة طلابها حتى الغربيين منهم .

(1) رواه الترمذي .

(2) انظر د. محمد كامل عطية ، نظم محاسبية في الإسلام ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف - الإسكندرية . 1989 ، ص 474

(3) المرجع السابق ص 475 .

(4) انظر الموسوعة العربية العالمية ، المرجع السابق ص 128 .

وقف المستشفيات : التي كانت تعرف باسم "البيمارستانات" - أي دور المرضى التي كان منها الثابت والمتحرك ، وتشمل كل الإختصاصات الطبية ، ولقد رافق هذا النوع من الأوقاف: أوقاف رصدت للإتفاق على المرضى ومعالجتهم، وإسكانهم وإطعامهم وتنظيفهم وخدمتهم (1) .

وقف المنازل والفنادق : للمحتاجين والمسافرين ، ومعها لوازمها من الاثاث، وأدوات الطبخ وغيرها ، ومنها أيضا الزوايا التي يقيم فيها من شاء لعبادة الله تعالى ، ومنها بيوت خاصة للفقراء ، يسكنها من لا يجد ما يشتري به دارا أو يستأجرها (2) .

وقف سقايات الماء : التي كانت مسبلة للناس في الطرقات العامة، ومنها أيضا بيوت للحجاج بمكة يقيمون فيها مجانا حين قدومهم للحج ، ومنها حفر الآبار الخيرية ، وإنشاء القناطر والجسور والطرقات لعبور المسافرين ، واستراحتهم وسقايتهم ، وكانت كثيرة جدا بين عواصم المدن الإسلامية ، ومدنها وقراها ، وبخاصة بين بغداد ومكة ، وبين دمشق والمدينة المنورة ، وبين مدن مصر وبلاد المغرب ، وكان يوقف معها البساتين والسراير ليؤكل من ثمرها ، والأبقار والأغنام ليشرب من لبنها (3) .

ومن الأوقاف الخيرية في تاريخ المسلمين المكتبات : (4) التي كان وقفها الخلفاء والأمراء والعلماء والأغنياء ، وكانوا يشيّدون لها إبنية خاصة ، عظيمة فسيحة ، وكانت تضم عشرات الآلاف من الكتب في علوم الفقه والحديث والتفسير ، والآداب والتاريخ والصيدلة والطب والكيمياء وغيرها ، وكان لهذه المكتبات موظفون ، ومترجمون ونساخ وخدم بصرف عليهم من ريع الأوقاف التي تنشأ من أجل ذلك .

ومما أنشأه المسلمون من الأوقاف الخيرية دور لتقديم الرعاية الإجتماعية المجانية : للقطاء واليتامى ، ولختانهم والعناية بهم ، وكذلك خصصوا دورا للعجزة والعميان والمقعدين ، حيث يبذلون لهم جميع ما يحتاجون إليه من سكن وغذاء ولباس ، ورعاية وتعليم أيضا ، بل وقفوا أموالا لإمداد العميان والمقعدين بمن يقودهم ويخدمهم . وكانت هناك أوقافا خيرية لتزويج الشباب العزاب الذين يعجزون عن تقديم المهور وتأمين نفقات الزواج ، كما وقف المسلمون أموالا لإمداد الأمهات بالحليب والسكر ، وكان مما وقفه صلاح الدين الأيوبي : أنه جعل في أحد أبواب قلعة دمشق ميازبا يسيل منه الحليب ، وميازبا آخر يسيل منه الماء المذاب فيه السكر ، تأتي إليه الأمهات يومين كل أسبوع ليأخذن لأطفالهن ما يحتاجونه من حليب وماء محلى بالسكر (5) . كما كانت هناك أوقاف خيرية تنفق على أسر السجناء وأولادهم ، حيث يقدم لهم الغذاء والكساء ، وما يحتاجونه من أمور أخرى .

ومما كان له نصيب كبير في اهتمامات المسلمين الوقفية : الحيوانات : فقد وقفوا الأموال لتطبيب المرضى منها، ولرعي المسنة العاجزة ، وكانت في دمشق أرض يقال لها المرج الأخضر ، وقفت للخيل المسنة العاجزة التي يطردها أصحابها ، لأنهم ما عادوا ينتفعون بها ، فكان هناك موظفون خاصون يأخذونها ، فترعى في أرض الوقف خلال حياتها. هكذا يتأكد سمو النزعة الإنسانية الحضارية وشمولها في تشريع الوقف عند المسلمين ، حيث غطت جوانب الحياة المعيشية لبني الإنسان بل وللحيوان أيضا ، حتى أمكن القول: أن الدولة الإسلامية كانت تعتمد ضمن مواردها الرئيسية على الوقف في أعمال الخير. وكانت هذه العقارات والأموال الموقوفة لصالح هيآت التعليم والعلاج ، ورعاية الأيتام وتغذية الاطفال ، ورعاية الأسر الفقيرة والمصائب الطارئة (6). وهذا كله تحققة

(1) ، (2) المرجع السابق ، ص 128 .

(3) ، (4) المرجع السابق ، ص 128 .

(5) المرجع السابق ، ص 129 .

(6) أنظر .د. محمد كامل عطية ، نظم محاسبية في الإسلام، مرجع سابق ، ص 475 .

لقوله تعالى ((وما تقدموا لأنفسكم من خير تجدوه عند الله هو خيرا وأعظم أجرا)) (1) .

الفرع الثاني :

ظهور أنظمة حديثة مشابهة لنظام الوقف

هناك من الأمم الحديثة من غير الدول الإسلامية من اتخذت أنظمة تشبه إلى حد كبير نظام الأوقاف في الإسلام ، ففي فرنسا انتشرت الإرسادات الخيرية في عصر النهضة الحديثة ، وأخذت طابعا ذا مدلول حضاري نوعا ما، حيث وجهت إلى ملاجئ العجزة والمدارس، ودور العيادة والمستشفيات، ولعل ذلك كان نتيجة اتصال الفرنسيين بالحضارة الإسلامية في الأندلس وفي سواحل بلاد الشام ومصر وقت الحروب الصليبية .

وفي عهد لويس الثالث عشر في القرن السابع عشر ميلادي ، وصلت الإرسادات والأحباس إلى ما يقارب ثلث مساحة فرنسا ، وحين قامت الثورة الفرنسية سنة 1789 م ألغت تلك الإرسادات وضممتها إلى أموال الدولة ، ثم اضطرت بعدئذ إلى وضع نظام خاص بالإرسادات الخيرية يوفق بين فكرة الرعاية الاجتماعية الخيرية ، وبين المصلحة العامة. وفي التشريع الفرنسي نوع من التصرفات المالية التي أطلق عليها اسم : الهيئة المتنقلة، تشبه إلى حد كبير ما يعرف بالوقف الذري عند المسلمين ، حيث أباح القانون للأب أن يهب أو يوصي بعقار إلى ولده لينتفع به ، ثم إذا مات ينتفع به أولاده أو إخوانه من بعده ، وهكذا من بعدهم .

كما يوجد في التشريع الفرنسي نص صريح في الإرسادات الخيرية العامة، وذلك إما بإنشاء المتبرع نفسه مؤسسة خيرية ، كمستشفى أو ملجأ للعجزة أو مدرسة، وإما بمشاركته في مؤسسة خيرية معترف بها قانونا ، كإنشائه سريرا أو جناحا في مستشفى وإعطائه مبلغا من المال للجامعة لإنشاء كرسي فيها للدراسة (2) .

أما في النظام الأنجلو أمريكي : ففيه نوع من التصرفات المالية يسمى : صندوق الإنتمان، وهو أن يضع شخص ما مالا معيناً في حيازة شخص آخر يسمى المستفيد أو المستحق، ومن أهدافه المعلنة : توفير الحماية المعيشية لزوج المتبرع أو ذريته، وهذا ما يسمى بصندوق الإنتمان الواقعي ، كما أن من أهدافه المعلنة أيضا تحقيق الخدمة الاجتماعية من خلال القيام بنشاطات ذات نفع عام ، وهذا ما يسمى بصندوق الإنتمان الخيري .

ولنظام صندوق الإنتمان مجموعة من الأحكام التفصيلية ؛ مثل إمكانية كون الوصي شخصية طبيعية أو شخصية اعتبارية كمؤسسة خيرية ، ولا يلزم في صندوق الإنتمان تعيين المستفيد بذاته ، بل بأوصافه أو طبقته ، كالتبني والأحفاد ، وإذا انقطعت جهة صندوق الإنتمان الخيري فالقاعدة في ذلك : صرف المال في أقرب غرض خيري مجانس للغرض الأصلي ، فإذا تعذر هذا فلمحكمة صرف المال في جهة خيرية أخرى تراها (3) .

مقارنة بين الوقف والمؤسسات الخيرية الاجتماعية الغربية: لقد بلغ الغرب في وقتنا الحاضر الذروة في استيفاء الحاجات المعيشية عن طريق المؤسسات الاجتماعية ، لكنه في الحقيقة لم يبلغ ذروة السمو الإنساني الخالص للخالق عز وجل ، كما بلغت الأمة الإسلامية في عصور ازدهارها ، بل وحتى في عصور ضعفها، والحقيقة أن السبب في ذلك يرجع إلى أن الباعث الأكبر في اندفاع الغربيين نحو الخير الإنساني العام هو: طلب الجاه والشهرة وانتشار الصيت ، وخلود الذكر بين الناس ، أو غير ذلك من الدوافع التي لا تتعلق بالطاعة لله تعالى ، وهذا ما جعل الإمام الشافعي يقول ((إن أهل الجاهلية فيما علمت لم يحبسوا (أي يققوا) تبررا (أي طاعة) وإنما حبس المسلمون)) (4) .

ولا أدل على ما سبق من أن صلاح الدين الأيوبي أنفق أمواله كلها على جهات البر الاجتماعية ، ولأبلاد الشام ومصر بالأوقاف الخيرية من مساجده ومدارس ومستشفيات ورباطات وغيرها، دون أن يسجل على واحدة منها اسمه ، وهذا غاية ما يكون من التجرد عن حظوظ النفس في أعمال البر والخير .

(1) سورة المزمل ، الآية 20.

(2) انظر: الموسوعة العربية العالمية ، المرجع السابق ، ص 125.

(3) ، (4) المرجع السابق ، ص 125.

وأمر آخر من الأهمية بمكان هو: أن الغربيين في مؤسساتهم الخيرية والاجتماعية كثيراً ما يحصرون الإنتفاع بها في مواطنيهم من أبناء دولتهم ، أو لأهداف تنصيرية بحثة أو دينوية ، في حين أن الأوقاف الخيرية عند المسلمين كانت تفتح أبوابها لكل إنسان بصرف النظر عن جنسيته ولغته ، وبلده ومذهبه .

وهناك فرق ثالث وهو : أن المسلمين وجهوا أوقافهم إلى وجوه من البر والتكافل الإجتماعي بل والإنساني ، مما لم يعرفه الغربيون ولم يمارسوه حتى اليوم ، وهذه الوجوه تبحث على الدهشة وتدلل على عمق النزعة الإنسانية عند المسلمين ، بل وعلى شمولها وصفاتها وتجردها ، حتى وصل بهم الأمر إلى أن وقفوا على الخدم العاملين في قصور الأغنياء وبيوتهم ، الذين قد يكسرون بعض الأواني الغالية الثمن ، حتى لا يتعرضوا للإهانة والإيذاء (1) .

(1) أنظر : الموسوعة العربية العالمية، المرجع السابق .ص 125.

المبحث الثاني :

تطور وضعية الأوقاف في الجزائر

إن الوقف ظاهرة إجتماعية إسلامية ، وهو بالإضافة إلى ذلك يعد من أهم أصناف الملكية العقارية التي عرفت الجزائر في الفترة ما قبل حكم العثمانيين ، ولقد ازداد توسعا -أي الوقف - ملحوظا خلال العهد العثماني ، لا سيما مع أواخر القرن الثامن عشر (18) وبداية القرن التاسع عشر (19) ، ولقد رافق هذا التوسع نظام إداري مميز ، وتوزعت الأملاك الموقوفة بين العديد من المؤسسات الخيرية التي كان الجزائريون يحسبون عليها أموالهم .

لقد كان لهذه الأوقاف الأثر الفعال ، والفضل المشهود في تماسك المجتمع الجزائري عند بداية الإستعمار الفرنسي، الذي ما فتئ يعتمد مباشرة بعد احتلاله الجزائر إلى إحداث تغييرات جذرية في كل الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، تمثلت خاصة في صدور سلسلة من التشريعات ترمي كلها إلى إعادة هيكلة نظام الملكية العقارية الموجودة آنذاك في الجزائر -بما يحتويه من أصناف ((أراضي البايك ، الممتلكات الخاصة الأراضي المشاعة ، أراضي العرش ، الأراضي الموقوفة)) -بما يتماشى والنظام العقاري الفرنسي الذي يركز على الملكية الخاصة بالدرجة الأولى، إضافة إلى ملكية الدولة، وعلى هذا الأساس فقد استهدفت تلك التشريعات العقارية : حل المؤسسات الخيرية التي كانت تشرف مباشرة على تسيير كم هائل من العقارات الموقوفة ، وانتهى الأمر في الأخير إلى ضم تلك الأملاك الوقفية إلى ملكية الدولة ، وجعلتها تابعة لمصلحة الدومين.

وبعد طرد الاحتلال ، شهدت الجزائر في إطار بنائها التشريعي صدور سلسلة من التشريعات : منها تلك التي جاءت لتنشيط الفعل الوقفي ، وإعادة تنظيم ملكية تلك الأوقاف . وقد ابتدأت بصدور المرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 17/09/1964م والذي تضمن نظام الأملاك الحبسية العامة، وتلى هذا المرسوم عدة قوانين ومراسيم منضمة للأملاك الوقفية ، كان آخر القوانين فيها القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 افريل 1991م الذي يحدد القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية وتسييرها وحفظها وحمايتها . ومن أجل الإلمام بهذا الموضوع إرتأينا تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول : الأملاك الوقفية في ظل الاحتلال الفرنسي.

المطلب الثاني : التطور التشريعي للوقف بعد الإستقلال.

ونبدأ بالمطلب الأول كما يلي :

المطلب الأول :

الأملاك الوقفية في ظل الاحتلال الفرنسي

وصف أحد الكتاب الفرنسيين الأوقاف على أنها تشكل أحد العوائق التي لا يمكن التغلب عليها ، والتي تحول دون تحقيق الإصلاحات الكبرى القادرة على تطوير الإقليم -الذي أخضعته أسلحتنا - وتحويله إلى مستعمرة حقيقية .(1)

ومما سبق، يتضح أن الأوقاف قد وقفت كحجر عثرة في وجه المحاولات الإستعمارية الهادفة إلى التوسع والإستحواذ على الأراضي الزراعية ، ولذا كان سعي السلطات الفرنسية حديثا لكسر هذا الحاجز ، حيث عمدت في سبيل تحقيق ذلك إلى انتهاج سياسة متدرجة تمت على ثلاثة مراحل ، ابتدأت بإبعاد الوقف عن المعاملات ، ثم تلاها التدخل في تسيير الأوقاف ، لتنتهي بالسيطرة عليها .

(1) انظر: ناصر الدين سعيدوني - دراسات في الملكية العقارية - الطبعة الأولى، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1986، ص 42.

السياسة الفرنسية لرفع مناعة الأوقاف: اتبعت سلطات الاحتلال الفرنسي عدة مراحل لرفع الحصانة أو المناعة عن الأملاك الوقفية التي لا تسمح طبيعتها بالتصرف فيها، ويمكن حصر هذه المراحل فيما يلي :

أولا : مرحلة إبعاد الوقف عن المعاملات :

- في هذه المرحلة أصدرت الإدارة الفرنسية عدة قرارات تنص على رفع صفة الحصانة والمناعة عن الأملاك الوقفية على النحو التالي :
- 1- القرار الصادر بتاريخ 1830/09/08 م والذي ينص على أن : ((للسلطات العسكرية الفرنسية الحق في الاستحواذ على أملاك موظفي الإدارة التركية السابقة، وبعض الأعيان من الكراغلة والحضر، بالإضافة إلى بعض الأوقاف التابعة لمؤسسة أوقاف الحرمين)) (1).
 - 2- القرار الصادر بتاريخ 1830/12/07 م من طرف الحاكم "كلوزيل" والذي كان يهدف إلى تمكين الأوروبيين من إمتلاك الأوقاف وانتقالها إليهم (2) .
 - 3- بتاريخ 1835/01/08 م تقدم السيد "بلوندال" BLONDEL مدير المالية بمشروع حول إدارة أملاك المؤسسات الدينية جاء فيه أن ((أملاك المؤسسات الدينية هي أملاك المساجد والفقراء والمسلمين ، ومن العدل ترك استعمال العوائد لمخلصي هذا الدين وتوزيعها من قبلهم ، وذلك احتراما لإرادة المنشئين ولمبادئ القرآن)) . وجاء في هذا المشروع أيضا أن : ((مساجد المرابطين ، والمؤسسات الدينية هي موضوعة تحت حماية الحكومة الفرنسية)) .

ثانيا : مرحلة تدخل الإدارة الفرنسية في تسيير الأوقاف :

بعد أن قامت الإدارة الإستعمارية بتهيئة الأرضية للتدخل في تسيير الأوقاف من خلال المراسيم والقرارات التي أصدرتها ، قامت بوضع نظام لتسيير المنشآت المقدسة ، بحيث أصبحت هذه المؤسسات خاضعة للمراقبة من طرف الإدارة الفرنسية، ويمكن حصر خطوات الإدارة الفرنسية لأجل تحقيق ما سبق فيما يلي :

1- إستيلاء الإدارة الفرنسية على بعض الأوقاف : وذلك منذ اللحظة الأولى للإستعمار حيث تم الإستيلاء على الأملاك والمباني وتحويلها إلى مكاتب ومصالح لإنشاء وتقديم مختلف الخدمات الإدارية ، وقد أشار الكاتب "بيشون" Pichon إلى أن الجيش الفرنسي شغل سنة 1832 م حوالي 55 مبنى كانت من أملاك مؤسسة الحرمين و المسجد الكبير وتم تحويل عدة مساجد إلى مصالح للخدمات ، كما هو الشأن بالنسبة لمسجد "علي بشين" الذي أصبح مقرا للصيدلية المركزية للجيش ، كما تم تحويل مسجد "علي خوجة" أيضا إلى محل تجاري (3).

2- تسيير الأوقاف من قبل وكلاء غير صالحين :

من المنافذ الهامة التي نفذت بها السلطات الفرنسية إلى الأوقاف، والتي تدرعت بها للتدخل في شؤونها ، هي التسيير السيئ للأوقاف من قبل بعض الوكلاء غير الأكفاء وغير النزهاء الذين استغلوا منصبهم للإختلاس وللتصرف في الأملاك الوقفية (4).

(1) انظر: د. مولود قاسم نايت بلقاسم ، الاصل ، مجلة ثقافية شهرية تصدر عن وزارة الشؤون الدينية السنة العاشرة العدد 89 / 90 ، مطبعة البحث ، قسنطينة . الجزائر . 1981 . ص 101 .

(2) المرجع السابق . ص 47 .

(3) انظر : نادية أبراهيمي المولودة أركام ، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية . معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، عين عكنون . 1995 . ص 29 .

(4) المرجع السابق . ص 30 .

3- تدخل المصالح المالية لتسيير المؤسسات الدينية الوقفية :

نظرا لتكرار أفعال الاختلاس الشائنة المنسوبة إلى الوكلاء كما سبق ، طلب المارشال " كلوزال " بتاريخ 1935/09/09 م من مدير المالية القيام بإجراءات سريعة لإعادة النظام الإداري للمؤسسات الدينية ، و استشارة المفتي عند الضرورة ، و سرعان ما أصدر الوالي العام قرارا يتضمن مجموعة من الإجراءات أهمها : (1) أ- تعيين مراقب مسلم ، يوضع بجانب وكيل مؤسسة الحرمين الشريفين . ب- القيام على الفور بجرد الدفاتر ، و التأكد من المبالغ الموجودة في الخزينة ، و هذا بحضور المفتي و مراقب الأملاك . ج- يتكلف هذا المراقب بالمدخيل و المصاريف لحين إشعار جديد . و في الفاتح من جانفي 1836م أصبحت كل المصاريف و المدخيل تسجل في الدفاتر الموضوعة تحت مراقبة مكتب المراقبة (2) ، و هذا ما يعني خضوعها لرقابة الإدارة المالية الفرنسية .

ثالثا : مرحلة سيطرة الإدارة الفرنسية على الأوقاف

بمقتضى قرار وزاري مؤرخ في 23 /03 /1843 م تم ربط مدخيل و مصاريف المؤسسات الدينية الوقفية بالميزانية الفرنسية ، و قد ورد في نص المادة الأولى من القرار أن ((العوائد و المصاريف مهما كانت طبيعة المؤسسات الدينية ، تكون مرتبطة بالميزانية الإستعمارية)) (3) . و توالى بعد ذلك القرارات المجحفة ، و التي أدت في النهاية إلى القضاء على المناعة التي كانت تتمتع بها الأملاك الوقفية ، و بالتالي تم إدخالها في إطار المعاملات العقارية و تم خرق القاعدة الشرعية الخاصة بالأوقاف . لقد أدى هذا الأمر إلى تدهور حالة الأملاك الوقفية و تناقص ريعها ، نتيجة لتلك القرارات التي صدرت بشأنها ، و خاصة القرار المؤرخ في 01 /10 /1844 م الذي قضى على مناعة الأملاك الموقوفة ، و كذا القرار المؤرخ في 03 /10 /1848م الذي تنص المادة الأولى منه على أن: المباني المنسوبة لمساجد المرابطين و للزوايا و بصفة عامة لكل المؤسسات الدينية التي لازالت - استثناء - مسيرة من طرف الوكلاء ، تسلم و تدير من طرف مصلحة أملاك الدولة وفقا للنصوص التنظيمية . ثم جاء قرار 16 /06 /1851م مؤكدا لقرار 01 /10 /1844 م . و بتاريخ 30 /10 /1858 م صدر مرسوم جديد قرر بمقتضاه السماح - حتى لليهود - بامتلاك الأوقاف ، التي أصبحت تخضع لأحكام الملكية العقارية المطبقة بفرنسا (4) . و أخيرا ، جاء قانون 1873م و الذي جعل من الأوقاف خدمة لمصالح الإستعمار ، و ذلك بعد تصفيتها (5) .

(1) و كان ذلك بتاريخ 17 /09 /1835 باقتراح من " بلوندال " .
(2) انظر : نادية براهيمى المولودة أركام ، مرجع سابق . ص 31 .
(3) المرجع السابق . ص 32 .
(4) انظر : د . مولود قاسم . نايت بلقاسم ، مرجع سابق . ص 102 .
د . ناصر الدين سعيدوني ، مرجع سابق . ص 106 .
(5) انظر : د . مولود قاسم نايت بلقاسم ، مرجع سابق . ص 102 .

المطلب الثاني :

التطور التشريعي للوقف بعد الإستقلال

إن التنظيم العقاري الذي كان سائدا قبل الإستقلال ، وبالرغم من تأثيراته السلبية التي تركها على أصناف الملكية بصفة عامة، وعلى الأوقاف بصفة خاصة ، إلا أن الأملاك الوقفية بقيت متواجدة (1) وقد كانت تتوزع على أوقاف حبست على المدارس والمساجد والزوايا والكتاتيب ، وبين أوقاف أهلية أو ذرية ، وعلّة ذلك كله تعود إلى الوازع الديني الذي كون حول الملكيات الوقفية نظرة إجلال وتقديس .

إن تولد الأملاك الوقفية غداة الإستقلال، حدا بالمشرع الجزائري إلى التفكير في تنظيمها وضبط التشريعات اللازمة لتسييرها وفق نظام قانوني وإداري ، يستجيب لطبيعة هذه الملكيات ويتجاوب مع الأهداف التي أنشئت من أجلها ، وقد انعكس اهتمام المشرع الجزائري بهذا الصنف من الملكية العقارية -الأوقاف- في تخصيص وزارة الأوقاف بعد الإستقلال ، أوكلت لها مهمة تسيير الأملاك الموقوفة وسلطة الرقابة عليها ، وبناءا على اقتراح وزير الأوقاف ، صدر أول تشريع يتعلق بالوقف ، تمثل في المرسوم 64-283 المؤرخ في 17 سبتمبر 1964 م .

لكن هذا الإهتمام ما فتئ يتقلص تارة، ويزيد تارة أخرى ، وخاصة بعد صدور الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 م المتعلق بالثورة الزراعية ، وعلى هذا الأساس سنتعرض إلى التشريعات التي نظمت الوقف بعد الإستقلال إلى يومنا هذا على النحو التالي:

الفرع الأول :

الأملاك الوقفية في ظل المرسوم رقم 64-283 المتعلق بالأملاك الحبسية العامة

لقد صدر-بناءا على اقتراح من وزير الأوقاف- المرسوم رقم 64-283 (2) المؤرخ في 1964/10/07 م لينظم ويحكم وضعية الأملاك الوقفية العامة.

لقد حدد المرسوم 64-283 الأهداف التي تقصد وترجى من إنشاء الوقف ، وحصرها في أهداف إجتماعية ودينية وخيرية ، شريطة أن يكون وقفها موافقا للصالح العام الوطني وللنظام العام ، وقد اعتبر كل شرط يخالف هذه الأهداف السابقة والأهداف الدينية الإسلامية يقع باطلا (3).

ولقد ابتدأ المرسوم مادة الإحدى عشر بتقسيم الأملاك الحبسية إلى قسمين : الأحباس العمومية والأحباس الخاصة .

أما الأحباس العمومية فهي الأحباس التي لا تقبل التفويت ولا تجري عليها المعاملات التجارية بناءا على إرادة المحبس أو الواقف ، ويخصص مدخولها بصورة قطعية لأعمال الخير أو لصالح اجتماعي ، وقد حددت الأوقاف العمومية في خمسة أقسام هي : (4)

-الأماكن التي تؤدي فيها شعائر الدين .

-الأملاك الوقفية أو الحبسية المحبسة على الأماكن المذكورة سابقا .

-الأملاك التابعة لهذه الأماكن .

-الأوقاف التي ضمت إلى أملاك الدولة، والتي لم يجر تفويتها أو تخصيصها .

-الأملاك التي اشتراها أشخاص طبيعيين أو معنويون باسمهم الشخصي أو التي وقفت عليهم بعدما اشتريت بأموال جماعة المسلمين ، أو وقع الاكتتاب عليها في وسط هذه الجماعة، أو خصصت تلك الأموال بالمشاريع الدينية .

(1) انظر : محمد فاروق عبد الحميد- التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في القانون الجزائري ط1 ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1988 -ص 8

(2) المرسوم التنفيذي رقم 64-283 المؤرخ في 1964/09/17 ، المتضمن الأملاك الحبسية العامة الجريدة الرسمية رقم 77.

(3) انظر : المادة 04 من المرسوم 64-283.

(4) انظر :المادتين: 1. 2 من المرسوم 64/283 .

- الأوقاف الخاصة - المعقبة - التي لا يعرف من حبست عليهم ، والمقصود بالأموال الوقفية الخاصة (المعقبة) : الأملاك التي يخصص الواقف منفعتها لمستحقين معينين ، و عند انقراضهم تضم إلى عموم الأوقاف .

وفيما يخص الجانب المالي في الوقف ، فقد حددت نفقات الوقف أو أوجه صرف ريع الوقف على وجه الأسبقية للنفقات الضرورية لصيانتة والمحافظة عليه ، كما أجاز المرسوم استبدال المال الموقوف في حالة خرابه بمال آخر من صنفه الشرعي ، مع مراعاة أحكام الوقف، والمنافع التي يجب الحصول عليها (1).

أما الجانب الإداري لممتلكات الوقف في ظل هذا المرسوم ، فقد كلف وزير الأوقاف بتولي إدارة الأوقاف العمومية ، مع إمكانية تفويض سلطاته فيما يخص التسيير على شرط احتفاظه في جميع الأحوال بسلطته الخاصة بالرقابة والوصاية ، ويدخل في نطاق سلطاته فسخ عقود الإيجار الخاصة بالأوقاف العمومية ، وذلك مهما كانت مدتها وتسميتها التعاقدية سواء كانت اعتيادية أو عرفية ، دون أن يفتح هذا الفسخ مجالاً لطلب التعويض .

وتجدر الإشارة إلى أن هذا المرسوم قد منح لإدارة أملاك الدولة الحق في إعطاء رأيها فيما يخص قيمة استئجار الأوقاف العمومية ، وجعل استشارتها كشرط لتسام عقد الإجارة عندما تعادل أو تفوق قيمة الإيجار خمسة آلاف دينار جزائري وكذلك الأمر بالنسبة للاستئجار والمعاوضات الخاصة بالأملاك الوقفية ، أو بالحقوق العقارية التي تجري عليها قصد استبدالها إذا كان ثمن البيع أو المعاوضة يعادل أو يفوق خمسة آلاف دينار جزائري . (2)

ويلاحظ في الأخير: أن هذا المرسوم قد قرر أن جميع الجمعيات مهما كان نوعها ، التي تقوم بإدارة أو تسيير أو مراقبة الأملاك الوقفية، وكذا الجمعيات والمنظمات التي كانت مكلفة سابقاً من قبل السلطات المتصرفة في تلك الأملاك، أو المسيرة لشؤون الدين الإسلامي تكون ملزمة باتباع ما جاء في هذا المرسوم .

وعلى هذه الجمعيات أو المنظمات أن تقدم حساب إدارتها وجميع الوثائق الثبوتية والعقود والمستندات الموجودة بحوزتها ، وكل المبالغ التي لديها إلى وزارة الأوقاف ، وذلك خلال أجل حدده هذا المرسوم . (3)

لكن -وبعد استعراض كل الذي سبق - نسجل ملاحظة كبيرة : مفادها أن هذا المرسوم 64-283 قد جمد فور صدوره ، وبالتالي لم يدخل حيز التطبيق أصلاً . وبالتالي فإن وضعية الأوقاف فعلياً بقيت دون ضبط وتحديد دقيق ، وبالتالي ظلت على وضعيتها إلى حين صدور الأمر 71-73 المتضمن الثورة الزراعية ليزيد الطين بلة .

الفرع الثاني :

الأملاك الوقفية في ظل الأمر 71-73 المتعلق بالثورة الزراعية

يعتبر هذا الأمر (4) أحد التشريعات الأساسية التي استهدفت تحقيق التطبيق والتحول الإشتراكي في مجال الزراعة ، وهو يعتبر قانوناً تفصيلياً لما أكده كل من الميثاق الوطني ودستور 1976م .

وقد أسفر تطبيق هذا الأمر عن تشكيل قطاع الأموال الوطنية الزراعي ، والذي يتسم بالإتساع الذي غطى غالبية الأراضي الزراعي المتاحة . (5)

وقد تشكل قطاع الأموال العامة الزراعية أساساً نتيجة لعمليات التأميم الذي تأسس تنفيذها على قواعد قانونية حددها هذا الأمر والتي تمثلت فيما يلي :

1- تأميم الأراضي الزراعية التي تخيب عنها ملاكها الخواص ، وفي هذا الصدد اعتبر

(1) المادة 06 من المرسوم 64-283

(2) المادة 07 من المرسوم 64-283

(3) المادة 09 من المرسوم . 64-283

(4) الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتضمن الثورة الزراعية. الجريدة الرسمية رقم 97.

(5) محمد فاروق عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص 13.

كل مالك لا يستغل الأراضي الزراعية المملوكة له بزراعتها شخصيا ، ويكتفي بتأجيرها، متغيبا عن أرضه، وتأسيسا على مبدأ : "الأرض لمن يخدمها" ، أمنت هذه الأراضي ووسائل الإنتاج المرتبطة بها (1). وطبقا للمادة 37 من الأمر السالف الذكر، فإن حكم المالك المتغيب عن الأرض ينطبق على المستحقين في الأراضي الزراعية الموقوفة والتي لا يقومون باستغلالها بأنفسهم ، ويتم تأميمها طبقا لذلك لصالح صندوق الثورة الزراعية .

2- تأميم أراضي الأوقاف العمومية الزراعية : حيث أوردت المادة 34 من الأمر حكما يقضي باعتبار كل أرض زراعية أو معدة للزراعة، وكل مؤسسة وقف أيلة مباشرة لمؤسسة أو أيلة نهائيا لها ، من الأوقاف العمومية بحكم القانون ، شريطة أن تكون المؤسسة المكلفة بها أو الجهة التي آلت الأرض إليها، معتبرة كهيئة ذات طابع نفع عمومي أو مصلحة عامة، وإذا لم تتوفر فيها هذه الشروط تؤمم الأرض بتمامها لفائدة الصندوق الوطني للثورة الزراعية ، دون أن يمس تدبير التأميم البنائات الواقعة فيها ، أو ما يحيطها مباشرة .

وتنص المادة 35 من الأمر على أنه ((عندما تكون الأرض الزراعية أو المعدة للزراعة والمؤسسة كوقف أيل للأوقاف نهائيا ، يتم تأسيسها أو إلحاقها بالصندوق الوطني للثورة الزراعية ، ويصبح الأشخاص القانونيون باستغلالها مباشرة أو شخصيا حين التأميم مستحقين لها على وجه الأولوية ، شريطة أن تتوفر فيهم شروط المنح للخصوص عاينها في هذا الأمر ولا يتم منح هذه الأراضي واستغلالها إلا بالشكل الجساعي مراعاة لوحدة أولوية العقود)).

أما المواد 36 و37 و38 من هذا الأمر فقد وردت تحت عنوان : حالة الأرض الزراعية أو المعدة للزراعة ، والمؤسسة كوقف خاص ، حيث تنص المادة 36 على أنه: ((تطبق أحكام الجزء الأول من هذا الأمر المتعلقة بتأميم الأراضي الزراعية أو المعدة للزراعة ، وتسري بتمامها على الأراضي الزراعية أو المعدة للزراعة والمؤسسة كوقف ، وغير المستكملة لأيلولتها النهائية للوقف)).

أما المادة 37 من الأمر فتتص على ما يلي : ((إن أصحاب الإستحقاق الوسطاء، الذين لا يستغلون حسب مفهوم هذا الأمر ، بصفة مباشرة وشخصية الأرض الزراعية أو المعدة للزراعة والمؤسسة كوقف ، وغير أيلة نهائيا للوقف ، يعدون بمثابة مالكيين غير مستغلين بالنسبة لتطبيق التدابير الخاصة بالثورة الزراعية على هذه الأرض ، وعندما يستغل هؤلاء المستحقون الأرض المذكورة مباشرة وشخصيا ، تسري عليهم أحكام هذا الأمر المتعلقة بحصر الملكية الخاصة الزراعية)).

وتضيف المادة 38 بأنه ((عندما تزول المؤسسة أو الجهة المعنية كمستحقة نهائيا لأرض زراعية أو معدة للزراعة ومؤسسة كوقف تحل الدولة محلها ، وإذا وجد مستحقون لهذه الأراضي، تطبق عليهم أحكام المادة السالفة ، وفي حالة عدم وجود مستحقين وسطاء للأرض تعود هذه الأرض بتمامها للصندوق الوطني للثورة الزراعية)).

لقد كان الواضح من هذه السياسة المتبعة في هذا الأمر هو الحث على استثمار الأراضي الموقوفة واستغلالها ، نتيجة لنقصان الأراضي الزراعية بالنسبة لعدد الفلاحين الذين لا يملكون الأرض أو يملكون قليلا منها (2) ، كما أنه يمكن الملاحظة في الأخير كما يرى الأستاذ محمد حسنين أنه فيما يتعلق بوقف الأرض الزراعية ، لم تبق سوى الأوقاف العمومية ، وهي التي آلت إلى جهة أو مؤسسات ذات نفع عام قبل نشر الأمر المتضمن الثورة الزراعية ، وهذا الحكم يشابه ما جرى في مصر من ناحية إلغاء الوقف الأهلي أو الخاص ، واستبقاء الوقف الخيري أو الأوقاف العمومية .

(1) محمد فاروق عبد الحميد ، التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في القانون الجزائري. المرجع السابق، ص 22.

(2) انظر ميثاق الثورة الزراعية ، الجريدة الرسمية، العدد 97 -الصادر بتاريخ 30/11/1971 م.

الفرع الثالث :

الأحكام الوقفية ما بعد قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة

1- قانون الأسرة 84-11

لقد تضمن قانون الأسرة (84-11) الصادر بتاريخ 09 جوان 1984 م (1) في الفصل الرابع منه والخاص بالتبرعات ، على بعض الأحكام القانونية للوقف ، هذا الأخير الذي عرفه قانون الأسرة بأنه ((حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد (والتصدق)) وقد قرر هذا القانون نوعين من الوقف : الوقف الأهلي أو الذري، والوقف العام.

هذا، وقد أجاز القانون للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته على أن يكون مال الوقف بعد ذلك على الجهة المعنية(2).

كما أحال شروط الوقف والموقوف عليه إلى ما اشترطه الواهب والموهوب طبقاً للمادتين 204 و 205 من القانون ، أما المال الموقوف فقد قرر له القانون شروطاً تمثلت في :

أن يكون المال المحبس ملكاً للواقف معيناً وخالياً من النزاع.(3)

كما أكد القانون على أمر إثبات الوقف ، بأن هذا الأخير إذا توافرت أركانه يثبت بما تثبت به الوصية بتصريح أمام الموثق ، ويحرر عقد بذلك ، وفي حالة وجود مانع قاهر يثبت الوقف بحكم ، ويؤشر به على هامش أصل الملكية.(4)

وقد تطرق هذا القانون أيضاً إلى إشتراطات الواقف ، التي قيد نفاذها بعدم تنافيتها مع مقتضيات الوقف شرعاً، وإلا بطلت شروط الواقف ، وبقي الوقف صحيحاً .

وقد اعتبر القانون كل ما أحدثه الواقف من بناءٍ أو غرس ملحقا بالعين الموقوفة ، كما أن كل تغيير يمس عين الوقف وينجر عن ذلك تعويض فإن هذا الأخير يقوم مقام الوقف ، وهو بهذا قد أجاز الاستبدال في الوقف.(5)

ويمكن القول بصفة عامة بصدد هذا القانون أنه لم يفصل بوضوح ، ويبين بجلاء النظام القانوني والإداري للوقف ، مكتفياً بالاختصار على بعض الأحكام الفقهية .

قانون الأملاك الوطنية - 84-16 (6):

لقد صدر هذا القانون بشأن تنظيم وضعية المركز القانوني للأملاك الوطنية، حيث وردت في المادة 11 منه قائمة الأملاك الوطنية فتتص: ((تشكل الأملاك الوطنية من الأملاك العمومية والأملاك الاقتصادية ، والأملاك المستخصة ، والأملاك العسكرية ، والأملاك الخارجية)).

وقد قسمت المادة 14 من هذا القانون الأملاك الوطنية إلى قسمين رئيسيين هما : الأملاك العامة الطبيعية والأملاك العامة الصناعية ، ثم جاءت المادة 15 منه بتفصيل النوعيات المشكلة لعناصر كل قسم ، وفي هذا الإطار اعتبرت الحبوسات أو الأوقاف العمومية ضمن قائمة الأموال العامة، وذلك اعتماداً على قرارات الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى للقضاء(7).

(1) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية رقم 52.

(2) المادة 214 من القانون 84-11 .

(3) المادة 216 من القانون 84-11 .

(5) ، (6) المواد 217 ، 220 من القانون رقم 84-11 .

(6) قانون رقم 84-16 المؤرخ في 30 جوان 1984 ، المتضمن الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية رقم 15.

(7) من ذلك القرار رقم 26 المؤرخ في 01 أبريل 1978م من الملف رقم 14480 الصادر عن السيد جباري وزير التعليم الأصلي آنذاك ، حيث حددت الطبيعة القانونية لأموال الأوقاف العمومية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، على أساس أنها أموال غير قابلة للتصرف فيها أو حجز عليها أو تملكها بالتقادم ، ونظراً لخصوعها إدارياً لوزارة الأوقاف واستناداً على الوصف الذي أطلقه عليها المرسوم رقم 64-283 السابق الذكر والمتعلق بنظام الأملاك الحيسية العامة من حيث كونها وقفاً عاماً ، وبالتالي فإن طبيعتها القانونية حددت بأنها مال عام* وهذا ما نصت به المادة 16 من القانون المتعلق بالأملاك الوطنية (84-16) .

الباب الأول

ماهية الوقف

إن كون الوقف تصرف يجد مصدره المادي في الشريعة الإسلامية ، يوجب علينا لمعرفة كنهه وحقيقته البحث في ماهيته ، هذه الأخيرة تستدعي منا البحث في الفصول التالية :

الفصل الأول : تعريف الوقف و تأسيسه .

الفصل الثاني : حكم الوقف و طبيعته .

الفصل الثالث : أقسام الوقف و خصائصه .

الفصل الرابع : إنشاء الوقف .

الفصل الأول :

تعريف الوقف وتأسيسه

سنتناول في هذا الفصل مبحثين أساسيين يتعلق أحدهما بالتعريف بالوقف ، ويتعلق الثاني بالأساس الشرعي والقانوني للوقف .

المبحث الأول :

تعريف الوقف

الوقف والتحبيس والتسييل بمعنى واحد، ويمكن تحديد معناه بدقة بالتدقيق إلى مفهومه اللغوي ، وكذا الإصطلاحي .

المطلب الأول :

التعريف اللغوي للوقف

الوقف في لغة العرب مصدر وقف، وهو يدل على كثير من المعاني منها : الحبس والمنع، تقول: وقفت الدابة، أي حبستها ومنعتها عن السير .

ويأتي أيضا بمعنى الإطلاع ، تقول: وقفت على معنى كذا ، أي إطلعت عليه ، ووقفته على ذنبه ، وعلى سوء صنيعه ، أي أطلعته عليه (1) .

ولقد اشتهر إطلاق المصدر وإرادة إسم المفعول ، تقول هذا العقار وقف، أي موقوف ومن هنا جمع على أوقاف ، ووقوف ، لأن المصدر لا يثنى ولا يجمع ، ولذا يقال وزارة الأوقاف .

وإذا كان الحبس والتسييل من المعاني الصريحة للوقف، فإن هناك معاني محتملة للوقف مثل : تصدقت ، حرمت ، أبدت ، لكن لا ينعقد الوقف بمجرد هذه الألفاظ إلا إذا وجدت قرينة تجعل المعنى ينصرف إلى ذلك ، والسبب في ذلك أنه لم يثبت لهذه الألفاظ عرف الاستعمال ، ومثال ذلك القول : تصدقت بالمال صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث فهنا مع وجود هذه القرائن لا يحتمل غير الوقف .

(1) أنظر: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي الشيرازي . القاموس المحيط ، دون بيانات . ص 201 .

المطلب الثاني :

التعريف الإصطلاحي للوقف

لتحديد معنى الوقف الإصطلاحي يجدر التمييز بين الإصطلاح الشرعي والإصطلاح القانوني .

الفرع الأول :

الوقف في الإصطلاح الشرعي

تعريف متباينة إلى حد التعارض: يلاحظ الباحث في الفقه الإسلامي تعاريف أربعة للوقف تختلف وتتباين على النحو التالي :

أولا : -تعريف الفقيه أبي حنيفة: يرى هذا الفقيه أن الوقف هو « حبس العين على حكم ملك الواقف، والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات الخير والبر في الحال أو المال (1) .
نتائج التعريف: يستنبط من التعريف السابق النتائج التالية:

1- إن المال الموقوف لا يخرج من ملك الواقف ، بل يبقى على ملكه بعد وقفه ، فيبقى له حق التصرف فيه ببيعه ورهنه وهبته وتأمينه ، والإيصاء به ، وإذا مات ورثه خلفه العام كما يخلفه في سائر أملاكه .(2)

2- إن ريع العقار الموقوف يخصص للجهة الموقوف عليها بطريق التبرع المحض مع بقاء الشيء الموقوف نفسه على ملك الواقف مما يفيد أن الوقف هنا يقع بمنزلة العارية(3).

ثانيا : تعريف جمهور الفقهاء: وهم الصحابان -وبرأيهما يفتى عند الحنفية- وكذلك الشافعية والحنابلة في الأصح(4)، حيث يرون أن الوقف هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى، والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداء وانتهاءا .(5)

نتائج التعريف: على أساس تعريف الجمهور المذكور نترتب النتائج التالية :

- 1- أن الوقف يخرج عن ملك الواقف ، ويصير حبسا على ملك الله تعالى .
- 2- يتمتع الواقف عن التصرف في المال الموقوف ، وإذا مات الواقف لا يورث عنه .
- 3- يلزم التبرع بريع الوقف على جهة الوقف .

(1) أنظر د. الشيخ محمد مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف ، ط4. الدار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت. 1982. ص. 304.

د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 8 ، الطبعة الثالثة ، دار الفكر ، دمشق. ص. 153.

(2) يستثنى من عدم لزوم الوقف عند أبي حنيفة ما اتصل بأمر ثلاثة هي :

أ- أن يحكم بلزومه حاكم يذهب إلى اللزوم بعد أن يقع نزاع بين الواقف وناظر الوقف أو المستحقين .

ب- أن يخرج الواقف وقفه مخرج الوصية بأن يطلقه على موته .

ج- أن يجعل أرضه مسجدا بأن يبيئه ويأذن للناس بالمسلاة فيه .

(3) العارية : ((هي عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في عرض معين على أن يردده بعد الاستعمال)) أنظر المادة 538 من الأمر 538/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانوني المدني الجزائري . ج.ر. 8.

(4) أنظر د. وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق. ص. 154.

(5) المرجع السابق. ص. 154، 155.

ثالثاً : تعريف المالكية : يعرف المالكية (1) الوقف بأنه: ((حبس العين عن التصرفات التمليلية مع بقائها على ملك الواقف ، والتبرع اللازم بريعتها على جهة من جهات البر)). وما يستخلص من هذا التعريف هو :

- 1- أن العين الموقوفة لا تخرج عن ملك الواقف .
- 2- يمنع الواقف من التصرف في العين الموقوفة بأي تصرف تمليلي .
- 3- أن التأبيد ليس شرطاً في الوقف ، فيجوز الوقف لمدة زمنية محدودة .

رابعاً : تعريف الفقهاء الشافعي وأحمد بن حنبل :

وهو القول الثاني لهما في مذهبيهما (2) حيث يعرفان الوقف بأنه: ((حبس المال عن التصرف فيه ، والتصديق اللازم بالمنفعة مع انتقال ملكية العين الموقوفة إلى الموقوف عليهم ملكاً لا يبيح لهم التصرف المطلق فيه)) (3).
وبتحليل هذا التعريف يتضح الآتي :

- 1- أنه في مجمله يتفق مع تعريف الجمهور وان اختلف عنه في كون العين الموقوفة تدخل في ملكية الموقوف عليهم .
- 2- أن ملك الموقوف عليهم لعين الوقف لا يبيح لهم التصرف فيها بالبيع والهبة وإذا ماتوا لا تورث عنهم.

إن نظرة بسيطة إلى الآثار التي يترتبها كل تعريف سابق، يلحظ مدى الإختلاف والتباين بين تلك التعاريف إلى حد التعارض الذي يظهر بين من يرى المنع المطلق للتصرف في عين الوقف ، وبين تساهل الذين يرون جواز التصرف في عين الوقف بناءً على إرادة الواقف وهذا أمر يستدعي المناقشة والتمحيص.

مناقشة وترجيح : إن تحليلنا للتعاريف السابقة، ولأدلتها التي قامت عليها يجعلنا نلاحظ أمرين أساسيين هما :

الأمر الأول : إن إختلاف التعاريف مرده في رأينا إلى سببين رئيسيين هما :

1- وصول الأحاديث والآثار الواردة في تشريع الوقف إلى بعض الأئمة ، دون وصولها إلى البعض الآخر من طريق سليم كما هو الشأن بالنسبة لحديث ابن عمر (رض) الشهير في موضوع الوقف الذي لم يصل الإمام أبي حنيفة ، السابق ذكره ، ولو وصله لكان له أمر الجمهور في تعريف الوقف ، كما حدث لصاحبيه .

2: إختلاف أئمة المذاهب في فهم ما تدل عليه عبارات حديث ابن عمر (رض) السابق ذكره وما جاء بعدها من عبارات الواقفين من الصحابة رضي الله عنهم .

(1) انظر : د . وهبة الزحيلي ، المرجع السابق . ص 156.

(2)راجع : زهدي يكن ، أحكام الوقف ، الطبعة الأولى ، المطبعة العصرية للطباعة والنشر ، بيروت دون سنة الطبع . ص 9 . - د. فتحي الدريني ، الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب ، مطبعة طبرين سنة 1979-1980 . ص 379-384 . - الشيخ محمد مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف مرجع سابق . ص 307 .

(3) انظر : د . محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق . ص 307.

الأمر الثاني : إن مراعاة الأمر السابق يجعلنا نوفق بين التعارض الموجود في التعاريف السابقة ، ونقلص هوة الاختلاف بينهما لتصبح متعلقة بمسألة ملكية العين الموقوفة أهي على حكم الله ، أم هي على حكم الواقف أو الموقوف عليهم ؟

وفي رأينا أن هذه المسألة الأخيرة فنية لأجل موافقة الأصول العامة في الملكية والتي مؤداها أن الملكية موبدة، ولأنها مسألة فنية فأيما حيلة قانونية رجحناها كانت مقبولة ، ما دام الإتفاق حاصلًا على أن المال الموقوف يخضع لمنطق عدم نفاذ أي تصرف تملكي عليه ، ولكن الأرجح في رأينا هو تعريف الجمهور الذي يجعل الوقف على حكم ملك الله تعالى، على أساس أن لفظ "حكم" كما يرى بعض الفقهاء تشير إلى أن المخلوقات بأثرها محبوسة على ملك الله دائما بحيث لا يكون للمخلوق فيه تصرف سوى المنفعة.

وفي الأخير، وإن كنا قد رجحنا تعريف الجمهور فإنه من المفيد تقرير أن أحسن تعريف للوقف هو الذي ينأى عن مواطن الاختلاف الفقهي السابق ، والذي يماثل الصيغة التي نقترحها والتي تفيد أن الوقف: ((هو منع التصرف في رقبية العين ، والتبرع بمنفعتها)) فهذه الصيغة في اعتقادنا تحدد الإطار العام للوقف ، وتترك التفاصيل لظروف الزمان ولتطور الأفهام.

الفرع الثاني

الوقف في الإصطلاح القانوني

التوافق النسبي في النصوص القانونية:

النص القانوني : ((الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير)) .

لقد جاء هذا النص في المادة 03 من قانون الوقف في الفصل الأول منه تحت عنوان أحكام عامة، فهذه المادة تحدد الإطار العام للوقف كتصرف قانوني .

ولقد وردت عدة نصوص أخرى محاوثة تعريف الوقف ، اختلفت مواقعها في المنظومة القانونية الجزائرية على النحو التالي :

-المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري (84-11) التي عرفت الوقف بأنه ((حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق)) .

-المادة 31 من قانون التوجيه العقاري (90-25) التي عرفت الوقف بطريق غير مباشر بالنص التالي : « الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما ينتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء اللذين يعينهم المالك المذكور» .

يضاف إلى المواد السابقة المادة 05 من قانون الوقف التي تنص : ((الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ويتمتع بالشخصية المعنوية ، وتسهر الدولة على إحترام إرادة الوقف وتنفيذها)) .

تحليل النصوص السابقة : إن تحليل النصوص السابقة يجعلنا نذف عند نتيجتين هما :

أولا : العبرة بتعريف قانون الوقف وما وافقه : إن قانون الوقف رقم 91-10 هو الذي يحدد القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية وتسييرها وحفظها وحمايتها ، وفقا للمادة الأولى

منه ، وعلى هذا فإن نصوصه هي المعتبرة في موضوع الوقف وكل ما خالفها يكون محل إلغاء عملاً بالمادة 49 منه ، وبملاحظة النصوص السابقة نجد توافقاً بين نصوص المادة 03 من قانون الوقف مع المادة 213 من قانون الأسرة ، ويظهر ذلك من خلال النتائج المترتبة عن التعريفين وهي:

- 1- أن الوقف يخرج من ملك الواقف وغيره من الأشخاص.
- 2- منع التصرف في العين الموقوفة بأي وجه كان، وعدم جواز إرثها.
- 3- أن محل الوقف يصح أن يكون عقاراً أو منقولاً على أساس عموم لفظي "المال" و"العين" الشاملتين لمعنى العقار والمنقول .
- 4- أن الوقف يشكل في حد ذاته شخصية معنوية، فلا يكون ملكاً للواقف ولا للموقوف عليهم ولا على حكم ملك الله تعالى ، وهذه النتيجة كانت إضافة جديدة في قانون الوقف لم تقررها نصوص قانون الأسرة .
- 5- أن الموقوف عليهم يتعلق حقهم بالمنفعة فقط .

إذن التعريف المعتمد هو تعريف قانون الوقف الوارد في المادة الثالثة ، وهو تعريف يمكن أن تسجل عليه ملاحظتين:

- أ- أنه كان من الأجدر عدم تعريف قانون الوقف ليترك ذلك إلى الفقه .
- ب- بما أن القانون تطرق إلى تعريف الوقف فإنه لم يكن جامعاً، على أساس أنه لم يوفق في الصياغة بحيث يشمل الوقف بنوعيه العام والخاص بما أنه أراد التدقيق ، وكان من الأجدر أن يضيف جملتين للتعريف مفادهما :
الجملة الأولى: ((في الحال أو في المال)) أو ((ابتداءً أو انتهاءً)) ، والحال والابتداء هنا نقصد بهما الوقف العام مباشرة ، أما المال أو الإتهاء فنقصد به أن يكون الوقف خاصاً في الابتداء وينتهي عاماً .
والجملة الثانية : ((وفق إرادة الواقف)) أو ((وفق إشتراطات الواقف المعتبرة)) على أساس أن تنظيم الوقف يكون وفق إرادة الواقف .

ثانياً: ضرورة إعادة النظر في تعريف قانون التوجيه العقاري للوقف :

- ان تحليل نص المادة 31 من قانون التوجيه العقاري يجعلنا نستنتج منه مايلي :
- 1- أن الوقف يخرج عن ملك الواقف والموقوف عليهم .
 - 2- أن الواقف يمنع من التصرف في الوقف وان حق الموقوف عليهم هو " حق التمتع" الذي يعني حق الإنتفاع وما يضيفه من جانب معنوي في الإنتفاع .
 - 3- أن محل الوقف هو ما كان عقاراً فقط ، وعلى هذا لا تصلح المنقولات محلاً لذلك وعلى أساس هذه النتائج يمكن تسجيل الملاحظات التالية:
- أ- أن هذا التعريف يخالف تعريف قانون الوقف في مسألة محل الوقف الذي قد يكون عقاراً أو منقولاً في قانون الوقف ، في ما يقصره تعريف قانون التوجيه العقاري على العقار فقط.
- ب- أن استعماله لمصطلح "التمتع" كان غير صائب ، لأنه يفيد في حقيقته حق الإنتفاع الوارد في القانون المدني والذي يختلف عن حق الموقوف في الوقف من عدة جوانب كما سنرى لاحقاً في موضوع خصائص الوقف .
- ج- أن التعريف فيه إشارة إلى الوقف بنوعيه ، وهو ما لم نجده في تعريف الوقف في قانون الوقف .

إذن وبناءا على التباين الملاحظ بين تعريفى قانون الوقف ، وقانون التوجيه العقارى فإنه عملا بنص المادة 49 من قانون الوقف القاضية بإلغاء جميع الأحكام المخالفة لأحكام قانون الوقف ، فإن تعريف قانون التوجيه العقارى للوقف يكون غير معتبر، بمعنى أن تلغى أحكام التعريف المخالفة لتعريف قانون الوقف في شطر محل الوقف ، وعلى هذا فإننا نقترح تعديل نص المادة 31 من قانون التوجيه العقارى بإلغاء كلمة "العقارية" ليصبح التعريف متفقا مع أحكام قانون الوقف ، وبالتالي يصبح النص الجديد للمادة 31 المقترحة هو: ((الأملك الوقفية هي الأملك التي حبسها مالؤها بمحض إرادته... الخ)).

جوانب التميز فى التعريف القانونى للوقف:

تبين من تعريف الوقف لدى فقهاء الشريعة وجود تباين واختلاف فى أكثر من نقطة وقد أرجعنا ذلك إلى الأدلة أو الأساس الشرعى للتصرف الوقفى الذى لم يكن موحدًا وأيضًا إلى مسألة إختلاف الفقهاء فى فهم النصوص، ولعل هذا الإختلاف جعل المشرع الجزائرى يقف موقف المنتقى لأرجح الآراء وأكثرها مصلحة ، مما جعل تعريفه للوقف يتميز فى نظرنا بميزتين أساسيتين :

أولا : ميزة الاستيعاب للإختلاف الفقهي : مما جعله يجمع بين نقاط للإختلاف بين الفقهاء فى تعريف متجانس على أساس قوة الأدلة ، لذا نرى تعريفه يقرر التأييد ويقرر فى نفس الوقت أن محل الوقف قد يكون عقارا كما قد يكون منقولا أو منفعة ، كما قرر الوقف العام والوقف الخاص .

ثانيا : الذكاء فى حل المشكلة التي كانت مثار جدل فقهي كبير والمتعلقة بملكية الوقف حيث يلاحظ ان الحيلة القانونية المتمثلة فى إعطاء الشخصية المعنوية للوقف كانت صائبة ومنطقية، حيث تضع حدا من الناحية القانونية والواقعية للمشكلة المطروحة .

خلاصة.

إن تعريف قانون الوقف الجزائرى للتصرف الوقفى تعريف مقبول جدا وان كان من الأفضل لو لم يتطرق المشرع إلى التعريف مكتفيا بتحديد الإطار العام فى نصوصه القانونية، غير أنه كان سيكون أحسن لو راعى الملاحظات التي ذكرناها سابقا، والتي على أثرها يكون التعريف المقترح كما يلي:

((الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على وجه من أوجه البر و الخير فى الحال أو المآل وفق إشتراطات الواقف المعتبرة)).

وإذا كان الإختلاف و التباين هو الحال فى تحديد معنى الوقف، فإن الأمر يختلف فى مسألة الأساس الذى يقوم عليه الوقف، وفى مقاصده الجوهرية، وهذا ما نلاحظه فى المبحث الموالى .

المبحث الثاني:

أساس الوقف

نتناول هذا المبحث في مطلبين : يتعلق الأول بالأساس الشرعي للوقف ، ويتعلق الثاني بمقاصده .

المطلب الأول :

الأساس الشرعي لجواز الوقف

أجمع غالب العلماء على أن الوقف تصرف مشروع ، ندب إليه الإسلام ، ورغب فيه ، وجعله من أفضل القربات ، وحث عليه في مصادره التشريعية من قرآن وسنة مما جعله عند الجمهور سنة مندوب إليها .

أولا : من القرآن الكريم :

وردت في القرآن الكريم العديد من الآيات التي تفيد معنى الوقف منها :

قوله تعالى : « لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون » (1)

وقوله أيضا : « يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ، وما أخرجنا لكم من الأرض » (2) .

وقوله تعالى : « وافعلوا الخير لعلكم تفلحون » (3) .

فهذه الآيات بعمومها؛ تفيد الإنفاق في وجوه الخير والبر ، والوقف ما هو إلا إنفاق في جهات البر .

ثانيا : من السنة المظهرة :

لقد ورد في السنة النبوية الكثير من الأحاديث الشريفة التي تصب في موضوع الوقف منها :

قول النبي (ص) في حديث عمر (ض) السابق : « إحبس أصلها وسبل ثمرتها » (4) .

وقوله (ص) أيضا : « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به من بعده ، أو ولد صالح يدعو له » (5) .

ولقد إتفق جمهور علماء الإسلام على أن الصدقة الجارية هي الوقف .

قوله عليه السلام : « من إحتبس -أي وقف- فرسا في سبيل الله إيماننا وإحتسابا فإن شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة حسنات » (6) .

(1) سورة آل عمران . الآية : 92 .

(2) سورة البقرة . الآية : 266 .

(3) سورة الحجج . الآية : 41 .

(4) رواه النسائي ، وابن ماجه

(5) رواه الترمذي .

(6) رواه البخاري .

وقد قال جابر بن عبد الله الأنصاري (ض) « ما بقي أحد من أصحاب رسول الله (ص) له مقدرة إلا وقف » (1) .

ان جملة القول في هذا الموضوع هو ان الوقف أمر مشروع في الإسلام ، بل هو ما تفرد به ، قال الإمام النووي : وهو ما إختص به المسلمون ، وقال الشافعي : لم يحبس أهل الجاهلية دارا ولا أرضا فيما علمت (2) .

مرونة أحكام الوقف و واقعيتها :

يلاحظ الباحث في موضوع الوقف ان القليل من أحكامه ثابت بالسنة الشريفة ، وأما باقي الأحكام فهو ثابت باجتهاد الفقهاء بالإعتماد على المصادر التشريعية التالية :

1- الاستحسان : وهو ان يعدل المجتهد عن مقتضى قياس جلي إلى مقتضى قياس خفي أو عن حكم كلي إلى حكم استثنائي لدليل انقذح في عقله رجح لديه هذا الحدول (3) .

2- المصلحة المرسله : وهي تعني عند علماء الأصول المصلحة التي لم يشرع الشارع حكما لتحقيقها ، ولم يدل دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها ، ولكن اقتضتها الضرورات أو الحاجات أو التحسينات وفق ضوابط حددها العلماء (4) .

3- العرف : والمقصود هنا هو العرف الصحيح لا الفاسد، وهو ما تعارفه الناس ولا يخالف دليلا شرعيا ولا يحل محرما ولا يبطل واجبا (5) .

ان القول باعتبار معظم أحكام الوقف مقررة من باب الاجتهاد يضيفي على تلك الأحكام مرونة وواقعية تجعلها اقدر على الاستجابة والتكيف مع طبيعة التغيرات الزمنية والمكانية وحتى الشخصية في كل مجتمع .

المطلب الثاني :

مقاصد الوقف

القيمة التعبدية : المقصد الجوهرى

ان غاية الوقف هو التقرب إلى الله بالطاعة ، وتحقيق رضوانه، ونيل ثوابه المتجدد طيلة إستدامة أعمال البر والمعروف والإحسان إلى خلقه ، ويظهر ذلك جليا في الحديث السابق ذكره « من إحتسب فرسا في سبيل الله ، إيماننا بالله وتصديقا بوعده كان شيعه وريه ، وروثه ، وبوله ، حسنات في ميزانه يوم القيامة » (6) وقل نحو ذلك في الأحاديث الأخرى السالفة الذكر .

القيم الإنسانية : المقصد العرضى

بالإضافة إلى الهدف العام السابق الذكر ، يمكن ملاحظة أهداف أخرى هي من الأهمية بمكان ، بل تعتبر مقاصد الإسلام باعتباره جاء لتحقيق مصالح الناس وهدايتهم للتي هي أقوم ، ومن تلك الأهداف مايلي : (7)

1 - تنظيم الحياة بمنهج رشيد وحميد ، متوازن ، يقوى الضعيف ، ويعين ذا الحاجة والعاجز ، يحفظ حياة المعدم ، ويرفع من مستوى الفقير ، في الوقت الذي تحترم فيه إرادة الواقف وتحقق رغباته الإيجابية المشروعة .

(1) أنظر: د. وهيبه الزحيلي ، الفقه الإسلامى وأدلته مرجع سابق ص 157 .

(2) المرجع السابق ص 157 ، 158 .

(3) راجع : عز الدين بليق ، منهاج الصالحين ط. 3. دار الفتح للطباعة والنشر ، بيروت 1984 . ص 114 .

(4) ، (5) المرجع السابق ص . 114

(6) رواه البخاري .

(7) أنظر : الموسوعة العربية العالمية ، مرجع سابق ص 123 .

2 - تحقيق منافع معيشية واجتماعية ، وثقافية مستمرة ومتجددة في أزمنة متطاولة وذلك من خلال وقف المساجد ، والمصاحف والكتب والمدارس ، والفنادق والسقايات والمستشفيات ودور العجزة ، ونحوها .

3 - إطالة مدة الإنتفاع بالمال إلى أجيال متتابعة ، حيث تستفيد الأجيال اللاحقة بما لا يضر الأجيال السابقة .

4 - تأمين الواقف مستقبل أقاربه وذريته وغيرهم من الأجيال اللاحقة ، وذلك من خلال إيجاد مورد ثابت لهم يكفيهم الحاجة والعوز ، لأنهم قد لا يتهيأ للأجيال اللاحقة جمع ثروات تحميهم من تقلبات الزمن، وعوادي الدهر .

5 - تحقيق إستمرارية حصول القرية والثواب للواقف في حياته وبعد مماته ، لقسول النبي (ص) ((إذا مات ابن آدم إنقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية ، أو علم ينتفع به من بعده ، أو ولد صالح يدعو له)) (1)

إن ما يجدر التأكيد عليه هو أن الوقف لا يحقق هذه الأهداف إلا بقدر ما تتطوي عليه نية الواقف، من قصد التقرب إلى الله تعالى ونيل مرضاته ، فإن خالفت هذا الأمر كان الوقف غير جائز ، ولا يراعاه الشرع ولا يقره . كأن يقصد الواقف بوقفه إيثار بعض الورثة بالميراث كله أو بعضه ، وحرمان الآخرين أو تطفيف حقوقهم .

الشريعة الإسلامية المصدر المادي لقانون الوقف

ان تفرد الشريعة الإسلامية بالتصرف الوقفي جعلها المنهل الوحيد الذي استمد منه المشرع الجزائري أحكام قانون الوقف، ولا أدل على ذلك من المواد القانونية التي تشير إلى مرجعية الشريعة الإسلامية في كل ما أشكل أو نقص، ومن هذه المواد :

-المادة 1/ف2 من القانون المدني التي تنص : ((... وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف...)).

وبناء على هذه المادة وعلى عدم تنظيم القانون المدني لهذا التصرف فإن الشريعة الإسلامية تكون المصدر الأصيل لهذا التصرف .

-المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص : ((كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)). مع العلم ان قانون الأسرة تضمن في الفصل الثالث منه تنظيم بعض الأحكام العامة للوقف وعليه فإن ما لم تنظمه مواد هذا الفصل يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية .

-المادة 02 من قانون الوقف تنص : ((على غرار كل مواد هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه)).

فالمادة صريحة في وجوب اتخاذ الشريعة الإسلامية كمرجعية في كل ما أبهم أو نقص إقرارا للشريعة الإسلامية بمصدرها المادي لهذا التصرف الوقفي .

إذن يمكن القول ان الوقف كتصرف قانوني هو أمر مشروع ومؤسس بحكم القواعد الشرعية التي اعترف القانون بمرجعيتها لهذا التصرف الذي اختلف الفقه في تحديد حكمه من حيث لزمه أو عدمه ، وفي تحديد طبيعته : أهو تبرع أم إسقاط كما سنلاحظ في الفصل الموالي.

(1) رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي

الفصل الثاني

حكم الوقف وطبيعته

سنتطرق في هذا الفصل ؛ إلى حكم الوقف من حيث لزومه أو عدمه ، وكذا طبيعة الوقف من الناحية الشرعية والقانونية ، وهذا من خلال بحثين أساسيين ؛ يتعلق الأول بحكم الوقف ، ويتعلق المبحث الثاني بالطبيعة الشرعية والقانونية للوقف ، ونبدأ بالمبحث الأول .

المبحث الأول

حكم الوقف

المطلب الأول :

حكم الوقف في الشريعة الإسلامية

لقد تنازع هذا الموضوع في الشريعة الإسلامية نظريتان : اللزوم ، وعدم اللزوم ، اللتان نتطرق إليهما في هذين الفرعين على التوالي :

الفرع الأول:

نظرية عدم اللزوم في الوقف

يتزعم هذه النظرية الفقيهان أبو حنيفة ، وزفر اللذان يقولان بجواز الوقف وعدم لزومه ، أي يجوز الرجوع فيه ، وهما يريان أن الواقف يحبس العين على ملكه ويتصدق بالمنفعة إلى الجهة التي سماها ، وأن الوقف عندهم بمثابة "العارية" التي تعتبر جائزة غير لازمة ، فتصرف المنفعة إلى جهة الوقف ، وتبقى العين على ملك الواقف .

غير أن الوقف عند أبي حنيفة يخرج عن قاعدة عدم اللزوم في حالات ثلاث هي : (1)

- 1- إذا حكم القاضي بلزومه .
- 2- أن يكون الوقف مسجدا ، إذ ينقطع حق الواقف بإقامة الشعائر .
- 3- أن يخرج الوقف مخرج الوصية ، فيلزم الوقف إذا خرج من الثالث .

أساس النظرية:

يحتج أصحاب هذه النظرية بأدلة كثيرة من بينها :

أولا : الحديث الذي أخرجه البيهقي عن ابن عباس (ض) أن النبي (ص) لما أنزلت آية الفرائض قال : ((لا حبس عن فرائض الله)) .

ثانيا : ما روي عن عمر (ض) قال في وقفه الذي ذكره لرسول الله (ص) : ((لولا أنني ذكرت صدقتي لرسول الله (ص) لرددتها)) (2) فدل هذا على أن الوقف لا يمنع الرجوع .

(1) انظر زهدي يكن ، الوقف في الشريعة والقانون ، دار النهضة للطباعة والنشر ، 1388هـ . ص 9
(2) انظر : محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 47 .

ثالثاً: أن حبس العين عن التصرف يناقض قاعدتين مقررتين فقها هما :

1- أن الملكية تقتضي حرية التصرف بالبيع والهبة والرهن ، وتتويج الإستغلال ، فكل عقد يمنع تلك الحرية التي هي لازم للملكية يجب ان يكون باطلا ، لأنه يفصل اللازم عن ملزومه .

2- ان الشيء إذا وقع في ملك أحد لا يخرج عن ملكه إلى غير مالك ، وفي الحبس مناقضة لذلك إذا قلنا أنه يخرج عن ملك الواقف إلى غير مالك ، بأن يكون على حكم ملك الله تعالى ، وحتى ولو قلنا ان الملكية تكون للواقف أو الموقوف عليهم كما يرى المالكية أو الحنابلة فإن ذلك سيناقض القاعدة الأولى لأن لهم حق الإنتفاع فقط .

الفرع الثاني :

نظرية اللزوم في الوقف

أصحاب هذه النظرية هم من أجازوا الوقف من غير أصحاب نظرية عدم اللزوم السابقة.

فالوقف عند محمد بن الحسن والشافعية والحنابلة (1) ؛ إذا صح لزوم ، ويمتنع الواقف عن التصرف فيه ، ولا يملك الرجوع عنه ، لأن ملكيته للعين الموقوفة زالت فالوقف عندهم بمنزلة الهبة والصدقة ، ولا يرتب آثاره إلا بالتسليم إلى الجهة الموقوفة عليها .

أما الوقف عند المالكية (2) : إن صح لزوم ، ولا يتوقف على حكم القاضي حتى لو لم يقبض ، ويذهب الإمام أبو يوسف ، إلى ان الوقف إسقاط ملك ، كالطلاق ، والإعتاق فيتم بمجرد التلفظ ، ولا يشترط فيه التسليم (3) .

أساس النظرية : يؤسس أصحاب هذه النظرية رأيهم على أدلة كثيرة منها :

أولاً : حديث عمر (رض) المشهور الذي أخرجه أصحاب كتب الحديث الستة والذي قال فيه الرسول (ص) : ((إن شئت حبست أصلها ، وتصدق بها ، فتصدق بها عمر على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث في الفقراء وذوي القربى والرقاب ، والأضعيف وابن السبيل ، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويعطم غير متمول)) .

فهذا الحديث يفيد الدلالة على ان الحبس المشروع في الوقف هو الذي يمنع التصرفات الناقلة للملكية بناء على ما فهمه عمر (رض) الذي قرر منع التصرفات الناقلة للملكية على وقفه بقوله : لا تباع ولا تورث ولا توهب .

ثانياً : الإتفاق العملي للصحابة في أوقافهم على اللزوم ، حتى قال جابر بن عبد الله : ما أعلم أحدا له مال من المهاجرين والأنصار إلا حبس من ماله صدقة مؤيدة ؛ لا توهب ولا تورث .

مناقشة وترجيح : يلاحظ المحلل لأساس النظرية المتعلقة بعدم اللزوم في الوقف مايلي :

1- إن قولهم ان الوقف من قبيل الحبس عن فرائض الله قول مردود على أساس ان الوقف تصرف في العين في حال الحياة لا في حال الموت ، وهو في هذا كالهبة والصدقة العاجلة ، فإذا كان في هاتين الحالتين حبس عن فرائض الله فالوقف كذلك ، لكن لا أحد قال بذلك (4) .

(1) ، (2) انظر : د. وهبة الزحيلي . مرجع سابق . ص 158 .

(3) انظر : الدردير . الشرح الكبير على مختصر خليل . ج 4 . دون رقم الطبعة . القاهرة . ص 75 .

(4) انظر : محمد أبو زهرة ، مرجع سابق . ص 51 . 50 .

2- بالنسبة لخبر عزم عمر (ض) الرجوع عن وقفه فإن ذلك رأيه ، وليس لرأي ولو كان لصحابي موضع في مقام النص ، كما أنه لا حجة في أقوال الصحابة وأفعالهم إلا إذا وقع الإجماع منهم وهو ما لم يقع هنا (1).

3- إن التصديق بالمنفعة لا يستلزم دائما إبقاء الأصل على ملكه، لأن المقصود بالتصدق حصول الثواب وهو حاصل سواء بقي ملك الأصل أو لم يبق ، وقبول الرسول (ص): ((احبس أصلها وسبل ثمرتها)) ليس معناه إحبسه على مالك بل معناه إحبسه عن التصرف فيها بأي تصرف تملكي كان.

4- الشيء الأكيد - كما سبق معنا - أن حديث عمر (ض) المشهور في الوقف لم يصل إلى أصحاب هذه النظرية ، ولو وصل لكان الأمر غير ما تفيد هذه النظرية .

أما بالنسبة إلى النظرية الثانية المفيدة للزوم في الوقف ، فإن ما يلاحظ على أساسها أنه متين من حيث الثبوت، وصريح من حيث الدلالة، حيث يلاحظ أن فهم عمر (ض) لما نصحه به النبي (ص) هو الفهم الذي أخذ به الصحابة بعد ذلك كما ثبت في قول جابر ابن عبد الله وهذا ما يفيد شبه إجماع على هذا الفهم ، ويعضد ذلك قول الفقيه أبي يوسف وهو من أئمة الحنفية أن حديث عمر (ض) لو وصل أبا حنيفة لكان له رأي آخر .

وعلى ضوء المناقشة الأنفة لا نجد بدا من أن نرجح نظرية اللزوم في الوقف لسببين نراهما هما :

1- قوة أساسها .

2- لأسباب عملية تتعلق باستقرار الأموال بما يحقق مقاصد الوقف الاجتماعية ، والثقافية والإقتصادية التي يستبعد تحقيقها لو أخذنا بجواز الرجوع في الوقف وعدم لزومه .

المطلب الثاني:

موقف القانون الجزائري من مسألة حكم الوقف

اللزوم حكم التصرف الوقفي الصحيح :

يستخلص هذا الموقف صراحة من النص القانوني التالي: ((يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم ...)).

ورد هذا النص في المادة 16 من قانون الوقف تحت الفصل الثالث منه الخاص باشتراطات الواقف التي تنظم الوقف .

إن هذا النص صريح العبارة والدلالة في أن حكم الوقف وأثره هو اللزوم . بمعنى عدم جواز الرجوع في التصرف الوقفي الصحيح .

ويعزز هذا النص نصوص كثيرة تقرر الحكم ذاته ومن هذه النصوص :

-المادة 03 من قانون الوقف التي تنص: ((الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد ...)). وفي سياق هذه المادة تنص المادة 213 من قانون الأسرة: ((الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق)).

فهاتين المادتين في تقريرهما لفكرة التأييد لا يفهم منهما إلا أن التصرف الوقفي يكون لازما بحيث لا يمكن فيه التآقبت أو الرجوع فيه كقاعدة عامة.

-المادة 17 من قانون الوقف تشرح فكرة اللزوم بالنص على أنه: ((إذا صح الوقف زال

(1) انظر: الإمام الشوكاني ، نيل الأوطار، ج6 . مطبعة الجيل، بيروت . ص.20.

-قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 13/01/1986 م الذي أورد المبدأ التالي ((من المقرر شرعا وقانونا بأنه لا يجوز هبة الأموال المحبوسة لأنها تنافي التأييد وأحكام الحبس كما أنه لا يجوز التمسك بالتقادم في إستغلال الأرض المحبوسة لانعدام نية التملك))(1).

على غرار القرار السابق، يكرس هذا القرار فكرة اللزوم في الوقف من خلال مايلي :

1-عدم جواز التصرف في عين الوقف من قبل الواقف : ويظهر القرار وجه التصرف هنا في الهبة ، ذلك ان الهبة تصرف تملكي يقدم عليه الواهب المالك ، وبما ان الواقف الذي انعقد وقفه صحيحا قد فقد سلطانه كمالك للعين الموقوفة ، فإن تصرفه بالهبة يعني أنه قد استرجع سلطاته كمالك يمكنه ان يتصرف في رقبته العين، وهذا يعني ان الوقف يمكن ان يكون غير مؤبد بما أنه يجوز الرجوع فيه لعدم اللزوم فيه بالتأييد ، وهذه النتيجة التي لم يقرها القرار القضائي تفيد أنه يكرس فكرة اللزوم في الوقف ، بناء على الراجع من الأحكام الشرعية .

وبناء على النص القانوني الذي كان يحكم هذه الوقائع القانونية آنذاك وهو قانون الأسرة في مادتيه 213 و 214 اللتان تنصان على التوالي ان : ((الوقف حبس المال على التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق)). وعلى أنه ((يجوز للواقف ان يحتفظ بمنفعة الشئ المحبس مدة حياته ، على ان يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية)) فالمادتان صريحتان في زوال ملك الواقف بعد ان يقع الوقف صحيحا ، وبالتالي تزول سلطاته كمالك مما يؤدي إلى عدم جواز التصرف فيه مرة أخرى لتأييد الوقف بطريق التصديق المشروط بعدم الرجوع .

2-الوقف لا يقبل التملك بأي واقعة قانونية .

يشير القرار إلى عدم جواز التملك بواقعة التقادم لتبرير إستغلال الأملاك الوقفية، ذلك ان جواز ذلك يعني ان الملك الوقفي يخضع لسلطة مالك ، وان الغير يستطيع الاحتجاج بواقعة التقادم المكسب كسند لملكيته ، وكان الأمر سيكون مقبولا منطقيا وقانونا لو كان الملك الوقفي كذلك ، لكن عدم إجازة القرار لذلك يعني نفيه لفكرة خضوع الوقف لسلطة مالك معين ، بمعنى أنه ليس مملوكا لأحد بحيث يستطيع ان يجري عليه تصرفات بحكم سلطته عليه ، مما يعني أيضا ان الوقف متى وقع صحيحا فإنه يخرج عن ملكية الأشخاص له. مما يؤيد فكرة التأييد فيه، وعدم جواز الرجوع فيه مطلقا .

وعلى هذا الأساس، نخلص إلى ان المرجح شرعا والمقرر قانونا هو فكرة اللزوم في الوقف، التي تفيد عدم جواز الرجوع في الوقف متى صح التصرف الوقفي، ومع ذلك فقد اختلف الرأي الفقهي في مسألة طبيعته من حيث هل هو تبرع أو إسقاط كما سنرى في المبحث الموالي .

(1) م.ع.غ.أ.ش. 13/01/1986 . ملف رقم 39360 (غير منشور).

المبحث الثاني

طبيعة الوقف

اختلف الفقه في تحديد طبيعة الوقف من حيث كونه تبرعا أو إسقاطا ، وهذا بناء على منطلق كل فريق فقهي ، والوقوف على طبيعة هذا الإختلاف ، وموقف القانون الجزائري نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: يتعلق أولهما بالنظرية القائلة بالتبرع ، ونتيمه بالمطلب الثاني المتعلق بنظرية الإسقاط ، ثم نلحقه بموقف القانون الجزائري في مطلب ثالث .

المطلب الأول :

نظرية التبرع

يذهب أنصار هذه النظرية إلى تقييد ما مفاده: ان الوقف تبرع بمنفعة الشئ الموقوف فقط (1). وقد تشعب الرأي عند أصحاب هذه النظرية حول محل هذا التبرع ، أهو منافع المال الموقوف فقط ، أم يضاف إليها عين المال ؟. الإمام أبو حنيفة يرى ان الوقف إنما هو تبرع بمنافع الموقوف دون عينه، كالعارية التي يملك المستعير منافعها فقط. أما الإمام محمد ومن أخذ برأيه ، فيرى ان الوقف تبرع بعين المال الموقوف ومنافعه ويقسمون ذلك على الهبة والصدقة، لكن عن طريق الإحتباس الذي لا تقبل معه العين الموقوفة انتقالا أو تداولاً .

المطلب الثاني

نظرية الإسقاط

يتزعم هذه النظرية: الإمام أبو يوسف ومن ورائه جمهور العلماء (2) الذين يبنون نظريتهم على أساس قياس الوقف على العتق، لذا فهم يعتبرون ان الوقف من قبيل الإسقاطات ، لأن الواقف يسقط بوقفه حقوق ملكيته في الموقوف لتكون منافع هذه الملكية تحت تصرف من وقفت عليهم . وقد شبه ذلك بالسيد الذي يعتق عبده فتسقط عنه الملكية، ويصبح العبد مالكا لأمر نفسه وتعود إليه منافعه وأكسابه ، إلا ان المنافع في الوقف تعود على الموقوف عليهم ، سواء كانوا أشخاصا أم جهة ، لأنهم المستحقون لثمرات هذا الإسقاط .

مناقشة وترجيح :

يلاحظ المتفحص للنظرتين النقاط التالية :

1- ان كل نظرية تتبع خلفية تصور وفهم كل فقيه لموضوع الوقف ، حيث يلاحظ اتساق أفكار كل فقيه مع منطلقه في موضوع الوقف ، فالإمام أبو حنيفة الذي يرى عدم اللزوم في الوقف من الطبيعي ان يرى ان طبيعة الوقف تقتضي التبرع فقط بالمنافع دون العين لأن يجوز الرجوع في الوقف ، والذين يرون اللزوم في الوقف يرون طبيعة الوقف مختلفة عما يراه أبو حنيفة .

(1) انظر: د. مصطفى الزرقاء ، أحكام الوقف، ج1، ط1. مطبعة الجامعة السورية 1947 . ص22.

- أحمد علي الخطيب ، الوقف والوصايا ، ط2. مطبعة جامعة بغداد 1978 . ص 61 .

- محمد أبو الزهرة ، المرجع السابق ، ص 135 .

(2) راجع : زهدي يكن ، قانون الوقف الشرعي ومصادره الشرعية ، ط2 ، لبنان 1966 . ص31.

2- ان أصحاب نظرية الإسقاط يتفقون على العموم مع رأي الإمام محمد الذي يرى التبرع طبيعة للوقف ، حيث ان ملاحظة الأثر الأساسي الذي يترتب على نظرية الإسقاط ورأي الإمام محمد هو نفسه و الذي يتمثل في حبس الأصل ، والتصرف في منفعه من قبل المستحقين له. وعلى هذا فإن الاختلاف هنا اصطلاحى أكثر منه موضوعي والعبارة في مثل هذه القضايا بالمقاصد وهي واحدة هنا .

وبناء على ما سبق فإنه من وجهة نظرنا نعتقد ان اعتبار الوقف تبرع وفق رؤية الإمام أبي حنيفة قول ليس له أساس قوي ، على اعتبار النقد الموجه لأدلة الإمام أبي حنيفة والتي أسلفنا الذكر فيها في موضوع اللزوم في الوقف .

أما فيما يتعلق برؤية الإمام محمد لطبيعة الوقف على أنه تبرع فإنه في رأينا رأي راجح على رأي أصحاب نظرية الإسقاط ، وان كانت مقاصدهما متفقة على أساس ان تشبيه الوقف بالعبد أمر بعيد ، وعلى أساس ان مصطلح التبرع مستساغ ومألوف في التصرفات عكس مصطلح الإسقاط .

و أخيرا فإن الأمور التي تواجه الوقف عمليا والتي قد تجعله غير قائم أساسا ، لا تجعل منطق الإسقاط صالحا في هذا المقام ، على أساس ان الإسقاط له أثر فوري بمجرد صدور الإرادة ، في حين ان التبرع قد يتطلب أشكالا وإجراءات إضافة إلى الصيغة .

المطلب الثالث :

موقف القانون من طبيعة الوقف

النص القانوني: ((الوقف عقد إلزام تبرع صادر عن إرادة منفردة)).
هذا نص المادة الرابعة من قانون الوقف التي جاءت تحت الفصل الأول منه الخاص بالأحكام العامة، يبدو واضحا في جعل الإلزام بالتبرع محلا لعقد الوقف، أو بالأحرى محلا للتصرف القانوني الوقفي باعتبار العقد هنا هو التصرف القانوني كما سنحلل ذلك في موضوع خصائص الوقف .

الطبيعة التبرعية المتميزة للوقف :

لأن الوقف حسب المادة الرابعة من قانون الوقف يعد من التصرفات التبرعية التي لا يحصل فيها الواقف على مقابل لما يقدمه، ولا يقدم الموقوف عليه مقابلا لما يحصل عليه فإنه يمكن القول أنه تبرع متميز ، ويظهر ذلك من خلال مايلي:

1- ان التبرع لا يتعلق برقبة العين : فالواقف بتصرفه الوقفي لا يقصد نقل سلطات الملكية إلى الغير ، بل يقصد به حبس العين عن التملك . وفي هذا تنص المادة 03 من قانون الوقف ((الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد...)) وهذه الحبس يجعل الوقف شخصا معنويا مستقلا بذاته كما سنرى لاحقا.

2- ان محل التبرع في الوقف هو المنفعة : وهي الخلة أو الربيع الذي ينتجه المال الموقوف وما يؤكد ذلك هو الأحكام التالية :

-المادة 03 من قانون الوقف تشير إلى فكرة التبرع أو التصديق بالمنفعة بقولها : ((حبس العين عن التملك ... والتصدق بالمنفعة)).

والتصدق بالمنفعة معناه التبرع بها وليس التبرع بأصل السلك الوقفي .

-المادة 18 من قانون الوقف تنص ((ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه)) .

فما ينتجه الملك الوقفي هو الذي يكون محلا للتبرع ، وعلى هذا لم تكن لصاحب الإستحقاق في الوقف سلطة على الملك الوقفي وإنما سلطته فقط على حصته التي أتت إليه بحكم استحقاقه لمنفعة الشيء الموقوف، وعلى هذا يجوز للموقوف عليه جعل حصته ضمانا لدينه بحيث يمكن الحجز والتنفيذ عليها وفقا للمادة 21 من قانون الوقف 10/91 التي

تنص: ((يجوز جعل حصة المنتفع ضمانا للدائنين في المنفعة فقط، وفي الثمن الذي يعود إليه)).

وإذا كانت إمكانية جعل حصة المنتفع من الوقف ضمانا لدينه وارادة هنا، فإن هذا يعني أيضا أن حق المنتفع أو المستحق يجوز التنازل عليه للغير، على أساس ملكية الموقوف عليه لحصته، وبالتالي جواز التصرف فيها، وفي هذا تنص المادة 19 من قانون الوقف: ((يجوز للموقوف عليه في الوقف الخاص التنازل عن حقه في المنفعة ولا يعتبر ذلك إبطالا لأصل الوقف)).

وفي نفس السياق تنص المادة 20 من نفس القانون: ((لا يجوز التنازل في الوقف إلا لجهة من نوع جهة الخير الموقوف عليها أصلا بعد موافقة صريحة من السلطة المكلفة بالأوقاف)).

وإذا كان جواز التصرف في حق المنفعة من قبل الموقوف عليه أمرا مقررا، فإنه لا يجوز له البتة التنازل عن الإستحقاق في الوقف أو توريث ذلك الإستحقاق، على أساس أن ذلك من اختصاص الواقف عن طريق الإستراتيجيات التي يضعها أول مرة في التصرف الوقفي والتي بها يحدد المستحقين ونصيب كل مستحق، وترتيب المستحقين وكيفية مآله إلى جهة عامة، بمعنى أن تلك الإستراتيجيات هي التي يعهد إليها تنظيم الوقف وفقا للمادة 14 من قانون الوقف التي تنص: ((إستراتيجيات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها)).

إن الطبيعة التبرعية المتميزة للوقف التي تنشأ عن التصرف الوقفي بإرادة منفردة من الواقف، جعلت المشرع الجزائري يصنف الوقف ضمن أصناف الملكية على غرار أصناف الملكية الأخرى المعروفة كالملكية الخاصة، والملكية الوطنية للدولة وجماعاتها المحلية كما يفيد ذلك قانون التوجيه العقاري 90-25. وبناء على ما سبق يمكن القول إن القانون الجزائري نحى منحى أصحاب نظرية التبرع الذين يرون أن الوقف تبرع بالمنفعة لا بالعين.

على هذا الأساس، نخلص في هذا الفصل إلى أن الوقف تصرف لا يتم بفيد التبرع بالمنفعة لا بالعين كما يؤكد الراجح من آراء الفقه ويقرره القانون، والوقف بهذا الحكم وهذه الطبيعة بات يتميز بخصائص هامة بغض النظر عن أقسامه المتعددة وهو الأمر الذي نقف عليه في الفصل الموالي.

الفصل الثالث

أقسام الوقف وخصائصه

نتناول في هذا الفصل أهم الأقسام والخصائص المتعلقة بالتصرف الوقفي وذلك من خلال المبحثين التاليين :

المبحث الأول :

أقسام الوقف

ينقسم الوقف إلى أقسام كثيرة ومتعددة حسب المعايير الموضوعية للتقسيم ، فهناك الوقف المؤبد والمؤقت، وهناك الوقف المضبوط والمستقل ، وهناك الوقف العام والوقف الخاص .

المطلب الأول :

تقسيم الوقف حسب المعيار الزمني إلى مؤبد ومؤقت

ينقسم الوقف حسب هذا المعيار إلى :

أولا : الوقف المؤبد: وهو الوقف الذي حبسه الواقف على سبيل الانتفاع الدائم بغلته إلى ان يرث الله الأرض ومن عليها، أو إلى ان يصبح الشيء الموقوف غير صالح لأداء غرضه ، وفي هذا الوقف لا يمكن تصور رجوع الشيء الموقوف إلى واقفه أو لخلفه العام .

ثانيا : الوقف المؤقت : وهو الوقف الذي حبسه الواقف للانتفاع به مدة معينة في سبيل الله ، ثم يرجع المال الموقوف إلى ملكية الواقف ان كان حيا أو إلى خلفه العام (1) . ويلاحظ على هذا النوع من الأوقاف أنه لا يحقق الأهداف المرجوة من الوقف التي تناولناها في موضوع مقاصد الوقف بالكيفية المرجوة ، بالإضافة إلى محدودية المذاهب التي تقره ، فعدا الملكية الذين يرون ان عمل الخير يجوز مؤبدا كما يجوز مؤقتا ، فإن غالبية الفقه يرون عدم جواز التوقيت في الوقف لأن ذلك يناقض مقتضى الوقف وهو التأييد (2) . وهو الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري حيث رتب البطلان على كل وقف يحدد بمدة معينة طبقا لما أشارت إلى المادة 28 من قانون الوقف التي تنص : ((يبطل الوقف إذا كان محددًا بزمن)) .

المطلب الثاني :

تقسيم الوقف حسب جهة إدارته إلى نظامي و ملحقي و مستقل

ينقسم الوقف حسب هذا المعيار إلى أقسام ثلاث هي :

أولا : - الوقف النظامي : وهو الوقف الذي تشرف على إدارته و ضبطه السلطة المكلفة بالأوقاف ابتداءا، أو بعد إنقطاع من شرطت له تولية الوقف .

ثانيا : الوقف الملحقي : وهو الوقف الذي يديره متول بإشراف دائرة الأوقاف ، ويقع ذلك عندما تكون هناك منازعات على ولاية الوقف ، أو أثناء محاسبة المتولسي أو عندما لا يكون المتولي قد بلغ سن الرشد ، وقد شرطت له التولية في كتاب الوقف .

(1) أنظر : زهدي يكن ، الوقف في الشريعة والقانون ، مرجع سابق . ص 13 .

(2) المرجع السابق . ص 13 .

2- تحديد أقسامه :

- حدد قانون الوقف أقسام الوقف العام في قسمين هما :
- أ- وقف عام محدد الجهة : حيث يحدد الواقف فيه مصرف ريعه ، فلا يصح صرف ريع الوقف على غير هذا المصرف من وجوه الخير إلا إذا استنفذ .
- ب- وقف عام غير محدد الجهة : وهو الذي لم يحدد أو لم يعرف مصرفه الذي أراده الواقف ، وهنا يصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه ، وفي سبيل الخيرات .
- 3- حصره للأوقاف العامة المصونة :

- حدد قانون الوقف في مادته الثامنة الأوقاف العامة المصونة فيما يلي :
- 1 - الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية .
 - 2 - العقارات أو المنقولات التابعة لهذه الأماكن، سواء كانت متصلة بها أو كانت بعيدة.
 - 3 - الأموال والعقارات والمنقولات الموقوفة على الجمعيات والمؤسسات والمشاريع الدينية.
 - 4 - الأملاك العقارية المعلومة وقفا والمسجلة لدى المحاكم .
 - 5 - الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية ، أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي ، وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار .
 - 6 - الأوقاف الثابتة بعقود شرعية ، وضمت إلى أملاك الدولة أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين .
 - 7 - الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها.
 - 8 - كل الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة، ولم يعرف واقفها ولا الموقوف عليها ومتعارف عليها أنها وقف .
 - 9 - الأملاك العقارية والمنقولات الموقوفة أو المعلومة وقفا والموجودة خارج الوطن.

فضلا عن ذلك ما ذكر في المادة 06 من المرسوم التنفيذي 98-381 المذكور سابقا

وهي:

- أ - الأملاك التي اشتراها أشخاص طبيعيين أو معنويون باسمهم الشخصي لفائدة الوقف.
- ب - الأملاك التي وقفت بعدما اشترت بأموال جماعة من المحسنين .
- ج - الأملاك التي وقع الاكتتاب عليها في وسط هذه الجماعة .
- د - الأملاك التي خصصت للمشاريع الدينية .

الفرع الثاني :

الوقف الذري أو الأهلي - الخاص -

المقصود بالوقف الذري :

يقصد بالوقف الذري أو الأهلي : ما جعل أول الأمر على معين ، سواء كان واحدا أو أكثر، وسواء كانوا معينين بالذات كحسين أو رمضان أو أولاد فلان ، أو معينين بالوصف كأولاده أو أولاد فلان وسواء كانوا أقارب أم لا ، ثم بعد هؤلاء المعينين على جهة بر. (1)

أو هو ما جعل إستحقاق الربح فيه ابتداء للواقف ثم لأولاد فلان أو فلان ، ثم لجهة بر لا تنقطع حسب إرادة وشروط الواقف .

(1) انظر : د. مصطفى شابي ، مرجع سابق ، ص 318 .

اعتراضات مبررة

تعرض الوقف الذري أو الخاص إلى جملة من الإنتقادات بالنظر إلى الآثار التي يترتبها ، يمكن تلخيصها فيما يلي :

1- أن الوقف الذري أو الأهلي مخالف لتعاليم الإسلام ، إذا أن الكثير من الناس من يلتجئ إلى هذا النوع من الأوقاف لحرمان بعض الورثة من الإرث ، وهو ما اعتبر- عند الفقهاء - إخلالا بقواعد الميراث .

2 - أن هذا النوع من الوقف يؤدي إلى تجميد الثروة وحبسها عن التداول
3 - أنه بمرور الزمن سيتعدد المستحقون في الوقف الواحد ، فيصبح نصيب المستحقين ضئيلا، ولا يمكن التصرف فيه ، مما يؤدي إلى إهماله .

ان المحلل لهذه الاعتراضات لا شك وأنه سيكتشف وجاهتها وصوابها إلى حد ما ، لكن في نفس الوقت لا يمكنه الجزم بإنعدام المصلحة في تقرير هذا النوع من الوقف ، وتبقى مسألة ترجيح المصالح مسألة خاصة بالتشريعات التي قد لا تقر هذا النوع من الوقف أو تقره كما فعل المشرع الجزائري .

ترجيح المشرع الجزائري لمصلحة الأخذ بالوقف الخاص :

لن أثير الاعتراضات السابقة على بعض التشريعات التي ألغت من منظومتها القانونية الوقف الذري ، فإن قانون الوقف الجزائري قرر الأخذ بهذا النوع من الوقف الذي حدد مفهومه في المادة 2/6 من قانون الوقف التي تنص : ((الوقف الخاص وهو ما يجسسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث ، أو على أشخاص معينين ، ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم)) .

ان إقرار المشرع الجزائري لهذا الوقف الخاص يمكن تفسيره بأن المضار المترتبة عن هذا الوقف أقل من المصالح المرجوة منه في تقدير المشرع، والتي تتمثل في رأينا في النقاط التالية :

- 1- أن الوقف الخاص المقصود منه تأمين التكافل الاجتماعي لأقرباء الواقف وذريته .
- 2- أن إقرار هذا الوقف هو في النهاية إنشاء للوقف العام مما يتحقق معه الخير .
- 3- أن عدم إقرار الوقف الخاص لا يعني بالضرورة تلافي مساوئ هذا الوقف فحسب بل ان الأمر ينطوي على خطورة امتناع الناس حتى على الوقف العام ، وهو ما يستفاد من تجارب بعض الدول التي ألغت الوقف الخاص، فامتنع الناس عن الوقف عموما إلا ما تعلق بالمساجد ، ويمكن تفهم هذا الموقف من الأشخاص الواقفين إذ أنهم يرجون بوقفهم التصدق على ذريتهم ثم ليكون صدقة جارية على جهة عامة.
- 4- أن تحقيق المصلحة الأولى المذكورة سابقا يدل عليه الموقوف عليهم، فإن كانوا أهل حاجة فقد حقق الوقف مقصده ، وإلا فإن عدم قبولهم يؤدي إلى تحقيق المقصد الأكبر وهو ان يتحول الوقف إلى جهة عامة، فقبول الذرية هو شرط للاستحقاق هنا ، وإلا تحولت جهة الوقف ، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 07 من قانون الوقف بأنه: ((يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم)) . وهنا الوقف العام يكون غير محدد الجهة فيصرف ريعه في نشر العلم، وتشجيع البحث فيه وفي كل سبل الخيرات وفقا للمادة 06 من قانون الوقف السابقة الذكر .

ضرورة تقرير ضوابط للوقف الخاص :

ان تحليلنا للوقف الخاص جعلنا نقف على ضرورة ان يضبط هذا الوقف بما يمنع تحقق المفسد المتوقعة ، و الضابط الذي نراه مناسباً هو :

ان الوقف الخاص الأصل فيه الجواز متى لم يتخذ كذريعة للإضرار بالورثة ، وإلا وقع تحت طائلة البطلان لمصلحة المتضرر الذي يقع عليه عبء إثبات نية الإضرار .
ان الدافع لاقتراح هذا الضابط هو ما لوحظ في مسار هذا النوع من الأوقاف من انحرافه عن أصل الوقف ، ووقوعه فيما حرم الله، وبناءا على قاعدة : درء المفسد أولى من جلب المصالح ، فإن بقاء صلة الأرحام وتحقق العدل خير من تحقق مقاصد الوقف ، والأمور بمقاصدها .

وهذا ما يدعوننا إلى القول: إن انعقاد الوقف يتوقف على الإيجاب فقط ، أما القبول فما هو إلا شرط. لنفاذه تجاه الموقوف عليهم إذا كان الوقف خاصا ، فإذا لم يقبل الموقوف عليهم الوقف فإن ردهم له لا يجعل الوقف باطلا ، وكل هذا يدعوننا إلى القول أن المراد بال عقد في المادة الرابعة السابقة هو العقد بالمدلول العام ، وعليه يكون الوقف : تصرفا قانونيا يترتب عليه التزام بإرادة منفردة ، وهو ما ذهب إليه غالبية الفقه الإسلامي .

ثانيا : الوقف تصرف تبرعي

رأينا في موضوع موقف القانون من طبيعة الوقف: ان الوقف باعتباره عقدا بالمفهوم العام فإنه يصنف ضمن التصرفات التبرعية التي لا يحصل فيها أحد العاقدين على مقابل لما يقدمه ، ولا يقدم العاقد الآخر مقابلا لما يحصل عليه ، ولقد نصت المادة الرابعة من قانون الوقف على فكرة التبرع بالقول : ((الوقف عقد التزام تبرع ...)). والتبرع يفيد خروج الشيء من ملك التبرع بما يفيد زوال كل سلطاته على الشيء وعلى هذا الأساس تنص المادة 17 من قانون الوقف : ((إذا صحح الوقف زال حق ملكية الواقف ...)).

ان زوال حق ملكية الواقف لا يعني إنتقالها إلى الموقوف عليه ، بل ان محل التبرع هو منفعة الشيء الموقوف فقط ، وتحبس رقبة المال الموقوف ، ويدل على ذلك ما تفيدته المرواد التالية :

-المادة 03 من قانون الوقف تنص : ((الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد ، والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من أوجه البر والخير)).
ومحل الشاهد هنا هو جملة : والتصدق بالمنفعة ، فمحل التبرع هو المنفعة .

-المادة 18 من قانون الوقف : ((ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتج ...)) فما تنتجه العين الموقوفة من ثمار وريع هو الذي يكون محلا للتبرع .
ان الواقف بتصرفه يقدم منفعة العين الموقوفة إلى شخص معين ، أو إلى جهة من جهات الخير والتبري دون ان يحصل على مقابل ، بل يبتغي بتصرفه البر بالموقوف عليه واحتساب الأجر عند الله (1).

وخلاصة التحليل لهذا الموضوع هو ان الوقف ما هو إلا : تصرف قانوني بإرادة منفردة يفيد التبرع بمنفعة المال الموقوف على جهة خير وير في الحال أو المال ، وهذا المفهوم هو الذي قرره قانون الوقف الجزائري.

المطلب الثاني :

الشخصية المعنوية للوقف

يتميز الوقف بأن له شخصية معنوية مستقلة ، وتجد هذه الميزة أساسها في الفقه الإسلامي(2) والقانون الجزائري على النحو التالي :

أساس شخصية الوقف في الشريعة الإسلامية:

عالج فقهاء الشريعة الإسلامية هذه المسألة في النقطتين التاليتين :

(1) يقرر الاجتهاد القضائي أن الوقف عقد من العقود ، حيث قررت المحكمة العليا أن : ((الحبس هو عقد خصه الفقه وقيدته بشروط خاصة ...)) انظر م.ع.ع.أ.ش. 1986 /05/05 ، ملف رقم 42791 (غير منشور).

(2) انظر في هذا المعنى :

-د.حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، ط1976 ، مصر ، ص692 ، بند 356 .

-د.محمد وحيد الدين سوار ، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثره في حق الملكية ، دون رقم الطبعة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر 1986 ، ص 12

أولاً : تسمية الوقف

الذمة هي مناط الحقوق والواجبات ، وهذا ما أقره فقهاء المذاهب الفقهية للوقف ، وما عدا الأحناف الذين ينفون وجود ذمة الوقف ، ولكنهم أثناء التفصيل في أحكام الوقف نجدهم يثبتون كغيرهم من الفقهاء : الحقوق والإلتزامات للوقف ، وفي هذا يرى الشيخ علي الخفيف : إن الحنفية يقولون بالشخصية المعنوية كشخصية الحكومات والمصالح والشركات ، لكن مؤلفاتهم الفقهية والأصولية تقرر لمثل هذه الجهات أحكاماً تقتضي أن لها حقوقاً تجاه غيرها يطلبها من يتولاها وينظر في أمرها ، كما أن عليها الإلتزامات المالية يطلبها أصحابها على هذا الجهات والمصالح ، وعلى هذا فقد جعلوا للناظر أن يبيع محصول أراضي الوقف وان يشتري بها ما تحتاج إليه من آلات ودواب ويكون ما يشتريه ملكاً للموقوف لا للمستحقين ، وبالتالي أصبحت جهة الوقف بائعة ومشتريه ، وقد قال الحنفية أيضاً أن الناظر إذا اشترى شيئاً للوقف بالنسيئة أي الدين كان المدين جهة الوقف ، فيدفع الناظر الثمن من غلته (1) ، وهذا يكفي للدلالة على ذمة الوقف .

ثانياً : الاستدانة على الوقف

إن هذا الموضوع يثار في حالة ترميم الوقف أو إعادة بنائه ، أو لأي أمر يتعلق بصيانة مصالحه ، فهل تصح الاستدانة من الغير للقيام بالأشغال الضرورية لبقاء عين الوقف إذا ما تأكد عجز غلة الوقف عن تغطية نفقات الصيانة والترميم ؟ إن الأئمة المالكية يرون صحة الاستدانة على الوقف ، باعتبار هذا الأخير أهلاً للملك حكماً .

ويذهب الشافعية إلى جواز الاستدانة ، واشترطوا في الرجوع من أقوالهم، إذن القاضي بذلك .

أما الفقه الحنفي فقد اشترط لذلك أن يأذن به القاضي ، على أن يتعلق الحق فيها بذمة متوليه أو ناظره، على أن يكون لهذا الأخير حق الرجوع على الوقف بما أنفقه . والظاهر أن السبب في رأي الحنفية هذا ، هو موقفهم من موضوع الذمة المالية للوقف لذلك لم يقرروا هذه الاستدانة (2).

الأساس القانوني لشخصية الوقف:

تنص المادة (05) من قانون الوقف : ((الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين والإعتباريين ويتمتع بالشخصية المعنوية، وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها)). إن هذه المادة الواردة في قانون الوقف الجزائري تحت الفصل الأول الخاص بالأحكام العامة تكشف عن منح القانون الشخصية المعنوية للوقف تطبيقاً وتوافقاً مع نص المادة 49-1 من القانون المدني الجزائري التي تنص : ((...وكل مجموعة أخرى يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية)).

ومحل الشاهد هنا هو : وكل مجموعة يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية ، فبناءً على هذا يمكن إدراج الوقف ضمن مجموعات الأموال ذات الشخصية المعنوية التي يحكمها نظام الاعتراف الخاص.

إذن، بمجرد استكمال الوقف لأركانه وتحقق شروطه يصبح الوقف شخصاً معنوياً مستقلاً عن الأشخاص المستحقين لريعه ، ويترتب على هذا : أن له ممثلاً شرعياً هو متولي الوقف أو ناظره ، الذي يشرف على شؤونه ، فله أن يرفع الدعاوى ضد الغير المتعلقة بالوقف، كما أن الدعاوى الموجهة ضد الوقف ترفع ضد ناظره كخصم، فدور الناظر هنا كدور مدير

(1) ، (2) انظر حسن عبد الله الأمين ، بحث الوقف الإسلامي - مجموعة بحوث إدارة وتثمين ممتلكات الوقف ، ط1. المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، العربية السعودية 1989 ص126.

مؤسسة يتولى إدارتها والإشراف عليها ، كما نصت على ذلك المادة 33 من قانون الأوقاف ((يتولى إدارة الأملاك الوقفية ناظر الوقف حسب كيفية تحديد عن طريق التنظيم)).

وبلاحظ في هذه المسألة ان إعطاء الوقف الشخصية المعنوية وما يترتب عن ذلك من مميزات تتعلق بالذمة المالية ، والإسم والموطن والمسؤولية يكون قد حل المشكلة التي يفيدها السؤال : إلى أين تنتقل الملكية ؟ هل تبقى للواقف ؟ أم تنتقل إلى الموقوف عليه؟ أم تكون على حكم ملك الله ؟ كما كان الشأن بالنسبة للخلاف الفقهي .
ان اعتماد هذه الحيلة القانونية من المشرع الجزائري كانت منطقية ومستجيبة للواقعية التي تفرض وجود هذا الحل .

المطلب الثالث :

الحماية الشرعية والقانونية

يعنى الوقف في الشريعة الإسلامية والقانون بعناية وحماية خاصة ، نظرا لما لهذه الصدقة الجارية من قيمة تعبدية واجتماعية ، الأمر الذي تولد عنه إهتمام الشريعة والتشريع بتنظيم الوقف من كل جوانبه (1) ، ولا أدل على ذلك من تقرير الدستور الجزائري لسنة 1996 م ذلك في المادة 52 /فقرة 03 التي تنص : ((الأملاك الوقفية وأملاك الجمعيات الخيرية معترف بها ويحمي القانون تخصيصها)) .

وان من أهم مظاهر وأوجه الحماية التي يتميز بها الوقف هو : عدم جواز التصرف في رغبة العين الموقوفة ، وترتيب جزاءات على كل من انتهك حرمة الوقف ، وكذا عدم خضوع الوقف لبعض التصرفات والوقائع التي تتعلق بنظام الأموال، وهذا ما نتطرق إليه في النقاط التالية :

أولا : عدم جواز التصرف في رغبة العين الموقوفة :

ان الوقف بمجرد أن يقع صحيحا مستنفذا لكل شروطه ، فإن حق ملكية الواقف يزول وبالمقابل يثبت للموقوف عليهم أو الجهة الموقوف عليها حق الإنتفاع فقط على النحو التالي :

1- زوال سلطات الواقف على المال الموقوف :

تنص المادة 17 من قانون الوقف : ((إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف)) .
هذه المادة التي وردت في الفصل الرابع من قانون الوقف المتعلق بموضوع التصرف في الوقف، وهو عنوان نراه غير مناسب لأنصح قد يظهر للقارئ من أول وهلة أيتمكن التصرف في الوقف، ولذلك كان الأمر سيكون افضل لو جاء تحت عنوان : حرمة التصرف في الوقف أو بطلان التصرف في الوقف .

ان مدلول هذه المادة يكرس ما ذهب إليه بعض المواد الواردة في الأحكام العامة من قانون الوقف ومنها :

المادة 03 : ((الوقف هو حبس العين عن التملك ...)).

المادة 04 : ((الوقف عقد إلتزام تبرع صادر بإرادة منفردة)).

وقبل هذه المواد المادة 213 من قانون الأسرة التي تنص : ((الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص ...)) فهذه المواد تتفق في مدلولها على ان الوقف بمجرد ان ينشأ فإن حق ملكية الواقف للشئ الموقوف يزول، بمعنى ان كل سلطات المالك المتعلقة بحق

(1) يقول الأستاذ منذر عبد الحسين الفضل في موضوع الأموال للمملوكة للجماعة : ((لقد حظرت الإسلام على الأفراد تملك بعض الأموال أو تملكها بسبب تعلق حق الجماعة بها ، لأنها مخصصة للنفع العام، وينفع بها الأفراد باعتبارهم جزءا من الجماعة، ومن هذه الأموال المساجد... ومنها الوقف الذي خصصت غلاته وثمراته عاجلا أو آجلا لجهة بر لا تقطع بتحقيق بها خير الجماعة...)) انظر الأستاذ : منذر عبد الحسين الفضل . الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي . ط. 2 ديوان المطبوعات الجامعية . الجزائر 1988 م . ص. 66.

التصرف ، وحق الاستعمال ، وحق الإستغلال تسقط عن الواقف .
ان أساس زوال تلك السلطات هو فكرة التبرع بإرادة منفردة من الواقف ، فيتبرع بحق التصرف ليحبس هذا الحق ويكون أساس الشخصية المعنوية للوقف ، ويتبرع بحق الإنتفاع على المستحقين الذين يتحددون وفق إشتراطات الواقف ، وهذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء عدا الإمام أبي حنيفة.

2- إقتصار سلطات الموقوف عليهم على الإنتفاع دون التصرف :

لا تقتصر حرمة التصرف في رتبة المال الموقوف على الواقف فقط ، بل تشمل الموقوف عليهم الذين حددت المادة 18 من قانون الوقف طبيعة حقهم بالنص : ((ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه وعليه استغلالها استغلالا غير منلف للعين وحقه حق إنتفاع لا حق ملكية)) .

وتنص المادة 23 من قانون الوقف : ((لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها)) .

ان تحليل المادتين السابقتين يجعلنا نستنتج مايلي :

أ- ان طبيعة حق الموقوف عليهم هو حق إنتفاع من نوع خاص : ذلك ان حق الإنتفاع المذكور في المواد 17، 18 و 23 من قانون الوقف السالف الذكر ليس هو حق الإنتفاع المعروف في نظام الملكية الذي يحكمه القانون المدني ، حيث نجد تمايزا بينهما نذكر بعض مظاهره فيما يلي :

1- أن حق المستحق في الوقف هو حق عيني لا شخصي ، كما هو الحال في حق الإنتفاع .

2- أن حق الإنتفاع محصور بالمنتفع لا يقبل الإنتقال إلى الورثة ، أما حق المستحق فينتقل إلى ورثته بشرط الواقف .

3 للمنتفع حق الإستعانة بدعاوى إعادة اليد لأجل حماية حقه من تعرض الغير ، بخلاف الوقف الذي هو شخص معنوي ، يمثله ناظره يجب مخصصته في كل ما يتعلق بجوهر الوقف .

4- ان واجب إدارة وصيانة العين المنتفع بها تقع على عاتق صاحب حق الإنتفاع ، أما في الوقف فإن ذلك ليس من إلتزامات المستحق بل من إلتزامات ناظر الوقف .

5- ان حقوق المنتفع وإلتزاماته يحددها سند إنشاء حق الإنتفاع وأحكام القانون المدني المتعلقة بحق الإنتفاع، أما المستحق في الوقف فإن حقوقه تنظمها إرادة الواقف .
وبناء على هذا التمييز يظهر ان حق المستحق هو حق إنتفاع ولكنه من نوع خاص ، الأمر الذي يجعلنا نخلص إلى تسمية حق المستحق بحق "الإنتفاع الوقفي" أو نسميه " حق المنفعة" لتعوض كلمة حق الإنتفاع في كل مواد قانون الوقف من أجل التمييز وعدم الخلط .

ب- حرمة التصرف في الوقف تشمل قسميه العام والخاص :

تنص المادة 22 من قانون الوقف : ((تبقى الأوقاف الخاصة تحت تصرف أهلها الشرعيين المحددين حسب شروط الواقف أو الذين صدر حكم القاضي بالحبسهم بالوقف ...)) .

ان ظاهر هذه المادة يوحي بالتضارب بينها وبين المواد 17 و 18 و 23 السانفة الذكر إذ كيف للمستحقين في الوقف الخاص التصرف في الوقف ، مع ان القاعدة هي ان حقهم لا يتعدى الإنتفاع فقط بغلة المال الموقوف ؟

ان صيغة المادة 22 السابقة تعد معيبة إلى درجة الفداحة مع ان المقصود من المادة يؤكد قاعدة عدم التصرف في الوقف بدليل الجملة الأخيـرة من نفس المــــادة التي تفيد: ((... ويؤول الوقف مباشرة بعد انقراض العقب إلى السلطة المكلفة بالأوقاف ما لم يحدد الواقف مآل وقفه)) . بمعنى ان التصرف المذكور في المادة لا يمكنه ان يمس رقبة العين الموقوفة ، لأن هذه العين ستنقل غلاتها إلى جهة عامة وفق ما تقرره المادة أو بتعبير آخر فإن الوقف الخاص سيتحول إلى وقف عام، فمحور التغير هنا هو وجه الصرف وليس رقبة العين الموقوفة ، على أنه يجوز للموقوف عليهم التصرف في حق المنفعة بحكم استحقاقهم بحيث يجوز لهم التنازل عن حقهم للتغير في المنفعة ، كما يجوز لهم جعل حق منفعتهم ضمانا للدائنين ، وما عدا ذلك فلا يجوز البتة .
وبناء على ما سبق نرى ضرورة تعديل صياغة المادة 22 بما يجعلها متفقة والأحكام العامة في الوقف ونقترح الصياغة التالية: ((تبقى حقوق المنفعة في الوقف الخاص تحت تصرف أهلها الشرعيين ... إلى آخر المادة)).

إن الأثر الذي يترتب على الوقف من حيث عدم جواز التصرف في رقبة العين الموقوفة ، وبناءا على ما قرره الدستور الجزائري في مادته 59 السابقة ، هو الذي حدا بالمشروع الجزائري إلى الإعراف الضمني بالخطأ التشريعي الذي وقع من خلال الأمر 73/71 المتعلق بالثورة الزراعية الذي تم بموجبه إنتهاك حرمة الأوقاف، حيث أقر المشروع التراجع عن موقف التأميم للأموال الوقفية بموجب القانون رقم 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري ، والقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف ، والأمر 26/95 المعدل للقانون رقم 25/90 السابق .

لقد حدد القانون لعملية إسترجاع الأملاك الوقفية المؤممة شروطا وإجراءات ، ورتب عليها أثارا مهمة ، حيث اشترط للمطالبة بإعادة الأراضي الموقوفة المؤممة بموجب المادة 38 من قانون الوقف 10/91 ما يلي :

1- ثبوت الوقف بإحدى الطرق القانونية والشرعية .

2- عدم إستحالة الإسترجاع ، كما لو حولت الأرض الزراعية إلى أرض عمرانية ، أو منحت في إطار القانون 18/83 المتعلق بحيازة الملكية الفلاحية عن طريق الاستصلاح فهنا يلزم تعويض الموقوف عليهم عينا وفقا لما يسمى بالاستبدال كما سيأتي لاحقا .

3- يثبت حق طلب الإسترجاع للموقوف عليهم ، وفي حالة عدم وجودهم يوم الإسترجاع فإن الملك الوقفي يسترجع لصالح السلطة المكلفة بالأوقاف .

وبتوافر تلك الشروط يتم السير في إجراءات المطالبة بالإسترجاع ، ابتداءا بتقديم الجهة الموقوف عليها أو السلطة المكلفة بالأوقاف طلبا إلى الوالي المختص المكلف إقليميا، دون التقيد بميعاد معين (المادة 40 من قانون 10/91) ويرفق هذا الطلب بما يثبت عقد الوقف وهوية الموقوف عليهم .

ويدرس الطلب من قبل لجنة ولانية متساوية الأعضاء (م 82 من قانون 25/90) وتصدر قرارات قابلة للطعن .

وإذا ما ثبت الإسترجاع فإن الآثار التي تترتب عن ذلك هي :

- 1- زوال حق ملكية الدولة للأراضي الزراعية المعنية بعملية الإسترجاع .
- 2- انتقال وعودة حق منفعة الأرض المسترجعة إلى الموقوف عليه ابتداءا إن كان موجودا أو إلى السلطة المكلفة بالأوقاف .
- 3- ينقلب الأشخاص الذين لهم حق إنتفاع على هذه الأرض إلى مستأجرين إذا وافقوا على ذلك ، وإلا يتم تعويضهم من قبل الدولة نقدا أو عينا عن ذلك ، (م 6 من الأمر 26/95) .

4- يتم الإسترجاع دون تعويض للموقوف عليهم على ما فاتهم من نفع من المال الموقوف من يوم التأميم إلى يوم الإسترجاع ، ذلك أن التأميم عمل سيادي تشريعي ، والدولة غير مسؤولة عن أعمالها السيادية والتشريعية.

ثانيا :ترتيب جزاءات على إنتهاك حرمة الوقف

يترتب على إنتهاك حرمة الملكية الوقفية: تعرض المعتدي إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات، وفي هذا الصدد تنص المادة 36 من قانون الأوقاف 10/91 : ((يتعرض كل شخص يقوم بإستغلال ملك وقفي بطريقة متسترة أو تدليسية أو يخفي عقود وقف ، أو وثائقه أو مستنداته أو يزورها إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات)).

فوفقا لهذا النص ، فإن إنتهاك حرمة الوقف يكيف على أنه جريمة تترتب عنها عقوبة وبالرجوع إلى قانون العقوبات(1)، نجد ان جريمة إنتهاك حرمة الوقف تقع ضمن الجنايات والجنح المتعلقة بالأموال الواردة في القسم السادس من الباب الثاني الخاص بالجنايات والجنح ضد الأفراد .

وفي هذا الإطار تنص المادة 386 من قانون العقوبات على أنه: ((يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات بغرامة من 2000 إلى 20000 دينار جزائري كل من أنتزع عقارا مملوكا للغير وذلك خلسة أو بطرق التدليس ، وإذا كان انتزاع الملكية قد وقع ليلا بالتهديم أو العنف أو بطريق التسلق أو الكسر من عدة أشخاص أو مع حمل ظاهر أو مخيا بواسطة واحد أو أكثر من الجناة فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات والغرامة من 10000 إلى 30000 دج)).

أما المادة 387 فتتنص : ((كل من أخفى عمدا أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جنابة أو جنحة في مجموعها أو في جزء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى 05 سنوات على الأكثر وبغرامة من 500 إلى 20000 دج ويجوز ان تجاوز الغرامة 20000 دج حتى تصل إلى ضعف قيمة الأشياء المخفاة ويجوز علاوة على ذلك ان يحكم على الجاني بالحرمان من حقه أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر ...)) ، وتضيف المادة 388 : ((في حالة ما إذا كانت العقوبة المطبقة على الفعل الذي تحصلت عنه الأشياء المخفاة هي عقوبة جنابة يعاقب المخفي بالعقوبة التي يقررها القانون للجناية وللظروف التي كان يمل بها وقت الإخفاء ومع ذلك فإن عقوبة الإعدام تستبدل بالنسبة للمخفي بعقوبة السجن المؤبد ويجوز دائما الحكم بالغرامة المنصوص عليها في المادة 387)).

إذن فكرة تجريم فعل الإنتهاك الواقع على الأملاك الوقفية هو من أوجه الحماية الأكيدة التي يقررها القانون للتصرف الوقفي .

ثالثا :عدم خضوع الوقف لبعض الوقائع والتصرفات التي تتعلق بنظام الأموال ويتمثل ذلك في :

1- حكم التقادم :

يعتبر التقادم سببا من أسباب كسب الملكية وانتقالها ، وبما أن الوقف لا يمكن أن يكون محل ملكية لأحد، فلا يتصور ملكية هذه الأعيان بالتقادم، وإلا فهذا ينافي صفة التأيد فيها والقاعدة تقضي بأن: ما لا يجوز التصرف فيه لا يجوز كسبه بالتقادم.

(1)الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

2- عدم قابليته للحجز :

إن الوقف مهما كان محله، لا يمكن أن يكون موضوعا للحجز للأسباب التالية :

أ- لأن الحجز في الواقع يؤدي إلى عملية البيع بالمزاد ، وبالتالي نقل الملكية بصورة جبرية وهو ما يتنافى ومقتضى الوقف .

ب- أن الواقف أو الموقوف عليه المدين لا يملك العين الموقوفة ، وبالتالي فإن الحجز لا يكون إلا على أملاك المدين وهي -الأملاك الوقفية- قد خرجت من ذمتها .

لكن هذا لا يمنع من التنفيذ والحبس على حق الموقوف عليه في منفعة الموقوف أو ما يعرف بالغلة وهذا وفقا للمادة 21 من قانون الوقف التي تنص : ((يجوز جعل حصاة المنفعة ضمانا للدائن في المنفعة فقط وفي الثمن الذي يعود إليه)) .

والخلاصة : ان هذه الخصائص بقدر ما ميزت الوقف عن غيره من التصرفات، بقدر ما ساعدت على تحديد ماهية الوقف التي لا تكتمل صورتها النهائية إلا بالتطرق إلى كيفية نشأة الوقف التي نراها فيما يلي .

الفصل الرابع

إنشاء الوقف

إن الحديث عن ماهية الشيء يقتضي الحديث عن ركنه ، بناء على تعريف الأصوليين للركن بأنه: ما كان دخلا في ماهية الشيء ، وعلى هذا سنتحدث في هذا الفصل عن ركن الوقف وما يقوم به في مبحث أول ، ثم نتطرق إلى مسألة مهمة تتعلق بمدى كفاية الصيغة المنحصرة في الإيجاب لقيام الوقف ، وهذا ما يدفعنا إلى الحديث عن مدى لزوم القبول ، والقبض في الوقف ، في مبحث ثاني .

المبحث الأول :

تحديد ركن الوقف

إختلاف إصطلاحى شكلى :

يرى فريق من الفقهاء أن للوقف أركانا أربعة هي : الواقف ، والموقوف ، والموقوف عليه ، والصيغة الدالة على إنشائه ، ويبني هذا الفريق من الفقه رأيه على أساس تفسيرهم الركن بأنه: ما يتوقف عليه الشيء ولا شك في أن هذه الأمور الأربعة يتوقف عليها وجود الوقف . (1) ويذهب فريق آخر من الفقه إلى أن للوقف ركنا واحدا وهو الصيغة المنشئة ، وما عداها أمور لازمة لوجود الصيغة ، بناء على تفسيرهم الركن بأنه: ما كان جزءا من حقيقة الشيء ، أو ما به قوامه ووجوده (2).

إن ما يلاحظ في هذه المسألة أن سبب إختلاف الرأيين الفقهيين: راجع إلى إختلاف في أمر إصطلاحى لا يترتب عليه ثمرة ، على أن الرأيين متفقان أن الصيغة ركن ، وأن الوقف يوجد ويتحقق بها في الخارج .

فالفقهاء متفقون على أن الوقف من التصرفات التي توجد بإرادة واحدة، فيكفي لتحقيقها وجود الإيجاب من الواقف ، وهو ما يصدر من الواقف دالا على إنشاء الوقف لفظا كان أو فعلا أو إشارة .

تعدد الأركان فى القانون الجزائري :

ذهب قانون الوقف صراحة إلى تقرير تعددية أركان الوقف ،بأنها ذلك على فكرة أن الركن هو ما يتوقف عليه الشيء ، وفي هذا الصدد أكدت المادة (19) من قانون الوقف الواردة تحت الفصل الثاني الخاص بأركان الوقف وشروطه ان : ((أركان الوقف هي:

1- الواقف

2- محل الوقف

3- صيغة الوقف

4- الموقوف عليه)) .

ولتحديد مفاهيم هذه الأركان حدد القانون أوصاف هذه الأركان من خلال تطرق مواد الفصل الثاني من القانون إلى شروط كل ركن على حدة كما سنرى لاحقا في الباب الثاني من هذا البحث .

إن مسألة إنشاء الوقف التي أثارَت مشكلة تحديد أركانه تثير أيضا نقاشا حول موضوعين يتعلقان بمحل القبول والقبض في التصرف الوقفي ، أهما شرطان لتماسه أم شرطان لصحته؟ وهذا ما نحله فيما يلي:

(1) ، (2) انظر .د. الشيخ مصطفى شلبي ، مرجع سابق .ص 324.

المبحث الثاني :

مدى إشتراط القبول والقبض في الوقف

سنعالج في هذا المبحث مسألة إشتراط القبول في مطلب أول ، ثم نتبعه بمطلب ثان خاص بمسألة القبض أو التسليم في الوقف على النحو التالي :

المطلب الأول :

محل القبول في الوقف

إستبعاد القبول في الوقف على غير معين:

أجمع فقهاء الشريعة -مع إختلافهم- على أن القبول ليس ركنا في الوقف وعلى أنه ليس شرطا في صحته ، ولا في الإستحقاق فيه إذا تعلق الأمر بموقوف عليه غير معين أو محصور (1).

لكن الواقع أن كل الإختلاف بينهم يكمن في ما إذا كان الموقوف عليه معينا ، أو بتعبير آخر، إذا كانت الطبقة الأولى منه معينة محصورة ، فمنهم من جعله شرطا ومنهم من لم يشترطه .

التكييف الشرعي للقبول في الوقف على معين :

اختلف التكيف الشرعي للقبول في الوقف على معين من مذهب لآخر ويمكن حصر التكييفات الشرعية للقبول في النقاط التالية:

1-القبول شرط للزوم الوقف

يرى المذهب الشافعي على الأرجح أن قبول الوقف من الطبقة الأولى المعينة شرط للزوم ، وفي الطبقات التي تلي الأولى الشرط عدم الرد، ولعل علة إشتراطه في الأولى وعدم إشتراطه في التاليات: هو أنه بعد القبول في الأولى قد إستقر وثبت وأصبح غير قابل للنقض، فلم يبقى للتالية إلا رد الغلة أو أخذها (2) .

2-القبول شرط للإستحقاق :

ذهب المالكية إلى أن الوقف إذا كان على معين فإن شرط الإستحقاق هو قبول الموقوف عليه المعين إن كان أهلا له ، أو من وصيه أو القيم عليه ، فإن قبل صح الوقف وثبت الإستحقاق ، وإن لم يقبل هو أو وليه انتقل الوقف لمن يليه إن ذكر جهة تالية وذهب فريق من الحنابلة إلى تقرير فكرة الإستحقاق بشرط القبول وإلا بطل حقه في الوقف وهو رأي مرجوح في الفقه الحنبلي .

مناقشة وترجيح :

سبق القول أن غاية الوقف التقرب إلى الله بالطاعة، وتحقيق رضوانه ونيل ثوابه المتجدد طيلة استدامة أعمال البر والمعروف والإحسان إلى خلقه كما هو مبين في الحديث النبوي الذي يشير إلى الصدقة الجارية ، والتمتع في هذه الفكرة يجعلنا نرى أن تحقيق إرادة الواقف الميت أو الحي محل عناية وتنفيذ، وعلى هذا يكون الربط بين انعقاد الوقف صحيحا قائما و قبول الموقوف عليهم أمرا ليس بالعدل ، فحقيقة لا يجوز إدخال حقوق مالية في ذمة الغير دون إذنه ، ولكن أيضا ليس من العدل أن نمنع تحقيق مقاصد الخير بطريق الوقف ، وللموازنة بين الأمرين كان لا بد من إعادة تكييف القبول بما يحقق إرادة الواقف وإرادة الموقوف عليه ، ولذلك لا نجد تكييفا أحسن من تكييف القبول على أنه شرط للإستحقاق من قبل الموقوف عليهم إذا كنا بصدد وقف خاص ، فإن قبلوا ثبت حقهم فسي

(1) أنظر-الشيخ محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق ،ص 325،الشيخ محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ،ص 56.

(2) الشيخ محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ،ص 57.

الوقف ، وإلا تحول الإستحقاق إلى غيرهم ، ولو تصورنا القبول شرطا للزوم لمنعت تطبيقات أشخاص من خير الوقف بسبب عدم قبول الطبقة الأولى من الموقوف عليهم ، وفي هذا خسران مبین ، وعلى هذا فإن رأي من كيفوا الوقف على أنه شرط للاستحقاق رأي قوي وراجح جدا .

على ان ما أجمع عليه الفقه بالنسبة للوقف على جهة عامة من استبعاد القبول فيه هو أمر منطقي جدا ، لأن مقصد الخير الذي قامت عليه الجهة لا يجب إطلاقا ان يمنع الخير الذي قصده الواقف .

المطلب الثاني :

محل القبض في الوقف

تتازع مسألة اشتراط القبض في الوقف نظريتان ، نظرية تشترطه والأخرى تستبعده مطلقا ، وعلى هذا الأساس نتطرق لكل منهما ثم نبدي رأينا فيما يلي :

الفرع الأول :

نظرية القبض شرط التمام والذوم

يتزعم هذه النظرية المالكية ، والإمامان محمد بن الحسن ، وعبد الرحمان بن أبي ليلى ويرون أنه لا بد من القبض ، وأنه لا يتم الوقف ولا يلزم إلا به (1) .

ويفصل المالكية في هذه المسألة ؛ فيرون أنه لا يكفي بمطلق قبض المتولي أو الناظر - مع أنه هو المعتبر - بل يشترطون زيادة على ذلك ؛ الحيازة لمدة سنة ، فإذا لم تتحقق الحيازة لأي مانع بطل الوقف كأصل .

ويميز المالكية في الحيازة بين الحيازة الحسية والحكمية ، وهذه الأخيرة لا تتحقق إلا بشروط ثلاثة هي :

- 1- أن يكون هناك إسهاد من الولي على الوقف على محجوره .
- 2- أن تصرف الغلة كلها أو بعضها على مصالحه .
- 3- أن لا تكون العين الموقوفة مشغولة بسكن الواقف ، إلا ما كان شغلا قليلا .

الفرع الثاني :

نظرية كفاية الصيغة

يرى الشافعية وأبو يوسف من الحنفية ، والحنابلة في بعض الأقوال ان الوقف لا يحتاج لتمامه إلى القبض ، بل تكفي فيه الصيغة (2) .

ويستدل أصحاب هذه النظرية بأن الوقف كالإعتاق ، لأن كليهما يفيد الزوم بوجود الصيغة الدالة عليه ، كما يستدلون بأن تسليم عمر (ض) وقفه لابنته حفصة (ض) يبرره كثرة أعماله ، ولأنه خاف التقصير ، وليكون في يدها بعد موته ، أما أنه فعل ذلك لإتمام الوقف ، فليس في الخبر ما يدل عليه ولا ما يرجحه .

(1) أنظر : محمد أبو زهرة ، مرجع سابق . ص 63 . 64 .

(2) أنظر : محمد أبو زهرة ، مرجع سابق . ص 66 .

- ابن قدامة (موقف الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة) ، المغني ومعه الشرح الكبير . ج 6 . بيروت 1972 ، ص 190 .

مناقشة وترجيح

يلاحظ المحلل النظرية التي تشترط القبض لتمام الوقف أنها تذهب إلى قياس الوقف بالهبة التي يشترط فيها القبض ، مع أن هناك فارقا كبيرا بينهما ، من ذلك أن الهبة عقد يقتضي إيجابا وقبولا خلافا للوقف، إضافة إلى أن الهبة تعطي الحق للمتصرف إليه بالهبة أن يملك الشيء الموهوب ، وبالتالي يكون له حق التصرف فيه بجميع التصرفات الناقلة للملكية ، وهذه الفكرة الأخيرة هي التي استلزمت فكرة القبض أو التسليم كركن في الهبة في حين أن الوقف لا يملكه الموقوف عليه إطلاقا .

وعلى هذا فإن اشتراط القبض في الوقف ليس له ما يبرره ، اللهم إلا إذا كان القصد هو تحقيق صيغة الوقف عن طريق القبض فإن هذا الأمر يغني عنه موضوع الإثبات في الوقف دون اللجوء إلى فكرة القبض .

وبناء على ما سبق فإن فكرة القبض في الوقف في رأينا معيبة ، ويمكن الإكتفاء بفكرة الصيغة التي يجب في نظرنا أن تكون كافية للتدليل على الوقف ، وضامنة لتحقيق إرادة الواقف، وحامية للوقف بما يمنع ضياعه كأن تكون الصيغة مكتوبة ، ومشهدا عليها من القضاء، أو مما يقوم مقامه ويحقق الهدف المقصود .

المطلب الثالث :

موقف القانون الجزائري من القبول والقبض

يمكن تحليل موقف القانون من القبول والقبض في النقطتين التاليتين :
أولا : القبول : يلاحظ الدارس للنصوص القانونية في هذا الموضوع حكيم لمسألتين هما :

1- استبعاد القبول في الوقف على جهة

لا يوجد في النصوص القانونية المتعلقة بالوقف ما يفيد أو يشير إلى علاقة بين القبول والوقف على جهة معينة ، سواء من حيث اعتباره ركنا في الوقف أو شرطا في صحته اللهم إلا مادة متعلقة بالإستحقاق في الوقف ذكرت الجهة ولم تشترط قبولها، حيث تنص المادة 02/13 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف : ((...فالشخص الطبيعي يتوقف إستحقاقه للوقف على وجوده وقبوله ، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية))، وقبل ذلك فإن المادة (07) من قانون الوقف قد نصت على ما يفيد نص المادة 13 السابقة بالقول ((يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم)).

فنلاحظ هنا عدم اشتراط قبول الجهة الموقوف عليها لأجل إستحقاقها إلا بالنسبة للشخص الطبيعي، وعلى هذا يمكن إستخلاص حكم هذه المسألة بالقول : أن المشرع الجزائري لم يجعل القبول ركنا في الوقف وليس شرطا في صحته ، ولا في الإستحقاق فيه إذا تعلق الأمر بموقوف عليه غير معين تبنيًا لما أجمع عليه الفقهاء في هذه المسألة .

2- القبول شرط الإستحقاق في الوقف على معين : تنص المادة 13/2 من قانون

الوقف : ((...فالشخص الطبيعي يتوقف إستحقاقه للوقف على وجوده وقبوله...)).
ظاهر من هذه المادة أن القبول هنا شرط لأستحقاق الموقوف عليه فقط في الوقف على شخص معين ، وما يؤكد هذا المعنى هو نص المادة 13 من قانون الوقف التي تقر أنه: ((يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم)) .

فهذه المادة تفيد ان الموقوف عليهم في الوقف الخاص اذا لم يقبلوا الوقف فإن الأثر المترتب على ذلك هو تحول الوقف من الخاص إلى العام ، ولا يعني ذلك بطلان الوقف مما يفيد ان القبول شرط للاستحقاق وليس للإنعقاد .
والخلاصة في هذه النقطة هو: أن المشرع الجزائري لم يشترط القبول في الوقف على جهة وإنما اشترطه في الوقف على معين ليكون شرطاً للاستحقاق، أي لتثبيت حق المستحقين، وليس لما يفيد أنه مقابل للإيجاب من أجل الإنعقاد .

ثانياً : القبض شرط غير معتبر : ظاهر من النصوص القانونية المتعلقة بالوقف ان المشرع الجزائري تبنى رأي الاتجاه الذي لا يشترط القبض أو التسليم لتمام الوقف ، أو صحته كما ذهب إلى ذلك الشافعية وأبو يوسف ، وبعض الحنابلة، ويمكن ملاحظة ذلك من خلال النقاط التالية :

- 1- أنه لا يوجد نص صريح يقرر ذلك .
 - 2- ان قانون الوقف قد حدد أركان الوقف في المادة التاسعة منه في أربعة أركان هي : الواقف ، وصيغة الوقف ، والمال الموقوف ، والموقوف عليه ، ولو كان القبض شرطاً لتمام الوقف لذكر مع هذه الأركان ، أو لكان وصفاً لها وهو ما لم يحدث .
 - 3- إن القول باشتراط القبض يجعل عقد الوقف عقداً عينياً كالهبة مثلاً ، وبالتالي يترتب على تخلفه بطلان الوقف ، ولم يوجد في أحكام قانون الوقف ما يشير صراحة أو تلميحاً إلى بطلان الوقف لتخلف القبض .
- على هذا الأساس ، ننتهي إلى ان القبول والقبض ليسا بشروطين لتمام الوقف وصحته وان القبول شرط للاستحقاق في الوقف على معين فقط ، وعلى هذا فمتى توافرت أركان الوقف نشأ ، لكن مع ذلك فإن مسألة صحته تبقى معلقة على مدى تحقق الأوصاف المشترطة في كل ركن على حدة كما سنراه في الباب الموالي .

الباب الثاني:

شروط التصرف الوقفي

تتعلق شروط التصرف الوقفي بالأوصاف التي يجب ان تتحقق في كل ركن من أركان الوقف الأربعة ، وعلى هذا نقسم هذا الباب إلى أربعة فصول ، كل فصل يتعلق بأوصاف كل ركن معين على النحو التالي :

الفصل الأول : شروط الواقف .

الفصل الثاني : شروط المال الموقوف.

الفصل الثالث : شروط الموقوف عليه.

الفصل الرابع : الشروط الخاصة بصيغة الوقف.

الفصل الأول :

شروط الواقف

يشترط في الواقف أن يكون له أهلية التبرع ، التي تتحقق بتوافر شروط صحة أربع تتعلق بالحرية والبلوغ وكذا العقل والرشد ، لكن مع توافر هذه الشروط قد لا يكون الواقف ساري النفاذ بسبب عارض في الواقف ، لذا لزم أن تتعدم الصفات العارضة في الواقف وهي ما يعبر عنها بشروط النفاذ ، ولمعالجة هذا الفصل نقسمه إلى مبحثين: يتعلق الأول بشروط الصحة ، ويتعلق المبحث الثاني بشروط النفاذ .

المبحث الأول :

شروط الصحة

تتعلق شروط الصحة (1) الخاصة بالواقف بصفتين هما : الأهلية الكاملة ، وكذا كمال الحرية وهو ما نراه من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول :

الأهلية الكاملة

يشترط في الواقف الأهلية الكاملة لصحة تصرفه الواقفي الذي هو في حقيقته إلتزام تبرع وهذه الأهلية تتحقق بتحقق الأوصاف التالية :

أولا : تحقق سن الرشد - البلوغ - :

يبطل وقف الصبي غير البالغ سواء كان مميزا أو غير مميز ، ذلك أن البلوغ مظنة كمال العقل، ولخطورة التبرع .

ويقصد فقهاء الشريعة بالصبي المميز: الشخص الذي يعرف معنى العقود وخاصة المشهورة منها: كالهبة ، والبيع ، والشراء ، وعلى هذا يكون الصبي المميز أهلا لبعض التصرفات ، ولكن ليس أهلا للتبرعات .

أما الصبي غير المميز فهو - عند الفقه - الذي لا يعرف معاني العقود ، وهو بهذا لا يكون أهلا للتصرفات مطلقا.

إن مرحلة الصبا تنتهي عند جمهور الفقهاء بالبلوغ الطبيعي ، فإذا لم تظهر علامات البلوغ فإن جمهور الفقهاء يقررون أن البلوغ حينئذ يكون ببلوغ خمسة عشر عاما ، وبلوغ الصبية ببلوغها سبعة عشر عاما .

ثانيا : كمال العقل

لا يصح وقف المجنون والمعتوه (2) لأن كليهما ليس من أهل التبرع ، ذلك أن

(1) راجع في الموضوع: - د. وهيبه الزحيلي ، مرجع سابق . ص 176، 177 .

- الشيخ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 127 . وما بعدها .

- د. عبد الودود محمد السريتي ، الوصايا والأوقاف والمواثيق في الشريعة الإسلامية . بدون رقم الطبعة وتاريخها . ص 184، 185 .

- د. بدران أبو العنين بدران ، أحكام الوصايا والأوقاف . مؤسسة شباب الجامعة . 1982 . ص 286 .

- أبو بكر جابر الجزائري ، منهاج المسلم ، ط 08 بدون سنة الطبع ، دار الفكر بيروت . ص 366

(2) الجنون : مرض يستر العقل ويمنعه من الإدراك السليم ، أما العته : فهو مرض يصيب العقل فيجعل الإدراك ناقصا ، فهو نوع من الجنون ، وكان الجنون تدرجتان : تدرجة بمنع الإدراك فيها وتدرجة ينقص فيها الإدراك ، ويسمى بعض الفقهاء حال الإفاقة للمجنون جنونا مطلقا حال عته .

المجنون سافط العبارة بالإتفاق، فلا يلتفت إلى عباراته لأنها لغو ، ولا تؤدي إلى معنى شرعي .

والمعتوه إذا اعتبرناه ناقص أهلية -وليس فاقدها - لا يصح وقفه ، لأنه تبرع ، وناقص الأهلية ليس أهلا للتبرعات .

ويلحق بالمجنون والمعتوه: كل من حصل له خلل في عقله بأي سبب من الأسباب كالمرض والكبر لأنه غير سليم العقل ، لأن كل تصرف يتطلب توافر العقل والتمييز .

ثالثا : الرشد

إن الرشد في معناه اللغوي يفيد الصلاح والهدى إلى صواب الأعمال ، أما في الإصطلاح(1) : فقد تفاوت معناه من مذهب لآخر ، فقهاء الحنفية يعنون به: أن يكون الشخص حسن التصرف في المال من الوجهة الدنيوية فقط ، في حين يضيف الشافعية فكرة حسن التصرف في المال من الوجهة الدينية .

ويلاحظ أن الفقهاء لم يحددوا سنا معينة للرشد ، غير أنهم يجعلون مناط الحكم على الشخص بالرشد: هو تحقق حسن تصرفه على مقتضى العقل والشرع، وعلى ذلك فإن جمهور الفقهاء يقررون عدم صحة الوقف من السفه أو المغفل إذا حجر عليهما ، لأن الوقف تبرع ، والتبرعات لا تصدر إلا من رشيد، وليس عندهما هذا الرشد بعد الحجر عليهما .

المطلب الثاني :

كمال الحرية

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على اشتراط الحرية في الواقف ، بمعنى أنه إذا كان عبدا فلا يصح منه التصرف لأنه لا يملك ، لكنهم يتفقون أيضا على جواز وقف العبد إذا كان بإذن مولاه، لأنه يكون نائباً عنه ، ونياية العبد جائزة ، ولو لم يكن مأذونا له بالتجارة ، وإذا كان مأذونا له بذلك جاز الوقف أيضا بإذن مولاه على أساس النيابة ، وهذا إذا كانت تجارته غير مستغرقة بالدين . فإن كانت كذلك فإنه لابد من إذن الدائنين ، ونقصد بالحرية أيضا هنا أن يكون الواقف راضيا ومختارا فيما هو مقدم عليه، فلا يصح الوقف إذا وقع جبرا وإكراها دون إرادة حرة .

وبداهة، هذا الشرط غير مقرر في القانون الوضعي المعاصر لذلك لم ينص عليه القانون الجزائري .

موقف القانون من شروط الصحة في الوقف

تشرط النصوص القانونية المتعلقة بالوقف وجوب توافر أهلية التبرع في الواقف لكي يصح وقفه بناء على ما تضمنته المادة 10/2 ، والمادة 04 من قانون الوقف حيث تشرط المادة 10 /2 : ((يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي :

- 1- أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا .
 - 2- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين)) .
- أما المادة 04 فهي تفيد الشرط تبعا لطبيعة التصرف الوقفي الذي تعرفه بأنه: ((عقد إلتزام تبرع صادر عن إرادة منفردة)) وتحليل هاتين المادتين نخلص إلى أن شروط الصحة في القانون الجزائري تتمثل فيما يلي :

أولا :تحقق سن الرشد

تنص المادة 30 من قانون الوقف على ان : ((وقف الصبي غير صحيح مطلقا، سواء كان مميزا أو غير مميز، ولو أذن بذلك الوصي)) .

(1) انظر ،محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق ص 346

ان الوقف تصرف تبرعي كما سبق ، وصفة التبرع توجب توافر الأهلية الكاملة وعلى رأسها بلوغ الشخص سن التاسعة عشر سنة وفق المادة 40 من القانون المدني ، على أساس ان الوقف يؤثر في الذمة سلبيًا ولهذا يعد تصرفًا مضرًا ، فلا يجوز ان يصح إلا ممن بلغ سن الرشد، وفي هذا تنص المادة 83 من قانون الأسرة : ((من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به...)) ويؤيد ذلك نص المادة 86 من نفس القانون حيث تقرر أنه: ((من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني)) .

اذن لتحقيق صحة الوقف لابد ان تكون أهلية أداء الواقف قد اكتملت له لمباشرة كل أنواع التصرفات القانونية .

ثانيا : إمتناع عوارض وموانع الأهلية :

1- عوارض الأهلية : وهي تعرف عادة بالجنون والعتة، والسفه والغفلة .

الجنون والعتة :

النص القانوني : ((لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير ، أما صاحب الجنون المنقطع فيصح أثناء إفاقة وتسام عقله، شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية)).

ورد هذا النص في المادة 31 من قانون الوقف من الفصل الخامس منه المتعلق بمبطلات الوقف ، ويظهر مما سبق ان النص جاء تحت فصل كان الأفضل لولم يكن ، على أساس ان كل مواد الفصل تتعلق بأركان الوقف وشروطه، ولهذا كان المنطوق يفرض ان تكون تحت الفصل الثالث المتعلق بأركان الوقف وشروطه .

ان النص السابق يفرض لصحة الوقف تمتع الواقف بكل قواه العقلية ، لأن حصول الجنون أو العتة يعتبر سببا لفقدان التمييز وبالتالي يعادلان صغر السن الذي هو دون 16 سنة وفق المادة 42 من القانون المدني الجزائري .

حكم وقف المجنون والمعتوه :

حسب المادة 31 من قانون الوقف السالفة فإن تصرفات الواقف المجنون والمعتوه تكون باطلة بطلانا مطلقا كتصرفات الصبي غير المميز وفق للمادة 42 مدني جزائري ، لكن بالرجوع إلى المادة 107 من قانون الأسرة نجدها تفرق بين التصرفات الصادرة قبل الحكم بالحجر عليه وبين تلك الصادرة بعد صدور الحكم بالحجر ، إذ تنص المادة على مايلي : ((تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة ، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها)) وبناء على ما سبق يجب التمييز في مسألة حكم الوقف هنا بين التصرف الوقفي الصادر قبل الحجر والصادر بعده .

أ- حكم التصرف الوقفي الصادر قبل الحجر : إذا كانت حالة الجنون أو العتة غير شائعة وقت التصرف، بمعنى ان غالبية الناس لا تعلم بهذه الحالة؛ فتصرفاته تعتبر صحيحة ويعتبر كامل الأهلية ، أما إذا كانت تلك الحالة شائعة وقت التصرف الوقفي فإن الوقف يكون باطلا مطلقا رغم صدورهما قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر .

ب- حكم التصرف الوقفي الصادر بعد الحجر : يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة وفقا للمادة 102 من قانون الأسرة ، وبعد توقيع الحجر تكون كل تصرفات المجنون أو المعتوه باطلة ومنها تصرفه في الوقف .

مخالفة قانون الوقف للقواعد العامة في مسألة الجنون المنقطع :

يقرر القانون المدني بطلان تصرف المجنون مطلقا، سواء كان جنونا مطبقا أو جنونا منقطعاً، وربما كان تقريره لذلك على أساس صعوبة إثبات ذلك ، وعلى خلاف ذلك الحكم يقرر قانون الوقف صحة تصرف الواقف المجنون بشرطين هما : ان يكون الوقف في

حالة الإفاقة ولو أعقبها الجنون على أساس تمام العقل هنا ، وكذلك ان تثبت تلك الإفاقة بأي طريق من طرق الإثبات الشرعية .
ويلاحظ في هذه المسألة ان المشرع الجزائري أخذ بالقواعد العامة الموجودة في الفقه الإسلامي التي تقرر جواز تصرفات الوقف في حالة الجنون المتقطع ، لأن ذلك يكون مكلفا ، وبالتالي فإن وقفه وان كان تصرفا مضرا بالذمة فإنه يكون مجلبة للثواب ، وفي هذا صلاح وليس مضرة للواقف .

السفه والغفلة :

تثير مسألة وقف السفه وذو الغفلة إشكاليات كثيرة نظرا لتضارب نصوص قانون الوقف وقانون الأسرة والقانون المدني في هذا الشأن ، فالمادة 10/2 من قانون الوقف تنص صراحة على : ((... أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين)) .

فظاهر النص ان من بلغ سن الرشد ولم يكن مجنونا أو معتوها حسب المادة 31 السابقة من قانون الوقف ، ولم يكن محجورا عليه بسبب السفه أو الدين فإن تصرفه يكون صحيحا حتى ولو كان ذا غفلة ، في حين ان المادة 43 مدني جزائري تجعل حكم السفه وذا الغفلة -الذي لم يذكر في النص خطأ في الترجمة - كحكم الصبي المميز الذي لا يصح تصرفه الوقفي مطلقا وفقا للمادة 30 من قانون الوقف التي تقرر ان : ((وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز...)). فهل يمكن القول أن الواقف ذو الغفلة يصح تصرفه الوقفي ؟

إننا نرى ضرورة الأخذ بحكم نص المادة 10/2 من قانون الوقف التي على أساسها يكون تصرف الواقف العاقل صحيحا ما لم يكن محجورا عليه لسفه أو دين فقط ، ولو كان ذا غفلة ، على أساس ان ذو الغفلة هنا لم يغبن في تصرفه الوقفي لأن ذلك لا يوجد متعاقد آخر هنا من جهة، ومن جهة أخرى لأن التصرف الوقفي هو في مصلحته الأخرى هنا ولو أنه سيؤثر على ذمته سلبا فإنه لن يحرم الأجر .

ويمكن بناء على ما أسسنا عليه رأينا الخاص بوقف ذو الغفلة ان نؤسس نقدينا للمادة 10/2 السابقة ، إذ لم تكن بحاجة إلى تقرير بطلان وقف السفه ، لأن علة البطلان في التصرفات بصفة عامة لا تتحقق هنا في التصرف الوقفي على أساس ان إضاعة المال وتبذيره غير واردة هنا وخاصة إذا كان الوقف على نفسه ، لذا نرى ضرورة إعادة النظر في هذه المسألة بما يؤدي إلى الحد من حكم البطلان المطلق هنا .

حكم وقف السفه :

على اعتبار رأينا السابق الذكر في مسألة ذو الغفلة، فإننا سنتطرق إلى حكم وقف السفه الذي نراه من خلال التمييز بين الوقف قبل الحجر عليه ، والوقف بعد الحجر عليه .

-وقف السفه قبل الحجر : يقرر قانون الأسرة ان الأصل هو صحة تصرفات السفه قبل الحجر عليه، وعليه فإن وقف السفه يقع صحيحا إلا إذا ثبت ان السفه كان أمرا ظاهرا ومتفشيا في شخص الواقف قبل تصرفه الوقفي، فهنا يقع الوقف باطلا حسب المادة 107 أسرة التي تنص : ((تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطله وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها)) . فيلاحظ في هذا النص ان المشرع سوى بين تصرفات المعتوه والمجنون والسفه ، مع أنه لا يمكن التسوية بينهم .

-وقف السفه بعد الحجر : ان نص المادة 10/2 من قانون الوقف يذهب صراحة إلى عدم صحة الوقف ان كان الواقف محجورا عليه بسبب السفه حيث تنص : ((... أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين)) ويؤيد هذه المادة ما ذكرته المادة 107 السابقة من قانون الأسرة التي تذهب بصريح العبارة إلى تقرير البطلان حيث تنص : ((تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطله...)).

2- موانع الأهلية : وهي الظروف التي يوجد عليها الواقف الكامل الأهلية التي تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية ، وهي موانع قد تكون قانونية أو طبيعية كما يلي :

أ- الحكم بعقوبة جنائية : يمتنع عن المحكوم عليه بعقوبة جنائية مباشرة حقوقه المالية وفقا للمادة 07 من قانون العقوبات، وهي عقوبة تبعية تطبق بقوة القانون وهي مترتبة على العقوبة الأصلية وفقا للمادة 04/ف2 عقوبات ، وتسري خلال فترة وجود المحكوم عليه بالسجن، وتزول بزوال المانع ويعين مقدم لإدارة أموال المحكوم عليه.

ب- اجتماع عاهتين : تنص المادة 80/ف1 مدني جزائري : ((إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه لسبب هاتين العاهتين التعبير عن إرادته جاز للمحكمة ان تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته)). فالشخص الذي كانت تلك حالته تكون تصرفاته القانونية ومنها الوقف صحيحة قبل ان يعين له مساعدا قضائيا ، أما بعد تسجيل قرار تعيين المساعد القضائي فيجوز لذوي العاهتين القيام بهذه التصرفات دون مساعدة المعين من قبل المحكمة ، وإذا قام بها كانت قابلة للإبطال لمصلحته ، وهذا ما نصت عليه المادة 80/ف2 مدني بقولها : ((ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من اجله وصي قضائي إذا صدر من الموصى عليه بدون حضور الوصي بعد تقييد قرار الوصاية)).

ج- الشرط المانع من التصرف :

وهو الشرط الذي يقيد من حرية التصرف في الملك ، ويجب ان يكون محددًا بمدة معينة وان يكون مشروعًا ، وقد يتقرر لمصلحة المالك أو المشترك كما يمكن ان يتقرر لمصلحة الغير .

ان هذا المانع وان لم يرد في القانون المدني الجزائري إلا أنه مقسّر في المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري(1) في مادته 104 التي تنص : ((يحق المحافظ بأن البطاقة غير مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من قبل صاحبها الأخير)) . وبناء على ما سبق فإن الواقف لا يصح وقفه للعقار إلا إذا كان هذا الأخير ليس ممنوعًا التصرف فيه ، أي لم يقيد التصرف فيه .
والخلاصة ان ركن الواقف متى تحققت فيه الأوصاف التي سبق تحليلها كان تصرف الواقف صحيحًا لكنه لا يكون نافذًا إلا بتحقيق مواصفات أخرى يمكن ملاحظتها فيما يلي :

المبحث الثاني :

شروط النفاذ

يشترط لنفاذ الوقف (2) ألا يكون الواقف مدينا بدين تتحقق فيه صفات معينة، وفي أحوال خاصة يكون عليها الواقف المدين؛ كالصحة والمرض الذي يتصل بالموت. ومن أجل معالجة هذا الشرط، وتصفح جوانبه، إرتأينا أن يكون ذلك في حالتين ، حالة أن يكون الواقف المدين صحيحًا ، وحالة ان يكون في مرض الموت ، وهو ما نتناوله في المطلبين التاليين :

(1) الأمر رقم 76-63 المؤرخ 1976/03/25 المتعلق بالسجل العقاري. ج.ر. رقم 30 .
(2) راجع في الموضوع د. عبد الودود محمد السريتي ، الوصايا والأوقاف والموارث في الشريعة الإسلامية. ص. 186.
- الشيخ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق . 139-140 .
- د. الشيخ مصطفى شليبي ، المرجع السابق. ص. 310 وما بعدها .

المطلب الأول

حالة الواقف المدين والصحيح

في هذه الحالة نميز بين فرضين :
الفرض الأول : إذا كان الدين غير مستغرق لكل ماله، ووقف ما زاد عما يفي بالدين فإن وقفه يكون صحيحا نافذا .
الفرض الثاني : إذا كان الدين مستغرقا لكل ماله، فإن صاحب الدين إن كان محجورا عليه ووقف ماله كله أو بعضه بعد الحجر عليه ، فإن وقفه في هذه الحالة يكون نافذا موقوفا على إجازة الدائنين ؛ إن أجازوه نفذ ، وإن ردوه بطل .
وإذا كان الدين مستغرقا لماله كله، و لكن لم يصدر حكم بالحجر عليه بسبب هذا الدين ووقف ماله كله أو بعضه ، فإن وقفه يكون صحيحا نافذا لا يتوقف على إجازة الدائنين لا في حياته ولا بعد وفاته، على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، والسبب في ذلك هو أن حقوق الدائنين لم تتعلق بالمال ، بل هي مازالت متعلقة بذمته فقط. (1).

المطلب الثاني

حالة الواقف المريض مرض الموت

التصرفات في مرض الموت عموما:

عرفت مجلة الأحكام العدلية مرض الموت بأنه: ((المرض الذي يغلب فيه الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة...)) (2).
فإذا كان هذا المرض صفة لشخص ما ، فإن جمهور الفقهاء متفقون على أن المريض مرض الموت تتعلق بأمواله حقوق الدائنين وتتعلق بالثلثين حقوق الوارثين ، لقول الرسول (ص) : ((إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم)) (3) .
وعليه، فإن الثلث الذي يثبت له حق التصرف فيه هو الثلث الباقي من الديون .
ويلاحظ أن المريض هنا أثناء حياته يعتبر كامل الأهلية ، فله أن يتصرف في ماله كيفما يشاء ولا اعتراض على تصرفاته مادام حيا ، فإذا مات في مرضه صحح الاعتراض، وهذا ما يؤدي بنا إلى القول: أنه يمكن اعتبار تصرفات المريض موقوفة مادام حيا ، فتكون نافذة ليس لأحد عليها اعتراض إلا بعد وفاته ، ويحصل الاعتراض ممن مست حقوقهم الثابتة بطلب إبطال التصرف .

الوقف في مرض الموت :

أما إذا تعلق الأمر بالوقف فإنه يجب التمييز بين عدة حالات : (4) .
الحالة الأولى : إذا كان المريض مريض الموت مدينا ووقف وقفا منجزا بلا تعليق ولا إضافة فإننا نميز بين أمرين :
الأمر الأول : إذا كان الدين يستغرق ماله كله ، فإن وقفه يتعلق نفاذه على إجازة الدائنين في الدين المستغرق من وقت إنشاء الوقف إذا كان محجورا عليه ، ومن بعد الوفاة إذا لم

(1) ذهب بعض متأخري الحنفية إلى أن الوقف يكون موقوفا نفاذه على إجازة الدائنين أيضا ، لأن الوقف

إنما يقصد بوقفه مع كونه مدينا بدين مستغرق لماله كله ، الهروب من الدين ومماثلة الدائنين .
أنظر - د. محمد السريتي ، مرجع سابق . ص 186 .

(2) أنظر نسليم رستم باز اللبناني شرح المجلة ط. 3. دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان 1986 ص 221 .

(3) رواه خمسة من الصحابة هم: أبو هريرة وأبو الدرداء ، ومعاذ ، وأبو بكر الصديق ، وخالد بن عبيد .

(4) راجع - زهدي يكن ، الوقف في الشريعة والقانون ، مرجع سابق . ص 65 ، 68 .

- الشيخ محمد أبو زهرة ، مرجع سابق . ص 138 ، 141 .

يكن محجورا عليه ، ذلك أن الدين يتعلق بكل أمواله ، من وقت حلول المرض به ، ويكون لهم بعد موته حق الاعتراض على تصرفاته التي مست ديونهم ، فيستطيعون طلب بيع الشيء الموقوف لتعلق حقهم بها ، إستيفاء لديونهم ، فإذا بيع الوقف ثم ظهر للواقف مال آخر يفي بدينه بعد البيع، وكان المال الموقوف يخرج من الثلث، فإن البيع لا يمس ولا ينقضي، وكل ما في الأمر أنه يشتري بثمنه عقارا يجعل وقفا بدل عقار الوقف المباع، أما إذا أجاز الدانتون الوقف ، كان ذلك بمثابة إبراء لذمة المتوفي من الدين ، وهناك ينظر إلى حق الورثة في أن يسلم لهم ثلثا الباقي ، لأن الدانتين لا يملكون إنشاء الوقف ، إذ أن الأعيان قبل بيعها تكون على ذمة المتوفي ، وإذا أسقطوا حقهم في الاستيفاء، برئت ذمة المتوفي ، فيبقى حق الورثة في سلامة الثلثين (1) .

الأمر الثاني : إذا كان الدين لا يستغرق كل ماله، فإنه يتوقف فيما يتعلق به الدين، وما زاد عليه لا يتوقف فيه ، ذلك أن الدانتين يكون حقهم متعلقا بجزء من الوقف يعادل دينهم والباقي يكون بين الورثة والموقوف عليهم ، يكون للورثة الثلثان، ويكون الثلث وقفا، إلا إذا أجازوا الوقف ، فإنه ينفذ في الأكثر من الثلث ، وشأنه في ذلك شأن الوصايا ، لأن من المقررات الشرعية : أن كل تصرف يفيد التبرع من طرف مريض مرض الموت يأخذ حكم الوصية ، وهذا متفق عليه بين الفقهاء الذين قيدوا تصرفات المريض مرض الموت .

الحالة الثانية : إذا لم يكن المريض مرض الموت مدينا ووقف على أجنبي ، فهنا نميز بين مسألتين : (2)

- **المسألة الأولى :** إذا لم يكن للواقف ورثة : نفذ وقفه ولم يتوقف على إجازة أحد ، سواء كان الوقف لكل المال أو لبعضه، لعدم تعلق حق لأحد في المال الموقوف .

- **المسألة الثانية :** إذا كان للواقف ورثة : أخذ هذا الوقف حكم الوصية : فينفذ الوقف إذا خرج من ثلث التركة ، ولا يتوقف على إذن أحد ، وإذا مات لزم ورثته هذا القدر .
وأما إذا كان الوقف يزيد عن الثلث؛ فإنه ينفذ من وقت إنشاء الوقف ، ولكن لا يلزم الورثة بعد موته ، لأنهم لما مات من هذا المرض ظهر أن حق الورثة تعلق بعين المال في تثلثه ، وبالتالي يكون الواقف قد تصرف في مال تعلق به حق للخير ، فيتوقف الوقف إذن على إجازتهم ، فإن أجازوه سقط حقهم فيه ، وإن لم يجيزوه لم ينفذ في حقهم ، مع الملاحظة أن كل وارث صاحب للحق بالنسبة لتصيبه، فلو أجاز البعض ورد البعض - أي لم يجز - فإن الوقف ينفذ في حق من أجاز ويبطل في حق من رد، بشرط أن يكون المجيز من أهل التبرع عالما بما يجيزه ، وأن يكون بعد وفاة الواقف .

الحالة الثالثة : إذا لم يكن مريض مرض الموت مدينا، ووقف إلى بعض الورثة : (3)
إذا حصل وزن وقع وقف على بعض الورثة ، وجعل وقفه من بعدهم على الفقراء مثلا ولم يعترض الورثة كلهم مما يفيد إجازتهم ، فإن الوقف يكون نافذا ، وتصرف الغلة كما شرط الواقف ، سواء خرج الموقوف من الثلث أم لا .
وإذا لم يجز الورثة الوقف، فإنه يكون نافذا في ثلث التركة فقط، ولكن لا تصرف الغلات مادام الموقوف عليه الوارث هو المستحق لها بمقتضى الوقف، بل توزع الغلات أو الربيع من ثلث المال بين الموقوف عليهم من الورثة ، وبين بقيتهم توزيع الميراث ومن مات منهم صرف نصيبه إلى ورثته مادام أحد الموقوف عليهم من الورثة حيا، فإذا

(1) أنظر: الإمام محمد أبو زهرة ، مرجع سابق. ص. 139 .

(2) أنظر: الشيخ مصطفى شلبي ، مرجع سابق. ص. 350 .

(3) أنظر: - زهدي يكن ، الوقف بين الشريعة والقانون ، مرجع سابق. ص. 69 .

- الشيخ محمد أبو زهرة ، مرجع سابق . 140 - 141 .

إنقرضوا صرف ريع الثالث كله إلى الفقراء كما شرط الواقف ، أما الثلثان فيقسمان قسمة ملك بين الورثة .

على هذا الأساس ، يلاحظ ان الورثة -إذا كان الوقف عليهم جميعا- لا يمنعون من الاعتراض مادام الوقف في مرض الموت، فإذا وقف على كل أولاده وكان التوزيع بينهم على حسب الميراث الشرعي فإنهم إذا اعتراضوا على الوقف بطل في الثلثين ، ووزع الثلثان بينهم توزيع الميراث ، وكان الثلث وفقا توزيع غلاته بينهم توزيع الوقف ، وذلك حقهم في ملكية الرقبة وحقهم كمستحقين في الغلة، فإذا أثاروا ان يملكوا بدل ان يستحقوا فلهم ذلك ، لتكون لهم حرية التصرف في ما يملكون .

المطلب الثالث :

موقف القانون الجزائري من شروط نفاذ الوقف

عالج قانون الوقف مسألة شروط نفاذ التصرف الوقفي أثناء تطرقه لحالتين يكون عليها الواقف :

الحالة الأولى : كون الواقف محجورا عليه، بغض النظر عن صحته أو مرضه، فالمقرر هنا أن الوقف لا يقع صحيحا ويكون محلا للبطلان ، وهذا ما تضمنته المادة 3/10 من قانون الوقف التي تنص: ((يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي ... أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين)) .
ان تحليل هذه المادة يجعلنا نقف عند عدة مسائل :

أولا : جدة الدين كسبب للحجر : المقرر قانونا ان أسباب الحجر تتعلق إما بالجنون أو العته أو السفه وفق ما تنص عليه المادة 101 من قانون الأسرة التي تقرر ان: ((من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفیه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه)).

لكن المادة 10 من قانون الوقف تضيف سببا آخر غير معهود في القانون من قبل هو الدين ، والعبرة فيه هنا إذا كان مستغرقا لجميع أمواله أو بمعنى آخر تحقق صفة الإعسار في الشخص المدين .

ويلاحظ هنا ان المشرع الجزائري بابتداعه لسبب جديد للحجر في قانون الوقف كان متأثرا بالفقه الإسلامي الذي يقرر حكم الحجر على المدين المعسر ، وعليه فإنه يمكن القول ان جميع أحكام الحجر الواردة في الفصل الخامس من الكتاب الثاني المتعلق بالنيابة الشرعية في قانون الأسرة تكون محلا للتطبيق على حالة الدين كسبب للحجر ، ومنها ان الحجر يكون بحكم من القضاء بطلب من أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة.

ثانيا - حكم المحجور عليه لدين :

لتبين حكم هذا الوقف يجب التمييز بين ما إذا كان الوقف قبل الحجر أو بعده .
1- إذا كان الوقف قبل الحجر على الواقف المعسر : فإنه بمفهوم المخالفة للمادة 10/ف3 من قانون الوقف يكون الوقف صحيحا، لكن إذا نظرنا إلى حكم المادة 107 من قانون الأسرة التي ينطبق هنا على أساس ما قلنا سابقا من تطبيق أحكام الحجر الواردة بسبب الجنون أو العته أو السفه على سبب الدين ، فإنه يمكن القول ان الحكم سيختلف عما تضمنته المادة 10 السالفة الذكر على أساس ان المادة 107 السابقة تنص: ((تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلية وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها)) . فمقتضى هذه المادة في المسألة التي نناقشها هو ان الوقف قبل الحجر على الواقف يكون باطلا إذا كان غالبية الناس يعلمون بإعسار الواقف وقت تصرفه الوقفي ، وعلى هذا سنجد أنفسنا أمام تناقض في الحكم في هذه المسألة ، والذي نراه لإزالة

هذا التناقض هو اعتبار ما نصت عليه المادة 10/ف3 من قانون الوقف هو الحكم لهـذـه المسألة على أساس اعتباره حكما خاصا بالوقف يخرج عن القاعدة العامة المقررة في قانون الأسرة من جهة ، ولأن الحجر بسبب الدين هو من ابتداء قانون الوقف فإنه من الأولى أن تطبق أحكامه وفق ما سبق على مسألة الوقف قبل الحجر، ناهيك عن نص المادة 49 من قانون الوقف التي تفضي بإلغاء كل حكم يخالف ما جاء في قانون الوقف .

2- إذا كان الوقف بعد الحجر : فإن الإتفاق حاصل بين أحكام قانون الوقف وأحكام قانون الأسرة حول عدم صحة الوقف في هذه الحالة وفقا للمادتين 10/ف3 من قانون الوقف والمادة 107 من قانون الأسرة .

نقد حكم القانون في الوقف بعد الحجر :

رتب القانون البطلان على التصرف الوقفي الواقع بعد الحجر على الواقف المعسر، وفي رأينا ان هذا الحكم قاس نوعا ما من حيث أثره ، ومن حيث عدم اتساقه مع القواعد العامة في مثل هذه المسائل المرتبطة بالذمة المالية للأشخاص ، حيث يلاحظ أنه كان من الأجدر للمشرع الجزائري ان يترك مسألة تقرير البطلان للدائنين ، بمعنى ان يجعل حكم هذا التصرف هو قابليته للبطلان لمصلحة الدائنين الذين تعلق حقهم بالمال الموقوف ، فإن أجازوه نفذ الوقف واعتبر التصرف نافذا من يوم إنشائه ، وإن لم يجزوه بطل التصرف ونكون هنا قد أعطينا الخيار للدائنين في ترجيح المصلحة .

ثالثا : بطلان وقف المشهر إفلاسه :

تنص المادة 244 من القانون التجاري (1) : ((يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس ومن تاريخه تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها بما فيها الأموال التي قد يكتسبها من أي سبب كان وما دام في حالة إفلاس ويمارس وكيل التفلسة جميع حقوق ودعاوى المفلس المتعلقة بذمته طيلة مدة التفلسة)) .

وفق هذه المادة فإن الحكم بشهر الإفلاس الناتج عن توقف التاجر عن دفع ديونه وعدم قدرته عن ذلك يمنع التاجر من مباشرة التصرفات القانونية التجارية ليعين له إجباريا وكيل للتفلسة يتولى إدارة أمواله ، وعلى هذا فإن تحقق هذا المانع للأهلية لا يجعل تصرف هذا التاجر بالوقف تصرفا غير نافذ فحسب بل باطلا من أصله لعدم صحة تصرفاته قانونا

الحالة الثانية : حالة كون الواقف مريضا مرض الموت ، وكان مدينا بدين يستغرق كل أملاكه ، ولكن دون ان يحجز عليه: يقرر القانون الجزائري في هذه الحالة ان التصرف الوقفي يكون قابلا للإبطال لمصلحة الدائنين ، وهذا ما نصت عليه المادة 32 من قانون الوقف التي تفضي أنه: ((يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق جميع أملاكه)) (2) .

من خلال تحليل هذه المادة نلاحظ النتائج المترتبة على حكمها كمايلي :

النتائج المستخلصة من الحكم السابق :

1- ان التصرف الوقفي هنا يأخذ حكم الوصية طبقا للقواعد العامة، وعليه فإذا لم يجز الدائنون الوقف كان لهم ان يبطلوا بيع المال الموقوف لاستيفاء ديونهم ، أما إذا أجازوا الوقف فإنه ينظر هنا إلى الورثة الذين يبقى حقهم في سلامة الثلثين كأصل إلا ما أجازوه زيادة على الثلث .

2- ان النص المذكور لم يتحدث عن حالة ما إذا كان الدين لا يستغرق كل مال الوقف، مما جعلنا نرجح في هذه الحالة الرأي القائل ان نفاذ التصرف الوقفي هنا يتوقف فيما يتعلق به الدين، وما زاد عليه فلا يتوقف فيه إلا إذا أجاز الدائنون الوقف ، وهنا تطبق أحكام الوصية كما سبق ذكره .

(1) الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26/09/1975 م المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم .
(2) ما يلاحظ على النص أن تعبيره اللغوي غير سليم إلا إذا أضيفت ممتى قبل الفعل كان ليصـبـح النص : ((يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت متى كان الدين يستغرق جميع أملاكه)) .



الفصل الثاني :

شروط المال الموقوف

يشترط في المال الموقوف ، أن يكون مما يجوز وقفه ، وهذا ما نتناوله في المبحث الأول من هذا الفصل ، كما يشترط فيه أن يكون مملوكا للواقف ومعلوما بما يمنح الجهالة وهذا ما نتناوله في المبحث الثاني ، كما يلي :

المبحث الأول :

صلاحية المال للوقف

إن صلاحية المال للوقف كانت محل خلاف في تحديد ضابطها للتعرف على الأموال التي تصلح محلا للوقف ، ومن أجل ذلك ، كان جديرا أن نتطرق في هذا المبحث إلى ضابط صلاحية المال للوقف في مطلب أول ، وإلى بعض أنواع الأموال ورأي الفقه في مدى صلاحيتها للوقف في مطلب ثاني .

المطلب الأول :

تحديد ضابط صلاحية المال للوقف

إن صلاحية المال للوقف كانت محل خلاف في تحديد ضابطها ، نظرا لاختلاف فلسفة الوقف عند كل مذهب ؛ فالحنابلة وغيرهم مثلا (1) وضعوا ضابطا لما يجوز وقفه وما لا يجوز وقفه ، فقالوا : الذي يجوز وقفه هو كل ما جاز بيعه ، وجاز الإنتفاع به مع بقاء عينه، وكان أصلا يبقى متصلا، كالعقار والحيوانات ، والسلاح والأثاث وأشباه ذلك .

وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف ؛ كالتقود وما ليس بحلي ، والمأكول ، والمشروب ، والشمع وأشباهه لا يصح وقفه في قول عامة الفقهاء، ذلك أن الوقف ما هو إلا تحبيس الأصل وتسييل الثمرة، وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف لا يصلح فيه الوقف، لأن ذلك لا يمكن الإنتفاع به على الدوام ، ويجب أن يكون المال المراد وقفه مالا متقوما ، أي يحل الإنتفاع به شرعا حال السعة مع الحيابة بالفعل، فلا يجوز مثلا وقف آلات الملاهي، وكتب الإلحاد ، ذلك أن الغرض الحقيقي من الوقف هو حصول النفع للجهة الموقوفة عليها، وحصول الثواب للواقف .

ولكي نتضح مسألة معيار صلاحية المال محلا للوقف يحسن التطرق إلى بيان الرأي الفقهي في بعض أنواع المال الموقوف كما يلي :

(1) أنظر د. وهيب الزحيلي ، مرجع سابق . ص 162 .

المطلب الثاني :

حكم بعض أنواع المال الموقوف

ناقش فقهاء الشريعة موضوع محل الوقف فتباينت آراءهم أحيانا واتفقت أحيانا أخرى ويمكن ملاحظة ذلك من خلال استعراض آرائهم في بعض ما يمكن أن يكون محلا للوقف على النحو التالي :

أولا : وقف العقار

يصح وقف كل ما يعتبر عقارا ، من أرض وبنيات وبساتين باتفاق الفقهاء (1) على أساس ورود الأثر بوقف جماعة من الصحابة للعقار، كما في وقف عمر (ض) لأرضه بخيبر، ولأن العقار ينتفع به على الدوام .

ثانيا : وقف المنقول

يتفق جمهور الفقه من غير الحنفية على جواز وقف المنقول مطلقا، مثل أنواع السلاح والثياب ، والأثاث، سواء كان الموقوف مستقلا بذاته ، ورد به النص أو جرى به العرف أو كان تبعا لغيره من العقار .
وعلى خلاف الجمهور يرى الحنفية : أنه يشترط أن تكون العين الموقوفة صالحة للبقاء ليتمكن تنفيذ حكم التأييد فيها، ولهذا قرروا أن الأصل في الموقوف أن يكون عقارا ولكن إستثناءا جوزوا وقف المنقول في أحوال خاصة .

ثالثا : وقف المشاع

إن الحديث عن وقف المشاع من حيث جوازه يرتبط بمدى إشتراط القبض فيه، ذلك أن الفقهاء الذين يرون إنشاء الوقف دون حاجة إلى القبض فيه يجيزون الوقف مع الشيوع أما الذين إشتراطوا القبض فإنهم حكموا بأن الوقف لا يتم مع الشيوع ، بل لابد من الإفراد والقسمة ، وعلى ذلك يجب التمييز بين المسائل التالية :

1- إذا كنا بصدد وقف حصة مشاعة مسجدا أو مقبرة ، فإن الوقف لا يصح إلا إذا أفرزت الحصة الموقوفة، وأمكن تحديدها، وهذا الأمر محل إجماع بين الفقهاء (2)
2- حالة وقف حصة مشاعة في مال قابل للقسمة ، فإن المالكية والحنابلة والشافعية يجيزون هذا الوقف وهو الحكم نفسه الذي يقرره الإمام أبو يوسف من الفقه الحنفي على خلاف صاحبه محمد بن الحسن .

3- إذا كنا بصدد وقف حصة مشاعة في مال لا يقبل القسمة ، ولم يتعلق الوقف بمسجد أو غيره ، فإن المالكية لا يجيزون هذا الوقف على أساس انعدام القبض هنا ، بينما الحنفية يجيزون ذلك ، وهو رأي الشافعية والحنابلة على إختلاف في بعض تفاصيل الموضوع .

وقف المال المرهون

المال المرهون عند جمهور الفقهاء لا يصلح أن يكون محلا للوقف ، وخالفهم في ذلك الحنفية (3) ، الذين يرون جواز وقف الراهن لماله المرهون على أساس أنه يملكه ، لكن يبقى حق المرتهن متعلقا بالمرهون، فإذا وفي الراهن دينه تطهرت العين المرهونة مسن

(1) راجع: ابن عابدين ، الدر المختار ورد المحتار ج 3. مطبعة مصطفى الحلبي . ص 408- . النردير ((أحمد بن محمد الطوي)) ، الشرح الكبير على مختصر خليل. ص76- ابن جزى القوانين الفقهية. ص. 369 - محمد بن أحمد الشرييني ، مغني المحتاج شرح المنهاج . ج2 . دار إحياء التراث العربي بيروت . ص. 377 . ابن قدامة ، المغني -ج5 . المرجع السابق . ص. 585.
(2) أنظر: زهدي يكن ، محاضرات في الوقف ، مرجع سابق . ص 34.
(3) أنظر: محمد بن أحمد الشرييني الخطيب - مغني المحتاج ، المرجع السابق . ص 377 وما بعدها .

تعلق حق المرتهن بها ، فإن لم يفعل : كان للمرتهن طلب إبطال الوقف وبيع المال المرهون .

وبناء على هذا يكون للقاضي إجبار الراهن على دفع ما عليه إن كان موسرا .
وأما إذا كان محسرا فإن الأثر المترتب هو بطلان الوقف ، وبيع العين المرهونة لاستيفاء الدين ، ونفس الحال لو مات الراهن ، فإن كان له ما يوفي الدين ، ظل الشيء موقوفا وإلا بيع وبطل الوقف .

وقف المنافع

إن الظاهر من أقوال الفقهاء أن الحق إذا كان مجردا فإنه لا يوقف ، كحق المستأجر في المنفعة ، فإنه لا يجوز وقفه ، لأن هذه حقوق شخصية ، ولا تتجه إلى الأعيان عن طريق الذمة . (1)

أما إذا كان الحق متعلقا بعين فإنه يتبع هذه العين ، فإذا كانت العين مما يصح وقفها فإنه يجوز وقف الحق تبعاً لها ، والأئمة الحنفية يرون أنه كما تجوز الوصية بحقوق الارتفاق فإن الوقف إذا كان منصبا على العين التي تعلق بها الارتفاق ؛ كمجرى الشرب فإن الوقف يجوز بمقتضى القواعد الفقهية ، وهذا بناء على أن ذلك عقار يجوز وقفه مادام معيناً محدود المعالم (2) .

تعقيب :

سبق معنا القول أن أحكام الوقف تتميز بالمرونة والتطور لكونها تعتمد في أساسها أكثر ما تعتمد على الإجهاد الفقهي القائم على الاستحسان والمصلحة المرسلّة والعرف ، وهذه الصفة الهامة للوقف تجعلنا نذهب إلى القول أن الحقوق المالية تعرف تطورا لم يشهده عصر فقهاء المذاهب الفقهية المعروفة كالحقوق المعنوية والقيم المنقولة مثلا ، مما يتطلب معرفة حكم جعلها محلا للوقف .

إن هذه المسألة تجعلنا نؤكد على اقتراح اعتماد معيار القصد التعبدي للواقف والمصلحة الإجتماعية العامة للوقف بحيث على أساس هذا المعيار سوف نفتح الباب واسما لكل الحقوق المالية لكي تكون محلا للوقف مهما كانت قيمتها وطبيعتها ، ما دما نبغى تحقيق مقاصد الوقف ، وفي نفس الوقت سنحطي للتأييد تفسيراً مرنا بحيث يستطيع استيعاب كل الأموال ، هذا التفسير مفاده أن التأييد يكون في كل عين بما يناسبها ، فما يكون غير قابل للفناء عادة يكون بدوام الوقف إلى الأبد ، وما يكون قابلا للفناء يكون بمقدار بقائه .
إذن ، اعتماد معيارنا المقترح سيجعل ركن المال الموقوف متحققا بوصف هام نكتمل به المواصفات الأخرى المتعلقة بمعلومية المال الموقوف الذي يجب أن يكون مملوكا لواقف كما سنرى ذلك فيما يلي :

موقف القانون الجزائري من شروط المال الموقوف:

النص القانوني : ((يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة ويجب أن يكون محل الوقف معلوما محددًا ومشروعًا ، ويصح وقف المال المشاع ، وفي هذه الحالة تتعبر القسمة)) .

ورد هذا النص في المادة 11 من قانون الوقف ، تحت الفصل الثاني من أركان الوقف وشروطه ، وهي تشير إلى ركن المال الموقوف في التصرف الوقفي من حيث ماهيته وأوصافه ، وبتحليل هذه المادة نستخلص منها النقاط التالية :

أولا : جواز المال مطلقا محلا للوقف :

تفيد المادة 11 السابقة أن المال الذي يجوز محلا للوقف يمكن أن يكون عقارا ، أو منقولا أو منفعة .

(1) أنظر محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 123 ، 124 .

(2) نفس المرجع السابق .

وتؤكد المادتان 215 و 205 من قانون الأسرة ما قررته المادة 11 من قانون الوقف حيث تنص المادة 215 من أسرة: ((يشترط في الواقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقا للمادتين 204 و 205 من هذا القانون)) أما المادة 205 أســـــرة فتتنص: ((يجوز للواهب ان يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو ديناً لدى الغير)) فمصطلح العين الوارد في هذا النص يستوعب المال سواء كان منقولاً أو عقاراً وعلى هذا يمكن تحديد أنواع المال الذي يجوز محلاً للوقف فيما يلي :

1-العقارات : وهي تشمل كل شئٍ مستقرٍ بحيزه وثابت فيه بحيث لا يمكن نقله من دون تلف وفقاً للمادة 683 مدني جزائري .

وقد يضاف إلى هذا المفهوم ما خصص من أموال منقولة لخدمة العقار أو استغلاله كالألات ، والمفروشات وغيرها ، فوفقاً للمادة 11 من قانون الوقف ، والمادة 205 من قانون الأسرة تكون العقارات أول ما يصلح محلاً للوقف، وبهذا فإن المشرع الجزائري كان مسابراً لما إتفق عليه فقهاء الشريعة.

2-المنقولات : وهي كل ما عدا العقارات وفقاً للمادة 683 مدني جزائري بحيث تشمل كل ما يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف ، وهي تصلح محلاً للوقف وفقاً للمادة 11 من قانون الوقف ، والمادة 205 من قانون الأسرة ، وتجدر الملاحظة هنا ان المنقول لا يشمل فقط ما كان مادياً كالكتب والأدوات ، بل يشمل أيضاً المنقولات المعنوية كالإسم التجاري وأفكار المؤلفين وبراءة الاختراع وهي أموال لم تكن معروفة عند نشوء التصرف الوقفي وتطوره ، ولهذا فهي مما يمكن ان تصلح محلاً للوقف في وقتنا الحالي، كما يلاحظ في هذه المسألة أيضاً أنه وان كانت هذه المنقولات غير صالحة للبقاء بحيث يمكن تنفيذ حكم التأييد فيها ، إلا أنه يلاحظ ان المشرع قد يقصد بالتأييد هنا : أما التأييد في كل عين بما يناسبها،فما يكون غير قابل للفناء عادة يكون بدوام الوقف إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها،وما يكون قابلاً للفناء يكون بمقدار بقائه .

وأما قد يقصد به أنه لا ينتهي الوقف، بل يستبدل بالعين عند بدء انتهائها بغيرها ويحل محلها في الوقف ، وهو الأمر الذي لا نرجحه على أساس ان أحكام الاستبدال في قانون الوقف تتعلق بالعقارات فقط كما سنرى لاحقاً .

3-المنافع : وفقاً للمادتين 11 من قانون الوقف والمادة 205 أسرة فإن المنافع تصلح محلاً للوقف ، ويظهر هنا توافق المشرع الجزائري مع ما ذهب إليه المالكية والحنفية . ويلاحظ البعض ان جواز المنافع محلاً للوقف يؤدي إلى فكرة التأقيت في الوقف باعتبار ان المنفعة مؤقتة ، وعلى هذا يذهبون إلى القول بالتناقض في أحكام الوقف ، والرأي عندنا ان وقف المنافع لا يبتعد كثيراً عن وقف المنقول ، ذلك ان المنفعة إذا كانت مؤقتة وينتهي الوقف بانتهائها فإن التكيف الصحيح في رأينا هو ان الوقف كان مؤبداً في المنفعة هنا بما يناسبها ، فيكون الوقف مؤبداً بمقدار بقاء المنفعة.

ثانياً : الحكم القانوني لوقف بعض الأموال الموصوفة :

سنحلل في هذه المسألة حكم المال المشاع ، والمال المرهون .

1-جواز وقف المال المشاع مطلقاً: يقرر نص المادة 11 من قانون الوقف صحة وقف الشائع من المال ، يضاف إلى ذلك نص المادة 216 من قانون الأسرة التي تقر أنه: ((يجب ان يكون المال المحبس مملوكاً للواقف ، معيناً خالياً من النزاع ولو كان مشاعاً)) .

فإذا ، المال مهما كان نوعه متى كان موصوفاً بالشيوخ فإنه يجوز قانوناً ان يكون محلاً للوقف ، غير ان هذا الجواز يرتب أثراً فورياً يتمثل في وجوب إجراء القسمة لأجل إزالة صفة الشيوخ حتى يتبين بصفة واضحة الجزء الموقوف .

الحكم في حالة استحالة القسمة :

إن نص المادة 216 أسرة السابقة تقرر جواز وقف المشاع مطلقا، لكن المادة 11 من قانون الوقف تضيف حكما خاصا وهو ترتيب أثر القسمة في المال المشاع ، فهل هذا يعني إن استحالة تحقق القسمة يجعل الوقف غير صحيح ؟.

إن النصوص السابقة لا تفيد بطلان الوقف في مثل هذه الحالة، لأن المراد في رأينا إن المال المشاع كأصل يجوز وقفه ، وكل ما في الأمر إن ذلك المال إذا كان يقبل القسمة فالواجب هو القسمة على أساس أن ذلك يحقق إمكانية قبض الموقوف ، ويحقق لنا عدم الإضرار بالمال من جهة أخرى ، أما إذا كان المال الشائع لا يقبل القسمة فإن حكم الصحة يظل قائما، غير أننا يجب إن ندقق المسألة بحسب طبيعة المال المشاع هنا وفق الحالتين التاليين :

-حالة ما إذا كان الشئ لا يحقق ضررا للموقوف عليهم وللوقف في نفس الوقت : أبقينا الحال على ما هو عليه ، أما في الحالة التي لا يحقق فيها الشئ مصلحة الوقف ولا مصلحة الموقوف عليهم ، فمن الضروري إن يتم الإستبدال هنا إذا كنا بصدد عقار فيبيع الجزء الموقوف ليشتري به محلا آخر يأخذ محل المال الموقوف ، ولا بأس من استعمال إمكانية شراء الجزء الشائع الأخر غير الموقوف .

2- بطلان وقف المال المرهون :

لم يتطرق القانون لهذه المسألة في أي نص من النصوص المتعلقة بالوقف، ولكن يمكن ملاحظة إن طبيعة الوقف التي تجعله غير قابل للتصرف فيه يمكن إن تعطي الإنتطباع بأنه لا يجوز وقف المال المرهون ، على أساس إن الرهن باعتباره تأمينا عينيا يمكن إن يؤدي إلى التصرف في المال الموقوف بالبيع، استيفاء للدين الذي تقرر التأمين العيني ضمانا لأجله ، فيصير الرهن كأنه طريق للملك، مما يتنافى وطبيعة الوقف .
ولعل ما يمكن إن نستنتج به في ما رأيناه في هذه المسألة، هو إن رهن الناظر للوقف بدون إذن السلطة المكلفة بالأوقاف أو الموقوف عليهم يقع باطلا بقوة القانون وفق ما نصت عليه المادة 21 من المرسوم 381/ 98 السابق معنا، كما سنرى لاحقا في موضوع عزل الناظر .

إن موقف القانون من مسألة المال الذي يجوز إن يكون وقفا، تجعلنا نخلص إلى إن المشرع الجزائري عمل على توسيع ما يصلح إن يكون محلا للوقف، توسعة على الناس للإقبال على الوقف بما يملكون مما يمكن الإنتفاع به من أجل تحقيق مقاصد الوقف .

ثالثا : الأوصاف القانونية لمحل الوقف : بتفحص النصوص القانونية المتعلقة بالوقف نجد إن لمحل الوقف أوصافا يجب تحققها فيه، وإلا وقع التصرف الوقفي تحت طائلة البطلان وتذكر هذه الأوصاف تباعا كما يلي :

1- المشروعية : نجد هذا الوصف أساسه في المادة 11/ف2 من قانون الوقف التي تنص : ((... ويجب إن يكون محل الوقف معلوما محددًا ومشروعًا)). ولم يرد في قانون الأسرة ما يفيد هذا الشرط أو يلمح إليه .

والمراد بهذا الوصف في رأينا هو تحقق أمرين في محل الوقف :

أ- إن يكون مما يجوز التعامل فيه والإنتفاع به وفقا للقواعد العامة، حيث لا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كما تقضي بذلك المادة 96 قانون مدني التي تنص : ((إذا كان محل الإلتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا)). وعلى هذا لا يجوز إن يكون محلا للوقف ما لا يجوز التعامل فيه بحسب طبيعته كالشمس والهواء والبحر ، أو لأن الغرض المقصود منه يتنافى مع التعامل فيه مثل أموال الدولة كالطرق العامة والجسور، أو لأن القانون يمنع التعامل فيه كالمخدرات مثلا .

ب- إن يكون مما يحل الإنتفاع به شرعا : وفقا للمادة 2 من قانون الوقف التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا للقانون ، فلا يجوز وقف ما هو محرم في ذاته أو ما هو ذريعة للحرام ، كوقف آلات اللهو المحرم أو وقف كتب تناقض الشريعة الإسلامية.

2-المعلومية والتحديد :

تشير المادة 11 /ف2 السالفة الذكر إلى فكرة تعيين المال الموقوف تعيينا ينفي عنه الجهالة، وهذا لا يكون إلا بتحقق العلم بالموقوف إضافة إلى تحديده ، وهو أمر يتفق مع القواعد العامة في هذا الشأن ، حيث تشير المادة 94 مدني جزائري إلى هذا الوصف بالنص على أنه: ((إذا لم يكن محل الإلتزام معيناً بذاته ، وجب ان يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا ...)).

وبناء على هذا الشرط، إذا كان الموقوف شيئاً معيناً بذاته فيجب ان يوصف وصفاً ينفي الجهالة به كما إذا وقف شخص منزلاً فيجب ذكر موقعه وبيان أوصافه الأساسية ، وإذا كان المال الموقوف أرضاً وجب ذكر موقعها ومساحتها وحدودها ، وإذا كان المال الموقوف الآميكانيكية وجب ان يعين نوعها وأوصافها المميزة، أما إذا كان المال الموقوف عبارة عن شيء غير معين بذاته وجب ان يعين بجنسه ونوعه ومقداره، ولعل ما يسهل عملية التعيين لمحل الوقف هنا هو اعتبار الرسمية ركناً في عقد الوقف ، والشهر شرطاً للنفذ ، كما سنرى في موضوع الصيغة.

المبحث الثاني :

ملكية الواقف للمال الموقوف المعلوم

لبيان هذا المبحث ؛ نقسمه إلى مطلبين: يتعلق الأول بوجود ملكية الواقف للمال الموقوف وقت إنشاء الوقف ، ويتعلق المطلب الثاني بضرورة أن يكون المال الموقوف معلوماً ينفي عنه الجهالة المفضية إلى النزاع ، وهو ما نلاحظه فيما يلي:

المطلب الأول :

ملكية الواقف لمحل الوقف

اتفق جمهور الفقهاء على أنه يجب أن يكون الشيء الموقوف مملوكاً للواقف ملكاً باتاً وقت وقفه وإلا كان الوقف باطلاً (1) .
ويؤسس الفقهاء رأيهم بأن الوقف تصرف يالحق رقبة العين الموقوفة، فلا بد أن يكون مالكا لها ، أو على الأقل يملك التصرف في الرقبة بالوقف، وذلك بالوكالة عن صاحب العين الموقوفة أو الوصاية منه، وعليه، إذا كان الواقف لا يملك العين أولاً يملك التصرف فيها بالوقف فإن الصيغة لا ينعقد بها وقف .

وقف ما يتعلق به شرط الخيار :

من الصور التي تتعلق بشرط ملكية الواقف لمحل الوقف : صورة ما إذا كان العقار الموقوف قد اشتراه الواقف على أن يكون للبائع حق الفسخ مدة معلومة ، أي له خيار الشرط ، فإذا وقف البائع العين المبيعة ، فإن وقفه يكون صحيحاً ويكون هذا فسخاً للبيع لأن العين لم تخرج من ملكه ، أما إذا وقف المشتري فإن الوقف لا ينعقد نافذاً على أساس أن الملكية لم تنتقل إليه، وإذا قلنا بالانتقال -على رأي بعض الفقه- فإن الانتقال إليه لم يكن باتاً غير قابل للانعقاد من البائع ، ذلك أن له حق الفسخ ، وهذا كله مالم تنته مدة الخيار من غير فسخ . وإذا كان شرط الخيار لنفسه هو المشتري ؛ فإنه لو وقف لكان ذلك التصرف صحيحاً نافذاً لأن مالك (2).

(1) راجع: أحمد علي الخطيب -المرجع السابق ص 94.

- مصطفى الزرقا ، المرجع السابق ص 76.

- زهدي يكن أحكام الوقف ، مرجع سابق ص 241.

(2) أنظر: محمد أبو زهرة .مرجع سابق ص. 100، 114 .

حكم وقف ملك الغير:

ميز الفقه الإسلامي في هذه المسألة بين وقف الخاصب ، ووقف الفضولي .
فوقف الخاصب يكون غير صحيح، لأنه وقف مالا يملك على أنه يملك ، واختلف الفقهاء
في كونه هل هو موقوف على إجازة المالك أم لا ؟ والراجح أنه موقوف على إجازة
المالك (1) .

أما وقف الفضولي: يكون صحيحا، ولكن موقوفا على إجازة المالك، ويسمى المتصرف
فضوليا .

وعلى كل ، فإن ظهر أن الواقف لم يكن مالكا للموقوف، فإن المالك له أن يجيز الوقف
كما له أن يبطله، ولكن إذا كان المالك نفسه لا يستطيع الإجازة فإن الوقف يكون باطلا(2).

المطلب الثاني :

معلومية المال الموقوف

يشترط فقهاء الشريعة في المال الموقوف ان يكون معلوما وقت الوقف علما تاما يمنع
الجهالة التي تفضي إلى النزاع ، فلو قال الواقف وقفت جزءا من ارضي على فقراء
المدينة أو إحدى بناياتي على ملجأ الأيتام فلا يصح الوقف .
ويلحق بذلك : ما إذا وقف ماله المعلوم واستثنى منه قدرا مجهولا ، كأن يقف أرضا
فيها نخيل ويستثنى النخيل بمواضعها من الأرض ، لأن المستثنى مجهول تسري جهالته
إلى الباقي وهو العين الموقوفة .

ويلاحظ أن إشتراط هذا الشرط سببه أن حق الموقوف عليهم تعلق بهذا المال، فلو كان
مجهولا أفضى إلى النزاع المانع من إستيفاء حقوقهم .

كما يلاحظ أن الفقهاء لا يشترطون بيان حدود العقار الموقوف ولا مقدار مساحته إذا
كان مشهورا ولا يلتبس بغيره ، لكن جرى العمل في كل التوثيقات الخاصة بالعقود الناقلة
للملكية أو ما يشابهها، على ذكر الحدود الأربعة، وعدم الإكتفاء بالشهرة لأن هذه العقود
سنتم أحكامها زما طويلا ، وقد يعرض ما يزيل شهرتها مع بقاء حكمها ، لذا وجب أن
تكون الوثيقة شاملة لبيانها، وهذا ما تقرره القوانين الحديثة .(3)

موقف القانون من ملكية الواقف للمال الموقوف :

تطرق القانون الجزائري لهذه المسألة في سياق ذكر شروط الواقف في المادة 1/10
التي تنص ((يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي :أن يكون مالكا للعين
المراد وقفها ملكا مطلقا ...)).

أما المادة 216 من قانون الأسرة فقد ورد فيها هذا الوصف في سياق ذكر شروط المال
الموقوف ، حيث تنص: ((يجب ان يكون المال المحبس مملوكا للواقف ، معينيا خاليا من
النزاع ولو كان مشاعا)) .

وأيا ما كان سياق هذا الوصف ، فإنه يترتب عليه مصير الوقف صحة وبطلانا ، لذلك
فإنه يمكن القول أنه لكي يصح الوقف لا بد أن يكون الواقف مالكا للتصرف في المال
الموقوف سواء كان عقارا أو منقولا أو منفعة حسب المادة 11 من قانون الوقف .

ويستدل على ذلك بسندات الملكية التي يجب أن يتأكد منها الموثقون المكلفون بتحرير
العقد الرسمي للوقف وفق الإجراءات الخاصة بطبيعة كل مال ، غير أنه يجوز لغير المالك
ان يقوم بهذا التصرف إذا اثبت أنه يملك التصرف في الرقبة بالوقف ، وذلك بالوكالة عن
صاحب العين الموقوفة والوصاية منه .

(1) أنظر: محمد أبو زهرة .مرجع سابق .ص. 100، 114 .

(2) أنظر: مصطفى شليبي . المرجع السابق .ص. 359 .

(3) أنظر: مصطفى شليبي المرجع السابق .ص 359 .

إن صيغة نص المادة 10/ف1 من قانون الوقف توجي لنا بأن المشرع في تركيزه على فكرة الملكية المطلقة للعين الموقوفة ، يعني أن يكون المال الموقوف خاليا من النزاع الذي قد يؤدي إلى عدم الإستقرار والفوضى في المعاملات والتصرفات القانونية لعدم إستقرار المراكز القانونية للأشخاص ، لذلك كان التأكيد على أن تكون الملكية مطلقة للشخص أو بآة أو نهائية ، وهذا ما قصدته المادة 216 أسرة السالفة الذكر .

وبناء على هذا الوصف القانوني تخرج صور عديدة لا يصح فيها الوقف منها :

أ- إذا أوصى شخص لآخر بدار معينة فوقها الموصى له قبل موت الوصي فإنه لا يصح حيث أن الملك في الوصية لا يثبت إلا بعد وفاة الموصي .

ب- إذا وقف الموهوب له المال الموهوب قبل أن يقبضه ، فوقفه غير صحيح ، لأن الملك لا يثبت في الهيئة إلا بعد القبض.

ج- إذا استحق العقار الموقوف بالشفعة وقضى للشفيع بها فإن الوقف يبطل ، لأن المشتري وإن ثبت له الملك إلا أنه ليس ملكا بآة لتعلق حق الشفيع به .

والخلاصة في هذا الركن أن هذا الأخير يجب أن يكون مالا يمكن الإنتفاع به شرعا مملوكا للواقف ملكا بآة ، معلوما ومحددا ، ومتى تحقق ذلك كان الركن سليما يقع به الوقف صحيحا متى قام ركن الموقوف عليه والصيغة سليمين كما نراهما على التوالي .

الفصل الثالث :

شروط الموقوف عليه

يفرق الفقهاء في الموقوف عليه بين المعين وغيره ، فالموقوف عليه المعين إما واحداً أو إثنان ، أو جمع ، أما غير المعين أو الجهة فهو كمثل الفقراء والعلماء ، والقراء والمجاهدين والمساجد والمدارس وتكفين الموتى .
وبناء على ما سبق، فإننا سنتناول شروط الموقوف عليه بالتطرق إلى شروط كل نوع من الموقوف عليه ، وذلك بتخصيص المبحث الأول لشروط الوقف على معين ، والمبحث الثاني لشروط الوقف للجهة الموقوف عليها ، على النحو التالي :

المبحث الأول :

شروط الوقف على معين

الأصل في الموقوف عليه المعين أن يكون غير الشخص الواقف ، ولكن قد يحدث أن يقف الشخص على نفسه فيكون هو الموقوف عليه المعين، فما هو الحكم هنا يا ترى ؟
لمعالجة هذا الأمر نقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، يتعلق الأول بشروط الوقف على معين دون الواقف ، ويتعلق المطلب الثاني بحكم الوقف على النفس ، وتتناول ما سبق فيما يلي :

المطلب الأول :

شروط الوقف على معين دون الواقف

يتفق فقهاء الشريعة على وجوب كون الموقوف عليه أهلاً للتملك ، ويختلفون في الوقف على المعدوم والمجهول، على النحو التالي :

أولاً : مذهب الحنفية

يرى الحنفية (1) أنه يصح الوقف على معلوم أو معدوم ، مسلم أو ذمي، ولا يصح وقف المسلم أو الذمي على الكنيسة ، أو على من هو من دار الحرب، ويؤسسون قولهم بعدم صحة وقف المسلم على الكنيسة؛ كون هذا الوقف لا يعتبر قرابة في ذاته ، وأما في الذمي فلعدم كونه قرابة عند المسلمين ، ولا عند أهل الذمة ، وأما بالنسبة للحربي فهم يرون أنه قد نهينا عن بر الحربيين .

ثانياً : مذهب المالكية :

يقرر المالكية (2) أن الوقف يصح على الموجود والمعدوم والمجهول والمسلم والذمي والقريب والبعيد ، مع الملاحظة أن الوقف على من سيولد لا يكون لازماً عندهم بمجرد العقد ، فيوقف للزوم ، وتوقف غلته إلى أن يوجد المعني بالوقف ، فإذا لم يحصل ذلك

(1) راجع في الموضوع : إين عابدين ، المرجع السابق . ص . 395 . 421 .

د . وهبة الزحيلي ، المرجع السابق . ص . 170 .

(2) انظر : الدردير . الشرح الصغير . مرجع سابق . ص . 102 . 116 - الدردير ، الشرح الكبير . مرجع سابق . ص . 77 . 80 ، - إين جزى ، القوانين الفقهية . مرجع سابق . ص . 370 .

الوجود ، ترجع الغلة للمالك أو ورثته إذا مات ، وعلى هذا يجيزون للواقف بيع وقفه قبل ولادة الموقوف عليه (1).

ثالثا : مذهب الشافعية :

يشترط هذا المذهب في الوقف على المعين : أن يكون أهلا للتملك حال الوقف عليه بأن يكون موجودا حقيقة .

ولا يصح عند المذهب الوقف مطلقا على الحربيين والمرتدين ، لأنه جهة معصية .
ويصح الوقف من مسلم أو ذمي على ذمي معين ، كصدقة التطوع ، وهي صدقة جائزة عليه فهو في موضع القرية، إلا أنه يشترط في صحة الوقف عليه أن لا يظهر فيه قصد معصية ، كما لو وقف على خادم الكنيسة ، كما يشترط فيه أن يكون الموقوف مما يمكن تملكه ، فيمتنع وقف المصحف و كتب العلم الشرعي عليه (2) .

رابعا : مذهب الحنابلة :

إن جملة ما يشترط هذا المذهب في الموقوف عليه المعين: أن يكون ممن يملك ملكا مستقرا ، و أن يكون معلوما موجودا .

و لا يصح عند فقهاء هذا المذهب الوقف على المرتد و الحربى لأن أموالهم مباحة في الأصل ، و يجوز أخذها منهم بالقهر ، و الوقف لا يجوز أن يكون مالا مستباح الأخذ لأنه تحييس الأصل و التصديق بالثمرة ، و لا يصح الوقف أيضا على مجهول كرجل أو امرأة أو على معدوم أصالة.

مناقشة :

يلاحظ المحلل لأراء الفقهاء في مسألة الوقف على معين أنها تتفق مع منطلق كل فقيه في نظريته للتصرف الوقفي من حيث لزومه وعدمه ، ومن حيث اشتراط القبض أو كفاية الصيغة .

كما يلاحظ الباحث ان آراءهم واقعية بالنسبة للزمن الذي عاشوه . ولذلك نلاحظ مصطلحات الذمي والمحارب وغيرها ، وهي مصطلحات لواقع غير معيش الآن ، بل صورة الأوضاع تختلف عن الأوضاع الحالية ، وعلى هذا الأساس فإن واجب أعمال قاعدة : الفتوى تتغير زمانا ومكانا واجب ملح ومنطقي ، وعلى هذا الأساس نرى ان الشخص الموقوف عليه يجب ان ينظر إليه بنظرة إنسانية وفق المصلحة الشرعية ، وعلى هذا يكفي ان يكون الموقوف عليه إنسانا يؤمن شره على الدين وأهله ، بغض النظر عن وجوده أو عدمه ، معلوما أو مجهولا ، لأن الخير يكون في الأصل للإنسان كإنسان ، ولأن الوقف على الأشخاص مؤقت فهو سيتحول إلى جهة بر .

وبهذه الرؤية نكون قد حققنا إرادة الواقف الذي يوجب على نيته في صدقته الجارية -الوقف- وحققنا مصلحة إجتماعية إنسانية وحتى دينية عن طريق تحقيق مقاصد الوقف الجوهرية والعرضية .

(1) انظر: د. وهبة الزحيلي ، مرجع سابق . ص. 19 .

(2) انظر : وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 191

المطلب الثاني :

حكم الوقف على النفس

يجد الباحث في هذه المسألة رأيان في الفقه الإسلامي ، رأي يجيزه ، وآخر يمنعه

الفرع الأول :

الرأي الأول المجيز

أجاز هذا النوع من الوقف الحنفية ، و الظاهرية على النحو التالي (1) :

قالحنفية : يصح على المفتى به عندهم ؛ الوقف على النفس ، و هو قول أبي يوسف و غيره من أئمة المذهب (2) ، فهم يجيزون للواقف اشتراط أن تكون الغلة كلها أو جزءا منها لنفسه مادام حيا ، و قد اعتبر الإمام السرخسي ذلك توسعة في الوقف .

والظاهرية : ذهب رأيهم إلى مطابقة رأي أبي يوسف و توسعوا توسعته ، فجوزوا اشتراط الواقف الغلة كلها أو جزءا منها لنفسه ، و في هذا يقول الإمام ابن حزم : ((جائز للمرء أن يحبس على من أحب أو على نفسه ، ثم على من يشاء ...)) .

الفرع الثاني :

الرأي الثاني الرافض

يرى جمهور الفقه عدم جواز الوقف على النفس على النحو التالي :

فالمالكية : يرون بطلان الوقف على النفس ولو مع شريك غير وارث، كوقف على النفس مع فلان، فيبطل ما يخص الواقف وكذا ما يخص الشريك إلا إذا حازه هذا الأخير قبل المانع ، وعلى هذا فلا يجوز للواقف اشتراط الغلة لنفسه ، ولكن اشتراط ذلك لا يبطل الوقف إن كان معه غيره ، على ترتيب معين كأن وقف على نفسه ، ثم على أولاده وعقبه فتصرف الغلة لغيره مادامت شروط الوقف كلها مستوفاة في جانبه ، وعلى ذلك يصح الوقف عند الإمام مالك ويبطل الشرط (3) .

والشافعية : على رأي جمهور فقهاءهم لا يرون صحة الوقف على النفس، لتعذر تملك الإنسان ملكه لنفسه ، لأن الملك حاصل له ، وتحصيل الحاصل محال ، وإذا جاء في المذهب : ((ولا يجوز أن يقف على نفسه ولا أن يشترط لنفسه منه شيء)) (4) .

(1) راجع ، الشيخ محمد أبو زهرة المرجع السابق . ص 203 ، ذ . وهيبه الزحيلي ، المرجع السابق . ص 190 .
(2) يذكر أن الإمام محمد بن الحسن " وهو من أقطاب الحنفية لا يجوز للواقف اشتراط الغلة لنفسه ، بل يعتبر ذلك الشرط مناقضا لأصل الوقف إذا اقتزن بصيغته أطل عملها ، وأذهب أثرها فلا ينعقد الوقف مع اشتراطه .
(3) يقول صاحب حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ((إن الوقف على النفس باطل وغير صحيح تقدم الوقف على النفس أو تأخر أو توسط ، كان قال وقتت على نفسي ثم عقبي أو وقتت على زيد ، ثم على نفسي ، أو وقتت على زيد ثم على نفسي ثم على عمرو ، فالأول يقال له منقطع الأول ، والثاني منقطع الآخر ، والثالث منقطع الوسط ... والحاصل أن الظاهر من مذهبنا أنه يبطل فيما لا يجوز الوقف عليه ويصح فيما يصح الوقف عليه ولا يضر الأنطاع)) . انظر . الدردير ، الشرح الصغير بحاشية الصاوي ، مرجع سابق ، ص 267 .
(4) الشيرازي (أبي إسحاق إبراهيم بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي) ، المذهب ، القاهرة 1339 م . ص 447 .

والراجح في مذهب ابن حنبل أن الوقف على النفس لا يصح ؛ ولا يبطل معه الوقف (1) لأن من وقف شيئا وقفا صارت منافعه جميعها للموقوف عليه ، وزال عن الواقف ملكه ومالك منافعه ، فلم يجز أن ينتفع بشيء منها كأصل ، ويستثنى من ذلك ما كان في الحالات التالية :

- 1- أن يقف شيئا للمسلمين ، فيدخل في جملتهم .
- 2- إذا اشترط الواقف في كتاب وقفه أن ينفق منه على نفسه .
- 3- إذا اشترط الواقف أن يطعم أهله من الوقف، فهنا يصح الوقف والشرط.

مناقشة :

أن معيار اعتبار مقاصد الوقف والمصلحة الشرعية الذي نعتمده كأساس لمناقشة الأدلة يجعلنا نرى أن هناك رأيا فقهيا يحقق المقصد الوقفي والمصلحة الشرعية ، وهو وإن بدا رافضا للوقف على النفس فإنه يقره بضوابط تحقق المصلحة الشرعية ، وهذا الرأي هو ما قرره الحنابلة في المسألة ، الذين يوفقون في حقيقة رأيهم بين الرافضين والمجيزين لهذا النوع من الوقف من حيث تقريرهم لقاعدة عدم الجواز إلا باستثناءات منطقية ، لأن الواقف قد يقف وهو موسر ثم ما تلبث الأمور حتى يعسر فيكون من المنطقي أن يكون أولى بالانتفاع بريع وقفه متى بقي حيا فقط دون أن يتملك ما وقف .

المبحث الثاني :

شروط الجهة الموقوفة عليها

يشترط في الموقوف عليه غير المعين: أن يكون معلوما جهة خير وبر أولا ، وثانيا أن يؤول الوقف إن كان أهليا أو ذريا إلى جهة بر لا تنقطع ، وعلى ذلك نحلل الشرطين في المطلبين التاليين :

المطلب الأول :

اتصاف الجهة بالخيرية

الأساس الفكري للشرط

الأصل في شرعية الوقف أن يكون صدقة يتقرب بها إلى الله سبحانه وتعالى بالإتفاق في أوجه البر بالصدقة الجارية ، وعلى هذا لا بد من أن تكون الجهة الموقوفة عليها جهة خير وبر حتى يعتبر الإتفاق عليها قرينة لله تعالى باتفاق العلماء (2). والمقصود بالبر هنا هو ذلك الإسم الجامع للخير، وأصله الطاعة لله تعالى ، والمعنى المراد هو اشتراط معنى القرية في الصرف إلى الموقوف عليه. لأن الوقف قرينة وصدقة فلا بد من وجودها فيما لأجله وضع الوقف، لأنه هو المقصود ، كالوقف على الفقراء والعلماء والمساجد والمستشفيات.

(1) هناك من متأخري الحنابلة من استحسن القول المرجوح الذي يقضي بصحة الوقف على النفس لما فيه من المصلحة العظيمة ومن ترغيب الناس في فعل الخير ، وهو من محاسن المذهب.
(2) راجع في هذا الموضوع:- د. وهبة الزحيلي ، مرجع سابق . ص 195 . 196 . - الشيخ محمد أبو زهرة مرجع سابق . ص 87 - 93 . - د. محمد مصطفى ثلبي ، مرجع سابق . ص 312 . 354 .
- زهدي يكن . الوقف في الشريعة والقانون - مرجع سابق . ص 41 . - د. محمد السريتي . مرجع سابق . ص لا يملك

إشكالية المعيار في القرية

يتفق أئمة الفقه الإسلامي على اشتراط القرية في جهة الوقف، إلا أن الاختلاف بينهم كان واضحا في نوع القرية المشروطة ، أهى القرية في نظر الإسلام فقط ، أم في اعتقاد الواقف أم فيهما معا ؟ ان مفصل الإجابة على المسألة المطروحة يمكن منهجتها على النحو التالي:

(1) إذا كانت الجهة الموقوف عليها تمثل قرية في نظر الأديان جميعا، فإن الوقف يقع صحيحا باتفاق الفقهاء ، سواء كان الواقف مسلما أو غير مسلم ، مثل الوقف على المستشفيات .

(2) إذا كانت الجهة الموقوف عليها ليست قرية في نظر الأديان : فإن الوقف لا يكون صحيحا سواء كان الواقف مسلما أو غير مسلم ، كالوقف على أندية القمار مثلا .

(3) إذا كانت الجهة الموقوف عليها تمثل قرية في نظر الإسلام فقط ؛ فإن الوقف يقع صحيحا متى كان الواقف مسلما وهذا باتفاق الفقهاء ، أما إذا تعلق الأمر بواقف غير مسلم فإن الوقف يقع صحيحا على رأي الشافعية والحنابلة، ولا يكون صحيحا على رأي الحنفية والمالكية(1).

(4) إذا لم تكن الجهة الموقوف عليها قرية في نظر الإسلام ، ولكنها تعد كذلك في نظر واعتقاد غير المسلم ، فإن الوقف بهذه الصفة لا يقع صحيحا إذا كان الواقف مسلما باتفاق الفقهاء (2).

أما إذا تعلق الأمر بالواقف غير المسلم، فإن الوقف يقع صحيحا عند أئمة المالكية فقط دون الحنفية والشافعية والحنابلة .

مناقشة الإشكالية السابقة :

ان تحديد معيار القرية المشروطة وان اختلفت محاوره لدى الفقهاء ، فإنه يظهر لنا بعد التحليل ان أحسن معيار أو معلم نرجع إليه لتحديد ذلك هو الحكم الشرعي في الجهة الموقوف عليها ، فإن كان الحكم هو الجواز تحققت القرية وإلا فلا ، ذلك ان المقصد الجوهرى للوقف هو التعبد أو التقرب إلى الله الذي لا يتحقق شرعا إلا بتحقيق النية الخالصة ، وكذا موافقة التصرف للشرع ، وهذا لا يتحقق إلا باعتماد المعيار الذي رأينا في اعتقادنا أنه يستوعب كل آراء الفقه إلا ما شذ منها ، وكذا مستوعبا للنزعة الإنسانية التي يروح الإسلام ومقصد من مقاصده الشرعية .

المطلب الثاني :

أبوية الوقف الأهلي إلى جهة بر لا تنقطع

هذا الشرط محل خلاف فقهي ، و يمكن تحليل ذلك فيما يلي:
فالإمامان أبو حنيفة ، ومحمد ابن الحسن(3) يريان ضرورة هذا الشرط وإلا لم يصح الوقف عندهما ، ويؤسسون هذا على القول أن التأييد شرط لجواز الوقف ، وأيضا لأن الوقف حينئذ سيصبح على مجهول وهو لا يصح .

(1) انظر: د. محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق . ص 41 .

(2) انظر: د. محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق . ص 353 .

(3) راجع: -الكسائي (أبي بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين الكسائي) ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع -

ج 6 ، دون رقم الطبعة أو سننها ، مطبعة العاصمة ، ص 220 .

-ابن عابدين . الدر المختار ، المرجع السابق . ص 399 - 340 .

-وهبة الزحيلي ، المرجع السابق . ص 198 .

-أما باقي الفقهاء فإنهم لا يرون ضرورة هذا الشرط ويعتبرون التصرف الوقفي صحيحاً ولو لم يسم الواقف الجهة التي يؤول إليها الوقف (1).
وهي ما يتعلق بمصير الوقف بعد انقطاع الموقوف عليهم المعينين فإن الفقهاء الراضون لهذا الشرط ينقسمون إلى رأيين :
الرأي الأول : يجعل مصير الوقف إلى الفقراء ، وهو قول أبي يوسف الحنفي .
الرأي الثاني : يجعل مال الوقف عند انقطاع الموقوف عليهم إلى أقرب الناس إلى الواقف وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة، مؤسسين رأيهم على القول أن مقتضى الوقف هو الثواب على التأبيد، فحمل على ما سماه على شرطه ، وفيما سكت عنه على مقتضاه ويصير كأنه وقف مؤبد ، فإذا انقطع المسمى ؛ صرف إلى أقرب الناس إلى الواقف، لأنه من أعظم جهات الثواب ، ودليلهم في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم - ((لا صدقة وذو رحم محتاج)) . (2) وقوله أيضا : ((الصدقة على المسلمين صدقة ، وهي على ذي الرحم ثنتان ، صدقة وصله)) (3).

مناقشة:

ان الأصل ان الوقف يكون على جهة خير وبر حالا ، وقد تكون هذه الجهة هي المال بعد انقطاع الموقوف عليهم في الوقف الخاص ، وهذا الأمر يستدعي ان تكون جهة المال معلومة ، لكن جرى العرف ان جهة المال هي كل جهة خير وبر فقد تكون هي الفقراء أو العلماء أو المستشفيات... الخ ، وعلى هذا فهي سريعة الاستحضار في ذهن الإنسان بفطرته، وعلى هذا فإن الأصل في الوقف ان الواقف يقصد هذه الجهة المتصفة بالخيرية التي يعيها كل عاقل ، ولو لم يذكرها في وقفه وان ذكرها فهي في رأينا تحصيل لما في ذهن الإنسان العادي كمعيار لذلك ، وعلى ما سبق ذكره نقدر أن الرأي الذي لا يرى ضرورة اشتراط هذا الشرط وجيه جدا غير أننا نرى ضرورة التقييد بضابطين في هذه المسألة :

الضابط الأول : ان الوقف الذي يكون تلك صفته -أي لا تحدد فيه جهة المال - يجب ان يقيد أو يكون مشهورا ومعلوما بما يمنع ضياعه أو ضياع أدلته بعد انقطاع الموقوف عليهم
الضابط الثاني : ان السلطة العامة هي التي تحدد جهة المال، وعليها ان تراعي الظروف والأحوال المعيشية للواقف ان كان حيا ، وأهله وأقاربه من أجل توسيع الإستحقاق لهم بإدخالهم ضمن الجهة العامة كونهم فقراء ، وكون الأدلة الشرعية تفيد ذلك .

المطلب الثالث :

موقف القانون من شروط الموقوف عليه :

تطرق التشريع الجزائري لموضوع جهة الوقف أو الموقوف عليه ، في المادة 13 من قانون الوقف ، التي جاءت تحت الفصل الثاني المتعلق بأركان الوقف وشروطه، حيث تنص : ((الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ، ويكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنويا، فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه ألا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية)) .

إن تحليل هذه المادة يجعلنا نسجل النقاط التالية .

أولا : ازدواجية طبيعة الموقوف عليه :

حيث يقرر القانون ان الموقوف عليه إما ان يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا ويلاحظ على هذه الطبيعة المزدوجة أنها تتفق والتقسيم الذي قررته المشرع للوقف ، من

(1) انظر . وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 199 - 200 .

(2) رواه الطبراني ، وقال الهيثمي : ومنه عبد الله بن عامر الأسلمي ، وهو ضعيف .

(3) رواه أحمد وأبو ماجه والترمذي والنسائي ، وابن حبان ، والدرقطني والحاكم ، والترمذي .

حيث إمكانية ان يكون وقفا عاما يحبس على جهات الخير ، أو يكون وقفا خاصا يكون على عقب الواقف من الذكور والإناث ، أو على أشخاص معينين ليؤول بعد ذلك إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم الطبيعيين .

ثانيا : الأحكام القانونية للأفراد المعترين جهة وقف

يسجل المحلل للنصوص القانونية المتعلقة بهذه المسألة الأحكام التالية :

1-المعلومية والوجود شرطا صحة واستحقاق على الترتيب :

يذهب القانون إلى اشتراط المعلومية في الموقوف عليه لأجل ان يقع الوقف صحيحا بغض النظر عن وجوده أو عدمه ، لكن الإستحقاق لا يثبت لهذا الشخص الطبيعي إلا إذا كان موجودا وهذا ما تفيدته المادة 13 /ف1 السابقة .

وما يؤكد هذا المعنى هو مفهوم الوقف الخاص الذي قد يكون على عقب الواقف الذي هو الأشخاص الموجودون أو الذين سيوجدون من صلب الواقف وأبنائه ، فإذن الشرط المعتر هنا هو : ان يكون الموقوف عليه معلوما ليقع الوقف صحيحا ، وهو رأي الأحناف والمالكية .

2- جواز الوقف على النفس :

يمكن القول ان القانون الجزائري يجيز الوقف على النفس اعتبارا للأسباب التالية :

أ- أنه لم يرد نص خاص صريح يمنع هذا النوع من الوقف في القانون الجزائري .

ب- ما يفهم من تعريف الوقف الخاص الوارد في المادة 06 من قانون الوقف إمكانية أن يكون الواقف أحد الأشخاص المعينين المذكورين في عبارة نص : ((الوقف الخاص وهو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ...)).

ج- أن نص المادة 214 من قانون الأسرة يشير صراحة إلى جواز الوقف على النفس حيث تقضي هذه المادة أنه : ((يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبوس مدة حياته على أن يكون مأل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعينة)) . فاحتفاظ الواقف بمنفعة الوقف لا يعني إلا أنه وقف على نفسه ، مع ملاحظة ان هذا النص لا يعارض صراحة أي نص من نصوص القانون 10/91 حتى يكون محلا للإلغاء وفقا للمادة 49 من قانون الوقف .

تعليق :

لعل ما دعا المشرع الجزائري إلى تبني هذا الرأي الذي أقره الفقهاء الأحناف، هو ما لهذا النوع من الأوقاف من فائدة تظهر في إقبال الناس على الوقف كقربة ما داموا يضمنون حقهم في الاستفادة من ريع مالهم الذي وقفوه ما داموا أحياء ، فيحصل لهم بذلك الإلمتنان النفسي ولا يضر الأمر مادام ان ريع الوقف سيصير إلى جهة خير بعد موتهم ، فالمصلحة هنا جلية ، تجعل هذا النوع من الوقف مدعاة إلى التوسعة على الناس في قربهم .

ثالثا : الأحكام القانونية المتعلقة بالشخص المعنوي المعتر جهة وقف :

يستتبط من النصوص القانونية المتعلقة بهذه المسألة الأحكام التالية :

1- ان الوقف على شخص معنوي هو وقف عام : وهو ما يفهم من نص المادة 06 /ف1 من قانون الوقف التي تقرر ان : ((الوقف العام ما يحبس على جهات خيرية من وقت إنشائه ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات ...)). وعلى هذا يستلزم أن يكون هذا الشخص المعنوي جهة خير تخصص ريع الوقف للمساهمة في سبل الخيرات .

الفصل الرابع

شروط صيغة الوقف ، وما يلحق بها من إشتراطات الواقفين

نتطرق في هذا الفصل إلى موضوعين أساسيين يتعلقان بالشروط التي يجب أن تتوفر في صيغة الوقف ، وما قد يكون ملحقاً بهذه الصيغة من الشروط التي قد يضعها الواقفون لأجل تنظيم وقفهم ، ونفصل ما سبق في المبحثين التاليين على النحو التالي :

المبحث الأول :

شروط صيغة الوقف

المراد بصيغة الوقف : هو العبارة التي تؤدي إلى إنشاء الوقف ، أو هو التعبير - الإيجاب - الذي يصدر من الواقف دالاً على إرادته ورغبته (1) . وهذا التعبير قد يتخذ له صوراً متعددة في الفقه الإسلامي ، حيث يمكن أن يكون في شكل لفظ صريح أو غير صريح ، أو كتابة ، أو فعل دال على الوقف عرفاً .

إن صيغ التصرفات بصفة عامة تصدر من أصحابها على أشكال مختلفة وبأوصاف متنوعة ، فتارةً مثلاً تكون منجزة وتارةً تكون معلقة أو مضافة ، ومع هذا فهي قد تكون مقيدة ومضبوطة بشروط أو مجردة منها ، وهذه الشروط قد يكون منها الصحيح وغير الصحيح ، ولأجل ذلك اشترط الفقهاء في صيغة الوقف أوصافاً معينة بها يكمل الوقف صحةً لا وجوداً ، وهي ما تعرف بالشروط وهي :

المطلب الأول :

التأييد و التنجيز

إن هذا الشرط يفيد أمرين أساسيين : الأول : أن تكون صيغة الوقف مفيدة لمعنى التأييد لا التأقيت ، وهذا ما نتطرق إليه في الفرع الأول ، والأمر الثاني : أن تكون الصيغة منجزة وهو ما نراه في الفرع الثاني .

الفرع الأول :

التأييد

لا يصح الوقف عند جمهور الفقهاء من غير المالكية إذا اقترنت الصيغة بما يدل على التأقيت أو عدم الدوام ، بصراحة لفظها أو باقتضاء معناها ، ويؤسس أصحاب هذا الرأي قولهم بأن الوقف إخراج مال على وجه التقرب إلى الله فلم يجز إلى مسدة (2) ، وإن لم يشترطوا التلفظ بمعنى التأييد .

(1) انظر: -بدران أبو العيين بدران . المرجع السابق . ص 279 .

-الشيخ محمد مصطفى شلبي . المرجع السابق . ص 332 .

-أحمد علي الخطيب ، الوقف والوصايا ، ط2 . مطبعة جامعة بغداد 1978 . ص 66 - 67 .

(2) راجع : -د. وهبة الزحيلي ، المرجع السابق . ص 204 - 205 .

-مصطفى الزرقاء ، مرجع سابق . ص 36 .

-بدران أبو العيين بدران . المرجع السابق . ص 282 .

-الشيخ مصطفى شلبي . المرجع السابق . ص 235 - 236 .

وعليه ، فإذا كانت الصيغة مقترنة بما يفيد تأقيت الوقف فإن هذا الأخير يبطل لفساد الصيغة.

وبناء على هذا الشرط ، قضى الحنفية بأن المال الموقوف لا يكون إلا عقارا كأصل لأنه هو الذي ينتفع به على وجه التأبيد، وكما قلنا سابقا فإن المالكية لا يرون اشتراط التأبيد في الوقف، ولذلك أجازوا الوقف لوقت معلوم ومحدد، ثم يرجع ملكا للواقف أو لغيره.

الفرع الثاني :

التنجز

يقصد بالتنجز هنا أن الوقف يجب أن يكون منجزا في الحال غير معلق بشرط ولا مضافا إلى وقت في المستقبل (1) ، ذلك أنه عقد يترتب عليه إلتزام بنقل الملك في الحال، لذا لم يصح تعليقه على شرط كالبيع والهبة في رأي الجمهور من غير المالكية ولتوضيح الصورة أكثر عن هذا الشرط ، من الجدير التطرق إلى تبيان الفرق بين الصيغة المنجزة وكذا المعلقة والمضافة.

أولا :الصيغة المنجزة :

وهي التي تدل على إنشاء الوقف وترتيب آثاره في الحال ، بناء على أمر موجود وقت الوقف، كقول الواقف : جعلت هذه الدار وقفا على المساكين .
وحكم هذه الصيغة هو أن الوقف يصح بها ، وترتب عليه آثاره من وقت صدورها ما دامت الشروط الأخرى مستوفاة (2).

ثانيا :الصيغة المعلقة :

وهي التي لا تدل على إنشاء الوقف من وقت صدورها ، بل تدل على تعليق التصرف بحصول أمر معين في المستقبل ، فإن تحقق الأمر تحقق الوقف وإلا فلا .
وحكم هذه الصيغة هو أن الوقف يبطل بها كما قال جمهور الفقهاء من غير المالكية لأن الوقف من قبيل التبرعات ، والأصل عدم تعليق التبرعات ما عدا الوصية.

ثالثا : الصيغة المضافة :

هي التي تدل على إنشاء الوقف في الحال ، ولكن تؤخر ترتيب حكمه إلى زمن مستقبل أضيفت إليه .
وحكم هذه الصيغة هو : عدم جواز تعليق الوقف على شرط في الحياة (3)، كقول الواقف : إذا جاء رأس السنة فأرضي وقف ، وهو رأي الجمهور من الفقهاء .

تعليق :

لا شك أن رأي جمهور الفقهاء في مسألتي التأبيد و التنجز هو الرأي الوجيه و الصائب في هذه المسألة بناء على ما تقدم معنا من أدلة في هذا الشأن ، و إن فكرة التأقيت فكرة مرجوحة لا تقوى على تحقيق مقاصد الوقف من جهة ، و قيل ذلك فإن أساسها لا يكاد تقوم له حجة ، و كذا فكرة عدم التنجز التي لا تتلاءم مع التصرفات التبرعية و منها الوقف .

(1) راجع في هذا الموضوع : -د. وهبة الزحيلي ، المرجع السابق . ص 206 وما بعدها.

-مصطفى الزرقاء ، المرجع السابق . ص 67 .

-الشيخ مصطفى شلبي ، المرجع السابق . ص 333- 335 .

(2) انظر : الشيخ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق . ص 333 .

(3) - د. وهبة الزحيلي ، المرجع السابق . ص 207 .

- د. وهبة الزحيلي ، المرجع السابق . ص 208 .

المطلب الثاني :

عدم إقتران الصيغة بشرط باطل و تضمنها بيان مصرف الوقف

الفرع الأول :

عدم إقتران الصيغة بشرط باطل

إختلف الفقه في مقتضى هذا الشرط على النحو التالي (1):

فالمذهب الحنفي يميز بين أنواع ثلاثة من الشروط :

أولاً : الشرط الباطل :

وهو الشرط الذي ينافي بمقتضى الوقف ، ومثاله أن يشترط الواقف إبقاء المال الموقوف على ملكه ، وحكم هذا الشرط عندهم أنه يبطل به الوقف لمنافاته حقيقته .

ثانياً : الشرط الفاسد :

وهو ما يخل بالانتفاع بالموقوف ، أو يخل بمصلحة الموقوف ، أو هو ما يخالف الشرع وحكم هذا الشرط هو أنه لا يبطل الوقف بل يصح ويبطل الشرط .

ثالثاً : الشرط الصحيح :

وهو كل شرط لا ينافي بمقتضى الوقف ، ولا يخل بالمنفعة ولا يعارض الشرع ، وحكم هذا النوع من الشروط هو وجوب إتباعه وتنفيذه .

أما فقهاء المالكية فإنهم وإن لم يقسموا الشروط فإنهم قالوا على سبيل المثال : أنه إذا اشترط الواقف على مستحق الوقف إصلاحه أو دفع ضريبة بغير حق لحاكم ظالم ، فإن الوقف يقع صحيحاً ويلغي الشرط .

ويرى الشافعية أن الواقف إن شرط بيع الوقف ، أو شرط أن يدخل من شاء ، بطل الوقف على الصحيح ، وهو رأي الحنابلة أيضاً الذين يضيفون القول أنه لو شرط الواقف البيع عند خراب الوقف وصرف الثمن في مثله ، فإن الشرط يكون فاسداً فقط ، ويصح الوقف ويبطل الشرط .

ويلاحظ أن جمهور الفقهاء اتفقوا على أن وقف المسجد لا يتأثر بالشرط الباطل ، حيث أن الوقف يصح ، والشرط يقع باطلاً . (2)

الفرع الثاني :

تضمن الصيغة بيان مصرف الوقف

وهو شرط عند الشافعية الذين يرون أن الواقف لو اقتصر صيغته على القول : وقفت كذا ، ولم يذكر المصرف -جهة الوقف - فالأظهر عندهم بطلان الوقف لعدم ذكر مصرفه ، وهذا خلافاً للوصية التي تكون صحيحة ويكون مصرفها للمساكين لأن غالب الوصايا للمساكين ، فحمل الإطلاق عليه (3).

(1) انظر د. د. وهبة الزحيلي ، المرجع السابق . ص 208 .

(2) انظر د. بدران أبو العينين بدران - المرجع السابق . ص 281 .

(3) انظر د. وهبة الزحيلي ، المرجع السابق . ص 209 .

ب- جواز تعليق الوقف على الموت مطلقا ، وهنا يأخذ حكم الوصية.
ج- جواز تعليق الوقف على أمر محقق عند صدوره ، لأن هذا ما هو إلا تعليق صوري
ولأن التعليق بالشرط للكائن تنجيز .

ثالثا : بالنسبة لشرط عدم اقتران الصيغة بشرط باطل ، فإننا نرى أن المشرع الجزائري قد
تطرق إلى هذا الشرط وحكمه في المادة 29 من قانون الوقف السابقة .
إلا أنه لم يوفق في نظرنا من حيث الصياغة والمضمون ، ويظهر ذلك من خلال مايلي :

1- من حيث الصياغة : يلاحظ نفي القضية أول النص ، ثم إثباتها في الأخير دون مبرر
حتى أن القارئ يجد نفسه مجبرا على تكرار واستتفار تركيزه لأجل الفهم ، وكان يكفي أن
تكون الصياغة على النحو التالي :
(إذا كان الوقف معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية بطل الشرط وصح
الوقف) . أو (يصح الوقف شرعا ولو كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص
الشرعية) .

2- من حيث المضمون : يلاحظ على مضمون هذا النص مايلي :
أ- أن النص تطرق إلى حكم شرط من الشروط الفاسدة وهو الشرط الذي يخالف الشريعة
الإسلامية ، ولم يتطرق إلى الشروط الفاسدة الأخرى التي تتضمن الشرط المخل بالانتفاع
بالمال الموقوف ، وكذا الشرط المخل بمصلحة الموقوف ، وهو ما جعل المضمون مبتورا
في هذه المسألة ، وكان الأجدر لو أضافها المشرع الجزائري .

ب- أن النص لم يتطرق إلى مسألة الشرط الباطل المقترن بالصيغة والحكم المقرر لذلك
ولكن يمكن هنا الرجوع إلى نص المادة 16 من قانون الوقف التي تفيد صحة الوقف
المقترن بالشرط الباطل ، حيث تنص : ((يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي
يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو
اللزوم ...)) والواضح هنا هو أن الشرط المنافي لمقتضى حكم الوقف هو الشرط الباطل .
إذن المشرع الجزائري ساوى بين الشرط الباطل والشرط الفاسد ، وقرر بشأنهما حكم
البطلان للشرط وإخائه وصحة الوقف ، وهو حكم نرى ضرورة إعادة النظر فيه ، حيث
يجب التمييز بين الشرطين الباطل والفاسد ، فيقرر بطلان الوقف المقترن بشرط باطل على
أساس أن هذا ما يوافق مفهوم الوقف ومقصوده من جهة ، ومن جهة أخرى أن هذا ما
يحقق التوافق بين النصوص القانونية وخاصة المادة 28 من قانون الوقف التي وردت في
الفصل الخامس الخاص بمبطلات الوقف والتي تقرر بطلان الوقف إذا كان الوقف محمدا
بزمان وهذا من ضمن ما يقتضيه حكم الوقف وهو اللزوم ، فالتناقض واضح بين المادتين
16 ، 28 السابقتين .

أما الوقف المقترن بشرط فاسد فيقرر بشأنه حكم الصحة للوقف والبطلان للشرط ، وعلى
هذا نقتراح إلغاء المادة 16 السابقة ، وتعديل المادة 29 على النحو التالي : ((لا يصح الوقف
إذا كان مقترنا بشرط يتعارض مع مقتضاه ، أما إذا كان الشرط يخالف الشرع ، أو يخل
بالانتفاع بالموقوف ، أو يخل بمصلحة الوقف بطل الشرط وصح الوقف) .

رابعاً : فيما يخص الشرط المتعلق ببيان مصرف الوقف ، فإن المشرع الجزائري لم
يشترط ذلك أخذا برأي جمهور الفقهاء ، وقد جعل الوقف المستوفي للشروط والذي لم
يحدد فيه جهة صرفه صحيحا ومرتبيا لأثره ، ويكون صاحب الاستحقاق فيه هو سبل
الخيرات ، وكل ما له علاقة بنشر العلم والبحث فيه طبقا للمادة 15 من قانون الوقف .

خامسا : أضاف المشرع الجزائري شرطا آخر لصيغة الوقف أمثلته المصلحة فوق ما قرره
جمهور الفقهاء ، ويتعلق الأمر برسمية الصيغة التي نفردها بالمطلب الموالي .

المطلب الثالث :

أن تكون صيغة وقف العقار في ورقة رسمية

إن السؤال الذي يتبادر هنا لأول وهلة هو : هل يشترط إفراغ الصيغة في شكل معين ؟
إن المادة 217 من قانون الأسرة تنص : ((يثبت الوقف بما تثبت به الوصية)) .
بمعنى يجب إثبات مضمون الوقف في ورقة رسمية تحرر أمام موثق ، وفي حالة وجود مانع قاهر فيجب إثبات الوقف بحكم قضائي يؤشر به على أصل الملكية .
ولكن بالرجوع إلى نص المادة 35 من قانون الوقف 10/91 نجد إمكانية إثبات الوقف بجميع طرق الإثبات - وكأنها تعفي عقد الوقف من أي شكلية - فهل حكم المادة 2/7 من قانون الأسرة يفيد إلغاء هذا النص الأخير على أساس المادة 49 من قانون الوقف التي تقرر : ((تلغى جميع الأحكام المخالفة لأحكام هذا القانون)) ؟ .
وإذا كان كذلك ، فما حكم المادة 41 من قانون الوقف 10/91 التي تقرر : ((يجب على الواقف أن يقيّد الوقف بعقد لدى الموثق ، وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري)) ؟ .

في الحقيقة يمكن القول بوجود لبس في المواد السالفة الذكر ، و الذي نرى أن رفعه لا يكون إلا بوجود التمييز بين وقف المنقول و وقف العقار .
فبالنسبة لوقف المنقول ؛ فإن إمكانية تطبيق نص المادة 35 من قانون الوقف 10/91 واردة هنا ، حيث لا يشترط هنا إفراغ الصيغة في شكل معين ، و بالتالي يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات ، خلافا لما كان مقررا في قانون الأسرة .

أما بالنسبة لوقف العقار ، فقد قلنا سابقا أن الوقف الوارد على عقار يجعل الوقف حقا عينيا عقاريا يخضع لأحكام الحقوق العينية العقارية على العموم ، و لأجل هذا يجب إفراغ مثل هذه الأوقاف في ورقة رسمية تحرر من قبل الموثق ، و هذه الشكلية للإنعقاد و ليست للإثبات ، يترتب على تخلفها بطلان عقد الوقف ، بناء على المادة 41 من قانون الوقف 10/91 التي تنص : ((يجب على الواقف أن يقيّد الوقف بعقد لدى الموثق)) و كلمة " يجب " تفيد الوجوب المرتبط بالوجود ، فتخلفه بعدم الوجود ، و أيضا بناء على المواد 324 مكرر ، و 793 من القانون المدني الجزائري التي تقرر كلها وجوب أن يتم وقف العقار بعقد شكلي .

و لكن السؤال الذي يطرح نفسه أيضا ، هو : هل يكفي إفراغ صيغة وقف العقار في شكل رسمي لينفذ عقد الوقف ؟ .
أنه يمكن القول : أن اكتمال أركان الوقف ، و توافر جميع شروط صحته يجعل وقف العقار صحيحا لكن لا ينفذ إلا إذا تم تسجيل عقد الوقف و شهره لدى المحافظة العقارية .

أولا : لتسجيل :

تبعا لنص المادة 44 من قانون الوقف يجب إخضاع عقد الوقف للتسجيل ، حيث جاء في المادة : ((تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل و الضرائب و الرسوم الأخرى لكونها عملا من أعمال البر و الخير)) .

فقد حددت هذه المادة : التسجيل كإجراء أساسي ، و لو أنه أعفى الأملاك الوقفية العامة فقط من الرسوم و الضرائب المتعلقة بهذا الإجراء .

غير أن ما يلاحظ على نص المادة 44 السالفة الذكر ، أنها ميزت بين الأملاك الوقفية العامة التي تعفى من رسوم التسجيل و الضرائب ، و بين الأملاك الوقفية الخاصة التي لا يمسها الإعفاء السابق ، مع أن العلة التي بنى عليها المشرع قرار الإعفاء هي نفسها في كلا الأملاك و هي : (لكونها عملا من أعمال البر و الخير) .

و لعل هذا الذي ذهب إليه المشرع دعوة صريحة إلى سلوك طريق الوقف العام ، و التضييق من الأوقاف الخاصة .

فإذن ، في وقف العقار يظهر التسجيل كإجراء جوهري لشهر عقد الوقف لدى المصالح المكلفة بالشهر العقاري حسب نص المادة 41 من قانون الوقف، وأيضاً حسب المادة 100 من الأمر 76 / 63 (1) ، المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، والتي تقرر رفض الإيداع لدى المحافظة العقارية إذا كان العقد الناقل للملكية غير مسجل .

ثانياً : الشهر العقاري :

يقصد بالشهر : مجموعة الإجراءات والقواعد القانونية والفنية التي تهدف إلى إعلام الغير بما يحدث من تصرفات على العقارات، سواء كانت هذه التصرفات كاشفة أو منشئة أي كان هذا الحق العقاري وبغض النظر عن نوع السند القائم ، فهو إجراء لاحق على تصرفات واردة على العقار من أجل الإعلام بما ورد على هذه العقارات . ويعتبر الشهر ضرورة أوجدتها حقوق الغير لأجل الحماية ، وهو بهذا يعد من العناصر الهامة في استقرار المعاملات العقارية ، وتدعيم الإلتزام العقاري خاصة إذا كنا أمام الشهر العيني الذي يتطلب وسيلة مادية تتمثل في المسح العام للأراضي ، ووسيلة قانونية تتمثل في السجل العقاري.

إجراءات الشهر العقاري :

يعتبر المحافظ العقاري محور عملية الإشهار العقاري بإعتباره المراقب القانوني للمعاملات العقارية ، وهو في أدائه لمهامه ملزم بإعمال قاعدتين كأساس للقيام بعملية الشهر وهما :

1-قاعدة الرسمية : ومفادها أن كل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب ان يتم تقديمه في الشكل الرسمي ، وهنا على المحافظ العقاري التأكد من أن السند الرسمي قد تم تحريره من قبل موثق.

2-قاعدة الشهر المسبق : مفاد هذه القاعدة أنه لا يمكن تنفيذ أي إجراء للشهر في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق يثبت حق المتصرف ، إن هذه القاعدة أدت إلى تأكيد الطبيعة الإلزامية للشهر العيني ، لكن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات منها: أ-العقود المحررة قبل 04 مارس 1961 م لأن الشهر العقاري كان إختيارياً قبل هذا التاريخ .

ب-إشهار شهادة الملكية المقررة في إطار الثورة الزراعية .

ج-إشهار شهادة كسب الملكية عن طريق التقادم المكسب (المرسوم 83 / 352) .

د-إشهار عقود الملكية للأراضي المتنازل عنها في إطار قانون 18/83 .

إن أعمال هاتين القاعدتين يكون بعد إيداع الموثق للنسخة الحرفية لعقد الوقف ، ويراد من الإيداع هنا إشهار نسختين من العقد الوقفي :نسخة تعاد إلى القائم بالإيداع بعدما تأخذ تأشيرة الإشهار، والثانية توجه إلى أرشيف المحافظة العقارية .

وتكمن سلطات المحافظ العقاري هنا في مراقبة مدى إرفاق الإيداع الرئيسي للعقد ببعض الوثائق وهي :

-ملخص العقد .

-وثائق تغيير الحدود إذا كان هناك تغييرا .

-الجدول الوصفي للتقسيم في العقارات من نوع الملكية المشتركة .

ويراقب المحافظ العقاري مدى إحترام آجال الأيداع وفي حالة إقراره رفض الأيداع يجب أن يكون القرار مسببا .

إن الأيداع إذا تم وفق الإجراءات السابقة فإن المحافظ العقاري يقرر إجراء الشهر إلا إذا إكتشف خطأ من الأخطاء التي تؤدي إلى رفض الأجراء وهي :

- 1-عدم وجود الحق أصلا .
- 2-عدم إحترام قاعدة الرسمية وقاعدة أسبقية الشهر .
- 3-عدم صحة الرهون والأمتيازات العقارية .
- 4-عدم مشروعية سبب العقد .

إذا لاحظ المحافظ العقاري مثل هذه الأخطاء الجسيمة فإنه يخبر محرري العقود بسبب الرفض ويكون ذلك في أسفل الصورة الرسمية ، أو عن طريق نموذج خاص بالإعلان عن قرارات رفض الأجراء ، ويتم هذا الإعلان وجوبا في أجل أقصاه 15 يوم ما يبدأ سريانها من تاريخ الأيداع ، وخلال هذا الأجل يسمح المحافظ العقاري للشخص المعني للرد على قرار الرفض وذلك بتكملة الوثائق أو تصحيح هذه الأخطاء الجسيمة ، وبانتهاء المدة المشار إليها يصبح قرار الرفض قابلا للطعن أمام الجهات القضائية خلال شهرين من يوم تبليغ قرار الرفض .

إن بتمام الإجراءات السابقة سليمة يكون الشهر قد تم، وهنا تكون مصلحة الإشهار العقاري ملزمة بتقديم إثبات للواقف بذلك ، وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف وعلى هذا لا يرتب الوقف آثاره إلا من تاريخ الشهر وفقا للقواعد المقررة في شهر الحقوق العينية العقارية ، و تطبيقا لنصوص المواد 16، 15 من الأمر 74/75 المتعلق بمسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري . (1)

ويلاحظ في الأخير أن القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم قد قرر إحداث سجل عقاري خاص بالأموال الوقفية لدى المصالح المعنية لأموال الدولة تسجل فيه العقارات الوقفية وتشعر السلطة المكلفة بالأوقاف بذلك (2).

(1) الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتعلق بمسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية رقم : 30 .

(2) انظر المادة 08 مكرر من انقانون 01-12 المعدل والمتمم لقانون الوقف 91-10 .

المبحث الثاني :

إشتراطات الواقف

لمعالجة هذه المسألة من الجدير التطرق إلى معنى هذه الإشتراطات و تكييفها و طبيعة الشروط المعتبرة ، و كذا التطرق إلى ما شاع في كتب الواقفين من مصطلح الشروط العشرة ، و نتناول كل ما سبق في المطالب الثلاثة الموالية :

المطلب الأول :

معنى إشتراطات الواقف وتكييفها الشرعي

الفرع الأول :

معنى إشتراطات الواقف

إن الأصل في الوقف أنه قربة اختيارية يقبل عليها الواقف حراً مختاراً ، ليضعها فيمن يشاء وبالطريقة التي يشاء ، وإذا كان الوقف من أبواب التصديق بالمنفعة ، فإن حقوق المستحقين فيه تتعلق - عند أكثر الفقهاء - بالمنفعة لا بالعين ، مما يعني أساساً أن المنفعة قابلة للتقييد بالزمان ، والمكان ، وأيضا بطرق الإنشاع كما يراها ويمليها الواقف في كتاب وقفه ، بمحض إرادته يعبر به عن رغباته ومقاصده في الكيفية التي ينشأ بها وقفه والنظام الذي يتبع فيه من تولي شؤونه وتوزيع ريعه ، وهذا ما نعني به شروط أو إشتراطات الواقفين.

وبتعبير آخر فإن إشتراطات الواقف تعني : القواعد التي يشتملها كتاب الوقف والتي يضحها الواقف للعمل بها في وقفه ، وهي أما تتعلق بمصارف الوقف : من تعيين الجهات الموقوف عليها ، وكيفية توزيع الغلة على المستحقين فيه، وإما أن تتعلق بالولاية على الوقف ، وكيفية إدارة شؤونه إلى غير ذلك (1).

ووثيقة أو كتاب الوقف على النحو الذي ذكرنا سابقاً : ((الذي تحرر فيه إرادة الواقف تحريراً كاملاً ، يعد دستور الوقف ، وما لا نص فيه ، تنفذ فيه الأحكام الشرعية الخاصة بالأوقاف... وطرق تفسير كتب الأوقاف هي الطرق التي يسلكها الفقهاء في تفسير النصوص الشرعية ، فيحمل المطلق على المقيد، ويحمل العام على الخاص ، إذا كان هناك مسوغ للحمل ، وينسخ المتأخر من الشروط المتقدم)) (2).
ولهذا شاع بين الفقهاء عبارة "شروط الواقف كنص الشارع".

الفرع الثاني :

التكييف الشرعي لإشتراطات الواقف

جملة القول في التكييف الشرعي لإشتراطات الواقف هو العبارة التي اتفق عليها الفقهاء والتي تقضي بأن : (شرط الواقف كنص الشارع) . ويلاحظ أن هذا التكييف محل إتفاق بين كل الفقهاء .

تباين الآراء الفقهية في مدلول التكييف :

اختلف الفقهاء في مدلول التكييف الشرعي لإشتراطات الواقف على النحو التالي :

- (1) انظر ، زهدي يكن . الوقف في الشريعة والقانون . مرجع سابق . ص . 50 .
- (2) انظر ، الشيخ محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، مرجع سابق . ص 145 .

-أولاً : رأي الأحناف (1) :الذي خلاصته ان " شرط الواقف كنص الشارع " أي في الفهم والدلالة ووجوب العمل به ، وعندهم ان المفهوم معتبر في شرط الواقف كما يذهب المتأخرون من أصحاب المذهب،وعليه فإن لفظ الواقف يحمل على عادته في خطأ به ولغته التي يتكلم بها سواء وافقت لغة العرب ولغة الشرع أم لا ، ويترتب على ذلك ان كل ما خالف شرط الواقف فهو مخالف للنص ، والحكم به حكم بلا دليل .

ثانيا : رأي المالكية :

يفيد ان شرط الواقف واجب الإلتباع إن كان هذا الشرط جائزا ، بل وحتى لو كان مكروها غير ممنوع ، فإن كان على غير هذه الصفة لم يتبع (2).

ثالثا: رأي الشافعية : (3)

مضمونه ان شرط الواقف يتبع كسائر الشروط المتضمنة للمصلحة ، ويستثنون من ذلك حالة الضرورة ، ويبررون هذا الاستثناء بالقول أن المنع في هذه الحالة يفضي إلى تعطيل الوقف ، وهو أمر مخالف لمصلحة الوقف.

رابعا : رأي الحنابلة : (4)

مؤداه أنه يرجع وجوبا إلى شرط الواقف إذا كان الشرط مباحا غير مكروه ، ولذلك يقررون العمل بشرط الواقف في عدم إيجار الوقف ، وفي قدر المدة ، ويرجع عندهم إلى شرط الواقف في التقديم والتأخير ، وفي الجمع والترتيب وفي التسوية والتفضيل .

تقييم :

إن تحليل آراء الفقهاء السابقة ، يجعلنا نرى ان مدلول قاعدة " شرط الواقف كنص الشارع" يجب ان ينصرف إلى تقرير ان شرط الواقف واجب التنفيذ ما لم يكن حراما أو ذريعة إلى تحقيق الحرام، على أساس ان الواقف مراده القرية ، والقرية لا تتحقق إلا بما هو حلال .

المطلب الثاني :

الشروط العشرة

الفرع الأول

تعريف الشروط العشرة

عبارة الشروط العشرة محدثة الاستعمال ، فلم ترد في كلام الفقهاء ، ولكن استعملت بهذا المعنى منذ أمد بعيد في كتب الواقفين ، وفي فتاوى بعض المتأخرين ، وفي لغة المحاكم ، حتى أصبح مدلولها محددًا منضبطًا ، وصارت كلمة اصطلاحية تأخذ حكم الصحة والجواز (5).

(1) انظر .ابن عابدين ، المرجع السابق ، ص. 426 ، 434 ، 456 .

-د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق .ص. 118 .

(2) الدردير ، الشرح الصغير ، المرجع السابق .ص 119 . -الفرانين الفهية ، المرجع السابق . ص 371 .

(3) محمد ابن أحمد الشرييني ، مغني المحتاج ، المرجع السابق . ص 385 -الشيرازي ، المهذب المرجع السابق . ص 443 .

(4) ابن قدامة ، المرجع السابق . ص 552 .

(5) انظر د. وهبة الزحيلي ، المرجع السابق . ص. 147 .

وما يلاحظ ابتداءً على هذه الشروط العشرة أنها متداخلة ، ذلك أن الإعطاء والحرمان يدخلان في الإخراج والإدخال ، ويدخلان في الزيادة والنقصان ، والإستبدال يدخل في الإبدال.

وتجدر الملاحظة أيضا إلى أنه إذا ذكر بعض هذه الشروط دون الآخر ، فسر الشرط بعمومه ، وإذا اجتمعت خصص كل واحد منها في دائرة محدودة ، مما حدا ببعض الفقهاء إلى القول : ((أنها إذا أفردت جمعت ، وإذا جمعت أفردت)) . (1)

الفرع الثاني :

تحديد الشروط العشرة

الشروط العشرة هي : الزيادة والنقصان ، والإدخال ، والإخراج ، الإعطاء والحرمان الإبدال والإستبدال و أخيرا التغيير والتبديل ، ويلحق بها التفضيل والتخصيص اللذين يمكن إدراجهما مع الإبدال والإستبدال.

أولا : الزيادة والنقصان :

مؤدى هذا الشرط أن الواقف إذا شرط في وقفه مبالغ معينة للمستحقين فليس له أن يزيد فيها أو ينقص منها ، بدون أن يكون قد اشترط ذلك ، و مفعول هذا الشرط لا يقتصر على المرتبات بل يمتد إلى أنصبة المستحقين في الوقف ، ولكنه يتعلق فقط بمقدار الإستحقاق لا بأصله .

ثانيا : الإدخال والإخراج :

يقصد بالإدخال : جعل من ليس مستحقا في الوقف مستحقا فيه ، أما الإخراج فهو حرمان المستحق من استحقاقه في الوقف فيجعله من غير الموقوف عليهم ، ومتى أخرج الواقف البعض أو الجميع بمقتضى الشرط ، سقط استحقاقهم في الوقف وانتقل إلى الفقراء وإذا أخرج مستحقا مدة معينة عمل بالشرط حتى انتهائها (2).

ثالثا : الإعطاء و الحرمان :

الإعطاء معناه : أن يؤثر الواقف بعض المستحقين بالعطاء مدة أو دائما ، أما الحرمان فهو عكس ذلك . والفرق بين شرط الإخراج و شرط الحرمان ، هو أن الحرمان لا يمنع الشخص أن يكون من أهل الوقف ، في حين لا يمنع ذلك الإخراج .

رابعا : الإبدال والإستبدال :

يقصد بالإبدال : إخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها ببيعها ، أما الإستبدال فهو شراء عين أخرى تكون وقفا بدلها (3) .

خامسا : التغيير و التبديل :

لفهم هذين الشرطين يجدر التمييز بين حالتين : حالة أن يذكر هذان الشرطان مع غيرهما من الشروط العشرة ، فهنا يضيق تفسيرهما إلى الحد الذي يكون موضوعهما هو التغيير في مصارف الوقف ، فيجعلها مرتبات بدل أن تكون حصصا ، أو على بعض من الموقوف عليهم بدل أن تكون عامة.

(1) انظر : الإمام محمد أبو زهرة ، المرجع السابق . ص . 159 .

(2) انظر : زهدي يكن ، الوقف في الشريعة و القانون ، مرجع سابق ، ص . 58 .

(3) كان الإستبدال يعني عند الفقهاء بيع الموقوف عقارا كان أو منقولا بال نقد وشراء عين بمال البديل لتكون موقوفة مكان العين التي بيعت ، والمقايضة على عين الوقف بعين أخرى ، ولكن طرأ عرف آخر للمؤلفين من زمن بعيد يعرف الإستبدال بما ذكرنا في صلب الموضوع . - انظر - هبة الزحيلي مرجع سابق . ص 175 .

أما في الحالة الثانية : التي يذكر فيها الشرطان منفردين ، فإنيهما يعلمان عموماً شاملاً فيشملان الإدخال والإخراج ، والزيادة والنقصان ، الإعطاء والحرمان ، والإبدال والإستبدال ، لأن كلمة تغيير تشمل كل تغيير في المصرف ، وكامة تبديل تشمل كل تبديل في الأعيان .

ضرورة مراعاة قواعد أعمال الشروط العشرة

تتحكم في الشروط العشرة قواعد يجب مراعاتها والتقيدها بها ، وهي خمسة قواعد يمكن إيجازها فيما يلي (1) :

أولاً : أن هذه الشروط تتعلق بمصارف الوقف ، وبالأعيان الموقوفة فقط .

ثانياً : أن هذه الشروط لا تثبت إلا للواقف إن اشترطها لنفسه ، ولا تثبت لناظر الوقف كأصل إلا إذا اشترطها الواقف له ، أو إذا كانت مصلحة الوقف تقتضي تدخل الناظر في أعمال أي شرط من تلك الشروط بإذن الجهة المكلفة بالأوقاف كشرط الإستبدال .

ثالثاً : إن من شرطت له الشروط العشرة لا يفعلها إلا مرة واحدة ، إلا إذا اشترط التكرار

رابعاً : إن استعمال الشروط العشرة لا يتعلق بحالة الواقف كونه صحيحاً أو مريضاً .

خامساً : إن الشروط العشرة قابلة للإسقاط (2) ، لأن الأصل في ذلك هو أن تلك الشروط تكيف على أنها حقوق مجردة ، والحقوق المجردة تقبل الإسقاط . وتجدر الملاحظة في الأخير إلى أنه يجب على ناظر الوقف مراعاة هذه الشروط باعتباره وضع لينظر ويتولى إدارة الوقف وفق إرادة الواقف .

موقف القانون الجزائري من إشتراطات الواقف :

نشير في هذا الشأن إلى موقف المشرع وموقف الإجتهد القضائي .

أولاً : موقف المشرع : خلاصة ما ذهب إليه المشرع الجزائري في هذا الموضوع ، هو أنه كان مسائراً و متبنياً ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية و على رأسهم الأحناف . لقد خصص قانون الوقف الفصل الثالث منه لهذا الموضوع ، وحدد ماهية إشتراطات الواقف بالنص عليها في المادة 14 من القانون التي تقضي بأن : ((إشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ، ما لم يرد في الشريعة نهي عنها))

كما حدد في المادة 16 منه طبيعة إشتراطات الواقف المعتبرة ، حيث جعل إعتبارها مرهوناً بمدى منافاتها لمقتضى حكم الوقف ، أو ضررها بمجمله ، أو بمصلحة الموقوف عليه ، وهو المعيار الذي ذهب إليه الفقه و قرره كما لا حظنا سالفاً . و متى لم تتحقق شروط الإعتبار فإن إشتراطات الواقف تكون محلاً للإلغاء من القاضي و على هذا تنص المادة 16 من القانون : ((يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه ، إذا كان منافياً لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم أو ضاراً بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه)) .

(1) انظر محمد أبو زهرة ، مرجع سابق - ص 164 .

(2) هذا في أرجح الأقوال في المذهب الحنفي .

و قد أكد نص المادة 29 من نفس القانون ما ذهب إليه المادة 16 حيث تنص : ((لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية ، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف)) .

و لأهمية إشتراطات الواقف في كونها دستور الوقف ، و تأكيدا لهذا المعنى فقد ذهب المشرع الجزائري إلى التذكير بهذا المعنى و تلك الأهمية في كل مرة يكون التذكير فيها محل وجوب و تأكيد ، و من ذلك نص المادة 45 من قانون الوقف 10/91 السستي تنص : ((تنمي الأملاك الوقفية وتستثمر وفقا لإرادة الواقف و طبقا لمقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف حسب كيفيات تحدد عن طريق التنظيم)) .

و من ذلك أيضا ما أقرته المادة 38 من المرسوم التنفيذي 381/98 التي تنص : ((لا يجوز صرف إيرادات الأوقاف إلا في حدود التخصيص المقرر لها ضمن أحكام هذا المرسوم مع مراعاة شروط الواقف)) .

ثانيا : موقف الاجتهاد القضائي:

إن الاجتهاد القضائي الجزائري كان سابقا قبل صدور قانون الوقف إلى تقرير ما ذهب إليه الفقهاء في موضوع إشتراطات الواقف ، و هذا ما نلمسه من خلال قرارات المحكمة العليا الكثيرة في هذا الموضوع و منها :

-القرار الصادر عن المحكمة العليا في 24-02- 1968 م الذي يقرر القاعده الشرعية التي توجب إحترام إرادة الواقف ، حتى و لو كانت مخالفة لمذهب فقهي معين أخذ برأي مذهب آخر ، و عليه فقد جاء في هذا القرار : ((إذا كانت مبادئ و أحكام الشريعة 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 بطلان ما يترتب عليها من أحكام مخالفة ، و عليه يستوجب نقض القرار الذي يقضي بإبطال عقد الحبس لخروجه عن القواعد المعمول بها في المذهب المالكي ، مخالفا بذلك القاعده الشرعية التي توجب إحترام إرادة المحبس)) . (1)

- القرار الصادر بتاريخ 1968/05/05 م الذي يقرر أن أيلولة الوقف تخضع لإرادة الواقف فقط ، حيث يلص : ((من المقرر فقها و قانونا أنه خلافا للقواعد الإجبارية الجارية على الموارد تخضع أيلولة الحبس مبدئيا لإرادة المحبس)) . (2)

- القرار الصادر بتاريخ 1968/10/23 م الذي يؤكد ما ذهب إليه القرار أعلاه ، و يشير إلى حق الواقف في إستعمال أحد الشروط العشرة المشهورة في الوقف ، حيث ينص القرار : ((إن الإنابة إذا لم توجد في الميراث ، فالأمر عكس ذلك في الحبس ، إذ للمحبس الحرية التامة في تعيين و تفضيل من شاء ، و من ثم يستوجب نقض الحكم الذي قضى بأن الشريعة الإسلامية ترفض الإنابة في مسائل الحبس)) . (3)

- القرار الصادر بتاريخ 1968/11/06 م الذي أيد الحكم المطعون فيه و الذي قضى بصحة الوقف الذي أخرج فيه الواقف الإناث من الإستحقاق ، حيث ينص القرار : ((من المقرر في الشريعة الإسلامية أنه خلافا للقواعد الإجبارية الجارية على الموارد فإن أيلولة الحبس تخضع مبدئيا لإرادة المحبس ، و من ثم فإنه لا يمكن إبطاله على أساس إختيار مؤسسه المذهب الحنفي الذي يسمح بإخراج الإناث بشرط أن يجعل لمن عنده

(1) م . ع . غ . أ . ش 1968/02 /24 ملف رقم 40589 م . ق 1989 . عدد 1 . ص 118 .

(2) م . ع . غ . أ . ش 1968/05/05 ملف رقم 41110 (غير منشور)

(3) م . ع . غ . م 1968/10/23 . م . أ . ج 1 . ص 107 / ن . س 1969 . ص 246 .

الباب الثالث :

آثار الوقف

إن نشوء الوقف صحيحا تترتب عليه آثار عديدة يمكن استعراضها في الفصول الأربعة التالية :

الفصل الأول : إمكانية الرجوع عن الوقف و مدى جواز التصرف فيه بالإستبدال .

الفصل الثاني : إدارة الوقف و إستغلاله .

الفصل الثالث : الإستحقاق في الوقف .

الفصل الرابع : طرق تنمية الوقف .

الفصل الأول:

إمكانية الرجوع عن الوقف ومدى جواز التصرف فيه بالإستبدال

سنعالج في هذا الفصل مسألتين مهمتين هما : مسألة مدى جواز رجوع الواقف عن وقفه وبتناولها في مبحث أول ، ومسألة التصرف في الوقف بالإستبدال ، جوازها وحدودها وبتناولها في مبحث ثاني على النحو التالي :

المبحث الأول :

إمكانية الرجوع عن الوقف

إتخذ الفقه من مسألة الرجوع عن الوقف موقفين ، تبنى القانون الجزائري أحدهما كما سنلاحظ ذلك من خلال المطلبين التاليين .

المطلب الأول :

موقف الفقه من الرجوع عن الوقف

لقد سبق عند الكلام في ماهية الوقف : أن أبا حنيفة يرى أن الأصل في الوقف هو عدم لزومه ، وأنه لا أثر له في العين الموقوفة ، هذه الأخيرة التي تبقى على ملكه مما يبيح له كافة التصرفات التي كان يملكها قبل الوقف ، والأثر الوحيد هو ذلك الذي يظهر في التصديق بالغلة من غير لزوم .

أما الإمام مالك فيذهب إلى أن الوقف لا يؤثر في نفس العين الموقوفة التي تبقى مملوكة للواقف ، إلا أنه يمنع من التصرف فيها تبعا للزوم التصديق بالمنفعة والثمرة . ومذهب الصحابان "أبو يوسف ومحمد" والشافعي وأحمد : أن الوقف يؤثر في العين والمنفعة معا فيخرج العين عن ملك الواقف ويلزمه بالتصدق بالمنفعة ، فلا يملك الرجوع في وقفه أصلا ، وإن كان يثبت له حق التغيير في شرطه ومصارفه إذا شرط ذلك ، وهذا ما فصلناه في موضوع اللزوم (1) . ويرتبط بموضوع اللزوم ارتباطا وثيقا موضوع الرجوع عن الوقف الذي يتلخص كلام الفقهاء فيه في أمرين هما :

الأمر الأول : إن الوقف إذا كان منجزا ، وكان محله مسجدا ، فإنه يكون لازما باتفاق الفقهاء وبالتالي لا يجوز الرجوع فيه بعد تمامه .

الأمر الثاني : إن الوقف إذا كان معاقا على موت الواقف أو كان مضافا إلى الموت ، فإن الفقهاء متفقون على أن الوقف يقع غير لازم في حياة الواقف ، وبالتالي يجوز الرجوع عنه في أي وقت شاء ، فإذا مات الواقف ولم يكن قد رجع عنه لزم الورثة. ذلك أن الوقف في هذه الحالة في حكم الوصية مطلقا، وعليه فإنه يأخذ حكمها من حيث كونها غير لازمة في حياته بحيث يمكنه الرجوع فيها .

(1) انظر بحثنا هذا ص 28

المطلب الثاني :

موقف المشرع والقضاء الجزائريين من الرجوع في الوقف

نتعرض لهذا الموضوع بالتحليل من خلال النقطتين التاليتين :

أولا : تقرير القانون لبطلان الرجوع في الوقف مطلقا.

النص القانوني: ((إذا صح الوقف زال حق الملكية ، ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف و شروطه)) .
ورد هذا النص في المادة 17 الواردة في الفصل الرابع المتعلق "بالتصرف في الوقف" من قانون الوقف، ويستخلص من النص أن الأثر المباشر للتصرف الوقفي الصحيح هو زوال حق ملكية الواقف ، بمعنى زوال كل سلطاته على المال الموقوف التي كانت له قبل إنشاء الوقف، والتي كان له بموجبها أن يتصرف في ماله بكل أنواع التصرفات ، وعليه فإن هذا الأثر المباشر يحول بين الواقف وان يتصرف في المال الموقوف، مما يفيد أنه لا يستطيع الرجوع في وقفه لأنه فقد كل السلطات المنفرعة عن حق الملكية .
ومما يفيد ما سبق ذكره نص المادة 23 من نفس القانون التي تشرح المادة 17 السالفة حيث تقرر أنه: ((لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها)) .
فعدم جواز التصرف الوارد في النص يفيد عدم قدرة الواقف على الرجوع في وقفه بحكم القانون ، ومتى وقع الرجوع كان محلا للبطلان .
والمشرع بتقريره لقاعدة عدم جواز الرجوع في الوقف يعكس الراجح من آراء الفقهاء في هذه المسألة .

جواز الرجوع في الوقف المكيف وصية :

لئن كانت القاعدة هي عدم جواز الرجوع في الوقف مطلقا في القانون الجزائري ، فإن هذا لا يعارض القول بأن الوقف الذي علقه الواقف أو أضافه إلى موته بجوز الرجوع فيه كما قرر ذلك الفقه ، ذلك أن الجواز هنا لم يقرر إلا أن الوقف هنا يأخذ حكم الوصية التي يجوز الرجوع فيها بناء على المادة 192 من قانون الأسرة التي تفيد أنه: ((يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا ...)) غير أن الرجوع هنا لا يكون إلا بتحقيق شرطين هما :

الشرط الأول: أن يتم الرجوع قبل الوفاة : لأنه إذا كان الواقف قد وقف مالا معيناً أثناء حياته ، فإنه إن مات صار الوقف لازماً في حق الورثة في حدود ثلث التركة كأصل وبالتالي لا يجوز الرجوع فيه .

الشرط الثاني : أن يتم الرجوع من طرف الواقف نفسه : لأن الرجوع هنا حق شخصي فلا يكون إلا منه .

ثانياً: أسبقية الاجتهاد القضائي في تقرير مبدأ عدم جواز الرجوع في الوقف:

كان الاجتهاد القضائي سابقاً إلى تقرير بطلان الرجوع في الوقف من طرف الواقف حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1967/03/08 م أنه: ((يستوجب نقض القرار الذي أقر بيع الأموال المحبسة رغم ثبوت سوء نية المشتري وهو ما يتنافى مع أحكام الحبس)) .

أن هذا القرار أكد أن أحكام الوقف تفيد عدم جواز التصرف في العين الموقوفة بأي تصرف تملكي كالبيع مثلاً ، ذلك أن التصرف في الملك الوقفي لا يعني إلا أن الواقف قد أعطى لنفسه حق استعمال سلطاته التي كانت له بحكم ملكيته للمال الموقوف قبل إنشاء

الوقف ، في حين ان هاته السلطات يفترض أنها زالت بمجرد الوقف، وبالتالي فإن قرار المحكمة الصادر في غياب النص آنذاك، الذي يفيد عدم صحة التصرف التملكي للوقف يقرر مبدأ عدم جواز الرجوع في الوقف .

وخلص الموضوع: ان الواقف متى صح وقفه لم يكن له الرجوع فيه مطلقا وبالتالي فإن الملك الوقفي يكتسب مناعة وحصانة تجعل كل تصرف تملكي يكون هو محله باطلا مطلقا.

لكن السؤال المطروح : هل قاعدة عدم جواز التصرف في الوقف سواء من الواقف أو غيره مطلقة أم يرد عليها ما يجوزها ؟ هذا ما نحاله فيما يلي :

المبحث الثاني :

مدى جواز التصرف بالإستبدال في الوقف

الإستبدال من الشروط العشرة المهمة ، حيث يستقل بأحوال و أحكام خاصة ، لأنه يتعلق ببقاء الوقف ، وبقاء الوقف يعني بقاء أعيانه، والإستبدال باعتباره أحد طرق هذا البقاء يعني : بيع عين الوقف ، وشراء عين أخرى لتكون وقفا بدل العين التي بيعت (1) . وللوقوف على حقيقة هذا التصرف وحدوده نقسم هذا المبحث إلى مطلبين يتعلق الأول برأي الفقه في الموضوع ، ويتعلق الثاني بموقف القانون الجزائري على النحو التالي :

المطلب الأول :

رأي الفقه في الإستبدال

إستثناء الإستبدال من قاعدة بطلان التصرف في الوقف :

أجاز الفقهاء إستبدال الوقف للضرورة بشروط وقيود وتفصيلات مختلفة لديهم نحاول أن نستظهرها في مختلف المذاهب.

المذهب المالكي : (2) يميز في موضوع الإستبدال بين فروض ثلاث :

الأول : المساجد: التي يكون حكم الإستبدال فيها هو البطلان، وهو محل إجماع بين الفقهاء.

الثاني : العقار: الذي يكون الأصل في استبداله عدم الإباحة إلا لضرورة تتعلق بمصلحة كتوسعة مسجد أو طريق أو مقبرة .

القسم الثالث : المنقول :

وحكم الإستبدال فيه هو الجواز ، ويصرف الثمن في شئى مثله ، فإن لم تصل قيمته إلى شراء شئى كامل جعلت في نصيب من مثله.

المذهب الحنفي : إن الإستبدال عند الحنفية أنواع ثلاثة (3):

(1) يجب التفرقة بين الإستبدال والإبدال هذا الأخير الذي يعني بيع العين الموقوفة بثمن من النقود وبعين أخرى وعليه فإن الإستبدال لا يكون إلا بعين مقابل عين أخرى ، أما الإبدال فيكون أما بعين ، أو بنقود - أنظر - أحمد إبراهيم بك ، الوقف ، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، دون رقم وسنة الطبع ، ص 147 .

(2) أنظر ابن جزى ، القوانين الفقهية ، المرجع السابق ، ص 371 - الدردير ، الشرح الصغير ، المرجع السابق ، ص 99 وما بعدها . - الدردير ، الشرح الكبير ، ص 1 وما بعدها .

(3) أنظر ابن عابدين ، المرجع السابق ، ص 406-419 وما بعدها . - د. وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 219 .

النوع الأول : أن يشترطه الواقف لنفسه أو لغيره ، وحكمه في هاتيه الحالة الجواز .
النوع الثاني : أن لا يشترطه الواقف ؛ بأن شرط عدمه أو سكت عنه ، ولكن أصبح الموقوف غير قابل للإنتفاع به كلية ، فإن حكمه هنا يكون الجواز إذا لم يكن مسجدا ، ولكن بشروط محددة .
النوع الثالث : أن لا يشترطه الواقف أيضا ، ولكن فيه نفع بالجملة ، وبدله خير منه ريعا ونفعا ، وحكمه عدم الجواز .

شروط الإستبدال عند الحنفية : إذا تعلق الأمر بوقف محله عقار من غير المسجد .
فالمقرر والمعتمد عندهم أنه يجوز للقاضي الإستبدال به للضرورة بدون إشتراط الواقف متى توافرت شروط ستة هي (1) :

- 1- أن يخرج الموقوف عن الإنتفاع به بالكلية ؛ أي يصبح عديم المنفعة .
 - 2- أن لا يكون هناك ريع للوقف يعمر به .
 - 3- أن لا يكون البيع بغبن فاحش .
 - 4- أن يكون المستبدل قاضي الجنة ؛ وهو ذو العلم والعمل ، لئلا يؤدي الإستبدال إلى إبطال أوقاف المسلمين ، كما هو الغالب في الزمن الأخير .
 - 5- أن يستبدل به عقارا لا دراهم ودنانير ، لئلا يأكلها النظار ، ولأنه قل أن يشتري بها الناظر بدلا ، وأجاز بعضهم الإستبدال به مادام المستبدل قاضي الجنة .
 - 6- ألا يبيعه القاضي لمن لا تقبل شهادته له ، ولا لمن له عليه دين خشية التهمة والمحاباة .
- فإذا لم تتوافر هذه الشروط كان بيع الوقف باطلا لا فاسدا ، وإذا صح بيع الحاكم بطل وقفية ما باعه ، ويبقى الباقي على ما كان .

المذهب الشافعي : يمكن تحديد موقف الشافعية هنا في مسألتين :

الأولى : تتعلق بالمسجد ؛ حيث يرى المذهب عدم جواز الإستبدال مطلقا ولو تخرب .
أما الثانية فتتعلق بالعقار الذي انقسم فيه الرأي بين المنع والجواز (2) . وما يلاحظ على هذا المذهب أنه تشدد في منع الإستبدال ولو كانت غلة الوقف أو ريعه نذرا ، وحتى ولو كان هناك إذن من القضاء ، بل عبارة بعضهم : (لا يباع موقوف وان خرب) تمنع الإستبدال مطلقا .

المذهب الحنبلي : تساهل أصحاب هذا المذهب (3) في موضوع الإستبدال إلى درجة القول أنهم ساروا بخطوات أوسع من المذهب المالكي ، ويمكن ملاحظة ذلك في النقاط التالية :

أولا : بالنسبة للمسجد ؛ تساهل المذهب يظهر جليا في هذه النقطة ، حيث يجيز بيع المسجد إذا صار غير صالح للغاية المقصودة منه ، وقد برر ابن عقيل الإستبدال هنا وفي غير هذا الموضوع بالقول : ((الوقف مؤبد ، فإن لم يمكن تأييده على وجه تخصيصه إستقبيلنا

(1) د. وهبة الزحيلي ، مرجع سابق . ص 221 . - محمد أبو زهرة ، المرجع السابق . ص 174 .

(2) راجع : محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 174 .

(3) انظر : ابن قدامة ، المغني ، المرجع السابق . ص 575 - 579 . - د. وهبة الزحيلي ، المرجع السابق .

الغرض و هو الإنتفاع على الدوام في عين أخرى، و إيصال الأبدال جرى مجرى الأعيان و جمودنا على العين مع تعطّلها تضييع للغرض (((1) .

ثانياً : بالنسبة لمحل الوقف من غير المساجد : يقرر المذهب أنه إذا لم تتعطل مصلحة الوقف بالكلية لكن قلت و كان غيره أنفع منه وأكثر فائدة على أهل الوقف ، لم يجز الإستبدال ، لأن الأصل تحريم البيع هنا ، وإنما أبيع للضرورة، صيانة لمقصود الوقف عن الضياع ، مع إمكان تحصيله ، و إمكان الإنتفاع به و إن قل النفع .

تقييم الآراء السابقة :

من خلال تحليل آراء فقهاء المذاهب الأربعة في مسألة الإستبدال وشروطه نرى أنه من الضروري إعمال معيارين أساسيين لاستعمال رخصة الإستبدال في الوقف هما : الضرورة والمصلحة ، ذلك ان إعمال معيار الضرورة يحقق لنا مصلحة الوقف من حيث ضمان بقائه . أما معيار المصلحة الراجحة فيحقق لنا منفعة الموقوف عليه ، وخاصة إذا علمنا ان هدف الواقف هو التقرب ما دام الوقف دائماً يكون صدقة جارية ، فإعمال المعيارين السالفين مجتمعين جدير بتحقيق إرادة الواقف الحقيقية حتى ولو كان ذلك على حساب إرادته الظاهرة التي تمنع الإستبدال ، على أساس ان الأمور بمقاصدها، وأنه حيث ما كانت المصلحة فثم شرع الله ، ولعل هذه الحقيقة نتبينها من خلال التطرق لمسألة استثمار الوقف التي نراها لاحقاً .

المطلب الثاني

الوضع القانوني للإستبدال في الوقف

الجواز المشروط للتصرف في الوقف بالإستبدال:

إن قانون الوقف ، و على غرار رأي الفقهاء ، يقرر أن الأصل هو عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأي صفة من صفات التصرف، سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل كما سبق في المادة 23 من قانون الوقف ، و هو في تقريره لهذا الأصل قد راعى طبيعة الوقف التي يقتضيها ، من أجل تحقيق الأهداف التي من أجلها شرع الوقف ، إلا أن المشرع الجزائري قد أورد على ذلك الأصل استثناء قرر أيضاً لأجل المقاصد التي تترجى من تقرير الأصل ، ذلك ان الوقف مؤيد فإن أمكن تأييده على وجه تخصيصه استقبلي الغرض و هو الإنتفاع على الدوام في عين أخرى، لأن الجمود على العين مع تعطلها تضييع للغرض ، ولأجل ذلك قرر الاستثناء المتعلق بتعويض أو إستبدال العين الموقوفة بملك آخر يحل محلها ، و في هذا الصدد تنص المادة 24 من قانون الأوقاف : ((لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر إلا في الحالات التالية :

- حالة تعرضه للضياع أو الإندثار .
 - حالة فقدان الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه .
 - حالة ضرورة عامة؛ كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام، في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية .
 - حالة إنعدام المنفعة في العقار الموقوف و إنتفاء إتيانه بنفع قط . شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلاً أو أفضل منه .
- تثبت الحالات المبينة أعلاه بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة و الخبرة)) (2) .

(1) أنظر: محمد أبو زهرة، المرجع السابق ، ص 177

(2) لقد قرر الإستبدال كاستثناء من قبل في المرسوم 283/54 المؤرخ في 17 سبتمبر 1964 والمنضمين نظام الأملاك الحيسية العامة وبالضبط في المادة 06 التي تنص : ((في حالة تلاشي ملك محبس يجوز تعويضه بملك آخر من صنغه الشرعي مع مراعاة المبدأ الجبسي والمنافع التي يجب الحصول عليها))

و ما نستنتج من تحليل المادة السابقة هو :

- 1- أن المشرع الجزائري أقر الاستبدال كاستثناء من أصل عدم جواز التصرف في الملك الوقي .
- 2- أن السلطة الوصية على الأوقاف هي الوحيدة المخولة قانوناً تقرير وجود تلك الحالات المبررة للاستبدال، وذلك عن طريق المعاينة و الخبرة .
- 3- أن المساجد تعتبر من الأموال التي قد تكون محلاً للاستبدال لعدم وجود قرينة تقرر غير ذلك وهنا يلاحظ أن المشرع قرر خلاف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في هذه المسألة.
- 4- بالنظر إلى المادة 26 مكرر 03 من قانون الأوقف المعدل والمتمم فإنه يمكن إدماج الأراضي الفلاحية الوقفية المجاورة للتجمعات السكانية ضمن الأراضي العمرانية مع إعمال شروط الاستبدال .

مؤاخذات على نص المادة 24 من قانون الأوقف :

- إن النص القانوني الذي تناول مسألة الاستبدال في الأوقف تسجل عليه عدة نقائص تتعلق بمايلي :
- 1- إن النص لم يشر إلى أنه من الحالات التي يجوز فيها الاستبدال حالة اشتراط الأوقف ذلك ، لأن الأوقف تحكمه اشتراطات الأوقف في الأصل ، و شرط الاستبدال من الأشرط المعترف بها في الشريعة الإسلامية ، وفي عرف الواقفين ، وعليه كان الأجدر إن يشير النص إلى هذه الحالة .
 - 2- إن النص اغفل قضية وجوب الشكالية والإشهار للأوقف الجديد ، ذلك أن أموال البديل كالأثمن والتعويض و مقابل نزع الملكية للمنفعة العمومية ، تحل بحكم القانون حلاً ولا عينياً (1) محل العين الموقوفة كما تقيد المادة 220 من قانون الأسرة التي تنص : ((يبقى الحبس قائماً مهما طرأ على الشيء المحبس تغيير في طبيعته ، وإذا نتج عن التغيير تعويض ينزل منزلة الحبس)) وعليه فما يشتري بأموال البديل من عقار أو منقول يحل أيضاً بحكم القانون محل أموال البديل ، ويصبح موقوفاً بمجرد الشراء ، على أساس أن العين التي وقفت ابتداءً قد خضعت لمركز قانوني خاص ، يقضي بعدم جواز التصرف فيها وبصرف غلتها لجهة معينة إذ أنها خصصت لغرض معين ، ومن ثم فإن العين التي تشتري بدلها تحل بحكم القانون محلها حلولا عينياً ، فتصبح وقفاً على نفس الجهة ، وأنه بمجرد شراء البديل يكون وقفاً (2) ، ولكن من أجل الاحتياط واحتراماً للقواعد الفنية في السجل العقاري نرى ضرورة وقفه بصيغة جديدة لا تختلف عن الأولى حتى لا ينقضه من لا يرى وقفته بمجرد الشراء .
 - 3- إن من أهم المشاكل الواقعية التي تواجهها الأملاك الوقفية هي مشكلة السندات التي تثبت وقفيتها، مما جعلها محلاً للنهب والغصب ، ولذلك ولاجل حل هذه المشكلة لا نرى بأساً من إعمال الاستبدال إذا جحد الغاصب الأوقف ولم توجد بينة على الأوقف أراد الغاصب دفع القيمة فللناظر أخذها ليشتري بها بدلاً ، وهو أمر له سند في الفقه الإسلامي .
 - 4- إننا نلاحظ أنه بالنظر إلى حكمة الأوقف فإنه لا يوجد ما يمنع إعمال الاستبدال متى رغب إنسان ببديل أكثر غلة ، واحسن مكاناً إذا كان تقرير الخبرة يؤكد ذلك وبالتالي فإن هذا الأمر يدرج ضمن الحالات التي يجوز فيها الاستبدال مراعاة لحكمة الأوقف .

(1) الحلول العيني بوجه عام، يكون بخروج مال من ذمة شخص و دخول مال آخر في نفس الذمة بدلاً من المال الذي خرج، فيحل المال الجديد محل المال القديم ، و يسري عليه نفس النظام القانوني الذي كان سارياً على المال القديم .

(2) وقد قيل في هذه المسألة أيضاً أن مال البديل إنما يخضع للقواعد الخاصة التي كان يخضع لها المال المبدل ، لا لأنه حل محله، بل لمجرد أنه مملوك للأوقف، إذ الأوقف شخص معنوي . انظر د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني . حق الملكية . ج 8 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت 1967 . ص 266 .

5- أن الفقرة الأولى من المادة 24 السائفة تثير تساؤلات عدة : حيث أن تعرض المال الوقفي للضياع والإندثار حسب المسألة يكون سببا مبررا للإستبدال وهو ما يدعو إلى التساؤل: إلى أي حد يكون هذا السبب مبررا للإستبدال ؟ ذلك أن الأمر يجب أن يطرح بعمق أكثر، فنلاحظ سبب الضياع ، ثم مدى القدرة على إصلاح هذا المال الضائع فإذا حدث وكانت سوء النية وراء الإهمال الذي أدى إلى الإندثار من أجل أن يكون ذلك مبررا للإستبدال لأغراض المضاربة، فإن الأمر هنا يجب الوقوف عنده برفض الإستبدال ولا بد من التحقيق في ذلك .

وإذا كان هذا الإندثار من شأنه أن يصلح وأن يرجع المال الوقفي إلى أصله بأن يوجد ربح للوقف يعمر به فإن هذا أمر يدعو إلى التريث في الإستبدال، على أساس أنه يجب أن نضع في أذهاننا أن أساس فتح باب الإستبدال هو الضرورة أولا ، ثم المصلحة الراجحة ثانيا.

والخلاصة في هذا الموضوع أن الإستبدال في الوقف الأصل فيه عدم الجواز ، ولكن لإعتبارات الضرورة والمصلحة أقر الشرع وكذا القانون هذا النوع من التصرفات في حدود ضيقة وبشروط خاصة.

الفصل الثاني :

إدارة واستغلال الوقف

كان الوقف في بادئ عهده يدار من قبل الواقفين أنفسهم ، أو ممن ينصبونهم للإشراف على الوقف و إدارته مجاناً و احتساباً، أو بأجر و راتب دون تدخل من الدولة ، إلا في الحالة التي يكون فيها الواقف من الخلفاء أو الأمراء أو الولاة . و لما زاد الوقف اتساعاً في العهد الأموي ، و تطورت الحياة في المجتمعات الإسلامية ، إقتضى الحال إنشاء تشكيلات إدارية و قيام أجهزة معينة للإشراف عليه ، و قد تولى جميع ذلك في حواضر العالم الإسلامي قضاة متخصصون ، قاموا بالإشراف على الوقف بأنفسهم و محاسبته النظار و القيمين عليه ، و التحقيق معهم ، و اتخاذ الإجراءات التأديبية و العقابية بحق المقصرين أو المسيئين منهم ، أو المستغلين لمناصبهم .

و بمرور الزمن توالى التنظيمات الإدارية و تسابعت بعدها القوانين الصارمة و المنظمة لشؤون الأوقاف الخيرية و الأهلية و المحددة لأساليب إدارتها و الإفادة منها ، و لا يزال الكثير من هذه الضوابط و القوانين معمولاً بها حتى يومنا هذا في كثير من وزارات الأوقاف في البلدان الإسلامية ، و منها الجزائر التي نظمت الأوقاف و حددت كل جوانبها من خلال القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف ، و المرسوم التنفيذي 381/98 الخاص بتحديد شروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها .

لقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 381 /98 كيفية إدارة الأملاك الوقفية تطبيقاً للمادة 33 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف ، حيث يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بفكرة الإشراف المركزي على الأملاك الوقفية ، من خلال إحداث لجنة للأوقاف لسدى الوزير المكلف بالشؤون الدينية تعمد إلى تولي إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها مع إعطاء الهيئات اللامركزية للوزارة - المتمثلة في نظارات الشؤون الدينية على مستوى الولايات - مهمة السهر على تسيير تلك الأملاك الوقفية، و حمايتها و البحث عنها و جردها و توثيقها ، من خلال إشراف ناظر الشؤون الدينية على وكيل الأوقاف في إطار مقاطعته الإدارية .

إن وكيل الأوقاف بحكم منصبه ملزم بمراقبة مواقع الملك الوقفي، و متابعة أعمال نظار الأملاك الوقفية الذين يمثلون المحور المركزي الذي تدور حوله كل عملية خاصة بالوقف ، و لأجل دورهم الهام و الخطير في أن واحد ، عمد المشرع من خلال مرسوم 98-381 إلى التفصيل في موضوع نظارة الأملاك الوقفية وإلى التطرق إلى مسألة إستغلال الأوقاف ، و على هذا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين :

المبحث الأول : إدارة الوقف.

المبحث الثاني : إستغلال الوقف.

و نبدأ بالمبحث الأول كالتالي :

المبحث الأول :

إدارة الوقف

إن إدارة الوقف تقتضي الحديث عن كل جوانب موضوع الولاية أو النظارة على الوقف، ولذا سنتناول المبحث في مطلبين: يتعلق الأول بمفهوم الولاية على الوقف ويتعلق المطلب الثاني بنظام الولاية على الوقف بصفة عامة.

المطلب الأول:

مفهوم الولاية على الوقف :

و نتناول فيه التعريف و الثبوت، ثم الشروط

الفرع الأول :

تعريف الولاية على الوقف

الأموال الموقوفة كغيرها من الأموال التي تحتاج بصفة عامة إلى من يقوم بحفظها و يدير شؤونها، من إستغلال و عمارة و صرف ريعها على مستحقيها ، ذلك أنها لو تركت من غير رعاية لم يتحقق غرضها المقصود منها و هو: أن تكون صدقة جارية، و لتسارع الخراب إليها، لذلك جعلت الشريعة و القانون نظام الولاية على الوقف حقا مقرررا لا يجوز أن يوجد وقف من غير ولاية قائمة، تتصرف في الوقف بالمصلحة و تحفظ أمواله بالأمانة، و توزعها على أصحابها بالعدالة ، تسمى في عرف الفقهاء: بالنظر على الوقف .

و الولاية على الوقف : ما هي إلا عبارة عن سلطة شرعية، تجعل لمن تثبت له القدرة على وضع يده عليه و إدارة شؤونه؛ من إستغلال و عمارة، و صرف الربح إلى المستحقين (1) و من تثبت له هذه الولاية يسمى بالناظر أو القيم أو المتولي .

ولقد عرفها القانون الجزائري في المادة 07 من المرسوم التنفيذي 381/98 بقوله: ((يقصد بنظارة الوقف في صلب هذا النص ما يأتي :

(أ) : التسيير المباشر للمالك الوقفي . (ب) : رعايته . (ج) : عمارته . (د) : إستغلاله .
(هـ) : حفظه . (و) : حمايته)) .

و يقصد المشرع الجزائري بعمارة الوقف: صيانة الملك الوقفي و ترميمه ، و إعادة بناء الملك الوقفي عند الإقتضاء، و أخيرا إستصلاح الأراضي الوقفية و زراعتها بغرس الفسيل و غيره .

الفرع الثاني

طبيعة من تثبت له ولاية الوقف :

تعرض الفقهاء لهذا الموضوع على النحو التالي:

المذهب الحنفي : يرى أن الولاية تثبت أصلا للواقف ، وإلا فلن اشترطت له ، أو للقاضي إذا مات الواقف ولم يتبين أمر الولاية (2).

(1) أنظر محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 398 .
(2) أحمد علي الخطيب ، المرجع السابق ، ص 160 - أنظر السرخسي ، (شمس الدين محمد بن أحمد أبي بكر السرخسي)، المبسوط - ج 12 ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ص 44 .

أما المذهب المالكي :

الذي يشترط الحيابة لصحة الوقف ، فإنه يرى ان الولاية تكون للواقف ما لم تتعارض مع شرط الحيابة، وإلا فإنها تثبت لمن شرطت له، أما إذا مات الواقف وأغفل أمر الولاية فإنها تكون للقاضي إذا كان الوقف على غير معين ، وإذا كان الوقف على معين فالولاية تكون على هذا المعين (1).

ويرى المذهب الشافعي :

أن الولاية تكون للواقف متى شرط ذلك لنفسه وإلا لمن شرطت له عند إنشاء الوقف أما إذا لم يشترطها الواقف لنفسه ولا لغيره فإن الراجح هو ان الولاية تكون للقاضي (2) .

ويذهب المذهب الحنبلي: إلى تقرير أن الولاية تثبت في الأصل لمن شرطت له سواء كان الواقف أو غيره أما إذا لم يجعل الواقف النظر لأحد فإن الولاية تكون للموقوف عليه ان كان آدميا معيناً، ولكل واحد على حصته ان كان الموقوف عليه جمعا محصوراً، وان كان فاقد الأهلية أو ناقصها فالولاية للولي ، وإذا كان الموقوف عليه غير محصور فالحنابلة يقررون ان الولاية تكون للحاكم أو نائبه.

مناقشة وترجيح :

الراجح من آراء الفقهاء في هذه المسألة أنهم ينطلقون من خلفياتهم ونظرتهم للوقف ابتداءً من حيث لزومه أو عدم لزومه، أو من حيث مدى اشتراط الحيابة ، ومن خلال ما ناقشناه سابقاً في هذه المسائل فإننا نرى ان أصوب الآراء ما قال به الشافعية والأحناف دون الإنقاص من قيمة سائر الآراء الفقهية الأخرى التي يمكن الإستفادة منها في مسألة طبيعة الناظر في حالة عدم تبين أمر الولاية .

سداد الحكم القانوني الخاص بثبوت الولاية

لقد أحسن المشرع الجزائري تناول مسألة الولاية على الوقف ، حيث كان حاسماً في النقاط التي كانت محل خلاف في الفقه ، كما كان واضحاً على العموم في ما قرره في هذا الشأن ، فقد قررت المادة 16 من المرسوم التنفيذي 381/98 ان النظارة لا تثبت لشخص إلا لكونه من ضمن مايلي :

أولاً - الواقف، أو من نص عليه عقد الوقف .
ثانياً- الموقوف عليهم، أو من يختارونه إذا كانوا معينين محصورين راشدين .
ثالثاً- ولي الموقوف عليهم؛ إذا كانوا معينين محصورين غير راشدين .
رابعاً- كل شخص من أهل الخير والصالح لم يطلب النظارة لنفسه ، إذا كان الموقوف عليه غير معين، أو معيناً غير محصور، وغير راشد ولا ولي له.
ويلاحظ على هذه المادة مايلي :

1- أنها جاءت وافية من حيث إستيعابها على العموم لكل الاحتمالات التي يمكن ان تكون عليها ولاية الوقف .

2- أنه يجب ان يفهم الترتيب على أنه مقصود لذاته بحيث لا يمكن انتقال من طائفة مقصودة بالولاية إلى طائفة أخرى إلا لتحقق مانع في الأولى ، وبالتالي فإن الترتيب هنا يكون إلزامياً .

3- ان المؤهلين لتولي الوقف لا يشترط كونهم من ضمن من ذكرتهم المادة 16 أعلاه فقط، بل يضاف إلى ذلك وجوب توافر أوصاف فيهم ذكرتها المادتان 16 ، 17 من نفس المرسوم تتعلق بالإسلام ، والرشد وسلامة العقل ، والبدن ، والعدل والأمانة .

(1) أنظر: الدردير، الشرح الصغير ، المرجع السابق . ص 276 .

- محمد أبو زهرة، المرجع السابق. ص 342

(2) أنظر: الشيخ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق . ص 343 ، 344 .

4- ان مضمون هذه المادة يتعلق بالنظرية على الوقف مطلقا، سواء كان الأمر يتعلق بالناظر في الوقف العام ، أو بالمعتمد في الوقف الخاص، وبمعنى آخر فإن النظرية لا تثبت لأهلها إلا بطريقتين هما : التحيين إذا تعاق الأمر بالناظر في الوقف العام ، أو بطريق الإعتداف في حالة الناظر في الوقف الخاص.

5- ومع ذلك يعاب على مضمون هذه المادة مايلي :

أ- بالنسبة لولاية الواقف على وقفه، نرى ضرورة عدم إطلاقها إلا بتحقيق جملة من الشروط هي :

1- إذا شرطها الواقف لنفسه ، فتكون الولاية هنا بالشرط ، وهي أمر جائز شرعا وسائغ من ناحية الواقع .

2- إذا أوتمن الواقف على الوقف ، والمقصود هنا هو حصول الأمن على الوقف من ان يطول الأمر فينسى الواقف، أو يفلس فيتصرف فيه لنفسه أو يموت فيتصرف فيه ورثته .

ب- في حالة تعذر إيجاد شخص من أهل الخير والصالح إذا كان الموقوف عليه غير معين أو معين غير محصور وغير راشد، ولا ولي له، فإن نص المادة لم يشر في هذه الحالة لمن تؤول الولاية ؟ ونحن نرى ضرورة ان يشير النص إلى الهيئات التابعة للنظرية الشؤون الدينية في محل وجود المال الموقوف إلى حين إيجاد ناظر وفق ما ينص عليه القانون .

المطلب الثاني :

نظام الولاية على الوقف

أهم المسائل المطروحة في هذا الشأن تتعلق بصفة ومركز ناظر الوقف ، وكذا مهامه ، و أخيرا محاسبة الناظر وعزله.

الفرع الأول :

طبيعة ناظر الوقف :

أولا : الناظر أمين ومسؤول :

أجمع الفقهاء على أن يد الناظر يد أمانة ، فهو أمين على ما تحت يده من أموال الوقف (1) ، سواء أكانت تلك الأموال بدل أعيان الوقف ، أو كانت مدخرا من للعمارة والإصلاح ، أم مالا للمستحقين لم يوزعه عليهم ، لعدم مجيء وقت التوزيع.

ويترتب على ما سبق عدم نفي المسؤولية أو الضمان عنه متى كان متعديا ومقصرا في الحفظ، وفي كل تصرف لا يجوز له ، ويترتب عليه غرم مالي للوقف، ومن المسائل التي ذكرها الفقهاء والتي يضمن فيها الناظر مايلي :

- 1- إذا قصر في حفظ الخلة .
 - 2- إذا امتنع عن إعطائها للمستحقين بدون مسوغ شرعي، و هلكت .
 - 3- إذا صرف الربيع في شؤون نفسه، أو على غير المستحقين .
 - 4- إذا قصر في مطالبة المستأجرين حتى انقضى الدين بمرور الزمان، أو بإفلاسهم.
- إذن، ناظر الوقف موظف أمين على ما تحت يده، يسأل على أساس أمانته متى قصر أو تعدى .

ثانيا : مركز الناظر :

لا يختلف الفقهاء في أن الناظر بمثابة الوكيل أو النائب عن غيره على أمر معين ولكن الخلاف يكمن في طبيعة هذا الغير، هل هو الفقراء المستحقون، أم الواقف أم القاضي؟

(1) أنظر: الشيخ محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 397 .

فالإمام محمد بن الحسن يرى أن الناظر هو بمثابة نائب عن الفقراء و المستحقين للوقف على أساس أنه يقام للنظر في مصالحهم (1)، أما الإمام أبو يوسف؛ فإن الناظر عنده بمثابة النائب عن من أقامه ، سواء أقامه الواقف أو القاضي (2) .

تقييم :

الحقيقة ان كل رأي فقهي في المسألة له أساسه القائم والوجيه ، لكن يمكن ملاحظة ان الناظر هنا يجمع بين مصدرين للوكالة: الموقوف عليهم ، والواقف، وهذا ما يجعلنا نرى ان وكالة الناظر وكالة من نوع خاص، حيث يعين من الواقف أو القاضي ولكن لمصلحة طرف آخر هو الموقوف عليهم ، وفي رأينا ان الخروج من هذا الإشكال هو اعتماد فكرة وكالة الناظر على الوقف في حد ذاته باعتباره شخصا معنويا كما رأينا في خصائص الوقف.

طبيعة الناظر توجب شروطا قاسية: يتبوأ الناظر مركز الوكيل الأمين الذي يخضع للمساءلة، وهو بهذا في مركز حساس يترتب عنه ان يتحلى بشروط معينة جعلها الفقهاء مناط النظرارة، وهي شروط قاسية تكافئ المركز المقصود وهذه الشروط هي (3):

1- العدالة الظاهرة : ويقصد بها :التزام الأمور و اجتناب المحظورات الشرعية. وهذا الشرط وان كان محل اتفاق في تقريره ، فإنه محل اختلاف فقهي في مداه بين من يرى أنه شرط أولية لا شرط صحة وهو قول الأحناف ، وبين من يرى أنه شرط صحة مطلقا وهو قول الشافعية، إلا أن الحنابلة يميزون في هذه المسألة بين ما إذا كان الناظر هو الموقوف عليهم جميعا فهنا يسقط الشرط ، وبين ما إذا كانت النظرارة لغير الموقوف عليهم فهنا تصبح العدالة شرط صحة .

2- الكفاية : وتعني قوة الشخص و قدرته على التصرف فيما هو ناظر عليه ، فإذا انعدم هذا الشرط زالت الولاية عن ناظر الوقف .

3- الإسلام : يقرر هذا الشرط متى كان الموقوف عليه مسلما ، أو كانت الجهة جهة خير وبر ، إلا ان الأحناف قالوا بصحة نظارة غير المسلم متى كان بالغا عاقلا، أمينا قادرا على إدارة شؤون الوقف ، ويستوي عندهم الذكر والأنثى .

الطبيعة القانونية لناظر الوقف: ان القانون الجزائري من حيث المبدأ يقرر ان ناظر الوقف أمين على ما تحت يده من أموال الوقف ، سواء كانت عين الوقف أو ريعها وما للمستحقين فيها ، وهذا كله على أساس أنه وكيل في الحالة العامة على الموقوف عليهم . وهذه الوكالة ما هي إلا عقد من عقود الأمانة .

ان نص المادة 13 /ف2 من المرسوم التنفيذي 381/98 تؤكد ما سبق ذكره بوضوح حيث تقرر في سياق الحديث عن وظيفة الناظر ان من مهامه : ((...السهر على العين الموقوفة ويكون بذلك وكيلاً على الموقوف عليهم وضامناً لكل تقصير...)). وما يلاحظ على هذا النص ان :

1- ناظر الوقف لا يكون وكيلاً على الواقف ، ولا على السلطة المكلفة بالأوقاف، بل يكون وكيلاً على الموقوف عليهم المستحقين ،على أساس أنهم يقام للنظر في مصالحهم ، ولكن التساؤل الذي يطرح : ما هو مركزه إذا كانت توليته بشرط الواقف ، هل يكون وكيلاً عن الواقف أم عن الموقوف عليهم ؟

(1) ،(2) أنظر: محمد أبو زهرة ، المرجع السابق . ص 397 .
(3) راجع في الموضوع : د . وهبة الزحيني ، مرجع سابق ص 232 . الشيخ محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ص 354 ، 356 .

إن نص المادة 13/ف2 المذكور سالفًا يجب أن لا يخالف مضمون نصوص قانون الوقف التي تشير صراحة إلى أن تنظيم الوقف لا يكون إلا وفق إشتراطات الواقف المعتبرة ونصوص القانون فيما لم تتضمنه تلك الإشتراطات، وعليه فإنه في هذه الحالة يمكن أن يكون الناظر وكيلًا عن الواقف الحي الذي اشترط التولية لغيره، وعليه نرى ضرورة إدراج هذه الحالة في المرسوم السابق الذي يشتمل هذا النوع من المسائل، لأن هذا الأمر يترتب عليه مسألة مساءلة ناظر الوقف .

والتساؤل الآخر الذي يطرح هو : ما مركز ناظر الوقف إذا تعلق الأمر بموقوف عليهم غير معينين وغير محصورين، أو معينين غير محصورين؟ بمعنى على من يكون وكيلًا؟ الأكد أنه لن يكون وكيلًا على غير معين، ولذلك نرى أن الحل هنا لا يمكن أن يخرج عن أحد أمرين .

إما أن يكون وكيلًا على الواقف إذا عينه بشرطه؛ أو يكون وكيلًا عن السلطة المكلفة بالأوقاف لأنها عينته، وضرورة وجود هذا الحل تقتضيه فكرة المسؤولية الخاصة بناظر الوقف .

2- أن ناظر الوقف يمكن مساءلته عن أي تقصير في أداء مهامه المنوطة به، ويفهم من نص المادة 13 السالفة الذكر أن المساءلة لا تكون إلا من الموقوف عليهم، وهنا نسجل من خلال تصفحنا للمرسوم التنفيذي 381/98 ما يجعلنا نميز في مسألة مساءلة الناظر بين حالتين :

- أ- الموقوف عليهم .
- ب- الواقف أن اشترط ذلك .
- ج- السلطة المكلفة بالأوقاف .

الحالة الثانية : إذا تعلق الأمر بوقف عام فإن المساءلة لا تكون إلا من السلطة المكلفة بالأوقاف باعتبار أن من يملك التعيين يملك المساءلة .

وما يلاحظ على الحالة الأولى: أن المشرع الجزائري جعل مركز الناظر هو الوكالة على الغير، والغير هنا هو الموقوف عليهم، والواقف والسلطة المكلفة بالأوقاف . فالناظر وكيل على الموقوف عليهم لأنه يقام للنظر على مصالحهم، وهو وكيل على الواقف أن اشترط هذا الأخير ذلك، وهو وكيل على السلطة المكلفة بالأوقاف على أساس اعتمادها له للنظارة، كما نلاحظ أنه كلما تعدد أطراف المساءلة كانت الرقابة على تنفيذ الوظائف وحسن أدائها في مستوى المقاصد المرجوة من الوقف .

أما بالنسبة للحالة الثانية: فإنه وكما ذكرنا سابقًا يجب أن تدرج حالة مساءلة الناظر من قبل الواقف نفسه أن اشترط ذلك، والمساءلة هنا لا تكون على أساس التعيين، بل على أساس شرط الواقف الذي يجب احترامه وتنفيذه .

توافق الشروط القانونية للناظر مع طبيعته القانونية:

إن ما اشترطه الفقهاء في ناظر الوقف أقره أيضا المرسوم التنفيذي 381/98 الذي كرس وجهة نظر الفقهاء جملة وتفصيلا، حيث يذهب المرسوم في المواد 16، 17 إلى أن ناظر الملك الوقفي يجب أن يكون بالإضافة إلى جنسيته الجزائرية: مسلما، بالأساس الرشد، سليم العقل و البدين، عدلا أمينا، لم يطلب النظارة لنفسه، من أهل الخير و الصلاح إذا كان الموقوف عليه غير معين، أو معين محصور و غير راشد ولا ولي له . ذا قدرة و كفاءة على حسن التصرف .

و ما تجدر إليه الإشارة هنا هو جملة الملاحظات التالية :

الملاحظة الأولى : إن هذه الشروط لا تثبت إلا بالتحقيق و الشهادة المستفيضة و الخبرة تحت رعاية السلطة المكلفة بالأوقاف .

الملاحظة الثانية :- إن الناظر أُلِّقَ التَّدْيِي تَوَفَّرَتْ فِيهِ تَلْتَلُ الشَّرْوَطَا ، تَنَبَّهَتْ لَهُ التَّلْغَلْرَةُ بالتعيين إذا تعلق الأمر بالوقف العام ، أو بالاعتماد - إقتضاء - إذا تعلق الأمر بالوقف الخاص ، وفي كلا الحالتين ، فإن الناظر لا يكون إلا من بين :

- الواقف أو من نص عليه عقد الوقف .
- الموقوف عليهم أو من يختارونه إذا كانوا معينين محصورين راشدين .
- ولي الموقوف عليهم إذا كانوا معينين محصورين غير راشدين .
- كل شخص من أهل الخير و الصلاح لم يطلب النظارة لنفسه ، إذا كان الموقوف عليه معين أو معيناً غير محصور و غير راشد ولا ولي له .

الملاحظة الثالثة : وتتعلق بشرط العدالة الوارد في نص المادة 17 السالفة الذكر ، حيث يفيد هذا الشرط عدم فسق هذا الأخير الذي حدده الفقهاء بأنه: الخروج عما أوجبه الدين ودعت إليه أو امره، ونهت عنه نواهيها، وحثت عليه آدابه السامية وشرائعه المحكمة. إن اشتراط هذا الشرط يجعلنا نتساءل : هل يمكن ان يوجد في عصرنا رجل يكون عدلاً أميناً بالمفهوم السابق؟.

إننا نرى أنه من الأرجح تولية رجل أمين في المال، عدل في كل ما يتعلق به، يرعى الأمانة حق رعايتها ولو أنه من الممكن ان يرتكب بعض ما نهى عنه الدين ، ويقع في بعض ما حظره الشرع ، وهو عليم بشؤون الدنيا خبير بأحوال الحياة ، فمثل هذا قد يكون من حظ الأوقاف ان يكون في إدارتها، يستفاد من أمانته المالية، وحسن إدارته، ولا يضره ما قد وقع فيه مما حظر الدين ، فلا مانع ان يكون ناظرًا للوقف . وبناءاً على ما سبق، فإننا نرى جعل شرط العدالة شرط أولوية لا شرط صحة.

الفرع الثالث:

مهام ناظر الوقف وحقوقه

أولاً : وظيفة الناظر :

يضطلع الناظر عند التفويض العام له بكل ما يؤدي إلى حفظ الوقف ، و عمارته وإيجاره و زرعه ، و المخاصمة فيه ، و تحصيل الغلة من أجرة أو زرع أو ثمر و قسمتها بين المستحقين ، و حفظ الغلات كاحتياط . كما يجب عليه الإجهاد في تنمية الموقوف و صرفه في جهاته: من عمارة و إصلاح وإعطاء مستحقيه ، و على العموم يقوم بكل عمل ترجى منه فائدة للوقف و جهة الموقوف عليهم: مع مراعاة شرط الواقف إذا لم يكن مخالفاً للشريعة الإسلامية .

صلاحيات الناظر: يكون للناظر أداءً لوظيفته ان يوكل غيره في التصرفات التي يملكها أو في بعضها ، كما له ان يفوض غيره في مهامه على إختلاف بين الفقه في شروطه .

من الصلاحيات الكثيرة التي يملكها الناظر في إطار تحقيق وظيفته مايلي (1):

- 1 - يجوز للناظر ، بمقتضى شرط الواقف ، الزيادة و الإنقاص من مرتبات من يشاء و يدخل و يخرج و يفضل و يخصص من يشاء .
- 2 - يجوز للناظر أن يبدأ بعمارة الوقف الضرورية ، و دفع ما استدانه على الوقف بأمر القاضي، و يقدم هذا على حق المستحقين بالوقف .
- 3 - يجوز له بناء ديار على أرض الوقف لأجل الإيجار إذا كانت أجورها مرتفعة من شأنها إفادة المستحقين .

(1) أنظر : زهدي يكن ، الوقف ، الشريعة ، القانون ، مرجع سابق . ص . 82 .

4 - يجوز له أن يشتري من ريع الوقف على المسجد ما يستوجبه فراشه وإضاءته، كما يجوز له والحال هذه أن يستخدم أشخاصا لخدمته.

حدود مهام الناظر:

يجب على الناظر في إطار تحقيق وظيفته أن يتقيد ببعض الممنوعات ومنها (1) :

1 - لا يجوز له إستبدال عقارات الوقف إلا إذا اشترط الواقف له ذلك ، أو بإذن من القاضي بعد تحقق مسوغات الإستبدال .

2 - لا يجوز له رهن عقارات الوقف بدين على الوقف أو عليه ، لأن ذلك يؤدي إلى زوال الوقف عند العجز عن إستيفاء الدين و بيع الموقوف سدادا للرهن .

3 - يمنع عليه إيداع أموال الوقف ، و إقراضها ، إلا إذا كان في القرض مصلحة حفظ أموال الوقف .

و إذا حدث و أودع أموال الوقف عند غير أمين ، أو أقرض فضاع المال في الحالتين كان عليه الضمان .

4 - ليس للناظر الإستدانة على الوقف إلا إذا شرط له الواقف ذلك ، أو أذن له القاضي ولا يأذن بالاستدانة إلا عند المصلحة الضرورية ، و إذا استدان بلا إذن فلا رجوع له في غلة الوقف ، و كذلك إذا استدان لغير ضرورة .

مهام الناظر كما حددها القانون الجزائري:

حددت المادة 13 من المرسوم التنفيذي 381/98 مهام ناظر الوقف الذي تسند له رعاية التسيير المباشر للملك الوقفي -تحت رقابة وكيل الأوقاف ومتابعته - ويمكن تحديد تلك المهام فيما يلي :

1- السهر على العين الموقوفة ، و يكون بذلك وكيلا على الموقوف عليهم و ضامنا لكل نقصير .

2- المحافظة على الملك الوقفي و ملحقاته ، و توابعه من عقارات و منقولات .

3- القيام بكل عمل يفيد الملك الوقفي ، أو الموقوف عليهم .

4- دفع الضرر عن الملك الوقفي مع التقيد بالتنظيمات المعمول بها و بشروط الواقف .

5- السهر على صيانة الملك الوقفي المبني و ترميمه و إعادة بنائه عند الإقتضاء .

6- السهر على حماية الملك الوقفي و الأراضي الفلاحية الوقفية ، و إستصلاحها و زراعتها وفقا لإرادة الواقف ، و طبقا لمقاصد الشريعة الإسلامية .

7- تحصيل عائدات الملك الوقفي .

8- السهر على أداء حقوق الموقوف عليهم ، مع مراعاة شروط الواقف بعد خصم نفقات المحافظة على الملك الوقفي ، و حمايته و خدمته.

أما بخصوص ناظر الوقف المعتمد - إقتضاء - في الوقف الخاص فإن المهام المنوطة به يمارسها وفقا لشروط الواقف ، مع إعتباره مسؤولا أمام كل من الموقوف عليه و الواقف إن اشترط ذلك . و كذا أمام السلطة المكلفة بالأوقاف .

(1) أنظر: زهدي يكن ، الوقف في الشريعة و القانون ، مرجع سابق . ص . 83 .

- و يلاحظ أن ناظر الوقف المعين أو المعتمد إذا تعذر عليه أداء مهامه بصورة دائمة أو مؤقتة فإنه يتعين على السلطة المكافئة بالأوقاف القيام بأحد الخيارين :
- إما إستخلاف أو إعتماد ناظر للأوقاف .
- أو توكيل من ينوب على ناظر الوقف إلى حين توفر إمكانية إستئناف ممارسة مهامه .

ثانيا: حق الناظر في الأجر المادي :

النظر في أمور الوقف عمل يتطلب أن يؤجر عليه صاحبه ، و الأصل الشرعي في ذلك ما فعله عمر (ض) في كتاب وقفه المشهور الذي نص فيه ((لولي هذه الصدقة أن يأكل منها غير متائل مالا)) ، و كذا ما فعله الصحابة رضوان الله عليهم و التابعين في صدقاتهم .

ويؤسس جمهور الفقه حق الناظر في الأجر على أساس الإدارة ، فالناظر مادام قائما بشؤون الوقف يرعاه بالقدر الذي يطلب من أمثاله، فإنه يستحق مقابلا أو أجره تكون من ريع الوقف، على خلاف الشافعية الذين يؤسسون حق الناظر في الأجر على أساس الإستحقاق بالشرط، وعلى هذا فإن الأجر يثبت له ولو لم يطلبه .

و خلاصة آراء الفقهاء في تقدير أجره الناظر، أنه يجب التمييز بين الفروض التالية :

الفرض الأول : إذا حدد الواقف اجرا معيناً سواء كان نقداً أو ما يشابهه أو اجرا نسبياً مضافاً إلى ريع الوقف فإنه يعمل به .

الفرض الثاني : إذا لم يحدد الواقف أجر الناظر ؛ فإن لهذا الأخير ان يرفع أمره للقضاء لأجل تقرير أجر له، ويقدر في هذه الحالة بحسب المصلحة والإجتهد كما يرى إيسن عرفة الذي يجعل قدر المصلحة والإجتهد هو أجر المثل وما تعارفه الناس كمكافأة لمثل هذا النوع من الأعمال .

وضع مسألة الأجر في القانون الجزائري:

ان مسألة أجر الناظر لم تنظر في القانون الجزائري إلا في المرسوم التنفيذي 381/98 الذي قرر حق ناظر الملك الوقفي في تقاضي أجره شهرية أو سنوية تقابل ما يقوم به من عمل خاص بالوقف .

و ينشأ هذا الحق من تاريخ تعيين الناظر إذا تعلق الأمر بوقف عام ، أو من تاريخ إعتماده إذا تعلق الأمر بوقف خاص عند الإقتضاء .

وإذا كان الأصل ان الناظر يثبت له ذلك من موارد الوقف فقط ، فإن المشرع الجزائري قرر ان هذا الأجر يثبت للناظر ولو توقفت منافع الوقف أو ريعه ، حيث يمنح هذا الأجر في هذه الحالة من غير موارد الملك الوقفي الذي تولى نظارته (1) .

والمشرع في تقريره لهذا الأمر له نظر سليم حيث يلاحظ حرصه على ضمان ديمومة الوقف ومنافعه بضمائه ديمومة من يتولى شأنه حتى ولو توقف ريعه، لعل ذلك يكون مدعاة لإحياء منافع الوقف وغلته .

و فيما يتعلق بتحديد مقدار الأجر الشهري أو السنوي المستحق لناظر الملك الوقفي فإنه ينظر أولاً إلى عقد الوقف إن كان قد حدد هذا المقدار ، و إلا فإن الأمر يصبح بين يدي الوزير المكلف بالشؤون الدينية الذي يحدد نسبة هذا الأجر ، و هذا بعد إستشارة لجنة الأوقاف (2) .

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الأجر يكون محلاً لإقتطاع خاص بدفع الاشتراكات لأجهزة التأمين و الضمان الإجتماعي .

و الخلاصة في هذا الشأن أن القانون الجزائري قد ساير ما ذهب إليه الفقهاء، وأضاف فكرة مهمة إلى هذا الموضوع وهي : ديمومة الأجر ولو انعدم ريع الوقف الذي هو في الأساس مصدر أجر الناظر ، وهذا كله مراعاة لمصلحة الوقف وتحقيقاً لمقصد الواقف .

(1) المادة 18 من المرسوم 381/98 .

(2) المادة 19 من المرسوم 381/98 .

انفرع الثالث:

مسألة الناظر

أولا : محاسبة الناظر :

المتتبع لأحكام الفقهاء في هذه المسألة يلاحظ أن جلها قام على فكرة : حسن الظن هذه الأخيرة كان الدافع للإرتكاز عليها في هذا الموضوع هو : الحرص على ترغيب الناس في إدارة الأوقاف لعزوفهم عن إدارتها ، و لأنهم كانوا يظنون الخير في نظر الوقف و يغلبون رجاء الخير فيهم على توقع الشر منهم (1).

و مما قاله الفقهاء في هذه المسألة : إن الناظر إذا كان عدلا إكتفى القاضي فيسه بالحساب الإجمالي عند تقرر التفصيل ، فإذا ادعى الناظر دفعه الغلة للمستحقين و صدق في قوله فلا يمين عليه ، و إن لم يصدق فعليه حلف اليمين ، فإن نكل كان ضامنا . و يرى الصحابيان - أبو يوسف و محمد ابن الحسن - أن الناظر يطالب بالدليل على ما يدعي صرفه إلى المستحقين من ريع الوقف ، و عدم الاكتفاء بقوله في ذلك و لو مع يمينه مادام الإستحقاق لشخص معين ، و في الإمكان أخذ إيصال منه بما تسلمه من المتولي على أساس يخالف حسن الظن و هو أن الناس أصبحوا لا يتورعون عن حلف اليمين ، لذا وجب تكليف الناظر بتقديم الحساب المفصل مع المستندات التي تثبت وجوه الإنفاق و لا يكتفى بقوله المجمل ولا بيمينه (2) .

و إذا حدث و كان هناك نزاع بين الناظر و المستحقين في أمر يمكن معاينته يعيّن القاضي خبيرا للكشف ، و يحقق في موضوع الخلاف و النزاع ، و يصدر حكمه بناء على ما ظهر له من حقائق .

ثانيا :إنهاء مهام الناظر : يمكن القول أن وجهات نظر جيل الفقهاء تتفق حول موضوع عزل الناظر ، حيث ان الناظر ينعزل أو تنتهي مهامه بإحدى الطرق التالية :

- 1- عزل الناظر لنفسه .
- 2- للواقف عزل الناظر مطلقا، ويشترط الشافية في الواقف هنا ان يكون هو الناظر الأصلي.
- 3- للقاضي عزل الناظر الذي نصبه ، متى ثبت سقوط شرط من شروط النظارة .
- 4- للموقوف عليه المعين وكذا الحاكم عزل الناظر على أساس أصالة ولايتهما ، وهذه الحالة استقل بها المذهب الحنبلي دون سواه من المذاهب .

الخيار الذي اعتمده القانون الجزائري :

قرر المشرع الجزائري ان عزل الناظر لا يكون إلا بقرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينية ، ولا يكون إلا بتحقيق نوعين من الحالات :حالات الإعفاء ، وحالات الإسقاط ،وفق ما نصت عليه المادة 21 من المرسوم التنفيذي 381/ 98 .

(1) يلاحظ أن أحكام الفقهاء في هذا الموضوع لم تقم على نص من كتاب أو سنة أو قياس صحيح على أمر منصوص بل قامت على حكمة لم تثبت ، و الحكم الفهوية يجب أن تكون محكمة بالزمان ولا يصح أن تكون حاكمة على العصور ، فقد يحققها الزمان فيتحقق ما بني عليها ، و ربما لا يحققها الزمان فلا يتحقق ما بني عليها و قد قامت الأدلة تترى في كل عصر على أن أحكام النظر و محاسبتهم يجب أن لا تقام على فرض حسن النية أو الثقة ، بل يجب أن تقام على أساس الاحتراس من الخيانة و توكيها قبل وقوعها ، و من الحكمة أن يوفى الأدواء و ليس من الكياسة أن نغض العين ، حتى يستمكن المرض ثم نعد إلى العلاج ، فقد يعجز الطبيب و قد يستعصي الداء ، و قد يتعذر الدواء ، و رجم الله الإمام مالك الذي كان يقول : ((تحدث للناس أفظيه على نحو ما أحدثوا من أمور)) و قد كان من النظر ما كان في الأوقاف و مستحقها ، فوجب أن يحدث لهم من الأقسمة ما يناسبها و يلائمها . أنظر محمد أبو زهرة مرجع سابق ، ص . 387 .

(2) أنظر : زهدي يكن ، المرجع السابق ، ص . 88 .

أولاً : حالات الإعفاء:

وهي حالات تتعلق في عمومها بقدرح في الشروط المعتمدة للنظارة ، وقد حددها نص المادة 21 المذكورة آنفا فيما يلي :

1- إذا مرض الناظر مرضاً أفقده القدرة على مباشرة العمل ، أو فقد قدرته العقلية .
ويترتب على هذه الحالة بطلان تصرفاته .

2- إذا ثبت نقص كفاءته .

3- إذا بلغ السلطة السلمية كتابياً برغبته في الاستقالة عند مغادرته .

4- إذا ثبت فسقه ؛ بتعاطيه أي مسكر أو مخدر أو لعب الميسر .

5- إذا ثبت أنه رهن الملك الوقفي ، كله أو جزء منه أو أنه باع مستغلات الوقف دون إذن من السلطة المكلفة بالأوقاف ، أو الموقوف عليهم ، وفي هذه الحالة فإن كلام من الرهن والبيع يقان تحت طائلة البطلان بقوة القانون ، ويتحمل هنا الناظر تبعات ذلك التصرف .

6- إذا ادعى ملكية خاصة في جزء من الملك الوقفي ، أو خان الثقة الموضوعية فيه أو أهمل شؤون الوقف .

ثانياً : حالات الإسقاط :

وهي حالات تتعلق بما لا يدع الشك في أن الوقف أصبح معرضاً للخطر حالاً أو في المستقبل وهذه الحالات هي :

1- إذا ثبت أن الناظر أصبح يضر بشؤون الملك الوقفي ، وبمصلحة الموقوف عليهم .

2- إذا تبين أن ناظر الوقف يلحق ضرراً بمستقبل الملك الوقفي أو موارده .

3- إذا ارتكب جناية أو جنحة .

ان إثبات الحالات السابقة لا يكون إلا بواسطة التحقيق أو المعاينة الميدانية والشهادة والخبرة والإقرار ، وهذه الحالات يجب أن تثبت تحت إشراف لجنة الأوقاف السالفة الذكر . وفي الأخير يمكن تسجيل ملاحظتين هامتين :

الأولى : ان المشرع الجزائري جعل قرار العزل بيد وزير الشؤون الدينية والأوقاف على أساس أنه يمثل السلطة المكلفة بالأوقاف التي كان التعيين أو الاعتماد بيدها، سواء لناظر الوقف العام أو الوقف الخاص عند الاقتضاء .

لكن ما هو الحل لو ان ناظر الوقف الخاص لم يعتمد بعد ؟ فمن يملك محاسبته وعزله؟ ان الأصل ان الناظر يكون وكيلاً على الموقوف عليهم ، والموكل يستطيع ان يعزل من وكله، وعلى هذا الأساس فإن ناظر الوقف الخاص الذي لم يعتمد بعد يمكن عزله من الموقوف عليهم إعمالاً لحقهم الأصيل .

وما يلاحظ أيضاً ان المشرع أغفل حق الواقف ان كان حياً في عزل الناظر إذا شرط ذلك في وقفه ، وكان سبب الوقف العزل مبرراً ومقبولاً ، لأن إشتراطات الواقف في الأصل معتبرة مالم تخالف أحكام الشريعة الإسلامية .

والخلاصة في هذا المبحث : ان إدارة الوقف تتأط بناظر الوقف الذي يكون في مركز الوكيل الأمين على ما تحت يده ، والضامن لكل تقصير ، المتمتع بحقوق مادية تقرر له على أساس تفرغه لأداء وظيفة الإدارة والمحافظة على الملك الوقفي ورعاية مصلحة الموقوف عليهم وخدمتهم .

المبحث الثاني :

استغلال الوقف

إن هذا الموضوع يجرنا إلى الحديث عن كيفية الانتفاع بالوقف في المطلب الأول وإلى الأوجه التي تصرف فيها موارد الوقف ، أو بعبارة أخرى نفقات الوقف ، وهذا ما نتناوله في المطلب الثاني .

المطلب الأول:

كيفية الانتفاع بالوقف :

إن المقصود بالوقف : حبس العين لينتفع بها الموقوف عليهم ، وإن ما يوقف قد يكون منقولاً أو عقاراً ، هذا الأخير الذي قد يكون أرضاً زراعية أو أرضاً عليها بناء معداً للسكن أو لاستغلال آخر ، وقد يحدث أن يشترط الواقف طريقة معينة لاستغلال الوقف وقد لا يشترط ذلك .

طبيعة الانتفاع تتبع شرط الواقف :

في الحالة التي ينص فيها الواقف على كيفية الانتفاع بالعين الموقوفة ، فيجب أن تستغل على الوجه الذي اشترطه الواقف ما لم يكن هذا الشرط مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية وهذا ما سبق معنا في موضوع اشتراطات الواقف الذي يكون الأصل فيها وجوب تنفيذها ومنها تحديد كيفية الانتفاع وفي هذا الصدد تنص المادة 14 من قانون

الوقف : ((اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها)) ، على أنه يمكن اللجوء إلى القضاء لإصدار حكم يغير وجهة الملك الوقفي إلى ما هو أصح له والمستحقين إذا كان شرط الواقف يقف مانعاً دون تحقيق ذلك وهذا وفقاً للمادة 26 مكرر 04 من قانون الوقف المعدل والمتمم .

مدى تحديد العرف لطريقة الانتفاع :

إذا لم ينص الواقف على كيفية الانتفاع بالعين الموقوفة ، فإن الانتفاع يكون حسب ما جرت عليه العادة والعرف مع مراعاة طبيعة الشيء الموقوف ، وأساس ذلك أن الوقف كما تنبئه المادة 03 من قانون الوقف هو : ((حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة...)). فالنصديق بالمنفعة يفيد أن المستحقين يستفيدون من ريع الوقف الذي هو ما يمكن الانتفاع به كثمره لطبيعة للمال الموقوف أي ما جرت به العادة والعرف بحسب طبيعة الشيء ، وعلى هذا يكون الانتفاع بالأموال التالية كالآتي :

* في وقف المصاحف ينتفع بها بالتلاوة فيها ، والكتب بالمطالعة .

* إذا كان محل الوقف نقوداً ينتفع بها بإقراضها للمحتاجين من الموقوف عليهم ، واخذ الضمانات الكافية عليهم ليردوها لتقرض لغيرهم على أن يكون القرض بدون فائدة مراعاة للشرع ، أو ينتفع بها بالاتجار بها بطريقة المضاربة ، ويصرف الربح على الموقوف عليهم (1) .

- وإن كان محل الوقف حبوباً ، ينتفع بها ببيعها ، ويتجر بثمنها ويصرف الربح إلى الجهة الموقوف عليها . (2)

- وإذا كان محل الوقف أرضاً زراعية ينتفع بها بزراعتها بواسطة المستأجرين أو المزارعين أو لحساب الوقف ، ويقسم محصولها أو أجرتها بين المستحقين .

- وإذا كان المال الموقوف داراً جاز الانتفاع بها أما بالسكن ، أو بالانتفاع بأجرتها .

(1) الإمام الحنفي، الإسعاف في أحكام الأوقاف، دار الرائد العربي، بيروت لبنان 1981، ص. 18 .

(2) زهدي يكن ، الوقف في الشريعة والقانون ، المرجع السابق ، ص. 137 .

المطلب الثاني :

نققات الوقف

التحديد الفقهي لطبيعة مصارف الوقف: المقصود بنققات الوقف المصارف المشروعة لريعه أو غلته ، وهي في الفقه الإسلامي تتعلق بمصارف ثلاثة هي على التوالي :
أولا : أنصبة أصحاب الإستحقاق : وهم الموقوف عليهم الذين نص الواقف عليهم في وقفه سواء كانوا معينين محصورين ، أو معينين غير محصورين ، وهذا المصرف سيكون محل تفصيل في الفصل الثالث من هذا الباب .

ثانيا : أجرة الناظر : التي سبق لنا تبيان مصدرها الذي يتعلق بريع الوقف نظير قيامه بإدارة الوقف ، ويستبعد هذا المصرف متى لم يشترطه الواقف، ولم يطالب به الناظر لأنه في هذه الحالة يكون الناظر متبرعا .

ثالثا : نققات رعاية المال الموقوف وإصلاحه : وهي نققات يجمع الفقهاء على أنها تكون من ريع الوقف ، لكنهم اختلفوا فيما يخص شرط الواقف وغيره ، على النحو التالي :
-المذهب الحنفي : (1) يرى أن الواجب هو أن يبدأ من ريع الوقف ، بعمارته بالقدر الذي يبقى فيه الوقف على الصفة التي وقف عليها ، وان خرب بني على صفته . سواء شرط الواقف النفقة من الريع أو لم يشترط .

وإلى مثل رأي الأحناف يذهب المالكية (2)، إلا أنهم يخالفونهم في مسألة الحل عند انعدام ريع أو غلة الوقف ، فالحنفية يرون الحل يكمن في مال الموقوف عليه ، وإلا كان على عاتق الحاكم ، أما المالكية فيقررون حلا واحدا هو الإنفاق عليه من بيت المال .

أما المذهب الشافعي والحنبلي (3) فالرأي عندهم أن نفقة الموقوف من حيث إصلاحه وعمارته تكون حسب شرط الواقف من ماله أو من مال الوقف ، أما إذا تعطلت منافع الوقف فيفترق الرأي عندهم، حيث يرى الشافعية ان النفقة هنا تكون من بيت المال ، أما الحنابلة فيرون النفقة تجب في مال الموقوف عليه لأنه ملكه ، ويحتمل وجوبها في بيت المال ، ويجوز بيعه .

تقييم : من خلال تحليل آراء الفقهاء في مسألة نققات الوقف ، يمكن ان نخلص إلى نتيجة مفادها : ان الأولوية في مصارف الوقف هي إصلاح الملك الوقفي متى تطلب ذلك ، وإذا تعذر ذلك لشح موارد الوقف فإنه يعول في الأساس على الدولة أولا قبل الموقوف عارضا لأن هذا الأخير لا يفتقر من قية التيسار، ولتفسيح الشئ بالنسبة للواقف ولكن الدولة التي تجني من وراء الوقف كخيف كاهلها من أعباء كثيرة إجتماعية وثقافية لتحمل الوقف تلك الأعباء التي هي من صميم وظائف الدولة ، فكان حريا ان تتدخل الدولة في حال ضرورة ريع الوقف للإنفاق من أجل تعميم الوقف .

موقف القانون الجزائري :

حدد المشرع الجزائري الإطار العام لنققات الوقف في المادة 06 من قانون الوقف، التي بينت مصرف ريع الوقف حسب نوع الوقف .

فالنسبة للوقف العام في قسمه الذي يحدد فيه مصرف معين، فلا يصح صرفه عمليا غيره من وجوه الخير إلا إذا استفد ، أما بالنسبة للوقف العام في قسمه الذي لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف ، فإن ريعه يصرف في نشر العلم وتشجيع البحث فيسببه وفي سبيل الخيرات .

(1) انظر: ابن عابدين ، المرجع السابق . ص. 412 - 417 .

(2) انظر: الدردير . الشرح الصغير ، المرجع السابق ، ص. 124 وما بعدها .
- ابن جزى ، القوائين الفقهية ، المرجع السابق ، ص. 372 .

(3) انظر: الشيرازي المذهب ، المرجع السابق . ص. 445 ، الشربيني ، مغني المحتاج ، المرجع السابق ، ص. 395 .

وبخصوص الوقف الخاص : فإن ريعه يصرف على الأشخاص المعنيين حتى يؤول إلى الجهة التي عينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم .

هذا ، وقد فصل المرسوم التنفيذي 98-381 في موضوع نفقات الوقف ، حيث حدد القاعدة العامة لهذا الأمر في المادة 38 منه التي تنص : ((لا يجوز صرف إيرادات الأوقاف إلا في حدود التخصيص المقرر لها ضمن أحكام هذا المرسوم مع مراعاة شروط الأوقف)) .
ولتفصيل هذه القاعدة العامة يمكن تسجيل :

1- أن المقصود بموارد الوقف هو (1) : ريعه أو العائدات الناتجة عن رعاية الأملاك الوقفية وإيجارها ، ويضاف إليها أيضا :

-أنهبات والوصايا المقدمة لدعم الأوقاف.

-أموال التبرعات الممنوحة لبناء المساجد والمشاريع الدينية.

2- إن المقصود بالتخصيص المقرر لإيرادات الوقف هو ما نصت عليه المادة 32 من المرسوم 381/98 التي تقضي بأن نفقات الأوقاف تشمل خصوصا ما يلي :

أولا : في مجال حماية العين الموقوفة : مثل نفقات الصيانة والترميم والإصلاح ، ونفقات إعادة البناء عند الاقتضاء .

ثانيا : في مجال البحث ورعاية الأوقاف : ومنها نفقات استخراج العقود والوثائق ونفقات وأعباء الدراسات التقنية ، والخبرات.

ثالثا : في مجال المنازعات : هناك نفقات أتعاب المحامين والموثقين والمحضرين القضائيين.

رابعا : الحقوق المقررة لناظر الملك الوقفي -أجرة الناظر-

خامسا : في مجال المساهمة في أعمال البر :

حيث وبالمراعاة لشروط الواقف ، وبناء على ما تحدده لجنة الأوقاف المركزية يكون للأملاك الوقفية جهة صرف للمساهمة في كل أعمال البر والخير مهما كان عنوانها .

سادسا : وهناك نفقات استثنائية : حيث أنه يمكن -عند اللزوم -أن يحدد الوزير المكلف بالشؤون الدينية مجالات صرف استعجاليه ، يسمح فيها لناظر الشؤون الدينية في الولاية أن ينفق من إيرادات الوقف قبل إيداعها في الصندوق المركزي ، وفي هذه الحالة تدفع المبالغ اللازمة في حساب مؤسسة المسجد ، وتصرف في : (2).

1- جميع النفقات اللازمة لتحقيق الأهداف التي يحددها المرسوم التنفيذي رقم 91-82 الذي يتضمن إحداث مؤسسة المسجد .

2- التعويضات المستحقة للعاملين في مؤسسة المسجد .

(1) المادة .31. من المرسوم التنفيذي 381/98 .

(2) لنظر المواد: 27. 28. 29. 30. من المرسوم التنفيذي رقم 91-82 المؤرخ في 23 مارس 1991 م .

وفي الأخير يجب الإشارة إلى أن الأملاك الوقفية لها صندوق مركزي ينشأ بموجب قرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالشؤون الدينية والوزير المكلف بالمالية ، وعلى هذا فإن الأموال التابعة للوقف تحول إلى الصندوق ، وفي هذا الصدد يسهر ناظر الشؤون الدينية في كل ولاية على دفع أموال الأوقاف إلى الصندوق المركزي. (1)

كما تجب الإشارة إلى أن الأمر بالصرف الرئيسي للمال الوقفي هو وزير الشؤون الدينية الذي له صلاحية تفويض إمضائه إما لـ :

ـ رئيس لجنة الأوقاف المركزية : ليصبح أمرا بالصرف ثانويا.

ـ رؤساء مكاتب مؤسسة المسجد ، وأمناء مجالس سبل الخيرات في الولايات ، ليكونوا هم أيضا أمراء ثانويين بالصرف.

(1) انظر المواد: 35. 36. 37. من المرسوم التنفيذي رقم 98 / 381 .

الفصل الثالث

الإستحقاق في الوقف

إن من أهم الآثار التي يمكن الحديث عنها في هذا الباب هي مسألة : من يستفيد من غلة الوقف، أو من لهم حق الإنتفاع بريع الوقف ، وكيف يتم ذلك ؟؟
وعلى هذا ، فإن هذا الفصل سنتناول فيه مبحثين رئيسيين هما :
المبحث الأول : مفهوم الإستحقاق في الوقف .
المبحث الثاني : أحكام الإستحقاق.

المبحث الأول :

مفهوم الإستحقاق في الوقف

ونتأوله في مطلبين : يتعلق الأول بمضمونه ، ويتعلق الثاني بما يتوقف عليه الإستحقاق.

المطلب الأول

مضمون الإستحقاق

أولاً : المقصود بالإستحقاق :

إن المقصود بالإستحقاق في الوقف هو : الاستفادة من غلته (1)، أو هو النصيب المشروط الذي يستحقه الموقوف عليه بشروط الواقف (2) ، وعلى هذا فإن المستحق هو المرزق الفعلي ، أي الذي ثبت له حق في الموقوف وتناول الغلة حقيقة.

ثانياً : طبيعة المستحق :

يراد بالمستحق الشخص الذي ثبت له حق في المال الموقوف، وهو عادة الموقوف عليه الذي نص عليه الواقف في وقفه ، والذي قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً كما سبق معنا في موضوع ركن الموقوف عليه ، وعليه فالمستحق يتلقى حقه في الوقف بحكم خاص أي بشرط الواقف ، لأن أحكام الشريعة الإسلامية تقضي بعدم تطبيق أحكام الميراث في الوقف .

أثر ثبوت الإستحقاق :

متى ثبت الإستحقاق ، فإنه لا يوجد مانع شرعي يمنع المستحق من التنازل عن حقه في غلة الوقف لمدة معينة لشخص ما يحل محله في جميع الحقوق التي كانت له في الوقف ، على أساس ان الإستحقاق في الوقف من الحقوق العادية التي يجوز التنازل عنها لآخر ، وليس في الشرع ما يمنع المستحق من التنازل عن حقه في ريع الوقف (3) . وهذا ما قرره قانون الوقف في مادته 19 التي تفيد ذلك في الوقف الخاص كما سبق معنا.

(1) أنظر : أحمد علي الخطيب ، المرجع السابق . ص . 127 .

(2) أنظر : أحمد جمال الدين ، الوقف ، مصطلحاته وقواعده ، مطبعة الرابطة ، بغداد 1955 ، ص . 114 .

(3) أنظر : زهدي يكن ، الوقف في الشريعة والقانون ، المرجع السابق . ص 246 .

غير ان الأمر يختلف إذا ما كنا أمام وقف عام حيث توجد قيود في هذا الشأن ، تتمثل في شرطين هما :

- 1- أن يتم التنازل لجهة من نوع جهة الخير الموقوف عليها ابتداءً.
- 2- الموافقة الصريحة للسلطة الوصية المكلفة بالأوقاف .

أساس تحديد صاحب الإستحقاق :

سبق القول أن الواقف هو الذي يحدد أصحاب الإستحقاق لكن هذا التحديد لا يكون على شكل معين، لذا وجب التمييز بين الفرضين التاليين :

الأول : إذا كان التحديد بالاسم : فإن الإستحقاق يثبت للمسمى بشرط وجوده وقبوله ، وهذا ما تقرره المادة 13/ف2 التي تنص : ((فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله ...)) .

الثاني : إذا كان التحديد بالوصف : في هذا الفرض يجب التمييز بين حالتين :

أولاهما : إذا كانت الأوصاف مما لا يمكن زوالها كالعمرى أو الخرس، فيجب أن يكون الموقوف عليهم موجودين وقت الوقف لا وقت وجود الغلة ، وإلا صرفت الغلة إلى الجهة التي عينها الواقف من بعدهم ، على أساس أن الموقوف عليهم الموصوفون بهذه الأوصاف كالمعينين بالاسم تماما .

أما الحالة الثانية فتتعلق بتعيين الواقف للموقوف عليهم بأوصاف مما يمكن أن تزول كالمرض الذي يمكن الشفاء منه ، فهنا لا يكونون في منزلة المعينين بالاسم ، وعليه يقرر الفقهاء ان العبرة بتحقيق الوصف وقت ظهور الغلة لا يوم الوقف (1) .

ان الإحاطة بموضوع تحديد أصحاب الإستحقاق تفرض علينا التطرق إلى مقتضى بعض الألفاظ التي تعبر عن الموقوف عليهم والتي من أهمها: (2)

أولاد: الولد والأولاد :

ويراد به اتفاقا : ولد الصلب ذكورهم وإناثهم .

ثانيا : الذرية والنسل والعقب :

وهي ألفاظ المقصود منها : الذكور دون الإناث باتفاق الفقهاء (إلا بتصريح أو قرينة) .

ثالثا : الآل والجنس وأهل البيت :

هذه الألفاظ يدخل فيهم العصبية من الأولاد والبنات ، والاخوة ، والأخوات ، والأعمام والعمات .

رابعا : القرابة :

وهي في مقصودها أعم مما سبق ، فيدخل فيه كل ذي رحم محرم من الواقف .

(1) ، (2) راجع في الموضوع : زهدي يكن ، أحكام الوقف ، المرجع السابق . ص. 261- أحمد علي الخليلي المرجع السابق . ص. 135 ، - محمد أبو زهرة ، المرجع السابق . ص. 302- ابن عابدين ، المرجع السابق . ص. 482 ، الدردير ، الشرح الكبير ، المرجع السابق ، ص. 92 وما بعدها - الشيرازي : المهذب المرجع السابق . ص. 444 - منصور بن يونس البهوتي ، كشاف القناع ، عن منقح إلقناع ، مكة المكرمة 1394 هـ . ص. 307-314 .

سادسا : سبيل الله ونحوه :

وهم الذين يستحقون السهم من الزكاة ، على أساس أن المطلق من كلام الأديبين محمول على المعهود في الشرع ، وسبيل الله هو الغزو والجهاد في سبيل الله (1).
والخلاصة أنه يرجع في مسألة تحديد المستحقين بالوصف وبالألفاظ إلى ما قرره الشريعة الإسلامية ولم يتناوله القانون بالتدقيق على أساس المادة 02 من قانون الوقف .

المطلب الثاني :

ما يتوقف عليه الإستحقاق

إذا جعل الواقف وقفه على أشخاص معينين يقسمون الغلة فيما بينهم ، ولكن يتوقف استحقاقهم على شروط تتمثل فيمايلي :

1- الوجود وقت الإستحقاق : لأنه لا يمكن تصور التصديق بمنفعة الموقوف على معدوم فإذا لم يتحقق الوجود انتقل الحق في الإستحقاق إلى من عينه الواقف من بعدهم ، وهو ما قرره المادة 13 من قانون الوقف السابق .

2- القبول : سبق معنا القول ان القبول ليس شرطا في صحة الوقف ولا ركنا فيه ، ولكنه شرط للاستحقاق ، فإن وجد الشخص المعين في نص صيغة الوقف ورفض الغلة فإن هذه الأخيرة تصرف على من عينه نص الوقف بعده وفقا أيضا لنص المادة 13/ف2 السابقة .

3- ألا يكون المستحق مما تنفذ في حقه إحدى الشروط العشرة التي تمنع عنه الإستحقاق أو دائما كشرط الحرمان ، وشرط الإخراج ، على أساس ان شرط الواقف كنص الشارع وعلى أساس إشتراطات الواقف التي تنظم الوقف ما دامت لا تعارض الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 14 من قانون الوقف .

4- دفع مصاريف العمارة وصيانة الوقف ، ودفع الديون على المستحق في الغلة، فهذه الأموال تقدم على الأموال المستحقة أو على الغلة(1)، وفي هذا الصدد تنص المادة 13/ف8 من قانون الوقف التي تتحدث عن وظيفة الناظر : ((السهر على أداء حقوق الموقوف عليهم مع مراعاة شروط الواقف بعد خصم نفقات المحافظة على الملك الوقفي وحمايته وخدمته المثبتة قانونا)) فعلى هذا الأساس تكون الأولوية للملك الوقفي من حيث الصيانة والعمارة قبل حقوق المستحقين، ولا يمكن لأصحاب الإستحقاق الاحتجاج على ذلك.

5- حلول زمان الإستحقاق : حيث لا يستطيع المستحق مطالبة الناظر بنصيبه في الربح قبل زمن الإستحقاق ، ولا استلاف مبالغ فيه على الحساب .

والخلاصة: ان الإستحقاق يفيد ترتيب حق للموقوف عليه بشروط الواقف الذي له ان يخرج أو يحرم من يشاء ، ولا يثبت هذا الحق إلا لمن كان موجودا وقابلا بعد خصم نفقات الوقف وحلول زمن الإستحقاق ، ومتى ثبت لشخص الإستحقاق فإنه يجوز له التصرف في غلته لكنه لا يملك التنازل عن حقه في الإستحقاق .

(1) أنظر: د.وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ص. 212.

المبحث الثاني :

أحكام الإستحقاق

نتناول في هذا المبحث مطابقتين يتعلق الأولى بقسمة الغلة بين المستحقين، ويتعلق الثاني بالإسقاط في الإستحقاق.

المطلب الأول :

قسمة الغلة بين المستحقين قاعدة التقسيم :

اعتماد شروط الواقف لا قواعد الميراث:

مسألة قسمة الغلة على الموقوف عليهم يحكمها شرط الواقف ورغبته في تنظيم الوقف وهو أمر مقرر في الشريعة الإسلامية ، ومكرس في قانون الوقف الذي تنص المادة 141 منه على أن : ((إشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها)) وقد أوجب القانون المذكور احترام إرادة الواقف وتنفيذها من قبل سلطات الدولة وفقا للمادة 05 من قانون الوقف .

وبناء على ما سبق فإن قواعد التوريث لا مجال لإعمالها هنا إلا إذا قصدتها إرادة الواقف، وبترتب على قاعدة التقسيم السالفة مايلي :

1- إذا سكت الواقف عن قسمة الربح ، فسكوته دلالة على إفتراض القسمة بالتساوي .

2- يحق للواقف التفضيل بين الموقوف عليهم على أساس الجنس، فإذا وجد جنس واحد وتعدد أفراداه يرجع إلى القسمة بالتساوي، أما إذا أمتنع التعدد فإن الغلة تصرف كلها للواحد الموجود منهم .

3- إذا وجد وقف على الأولاد ومن بعدهم إلى الفقراء ، واشترط أن تقسم الغلة كما يقسم الميراث ، فإن كل واحد منهم يأخذ من الغلة ما يأخذه من الميراث ، وإذا سأت أحد المستحقين منهم يصرف نصيبه إلى الفقراء ، ولا يرد إلى باقي الورثة ، لأن هذا مخالف لشرط الواقف .

كيفية التقسيم في الوقف المرتب:

في هذا النوع من الإستحقاق يجعل الواقف وقفه على أولاده مرتبا استحقاقهم بلفظ (ثم) أو (الفاء) كقوله : على أولادي ثم أولادهم ، أو بأي لفظ يدل على ذلك كقوله : على ذريتي بطننا بعد بطن ، أو طبقة بعد طبقة على أن تحجب الطبقة العليا منهم الطبقة السفلى ، ومن بعدهم على الفقراء فإنهم في هذه الحالة يستحقون الغلة جميعا حسب شرطهم على النحو التالي :

-إذا رتب بين الطبقات، صرف ريع الوقف إلى أصحاب البطن الأول ولا ينتقل الإستحقاق للبطن الآخر إلا بانقراضهم، وهكذا دواليك إلى أن تنقراض الذرية فيعطى الفقراء كما شرط الواقف .

-أما إذا لم يرتب بين الطبقات فإن الغلة تصرف إليهم جميعا ، وتقسم حسب عددهم ولا يعطى الفقراء شيئا مادام واحد من الذرية حيا .

المطلب الثاني

إسقاط الإستحقاق في الوقف .

بطلان الإسقاط مطلقا :

المراد بالإسقاط هنا التخلي النهائي للمستحق عن نصيبه في غلة الوقف للغير ، فهل هذا الأمر يصح أم لا ؟
الواضح من المادة 14 من قانون الوقف السالفة ، وما قرره الفقه الإسلامي ان كل ما يتعلق بتنظيم الوقف هو من شأن الواقف الذي يعبر بإرادته الحرة عن رغبته في إنشاء الوقف وكذا تسييره ، ومن جوانب هذا التسيير مسألة توزيع الغلة وثبوت نصيب كل معين في الوقف ، وعلى هذا فإن ثبوت نصيب في الغلة لشخص لا يعتبر من الموقوف عليه أمر ينافي إرادة الواقف وقصده ، وتقرير ذلك ينافي إلتزام الدولة باحترام إرادة الواقف وتنفيذها كما هو وارد في المادة 05 من قانون الوقف . وعليه فإن إسقاط الإستحقاق في الوقف سواء كان كلياً أو جزئياً بعوض أو بدونه ، أمر لا يجوز شرعاً وقانوناً ، فالوقف هنا كالإرث لا يسقط بالإسقاط ، فلو قال المستحق في الوقف أسقطت حقي لفلان فإنه قول باطل لا يعتد به ، لأن المستحق إنما إستحق الغلة بشرط الواقف ، وليس له أن ينشئ إستحقاقاً في الوقف لشخص آخر ، إذا لا يكون ذلك إلا بشرط الواقف كما هو مقرر شرعاً وقانوناً .

جواز التنازل عن الحق في المنفعة :

ما ذكرناه سابقاً في مسألة الإسقاط ، لا يمنع أي مستحق في الوقف من أن يتنازل عن نصيبه في الربيع لمدة معينة ، على أساس أنه لم يتنازل عن مركزه كمستحق ، بل ان محل التنازل هنا هو النصيب من الغلة الذي هو موضوع إنتفاع المستحق من الوقف ، وبالتالي يجوز له وفق القواعد العامة أن يتنازل عنه ويتصرف فيه ، بل وحتى ان يكون محل ضمان للدائنين كما تفيد المادة 21 من قانون الوقف السالفة الذكر في موضوع طبيعة الوقف .

لقد أشارت المادة 19 من قانون الأوقاف إلى مسألة جواز التنازل عن الحق في المنفعة بقولها : ((يجوز للموقوف عليه في الوقف الخاص التنازل عن حقه في المنفعة ولا يعتبر ذلك إبطالا لأصل الوقف)).

وانقانون بتقريره لهذا الحكم يوافق ما قرره الفقه بهذا الشأن .

إذن تفسير نصيب كل مستحق يخضع لنص الواقف أو إشتراطاته وليس للقواعد الشرعية المعروفة في الميراث ، والنصيب الذي يثبت لكل مستحق يمكن ان يكون محلاً للتنازل والتصرف فيه دون ان يكون له التصرف في الإستحقاق الثابت له بالنص .

الفصل الرابع :

طرق تنمية الوقف .

إن الغاية التي شرع من أجلها الوقف هي التقرب إلى الله تعالى بالصدقة الجارية في أوجه الخير، بالإتفاق فيما ينفع المسلمين ويعين على صلاح حالهم ، ولا شك أن تحقيق تلك الغاية يتطلب من القائمين على الأوقاف التفكير في تنمية أموال الوقف ، والبحث عن أساليب استثمارية تتلاءم مع نظامه وتستجيب إلى خصوصيات ممتلكاته.

والوقف كمؤسسة اجتماعية وثقافية؛ يمثل محورا اقتصاديا يمت بتفاليده للإسلام منذ أقدم العصور ، وهو إلى جانب طابعه التقليدي يتميز بمرونة كبيرة، حيث يمكن تطويره ولديه القدرة الكافية على توفير موارد مالية باستمرار ، وهذا ما يؤهله لتحقيق أسباب التقدم والتنمية من خلال أهدافه التي من أجلها أنشئ، لذا كان لا بد للفقهاء من إثراء هذا الجانب بأجهاداتهم التي لا تخرج بالطبع عن المبادئ العامة والقواعد الكلية للشريعة الإسلامية.

ولعل أكبر العوائق التي تقف عقبة دون تشيير الأوقاف وتطورها إلى المستوى المرجو والمأمول لتغطية الأهداف الموضوعية هو : تمويل الإنشاء والتعمير .
وسا يزيد في صعوبة هذه العوائق هو الحرص على أن يكون سبيل ذلك الإنشاء ؛ في نطاق التعامل الذي تبيحه الشريعة الإسلامية ، إذ أن نظرية التعامل بالعقود الربوية يعد في نطاق الأمور المرفوضة شرعا للأسباب المعروفة في نصوص الكتاب والسنة.

لقد مر بنا أن جمهور الفقهاء يقولون بصحة الوقف من العقار والمنقول ما عدا الأحناف الذين قصروا الوقف على العقار وما ألحق به على ما مر تفصيله، ولكن من حيث الواقع نجد أن الأوقاف في أغلب الأحيان تتكون من عقارات وأراضي زراعية، وفي كثير من الأوقاف تكون الأراضي الزراعية بورا، والعقارات متهدمة ومدنية الربيع والغلة ، لدرجة تسبب تعطيل الأوقاف التي أنشئت من أجلها، مما دعى الكثير من العلماء والمختصين والمهتمين بشؤون الأوقاف إلى النظر والتأمل الطويل في كيفية إنماء الأوقاف وتثمينها وصولا بها إلى تحقيق أهدافها وأغراضها .

وقد اتخذ التفكير لتحقيق هذه الغاية طريقين للاستثمار والتنمية ، أولهما الاستثمار الذاتي للوقف من فائض ريعه عن طريق: عقد الإيجار، عقد الحكر وكذا بيع كل أو جزء من الوقف بصورة متنوعة، وكذلك المرصد .

والطريق الثاني يتمثل في استثمار الوقف بتمويل الغير في صورة سندات المقارضة، وعقد الاستصناع، والمشاركة المتناقصة، وقد تبنى المشرع الجزائري بعض صور الطريقين السابقين رغبة منه في إعطاء الوقف بعده للتنموي.

وعلى هذا سنقسم هذا الفصل إلى سبحين نتناول في أولهما : إنماء الوقف من فائض ريعه ، وفي الثاني : إنماء الوقف بتمويل الغير.

المبحث الأول :

إنماء الوقف من فائض ريعه

ويقصد به الإستثمار الذاتي للوقف الذي يتخذ له عدة أساليب تعتمد على تدابير لعوائد من ريع الوقف تفي بأغراض تميته واستثماره ، وذلك في أشكال مختلفة منها : عقد الإيجار ، والمرصد ، والحكر ، بالإضافة إلى بيع جزء أو كل الوقف ، وتوضيح الأساليب الإستثمارية السالفة الذكر نتطرق إليها تباعا في المطالب التالية :

المطلب الأول :

عقد الإيجار والمرصد

الفرع الأول :

عقد الإيجار

لتوضيح هذا الأسلوب الإستثماري نتطرق إليه في النقاط التالية :

أولا : الأحكام الشرعية العامة للإيجار الوقفي : يمكن إيجاز هذه الأحكام في :

1-ضابط الإيجار الوقفي :

يعتبر عقد الإيجار من أهم العقود الشرعية التي ترد على أعيان الوقف ، ذلك أنها تمثل أيسر الطرق لتوفير الموارد المالية اللازمة لصيانة الوقف وتغطية نفقاته ، وتوزيع غلاته على مستحقيها .

والإيجار الوقفي باعتباره : عقد لازم على منفعة المال الموقوف مدة معلومة ، بثمن معلوم (1) ، يتحدد ضابطه بأجرة المثل ، كما اتفق على ذلك الفقهاء ، ذلك أن تصرفات الناظر مقيدة بقيدين هما : مصلحة الوقف ، ومنفعة الموقوف عليهم ، وعليه فلا يجوز تأجير الوقف بنقص فاحش عن أجر المثل ولو انحصر الإستحقاق فيه ، لأن الوقف قد يحتاج إلى العمارة فيتضرر بذلك المستحقون .

والنقصان الفاحش هو الذي يعتبره الشرع غيبا ، والفقهاء يعتبرون أن النقصان الفاحش هو ما قدر بالخمس فما فوقه.

2-مدة الإيجار :

للاوقف اشتراط مدة الإيجار ، وعلى الناظر إتباع شرطه وعدم مخالفته إلا إذا كان العمل بشرطه يلحق ضررا بالوقف في المستقبل ، أما إذ أجاز الواقف للناظر أن يؤجر أكثر من المدة التي عينها في وقفه متى كان ذلك أنفع للوقف ، فإن الناظر يملك إيجاره من المدة المعينة دون حاجة أن يرفع الأمر إلى القاضي ، لوجود الإذن من قبل الواقف (2).

3-إنهاء الإيجار :

ينتهي عقد الإيجار الوقفي عند فقهاء الشريعة بطريقتين :

الأول : موت أحد المتعاقدين: والمقصود به هنا هو المستأجر فقط، لأن المؤجر سواء كان هو الواقف أو ناظر الوقف فلا ينتهي الإيجار وينفسخ عقده بموته.

(1) انظر : أبو بكر جابر الجزائري ، منهاج المسلم ، المرجع السابق . ص 338 .

(2) انظر : زهدي يكن ، الوقف في الشريعة والقانون ، المرجع السابق . ص 95 .

الثاني : انتهاء المدة المقررة للإيجار إلا إذا وجد عذر يقتضي بقاء عقد الإيجار بعد انتهائه لانه كما يفسخ هذا الأخير بالعدر يبقى أيضا بالعدر ، فان انتهت المدة وكان المستأجر ملك له نهاية معلومة على الأرض المؤجرة كزرع مثلا حصاده ، فان الأرض تبقى تحت يده باجر المثل إلا ان يحصد الزرع.

أما إذا كان للمستأجر ملك ليس له نهاية معلومة كالبناء مثلا فهنا ينظر إلى تحقق إذن الناظر فان كان قد تحقق فالأرض تترك تحت يد المستأجر مادام يدفع اجر المثل، وأما إذا لم يتحقق الإذن فالراجح أن الزيادة تكون وقفا.

ثانيا : الوضع في القانون الجزائري :

يمكن ملاحظة وضع الإيجار الوقفي في القانون الجزائري من خلال مايلي :

النصوص القانونية الواجبة التطبيق : ان تحليل نصوص قانون الوقف تجعلنا نخلص الى ان ما يحكم مسألة ايجار الوقف هو نصوص مختلفة يمكن تبيينها من خلال مايلي :

أ- نص الاوقف : فالإيجار يكون وفق ارادة الاوقف التي عبر عنها في شكل اشتراطات في صيغة الوقف وهذا على اساس ان تشترطات الاوقف هي التي تحدد قوانين الوقف كما تقرر ذلك المادة 14 من قانون الوقف ، وكما تقرر صراحة المادة 45 من نفس القانون التي تنص : ((تتم الاملاك الوقفية وتستثمر وفقا لارادة الاوقف وطبقا لمقاصد الشريعة الاسلامية في مجال الاوقف))

ب- نصوص المرسوم التنفيذي 381/ 98 المحدد للشروط ادارة الاملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها بحكم احالة قانون الوقف عليها لحكم هذا الموضوع ن وهذا بناء على المادة 42 منه التي تنص : ((تؤجر الاملاك الوقفية وفقا للاحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول مع مراعاة احكام الشريعة الاسلامية)) ولقد فصل هذا المرسوم موضوع الإيجار الوقفي في المواد 28 الى 30 منه كما سنرى لاحقا .

ج- نصوص القانون المدني والقانون التجاري إذا كانت عقود الإيجار محلها وقفا معدا للسكن أو كمحل تجاري وهذا وفقا للمادة 26 مكرر 08 من قانون الوقف المعدل والمتسم ، ويلاحظ أنه يجب أن لا تخالف احكام النصوص القانونية السابقة الاحكام المقررة في الشريعة الاسلامية المتعلقة بالإيجار الوقفي والتي استقى منها المشرع الجزائري الاحكام الموضوعية الواردة في قانون الوقف المعدل والمتسم وكذا المرسوم التنفيذي 381/98.

2- الاحكام القانونية الخاصة بالإيجار الوقفي :

تتعلق هذه الاحكام بما ورد في قانون الوقف المعدل والمتسم وكذا بما ورد في المرسوم التنفيذي 381/98 من نصوص تتعلق بالإيجار الوقفي.

أولا: الإيجار الوقفي الخاص بالمحلات المعد للسكن والمحلات التجارية: في هذه الحالة يأخذ الإيجار الوقفي نفس الأحكام القانونية المتضمنة في القانون المدني وكذا القانون التجاري المتعلقة بالإيجار .

ثانيا: الإيجار الوقفي الخاص بالأراضي الفلاحية: بالنظر لخصوصية هذا النوع من العقارات يلاحظ أن المشرع تريت في تقرير الأحكام التي تنظم هذا النوع من الإيجارات بحيث أحال إلى التنظيم مسألة تحديد الشروط والكيفيات التي بموجبها تعمل السلطة المكلفة بالأوقف حقها في إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة وفق المادة 26 مكرر 09 من قانون الوقف المعدل والمتسم.

ثالثا: طرق إيجار الأملاك الوقفية الأخرى:

هناك طريقتين لإيجار الأملاك الوقفية - من غير المحلات المعدة للسكن وكذا المحلات التجارية - تتمثلان في الإيجار عن طريق المزاد ، والإيجار بالتراضي، وفقا لما ورد في نصوص المرسوم التنفيذي 98 - 381.

1- الإيجار عن طريق المزاد: (1)

يتعلق هذه النوع من الإيجار بالوقف الذي يكون محله عقارا، حيث يتم هذا المزاد عن طريق الإعلان في الصحافة الوطنية أو طرق الإعلان الأخرى قبل 20 يوما من تاريخ إجرائه. ويجري المزاد بإشراف ناظر الشؤون الدينية ، وبمشاركة مجلس سبل الخيرات بناء على دفتر شروط نموذجي يحدده الوزير المكلف بالشؤون الدينية . وبالنسبة لسعر المزاد الأدنى ، فان المرسوم التنفيذي 381/98 ميز بين الحالة العادية وحالة الضرورة .

فيالنسبة للحالة العادية : يحدد السعر الأدنى للمزاد بإيجار المثل عن طريق الخبرة .
اما بالنسبة لحالة الضرورة : فانه يمكن تحديد سعر المزاد الأدنى بأربعة أخماس (5/4) إيجار المثل.

2- الإيجار بالتراضي(2) : يتم هذا النوع من الإيجار لأسباب تتعلق بالمقصد المرجو منه والتمثل في الغاية السامية التي يستهدفها نظام الوقف من نشر العلم وتشجيع البحث فيه ، وكل سبل الخيرات.

على انه يلاحظ أن هذا الإيجار يتوقف على ترخيص الوزير المكلف بالشؤون الدينية بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف .

ب : آثار الإيجار الوقفي في نطاق المرسوم التنفيذي 98 - 381:

تعرض المرسوم المذكور الى بعض الآثار المتعلقة بإيجار الأملاك الوقفية ويمكن إيجازها فيما يلي :

1- إن الوقف باعتباره شخصا معنويا ، فانه في حالة الإيجار يكون في مركز الدائن لشخص المستأجر الذي يكون في مركز المدين .

2- يجب تحديد مدة عقد الإيجار حسب طبيعة ونوع الملك الوقفي ، ويترتب على عدم تحديد تلك المدة البطالان ، و هذا ما تنص عليه المادة 27 من المرسوم : ((لا يصح تأجير الملك الوقفي لمدة غير محددة ...))

3 - بالنسبة لتجديد عقد الإيجار : يمكن أن يجدد عقد الإيجار اختياريا أو وجوبا.
فالتجديد الاختياري : فيه يجدد عقد الإيجار في هذه الحالة خلال الأشهر الثلاثة الأخيرة من مدته ، وان لم يتم ذلك فان أحكام القانون المدني تكون واجبة التطبيق هنا .

اما التجديد الوجوبي : فيكون في حالة الرجوع إلى إيجار المثل بعدما كان الإيجار بأربعة أخماس (5/4) إيجار المثل ، متى أمكن الرجوع ، وفي هذا تنص المادة 24 من المرسوم التنفيذي

381/98 : ((..ويرجع إلى إيجار المثل متى توفرت الفرصة لذلك ويجدد عندها عقد الإيجار)) .
ويلاحظ هنا انه عند تجديد عقد الإيجار يمكن مراجعة شروط العقد ، وخاصة قيمته ومدته حسب نص المادة 28 من المرسوم 381/98 .

4- وفاة المستأجر أو المؤجر : ميزت المادتان 29 و30 من المرسوم في هذه المسألة مايلي :
في حالة وفاة المستأجر : يترتب أثران أساسيان هما :

الفسخ القانوني لعقد الإيجار، وكذا وجوب إعادة تحرير عقد الإيجار لمصالح الورثة الشرعيين للمستأجر ، للمدة المتبقية من العقد الأولى مع مراعاة مضمونه في حالة ما اذا رغبوا في ذلك .

وفي حالة وفاة المؤجر : الذي هو احد الموقوف عليهم في الوقف الخاص دون ان ينقرض الجميع فهنا يترتب القانون وجوب إعادة تحرير العقد للمستأجر الأصلي حتى انقضاء مدة العقد الأول ، مع مراعاة مضمونه .

(1)، (2) انظر المواد: 22، 23، 24 من المرسوم التنفيذي 98 - 381.

الفرع الثاني :

المرصد

المضمون الشرعي للمرصد :

هو عقد ينشأ بإذن القاضي أو الناظر لمستأجر الوقف ، بالبناء فـ في ارض الوقف، ليكون ما ينفقه في البناء والتشييد ديناً على الوقف ، يستوفيه من اجرة الوقف بالتقسيم ، ويكون البناء ملكاً للوقف على ان يكون لصاحب المرصد حق القرار في عقار الوقف ، ويورث عنه ، وحق التنازل عنه لآخر يأخذ دينه عنه ويحل محله في العقار بإذن القاضي أو الناظر (1).

ويترتب هذا الدين في ذمة الوقف اذا كان عقار الوقف مخرباً غير صالح للانتفاع به ، ولا توجد لدى الوقف غلة تتفق على عمارته ، وليس هناك من يرغب في استجاره مدة طويلة بأجرة معجلة تتفق على تعميره ، بل يوجد من يستأجره بأجرة ينفقها على عمارته وإصلاحه ، على ان يكون ما أنفقه مرصداً على العقار ، فاذا اذن القاضي ببناء على عرض الناظر للمستأجر بإيجار العقار على هذا الوجه ، أجاز له أن ينفق بدل الاجارة على التعمير والترميم ، على ان يكون ما أنفقه مرصداً على رقبة العقار الموقوف وبمعنى آخر فان العقار الموقوف يبقى في يد المستأجر كرهن مقابل مطلوبه ، يتصرف فيه بالاستعمال والانتفاع به (2).

تقرير القانون الجزائري لهذا التصرف:

قرر المشرع الجزائري هذا التصرف في القانون 91-10 المعدل والمتمم ولكن بأحكام خاصة ، حيث يمكن لمستأجر الوقف -الأرض - البناء فوقها، مقابل إستغلال الإيرادات التي يدرها البناء وله بموجب ذلك حق التنازل عنه للغير الذي يأخذ دينه ويحل محله في العقار بإتفاق مسبق طيلة مدة إستهلاك الإستثمار (3)

ويلاحظ في هذا الصدد أن البناء هنا يكون ملكاً للوقف بناء على المادة 25 من قانون الوقف والتي تنفيذ أن أي تغيير يحدث بناء كان أو غرساً فإنه يلحق بالعين الموقوفة.

(1) انظر حسن عبد الله الأمين ، بحث الوقف في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق . ص 134 .

(2) انظر زهدي يكن . أحكام الوقف . المرجع السابق . ص 151 .

(3) انظر المادة: 26 مكرر 05 من القانون رقم 01-07.

المطلب الثاني :

الحكر ، و بيع جزء أو كل الوقف بصورة متنوعة

الفرع الأول:

عقد الحكر

الحكر مصدر لحق عيني عقاري

إن عقد الحكر أو الإستحكار لأرض الوقف العاطلة هو: عقد إجارة يقصد به إستبقاء الأرض الموقوفة مقررة للبناء أو الغراس أو لأحدهما ، على أن يدفع المحنكر لجانب الوقف مبلغا معجلا من المال يقارب قيمة الأرض ، و يرتب مبلغا آخر ضئيل يستوفي سنويا لجهة الوقف من المستحكر أو من ينتقل إليه هذا الحق ، و يقابل هذا أن يكون المستحكر حق الغرس و البناء و سائر حقوق الإنتفاع ، و حقه هذا قابل للبيع و الشراء و ينتقل إلى ورثته بالموت (1) ، و متى صح الحكر بصحة عقد الإيجار الذي يتضمنه فإن المحنكر حق البقاء فهي أرض الوقف بعد إنتهاء مدة الإيجار .

وبتحليل ما سبق ذكره نجد أن عقد الحكر يعطي المستحكر سلطة معينة على مال الوقف تتمثل في حق البقاء مما يفيد أن هذا العقد يربط حقا عينيا على المال الموقوف ، لكن هذا الحق يسقط متى امتنع عن دفع الأجرة المترتبة عليه ، و متى كان ترك الأرض في يده يؤدي إلى ضرر بالوقف .

عقد الإجاريتين وجه للحكر:

عقد الإجاريتين أسلوب تقرر للضرورة المتعلقة بعمارة الوقف ، حيث يؤخذ من المستأجر مبلغا نقديا يقارب قيمة العقار المؤجر باسم : " إجارة معجلة " ، و يرتب مبلغ آخر جزئي يؤخذ من المستأجر في آخر كل سنة باسم : " إجارة مؤجلة " ، و لهذا سمي هذا النوع من العقود باسم " الإجاريتين " .

و الواضح أن الفرق بين عقد الإجاريتين و بين الحكر هو أن البناء و الشجر في الحكر ملك للمستحكر ، لأنهما أنشأ بماله الخاص بعد ما دفع ما يقارب قيمة الأرض المحكرة باسم الأجرة المعجلة ، أما في عقد الإجاريتين فإن البناء و الأرض ملك للوقف ، لأن عقدها إنما ورد على عقار مبني مترهل و متوهن يجدد تعميره من الأجرة المعجلة نفسها التي استحقها الوقف (2) .

تقرير القانون للحكر

قرر المشرع الجزائري في قانون الوقف المعدل والمتمم هذا النوع من العقود عند الضرورة الملحة وفق الأحكام التالية:

- 1 - أن يكون محل العقد أرضا موقوفة عاطلة لا يرجى منها بسبب حالتها أي فائدة .
- 2 - أن يكون موضوع العقد بناء أو غراس على جزء من الأرض العاطلة .
- 3 - أن تكون مدة العقد محددة .
- 4 - الألتزام الواقع على المحنكر هو إلتزام مزدوج يتمثل فيما يلي:
 - أ - دفع مبلغ مؤجل يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد .
 - ب - دفع إيجار سنوي يحدد في العقد .
- 5 - يمكن للمحنكر خلال مدة العقد الإنتفاع بالبناء أو الغرس كما يمكنه توريث حقه .
- 6 - إن البناء والغرس على أرض الوقف يلحق بالأرض الموقوفة وفق المادة 25 من قانون الوقف .

(1) انظر: حسن عبد الله الأمين ، المرجع السابق . ص 134 .

(2) انظر: أنس الزرقاء ، بحث حول الوسائل الحديثة للتحويل والإستثمار - مجموعة بحوث إدارة والتأجير - منشورات الأوقاف . مرجع سابق . ص 195 .

(3) انظر المادة 26 مكرر 02 من القانون 07-01 .

الفرع الثاني :

بيع جزء أو كل الوقف بصورة متنوعة

تعتبر عقود بيع الوقف من أساليب الإستثمار الذاتي للأوقاف ، و هو حالة إستثنائية تدفع إليها الضرورة ، كما هو مقرر في الشريعة الإسلامية وقانون الوقف الذي يجعل هذا البيع أو الاستبدال مرتبطا بحالة تعرض الملك الوقفي للضياع أو الاندثار ، أو حالة فقدان المنفعة من الملك الوقفي ، أو حالة ضرورة عامة كما تقرره ذلك المادة 24 من قانون الوقف ، ان هذا التصرف بالبيع قد يرد على جزء من الوقف أو يباع بكامله، ولذلك يتخذ هذا الأسلوب الإستثماري صوراً متعددة . (1) تتمثل فيمايلي :

- بيع جزء من الوقف لتعمير جزء آخر من الوقف ذاته .
- بيع بعض العقارات الوقفية و شراء عقار جديد بدلا عنها ، يوقف على الجهات التي كانت موقفا عليها العقار الأول .
- بيع وقف لتعمير آخر يتحد معه في جهة الإنتفاع .
- بيع عدد من الأملاك الوقفية و شراء عقار جديد ذي غلة عالية، يوزع على جهات الأوقاف المباعة بنسبة قيمة كل منها ، أو يخصص جزء من العقار الجديد لكل وقف من الأوقاف المباعة يتناسب مع قيمته .
- و يلاحظ في هذا الصدد أنه يجري العمل بهذه الصور كلها أو بعضها في تنمية و استثمار الأوقاف تبعا لأراء الفقهاء حول إبدال و استبدال الوقف .
- اذن يعتبر البيع الذي يتضمنه الاستبدال من الاساليب الاستثمارية الذاتية التي تعتمد في مجال ضيق مناطه الضرورة ، وقد قرره المشرع الجزائري في قانون الوقف على هذا الاساس .

المبحث الثاني :

إنماء الوقف بتمويل الغير

إن الإستثمار في أي مشروع إنتاجي يتطلب تواجد عناصر الإنتاج من عمل و رأس مال و بعض المواد الأولية و كذا نفقات جارية ، و الأوقاف بصفة عامة يتوفر لها عنصر المال غير السائل على شكل عقارات في مقابل وجود القليل من النقود السائلة ، و كذا العنصر الهام و هو العمل ، و هذا ما يجعل الأموال الوقفية تمتاز بخصيصة : قلة السيولة .
والمقصود بالسيولة هنا كما يقرر الإقتصاديون هي : قابلية مال معين للتحويل إلى نقد خلال فترة قصيرة و بكلفة معقولة . و هو مالا ينطبق على الأموال الوقفية التي غالبا ما تكون عقارات ، هذه الأخيرة و في الأحوال التي يجوز فيها شرعا بيعها و استبدالها ببديل مثل العقار بعقار ، فإن تحويلها من عقارات إلى أموال سائلة أمر يتطلب نفقات و نقدا لا يستهان به ، و حتى لو أردنا إستثمار الأموال الوقفية بصيغة من صيغ الإستثمار العقارية كإنشاء بناء فوق أرض وقفية لأجل التأجير ، فإن هذا يتطلب منا توليد نقود سائلة نستطيع بها تحويل الوقف من صورة إلى صورة، و بالتالي فإن الأوقاف تفتقر إلى هذه السيولة.(2)

(1) انظر حسن عبد الله الأمين ، المرجع السابق. ص. 134 .

(2) انظر أس الزرقا، بحث حول الوسائل الحديثة للتمويل و الإستثمار - المرجع السابق . ص. 184 .

و بناء على ما تقدم فقد عمد الفقهاء و الإقتصاديون و المهتمون بالأوقاف إلى البحث في الوسائل و الطرق الإستثمارية التي تساعد مؤسسات الأوقاف على التعاون مع جهات أخرى : تضمن لها السيولة اللازمة التي تحتاجها لتنفيذ مشاريعها ، و بالتالي الوصول إلى استثمار أمثل لأموالها ، و لقد كُتِبَ لهذا البحث بوضع ثلاثة صيغ إستثمارية ، تتمثل في سندات المقارضة ، و عقد الإستصناع ، و أخيرا المشاركة المتناقصة ، وهي صيغ تبني المشرع الجزائري البعض منها ، و قرر صيغا أخرى يمكن ملاحظتها فيما يلي :

المطلب الأول :

سندات المقارضة

إن إصدار السندات المالية يعتبر من أهم الوسائل الناجعة في اجتذاب المدخرات و تجميع الأموال لتمويل مختلف النشاطات النافعة لخدمة الإقتصاد الوطني بوجه عام و يسمى هذا النوع من التمويل : بالاقتراض العام ، هذا الأخير يأخذ أشكالا متعددة منها : إصدار السندات المالية ، و أدوات الخزينة ، و القروض و إلى غير ذلك من الوسائل التي أخذت تسميات في العلوم المالية (1) .

غير أن ما يلاحظ هنا : أن ارتباط هذه الأشكال من السندات المالية بالربح المبني على نظام الفوائد المحددة النسبة مسبقا ، و القائمة على عدم تلاقي المال بالعمل بصورة عادلة أدى إلى عدم تعميم التعامل في هذه السندات بين مختلف فئات المواطنين ، و قد انعكس هذا الأمر على منجزات التنمية في العديد من البلاد الإسلامية .

انه لكون أن هناك الكثير من المشاريع الاقتصادية ، القادرة على أن تسترد اصل التمويل اللازم لإقامتها من واقع الدخل المتحقق منها خلال فترة زمنية ملائمة ، و بخاصة في مجال استغلال الأملاك الوقفية : فقد تبين أن ضرورة توسيع قاعدة المشتركين في مجال السندات المالية يتطلب استحداث نوع جديد من السندات المنظمة على أساس المشاركة في الإيراد المتوقع من المشروع الممول من حصيلة إصدار هذه السندات ، و على أساس إجسراء التصفية التدريجية لها ، و انتقال المشروع بكامله بعد ذلك ليصبح مع إيراده ملكا للجهة ذات العلاقة (2) .

إن المقارضة باعتبارها : ((اتفاق بين طرفين يقوم أحدهما فيه بتقديم المال لكي يعمل فيه الآخر على أن يكون الربح بينهما بحصة شائعة منه في الجملة)) - تعتبر صيغة ناجعة لاستثمار الأوقاف .

و يكون العمل بهذه الصيغة - سندات المقارضة - بقيام إدارة الأوقاف بدراسة اقتصادية للمشروع ، تبين فيه التكلفة المتوقعة ، و الربح المتوقع و يكون هذا الأمر من خلال هيئة متخصصة في إصدار سندات قيمتها الإجمالية مساوية للتكلفة المتوقعة للبناء و يعرض على حاملي السندات ممولي البناء - اقتسام عوائد الإيجار بنسبة تحددها هي على ضوء الدراسة الاقتصادية ، على أن يخصص جزء من العائد الذي تملكه إدارة الأوقاف لشراء السندات شيئا فشيئا ، إلى أن تعود بعد فترة من الزمن الملكية الكاملة للبناء إلى إدارة الأوقاف .

(1) لفظ المقارضة مأخوذ من المفهوم الفقهي لفظ المرادف لها وهي المضاربة ، و قد شاع استعمال لفظ المضاربة عند الحنفية و الحنابلة ، أما المالكية و الشافعية فإنهم يطلقون على هذا العقد لفظ "القرض" و هو مشتق من القرض و هو القطع لأن المالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها ، و قطعة من الربح كما قيل أيضا انه من المقارضة وهي المساواة لتساويها في الربح أو لأن المال من المالك و العمل من العامل .

(2) وليد خير الله ، بحث سندات المقارضة مع حالة تطبيقه ، مجموعة بحوث إدارة و استثمار ممتلكات

الأوقاف ، مرجع سابق . ص 151 - 152 .

وتجب الملاحظة إلى أن عملية شراء السندات مرتبطة بمدة من الزمن محددة ، وتكون الحكومة ضامنة لعملية الشراء لكل السندات عند حلول أجلها إذا عجزت عن الوفاء بذلك إدارة الوقف ، على أن يكون ما تدفعه الحكومة ديناً بدون فائدة في ذمة إدارة الوقف (1).

المطلب الثاني :

عقد الاستصناع والمشاركة المتناقصة

الفرع الأول

عقد الاستصناع - أو عقد المقاوله-

تتمثل هذه الصيغة الاستثمارية في شراء عقار يبني على الأرض الوقفية بشن مؤجل وتعلن إدارة الأوقاف من جهتها بأنها مستعدة للسماح لجهة تمويلية بان تبني بناء على أرضها يكون ملكاً للجهة التي بنته ، ولكن إدارة الأوقاف تشتريه بعد اكتماله من الجهة التي بنته بشن مؤجل ، وتحسب الأوقاف الثمن المؤجل الأقساط التي تدفعها سنوياً بحيث تكون أقل من الأجرة المتوقعة من تأجير هذا البناء ، حتى تكون مطمئنة إلى أنها ستجد المال الكافي لتسديد أقساط ثمن البناء مباشرة إلى إدارة الأوقاف بعد إبرام العقد .

و ثمن البناء يسترد بالتدريج من المبالغ بالإجارة ، ومما لا شك فيه أن الجهة السمولة للبناء لا بد أن تضع يدها على هذا البناء لتضمن أن هذه الأوقاف ستسدد ما عليها في المواعيد المحددة ، والأوقاف بعد انتهاء فترة التسديد والتي تكون فترة طويلة ، سيؤول إليها العقار المستعمل ليصبح ملكاً خالصاً لها ، والأرض أصلاً باقية في ملكيتها مبدئياً (2).

وتجدر الإشارة في الأخير أن تسديد إدارة الأوقاف للاستحقاق الثابت في ذمتها في فترة طويلة لا يؤثر في عقد الاستصناع ، ذلك أن مثل هذا العقد يجوز أن يكون دفع الثمن مرة واحدة كلياً ، أو مجزئاً يدفع على أقساط في مدة معلومة ولو كانت طويلة .

الفرع الثاني :

المشاركة المتناقصة

في هذا النوع من صيغ الاستثمار تقوم إدارة الأوقاف بتقديم أرض الوقف لممول يقوم بدوره بالبناء عليها بإذن إدارة الوقف ، ويؤجر البناء بعد تمامه ، وتقسم الأجرة بحصة شائعة بين الممول والجهة الوقفية ، وبالتالي تكون مؤسسة الوقف قد قدمت أرضاً، والممول قد أقام بناء عليها واقتسما أجرة بنائه بينهما بحصة شائعة (3).

إن هذه الصيغة الاستثمارية تشبه ما ذهب إليه الإمام أحمد ابن حنبل وأجازها كصيغة يوافق محتواها عقد المضاربة ، وقد ضرب لذلك مثال الذي يدفع شبكته إلى من يصيد بها والصيد يقسم بينهما ، أو من يدفع دابته لمن يحمل عليها ، والأجرة بينهما وهكذا ..

لكن الأمر السابق قد يطرح إشكالا مهما يتعلق بملكية البناء الذي أقيم على أرض الوقف هل يملكه من بناه ، ويبقى الوقف مالكا للأرض ، أم أن كلا من الباني والوقف يصيران شريكين في الأرض والبناء؟

(1) حسن عبد الله الأمين ، المرجع السابق . ص 137 .

(2) انس الزرقاء ، المرجع السابق . ص 116 .

(3) انذار د. محمد صلاح محمد الصاوي ، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجه الإسلام الطبعة الأولى 1990 . دار المجتمع للنشر والتوزيع ، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع العربية السعودية ، ص 619 وما بعدها .

يلاحظ أن الاحتمال الأول هو الأوجه ، لكن من الناحية الاقتصادية يلاحظ أن الممول عادة ما يرغب بالنتيجة التي تحقق ، بأن يخرج من هذا المشروع ويسترد كلفته وشيئا من الزيادة في حالة نجاح المشروع ، لذا كان لابد من أن تكون الصيغة بشكل يسمح للمول الانسحاب تدريجيا من المشروع بعد أن يسترد نفقته من ربح مناسب فوقها ، والذي يؤدي إلى تحقيق هذا الهدف هو أن نصيب الأوقاف من الأجرة ينبغي أن يقسم إلى قسمين :

قسم يشتري به بالتدريج حصصا متزايدة من البناء الذي بناه الممول ، والقسم الآخر تستخدمه في نفقاتها الجارية كمورد من موارد الأوقاف (1) .

في الحقيقة أن الصيغة المقترحة تطرح إشكالا هاما ، وهو أن اشترك الممول مع الوقف في البناء الذي انشأه يعد محظورا من الناحية الشرعية ، ولهذا يرى البعض: أن مؤسسة الوقف إذا كانت قد تنازلت عن جزء من الوقف الذي هو الأرض تكون قد نالت بالمقابل جزءا من البناء الذي هو أيضا عقار ، فهذا عمليا هو عملية استبدال الجزء من الأرض بجزء من البناء ، وفي أحوال معينة ربما كان هذا مقبولا شرعا ما دامت الأرض عقارا والبناء عقارا أيضا ، فنحن كما يقولون ننضحى بجانب من الأرض مقابل أن نحصل على جانب من البناء (2) .

(1)، (2) أنظر أنس الزرقاء، المرجع السابق. ص 196 - 199

موقف القانون الجزائري من صيغ استثمار الوقف بتمويل الغير:

قرر المشرع الجزائري عدة صيغ لإنماء الوقف بتمويل الغير تتمثل في:
عقد المزارعة، عقد المساقاة، عقد المقاولة، عقد الترميم، صيغة الودائع ذات المنافع الوقفية، المضاربة الوقفية، ويمكن ملاحظة كل هذه الصيغ كما يلي:

1 - عقدي المزارعة والمساقاة:

وهما من العقود الشهيرة في الشريعة الإسلامية المتعلقة باستثمار الأراضي الفلاحية، وقد قررهما المشرع الجزائري في قانون الوقف المعدل والمتمم، حيث جعلهما عقدين لإستثمار الأراضي الوقفية الزراعية على النحو التالي:

أ - عقد المزارعة: وهو تصرف قانوني بين طرفين هما الوقف عن طريق من يمثله، والمزارع، يفيد إعطاء الأرض الوقفية الفلاحية للمزارع لأجل الإستغلال مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد (1).

ب - عقد المساقاة: وهو أيضا تصرف قانوني يفيد إعطاء الشجر في الأرض الوقفية للإستغلال لمن يصلحه مقابل جزء من ثمره. (2)

2 - عقد المقاولة:

وهو من العقود الواردة على العمل والتي بمقتضاها يتعهد أحد المتعاقدين ان يصنع شيئا او أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به الآخر حسب نص المادة 549 مدني جزائري، وعليه فإن إستثمار الوقف بطريق المقاولة هو تعهد شخص مقاول أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا للوقف مقابل أجر يتعهد به الوقف عن طريق من يمثله سواء كان الثمن حاضرا كلياً أو مجزءاً، وفي هذا الشأن فإن أحكام المقاولة في القانون المدني تطبق على هذا النوع من عقود الإستثمار الوقفي وفقا للمادة 26 مكرر 06 من قانون الوقف المعدل والمتمم.

3 - عقد الترميم أو التعمير: وهو الذي يفيد تأجير العقار المبنى الموقوف والمعروض للخراب بحيث يقوم المستأجر بدفع مبلغ يقارب قيمة الترميم يخصم فيما بعد من قيمة الإيجار، ويظهر مما سبق أنه لكي يقوم هذا العقد يجب توفر الشروط التالية (3):

أ- أن يكون العقار الموقوف بناء .

ب - أن تكون صفة هذا العقار المبنى أنه معرض للإندثار .

ج - وجود مستأجر يدفع مبلغا معجلا يقارب قيمة الترميم يخصم فيما بعد من مبلغ الإيجار .

4 - صيغة الودائع ذات المنافع الوقفية:

في هذا النوع من صيغ الإستثمار تلجأ السلطة المكلفة بالأوقاف إلى توظيف الأموال المودعة لديها على سبيل الإعارة مع مالديها من أموال وقفية في مشاريع إستثمارية منتجة. (4)

ويلاحظ أن أموال الوقف هنا إما أن تكون عقارات تضاف إليها السيولة النقدية الناتجة عن الودائع وإستعمالها فيما يناسبها من إستثمار، أو أن تكون سيولة نقدية تضاف إليها سيولة الودائع للدخول في مشروع إستثماري ما، وهنا يلاحظ أن هذه الصيغة تتوقف على مسألة مدى توفر السلطة المكلفة بالأوقاف على ودائع نقدية، وكذا على دراسات جدوى لمشاريع إقتصادية.

5 - المضاربة الوقفية:

وهي الصيغة التي يتم فيها إستعمال بعض ريع الوقف النقدي في التعامل المصرفي والتجاري من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف، مع الملاحظة أنه يتوجب أن يتم التعامل السابق في إطار أحكام

الشريعة الإسلامية. (5)

(1)، (2) أنظر المادة 26 مكرر 01 من قانون الوقف المعدل والمتمم.

(3) أنظر المادة 26 مكرر 07 من قانون الوقف المعدل والمتمم.

(4) أنظر المادة 26 مكرر 06 من قانون الوقف المعدل والمتمم.

(5) أنظر المادة 26 مكرر 10 من قانون الوقف المعدل والمتمم.

انه لا يجدي نفعا أن نظل نثني على الدور الكبير الذي قام به الوقف قديما ومساهمته في بناء الحضارة الإسلامية المجيدة ، بل يجب ان نسعى الى استيعاب ما يدور حولنا في عالم يعج بالكثير من التطورات لأجل جعل هذه المؤسسة المرموقة -الوقف- واقعا معيشا مدعما بتأصيل شرعي سليم وتنظير علمي متين ، وهذا الاخير في الحقيقة ليس بالامر الهين واليسير ، إذ يتطلب دراسة مأممة بمقاصد الشريعة الإسلامية من جهة ، واطلاعا واسعا على ما أنجزه الفكر البشري بمختلف مدارس ومذاهبه من جهة أخرى . إن لب التحدي الذي يجب استذكاره دائما عند الدعوة لأي بناء مؤسسي في إطار إسلامي هو مسألة ربط الفقه الشرعي بفقه الواقع .

انه من الواضح جدا أن مؤسسة الوقف ظلت منسية من قيل الباحثين المسلمين رغم أهميتها في البناء المؤسسي للاقتصاد الإسلامي ، مما حال دون أن تكتسب دورا بارزا في العملية التنموية لأنها لا تلبي شروط انماء الاقتصادي في ظل التعقيد المتزايد الذي يميز الحياة الاقتصادية المعاصرة ، لذا لا بد من إيجاد صيغ وقفية جديدة تضاف الى الصيغ الاستثمارية التي بينها في بحثنا والمتعلقة بصيغ الاستثمار الذاتي ، وكذا الاستثمار بتمويل الغير ، بحيث يمكنها من القيام بدور أكثر فاعلية في خدمة أغراض التنمية عن طريق إيجاد آلية تحول الأصول الموقوفة الى ثروة متجددة تخضع لعملية تراكم رأس المال وتعزز البنية الانتاجية للأمة ، ولعل اجرا هذه الصيغ : صيغة الوقف النامي الذي يقتضي إرساء مفاهيم جديدة للعمل الوقفي بما يتفق مع الأحكام الشرعية ومتطلبات التنمية بمفهومها المعاصر (1).

إن الوقف النامي يأخذ شكل المؤسسة المالية الوسيطة التي تسعى الى التقريب بين جمهور الواقفين من جهة ووحدات العجز من جهة أخرى (2) ، وبتعبير آخر فهو يمثل حركة مستمرة لتجميع الأموال (التراكم في المنبع) ، ثم تحويلها الى إستثمارات تدر عوائد مجزية (3) تؤدي ثلاثة أغراض على الأقل هي :

1- تراكم رأسمالي في المصب مع المحافظة على الأصل عبر آلية الاحتياطي والأرباح المحتجزة وبمعرفة الواقفين .

2- مكافأة الناظر على إدارة هذه الأوقاف بصفته هيئة متخصصة في إدارة الأموال واستثمارها بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية .

3- توزيع جزء من الربح على جهات الخير الخاصة -الذري- أو العامة إنفاذا لرغبة الواقفين وترسيخا لدور الوقف في إعادة توزيع الثروة وتحقيق العدالة الاجتماعية.

إن هذه الصيغة لكونها تنبني على فكرة ان ربط الممتلكات الوقفية بعملية التنمية يحتاج الى نقدنة الاصول القائمة (وجود سيولة نقدية) فإنه لضمان نجاحها يجب توافر شرطين اساسين :

1- وجود جمهور من الواقفين يتقبل هذا النوع الجديد من الأوقاف ويعمل على دعمه ماديا ومعنويا ويتطلب هذا إعلاما توعويا واسعا ، بحيث لا يكون شرط الواقف عائقا أمام ما تقتضيه الادارة العصرية من مراعاة لقواعد المحاسبة ، مثل تشكيل الاحتياطي ، وحساب الإهلاكات وباقي التخصصات .

(1) أنظر : د .محمد بوجلال ، نظرية الوقف النامي ، بحث غير منشور .

(2) أنظر : الملحق رقم 02 ، الشكل رقم 02 .

(3) أنظر : الملحق رقم 02 ، الشكل رقم 01 .

2- وجود إدارة حفيظة وعليمة او كفاءة لها خبرة بأساليب الاستثمار الحديثة ، ودراسة بميكانيزمات التوظيف المجدية من الناحية الاقتصادية والمقبولة من الناحية الشرعية.

إن هذه الصيغة متى قوي الإيمان بها ، وتوفر العزم اللازم لتحقيقها ستكون نقلة نوعية في المشاركة الشعبية في عملية التنمية ، كما ستكون صيغة نوعية في تطوير الفعل الوقفي ومضاعفة نتائجه المتوخاة منه .

إن الحقيقة اليامة التي يجب تأكيدها : أنه كلما كان الفعل الوقفي محلا للتفكير ، وأنماط إيمانه محلا للتقييم كلما كثرت خياراتنا تجاه الصيغ الأكثر نجاعة وفاعلية في تحقيق مقاصد الوقف التعبدية والتنموية وهنا يأتي دور المشرع في الاخير ليتبنى الصيغ التي أثبتت دراسات الجدوى فعاليتها وجدارتها.

لقد كشف لنا من خلال هذا البحث أن الوقف ظاهرة اجتماعية إسلامية تشكل الشريعة الإسلامية مرجع نظريته العامة، وهو يفيد حبس المال على وجه التأيد، والتبرع بالمنفعة على وجهه من أوجه البر والخير في الحال أو المال وفق اشتراطات الواقف المعترة، ولقد تبلور هذا التبرع الخيري عبر التاريخ الإسلامي ليأخذ شكل مؤسسة خيرية مستقلة في إدارتها وتسييرها عن الإدارة العامة للدولة، واستطاعت أن تحقق التكافل الاجتماعي وان تساهم في التنمية الاقتصادية بسبب ما تحققت من منافع معيشية واجتماعية وثقافية مستمرة ومتجددة في أزمنة متطاولة تؤدي في الأخير إلى تخفيف العبء عن الدولة في الإنفاق العام على الخدمات الاجتماعية (بناء المساجد، المدارس المستشفيات والمؤسسات الخدمية) ومساعدة الفئات ذات الدخل الضعيف، الذين قد تعجز موارد الدولة على القيام بشؤونهم، أو قد لا تتمكن من الوصول إليهم مما قد يتطلبه ذلك من جهاز إداري أكبر من قدرتها.

إن التصرف الوقفي باعتباره يقوم على - الجانب التعبدي - كان ولا زال وسيظل أمرا حيويا في مجتمعات الدول الإسلامية ومنها الجزائر المستقلة التي لم تحسن التعامل مع هذا الأمر الحيوي بما يمثل من كم هائل من الأملاك إلى حين صدور قانون الأوقاف 91-10، وبذلك فوتت على نفسها منافع اجتماعية واقتصادية وثقافية كثيرة، يضاف إليها تراكمها في الخيرات المتعلقة بالتعامل الإنمائي للأوقاف مما جعل الفعل الوقفي والإنمائي لها يراوح مكانه في احسن الأحوال، وفي أسوأها كان محلا للغصب والنهب والضياع، ولا أدل على ذلك من أن الجزائر العاصمة تعد في معظمها وقفها في سبيل الله، والشواهد والدراسات التاريخية دليل على ذلك.

لقد جاء قانون الوقف ليكشف ويكرس النظام الوقفي الذي أسست الشريعة الإسلامية قواعده وضبطت وفصلت أحكامه، مما يجعلنا نأمل أن تستعيد الأوقاف دورها الفعلي من خلال المساهمة الفعالة في دفع عجلة التنمية بالمجتمع الجزائري، ولا يتأتى ذلك في نظرنا إلا من خلال تحقيق التوصيات التالية التي بنيت على الخلاصات الجزئية لهذا البحث.

توصيات البحث : وهي تتعلق بالجانب التشريعي، والتنظيمي وكذا الاقتصادي.

الجانب التشريعي : نوصي على هذا المستوى بما يلي :

1- تعديل المادة 03 من قانون الوقف لتكون أكثر شمولا لتصبح كما يلي : ((الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأيد والتصدق بالمنفعة على وجه من أوجه البر والخير في الحال والمسال وفق اشتراطات الواقف المعترة)).

2- ضرورة إضافة مادة 06 مكرر أو 3/6 لقانون الوقف تقرر ضوابطاً للوقف الخاص منعاً لتحقيق المفسد المتوقعة منه والضابط المقترح هو : أن الوقف الخاص الأصل فيه الجواز متى لم يتخذ كذريعة للإضرار بالورثة وإلا وقع تحت طائلة البطلان لمصلحة المتضرر الذي يقع عليه عبء إثبات نسبة الإضرار .

3- إلغاء حكم البطلان بالنسبة لوقف السفية (م 10/ 02 من قانون الوقف) وفقاً للاعتبارات التي بينها في صلب هذا البحث، والتي خلاصتها أن الضرر هنا مستبعد وغير وارد.

4- تعديل حكم المادة 3/10 من قانون الوقف بالنسبة لحكم المعسر، ليصبح الحكم هو قابلية الحكم للبطلان لمصلحة الدائنين وليس باطلاً.

5- إلغاء المادة 16 من قانون الوقف (للاعتبارات المبينة في الصفحة 84).

6- إضافة الفقرات التالية للمادة 24 من قانون الوقف :

أ- إضافة حالة اشتراط الواقف إلى الحالات التي يجوز فيها الاستبدال .

ب- إضافة جواز أعمال الاستبدال حالة الغصب في الوقف، متى لم توجد بينه علة الوقف وأراد الغاصب دفع قيمة الوقف ولعل هذه الإضافة تسرع في حل المشكلات الواقعية التي تعانيها الأوقاف في كثير من الأماكن ومنها العاصمة.

ج- إضافة وجوب الشكلية والإشهار للوقف الجديد -البدل- إذا كان عقاراً .

7- تعديل المادة 29 من قانون الوقف لتفيد أنه : ((لا يصح الوقف إذا كان مقترناً بشرط يتعارض مع مقتضاه . أما إذا كان الشرط يخالف أو يخل بالإنتفاع بالموقوف أو يخل بمصلحة الوقف بطل الشرط وصح الوقف)).

8- إضافة مواد تكرر مضامين التوصيات المتعلقة بالجانب التنظيمي الآتية .

الجانب التنظيمي : وتتعلق التوصيات هنا بالنقاط الآتية :

أ- ضرورة إنشاء مؤسسة عامة رسمية تعنى بشؤون الأوقاف ، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي يكون من صلاحياتها إنشاء فروع محلية لها ، وهذا تحت إشراف وزارة الشؤون الدينية والأوقاف لتكون بديلاً عن الهيئات الإدارية الحالية التي تتميز بالبطء والانزواء ، ويكون من أهم مهام هذه المؤسسة :

أ- التفكير والتنظيم والتنظيم وكذا الإشراف المباشر على الأملاك الوقفية .

ب- بعث سنة الوقف من جديد ليستعيد دوره كأداة فاعلة في تطوير وتنمية المجتمع اقتصاديا واجتماعيا وثقافيا وحضاريا ، وفق الثوابت والمتطلبات الشرعية.

ج- متابعة استرجاع كل الأملاك الوقفية المؤممة أو المقتصة من قبل الأفراد ، واتخاذ كل التدابير القانونية والشرعية للإسترجاع أو الاستبدال.

د- الإعلام الوقفي ، لأجل نشر الوعي بأهمية الوقف ودوره البناء في المجتمع ، وحثا للإقبال عليه حتى نضمن ازدياد الأملاك الوقفية وتكاثرها بالموازاة مع العمل على استرجاع الأملاك الوقفية المؤممة والمقتصة.

هـ- العمل على حصر الأملاك الوقفية وإحصائها في اقرب الأجال حتى يتسنى من خلال معرفة طبيعتها تحديد الطرق الاستثمارية المناسبة.

و- اختيار الأنسب من الصيغ الاستثمارية للوقف، والتي نقتراح أن تدرج في قانون الوقف والتي تتضمنها التوصيات التالية في الجانب الاقتصادي .

الجانب الاقتصادي : ونوصي فيه بمايلي :

1- ضرورة تفصيل قانون الوقف للصيغ التي تضمنها بحثنا هذا وهي :

أ- صيغ الاستثمار الذاتي للوقف وهي : عقد الإيجار ، عقد الحكر ، والمرصد وأيضا بيع كل أو جزء من الوقف بصورة متنوعة .

ب- صيغ الاستثمار غير الذاتي العامة والخاصة كالمزارعة والمساقاة، يضاف إليها ما قررناه في بحثنا من أسلوب سندات المقارضة ، وعقد الاستصناع أو المقاوله ، وكذا المشاركة المتناقصة.

ج- صيغة الوقف النامي التي يقوم أساسها على -تقدنة- الأصول القائمة للأوقاف بغرض استغلالها في اوجه الاستثمار المختلفة ، وهي صيغة تحتاج إلى تعمق أكثر في أسلوب تحقيقها وتنفيذها من طرف الخبراء وأهل الاختصاص ، ويلاحظ هنا وجوب مراعاة طبيعة كل مال وقفي وما يناسبه من صيغ شرعية تكون أكثر نجاعة.

2- دعوة المؤسسات المالية التي تخضع معاملاتها لأحكام الشريعة الإسلامية على المستوى المحلي والدولي للدخول في مشاريع استثمار الأوقاف بالجزائر.

3- ضرورة الاستفادة من خبرات و تجارب الدول والمصارف الإسلامية التي قطعت خطوات جادة في حسن التعامل مع الأملاك الوقفية بالموازاة مع وجود لجنة تفكير على مستوى مؤسسة الأوقاف العامة تنظر وتقيم وتطور الأساليب الاستثمارية للأوقاف.

توصيات أخرى :

1- تحقيقا للتجاوب الفعال مع العصر الذي نعيش فيه ، نرى ضرورة تعميق دور المشاركة الشعبية في بناء المجتمع وتوجيهها نحو تلبية احتياجاته التنموية وذلك بطريقة توعية الجماهير بالقيمة التعبدية والإنسانية للوقف من جهة ، ومن جهة أخرى من خلال فتح المجال للمنظمات والجمعيات الحرة بأن تدلي بدلونها في هذا الميدان والذي بلا شك سيحقق نتائج باهرة لما لهذه المنظمات والجمعيات الخيرية من مصداقية وتمرس في عمل الخير ومن قدرتها على الاتصال والإقناع في مواجهة الأفراد والهيئات.

إن هذه الفكرة لا تعني سوى مساعدة المؤسسة العامة للأوقاف على تحقيق أهدافها وخاصة إذا حددنا ذلك بإطار تنظيمي فعال ومرن بين المؤسسة العامة للوقف والجمعيات الحرة التي تعمل في ميدان الأوقاف ، وفي الأخير لن يتحقق إلا الخير العام والتنمية الشاملة للامة.

2- ضرورة التفكير الجدي في إدراج التصرف الوقفي في مقررات المنهاج الدراسي لطلبة الحقوق في مرحلة التدرج وما بعدها ، ويكفي تبريرا لذلك الأهمية التي كشفناها في هذا البحث لصالح الوقف.

وفي الأخير، ونظرا لما لهذا البحث من جوانب فقهية شرعية ، وقانونية واقتصادية فإنه لا يمكن للباحث في القانون أن يوفيه حقه ، وعليه فإن هذه الدراسة التي حاولت فيها الإتمام بمجمل أساسيات البحث ، فإنني اعتقد بأنها في حاجة إلى مزيد من الاهتمام والتعمق نظرا لكونها من المواضيع التي من طبيعتها أنما تتجدد ، لذا نسأل الله أن تكون هذه الرسالة أو البحث أول خطوة أكاديمية جادة على طريق إحياء هذا التصرف القانوني، وجعله أداة فاعلة في تطوير وتنمية المجتمع اقتصاديا ، واجتماعيا وثقافيا وحضاريا .

نتيجه : نلفت عناية القارئ إلى احتمال وجود أخطاء لا نخفى على عنايته وفطنته.

تم بحمد الله
البليدة في : 16 أفريل 2000.

الملاحق

الحمد لله المطلع على الضمائر ، العالم بالسرائر ، القائل في محكم كتابه { لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون } كما قال تعالى { من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسناً فيضاعفه له أضعافاً كثيرة } والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء وسيد المرسلين معلم البشرية الخير إلى يوم الدين الذي علمنا بقوله (إذا مات ابن آدم إنقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له) .

وأنه ابتغاءً للأجر والثواب من الله " يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم " فأقر أنا وأحمل بطاقة التعريف الوطنية رقم وأنا بكامل صحتي وأهليتي بأنني وقفت من مالي الخالص مبلغ بتاريخ / / على أن يقوم الناظر الممثل في (مؤسسة الوقف النامي) ... بتوظيفه في أوجه الاستثمار المباحة وما خرج من الربح يتصدق به في رجوه الخير والمبرات وعمل الاحسان وفي كل ما يعود أجره علي ، وذلك بعد خصم جزء منه (الثلث مثلاً) كمكافأة لأتعاب الناظر وجزء آخر (الثلث مثلاً) كاحتياطي وأرباح محتجزة واهتلاك لضمان نماء الأصول الموقوفة لزيادة النفع بها على ألا تباع ولا تورث ولا توهب فمن بدله من بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه .

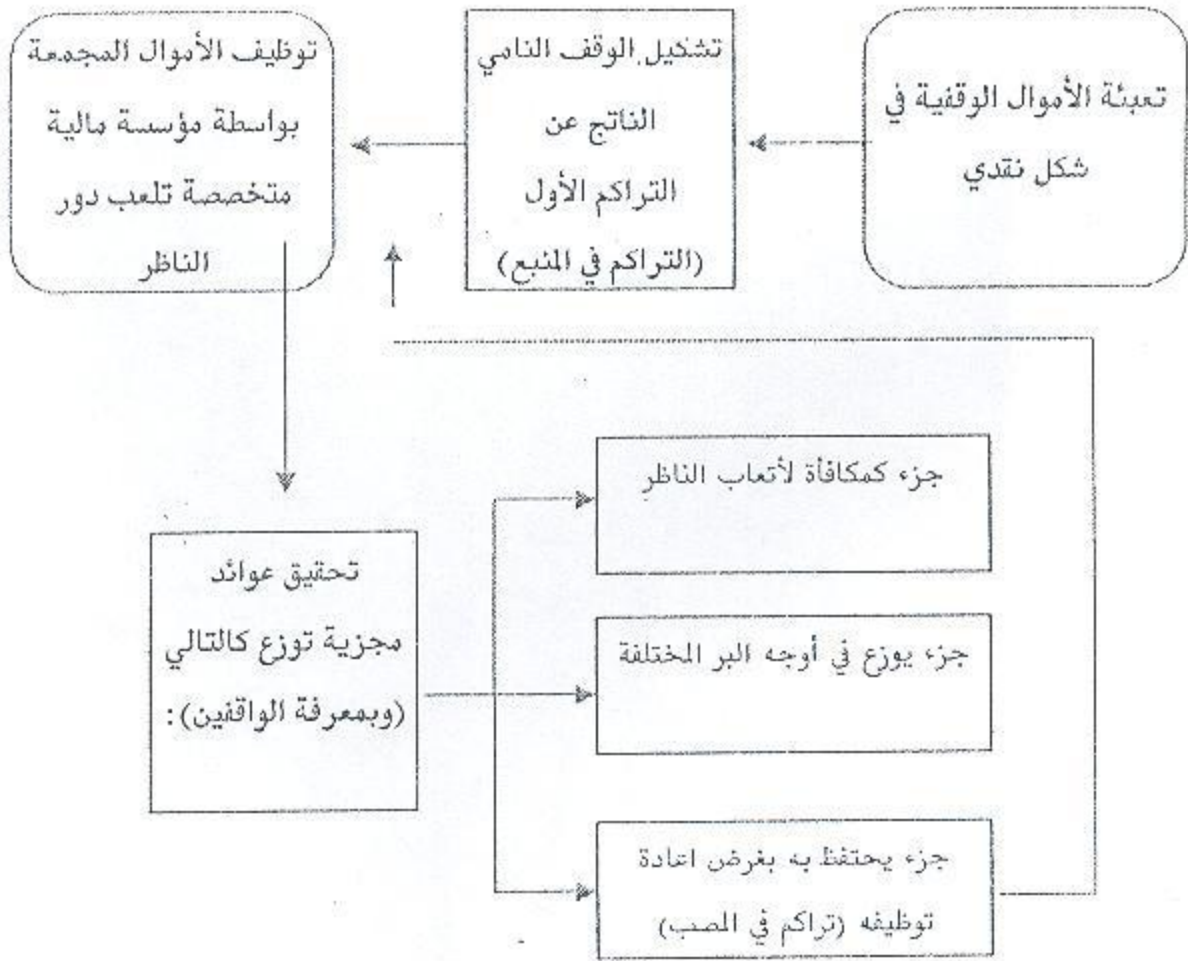
جرى في لعام هـ ، الموافق لعام م

المقر (ة) بما فيه

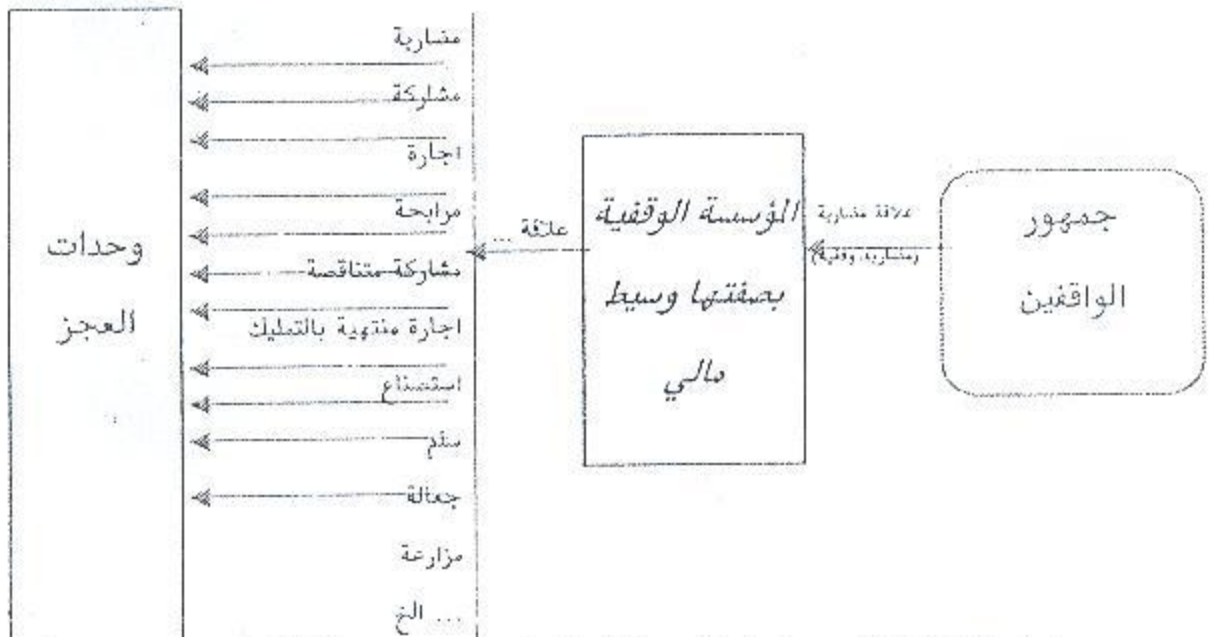
شاهد أول - الإسم البطاقة المدنية التوقيع

شاهد ثاني - الإسم البطاقة المدنية التوقيع

ملحق (٥٢)



رسم يمثل التدفقات النقدية الخاصة بالوقف النامي (ش ١)



رسم يبين العلاقات المؤسسة للمؤسسة الوقفية مع جمهور الواقفين من جهة

ووحدات العجز من جهة أخرى مع مراعاة لبدأ المنعم بالمنعم (ش 2)

المراجع

أولاً : القرآن الكريم

ثانياً : السنة النبوية

- 1- أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني ، فتح الباري .
- 2 - عز الدين بليق ؛ منهاج الصالحين . ط. 3. دار الفتح للطباعة والنشر؛ بيروت 1984
- 3- محمد بن علي الشوكاني ، نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار - دار الجيل - بيروت.

ثالثاً : الكتب الفقهية الخاصة .

I / الفقه المالكي .

- 1 - ابن جزي ، القوانين الفقهية ، دار الكتب ، القبة . الجزائر 1987 .
- 2- الدردير - (الشيخ أحمد بن محمد العدوي) ، الشرح الكبير على مختصر خليل . ج.4. القاهرة .

II / الفقه الحنفي :

- 1 - ابن عابد بن (محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز) ، رد المختار على الدر المختار . مطبعة مصطفى الحلبي .
- 2 - الإمام الحنفي ، الاسعاف في أحكام الأوقاف ؛ دار الرائد العربي ، بيروت لبنان 1981 .
- 3 - السرخسي (شمس الدين محمد بن أحمد أبي بكر السرخسي) ، المبسوط . ج 12 . دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت .
- 4 - الكاساني (أبي بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين الكاساني الحنفي) . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . مطبعة العاصمة .

III الفقه الشافعي .

- 1 - الشيرازي (أبي إسحاق إبراهيم بن يوسف الفيروز ابادي الشيرازي) ، المهذب القاهرة 1339 هـ .
- 2 - محمد بن أحمد الشربيني الخطيب ، مفتي المحتاج شرح المنهاج . ج 2 - دار إحياء التراث العربي . بيروت .

IV / الفقه الحنبلي :

- 1 - ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة) المغني ومعه الشرح الكبير ، ج 5 ، 6 . بيروت 1972 .
- 2 - البهوتي (منصور بن يونس بن إدريس البهوتي) ، كشاف القناع عن منتهى القناع مكة المكرمة . 1394 هـ .

رابعاً : المؤلفات الفقهية العامة.

- 1- أحمد علي الخطيب ، الوقف والوصايا، ط. 2 . مطبعة جامعة بغداد 1978.
- 2- أحمد جمال الدين .الوقف .مصطلحاته وقواعده . مطبعة الرابطة .بغداد . 1955 .
- 3- أحمد ابراهيم بك .الوقف .مكتبة سيد عبد الله وهبة . بدون سنة طبع .
- 4- ابو بكر جابر الجزائري .منهاج المسلم .ط: 08 .دار الفكر .بيروت .
- 5 - بدران ابو العينين بدران . أحكام والوصايا والأوقاف مؤسسة شباب الجامعة 1982
- 6 -د. حسن كيرة .المدخل إلى القانون . ط: 1974 . مصر .
- 7-زهدي يكن .الوقف في الشريعة والقانون .دار النهضة للطباعة والنشر . 1388 هـ .
- 8 -زهدي يكن . أحكام الوقف . ط 1 .المطبعة العصرية للطباعة والنشر . بيروت .
- 9 -زهدي يكن . قانون الوقف الذري ومصادره الشرعية في لبنان . ط: 2 . دار الثقافة .بيروت .لبنان . 4964 .
- 10-سليم رستم باز اللبناي ،شرح المجلة ، ط3 . دار إحياء التراث العربي ،بيروت لبنان .
- 11 - الدكتور عبد الودود محمد السريتي ، الوصايا والأوقاف و الموارد في الشريعة الإسلامية .
- 12 -د. عبد الرزاق السنهوري .الوسيط في القانون المدني .ج6 .دار إحياء التراث العربي . بيروت . لبنان .
- 13-د. عبد الرزاق السنهوري .الوسيط في القانون المدني .ج8 . حق الملكية . دار إحياء التراث العربي . بيروت .لبنان .
- 14 -الدكتور .فتحي الدريني .الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب . طربنين . 1980 .
- 15 - الشيخ محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف، ط- 2 ؛ دار الفكر العربي -القاهرة
- 16 - الشيخ محمد مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف، ط . 4 . الدار الجامعة للطباعة والنشر ، بيروت . 1982 .
- 17- مصطفى الزرقا . أحكام الأوقاف . ج 1 . ط . 2 . مطبعة الجامعة السورية 1947 .
- 18 -د. محمد كمال عطية . نظم محاسبية في الإسلام .ط: 2 . منشأة المعارف الإسكندرية . 1989 .
- 19 -د. محمد فاروق عبد الحميد .التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في القانون الجزائري . ط: 1 . ديوان المطبوعات الجامعية .الجزائر . 1988 .
- 20 -د. محمد صلاح الصاوي .مشكلة الإستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجهها الإسلام .ط: 1 . دارالمجتمع للنشر والتوزيع . الوفاء للطباعة والنشر .جدة . 1990 .
- 21 -د. محمد وحيد الدين سوار . النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثره في حق الملكية . المؤسسة الوطنية للكتاب .الجزائر . 1986 .
- 22 -منذر عبد الحسين الفضل . الوظيفة الإجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي . ط: 2 . ديوان المطبوعات الجامعية .الجزائر . 1988 .
- 23 -محمد عبد الله الكبيسي . أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية . ج 1 . مطبعة الرشاد .بغداد . 1977 .
- 24 -ناصر الدين سعيدوني . دراسات في الملكية العقارية . ط: 1 المؤسسة الوطنية للكتاب .الجزائر . 1985 .
- 25 -ناصر الدين سعيدوني . الشيخ المهدي البوعبدلي . الجزائر في التاريخ .ج4 .ط: 1 . المؤسسة الوطنية للكتاب .الجزائر . 1988 .
- 26 - الدكتور وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 8 .ط.3 . دار الفكر مشق . 1989

خامسا : البحوث والرسائل .

- 1- د.محمد حسن عبد الله الأمين . مجموعة بحوث ادارة وتثمين . ممتلكات الأوقاف . ط: 1 . المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب . العربية السعودية . 1989 .
 - 2- نادية براهيمى المولودة اركام . الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري . بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية . معهد الحقوق والعلوم الإدارية . ابن عكنون . الجزائر . 1995 .
- سادسا : المحلات والمقالات الدورية .

- 1- مولود قاسم نايت بلقاسم . الإصالة . مجلة ثقافية شهرية تصدر عن وزارة الشؤون الدينية . السنة العاشرة . العدد : 89 - 90 . مطبعة البعث . قسنطينة . الجزائر . 1981 .
- 2- د. محمد حسنين . المجلة القانونية والاقتصادية .
- 3- الموسوعة العربية العالمية . مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع . جزء 1 . المملكة العربية السعودية .

سابعاً : القواميس .

- 1- القاموس المحيط : محي الدين محمد بن يعقوب الفيروزابادي الشيرازي .

ثامناً : الوثائق القانونية والقضائية الرسمية .

- 1- الأمر 66-156 . المؤرخ في 08/06/1966م . المتضمن قانون العقوبات المعدل والمنتم .
- 2- الأمر رقم 71-73 . المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 . المتضمن الثورة الزراعية . ج.ر . : 37 .
- 3- الأمر رقم : 75-58 . المؤرخ في 26/09/1975 . المتضمن القانون المدني .
- 4- الأمر رقم 75-59 . المؤرخ 26/09/1975 م . المتضمن القانون التجاري المعدل والمنتم .
- 5- الأمر 75-74 المؤرخ في 12/11/1975 م المتعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري .
- 6- الأمر رقم 76-63 . المؤرخ في 25/03/1976 . المتعلق بالسجل العقاري . ج.ر . رقم 30 .
- 7- القانون رقم 84-11 . المؤرخ في 09/06/1984 . المتضمن قانون الأسرة . ج.ر . رقم 52 .
- 8- قانون رقم 84-16 . المؤرخ في 30/06/1984 . المتضمن الأملاك الوطنية . ج.ر . رقم .
- 9 - قانون رقم 90-25 . المؤرخ في 18/11/1990 . المتضمن التوجيه العقاري . ج.ر . رقم 52 .
- 10 - قانون رقم 90-30 . المؤرخ في 01/12/1990 . المتضمن قانون الأملاك الوطنية . ج.ر . رقم 52 .

- 11- قانون رقم 91-10 . المؤرخ في 27/04/1991 . المتعلق بالأوقاف . ج.ر. رقم 21
- 12- قانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001 المعدل والمتمم للقانون رقم 91-10 . ج.ر. رقم 29 .
- 13 المرسوم التنفيذي رقم 64-283 . المؤرخ في 17/09/1964 . المتضمن الأملاك الحسبية العامة . ج.ر. رقم 77 .
- 14 المرسوم التنفيذي رقم 91-81 . المؤرخ في 23/03/1991 . يتعلق ببناء المسجد وتنظيمه وتسييره . ج.ر. رقم 16 .
- 15- المرسوم التنفيذي رقم 91-82 . المؤرخ في 23/03/1991 . يتضمن احداث مؤسسة المسجد . ج.ر. رقم 16 .
- 16- المرسوم التنفيذي رقم 91-83 . المؤرخ في 23/03/1991 . يتضمن انشاء نظارة الشؤون الدينية في الولاية . ج.ر. رقم 16 .
- 17- المرسوم التنفيذي رقم 98-381 . المؤرخ في 01/12/1998 . المحدد لشروط ادارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك . ج.ر. رقم 90 .
- 18 نشرة القضاة . وزارة العدل . مديرية الوثائق . العدد 02 . لسنة 1972 .
- 19- نشرة القضاة . وزارة العدل . مديرية الوثائق . العدد 02 . لسنة 1979 .
- 20-مجلة القضائية . قسم المستندات والنشر . المحكمة العليا . الديوان الوطني للشغال التربوية . العدد 01 . لسنة 1989 .
- 21-المجلة القضائية . قسم المستندات والنشر . المحكمة العليا . الديوان الوطني للشغال التربوية . العدد 04 . لسنة 1989 .
- 22-المجلة القضائية . قسم المستندات والنشر . المحكمة العليا . الديوان الوطني للشغال التربوية . العدد 02 . لسنة 1991 .

المقدمة

01.....	الفصل التمهيدي: تاريخ الوقف ، وتطور وضعيته في الجزائر
04.....	المبحث الأول :-الوقف عبر التاريخ.....
04.....	المطلب الأول :تاريخ الوقف فيما قبل الإسلام.....
04.....	الفرع الأول : الوقف عند البابليين والفرعنة
05.....	الفرع الثاني:الوقف في زمن الرومان وعند الجرمان.....
06.....	المطلب الثاني :تاريخ الوقف فيما بعد الإسلام.....
06.....	الفرع الأول : تقرير الوقف في الشريعة الإسلامية.....
06.....	شمولية الإهتمام الوقفي لجوانب الحياة المعيشية.....
06.....	الفرع الثاني : ظهور أنظمة حديثة مشاهمة لنظام الوقف
08.....	مقارنة بين الوقف والمؤسسات الخيرية الإجتماعية الغربية.....
10.....	المبحث الثاني :تطور وضعية الأوقاف في الجزائر.....
10.....	المطلب الأول : الأملاك الوقفية في ظل الاحتلال الفرنسي.....
11.....	السياسة الفرنسية لرفع مناعة الأوقاف.....
13.....	المطلب الثاني :التطور التشريعي للوقف بعد الاستقلال.....
13.....	الفرع الاول :الاملاك الوقفية في ظل المرسوم رقم 64 / 283 المتعلق بالأملاك الخيرية العامة.....
14.....	الفرع الثاني:الأملاك الوقفية في ظل الأمر 73/71 المتعلق بالثورة الزراعية.....
16.....	الفرع الثالث:الأملاك الوقفية ما بعد قانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة.....
18.....	الباب الأول : ماهية الوقف
19.....	الفصل الأول :تعريف الوقف و تأسيسه.....
19.....	المبحث الأول : التعريف الإصطلاحي للوقف
20.....	الفرع الأول: الوقف في الإصطلاح الشرعي
20.....	تعريف متباينة إلى حد التعارض.....
22.....	مناقشة وترجيح
22.....	الفرع الثاني : الوقف في الإصطلاح القانوني
22.....	-التوافق النسبي في النصوص القانونية
22.....	تحليل النصوص السابقة

24.....	جوانب التميز في التعريف القانوني للوقف
25.....	المبحث الثاني : أساس الوقف
25.....	المطلب الأول : الأساس الشرعي لجواز الوقف
26.....	مرونة أحكام الوقف وواقعتها :
26.....	المطلب الثاني : مقاصد الوقف.....
27.....	القيمة التعددية : المقصد الجوهري
27.....	القيم الإنسانية : المقصد العرضي
27.....	الشريعة الإسلامية المصدر المادي لقانون الوقف
28.....	الفصل الثاني : حكم الوقف وطبيعته
28.....	المبحث الأول : حكم الوقف
28.....	المطلب الأول : حكم الوقف في الشريعة الإسلامية.....
28.....	الفرع الأول : نظرية عدم اللزوم في الوقف
30.....	الفرع الثاني : نظرية اللزوم في الوقف
30.....	مناقشة وترجيح
30.....	المطلب الثاني : موقف القانون الجزائري من مسألة حكم الوقف.....
30.....	اللزوم حكم التصرف الوقفي الصحيح
31.....	أسبقية الإحتهاد القضائي في تقرير فكرة اللزوم.....
31.....	المبحث الثاني : طبيعة الوقف
33.....	المطلب الأول : نظرية الترع
33.....	المطلب الثاني : نظرية الإسقاط
33.....	مناقشة وترجيح
34.....	المطلب الثالث : موقف القانون من طبيعة الوقف.....
34.....	الطبيعة الشرعية المتميزة للوقف
36.....	الفصل الثالث : أقسام الوقف وخصائصه
36.....	المبحث الأول : أقسام الوقف
36.....	المطلب الأول : تقسيم الوقف حسب المعيار الزمني إلى مؤبد ومؤقت
36.....	المطلب الثاني : تقسيم الوقف حسب جهة إدارته إلى نظامي ومحقق مستقل
36.....	المطلب الثالث : تقسيم الوقف حسب جهة صرفه.....
37.....	الفرع الأول : الوقف الخيري-العام-التعريف الفقهي
37.....	إقسام الشرع الجزائري به - 1.1 التقسيم

38.....	الفرع الثاني : الوقف الذري والأهلي-الخاص -
38.....	المقصود بالوقف الذري
39.....	اعتراضات مبررة.....
39.....	ترجيح المشرع الجزائري لمصلحة الأخذ بالوقف الخاص
39.....	ضرورة تقرير ضوابط للوقف الخاص
40	المبحث الثاني : خصائص الوقف.....
40.....	المطلب الأول : الوقف عقد من عقود التبرع.....
41.....	المطلب الثاني : الشخصية المعنوية للوقف.....
41.....	أساس شخصية الوقف في الشريعة الإسلامية
41.....	الأساس القانوني لشخصية الوقف.....
43.....	المطلب الثالث: الحماية الشرعية والقانونية.....
48.....	الفصل الرابع : إنشاء الوقف.....
48.....	المبحث الأول: تحديد ركن الوقف.....
48.....	تحديد ركن الوقف.....
48.....	اختلاف اصطلاحه شكلي
48.....	تعدد الأركان في القانون الجزائري.....
49.....	المبحث الثاني: مدى اشتراط القبول والقبض في الوقف.....
49.....	المطلب الأول : محل القبول في الوقف
49.....	استبعاد محل القبول في الوقف على غير معين.....
49.....	التكليف الشرعي للقبول في الوقف على معين
49.....	مناقشة وترجيح.....
50.....	المطلب الثاني: محل القبض في الوقف.....
50.....	الفرع الأول : نظرية القبض شرط التمام واللزوم.....
50.....	الفرع الثاني : نظرية كفاية الصيغة.....
51.....	مناقشة وترجيح
51.....	المطلب الثالث: موقف القانون الجزائري من القبول والقبض.....

53.....الباب الثاني: شروط التصرف الوقفي

53.....الفصل الأول : شروط الواقف

54.....المبحث الأول: شروط الصحة

54.....المطلب الأول : الأهلية الكاملة

53.....المطلب الثاني: كمال الحرية

55.....موقف القانون من شروط الصحة في الوقف

58.....حكم وقف المجنون والمعتوه

58.....المبحث الثاني: شروط النفاذ

58.....المطلب الأول : حالة الواقف المدين والصحيح

58.....المطلب الثاني: حالة الواقف المريض مرض الموت

61.....المطلب الثالث : موقف القانون الجزائري من شروط نفاذ الوقف

64.....الفصل الثاني: شروط المال الموقوف

64.....المبحث الأول: صلاحية المال للوقف

64.....المطلب الأول : تحديد ضابط صلاحية المال للوقف

63.....المطلب الثاني: حكم بعض أنواع المال الموقوف

66.....موقف القانون الجزائري من شروط المال الموقوف

69.....المبحث الثاني : ملكية الواقف للمال الموقوف المعلوم

69.....المطلب الأول : ملكية الواقف لثمن الوقف

69.....وقف ما يتعلق به شرط الخيار

70.....حكم وقف ملك الغير

70.....المطلب الثاني : معلومية المال الموقوف

70.....موقف القانون من ملكية الواقف للمال الموقوف

72.....الفصل الثالث : شروط الموقوف عليه

72.....المبحث الأول : شروط الوقف على معين

72.....المطلب الأول : شروط الوقف على معين دون الواقف

74.....	المطلب الثاني : حكم الوقف على النفس.....
74.....	الفرع الأول : الرأي الأول المجيز.....
74.....	الفرع الثاني : الرأي الثاني الراض.....
75.....	المبحث الثاني : شروط الجهة الموقوف عليها.....
75.....	المطلب الأول : اتصاف الجهة بالخيرية.....
75.....	الأساس الفكري للشروط.....
76.....	إشكالية المعيار في القرية.....
76.....	مناقشة الإشكالية.....
76.....	المطلب الثاني : أيلولة الوقف الأهلي إلى جهة بر لا تنقطع.....
77.....	المطلب الثالث : موقف القانون من شروط الموقوف عليه.....
77.....	ازدواجية طبيعة الموقوف عليه.....
78.....	الأحكام القانونية للأفراد المعترين جهة وقف.....
78.....	الأحكام القانونية المتعلقة بالشخص المعنوي المعين جهة وقف.....
79.....	صحة الوقف الخاص غير المحدد المآل.....
80.....	الفصل الرابع : شروط صيغة الوقف ، وما يلحق بها من اشتراطات الواقفين.....
80.....	المبحث الأول : شروط صيغة الوقف.....
80.....	المطلب الأول : التأيد والتنجيز.....
80.....	الفرع الأول : التأيد.....
80.....	الفرع الثاني : التنجيز.....
82.....	المطلب الثاني : عدم اقتران الصيغة بشروط باطل وتضمنها بيان مصرف الوقف.....
82.....	الفرع الأول : عدم اقتران الصيغة بشروط باطل.....
82.....	الفرع الثاني : تضمن الصيغة بيان مصرف الوقف.....
83.....	موقف المشرع الجزائري من ركن الصيغة.....
85.....	المطلب الثالث : أن تكون صيغة وقف العقار في ورقة رسمية.....
88.....	المبحث الثاني : اشتراطات الواقف.....
88.....	المطلب الأول : معنى اشتراطات الواقف وتكييفها الشرعي.....
88.....	الفرع الأول : معنى اشتراطات الواقف.....
88.....	الفرع الثاني : التكييف الشرعي لاشتراطات الواقف.....
89.....	المطلب الثاني : الشروط العشرة.....

89	الفرع الأول : تعريف الشروط العشرة
90	الفرع الثاني : تحديد الشروط العشرة
91	ضرورة مراعاة قواعد إعمال الشروط العشرة
91	موقف القانون الجزائري من اشتراطات الواقف
94	الباب الثالث : آثار الوقف
95	الفصل الأول : إمكانية الرجوع عن الوقف ومدى جواز التصرف فيه بالاستبدال
95	المبحث الأول : إمكانية الرجوع عن الوقف
95	المطلب الأول : موقف الفقه من الرجوع عن الوقف
96	المطلب الثاني : موقف المشرع والقضاء الجزائريين من الرجوع في الوقف
97	المبحث الثاني : مدى جواز التصرف بالاستبدال في الوقف
97	المطلب الأول : رأي الفقه في الاستبدال
99	المطلب الثاني : الوضع القانوني للاستبدال في الوقف
99	الجواز المشروط للتصرف في الوقف بالاستبدال
100	مواخذات على نص المادة 24 من قانون الوقف
102	الفصل الثاني : إدارة واستغلال الوقف
103	المبحث الأول : إدارة الوقف
103	المطلب الأول : مفهوم الولاية على الوقف
103	الفرع الأول : تعريف الولاية على الوقف
103	الفرع الثاني : طبيعة من تثبت له ولاية الوقف
104	مناقشة وترجيح
104	سداد الحكم القانوني الخاص بلبوت الولاية
105	المطلب الثاني : نظام الولاية على الوقف
105	الفرع الأول : طبيعة ناظر الوقف
106	طبيعة الناظر توجب شروط قاسية
106	الطبيعة القانونية لناظر الوقف
107	توافق الشروط القانونية لناظر مع طبيعته القانونية
108	الفرع الثاني : مهام ناظر الوقف وحقوقه

108.....	صلاحيات الناظر.....
109.....	حدود مهام الناظر.....
109.....	مهام الناظر كما حددها القانون الجزائري.....
110.....	حق الناظر في الأجر المادي.....
110.....	وضع مسألة الأجر في القانون الجزائري.....
110.....	الفرع الثالث: مساءلة الناظر.....
110.....	الخيار الذي اعتمده القانون الجزائري.....
112.....	المبحث الثاني : استغلال الوقف.....
112.....	المطلب الأول : كيفية الانتفاع بالوقف.....
112.....	طبيعة الانتفاع تتبع شروط الواقف.....
112.....	مدى تحديد العرف لطريقة الانتفاع.....
113.....	المطلب الثاني : نفقات الوقف.....
113.....	التحديد الفقهي لطبيعة مصارف الوقف.....
113.....	موقف القانون الجزائري.....
116.....	الفصل الثالث : الاستحقاق في الوقف.....
116.....	المبحث الأول : مفهوم الاستحقاق في الوقف.....
116.....	المطلب الأول : مضمون الاستحقاق.....
116.....	اثبات الاستحقاق.....
117.....	أساس تحديد صاحب الاستحقاق.....
118.....	المطلب الثاني : ما يتوقف عليه الاستحقاق.....
119.....	المبحث الثاني : أحكام الاستحقاق.....
119.....	المطلب الأول : قسمة الغلة بين المستحقين قاعدة التقسيم.....
119.....	اعتماد شروط الواقف لا قواعد الميراث.....
119.....	كيفية التقسيم في الوقف المرتب.....
120.....	المطلب الثاني : إسقاط الاستحقاق في الوقف.....
120.....	بطلان الإسقاط مطلقا.....
120.....	جواز التنازل عن الحق في المنفعة.....
121.....	الفصل الرابع : طرق تنمية الوقف.....