وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة محمد خيضر –بسكرة–
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الحماية المدنية للأملاك الوقفية في القانون الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق
تخصص قانون خاص

إعداد الطالبة:
مجوج إنتصار

إشراف:
الأستاذ الدكتور شيتور جلول

لجنة المناقشة:

–د. دبابش عبد الرؤوف	أستاذ محاضر أ	جامعة بسكرة	رئيسا
–أ.د. شيتور جلول	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	مقررا ومشرفا
–د. مستاري عادل	أستاذ محاضر أ	جامعة بسكرة	عضوا ممتحنا
–أ.د. زواقري الطاهر	أستاذ التعليم العالي	جامعة خنشلة	عضوا ممتحنا
–د. الدراجي عبد القادر	أستاذ محاضر أ	جامعة باتنة	عضوا ممتحنا
–د. بركات محمد	أستاذ محاضر أ	جامعة المسيلة	عضوا ممتحنا

نوقشت في السنة الجامعية: 2016/2015

عن أبي هريرة (رضي الله عنه) أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) قال: ((إذا مات الإنسان إنقطع عمله إلا من ثلاثة: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له.)).

أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، الحديث رقم 1631.

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر الجزيل، وخالص الثناء لأستاذي الدكتور شيتور جلول على إشرافه على هذه الرسالة، بكثير من الصبر و الثقة، التي سمحت لي بالعمل بأريحية معنوية كنت بأمس الحاجة إليها في ظل الظروف التي واجهتني بمناسبة إنهاء الرسالة، فله مني كل التقدير و العرفان، وجعل ذلك في ميزان حسناته.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة الذين وافقوا على مناقشة هذه الرسالة.

كذلك أتقدم بالشكر الجزيل لزميلي الأستاذين قسوري فهيمة و يوسفي نور الدين و لأخي خالد على دعمهم وتعاونهم، وكذلك شكري لإدارة جامعة محمد خيضر ببسكرة على كل التسهيلات التي تقدمها للطلبة الباحثين، بدآ بقبول التسجيل على مستواها، فتهيأة الظروف لمناقشة الرسالة.

أما شكري الخاص فهو للأستاذ الدكتور عبد الرزاق اصبيحي أستاذ القانون الخاص و الكاتب العام للمجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة بالمغرب، على دعمه، وأسأل الله أن يجعل ذلك في ميزان حسناته.

أشكر في الأخير كل من ساعدني من قريب أو بعيد على الانتهاء من إنجاز هذه الرسالة، ولكل من تمنى لي الخير بقلب صادق.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين و أفضل الصلاة و أتم التسليم على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد (صلى الله عليه وسلم)، وبعد:

يمثل الوقف الإسلامي أحد المعالم البارزة في تاريخ الحضارة الإسلامية، و ذلك بالنظر لما قدمه من خدمات جليلة و ما حققه من منافع كثيرة، فهو أحد أهم مظاهر الخير في الأمة الإسلامية، إذ يقوم على فكرة نبيلة هي فكرة التبرع في أوجه البر والخير بما يعود بالنفع على الصالح العام و الخاص على وجه الدوام، و ارتباط ذلك بالتقرب إلى الله عز وجل [1]، فالوقف بالدرجة الأولى هو قربة إلى الله تعالى دلت على مشروعيته نصوص عامة من القرآن الكريم، وفصلت فيه أحاديث من السنة النبوية، وعمل به الصحابة وأجمعوا على مشروعيته.

فمن النصوص العامة الدالة على مشروعية الوقف و الحث عليه في القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿ لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّىٰ تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ۚ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ﴾ [2] و كذلك قوله تعالى: ﴿إِنْ تُقْرِضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا يُضَاعِفْهُ لَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ۚ وَاللَّهُ شَكُورٌ حَلِيمٌ﴾ [3].

أما من السنة النبوية: فمن ذلك ما روي عن النبي (صلى الله عليه وسلم) قوله: "إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له." [4].

---

[1] – أبو دنيا عبد المنعم صبحي، نظام الوقف في الإسلام و أثره في الدعوة إلى الله تعالى، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 04 – 05.

[2] – سورة آل عمران، الآية 92.

– عن أنس بن مالك (رضي الله عنه) أنه قال: "كان أبو طلحة أكثر الأنصار بالمدينة مالا ، وكان أحب أمواله إليه بيرحاء، وكانت مستقبلة المسجد، وكان رسول الله (صلى الله عليه وسلم) يدخلها ويشرب من ماء فيها طيب، قال أنس: فلما نزلت هذه الآية: "لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون" قام أبو طلحة إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فقال: يارسول الله، إن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه: "لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون" و إن أحب أموالي إلي بيرحاء، وإنها صدقة لله، أرجو برها و ذخرها عند الله فضعها يا رسول الله حيث شئت، قال: فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): "بخ بخ ذلك مال رابح، ذلك مال رابح، قد سمعت ما قلت و إني أرى أن تجعلها في الأقربين". فقال أبو طلحة أفعل يارسول الله. فقسمها أبو طلحة في أقاربه و بني عمه.". أبي الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، 2006، حديث رقم: 998، ص 445.

[3] – سورة التغابن، الآية 17.

[4] – الإمام مسلم، صحيح مسلم، حديث رقم: 1631، ص 770.

كما تصدق كثير من الصحابة بأموالهم، وقد قال جابر بن عبد الله (رضي الله عنه) في ذلك: "لم يكن أحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ذو مقدرة إلا وقف."[1].

و قد تنافس المسلمون عامتهم وأغنيائهم في إنشاء الأملاك الوقفية، التي تعددت أغراضها وتنوعت أهدافها، فلم تقتصر على مجال دون آخر بل كانت عامة و شاملة، فشملت المجال الديني ببناء المساجد و الوقف عليها، وتعدته إلى المجال الاقتصادي و الاجتماعي و الثقافي، فكان للوقف دور فعال و بارز باعتباره موردا تمويليا للعديد من المشاريع و المنافع العامة المختلفة اللامتناهية، حيث شملت الأوقاف مجال التعليم ببناء المدارس و الجامعات و المكتبات، والمجال الصحي ببناء العيادات والمستشفيات و الوقف على المرضى، و كذلك مجال الخدمات العامة بتهيئة الطرق و إجراء المياه وغير ذلك كثير [2]، فشاعت الأوقاف وانتشرت في كافة أرجاء العالم الإسلامي و حققت كفاية المجتمعات الإسلامية في مختلف المجالات وواكبت احتياجاتها المستجدة بتطور الزمان، حتى لم تبقى مصلحة اجتماعية أو منفعة عامة إلا و أسست لها أوقاف تنفق عليها، بحيث يتحسس النظام نفسه لحاجات المجتمع.

غير أنه في ظل الضعف الذي أصاب الدول الإسلامية، تعطل دور الأوقاف و أصاب الجمود حركيتها و تعرضت الثروة الوقفية للنهب و الاستيلاء من قبل المحتل الذي اجتاح أغلب الدول الإسلامية ورأى في الأوقاف ثروة حقيقية لابد من الاستيلاء عليها، كما ساهم الأفراد و الحكام في نهب أموال الوقف و الاعتداء عليها، وضاعت الكثير منها بسبب سوء الإدارة.

وفي ظل الصحوة التي عرفها العالم الإسلامي لاحقا، حظيت الأوقاف باهتمام الدول الإسلامية بالنظر إليها كأداة لإشباع الحاجات الأساسية على مستوى الأفراد و الجماعات، وبالنظر لدورها الفعال في تحقيق التكافل و النمو الاجتماعي و الاقتصادي داخل المجتمعات الإسلامية، فبدأ الاهتمام الثقافي و الأكاديمي بنظام الوقف في محاولة لوضعه في دائرة

---

[1] – بن قدامه موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد و ابن قدامه المقدسي شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد، المغنى ويليه الشرح الكبير، ج 6، ط 2، دار الكتاب العربي، مصر، 1928، ص 185.

[2] – عبد الباقي إبراهيم محمود، دور الوقف في تنمية المجتمع المدني، سلسلة الرسائل الجامعية، رسالة دكتوراه، نشر الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، 2006، ص 110 – 135.

الاهتمام العام والخاص، فعقدت الندوات و المؤتمرات واشتغل الباحثون في إعداد البحوث و الدراسات التي تبرز أدوار الوقف في الماضي وما يمكن أن يساهم به في المستقبل، إضافة إلى التركيز على مراجعة أحكام الوقف بما يلاءم المستجدات، كما توجهت الدول الإسلامية إلى الاهتمام بضبط نظام الوقف، وكان من الأولويات وضع نظام قانوني خاص من شأنه حماية الأملاك الوقفية والمحافظة عليها.

وعلى غرار ما أصاب الأوقاف في الدول الإسلامية ساهم الاحتلال الذي طال أرض الجزائر في تراجع الدور الحضاري للوقف في الجزائر، بسبب مصادرة الأوقاف في محاولة للقضاء على الهوية الإسلامية التي يعتبر الوقف أحد معالمها البارزة، و في ظل الدولة المستقلة حديثا وبسبب غياب إطار قانوني ينظم الملكية الوقفية ويحميها، عانت الملكية الوقفية لفترة طويلة من الإهمال و سوء الإدارة و عدم الاهتمام بها كثروة وطنية يكونها المجتمع وتعود منافعها إليه.

لاحقا تكون لدى الدولة الجزائرية –على نهج غيرها من الدول الإسلامية– وعي بأهمية الملكية الوقفية و ضرورة إعطائها المكانة اللائقة بها كتراث إسلامي، وكثروة وطنية، وكمؤسسة اجتماعية قائمة بذاتها قادرة على المساهمة في تحقيق التنمية الشاملة للمجتمع الجزائري، فتجدد الاهتمام بالملكية الوقفية بالاعتراف بها كإطار قانوني للتنازل عن الملكية يقوم إلى جانب الملكيتين العامة والخاصة، بحيث يحمي القانون و جودها وتخصيصها، وهو ما كرسه دستور سنة 1989 حيث نص في المادة 49 منه: "الأملاك الوقفية وأملاك الجمعيات الخيرية معترف بها ويحمي القانون تخصيصها." وفي هذا الإطار صدر قانون الأوقاف 91 – 10[1] الذي جاء بغاية ترتيب وتبويب كافة الأحكام العامة للملكية الوقفية وصياغتها في مواد قانونية تحدد القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية و تسييرها وحفظها وحمايتها، وهو ما من شأنه أن يعطي للملكية الوقفية بعدا قانونيا ويوفر لها حصانة وحماية فعالة لوجودها و استمرارها وتطورها.

والحقيقة أن الإهمال التشريعي الذي تعرضت له الأملاك الوقفية في الجزائر قبل الاستقلال ومباشرة بعده ترتبت عليه نتائج سلبية فيما يتعلق بوجود الملكية الوقفية واستمرارها في

[1] – قانون مؤرخ في: 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991، (الجريدة الرسمية رقم 21، مؤرخة في 08 مايو سنة 1991، ص 690.).

أداء الأدوار المنوطة بها، حيث تعرضت في معظمها للاندثار ومحو معالمها، وضاعت وثائقها الثبوتية مما سهل الاستيلاء عليها وإدعاء ملكيتها، ولم يعد بالإمكان معرفة شروط الواقفين بخصوص كيفية استغلالها وتوزيع ريعها، لذلك فإن خطوة الدولة الجزائرية في تنظيم أحكام الملكية الوقفية ضمن تشريع مستقل، يعبر عن الأهمية القانونية للملكية الوقفية ويعكس الرغبة الجادة في النهوض بها، حيث يفترض في صياغة القواعد المنظمة للملكية الوقفية أن تأخذ بالاعتبار من جهة مقصد الرغبة في استعادة الضائع من الأملاك الوقفية، وتجسيد إطلاق قدرات الأوقاف لخدمة و تنمية المجتمع من جهة أخرى.

أهمية موضوع البحث:

إن الملكية الوقفية متعددة الجوانب ففيها ناحية دينية بوصف الوقف صدقة يتقرب بها إلى الله عز وجل تؤول في النهاية إلى جهة بر لا تنقطع، وهو بذلك نوع من القربات التي تجد أحكامها في التشريع الإسلامي، كما أنه ينشأ بإرادة الواقف الحرة المستقلة كتصرف تبرعي، مما يبرز الجانب الشخصي فيه من حيث شروط الأهلية و سلامة التصرف القانوني، وبالنظر إلى أن محله لابد أن يكون مالا متقوما غير مخالف للنظام العام، فيبرز الجانب العيني فيه، كما أن حفظ الأملاك الوقفية ورعايتها واستغلالها وتنميتها وصرف ريعها إلى المستحقين وفق إرادة الواقف، يحتاج إلى وجود شخص يتولى القيام بذلك هو متولي الوقف الأمين على أمواله و النائب عنه في رعاية شؤونه في أصله وغرضه و الذي يفترض مسائلته مدنيا عن إخلاله بالتزاماته المفروضة عليه، وككل علاقة في المجتمع ينظمها القانون تثور النزاعات بشأنها فيسري حكم القانون عليها، فإن منازعات الأوقاف لابد لها من قواعد إجرائية خاصة تضع الأملاك الوقفية في مركز قوي يحمي خصوصيتها.

إن هذا التعدد في جوانب الملكية الوقفية التي تعتبر في مجملها ذات طبيعة مدنية، يضفي على الملكية الوقفية الطبيعة المدنية، وهو ما يعطي لدراسة الحماية القانونية للملكية الوقفية من الناحية المدنية أهمية خاصة تدفع الباحث لاختيار هذا الموضوع للدراسة، بحيث تنعكس الوضعية القانونية التي يوجد عليها هذا الصنف من الملكية على تحقيق الأهداف الاجتماعية والاقتصادية المتوخاة منها، حيث تهتم الدراسة بتقييم والبحث عن الآليات القانونية من الناحية المدنية الكفيلة بحماية ما يوجد من ثروة وقفية والتشجيع على إنشاء المزيد منها،

وهو ما من شأنه توسيع رصيد الملكية الوقفية كثروة وطنية قادرة على تلبية المزيد من الحاجات المتجددة للمجتمع.

أسباب اختيار موضوع البحث:

بالإضافة إلى أهمية الموضوع المشار إليها، فإن اختياري لدراسة موضوع الحماية القانونية للأملاك الوقفية من الناحية المدنية، تدفعني إليه مجموعة من الأسباب تعكس خصوصية الموضوع و أهميته العلمية والعملية، والتي تتجسد في الآتي:

– شح الكتابات القانونية في موضوع الملكية الوقفية، وما يوجد منها لا يعدو أن يكون مجرد تطرق عرضي للموضوع في بعض المراجع القانونية العامة المتعلقة بموضوع الملكية، أو تناولا للموضوع من جانبه الفقهي، على الرغم من أن موضوع الوقف أثار ويثير العديد من الإشكالات الواقعية و التي لا يمكن إيجاد الحلول لها في معزل عن الواقع الذي وجدت في ظله، بحيث يلعب القانون الوطني دوره في التوجيه للحلول الملائمة.

– إذا كانت هناك بعض الدراسات التي قام بها باحثون جزائريون ركزوا فيها على النظام القانوني للملكية الوقفية في القانون الجزائري، إلا أنها إضافة إلى قلتها فإنها جاءت عامة، لذلك جاء هذا البحث مركزا على دراسة الوقف في جانبه القانوني في الشق المدني، وإثراء هذا الجانب بالاعتماد على النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع وتناولها بالتحليل و التفسير والنقد ومقابلتها مع غيرها من النصوص التشريعية و الآراء الفقهية، وكذلك استفاد البحث مما توفر من وثائق ومعطيات واقعية، إضافة إلى ما صدر في الموضوع من أحكام قضائية تم تناولها بالتعليق، لتكون هذه الدراسة مساهمة في دعم الجهود البحثية في النهوض بالملكية الوقفية.

– إن وضوح الرؤية العلمية لموضوع الملكية الوقفية و الوعي بالإشكالات التي يثيرها، من شأنه المساهمة في إيجاد الحلول العلمية و العملية لهذه الإشكالات و إعادة الملكية الوقفية إلى دائرة الاهتمام الذي يليق بها، لتعود إلى القيام بوظيفتها التكافلية والمقاصدية التي شرعت لأجلها.

إشكالية البحث:

على الرغم من وضوح الطبيعة المدنية للملكية الوقفية إلا أن القانون المدني لم يتضمن التفصيل في أحكام الملكية الوقفية، وبالتالي هو لم يتضمن أي أحكام خاصة ترمي إلى حماية الملكية الوقفية مدنيا، و لعل السبب في ذلك أن الوقف كتصرف مستمد من أحكام الشريعة

الإسلامية مما يجعله يخضع لقانون الأحوال الشخصية، حيث تضمن قانون الأسرة الجزائري مجموعة من الأحكام التي تنظم الوقف بالنظر إليه كتصرف تبرعي كالوصية و الهبة التي أحال القانون المدني تنظيمها إلى قانون الأحوال الشخصية، كما أن إعادة تنظيم موضوع الوقف بقانون خاص، يفترض أن تستوعب الحماية القانونية للملكية الوقفية في هذا القانون شمولية تنظيم كافة المسائل المدنية لهذا الصنف من الملكية، بحيث تغني عن الرجوع إلى أحكام القانون المدني، خاصة وأن قانون الأوقاف 91 – 10 نص في مادته الثانية أن ما لم يرد في شأنه نص يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما يحيلني على إشكالية البحث الرئيسية، حيث تتمحور في التساؤل حول:

هل التنظيم القانوني الحالي للملكية الوقفية قادر على ضمان الحماية اللازمة لهذا الصنف من الملكية بما يجعله يضطلع بالأدوار المنوطة به؟

حيث تتفرع عن هذه الإشكالية جملة من التساؤلات الجزئية، أهمها:

– إلى أي مدى استطاعت النصوص القانونية الخاصة بتنظيم الملكية الوقفية احتواء ومعالجة مختلف المسائل المدنية المتعلق بالملكية الوقفية؟

– ما هي مواطن القصور في التنظيم الحالي لقواعد حماية الملكية الوقفية؟

– هل الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد بشأنه نص يتلاءم مع ظروف وواقع الملكية الوقفية في بلد التشريع؟

– هل أن الأحكام القضائية على المستوى التطبيقي كانت ناجعة في تأكيد الحماية القانونية للملكية الوقفية؟

فرضية البحث:

إن الفرضية التي يقوم عليها هذا البحث، إجابة على إشكاليته، هي أن التنظيم القانوني الحالي لا يحتوي على قواعد قادرة على توفير الحماية القانونية المرجوة للأملاك الوقفية، سواء على مستوى زيادة رصيد الثروة الوقفية بالتشجيع على إنشائها، أو على مستوى حماية ما يوجد من ثروة وقفية و ضمان استمرارها في العطاء و تطويرها و تنميتها، ومن جهة ثانية فإن القواعد القانونية التي جاء بها قانون الأوقاف جاءت غير شاملة لكافة المسائل التي يثيرها الملك الوقفي بمناسبة إنشائه و ما يترتب عليه من آثار بعد إنشاءه.

المنهج المتبع في البحث:

تحقيقا لأهداف الدراسة فقد اعتمدت على المنهج التحليلي الذي قمت من خلاله بتحليل الآراء الفقهية والقواعد القانونية ومناقشتها ونقدها واستخراج الأحكام المناسبة منها، كما اعتمدت على المنهج الاستقرائي الذي قمت من خلاله بتتبع المعلومات المتفرقة في كتب الفقه الإسلامي و كذلك في النصوص التشريعية المتعلقة بموضوع الملكية الوقفية و الأحكام القضائية، وقمت باستقراء الأحكام الفقهية المتفرقة كلما احتجت إلى الخروج بفكرة موحدة.

كما استعنت بأسلوب المقارنة لإجراء مقارنة من حين لآخر بين قواعد القانون الجزائري و بعض القوانين المنظمة للأوقاف في الدول العربية الإسلامية للاستفادة من تجاربها، وكذلك لإجراء مقارنة بين بعض القواعد القانونية وما يقابلها من قواعد فقهية شرعية.

صعوبات البحث:

وكأي دراسة جادة لا تخلو من مصاعب، فقد واجهت بمناسبة إنجاز هذا البحث بشكل خاص صعوبتين:

– أنني على الرغم من استفادتي من كثير من المراجع الفقهية القديمة والحديثة في موضوع الوقف، إضافة إلى أن الأبحاث المنشورة حول عدة مواضيع مختلفة حول الوقف و إشكالاته القديمة والمستحدثة كان له دور مهم في إثراء البحث، حيث استفدت من ندوات و مؤتمرات الأوقاف، ومنتديات قضايا الوقف التي تعقد دوريا وتتخصص فقط في موضوع الأوقاف، إضافة إلى الأبحاث المنشورة في مجلة أوقاف و هي مجلة دولية دورية متخصصة في الوقف، إلا أن المراجع القانونية في الموضوع كانت قليلة و غير متخصصة.

– إذا كانت الدراسة تنصب بالدرجة الأولى على الجوانب القانونية للوقف فإن التطرق إلى الجوانب الشرعية و الرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي يكون ضروريا في الحالات التي لا يوجد فيها نص قانوني خاص ينظم موضوع الملكية الوقفية، أو بالنظر للاختلاف في النتائج التي تصب في حماية الملكية الوقفية بين ما هو مقرر في التشريع مقارنة بما تقرره القواعد الشرعية، وبالنظر إلى أن الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية لم يحصرها القانون الجزائري في مذهب واحد محدد، لذلك في كل مرة احتجت فيها إلى الرجوع إلى الأحكام الشرعية وجدتني أعتمد في الغالب على الأحكام كما هي مقررة في المذاهب الأربعة، وأحرص على أخذ آراء كل مذهب

من كتبه المعتمدة الموثوق بها، غير أنه لا يخفى ما واجهته من صعوبة البحث في الكتب الفقهية لمختلف المذاهب الأربعة، وذلك بالنظر لتناولها لأحكام الوقف دون تبويب و ترتيب منهجي، أو دون فهرسة للعناوين، أو بإحالة بعض مسائله إلى مواضيع أخرى، مع ذلك في بعض المسائل الفقهية فقد أحلت بشأنها إلى بعض المراجع الفقهية الشرعية التي استمد أصحابها الأحكام الشرعية بالرجوع إلى كتب المذاهب الفقهية.

تقسيم البحث:

إن هذه الدراسة تهدف إلى بيان مواطن القصور في التنظيم الحالي لقواعد حماية الملكية الوقفية، ومحاولة اقتراح الحلول والبدائل بما يساهم في دعم الجهود في النهوض بالملكية الوقفية و إعادتها إلى دائرة الاهتمام الجاد، وعلى ضوء الفرضيات المشار إليها فسيكون موضوع الدراسة مقسما إلى بابين بالإضافة إلى مقدمة البحث و خاتمته.

بالنسبة للباب الأول أتطرق فيه إلى التنظيم القانوني لقواعد إنشاء الملك الوقفي، وقد قسمته إلى ثلاث فصول، بينت في الفصل الأول مفهوم الملك الوقفي والتطور التاريخي للتنظيم القانوني لإنشائه في الجزائر ، و في الفصل الثاني تطرقت للوسائل القانونية لتكوين الملك الوقفي، أما في الفصل الثالث فقد حددت الآثار القانونية المترتبة على تكوين الملك الوقفي.

أما الباب الثاني فخصصته للتنظيم القانوني لآ ليات المحافظة على استمرار وجود أصل الملك الوقفي وقيمته، وقد قسمته بدوره إلى ثلاث فصول، خصصت الفصل الأول للتنظيم القانوني لأعمال الإدارة الواردة على الملك الوقفي بما يجعله مستمرا في العطاء و در المنافع، بينما خصصت الفصل الثاني للتنظيم القانوني لكيفيات تثبيت الوضعية القانونية للأملاك الوقفية بما يحمي وجودها واستمرار هذا الوجود، وفي الفصل الثالث تطرقت للتنظيم القانوني لحماية الأملاك الوقفية مدنيا في مواجهة أشكال التعدي على أصل الملك الوقفي والتي يكون من شأنها إفقاده أو الإنقاص من قيمته.

أما الخاتمة فقد جاءت متضمنة خلاصة لأهم النتائج التي توصلت إليها من خلال البحث، إضافة إلى بعض الاقتراحات.

الباب الأول: التنظيم القانوني لقواعد إنشاء الملك الوقفي

إن من وظائف القانون حماية المجتمع بالعمل على تنظيم العلاقات المختلفة داخله، ذلك أن المجتمع بحاجة إلى معايير ومبادئ يرجع إليها للحفاظ على الحقوق داخله، و اعتراف القانون بالوقف كنظام إسلامي قائم بذاته، يقوم على تحقيق مصلحة المجتمع و أفراده، فيحتاج للتنظيم القانوني الأمثل له، بما يشجع على إنشائه و الاستفادة من قدراته في خدمة وتنمية المجتمع.

وفي إطار حركة تقنين الوقف التي ترسخت في ظل الدولة الحديثة التي تسعى نحو استعادة دوره الحضاري وإطلاق قدراته في خدمة وتنمية المجتمع، وكأي ظاهرة قانونية لابد و أن تمر بمراحل يختلف فيها وضعها الناشئ عن وضعها المتطور تبعا للتغيرات التي تلاحقها، فإن التنظيم القانوني للوقف بدوره لابد أن يراعي استمداد أحكامه بما يتلاءم مع روح الشريعة الإسلامية بوصفها المصدر الأساسي الذي يستمد منه مشروعيته، وبما يتلاءم مع المتغيرات و المعطيات الواقعية، مع الأخذ بالاعتبار الخلفيات التاريخية التي كان لها أثرها في تطور أحكامه في الجزائر.

لذلك إذا أريد للقانون أن يؤدي دوره في التشجيع على إنشاء الأملاك الوقفية انطلاقا من الوعي بأهميتها، فإن ذلك لا يتحقق إلا من خلال وضوح الرؤية القانونية للقواعد المنظمة لإنشاء الملك الوقفي، سواء من حيث حقيقته، أو وسائل تكوينه، أو الآثار المترتبة على إنشائه على الوجه الصحيح، وهو ما من شأنه أن يجعل وجوده في إطار المشروعية القانونية التي يتوفر له معها الحماية القانونية اللازمة، وعلى الوجه الذي يضمن له وجوده واستمراره.

وهكذا يتحدد مضمون هذا الباب في تحديد معنى و حقيقة الملك الوقفي بالتطرق إلى مفهومه و التطور التاريخي للتنظيم القانوني له في الجزائر بداية، ثم تحديد وسائل تكوين الملك الوقفي التي من شأنها فتح المجال للتشجيع على تفعيل إنشائه، وكأي ظاهرة قانونية يهدف التنظيم القانوني لتكوينها إلى ترتيب آثار قانونية معينة بمجرد تكوينها بالشكل الصحيح الذي يحدده القانون، يكون ضروريا التطرق كنتيجة للآثار القانونية المترتبة على تكوين الملك الوقفي.

فيأتي تقسيم هذا الباب إلى ثلاث فصول على النحو الآتي:

الفصل الأول: مفهوم الملك الوقفي والتطور التاريخي للتنظيم القانوني لإنشاءه في الجزائر.

الفصل الثاني: الوسائل القانونية لتكوين الملك الوقفي.

الفصل الثالث: الآثار القانونية المترتبة على تكوين الملك الوقفي.

الفصل الأول: مفهوم الملك الوقفي والتطور التاريخي للتنظيم القانوني لإنشاءه في الجزائر

إذا كان التشجيع على إنشاء الملك الوقفي يكون بالدرجة الأولى بتحديد و ضبط مفهومه الذي يتحقق به وجوده كنظام قانوني قائم بذاته (المبحث الأول)، فإنه يأخذ بعين الاعتبار أن تنظيم الأملاك الوقفية في الجزائر يستند إلى معطى أساسي يتمثل في الظروف التاريخية التي مرت بها الملكية الوقفية في الجزائر، مما جعلها تتميز بوضعية خاصة فرضت على التنظيم القانوني التكيف معها ومراعاتها، سواء فيما تعلق بتكوينها، أو إثبات وجودها، أو آليات حمايتها والمحافظة عليها، بحيث تعتبر الخلفيات التاريخية من العوامل الأساسية التي لها بالغ الأثر في صياغة المحددات القانونية للتنظيم القانوني لفكرة ما، بما ينعكس سلبا أو إيجابا على تشكل وتطور التنظيم القانوني لها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم الملك الوقفي

الملك الوقفي هو اسم المفعول أو المعنى الاسمي للفظ (الوقف)، وهذا الأخير يشيع استعماله في الكتب الفقهية، والتنظيمات القانونية بهذا المعنى، أو بمعنى التصرف المنشأ للملك الوقفي، أي بمعناه المصدري، فلفظ (الوقف) عندما يطلق ينصرف إلى معناه الاسمي أي المال أو الملك الوقفي، و إما أن يراد به معناه المصدري، أي باعتباره تصرفا منشأ[1].

ولما كان موضوع الدراسة هو الوقف بمعناه الاسمي، فإن المصطلح الذي سيعتمد في أغلب البحث هو الملك الوقفي و الذي يتحدد مفهومه من خلال تعريفه (المطلب الأول)، و تحديد أنواعه (المطلب الثاني)، و تحديد طبيعته القانونية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف الملك الوقفي

بالنظر لاستمداد نظام الوقف من أحكام الشريعة الإسلامية فإن تحديد المعنى الكامل والدقيق للملك الوقفي لا يتحقق إلا بالتطرق لمعناه اللغوي (الفرع الأول)، ثم معناه الاصطلاحي الفقهي (الفرع الثاني)، ومن ثم معناه الاصطلاحي القانوني (الفرع الثالث).

---

[1] – اصبيحي عبد الرزاق، (دراسة قانونية لعشر قضايا إشكالية في مدونة الأوقاف المغربية)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الثانية عشرة، العدد 22، مايو 2012، ص 15.

الفرع الأول: المعنى اللغوي للملك الوقفي

يتحدد المعنى اللغوي للملك الوقفي بالتطرق للمعنى اللغوي للملك (أولا)، ثم المعنى اللغوي للوقف (ثانيا).

أولا: المعنى اللغوي للملك

الملك بفتح الميم وكسرها وضمها في اللغة: هو احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به[1]. وملك الشيء ملكا، حازه وانفرد بالتصرف فيه، وجمعه أملاك[2].

ثانيا: المعنى اللغوي للوقف

الوقف لغة: هو الحبس، مصدر قولك وقفت الشيء إذا حبسته ، ووقفت الدابة ، ووقفت الأرض على المساكين، وقفا: حبسها، أما أوقف فهي لغة رديئة ، فيقال وقفت الشيء أقفه وقفا، ولا يقال أوقفت إلا على لغة رديئة، فالفعل وقفت هو الصحيح المشهور[3].

ويطلق الوقف ويراد به الموقوف، فقد اشتهر إطلاق المصدر على الشيء الموقوف نفسه ، من قبيل إطلاق المصدر وإرادة اسم المفعول، فيقال هذه الدار وقف أي موقوفة، لذا جاز جمع الوقف على أوقاف ووقوف[4].

والوقف (إسما): الحبس والمنع، وحبس الفرس في سبيل الله وأحبسه فهو محبس وحبيس، وكل ما حبس بوجه من الوجوه فهو حبيس، يقع على كل شيء وقفه صاحبه وقفا محرما لا يورث ولا يوهب ولا يباع...يحبس أصله وقفا مؤبدا، وتسبل ثمرته تقربا إلى الله عز و جل[5].

وقد درج العرف الفقهي على استعمال لفظي الوقف و الحبس بمعنى واحد، غير أن الشائع في بلاد المغرب العربي استعمال لفظ حبس[6].

---

[1]– مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص 886.

[2]– ابن منظور، لسان العرب، المجلد العاشر، دار صادر، بيروت، (د.ت)، ص 492.

[3]– الأزهري أبي منصور محمد بن أحمد، تهذيب اللغة، تحقيق عبد السلام هارون ومحمد علي النجار، ج 9، الدار المصرية للتأليف و الترجمة، القاهرة، (د.ت)، ص 333.

[4]– بن صالح الصالح محمد بن أحمد ، الوقف في الشريعة الإسلامية و أثره في تنمية المجتمع، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 2001، ص 19.

[5]– ابن منظور، لسان العرب، المجلد السادس، دار صادر، بيروت، (د.ت)، ص 44 – 45.

[6]– سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى للإمام مالك بن انس، ج 15، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ، ص 98.

الفرع الثاني: المعنى الاصطلاحي الفقهي للملك الوقفي

يتحدد المعنى الاصطلاحي الفقهي للملك الوقفي بالمعنى الاصطلاحي للملك (أولا)، والمعنى الاصطلاحي للوقف (ثانيا).

أولا: المعنى الاصطلاحي الفقهي للملك أو الملكية*

تعددت واختلفت تعريفات الفقه الشرعي في تحديد المعنى الاصطلاحي الشرعي للملك، أهمها أنه: "العلاقة التي أقرها الشارع بين الإنسان والمال، وجعله مختصا به بحيث يتمكن من الانتفاع به بكل الطرق السائغة له شرعا، وفي الحدود التي يبينها الشرع الحكيم."[1].

لذلك فإن الملك من جهة ليس شيئا ماديا وإنما هو حق من الحقوق التي أقرها الشارع، بخلاف المال ذو المفهوم المادي ، و الذي يعتبر هو موضوع الملك ، ومن جهة أخرى فهو علاقة شرعية بين الإنسان وشيء ما، أو اختصاص يمنح الشخص الحق بالتصرف والقدرة على الانتفاع به إلا لمانع، ولذلك فإن أهم ما يميز الملكية هو سلطة التصرف[2].

و يشيع في الاصطلاح الفقهي القانوني استعمال مصطلح (حق الملكية) للتعبير عن معنى الملك الذي يشيع استعماله في الاصطلاح الفقهي الشرعي، غير أن مضمون حق الملكية في فقه القانون الوضعي يشمل ملك العين ومنفعتها جميعا، أما ما عداه من أنواع الملك في الفقه الشرعي فلا يتناوله حق الملكية [3]، و لا يعدو إلا أن يكون من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية كما أوردها القانون، ولذلك يعرف حق الملكية بأنه : " الاستئثار بالشيء باستعماله وباستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون."[4].

---

* الملكية مصدر صناعي منسوب إلى الملك، والمصدر الصناعي هو كل لفظ جامد أو مشتق، زيد في آخره ياء مشددة، بعدها تاء تأنيث مربوطة، ليدل على معنى مجرد هو مجموع الصفات الخاصة بذلك اللفظ. بن محمد العمري فهد بن عبد الله، نزع الملكية الخاصة و أحكامها في الفقه الإسلامي، طبع الإدارة العامة للثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2003، هامش (1)، ص 29.

[1]– أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ت)، ص 71 – 72.

[2]– اسماعيل يحي عيسى عبده أحمد، الملكية في الإسلام، دار المعارف، القاهرة، (د.ت)، ص 35.

[3]– الخفيف علي، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص 25 – 26.

[4]– السنهوري عبد الرزاق أحمد ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثامن، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009 ، ص 493.

ثانيا: المعنى الاصطلاحي الفقهي للوقف

تعددت المعاني الاصطلاحية للوقف في الفقه الشرعي والقانوني على النحو الآتي:

1- تعريف الوقف في فقه المذاهب الأربعة

لم يركز الفقهاء على الاعتناء بالتفرقة بين معنيي الوقف الإسمي و المصدري للترابط الشديد بينهما، بينما اختلفوا في تعريف الوقف تبعا لاختلافهم بشكل خاص في فهم حقيقته بين الإسقاط والتمليك، ومن حيث لزومه، و تأبيده، وملكية العين الموقوفة، وفقا للتفصيل الآتي:

أ- تعريف الوقف عند الفقهاء الحنفية

يعرف الوقف في المذهب الحنفي بتعريفين مختلفين ، وذلك تبعا لاختلافهم في مسألتين جوهريتين هما: رجوع الواقف في وقفه وخروج ملكية الوقف من ملك الواقف، على النحو الآتي:

- عرفه الإمام أبو حنيفة: "حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة."[1] فالوقف عندهو تبرع مقصور على منافع الموقوف دون رقبته ، مما يترتب عليه عدم لزوم الوقف ، وبقاء الوقف على ملك الواقف يسترده متى شاء، ويورث عنه.

- عرفه الإمامين أبو يوسف ومحمد بن الحسن بأنه: "حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة."[2] فالوقف عند الصاحبين إسقاط لملكية الوقف عن ملك الواقف إلى حكم ملك الله تعالى، فلا تؤول بذلك إلى الموقوف عليه، مما يترتب عليه عدم جواز التصرف في الموقوف لا من الواقف ولا من الموقوف عليه[3].

ب- تعريف الوقف عند الفقهاء المالكية

يكاد يكون الإجماع في المذهب المالكي على تعريف الإمام ابن عرفه بأن الوقف هو: "إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا ."[4] فالوقف عندهم يسقط منفعة الوقف لمصلحة الموقوف عليهم، ويقطع حق التصرف في الملكية[5].

---

[1]- السرخسي شمس الدين، المبسوط، ج 12، دار المعرفة، بيروت، 1989، ص 27.

[2]- الطرابلسي برهان الدين إبراهيم، الإسعاف في أحكام الأوقاف، ط 2، مطبعة هندية، مصر، 1902، ص 05.

[3]- ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، ج 6، دار عالم الكتب، الرياض، (د.ت)، ص 518 – 519.

[4]- التسولي أبي الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، ص 367.

[5]- القرافي شهاب الدين أحمد، الذخيرة، تحقيق سعيد أعراب، ج 6، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994، ص 328.

ج – تعريف الوقف عند الفقهاء الشافعية

تقاربت تعريفات فقهاء المذهب الشافعي للوقف، حيث يمكن إجمالها في تعريف الشيخ شهاب الدين القليوبي أنه: "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه على مصرف مباح ."[1] فالوقف عندهم يؤدي إلى منع التصرف في رقبة العين الموقوفة بخروجها عن ملك واقفها[2].

د- تعريف الوقف عند الفقهاء الحنابلة

يعرف أغلب الفقهاء الحنابلة الوقف بأنه: "تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة – وفي قول (الثمرة)–."[3] حيث يظهر فيه القدر المشترك بين صيغ تعريف الوقف المتعددة، وهو أن الوقف محبوس عينه، ومسبل ثمرته ونفعه لمن عينه الواقف ابتغاء مرضاة الله تعالى، أو نفع من يريد نفعه من قريب أو بعيد[4].

لذلك عد تعريف الفقهاء الحنابلة أرجح تعريفات الوقف، خاصة وأنه اقتصر على ذكر حقيقة الوقف دون الدخول في التفصيلات بما من شأنه أن يخرج التعريف عن دلالته وغرضه، فماهية الوقف وفقا لهذا التعريف هي تحبيس الأصل ومنع التصرف فيه، والتصدق بالمنفعة على نحو الاستمرار والتأبيد[5].

---

[1]– القليوبي شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة وعميرة شهاب الدين أحمد البرلسي، حاشيتا القليوبي وعميرة على كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، ج 3، ط 3، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1956، ص 79.

[2] – القضاة منذر عبد الكريم، أحكام الوقف (دراسة قانونية فقهية مقارنة)، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص 45.

[3]– ابن مفلح الحنبلي أبي اسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المبدع في شرح المقنع، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، ج 5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص 151. كذلك: المرداوي علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، صححه وحققه محمد حامد الفقي، ج 7، (دون دار نشر)، 1956، ص 03.

– هذا التعريف مقتبس من قول النبي (صلى الله عليه وسلم) لعمر بن الخطاب (رضي الله عنه): "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها." ورد في حديث وقف عمر (رضي الله عنه) الذي أخرجه الإمام مسلم في صحيحه: (روى عن ابن عمر (رضي الله عنهما) أنه قال: أصاب عمر أرضا بخيبر، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله إني أصبت أرضا بخيبر، لم أصب مالا قط هو أنفس عندي منه، فما تأمرني به؟ قال: ((إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها))، قال فتصدق بها عمر أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يورث، ولا يوهب، قال: فتصدق عمر في الفقراء، وفي القربى، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف.). الإمام مسلم، صحيح مسلم، حديث رقم: 1632، ص 770.

[4]– الحداد أحمد بن عبد العزيز، من فقه الوقف، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، 2009، ص 16.

[5]– أبا الخيل سليمان بن عبد الله، الوقف في الشريعة الإسلامية، جامعة نايف العربية، الرياض، 2008، ص 10.

2- تعريف الوقف في الفقه الحديث

استمد أغلب فقهاء القانون الوضعي والاقتصاد الإسلامي والشريعة الإسلامية المحدثين تعريفهم للوقف من التعريفات الفقهية الشرعية المستمدة من فقه المذاهب الإسلامية الأربعة، غير أنهم زادوا عليها ما يجعلها مواكبة لمستجدات كل عصر، وأهم التعريفات:

- تعريف الإمام أبو زهرة محمد: "الوقف هو منع التصرف في رقبة العين التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداء وانتهاء."[1].

- تعريف الأستاذ الزرقا مصطفى أحمد: "حبس العين على حكم ملك الجهة الخيرية الدائمة الموقوف عليها، والتصدق بالمنفعة."[2].

- عرفه الأستاذ قحف منذر من حيث حقيقته القانونية وطبيعته الاقتصادية ودوره الاجتماعي بأنه: " الوقف: هو حبس مؤبد و مؤقت، لمال للانتفاع المتكرر به أو بثمرته في وجه من وجوه البر العامة أو الخاصة ." أما من حيث مفهومه الاقتصادي فقد عرفه بأنه هو: " تحويل للأموال عن الاستهلاك واستثمارها في أصول رأسمالية إنتاجية، تنتج المنافع والإيرادات التي تستهلك في المستقبل، جماعيا أو فرديا."[3].

- تعريف الأستاذ صالح المالك: "الوقف من حيث مضمونه الاقتصادي هو ثروة إنتاجية من أجل التوظيف الاستثماري على سبيل الديمومة والاستمرارية يمنع بيعه واستهلاك قيمته، و يمنع تعطيله عن الاستغلال، كما يحرم التعدي عليه، فهو ليس ملكا جامدا في الحاضر ولكنه استثمار تراكمي يتزايد يوما بعد يوم."[4].

و يظهر جليا أن هذه التعريفات تدور حول فكرة رئيسية واحدة وهي فكرة حبس أصل الوقف ومنع التصرف فيه بما يضمن استمراره وديمومته، وتسبيل المنفعة في وجوه البر والخير، أما ما تفرد به كل تعريف فتمثل في التصور للطريقة التي تتحقق أو تتجسد بها الفكرة الرئيسية.

---

[1]- أبو زهرة محمد، محاضرات في الوقف، ط 2، دار الفكر العربي، 1972، ص 07.

[2]- الزرقا مصطفى أحمد، أحكام الوقف، الجزء الأول، ط 2، دار عمار، عمان، 1998، ص 34 – 35.

[3] – قحف منذر، الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تنميته، ط 2، دار الفكر، دمشق، 2006، ص 62 و 66.

[4] – صالح المالك، (تنمية موارد الوقف والمحافظة عليها)، بحث مقدم لمؤتمر الأوقاف الأول في المملكة العربية السعودية، تنظمه جامعة أم القرى بالتعاون مع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد في مكة المكرمة، في الفترة بين 04 – 07 شعبان عام 1422 هـ الموافق 20 – 23 أكتوبر سنة 2001 م، ص 71 من كتاب المؤتمر.

الفرع الثالث: التعريف الاصطلاحي التشريعي للملك الوقفي

عرف المشرع الجزائري الوقف بأكثر من تعريف وفي أكثر من قانون، ومن زوايا مختلفة، كما أن مصطلح وقف جاء بعدة معاني: فتارة بمعنى التصرف المنشأ، وتارة بمعنى محل التصرف أي المال الموقوف، وتارة بمعنى الملك المستقل المتمتع بالشخصية المعنوية.

فأول تعريف للوقف جاء بالنظر إليه كتصرف بموجب نص المادة 213 من قانون الأسرة[1] حيث جاء في نصها : "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق." وكذلك بموجب نص المادة 03 من قانون الأوقاف 91 – 10[2] عرف الوقف بالنظر إليه كتصرف، حيث جاء في نصها: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير.".

ومن خلال المقارنة بين التعريفين السابقين يبدو التعريف الأول أكثر وضوحا وإيجازا في تعريف الوقف، وهو أقرب إلى تعريف الوقف الذي رجحه الفقه وأخذت به معظم التشريعات العربية أي بمعناه " تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة"، أما التعريف الثاني فقد جاء أقل وضوحا، مفصلا لما لا يحتاج إلى تفصيل، وهو ما يثير إشكال الاختلاف في تفسير مقصد المشرع الجزائري من التعريف: فعبارة (عن التملك) في التعريف الثاني تفتح المجال للتساؤل حول مصير العين الموقوفة، بخلاف التعريف الأول الذي جاء بعبارة (عن التملك لأي شخص) التي يسهل أن يفهم منها خروج ملك المال الموقوف من ملك الواقف وعدم دخوله في ملك الموقوف وأيلولته على حكم ملك الشخص المعنوي فلا يبقى سائبا، كذلك فإن عبارة (على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير) متزيد فيها وهي غير دقيقة، باعتبار التصدق على الفقراء في حد ذاته أحد أوجه البر والخير، فكان يكفي التعبير بـ (التصدق بالمنفعة) والتي تعتبر بدورها أدق مما جاء في التعريف الأول الذي لم يحدد مضمون التصدق.

---

[1] – قانون رقم 84 – 11 مؤرخ في: 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، (الجريدة الرسمية رقم 24، مؤرخة في 12 يونيو سنة 1984، ص 910.).

[2] – معدل ومتمم بموجب القانون: رقم 01 – 07 المؤرخ في: 28 صفر عام 1422 الموافق ل 22 مايو سنة 2001، (الجريدة الرسمية رقم 29، مؤرخة في 23 مايو سنة 2001، ص 07.). و كذلك: بموجب القانون: رقم 02 – 10 المؤرخ في: 11 شوال عام 1423 الموافق ل 15 ديسمبر سنة 2002، (الجريدة الرسمية رقم 83، مؤرخة في 15 ديسمبر سنة 2002، ص 03.).

كذلك مما يعاب على التعريف الثاني أ نه استبدل مصطلح (المال) في التعريف الأول بمصطلح (العين)، ولاشك أن معنى المال أوسع وأشمل، فالعين تنصرف إلى ذات الشيء كالعقار والمنقول[1]، أما المال فينصرف إلى ذات الشيء ومنفعته، فهو ما يملك من جميع الأشياء، سواء كان عينا أو منفعة أو حقا [2]، و المشرع الجزائري نص في المادة 11 من قانون الأوقاف 91 – 10 أن محل الوقف يصح أن يكون عقارا أو منقولا أو منفعة، فمحل الوقف بهذا المعنى تصدق عليه صفة المال لا العين.

وخلافا لما ورد في قانون الأسرة و قانون الأوقاف 91 – 10 فقد تفرد قانون التوجيه العقاري[3] بتعريف الوقف بالنظر إليه كصنف مستقل من أصناف الملكية التي يعترف بها القانون، حيث نصت المادة 31 منه: "الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة أو مسجد أو مدرسة قرآنية سواء أكان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة أحد الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور ." و يعاب على هذا التعريف أنه حصر الأملاك الوقفية في الأملاك العقارية وحدها دون غيرها، ومن جهة أخرى يعاب على هذا التعريف ما ورد فيه من تزيد في تحديد الجهة التي يتم الوقف عليها، بحيث ضيق واسعا، وهو بهذا الشكل يكاد يخرج الوقف من مقصده وفكرته الأساسية التي يقوم عليها، كما أن عبارة (أحد الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور) تبدو غامضة وغير مفهومة.

وعلى الرغم من تعدد واختلاف تعريفات الوقف في التشريع الجزائري، فإنها يستنتج منها مسألتين أساسيتين في تحديد مفهوم الملك الوقفي وحقيقته:

– فالأولى تتمثل في أن المشرع الجزائري أكد على خاصية تأبيد الملك الوقفي في مختلف التعريفات، فيعتبر التأبيد بذلك جزءا من معنى الوقف ومفهومه وداخلا في مقتضاه، فيبطل الوقف قانونا إذا كان مؤقتا.

---

[1] – المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 641.

[2] – ابن منظور، لسان العرب، مجلد 11، مرجع سابق، ص 635.

[3]– قانون رقم 90 – 25 مؤرخ في: أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق ل 18 نوفمبر سنة 1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم، (الجريدة الرسمية رقم 49، مؤرخة في 18 نوفمبر سنة 1990، ص 1560.).

– أما الثانية فتتمثل في أهمية التفرقة وضرورتها بين مفهوم (الملك الوقفي) الذي يعتبر أعم من (المال)، هذا الأخير الذي سواء كان عينا أو منفعة يعتبر هو موضوع الملك الوقفي، وكذلك التفرقة بين (الملك الوقفي) والتصرف المنشأ له أي (الوقف) و الذي يعتبر أحد الأسباب الشرعية و القانونية لإنشاء الملك الوقفي.

فالملك بشكل عام ليس إلا اعتبارا شرعيا ليس له وجود أو حقيقة مادية، ولكنه يوجد حيث تقضي الشريعة أو القانون بوجوده [1]، فهو يتمثل في العلاقة التي أقرها الشارع بين الإنسان و المال وجعله مختصا به، فهو التمكن من الانتفاع، وهذا التمكين لا يكون إلا بسلطان من الشارع الذي يثبت الملك للأشخاص ويقرر لهم أسبابه [2]، وبناء على ذلك فيصح اعتبار الملك الوقفي اختصاصا قرره المشرع يرد على المال بحبس أصله وتسبيل منفعته.

المطلب الثاني: طبيعة الملك الوقفي

لا يخفى ما للملك الوقفي من جانب مالي أساسي ، متمثلا في موضوع الملك وهو المال الوقفي، وماله من جانب عيني يستمده من وصفه بأنه اختصاص أو صفة شرعية تنصب على شيء معين بالذات، ولذلك يندرج ضمن الحقوق المالية العينية بوصفها السلطة المباشرة للشخص على المال و التي يباشرها بنفسه دون وساطة، ولذلك فالمرجح هو أن الملك الوقفي يعتبر حق عيني، فهو لا ينشأ علاقة قانونية محصورة بين شخصين بموجبها يطالب المدين الدائن بأداء معين، بل يتجلى فيه الحق الثابت للشخص على الشيء في مواجهة الغير [3].

غير أن الحق العيني يسمح للشخص أن ينتفع بالشيء موضوع التسلط المباشر انتفاعا يتسع ويضيق بحسب نوعه، ففي حق الملكية يتمتع المالك بأوسع السلطات التي يمكن أن يتمتع بها الشخص من تصرف واستعمال واستغلال، أما ما يتفرع عن حق الملكية فيفتقد الحق العيني إلى سلطة التصرف في الأصل المنتفع به، وهكذا فإن الذي يعتبر محل خلاف هو هل هو حق ملكية أم أنه حق متفرع أو متجزئ عنها؟

---

[1] – الخفيف، مرجع سابق، ص 04.

[2] – أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 71 – 72.

[3] – الشامسي جاسم علي سالم، (مسائل قانونية في أحكام الوقف)، بحث مقدم لندوة الوقف الإسلامي المنعقدة بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، خلال الفترة من 06 – 07 ديسمبر 1997، ص 09.

و قد ناقش الفقه الشرعي طبيعة الملك الوقفي، ضمن ما اصطلحوا عليه حقيقة الوقف، واهتموا اهتماما بالغا بها بالنظر إليها كمسألة أساسية وأولية، يترتب على تحديدها استنباط أحكام الوقف، وجعلها متفقة ومتناسقة مع بعضها وغير متعارضة مع الفكرة الأساسية التي تقوم عليها، وما اختلاف أحكام الوقف بين مذهب وآخر إلا بحسب الاتجاه العام في فهم حقيقة الوقف، ولنفس السبب فإن تحديد طبيعة الملك الوقفي من الناحية القانونية هي من الأهمية، بحيث تسمح بتحديد طبيعة ونوع القواعد القانونية الواجب تطبيقها على الملك الوقفي.

لذلك فإن فهم حقيقة الملك الوقفي وطبيعته لا يتحقق إلا بالتطرق لكل من التكييف الفقهي (الفرع الأول)، و التكييف القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التكييف الفقهي للملك الوقفي

ناقش فقهاء المذاهب الأربعة حقيقة الوقف، واختلفوا في ردها إلى فكرة التبرع بالعين مع منع التصرف فيها، وبين إسقاط ملكية العين الموقوفة من أجل ضمان بقاء نفعها وتخصيصه لما وقفت له (أولا)، كما اختلفت وتباينت آراء الفقهاء المحدثين في تكييف الملك الوقفي وتحديد طبيعته القانونية بما يجعلها تتوافق مع طبيعته الشرعية، و بما يسمح بتأسيس أحكامه على أصل معين ترد إليه أحكامه من الناحية القانونية (ثانيا).

أولا: الاختلاف في تكييف حقيقة الملك الوقفي في فقه المذاهب الأربعة

يرد الاتفاق الفقهي على أن حقيقة الملك الوقفي في وقف المسجد أنها إسقاط ملك وصيرورته على حكم ملك الله تعالى[1]، وما عدا ذلك فهو محل اختلاف، على قولين:

1- القول بأن الوقف تبرع على وجه مخصوص

يتفق أصحاب هذا القول بأن الواقف يتبرع للجهة الموقوف عليها بما وقفه للانتفاع دون التصرف بالعين، غير أنهم اختلفوا حول ما إذا كان التبرع بالعين الموقوفة ومنافعها، أو بالمنافع فقط؟ واتجهوا في ذلك إلى رأيين: فهو إما تبرع بمنافع الموقوف، دون عينه أو تبرع بعين الوقف ومنافعها، على طريق الاحتباس الذي يمنع انتقال العين الموقوفة والتصرف فيها[2].

---

[1] – القرافي أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي، الفروق، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، ص 203.

[2]– القرني إبتسام بالقاسم عايض، (الوقف بين حكم ملك الله تعالى والملكية العامة)، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، المنعقد بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة في الفترة ما بين 03 و 05 يناير 2010، ص 190 من كتاب المؤتمر.

2- القول بأن الوقف إسقاط لحق ملكية الواقف

يتفق أصحاب هذا القول بأن الواقف يسقط بالوقف حقوق ملكيته في الموقوف، لتكون منافع هذه الملكية لما وقفت له [1]، غير أنهم اختلفوا من جهة في ماهية الإسقاط على قولين: فوفقا للقول الأول يقتصر الإسقاط على المنفعة مع بقاء الأصل على ملك الواقف، بينما وفقا للقول الثاني يشمل الإسقاط العين والمنفعة معا[2].

كما اختلفوا من جهة ثانية بناء على فكرة الإسقاط في ماهية التمليك في الوقف: فرأى البعض أن الوقف تمليك للمنافع دون العين الموقوفة، بحيث تبقى ملكية العين الموقوفة على حكم ملك الواقف أو على حكم ملك الله تعالى، بينما رأى البعض الآخر أن الوقف تمليك لأصل الوقف والمنافع معا للموقوف عليه[3].

وكنتيجة، فإنه على الرغم من الاختلاف الفقهي في فهم حقيقة الوقف، إلا أن هناك اتفاق على أمور مشتركة في تحديد حقيقة الوقف بين مختلف المذاهب، فلا خلاف في ضرورة أن يحقق الوقف مقصوده من انتفاع الموقوف عليه بمنافع أصل الوقف، وأن ذلك لا يمكن تحققه إلا بمنع أصل الوقف عن التصرف فيه، وفي نفس الوقت ألا يكون الوقف سائبة، ولذلك فإن من قال بحبس العين على ملك الواقف، أو على ملك الموقوف عليه، أو على حكم ملك الله تعالى استبقى على صفة الملك لأصل الوقف حتى لا يتحول إلى سائبة، و لذلك فإن المعنى في الأقوال على اختلافها واحد وغايتها واحدة، وهي ضمان استمرار انتفاع الموقوف عليه باستمرار احتباس أصل الوقف الذي يحتفظ بصفة الملك، وكل ما في الأمر أن الفقهاء اختلفت وجهات نظرهم حول ما يتحقق به احتباس الأصل و تسبيل منفعته، وعدم تحول الأصل إلى سائبة.

---

[1]- J.luccioni. Le habous ou waqf. Imprimeries Réunies de la (vigie marocaine) et du (petit marocain). Casablanca. 36 – 37.

[2] – عزام حمد فخري، (حقيقة الوقف)، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد السابع عشر، العدد الثامن، 2002، ص 18، مرفوع من موقع www.arablawinfo.com تم تحميله بتاريخ 05 – 11 – 2009 على الساعة 13:08.

[3] – دنيا شوقي أحمد، (استقلالية أعيان الوقف عن المال العام- الوسائل والغايات -)، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، المنعقد بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة في الفترة ما بين 03 و 05 يناير 2010، ص 625 – 627 من كتاب المؤتمر.

ثانيا: الاختلاف في تحديد طبيعة الملك الوقفي في فقه القانون الوضعي

تعددت آراء فقهاء القانون الوضعي حول طبيعة الملك الوقفي، على النحو الآتي:

– **يرى** الأستاذ الزرقا مصطفى أحمد: أنه بالوقف تنتقل ملكية العين الموقوفة إلى الجهة الخيرية الموقوف عليها باعتبار أنها شخصية حكمية، وذلك سواء في الوقف العام أو الخاص[1].

– يرى الأستاذ الزحيلي وهبه: أن الوقف ملك منفعة دائم، خلافا للأصل في ملك المنفعة والذي يكون مؤقتا، وهو يقابل حق الانتفاع في القانون الوضعي[2].

– يرى الأستاذ عزام حمد فخري: أن الوقف في حقيقته هو إسقاط يحمل معنى التمليك، فهو إسقاط للعين الموقوفة عن ملك الواقف وتمليك لمنافع الوقف للموقوف عليهم[3].

– يرى الأستاذ فيلالي علي: أنه يظهر من خلال تعريفات الوقف المتعددة و المتفاوتة في صياغتها أن الوقف هو تجزئة لملكية العين، حيث يتم الفصل بين ملكية رقبة العين من جهة والانتفاع بهذه العين من جهة أخرى ، حيث أنه بـالنسبة لملكية الرقبة ، تصبح العين الموقوفة بموجب عملية الوقف غير قابلة للتمليك، فهي ممنوعة من التصرف، وغير قابلة للتعامل، لذلك فإن الوقف يظل في نظر القانون الوضعي مجرد صورة من صور تقييد حق الملكية، وهي تهدف إلى منع التصرف بمال بسبب تخصيص منفعته، على سبيل التأبيد، لجهة من جهات الخير، ابتداء أو انتهاء[4].

– وكيف الأستاذ الشامسي جاسم علي سالم الملك الوقفي على أنه: حق عيني شبيه بحق الانتفاع، لأن التجزئة التي تحصل في العين عند وقفها تسوق إلى ذلك، فإذا تم الوقف تحبس

---

[1]– الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، دار القلم، دمشق، 1998، ص 365 – 366.

– المتأمل في هذا الرأي يستنتج العلة التي جعلته يلحق ملكية الوقف بالجهة الخيرية الدائمة، فقد راعى الأخذ بالإجماع الفقهي على أنه ليس للأشخاص الموقوف عليهم إلا تملك المنفعة دون رقبة الموقوف، ومن جهة أخرى أخذ بالاعتبار ألا يبقى الوقف سائبة بخروج ملكه من ملك الواقف إلى غير مالك. فلما أمكن اعتبار الجهة الخيرية التي لابد من وجودها بداية أو نهاية شخصا حكميا دائما، أمكن تمليكها عين الوقف تماشيا مع فكرة الشخصية الحكمية والنظريات الحقوقية فيها، ومع القواعد الفقهية نفسها.

[2]– الزحيلي وهبه، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج 9، ط 3، دار الفكر، 2012، ص 66 – 67.

[3]– عزام فخري، مرجع سابق، ص 21.

[4]– فيلالي علي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011 ، ص 114 – 115.

العين وتخرج عن صلاحيتها للتداول وتصبح غير قابلة لأن يتملكها الإنسان، أما المنفعة فتذهب إلى المستحقين، فهم أصحاب حق الانتفاع بها، بل إنهم مسلطون على هذه المنفعة المستحقة لهم، إذ المنتفع لا يعتبر دائنا فحسب، وإنما يملك نفس الغلة أو الريع ملكا يمنحه حق قبضه بذاته[1]. وتماشيا مع هذا الرأي يكيف البعض الملك الوقفي على أنه حق عيني متفرع عن حق الملكية[2].

– بينما كيف الأستاذ يكن زهدي الملك الوقفي على أنه حق عيني عقاري خاضع للتسجيل العقاري إذا كان واردا على عقار، والذي يعتبر حق انتفاع هو حق الموقوف عليهم بالانتفاع بالعين الموقوفة[3].

وكنتيجة، فإن المرجح في فقه القانون الوضعي في إطار تكييف الملك الوقفي كمفهوم شرعي مع ما يتناسب ومفهومه من الناحية القانونية، هو اعتباره من الحقوق العينية، غير أن هذه الأخيرة يحددها القانون ويحصرها ويخص كل منها بخصائص تميزه عن غيره، ويرتب على كل منها أثارا لا تترتب على غيره، فصار مهما معرفة ضمن أي نوع من الحقوق العينية يصنف الملك الوقفي، بما يسمح بمعرفة القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليه بناءا على معرفة الأصل الواضح الذي يرد إليه، وهو ما يحتاج إلى نص قانوني واضح بخصوص ذلك.

الفرع الثاني: التكييف القانوني للملك الوقفي

يستنبط موقف المشرع الجزائري في تحديد طبيعة الملك الوقفي من ثلاث نصوص ضمن قانون الأوقاف 91 – 10 حيث تنص المادة 17 منه أنه: "إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف، ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه." و تنص المادة 18 منه: "ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه، وعليه استغلالها استغلالا غير متلف للعين وحقه حق انتفاع لا حق ملكية." و تنص المادة 05 منه: "الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها.".

---

[1]– الشامسي، مرجع سابق، ص 10.

[2]– بن عبد الله محمد بن عبد العزيز ، الوقف في الفكر الإسلامي، الجزء الأول، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1996، ص 102.

[3] – يكن زهدي، الوقف في الشريعة و القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1388 هـ، ص 13.

فمن خلال النصوص الثلاث المذكورة يظهر وضوح فهم حقيقة الملك الوقفي عند المشرع الجزائري، فالملك الوقفي من جانب الواقف يتحقق بإسقاط ملك الواقف وانتقال ملكية أصل الملك على حكم ملك الشخص المعنوي حتى لا يبقى سائبة بعد أن خرج من ملك الواقف، أما حق الانتفاع فهو وحده الذي ينتقل إلى الموقوف عليه، دون أصل الملك، فالملك الوقفي بهذا المعنى تحصل معه تجزئة للملكية، فملك الرقبة يكون على حكم ملك الشخص المعنوي وملك المنفعة يكون على حكم ملك الموقوف.

أخلص أن الملك الوقفي ذو طبيعة خاصة، غير أن رفع الاختلاف يتحقق بتحديد الزاوية التي يتم النظر من خلالها لطبيعة الملك الوقفي، فللوقف جانبين أو زاويتين، يتمثلان في: سقوط ملك الواقف وانتقال الملك إلى حكم ملك الشخص المعنوي من جانب، و جانب الموقوف عليه الذي تنتقل إليه ملكية المنافع، ففي كلا الحالتين نكون أمام حق عيني موضوعه الملكية.

المطلب الثالث: أنواع الملك الوقفي

يمكن تقسيم الملك بشكل عام باعتبار محله أي الشيء الذي يرد عليه الملك ويتعلق به ، و كذلك باعتبار صورته أي كيفية تعلقه بالمملوك ، وبالنسبة للملك الوقفي تتحدد الخصوصية في إنشاءه والمحافظة عليه وحتى تنميته بحسب نوعه [1]، لذلك على الرغم من أنه ليس هناك معيار واحد لتقسيمه وتصنيفه إلى أنواع مختلفة، فإن أهم المعايير هي تلك التي ترتبط بشكل واضح بإنشائه والمحافظة على استمرارية وجوده، فيمكن تقسيمه على النحو الآتي:

- بحسب غرضه و الجهة الموقوف عليها: إلى ملك وقفي عام، وآخر خاص، وآخر مشترك.
- بحسب المحل أو طبيعة الموقوف : إلى ملك وقفي وارد على العقار، أو وارد على المنقول، أو على المنافع، أو على الحقوق، أو على الخدمات.
- بحسب المضمون الاقتصادي: إلى ملك وقفي مباشر وغير مباشر أو استثماري.

---

[1]– يرى البعض أن تقسيم الملك الوقفي إلى أقسام متعددة وفقا لمعايير واضحة يمكن أن تستفيد منه المديرية الوصية على الأملاك الوقفية في عملية بحثها عن صيغ تمويل استثمارات مشاريع الملك الوقفي التنموية ، وذلك من خلال دعوة الأفراد للوقف بصيغة دون أخرى، كما يفتح المجال واسعا أمام الأفراد لإنشاء أوقاف مختلفة بحسب قدراتهم ورغباتهم المختلفة، وفي ذلك تسهيل لعمل الخير والتشجيع عليه ، كما أن فهم معنى الوقف يحصل بمعرفة أنواعه. بن عزوز عبد القادر، فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام (دراسة تطبيقية عن الوقف الجزائري)، أطروحة دكتوراه في العلوم ا لإسلامية تخصص الفقه وأصوله، نوقشت بكلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2003 – 2004، ص 29 – 30.

– بحسب مكان وجوده: إلى ملك وقفي موجود بالداخل و ملك وقفي موجود بالخارج.

– بحسب جهة الإدارة: إلى ملك وقفي يدار بشكل نظامي وآخر يدار بشكل غير نظامي.

والمستقرأ لقانون الأوقاف الجزائري 91 – 10 يتبين أن المشرع الجزائري يأخذ معيار الجهة الموقوف عليها، أما باقي المعايير فتفهم ضمنيا، وهو ما يتبين في الفروع الآتية.

الفرع الأول: أنواع الملك الوقفي بحسب غرضه

يعتبر تقسيم الملك الوقفي على أساس غرضه إلى عام أو خيري (أولا)، و خاص أو أهلي (ثانيا)، ومشترك (ثالثا)، تقسيما فقهيا حديثا، إذ لم يكن معروفا في بدايات الوقف هذه التفرقة، لأن الوقف كله خيري بحسب أصل وضعه الشرعي، وإن كان من الناحية العملية فقد مارس المسلمون من البدايات الأولى للوقف نوعي الوقف[1].

أولا: الملك الوقفي العام أو الخيري

تعددت تعريفات الملك الوقف العام أو الخيري، ومن أهمها:

"ما صرف فيه الريع من أول الأمر إلى جهة خيرية."[2].

"ما وقف على وجه من أوجه الخير والبر سواء كانوا أشخاص أو جهات، حيث يستهدف في المجمل تحقيق مصالح عامة."[3].

"ما جعل ابتداءا على جهة من جهات البر ولو لمدة معينة يكون بعدها على شخص أو أشخاص معينين."[4].

---

[1]– الحجيلي عبد العزيز بن مطيع، (الوقف الأهلي كوثيقة تأمين لصالح الذرية)، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، المنعقد بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة في الفترة ما بين 03 و 05 يناير 2010، ص 697 من كتاب المؤتمر.

[2]– مسقاوي عمر، محاضرات في الوقف ومؤسسات الوقف في الشريعة والقانون والاجتهاد اللبناني، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص 21.

[3]– خزنة هيثم عبد الحميد، (انتهاء الوقف الخيري)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية السادس، الذي تنظمه وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر بالتعاون مع الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت والبنك الإسلامي للتنمية بجدة، بالدوحة – دولة قطر، في الفترة ما بين 13 – 14 مايو 2013، ص 04.

[4]– الزحيلي وهبه، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، بيروت، 1998، ص 140. كذلك: شلبي محمد مصطفى، أحكام الوصايا والأوقاف، ط 4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1982، ص 318. كذلك: فراج حسين أحمد، أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 240.

"الوقف الذي يقصد به الواقف التصدق على وجوه البر، سواء أكان على أشخاص معينين كالفقراء والمساكين والعجزة، أم كان على جهة من جهات البر العامة كالمساجد والمستشفيات والمدارس وغيرها، مما ينعكس نفعه على المجتمع."[1].

يتضح أن الأمر المشترك بين هذه التعريفات هو الأخذ بالاعتبار الجهة الموقوف عليها أول الأمر بأن تكون جهة بر عامة، كما يتضح أن مصدر تسمية الملك الوقفي العام من حيث أنه يرد على جهات عامة كالمساجد، المدارس، المستشفيات، المقابر وغيرها فيستفيد منه المجتمع كله[2]، أما صفة الخيرية فمن حيث اشتمال نفعه على المجالات والأهداف الخيرية العامة[3]، وإلا فالأصل أن الملك الوقفي في جميع أنواعه يحمل معنى الخير والبر والصدقة تقربا لله عز وجل، لذلك فإن كل من صفة العمومية من حيث الجهة الموقوف عليها، وصفة الخيرية من حيث غرضه ومقصده لابد من توفرهما حتى تصح تسمية الملك الوقفي العام.

و قد عرف المشرع الجزائري الملك الوقفي العام بموجب نص المادة 06 من قانون الأوقاف 91 – 10 المعدل والمتمم بأنه: "الوقف العام هو ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات..." وظاهر هذا النص أن المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري في إضفاء صفة العمومية على الملك الوقفي يرتبط بالطابع الخيري للجهة الموقوف عليها و بالمقصد الخيري للملك الوقفي من وقت إنشائه، فكل ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه يعتبر ملكا وقفيا عاما.

مع ذلك فإن المشرع الجزائري لم يأخذ بهذا المعيار دائما، حيث نصت المادة 08 من قانون الأوقاف 91 – 10 على الأوقاف العامة المصونة والتي من بينها: الأوقاف الخاصة

---

[1]– منصور سليم هاني، الوقف ودوره في المجتمع الإسلامي المعاصر، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، 2004، ص 37. كذلك: مشهور نعمت عبد اللطيف، (الوقف الخيري ودوره في تغطية أوجه الإنفاق العام الخدمي في الدول)، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، المنعقد بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة في الفترة ما بين 03 و 05 يناير 2010، ص 728 من كتاب المؤتمر.

[2]– فراج حسين أحمد و إمام محمد كمال الدين، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 188.

[3]– عبد المنعم محمود عبد الرحمان، (الوقف (مفهومه – فضله – أركانه – شروطه – أنواعه))، بحث مقدم لمؤتمر الأوقاف الأول بالمملكة العربية السعودية، المنعقد بجامعة أم القرى بالتعاون مع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد في مكة المكرمة، في الفترة من 20 – 23 أكتوبر 2001، ص 321 من كتاب المؤتمر.

التي لم تعرف الجهة المحبس عليها، وكذلك الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة ولم يعرف واقفها ولا الموقوف عليه ومتعارف عليها أنها وقف، حيث يصح تسمية هذه الأنواع بالأملاك الوقفية العامة بالمآل، فالعبرة في هذه الحالات هي بخيرية غرض الوقف بشكل عام، والذي هو الأصل في كل وقف مهما كان نوعه.

لذلك يمكن تعريف الملك الوقفي العام وفقا للقانون الجزائري بأنه: "ما نشأ ابتداءا لمصلحة جهة بر عامة تحقيقا لغرض خيري، وما آل انتهاءا إلى جهة بر عامة بقوة القانون.".

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري يقسم الملك الوقفي العام بدوره إلى نوعان بحسب تسمية مصرفه الخيري، وذلك في نص المادة 06 من قانون الأوقاف 91 – 10 المعدل والمتمم وهما:

– **الملك الوقفي العام المحدد الجهة:** وهو الذي يحدد مصرف ريعه، وبالتالي لا يصح صرف ريعه على غيره من وجوه الخير العامة إلا إذا استنفذ وجه الخير الأصلي.

– **الملك الوقفي العام غير محدد الجهة:** وهو الذي لم يحدد له الواقف ، أو لم يعرف له وجه الخير الذي أراده الواقف ، فهذا يصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبيل الخيرات المختلفة.

ثانيا: الملك الوقفي الخاص

يطلق على الملك الوقفي الخاص عدة تسميات أخرى، فيسمى ملكا وقفا ذريا أو أهليا* أو معقبا** فالتسمية الأولى مشتقة من الذرية، وهي ما يتناسل من ذرية الإنسان أي أولاده وأولاد أولاده، أما مصطلح الأهلي فيدل على أن الملك الوقفي غير حكومي ، باعتباره ينشأ نتيجة تصرف يقوم به الأفراد دون تدخل من الدولة ، تمييزا له عن الأنشطة الخيرية التي تتولاها الدولة، أما مصطلح العقبي أو المعقب فمشتق من عقب الإنسان ، أي ما يخلفه من أولاد ، أما تسميته بالملك الوقفي الخاص فهي مشتقة من هدفه، و المتمثل في خدمة أشخاص معينين وبالتالي تحقيق مصلحة خاصة[1].

---

* يشيع استعمال مصطلح الوقف الذري والأهلي في دول المشرق العربي.

** يشيع استعمال مصطلح الوقف المعقب في دول المغرب العربي.

[1]– الزريقي جمعه محمود ، (الوقف الذري، الواقع والآفاق (دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون))، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني، الذي نظمته الأمانة العامة للأوقاف بالكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، بالكويت، في الفترة من 08 – 10 مايو 2005، ص 314 من كتاب المنتدى.

وبناء ا على هذا التعدد في التسميات تعددت التعريفات على النحو الآتي:

"الوقف الذري، أن يجعل الواقف مالا مملوكا له وقفا على نفسه، أو على أولاده وأولاد أولاده، أو عقبه، أو نسله أو ذريته، أو على فلان وأولاده وأولاد أولاده، أو على ذريته، أو نسله، أو عقبه، ابتداء، ثم عند فناء العقب أو النسل ، ينتهي إلى جهة من جهات البر والإحسان، ويكون ذلك وفقا للأحكام الشرعية."[1].

"الوقف على الأولاد، أو الذرية، ما تناسلوا طبقة بعد طبقة، أو من غير اشتراط الطبقية فيه."[2].

"الوقف الذي يخصص في ابتداء الأمر على نفس الواقف –عند من يقول بالوقف على النفس– أو على شخص معين أو أشخاص معينين، أو على ذريته وأولاده، أو على أقاربه، وذريتهم وأولادهم، ثم من بعدهم على جهة خيرية كالفقراء والمساكين والمساجد."[3].

"الوقف الأهلي هو ما كان على جهة بر تحتمل الانقطاع عادة كالوقف على النفس والذرية والأقرباء ونحو ذلك مما يحصى."[4].

"الوقف الأهلي أو الذري هو ما جعل ابتداءا لشخص معين أو أشخاص معينين سواء كانوا من أقاربه أم لا مع تعيين جهة من جهات البر تستحق الوقف بعد انقطاع الشخص أو الأشخاص الذين سماهم." [5].

"الوقف الأهلي هو ما جعل أول الأمر على معين سواء أكان واحدا أم أكثر، وسواء أكانوا معينين بالذات، أم معينين بالوصف، كأولاده و أحفاده و أسباطه، ثم من بعدهم على الفقراء."[6].

---

[1]– الزريقي، مرجع سابق، ص 315..

[2]– الحداد أحمد بن عبد العزيز، (الوقف الذري وأحكامه)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني، الذي نظمته الأمانة العامة للأوقاف بالكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، الكويت، في الفترة من 08– 10 مايو 2005، ص 355 من كتاب المنتدى.

[3]– الزحيلي محمد، (الوقف الذري (الأهلي))، مجلة الشريعة والقانون لجامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد السابع والعشرون، جمادى الثانية 1427 الموافق ليوليو 2006، ص 113 – 114.

[4]– العدوي المالكي محمد حسنين مخلوف، منهج اليقين في بيان أن الوقف الأهلي من الدين، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، مصر، 1932، ص 28.

[5]– سراج محمد أحمد، أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي و القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 164.

[6] – بن صالح الصالح، مرجع سابق، ص 54.

"الحبس المعقب هو ما وقفه الواقف من أمواله على أولاده وأولادهم ما تناسلوا ، أو على شخص أو على أشخاص معينين وأولادهم و ما تناسلوا، أو لهما معا ما تناسلوا على أن يؤول الوقف بعد انقراض الموقوف عليهم إلى الجهة التي حددها الواقف و التي غالبا ما تكون جهة من جهات البر والإحسان."[1].

تتفق هذه التعريفات على أن الوقف الذري أو الأهلي أو العقبي هو وقف خاص تؤول منافعه ابتداءا إلى أشخاص معينين سواء كانوا من أقارب الواقف أو غيرهم، ثم يكون آخره على جهة بر لا تنقطع، فالوقف على أشخاص معينين ينبغي أن يجعل له الواقف امتدادا دائما لجهة من جهات البر التي لا تنقطع، كالفقراء و المساكين، أو إلى ما أعتيد صرف الأوقاف فيه ببلد الواقف من وجوه البر، وذلك تحقيقا لمقتضى التأبيد في الوقف، فكل ملك وقفي خاص يؤول في النهاية إلى ملك وقفي عام[2]، ولا ينفرد الملك الوقفي الخاص عن الخيري إلا عند من لا يشترط التأبيد لصحة الملك الوقفي[3].

وقد عرف المشرع الجزائري الملك الوقفي الخاص بموجب نص المادة 06 من قانون الأوقاف 91 – 10 قبل تعديلها بأنه: "الوقف الخاص و هو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم." وبموجب المادة 06 مكرر من قانون الأوقاف 91 – 10 المستحدثة بموجب القانون 02 – 10 المعدل و المتمم له نصت أنه: "يؤول الريع الناتج عن الوقف المؤسس لفائدة جهات خيرية والذي احتفظ فيه الواقف بحق الانتفاع بريعه مدى الحياة، إلى الجهات الموقوف عليها." حيث يفهم من هذا النص جواز الوقف على النفس، بشرط أن يؤول في النهاية إلى جهة خيرية. من جهة أخرى نصت المادة 13 من قانون الأوقاف 91 – 10 قبل تعديلها: "الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ويكون شخصا معلوما طبيعيا أو

---

[1] – بن شقرون علي، المؤسسة القانونية للوقف من خلال بعض أدوار الأحباس في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، نوقشت بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بكلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية، فاس، 1990 – 1991، ص 219. كذلك: التامري عبد الصمد، (الأحباس المعقبة: الخصوصيات و الإشكالات)، ج 1، مرفوع من موقع http ://www. Marocdroit.com بتاريخ 31 – 03 – 2011 على الساعة 20:29 .

[2]– Luccioni. Op.cit. p 15.

[3] – العدوي المالكي، مرجع سابق، ص 28.

معنويا..." وقد اقتصرت المادة بعد تعديلها على النص بأن: "الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية ." حيث يستنتج من ذلك أن الملك الوقفي الخاص هو الذي يكون على شخص طبيعي معلوم.

كما أن المادة 22 من قانون الأوقاف 91 – 10 الملغاة بموجب القانون 02 – 10 المعدل والمتمم له نصت: "تبقى الأوقاف الخاصة تحت تصرف أهلها الشرعيين المحددين حسب شروط الواقف أو الذين صدر حكم القاضي بإلحاقهم بالوقف ويؤول الوقف مباشرة بعد انقراض العقب إلى السلطة المكلفة بالأوقاف ما لم يحدد الواقف مآل وقفه.".

مما سبق يتحدد مفهوم الملك الوقفي الخاص في ظل التنظيم القانوني له بأنه: "هو الوقف على النفس ، أو على أشخاص طبيعية معلومة من عقب الواقف ذكورا أو إناثا، أو على أشخاص معينين، ويؤول في النهاية وقفا عاما.".

وقد كانت الأوقاف الخاصة منتشرة بشكل واضح في جزائر العهد العثماني، بحيث كان يحدد مآلها النهائي إلى أوقاف على مكة والمدينة[1].

و إذا كان المشرع الجزائري بموجب تعديل قانون الأوقاف 91 – 10 بالقانون 02 – 10 قد أخضع تنظيم الملك الوقفي الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها ، مما من شأنه أن يقلل من أهمية اللجوء إلى هذا النوع من الملك الوقفي في ظل غياب النصوص التشريعية والتنظيمية التي تنظمه و تحمي وجوده، بينما ذهبت كثير من الدول الإسلامية لإلغاء الملك الوقفي الخاص وتصفيته، مستندة في ذلك إلى الاحتجاج بكثرة المنازعات فيه، و اتخاذ البعض له طريقا لمخالفة قواعد الميراث ، وكذلك لما يترتب عليه من إهمال وخراب للعين الموقوفة بسبب عدم مبالاة الموقوف عليهم خاصة مع تزايد عددهم وتناقص مصلحتهم الشخصية فيه مع مرور الزمن، والتضاؤل التدريجي لغلته مقابل تزايد المستحقين[2].

---

[1]– Saidouni Nacerddine. (Les biens waqfs aux environs d'Alger).Actes de la table ronde d'Istanbul le 13 – 14 novembre 1992. Institut français d'études anatoliennes. Istanbul. 1994. P100 – 101.

[2]– الزريقي جمعة محمود، (الوقف الأهلي بين الإلغاء والإبقاء)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت ، سنة 02، عدد 03، نوفمبر 2002، ص 88 – 92. كذلك: الكبيسي محمد عبيد عبد الله، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977، ص 42.

وعلى الرغم من واقعية هذه السلبيات إلا أنها ليست من حقيقة الملك الوقفي الخاص ولا ينبغي أن تؤدي إلى الطعن في أصل مشروعيته الدينية، فهو ذو حقيقة شرعية تعلق بها خطاب الشارع في آيات كثيرة وأحاديث صحيحة [1]، فهو بذلك ليس نظاما مدنيا بحتا، بل يجب إتباع أمر الشارع الحكيم فيه، ولا ينبغي أن تؤدي السلبيات الملحقة به إلى إلغائه، لأنها مجرد عوارض طارئة يجدر البحث عن آليات لمعالجتها، ووضع نظام لإصلاحها[2].

لذلك يرى المؤيدون لعدم إلغاء الملك الوقفي الخاص ضرورة النظر والتركيز على الجوانب الإيجابية الكثيرة له والفوائد المتعددة التي يحققها والتي من بينها:

– يتحقق به تحصين تركة الواقف من تصرفات السفهاء من الوارثين، خاصة إذا علم الإنسان من أولاده ووارثيه تفريطا في المال وتضييعا له، فيجعل المال الوقفي ضمانا لهم للمستقبل، فيستمر انتفاعهم به ولكن لا يتسنى لهم أن يتصرفوا فيه تصرف الملاك، فيجمع بين قصد القربى ومصلحة الورثة[3].

– إحكام ووضوح العلاقة بين الواقف ووقفه في الملك الوقفي الخاص، حيث أن المستحقين يكونون عادة من ذوي قربى الواقف، مما يجعلهم ملزمين بشروط الواقف منفذين لرغباته، وبما

---

[1]– يستند الملك الوقفي الخاص في مشروعيته إلى خصوص الإحسان إلى الأقارب الذي أمر الله به في القرآن وأشارت له السنة النبوية، فقد دلت كثير من الأحاديث النبوية على فضل الصدقة على ذوي القربى، وقد روي عن الرسول (صلى الله عليه وسلم) أنه قال: "الصدقة على المسكين صدقة، وهي على ذي الرحم اثنتان: صدقة وصلة.". الجلال السيوطي، الفتح الكبير في ضم الزيادة إلى الجامع الصغير، ترتيب يوسف النبهاني، ج 2، دار الكتاب العربي، بيروت، (د.ت)، ص201. ويستدل كذلك بقول النبي الكريم في صدقة الصحابي أبي طلحة (رضي الله عنه) التي أمره أن يجعلها في الأقربين . وكذلك بفعل عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) الذي جعل وقفه في الفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله وبن السبيل والضيف، و فعل أبو بكر الصديق(رضي الله عنه) الذي تصدق بداره بمكة على ولده ، وكذلك صدقة الزبير بن العوام (رضي اله عنه) الذي جعل صدقته على بنيه لا تباع ولا تورث وأن المردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضار بها فإن هي استغنت بزوج فلا حق لها. والآثار كثيرة في أوقاف كبار الصحابة على أولادهم. الخصاف أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني، أحكام الأوقاف، تصحيح ديوان عموم الأوقاف المصري، مطبعة ديوان عموم الأوقاف المصرية، مصر، 1946، ص 05 – 07.

[2]– زواوي فريدة، (الوقف الخاص وجهة نظر في وضعيته الحالية)، دورية الموثق، العدد 05، ديسمبر 1998، ص 39 – 40. كذلك: أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 218 – 219.

[3]– الهروس جواد، الحيازة والاستحقاق في الفقه المالكي و التشريع المغربي، مطبعة الكرامة، الرباط، 2009، ص 223. كذلك: عبد المنعم، مرجع سابق، ص 321 من كتاب المؤتمر.

أنهم المستحقون لمنافع الوقف، فإن ذلك يدفعهم لرعاية الملك الوقفي والمحافظة عليه، فيستمر الوقف وتدوم العلاقة بين الواقف ووقفه[1].

– المحافظة على كيان الأسرة من خلال توفير مورد مستمر يكفي الذرية ما عاشوا عن التكفف والحاجة، كما يعينهم على نوائب الدهر و يقيهم الجوائح المالية، فيكون بذلك بمثابة وثيقة تأمين لصالح الذرية خاصة إذا كان بين الموقوف عليهم صغار سن[2].

فإذا أخذت الأدوار الإيجابية للملك الوقفي الخاص بعين الاعتبار، رجح الاتجاه نحو التفكير والحرص على إيجاد التدابير الكفيلة بالنهوض به بالشكل الصحيح، فلا يخفى أن الاستبقاء عليه مرتبا بعض السلبيات أفضل من إلغائه و إلغاء كل فوائده معه، وهذا هو في الحقيقة منشأ الضرر لما فيه بشكل خاص من مخالفة لأمر الشرع[3].

ثالثا: الملك الوقفي المشترك

تعددت تعريفات الملك الوقفي المشترك، أهمها:

"ما خص الواقف جزءا من منافعه وخيراته بذريته وترك جزءا آخر لوجوه البر العامة."[4].

"الوقف الذي تم ابتداءا على الذرية وعلى جهة من جهات البر في وقت واحد."[5].

"ما وقفه المحبس على أولاده ما تناسلوا ذكورا كانوا أو إناثا أو هما معا، وعلى جهة بر و إحسان في آن واحد." [6].

يستنتج من مجموع التعريفات السابقة أنه كما يصح أن يكون الملك الوقفي كله عاما خيريا فقط أو خاصا فقط، فإنه يصح كذلك أن يكون منوعا، ففي الملك الوقفي المشترك يجمع الواقف بين غرض الوقف الخيري والوقف الذري.

---

[1]– Layish Aharon. (The muslim waqf in Jérusalem).Actes de la table ronde d'Istanbul le 13 – 14 novembre 1992. Institut français d'études anatoliennes. Istanbul. 1994. P 150 – 151.

[2]– الحجيلي، مرجع سابق، ص 691 من كتاب المؤتمر. كذلك: خزنة هيثم، مرجع سابق، ص 04.

[3]– العدوى المالكي، مرجع سابق، ص 53.

[4]– المهدي محمد عطية ، نظام النظارة على الأوقاف في الفقه الإسلامي والتطبيقات المعاصرة (النظام الوقفي المغربي نموذجا)، رسالة دكتوراه منشورة ضمن سلسلة الرسائل الجامعية، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، 2011، ص 71.

[5] – بن صالح الصالح، مرجع سابق، ص 55.

[6] – بن شقرون، مرجع سابق، ص 219.

وعلى الرغم من أهمية هذا النوع من الملك الوقفي انطلاقا من فكرة تعدد الأغراض وتنوعها والتي من شأنها أن تشجع أكثر على إنشاء أملاك وقفية تلبي احتياجات متعددة عامة وخاصة، إضافة إلى ما يمكن أن يحققه الملك الوقفي المشترك من تجاوز ما يعاب على الملك الوقفي الخاص من سلبيات، مع ذلك فإن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تنظيم هذا النوع من الملك الوقفي، و لذلك أرى أهمية تدخل المشرع الجزائري بتنظيم الملك الوقفي المشترك بنصوص قانونية خاصة به، تركز بشكل أساسي على كيفية إدارته وتسييره و قسمة غلته و صرفها.

أخلص مما سبق أنه إذا كانت جهة الوقف عند إنشاء الملك الوقفي عامة كان الملك الوقفي عاما أو خيريا، وإذا كانت جهة الوقف خاصة بأهل الواقف أو بأقاربه أو بأشخاص معينين كان الملك الوقفي خاصا، وإذا جمع الواقف عند إنشاء الوقف بين الجهة العامة والجهة الخاصة بجعله للذرية نصيبا في الوقف و لجهة البر العامة نصيبا محددا أو مطلقا في الباقي، أو العكس، كان ملكا وقفيا مشتركا.

الفرع الثاني: أنواع الملك الوقفي بحسب المحل أو طبيعة الموقوف

ينقسم الملك الوقفي من حيث محله أو طبيعة المال الموقوف إلى ثلاث أنواع: فيكون عقارا (أولا)، أو منقولا (ثانيا)، أو منفعة (ثالثا).

أولا: الملك الوقفي الذي محله العقار

إن الأصل في المال الوقفي باتفاق جميع الفقهاء أن يكون عقارا باعتباره كل أصل ثابت لما يتميز به من الصلاحية للبقاء والديمومة، فتتحقق به بشكل تام لا غبار عليه خصوصية الملك الوقفي وحكمته المتمثلة في صرف المنفعة على وجه التأبيد[1].

حيث يشمل العقار الأصول الثابتة من أراضي زراعية أو غير زراعية، و المباني التي تستعمل مباشرة للأغراض الوقفية كالمساجد، و المدارس القرآنية، والمستشفيات، و الآبار، والمباني المعدة للاستثمار كالمساكن، و المحلات التجارية و الحمامات، إضافة للنخيل و الأشجار المثمرة وكل ما أشبه ذلك مما له أصل ثابت.

---

[1]– الريسوني أحمد، الوقف الإسلامي: مجالاته و أبعاده، منشورات المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم و الثقافة، مطبعة فضالة، المحمدية، 2001، ص 18.

ثانيا: الملك الوقفي الذي محله المنقول

اختلف الفقهاء في جواز وقف المنقول، وذلك بسبب كونه معرضا للتلف، فتنعدم فيه صفة البقاء والديمومة التي تتجسد بها خصوصية الملك الوقفي وحكمته.

غير أن الراجح عند جمهور الفقهاء الاتفاق على جواز وقف المنقول مع اختلافهم في مبررات و أسس الجواز، حيث تظهر أهمية جواز وقف المنقول في أن مجاله واسع، كما أن إمكانية وقف المنقولات من آلات زراعية، ومصاحف، و سجاد للمساجد، وكتب للقراءة، ومصابيح، وأجهزة التكييف والتدفئة، وخزانات الشرب وغيرها مما لا يحصى مما يمكن الانتفاع به يعتبر متاح لجميع الأشخاص على اختلاف قدراتهم المادية بخلاف العقار، إضافة إلى أن المنقول لا يحتاج إلى تكاليف ترميم وعمارة مستمرة كما في العقار[1].

ثالثا: الملك الوقفي الذي محله المنافع

المقصود بوقف المنافع حبس الفائدة التي تحصل باستعمال الشيء، سواء أكان ذلك الشيء عينا، نقدا، حقا أو منفعة [2]، فإذا كان الأصل في إنشاء الملك الوقفي أن تكون الأعيان هي موضوع الوقف أما منافعها فهي التي تسبل في وجوه الخي ر، فإن وقف المنافع الذي هو محل خلاف بين الفقهاء هو عندما يكون موضوع الوقف المنافع بدون أعيانها أي العوائد أو الفوائد التي تحصل باستعمال الشيء.

خلافا لجمهور الفقهاء يرى الفقهاء المالكية صحة وقف المنافع دون أعيانها ، ومثال ذلك من يستأجر عقارا ويوقف منفعة العين المستأجرة مدة الإيجار ، حيث بنى فقهاء المالكية جواز ذلك على أساس عدم اشتراطهم التأبيد في الملك الوقفي، فللملك الوقفي عندهم يصح مؤقتا

---

[1]– يرى بعض الباحثين أنه يستحسن ألا يكون الوقف مركزا في الأصول العقارية التي تحتاج إلى ترميم و عمارة مستمرين، بل ينبغي الاتجاه إلى وقف المنقولات و النقود و الأسهم و السندات لما تتوفر عليه من محاسن لا تتوافر في غيرها ، فهي لا تحتاج إلى قيم (ناظر) في أغلب الأحوال، ولا تؤدي إلى حبس الثروة العقارية عن التداول، كما أن وقف المنقولات السائلة لا يؤدي إلى تجميد الثروة و حبسها عن الجريان. أبو ليل محمود أحمد، (أثر الاجتهاد في تطور أحكام الوقف)، بحث مقدم في ندوة الوقف الإسلامي، منظمة بكلية الشريعة و القانون بدولة الإمارات، في الفترة من 06 – 07 ديسمبر 1997، ص 16.

[2]– سانو قطب مصطفى، (وقف المنافع والحقوق وتطبيقاته المعاصرة)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث، الذي نظمته الأمانة العامة للأوقاف بالكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، الكويت، في الفترة بين 28 – 30 أبريل، 2007، ص 146 – 147 من كتاب أعمال المنتدى. كذلك: زين الدين عبد المنعم، ضوابط المال الموقوف، دار النوادر، سورية، لبنان، الكويت، 2012، ص 71.

ولذلك لا يشترط أن يكون الموقوف صالحا للبقاء الدائم [1]، وبناء على هذه الإجازة يصح وقف المنافع المتولدة عن الأعيان سواء كانت منفعة مملوكة أو منفعة عين مستأجرة، ويصح وقف المنافع المتولدة عن الجهد البشري بالقياس على جواز الأولى[2].

وتظهر أهمية إجازة وقف المنافع في ما يحققه هذا النوع من مزايا لا تتحقق في غيره، ومن ذلك:

– أن وقف المنافع يفتح الباب واسعا أمام الأشخاص والجهات والمؤسسات للوقف، فالعديد منهم لا يملكون رقبة أموال استغلالية من دور وسيارات وآلات وغيرها ولكن يمكنهم تملك منافعها من خلال استئجارها، فيفتح لهم المجال لوقف منافع هذه الأصول المالية في مختلف المجالات التي تشبع كثير من الاحتياجات الاجتماعية، كما تتجسد بذلك تحويل عملية الوقف من عملية فردية شخصية إلى عملية مؤسساتية منظمة[3].

– جواز وقف المنافع المتولدة عن الجهد البشري قياسا على جواز وقف المنافع المتولدة عن الأعيان، وفي وقف الأشخاص لمنافعهم أو خدماتهم التي تؤدي إلى تحقيق منفعة، قد يكون أيسر و أكبر فاعلية من قيام الشخص بوقف بعض أمواله، فلا يحتاج الوقف إلى ناظر لأن الواقف هو نفسه الناظر، كما لا يحتاج إنشاء الوقف إلى إجراءات إدارية ومالية معقدة، إضافة إلى أنه يفتح الباب واسعا أمام الذين لا يجدون إلا جهدهم فيقفون جانبا منه على ميدان من الميادين تلبية للحاجات التي يحتاجها، كالحاجة إلى خدمات الأطباء في علاج المرضى مجانا، ولمدرسين يقدمون دروس مجانية للفقراء، ومحامين يترافعو ن في قضايا بعض الفئات المحتاجة

---

[1]– الدسوقي شمس الدين محمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، دار إحياء الكتب العربية، مصر، (د.ت) ، ص76. كذلك: الدردير أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ضبطه مصطفى كمال وصفي، ج 4، دار المعارف، مصر، (د.ت)، ص 98.

[2]– مجموعة البحوث المقدمة إلى المؤتمر الدولي الثاني للأوقاف، المنعقد بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2006: يوسف إبراهيم يوسف، (مجالات وقفية مقترحة لتنمية مستدامة (الوقف المؤقت))، ص 24. كذلك: إدريس عبد الفتاح محمود، (وقف المنافع)، ص 30 – 31.

[3]– دنيا شوقي أحمد، (مجالات وقفية مستجدة (وقف المنافع والحقوق))، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الثاني للأوقاف، المنعقد بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2006، ص 13.

وميكانيكيين يصلحون المركبات المخصصة للمستشفيات أو دور الأيتام الموقوفة، والأمثلة كثيرة ومتعددة لا يمكن إحصاءها[1].

الفرع الثالث: أنواع الملك الوقفي بحسب نوع الانتفاع

بحسب نوع المنافع الناتجة عن الملك الوقفي، يقسم الملك الوقفي من منظور اقتصادي إلى ملك وقفي بوصفه رأس مال إنتاجي يقصد لذاته، (أولا)، أو بوصفه رأس مال استثماري يقصد لإنتاج عائد إيرادي صافي (ثانيا).

أولا: الأملاك الوقفية المباشرة

وهي الأملاك التي توضع للانتفاع المباشر، بحيث تقدم خدمات مباشرة للموقوف عليهم[2]، وهي تشمل جميع الأملاك الوقفية القابلة للاستعمال المباش ر كالمساجد التي تستعمل للصلاة فيها، والمدارس التي تستعمل بالدراسة فيها والمستشفيات لعلاج المرضى.

ثانيا: الأملاك الوقفية غير المباشرة أو الاستثمارية

هي تلك الأم لاك التي يقصد منها إنتاج عائد إرادي صاف يتم صرفه على أغراض الوقف[3]، فهي أ ملاك وقفية استثمارية يستفاد من غلاتها أو إيراداتها، مثل وقف الأراضي الزراعية وصرف حاصل بيع الغلة في غرض الوقف، وكذلك في وقف المحلات التجارية وصرف إيراداتها على أغراض تعليمية، كما يمكن أن تكون لمساعدة ملك وقفي آخر مباشر، ومثال ذلك: وقف أرض زراعية لصالح دار أيتام، أو وقف محل تجاري أو حمام لصالح المسجد.

و على الرغم من عدم اهتمام المشرع الجزائري بتعريف هذه الأنواع من الأملاك الوقفية إلا أنه أشار إلى الأملاك الوقفية المباشرة في نص المادة 08 من قانون الأوقاف 91 – 10 في الفقرتين الأولى والثانية من نص المادة، واعتبرها من الأملاك الوقفية العامة المصونة، كما أشار إلى الأملاك الوقفية الاستثمارية بموجب القانون رقم 01 – 07 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف 91 – 10 بالنص على أشكال استغلالها واستثمارها.

---

[1]– الرفاعي حسن محمد، (وقف العمل المؤقت في الفقه الإسلامي)، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الثاني للأوقاف، المنعقد بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2006، ص 32.

[2] – قحف، مرجع سابق، ص33.

[3] – نفس المرجع، ص 34.

الفرع الرابع: أنواع الملك الوقفي بحسب جهة الإدارة

ساهمت الظروف التاريخية في الجزائر في إبراز نوعين من الملك الوقفي هما الملك الوقفي النظامي (أولا)، والملك الوقفي غير النظامي (ثانيا)، بحيث يخضع كل منهما لشكل إدارة يختلف عن الآخر.

أولا: الملك الوقفي النظامي

وهو الملك الوقفي الذي تتولى إدارته ورعايته هيئة رسمية للأوقاف في الدولة بشكل نظامي وتخضعه في ذلك إلى مجموع القوانين الصادرة لهذا الغرض[1].

وفي الجزائر يعتبر هذا النوع هو السائد خاصة في ظل وجود قانون الأوقاف و انطلاق عمليات البحث عن الأملاك الوقفية وحصرها واسترجاعها، وبالتالي إخضاعها للشكل النظامي في الإدارة والتسيير الذي تتولاه وزارة الشؤون الدينية والأوقاف.

ثانيا: الملك الوقفي غير النظامي

وهو الملك الوقفي الخارج عن إدارة الجهة النظامية لتسيير و إدارة الأملاك الوقفية في الدولة، بسبب الاستيلاء عليه من طرف بعض الأشخاص أو بسبب إدارته من بعض الجهات دون تدخل من الهيئة المكلفة بالأوقاف.

الفرع الخامس: أنواع الملك الوقفي بحسب مكان تواجده

إذا كانت الصورة الشائعة للملك الوقفي أن ينشأ ويصرف ريعه في نفس إقليم الدولة التي يتواجد فيها، مع ذلك من المتصور أن ينشأ الملك الوقفي في إقليم دولة معينة وينصرف ريعه في إقليم دولة أخرى، فيكون الملك الوقفي بالنسبة للدولة التي يصرف فيها ريعه ملكا وقفيا خارجيا، وعلى هذا الأساس ينقسم الملك الوقفي من حيث مكان تواجده إلى ملك وقفي داخلي (أولا)، وملك وقفي خارجي (ثانيا).

أولا: الملك الوقفي الداخلي

وهو الملك الوقفي الموجود داخل إقليم الدولة، سواء صرف ريعه محليا إلى جهة موقوف عليها تتواجد داخل إقليم الدولة ولا يتعداها إلى غيرها، أو صرف ريعه أو جزء منه على جهة موقوف عليها تتواجد خارج إقليم الدولة مما يجعله في هذه الحالة ملكا وقفيا دوليا.

---

[1]– العبيدي إبراهيم عبد اللطيف، استبدال الوقف رؤية شرعية اقتصادية قانونية،، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، الإمارات العربية المتحدة، 2009، ص 39.

ثانيا: الملك الوقفي الخارجي

وهو الملك الوقفي الذي يصرف ريعه إلى جهة موقوف عليها داخل إلى إقليم الدولة رغم تواجد العين الموقوفة خارج إقليمها، حيث يخضع الملك الوقفي من حيث التنظيم القانوني لمحله إلى قانون إقليم الدولة التي يتواجد فيها، وهو ما يثير مشكل إدارة وتسيير هذا النوع من الملك الوقفي خاصة في الحالة التي لا تتشابه أنظمة إدارة الملك الوقفي في دولة تواجد الملك الوقفي والدولة التي يصرف لمصلحتها ريعه، حيث يزداد تعقيد الأمر في الحالات التي يتواجد فيها الملك الوقفي في دولة غير إسلامية، حيث يحتاج الأمر لوجود آلية قانونية واضحة للتعامل مع هذا النوع من الملك الوقفي.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الأوقاف 91 – 10 نص بموجب المادة 08 منه على اعتبار الأملاك والعقارات و المنقولات الموقوفة أو المعلومة وقفا و الموجودة خارج الوطن من الأملاك الوقفية العامة المصونة، لكنه لم يصدر الإطار التنظيمي الذي يوضح كيفية تسيير هذه الأملاك الوقفية وحصرها و المحافظة عليها، مما من شأنه تفويت الموجود منها والتقليل من التشجيع على إنشاءها خاصة من قبل أبناء الدولة المتواجدين في الخارج ويرغبون في وقف بعض ممتلكاتهم الموجودة في الخارج ليصرف ريعها داخل إقليم دولتهم.

المبحث الثاني: التطور التاريخي للتنظيم القانوني لإنشاء الأملاك الوقفية في الجزائر

عرف تنظيم الأملاك الوقفية في الجزائر عدة تطورات جاءت تماشيا مع فترات تاريخية مختلفة، حيث يمكن تقسيم تطور تنظيم الأملاك الوقفية في الجزائر إلى ثلاث مراحل زمنية، حيث تبدأ المرحلة الأولى خلال العهد العثماني إلى غاية مرحلة الاحتلال الفرنسي (المطلب الأول)، أين تبدأ المرحلة الثانية و الممتدة إلى الاستقلال (المطلب الثاني)، وتليها المرحلة الثالثة الممتدة إلى غاية صدور قانون الأوقاف 91 – 10 (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تنظيم الأملاك الوقفية و أوضاعها خلال العهد العثماني

منذ الفتوحات الإسلامية التي شملت أراضي المغرب العربي، نشأ نظام الوقف الإسلامي الذي يستمد مشروعيته من الشريعة الإسلامية، وبدخول العثمانيين إلى الجزائر وفي فترة حكمهم

انتشرت الأملاك الوقفية وازدهرت بشكل ملحوظ (الفرع الأول)، وهو ما دفع العثمانيين للاهتمام بحسن تسييرها وإدارتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الانتشار الواسع للأملاك الوقفية في الجزائر في العهد العثماني

يعود منشأ الأملاك الوقفية في الجزائر إلى ما بعد الفتح الإسلامي لشمال إفريقيا [1]، و بدخول العثمانيين إلى الجزائر انتشرت الأملاك الوقفية وتنوعت وازدهرت أكثر فأكثر في أواخر العهد العثماني[2]، حيث أن انتشار الروح الدينية و تأثير رجال الدين إلى جانب سياسة الحكام والسلاطين العثمانيين الذين كانوا يوقفون أموالهم لإضفاء نوع من الحصانة عليها في مواجهة خلفائهم من الحكام، كلها عوامل أدت إلى تزايد عدد الأملاك الوقفية بشكل كبير وتوزعها في مختلف أنحاء البلاد، حتى أصبحت الأراضي الموقوفة في مطلع القرن الثامن عشر تستحوذ على مساحات شاسعة لا يضاهيها من حيث الاتساع سوى ملكية الدولة، وقد أصبحت الأملاك الوقفية بالجزائر بعد انتشارها وتكاثرها في أواخر العهد العثماني مؤشرا على مختلف أوجه الحياة، بحيث اتسع الوعاء الاقتصادي للأملاك الوقفية وأصبحت تشتمل على الأملاك العقارية والأراضي الزراعية، إضافة إلى العديد من الدكاكين والفنادق وأفران الخبز والعيون والسواقي والصهاريج، هذا بالإضافة إلى الكثير من الضيعات والمزارع والبساتين والحدائق[3].

وقد تركزت معظم الأملاك الوقفية بجوار المدن الكبرى وفي المناطق التي يدين سكانها بالولاء للزوايا، كما أن معظم الأملاك الوقفية في هذه المناطق كانت أهلية أو خاصة والقليل منها كانت خيرية أو عامة[4]، وقد توزعت على عدة مؤسسات خيرية ذات طابع ديني وشخصية قانونية، أهمها:

أ- **مؤسسة الحرمين الشريفين:** تعتبر أقدم المؤسسات الوقفية، فهي تعود إلى ما قبل العهد العثماني، حيث جعلها المجتمع الجزائري في طليعة المؤسسات الخيرية من حيث عدد الأملاك

---

[1]- مسدور فارس و منصوري كمال، (الأوقاف الجزائرية نظرة في الماضي و الحاضر)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الثامنة، العدد 15، نوفمبر 2008، ص 70.

[2]- Saidouni Nacerddine. Le waqf en Algérie à l'époque ottomane. La fondation publique des awqafs. Kowët. 2009. p 97.

[3]- Saidouni. (Les biens waqfs aux environs d'Alger). Op.cit. p 101 – 104.

[4]- سعيدوني ناصر الدين، دراسات في الملكية العقارية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 52 – 53.

التي تعود إليها أو الأعمال الخيرية التي تقوم بها، وذلك لما تحتله الأماكن المقدسة من مكانة خاصة في نفوس الجزائريين، مما جعلهم يقفون عليها الكثير من ممتلكاتهم، التي تؤول منافعها إلى فقراء مكة والمدينة، فتوجه إليهم تارة بالبر مع قافلة الحجيج، وتارة عن طريق البحر انطلاقا من الإسكندرية، ولضمان وصول المداخيل إلى الحرمين الشريفين فإنها كانت ترفق قوائم مفصلة لأنواعها وتختم بختم حكام الحرمين الشريفين للدلالة على وصولها كاملة بعد عودة وفد الحجيج، كما تقدم الإعانات لأهالي الحرمين الشريفين المقيمين بالجزائر أو المارين بها ، فكان لها دور بالغ في مد العلاقات بين الجزائريين و البقاع المقدسة[1].

وقد كانت هذه المؤسسة تشرف على حوالي ثلاثة أرباع الأملاك الوقفية كلها وفقا لما أثبتته بعض التقارير الفرنسية التي تعود إلى السنوات الأولى للاحتلال، حيث تؤكد أن أوقاف مؤسسة الحرمين كانت تستحوذ على الشطر الأكبر من الأملاك الوقفية داخل مدينة الجزائر وخارجها، و أن كل بيوت الجزائر وما يحيط بها من أراض تعود لأحباس الحرمين، حيث قدرت أوقاف الحرمين ب 1419 ملكا[2].

ب- مؤسسة أوقاف الجامع الأعظم: تحتل هذه المؤسسة من حيث كثرة عددها ووفرة مردودها المرتبة الثانية بعد أوقاف الحرمين الشريفين، وهذا بالنظر للدور الذي كان يلعبه الجامع الأعظم في الحياة الثقافية و الاجتماعية و الدينية، ولقد قدرت أوقاف الجامع الأعظم بمدينة الجزائر بحوالي 157 ملكا وقفيا مكونة من المنازل والحوانيت و الضيعات وغيره ا، وكانت تحقق مداخيل سنوية بلغت سنة 1837 حوالي 12000 فرنك، بحيث تصرف عوائدها على الأئمة والمدرسين والمؤذنين والقيمين إضافة إلى أعمال الصيانة وسير الخدمات[3].

ج- مؤسسة سبل الخيرات: تعتبر هذه المؤسسة من أقدم المؤسسات الوقفية الخيرية، وقد تميزت هذه المؤسسة بكثرة أوقافها ووفرة مداخيلها، و صرفها في أغراض متنوعة ك إصلاح الطرقات ومد قنوات الري وإعانة المنكوبين وذوي العاهات وتشييد المساجد والمعاهد العلمية

---

[1] – مسدور و منصوري، مرجع سابق، ص 72 – 73.

[2]– Saidouni Nacerddine. Les liens de l'Algérie ottomane avec les lieux saints de l'islam a travers le rôle de la fondation du waqf des haramayn. Journal awqafs.3éme année. N°6. juin 2004. p 44.

[3] – سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 89 – 91.

وشراء الكتب ووقفها على طلبة العلم، كما كانت مكلفة بإدارة وصيانة أملاك ثمانية مساجد حنفية أهمها "الجامع الجديد"، و ويعود الفضل في ذلك إلى الطوائف التركية والكراغلة المنتسبين إلى المذهب الحنفي[1]، كما تجلت أهمية هذه المؤسسة في وفرة مداخيلها، حيث كانت تبلغ مائة وخمسين ألف فرنك سنويا حسب التقارير الفرنسية والتي كان مصدرها استغلال الأملاك الوقفية عن طريق التأجير[2].

د- مؤسسة أوقاف مؤسسة بيت المال: تعتبر مؤسسة بيت المال من التقاليد العريقة للإدارة الإسلامية، والتي عرفت تطورا وازدهارا عبر التاريخ الإسلامي بالنظر لأهميتها، و في الجزائر تدعمت في العهد العثماني وأصبحت تتولى إعانة أبناء السبيل واليتامى والفقراء و الأسرى، كما اهتمت بشؤون الخراج وشراء العتاد، و الإشراف على إقامة المرافق العامة من طرق وجسور وتشييد أماكن العبادة، كما تـولت تصفية التركات و المحافظة على ثروات الغائبين وأملاكهم، كما قامت ببعض الأعمال الخيرية مثل دفن الموتى من الفقراء وأبناء السبيل ومنح الصدقات للمحتاجين، وبالنظر لأهمية الأدوار التي تؤديها هذه المؤسسة فقد كان المشرف عليها يتمتع باستقلالية في الصلاحيات في إدارة شؤون بيت المال[3].

هـ- مؤسسة أوقاف أهل الأندلس: قامت هذه المؤسسة الوقفية بعد نزوح الأندلسيين إلى بلاد المغرب العربي واستقرارهم فيها كلاجئين، حيث ترجع أولى عقود هذه المؤسسة حسب بعض المؤرخين إلى سنة 1572 م، فقد كان أغنياء الجالية الأندلسية يوقفون الأملاك على إخوانهم الفارين من جحيم الأندلس إلى سواحل مدن المغرب العربي[4].

---

[1]- Mehlal Ali. étude sur l'expérience des biens waqfs en Algérie. conférence sur la zakat et les biens waqfs. du 12 – 17 octobre 1998. P 06 .

[2]- زردوم بن عمار صورية، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العقاري، نوقشت بكلية الحقوق بجامعة باتنة، الموسم الجامعي 2009 – 2010، ص 45.

[3]- Dulout Fernand. Traite de droit musulman et algérien. Tome 1. La maison des livres Alger. 1947. P 91.

- سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 95.

[4] - بن حموش مصطفى أحمد، (الوقف وتنمية المدن من التراث إلى التحديث)، بحث مقدم لندوة الوقف الإسلامي المنعقدة بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، خلال الفترة من 06 – 07 ديسمبر 1997، ص 05.

و- مؤسسات أوقاف الزوايا و الأولياء و الأشراف: كان من بين المظاهر الاجتماعية والدينية التي ميزت الجزائر العثمانية انتشار الزوايا التابعة لأضرحة الأولياء والتي أقبل الناس بقوة على وقف أموالهم عليها، كما حظيت جماعة الأشراف * بأوقاف كثيرة ينفق ريعها على الزاوية التابعة لهم وعلى فقراء الأشراف و أوقاف بيت المال، وقد كانت الزوايا منتشرة في مختلف المدن وخاصة منها مدينة الجزائر، فكانت تقدم لها الهدايا و الهبات وتحبس عليها الأملاك فتكونت بذلك لكل منها ملكية، و أشهر الزوايا تلك التي ترجع إلى ضريح سيدي عبد الرحمان الثعالبي و التي أقبل الجزائريون بجميع فئاتهم إلى وقف أموالهم عليها، وقد بلغت أملاكها الوقفية 72 عقارا، وقدرت مداخيلها بحوالي 6000 فرنك فرنسي سنة 1937[1].

ز- مؤسسة أوقاف الطرقات و العيون والسواقي: على الرغم مما يراه بعض المؤرخين الغربيين من ضرورة تسمية هذه المؤسسة بـ "المؤسسة غير الدينية" نظرا لدورها التقني في مدينة الجزائر، إلا أن هذه التسمية لا تصح لأن نشأة هذه المؤسسة وزيادة عقاراتها ترجع أساسا إلى دوافع دينية محضة، فقد جاءت النصوص الشرعية مرغبة للناس على إرواء العطشى وعابري السبيل، وقد جرى العرف على ذلك حتى سميت العيون الموجودة في الأماكن العامة بـ "السبيل" [2]، حيث لا تزال هذه التسمية تستعمل إلى اليوم.

ويتوقف دور أوقاف العيون عموما على القيام بإصلاح القنوات والعيون وحراستها وصيانتها وذلك بعد أن يتم إنجازها من الدولة، فقد جرت العادة في مدينة الجزائر بعد إنشاء قناة أو عين أن توقف عليها أملاك تعود مداخيلها لصالحها، فقد وقفت عدة أملاك داخل مدينة الجزائر وخارجها للإنفاق على مختلف المرافق العامة كالطرقات و السواقي[3].

ح- مؤسسة الأوجاق: وتسمى أيضا بـ "مؤسسة أوقاف الجند والثكنات" فقد كان لكل من الثكنات السبع الموجودة في مدينة الجزائر أوقافها الخاصة بها والتي ترجع مداخيلها إلى العسكر المقيمين في غرفها، حيث كانت الغرف تأوي أعدادا متفاوتة من العسكر بحسب حجم

---

* أطلق اسم الشرفاء في الجزائر العثمانية على تلك الفئة التي تنسب نفسها إلى آل البيت، وكانت جماعة الشرفاء تماثل من حيث الوضع الاجتماعي أهل الأندلس. أنظر: سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 97 – 98.

[1] – بن حموش، مرجع سابق، ص 06.

[2] – نفس المرجع.

[3] – سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، ص 100.

الغرفة، حيث يعود أصل هذه الأوقاف إلى الجنود الذين ترقوا في رتبهم العسكرية، حتى أن أهمية العقار الموقوف تتعلق بأهمية الارتقاء في الرتبة العسكرية أو المنصب الإداري الذي يحصل عليه الجندي الواقف، حيث وجدت غرف مخصوصة ذات خدمات متميزة وأخرى فقيرة[1].

الفرع الثاني: الاهتمام بتسيير و إدارة الأملاك الوقفية من قبل الدولة العثمانية

بالنظر للانتشار الواسع وتكاثر الأملاك الوقفية فقد أولى العثمانيون اهتماما واسعا لتسييرها، فشكلوا لذلك جهازا منظما لتسيير الأملاك الوقفية التابعة للمؤسسات الدينية المختلفة وذلك على النحو الآتي[2]:

أ- **المجلس العلمي:** أسندت مهمة إدارة الأملاك الوقفية من الناحية الشرعية إلى القضاء، ممثلا في المجلس العلمي وهو الهيئة التي كانت تتولى الإشراف على الأملاك الوقفية ومراقبتها، حيث كان يتكون من المفتي الحنفي ورجال القضاء و الأعيان و مسئول الملك الوقفي، إضافة إلى حضور القاضي الحنفي و المفتي والقاضي المالكي وشيخ البلد وناظر بيت المال ورئيس الكتاب و كاتبا عدل للتسجيل و ضابط ممثلا للديوان.

وكان انعقاد هذه الهيئة كل خميس بأحد محال الجامع الأعظم في إطار ممارسته لمهامه المتمثلة بشكل خاص في ما يتعلق بالأملاك الوقفية في:

- الأمر و النهي في كل ما يتعلق بوضعية الأملاك الوقفية و حمايتها من التلف أو الضياع.
- جمع الغلة السنوية من كراء أو استغلال العقارات الموقوفة وتوزيعها حسب إرادة الواقفين.
- إصدار الأحكام الشرعية التي تتماشى و مصلحة الأملاك الوقفية من كراء و استبدال وصيانة.
- التصرف في شؤون الأملاك الوقفية ومراقبة الموظفين القائمين عليها.

ب- **الشيخ الناظر:** ويسمى أيضا بالوكيل العام أو المتولي، وباعتباره أعلى سلطة في مؤسسة الوقف فإنه يتم تعيينه غالبا من طرف الداي شخصيا بالنسبة للجزائر، بينما يتولى البايات تعيينه في باقي المقاطعات، ويكون الشيخ الناظر ملزما في عمله بتطبيق قرارات المجلس

---

[1] - بن حموش، مرجع سابق، ص 07.

[2] - سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 84 - 100.

العلمي الذي يعتبر بمثابة هيئة تشريعية، ومن مهامه: الإشراف على أوجه الإنفاق، وحفظ مصادر الأوقاف، وجمع المداخيل النقدية والعينية الناتجة عن الأصول الوقفية، وكذلك مراقبة دفاتر الحسابات الخاصة بالمؤسسة الوقفية التي يشرف عليها، وحفظ نسخ من سجلات الحسابات و إرسال نسخ منها إلى المفتي أو القاضي، و إرسال تقرير مفصل عن كل ما يقوم به المجلس العلمي.

ج- مجموعة الوكلاء: يتولى وكلاء الأوقاف الذين يأتون في الدرجة الثانية من السلم الإداري مهام التسيير المباشر لمؤسسة الوقف و ذلك بمساعدة الشواش أو حراس الأملاك الوقفية و العمال الموسميين و ضابط الحسابات و القيم، و بحسب أهمية مؤسسة الأوقاف المسندة إليهم كانوا يختلفون في مسؤولياتهم، ولكون مؤسسة أوقاف الحرمين كانت هي أكبر المؤسسات فإن ناظرها كان يعتبر من أكابر الموظفين الإداريين، وبشكل عام كانوا يقومون في إطار مهامهم: بجمع المحاصيل، وقبض المداخيل، وصرف المرتبات، وصيانة الأملاك الوقفية، وتقديم حساب مفصل للشيخ الناظر عن الريوع التي يجمعونها كل ستة أشهر، وكذلك ضبط الحسابات السنوية وتسجيلها في الدفاتر الرسمية.

د- مجموعة الأعوان: يساعد وكلاء الأوقاف مجموعة من الأعوان في إطار تسييرهم المباشر للعدد المتزايد من الأملاك الوقفية ومن بينهم:

- كتاب الوكلاء الرئيسين والذين يعرفون بالخواجات وهم بمثابة المحاسبيين المكلفين بمسك محاسبة الشيخ الناظر ويقومون بضبط حسابات الأوقاف و حفظ الوثائق.
- العدول وهم مكلفون من طرف القضاة بالقيام بمهام مختلفة أهمها تسجيل عقود الوقف.
- الشواش أو الحراس ومهمتهم القيام بخدمة الملك الوقفي و صيانته وحراسته.

هـ- الموظفون الملحقون : وهم بشكل خاص القائمين على الشؤون الدينية كالأئمة والخطباء والقراء وحفظة القرآن و المؤذنين بالإضافة إلى بعض القائمين على أوقاف العيون والآبار.

وما ميز إدارة و تسيير الأملاك الوقفية في الجزائر خلال العهد العثماني التباين المذهبي فكان هناك المذهب الحنفي الذي اعتمدته السلطة المركزية في الباب العالي و الذي تولى قضايا السياسة الشرعية، والمذهب المالكي الذي تولى الشؤون المحلية [1]، فقد عمل العثمانيون

[1] - بن حموش، مرجع سابق، ص 01.

منذ دخولهم إلى الجزائر على تجسيد المذهب الحنفي، ولقد أقبل الكثير من الجزائريين المالكيين على وقف أموالهم حسب المذهب الحنفي لما رأو فيه من مرونة مقارنة بالمذهب المالكي الذي ينتمون إليه [1]، وهو ما فرض حالة من التعايش المذهبي تجسد بوجود مؤسسات خاصة بالأحناف كمؤسسة سبل الخيرات الحنفية، وأخرى موجهة للمالكيين كمؤسسة أوقاف الجامع الأعظم، بينما جسد المجلس العلمي كجهة تسير و إدارة لمختلف الأملاك الوقفية حالة التعايش المذهبي بشكل واضح من خلال تكونه من قضاة ومفتين على المذهبين [2].

المطلب الثاني: واقع الأملاك الوقفية خلال فترة الاحتلال الفرنسي للجزائر

منذ دخول المحتل الفرنسي للجزائر سعى بشتى الوسائل إلى الاستحواذ على أصناف الملكيات العقارية بما في ذلك الأملاك الوقفية العامة منها والخاصة والتي كانت تسيرها مؤسسات وقفية، حيث لاحظ المستعمر الفرنسي انتشارها الشديد خاصة في مدينة الجزائر، فاعتبرها أحد العقبات الصعبة التي تحد من سياسته الاستعمارية وتحول دون الإصلاحات الكبرى التي من شأنها تطوير الأقاليم التي أخضعتها قوة السلاح، وهذا ما دفع المحتل للقيام بعدة محاولات بيت فيها النية للاستيلاء على الأملاك الوقفية (الفرع الأول)، انتهت بنجاحه في التدخل في تسييرها، مما مكنه من تحقيق سياسته الاغتصابية بتصفية الأملاك الوقفية و الاستيلاء عليها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نوايا المحتل الفرنسي المبيتة للاستيلاء على الأملاك الوقفية

على الرغم مما جاء في معاهدة 05 جويلية 1830 الخاصة بتسليم مدينة الجزائر، والتي تضمنت شرط حرية المعتقد بالدين الإسلامي و احترام كل شيء يرمز إليه و المحافظة على أموال الأوقاف بعدم التعرض لها، ولكن الإدارة الفرنسية بالنظر لما رأت في الأملاك الوقفية من عائق يحد من سياستها ، عملت على إصدار مجموعة من المراسيم والقرارات المتتالية التي تهدف إلى رفع الحصانة على الأملاك الوقفية، من خلال تصفية مؤسسات الوقف و إدخال الأملاك الوقفية في نطاق التعامل التجاري والتبادل العقاري حتى يسهل للأوربيين امتلاكها [3].

---

[1] – إلى جانب تأسيس الملك الوقفي وفقا للمذهبين الحنفي والمالكي، فهناك من الجزائريين من تبنى المذهب الاباضي في عدة مناطق من الجزائر العثمانية والتي كان قضاتها إباضيين.

[2] – بن حموش، مرجع سابق، ص 02.

[3] – حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة – الوصية – الوقف)، دار هومه، الجزائر، 2004، هامش 02، ص 93.

ومن بين أهم المراسيم والقرارات التي توالى صدورها خلال الفترة الأولى للاحتلال الفرنسي للجزائر ما يلي:

– قرار مؤرخ في 08 سبتمبر 1830 يخول السلطات العسكرية الفرنسية الحق في الاستحواذ على أملاك موظفي الإدارة التركية وبعض الأعيان بالإضافة لبعض الأملاك الوقفية التابعة لمؤسسة أوقاف الحرمين[1].

– المرسوم الصادر في 07 ديسمبر 1830 يخول للأوربيين امتلاك الأوقاف دون قيد عملا بتوصية كل من "فرجرو و فلاندان" وهما الموظفين بمصلحة الأملاك العامة، والرامية إلى وضع الأملاك الوقفية تحت رقابة "جيراردان" وهو المدير العام لمصلحة أملاك الدولة، مع إبقاء المشرفين عليها من الوكلاء[2].

وقد تمكنت السلطات الفرنسية من تطبيق هذا القرار بصفة كلية في مدينتي "وهران" و "عنابة"، حيث تم حجز الأملاك الوقفية الموجودة وتسليمها إلى عدة جهات منها:

– أوقاف العيون التي سلمت إلى مهندسين فرنسيين.

– أوقاف الطرق سلمت لمصلحة الجسور والطرق وذلك بحجة ضعف الأمناء وعدم قدرتهم على القيام بدورهم.

– أوقاف الجيش بحجة أنها أملاك عثمانية وأن بقاؤها بأيدي الأهالي يشجعهم على الثورة.

– أوقاف المساجد فسخت بدعوى أن مداخيلها تنفق على أجانب خارج البلاد.

وقد أوكلت المادة الرابعة من المرسوم للقائمين على إدارة الأوقاف تسليم العقود والمستندات المتعلقة بها مرفقة بقائمة المكترين ومبالغ الإيجارات السنوية لمدير أملاك الدولة، مما سهل على الإدارة الفرنسية التصرف في تلك الأملاك الوقفية[3].

غير أن الاحتجاجات التي قام بها رجال الدين و الأعيان بناءا على أن هذه القرارات تعتبر انتهاكا لمعاهدة تسليم الجزائر، فقد حالت في مرحلة أولى دون تمكن السلطات الفرنسية من مصادرة أوقاف الحرمين، غير أن ذلك لم يمنع السلطات الفرنسية من انتهاج أسلوب آخر

---

[1] – رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومه، الجزائر، 2004، ص 14.

[2]– Mehlal. Op.cit. p 10 – 11.

[3] – مسدور ومنصوري، مرجع سابق، ص 80.

للاستيلاء على الأملاك الوقفية وذلك من خلال مخطط التدخل في تسييرها، والذي مهد له القرار المؤرخ في 08 جانفي 1935 حيث أنه بموجبه حولت العديد من الأملاك و الأراضي الوقفية إلى مكاتب ومصالح إدارية ومرافق عمومية، وأصبحت كل مداخيل الأملاك الوقفية جزء لا يتجزأ من ميزانية الدولة الفرنسية، وهو ما أكده صراحة تقرير وزير الحربية الفرنسي المؤرخ في 23 مارس 1843 و الذي يقضي بأن: "مصاريف ومداخيل المؤسسات الدينية تضم إلى ميزانية الحكومة الفرنسية." [1].

الفرع الثاني: تصفية المحتل الفرنسي للأملاك الوقفية من خلال سياسة التدخل في تسييرها

بدأت خطة الإدارة الفرنسية لتصفية الأملاك الوقفية والاستيلاء عليها من خلال ما يسمى بـ "مخطط جيراردان" حيث تقدم المدير العام لأملاك الدولة بتاريخ 25 أكتوبر 1832 بمخطط عام لتنظيم الأملاك الوقفية إلى المقتصد المدني، يهدف إلى وضع الأملاك الوقفية تحت إشراف الإدارة الفرنسية، وبالنظر لما حظي به المخطط من قبول من الإدارة الفرنسية فقد تطور ليأخذ شكل تقرير مفصل حول المؤسسات الوقفية في نهاية سنة 1838، حيث هيأ هذا الأخير عملية الإشراف على الأملاك الوقفية من قبل لجنة تتكون من وكلاء جزائريين تحت إشراف المقتصد المدني الفرنسي، وبذلك أمكن للسلطات الفرنسية من فرض رقابتها الفعلية على الأملاك الوقفية، حيث أصبح المقتصد المدني الفرنسي يمتلك سلطة التصرف في عدد هائل من الأملاك الوقفية[2].

وبالنظر لما حققه المخطط العام من نجاح، فقد فتح المجال لكي تطلق يد السلطات الفرنسية في رفع الحصانة عن الأملاك الوقفية، حيث توالت المراسيم والقرارات التي أكدت بشكل صريح النية المبيتة للسلطات الفرنسية في تصفية الأملاك الوقفية والاستيلاء عليها، ومن أهم تلك القرارات والمراسيم ما يلي:

– قرار مؤرخ في 01 أكتوبر 1844 رفع الحصانة بصورة صريحة ونهائية عن الأملاك الوقفية، وبموجبه تم إخضاع الأملاك الوقفية لأحكام المعاملات التي تجري على الأملاك العقارية، الأمر الذي سمح للأوربيين بالاستيلاء على الكثير من الأراضي الوقفية و التي كانت

---

[1] – رمول، مرجع سابق، ص 14 – 15.

[2] – مسدور ومنصوري، مرجع سابق، ص 80.

تشكل نصف الأراضي الزراعية الواقعة بضواحي المدن الجزائرية الكبرى [1]، إلا أن هذا القرار كان مصيره الفشل لتعذر تطبيقه في جميع أقاليم الجزائر، فصدر المرسوم المؤرخ في 30 أكتوبر 1858 الذي جاء ليوسع الصلاحيات المنصوص عليها في القرار السابق، ليخضع جميع الأملاك الوقفة لقوانين الملكية العقارية المطبقة في فرنسا ويسمح حتى لليهود بامتلاك الأملاك الوقفية[2].

– قانون 26 جويلية 1873 المعروف بـ "مشروع ورنيي" و الذي استهدف فرنسة و تصفية أوقاف المؤسسات الدينية لصالح التوسع الاستيطاني الأوربي في الجزائر، حيث جاء في المادة الأولى من هذا القانون: "إن تأسيس الملكية العقارية بالجزائر وحفظها والانتقال التعاقدي للملكيات والحقوق العقارية مهما كان أصحابها تخضع للقانون الفرنسي.".

فبموجب هذا القانون نجحت السلطات الفرنسية في تحقيق مخططها الاستعماري الشامل الذي يهدف إلى فرنسة الجزائر، إذ بموجبه تم إلغاء كل القوانين و الأعراف الجزائرية التي كانت تحكم المعاملات في الجزائر وبطلان كل الحقوق الناتجة عنها.

وبذلك تمت تصفية الأملاك الوقفية نهائيا و إلغاء تصنيف الملكية الوقفية من بين تصنيفات الملكية في النظام القانوني الفرنسي، مما فتح الباب على مصراعيه للاستيلاء على الأملاك الوقفية و تحول الرصيد الهائل منها إلى ملكية المعمرين و اليهود و ملكية الدولة[3].

المطلب الثالث: تنظيم الأملاك الوقفية بعد الاستقلال

غداة الإعلان عن الاستقلال الرسمي للجزائر بتاريخ 05 جويلية 1962 لم يكن هناك ضمن أصناف الملكية العقارية تصنيف قانوني للملكية الوقفية بسبب تصفيتها من قبل السلطات الاستعمارية الفرنسية، واقتصر تقسيم الملكيات العقارية في الجزائر إلى أربعة أصناف هي: أملاك للدولة، أملاك خاصة لبعض الجزائريين، أملاك تابعة لمعمرين أجانب وأراضي العرش.

---

[1] – سعيدوني ناصر الدين، دراسات تاريخية في الملكية و الوقف و الجباية، دار الغرب الإسلامي، الجزائر، 2001، ص 253.

[2] – سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 106.

[3] – عبد المالك أحمد علي، "المنظومة العقارية في الجزائر"، محاضرة ملقاة في إطار أعمال دورة الأوقاف الإسلامية بالجزائر، 1999، ص 30.

لم تكن أصناف الملكيات غداة الاستقلال تتوافر على سندات، زيادة على انتهاز فرصة شغور عدة أملاك بسبب هروب المعمرين خوفا من انتقام الثورة من جرائمهم ، والاستيلاء عليها إما بعقود بيع حقيقية من قبل المعمرين الفارين أو بواسطة عقود تمت خارج الوطن[1].

إن ما شهدته الملكية الوقفية غداة الاستقلال من وضعية مزرية نتيجة الممارسات الاستعمارية، قد تطلب التدخل السريع للحكومة الجزائرية من أجل الخروج بالملكية الوقفية من الوضع الذي آلت إليه، وهو ما حدث فعلا من خلال مجموعة من النصوص القانونية التي توالى صدورها بهدف احتواء وضعية الأملاك الوقفية بالشكل الأمثل، حيث تميزت وضعية الأملاك الوقفية بعدم الاستقرار خلال الفترة الانتقالية غداة الاستقلال إلى غاية صدور قانون الأسرة رقم 84 – 11 (الفرع الأول)، غير أن النهوض بوضعية الأملاك الوقفية لم يتم إلا من خلال ضبط إطارها القانوني بصدور قانون الأوقاف 91 – 10 (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عدم استقرار وضعية الأملاك الوقفية غداة الاستقلال إلى غاية صدور قانون الأسرة

بعد مغادرة المحتل لأرض الجزائر، كانت الحكومة الجزائرية مضطرة لتمديد العمل بالقوانين الفرنسية انتقاليا إلى حين استقرار الأوضاع والتحكم بشكل جيد بزمام الأمور، فصدر القانون المؤرخ في 31 ديسمبر 1962[2] الذي مدد العمل بالقوانين الفرنسية ما عدا ما يتعارض منها مع السيادة الوطنية، فجاء في المادة الثانية منه: "تعد باطلة جملة النصوص التي تمس بسيادة الدولة الداخلية والخارجية والتي لها طابع استعماري أو عنصري، وكذلك النصوص التي تمس بالحريات الديمقراطية.".

وبالنسبة للأملاك الوقفية فإنه استنادا لنص هذه المادة فإن النصوص القانونية التي عملت على تصفية الأملاك الوقفية خاصة القرار المؤرخ في 01 أكتوبر 1844 و القانون المؤرخ في 26 جويلية 1873 تعتبر ملغاة لأنها تمس بالسيادة الوطنية وتتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية المنظمة لأحكام الوقف، وبذلك أصبحت الأملاك الوقفية دون أي إطار أو تنظيم قانوني لها، وهو ما ترتب عليه نتائج خطيرة شكلت في كل مرة عائقا أمام استرجاع الأملاك الوقفية و النهوض بها، ومن بين تلك النتائج:

---

[1] – كنازة، مرجع سابق، ص 55 – 56.

[2] – الجريدة الرسمية رقم 02، مؤرخة في 11 – 01 – 1963.

– غياب فكرة الوقف في المجتمع، مما سمح للبعض الاستيلاء على الأملاك الوقفية دون أي شعور بالذنب أو بالاعتقاد الخاطئ بأنه سائبة يجوز التصرف فيها، في ظل غياب إطار تنظيمي للملك الوقفي.

– تطبيق أحكام المرسوم 63 – 388 المؤرخ في 01 أكتوبر 1963[1] المتعلق بتأميم المنشآت الزراعية التابعة للأشخاص المعنويين أو الطبيعيين الذين لا يتمتعون بالجنسية الجزائرية و الذي يبطل كل العقود التي تكون مخالفة لأحكامه، ويدمج الأملاك موضوع هذه العقود ضمن الأملاك الشاغرة، وبالتالي أصبحت بعض الأملاك الوقفية مما ينطبق عليها هذا الحكم.

– تطبيق أحكام المرسوم 63 – 88 المؤرخ في 18 مارس 1963[2] المتعلق بتنظيم الأملاك الشاغرة والذي حدد فترة شهرين للتصريح بشغور كل الأملاك التي هجرها أصحابها أو امتنعوا عن القيام بواجباتهم إزائها كملاك، حيث انتقلت هذه الأملاك التي عدت شاغرة إلى ملكية الدولة فيما بعد بموجب الأمر رقم 66 – 102 المؤرخ في 06 ماي 1966[3] وبذلك أصبحت العديد من الأملاك الوقفية ضمن ملكية الدولة، لأن الكثير منها ينطبق عليه حكم الشغور بسبب عدم وجود هيئة قائمة لاسترجاعها و إثبات تبعيتها للوقف، بالإضافة إلى عدم وضوح ما يعتبر من الأملاك الوقفية في الأصل بسبب الخلط الذي تسبب فيه المستعمر الفرنسي بشأن الملكية العقارية في الجزائر[4].

ولسد هذا الفراغ القانوني وباقتراح من وزير الأوقاف في تلك الفترة تم إصدار أول نص قانوني ينظم الأملاك الوقفية وهو المرسوم رقم 64 – 283 المؤرخ في 17 سبتمبر 1964 المتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة [5] والذي صدر من أجل تنظيم الأملاك الوقفية العامة، وتضمن مجموعة من الأحكام أهمها:

– تعداد ما يدخل في الأوقاف العامة في ستة أنواع على سبيل الحصر بموجب المادة الثانية والثالثة منه وهي:

---

[1] – الجريدة الرسمية رقم 73، مؤرخة في 04 – 10 – 1963.

[2] – الجريدة الرسمية رقم 15، مؤرخة في 22 – 03 – 1963، ص 282.

[3] – الجريدة الرسمية رقم 36، مؤرخة في 06 – 05 – 1966، ص 421.

[4] – كنازة، مرجع سابق، ص 56 – 57.

[5] – الجريدة الرسمية رقم 35، مؤرخة في 25 – 09 – 1964، ص 546.

الأماكن التي تؤدى فيها شعائر الدين،
الأملاك التابعة لهذه الأماكن،
الأملاك المحبسة على الأملاك المذكورة،
الأوقاف الخاصة التي لا يعرف من حبست عليهم،
الأوقاف العمومية التي ضمت إلى أملاك الدولة والتي لم يجري تفويتها ولا تخصيصها،
الأملاك التي اشتراها أشخاص طبيعيون أو معنويون باسمهم الشخصي أو التي وقفت عليهم بعدما اشتريت بأموال جماعة من المسلمين أو وقع الاكتتاب عليها في وسط هذه الجماعة أو خصصت تلك الأموال للمشاريع الدينية.

– اشتراط ضرورة أن يكون الوقف تحقيقا لمقاصد اجتماعية ودينية وخيرية، و أن يكون موافقا للنظام العام ويخدم الصالح الوطني، مع التأكيد على عدم الخروج عن الإطار الشرعي للوقف، تحت طائلة بطلان الوقف، إضافة إلى إشتراط أولوية صرف موارده في صيانته وحفظه، وأنه في حالة تلاشي ملك وقفي، فإنه يجوز تعويضه.

– إسناد إدارة الأوقاف العمومية لوزير الأوقاف وحده ومنحه صلاحية تفويض سلطاته للغير في تسييرها مع احتفاظه في جميع الأحوال بسلطته الخاصة بالرقابة والوصاية، وإعطائه صلاحيات فسخ عقود الأكرية الخاصة بالأملاك الوقفية العامة، وتخصيص موارد الأملاك الوقفية بناءا على رغبات الواقفين.

– إلزام الجمعيات والمنظمات المسيرة للأملاك الوقفية بأحكام المرسوم، وبضرورة تسليم جميع العقود والمستندات والوثائق التي بيدها و كذلك الإيرادات، وذلك تحقيقا للتسيير المركزي للأملاك الوقفية تحت إشراف وزير الأوقاف.

وعلى الرغم من المواد الإحدى عشر التي جاء بها المرسوم السابق إلا أنه جاء خاليا من أحكام جادة و قادرة على استيعاب الوضعية التي آلت إليها الأملاك الوقفية والنهوض بها، وهو ما جعله بلا قيمة عملية، ولم يتم العمل به.

و بصدور الأمر رقم 71 – 73 المؤرخ في 08 – 11 – 1971 المتضمن الثورة الزراعية[1] تم بموجبه إدماج الأراضي الوقفية الزراعية أو المعدة للزراعة ضمن صندوق الثورة

[1] – الجريدة الرسمية رقم 97، مؤرخة في 30 – 11 – 1971، ص 1642.

الزراعية، حيث اتبع في ذلك أسلوبين، فهناك ما تم إدماجه عن طريق الضم، ويتعلق الأمر بالأراضي الزراعية المؤسسة كوقف خاص في حالة زوال الهيئة أو الجهة المستفيدة من ذلك الوقف، حيث تحل الدولة محل هذه الهيئة، أما النوع الثاني من الأراضي الوقفية فقد أدمجت عن طريق التأميم ولم يستثنى من ذلك إلا الأراضي التي تتبع المؤسسات المعتبرة كهيئة ذات مصلحة عامة أو نفع عمومي[1]، وبموجب هذا القانون فقد تم الاستيلاء على الكثير من الأملاك الوقفية، وهو ما أثر سلبا على عملية إثباتها و اكتشاف معالمها واسترجاعها فيما بعد[2].

واستمرت وضعية الأملاك الوقفية على ما هي عليه حتى صدور قانون الأسرة رقم 84 – 11 الذي تم بموجبه تنظيم أحكام الوقف بالنظر إليه كتصرف تبرعي بموجب المواد 213 إلى 220 غير أن ما يأخذ على هذا القانون أنه اكتفى بوضع القواعد العامة للوقف كتبرع من التبرعات و جعل أحكامه مشابهة للهبة والوصية، وبذلك بقي الوقف محكوما بنصوص عامة ومتناثرة، ولم يحدد له وجود قانوني كأحد أصناف الملكية التي يحميها القانون.

الفرع الثاني: النهوض بالأملاك الوقفية من خلال ضبط إطارها القانوني ابتداءا من سنة 1990

بصدور دستور 23 فيفري 1989 تم تكريس الاعتراف بالأملاك الوقفية وحمايتها، غير أنه لم يتم تحديد الوجود القانوني للملك الوقفي كصنف من أصناف الملكية إلا ابتداءا من سنة 1990 وذلك من خلال قانون التوجيه العقاري 90 – 25 حيث تم بموجب المادة 23 منه تصنيف الملكية العقارية إلى ثلاثة أنواع هي:

---

[1] – رمول، مرجع سابق، ص 20 – 21.

[2] – يرى البعض أن قانون الثورة الزراعية يشكل مساسا خطيرا بأحكام الشريعة الإسلامية، وفيه تقليص لدور الوقف العام وأهميته مقابل تفعيل دور الأملاك الوطنية، وهو ما جعل فكرة الوقف تتراجع داخل المجتمع الجزائري، وبذلك هو لم يختلف كثيرا عن القوانين الفرنسية التي عملت على تصفية الأملاك الوقفية. كنازة، مرجع سابق، ص 59. و جاء موقف القضاء الجزائري متفقا مع هذا الرأي و ذلك ما يستنتج من القرار التالي: "متى كان من المقرر شرعا أن صحة وإبطال عقد الحبس يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية وتطبيق بشأنه القواعد الفقهية المستمدة من أحكامها. ومن المقرر أيضا أن القانون لا يسري على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي، ولذا فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ولقاعدة تطبيق القانون بأثر رجعي، إذ كان الثابت في قضية الحال أن عقد الحبس المؤرخ في 11 – 06 – 1968 وقد أبطل من قضاة الاستئناف تأسيسا على أحكام قانون الثورة الزراعية الصادر في 08 – 11 – 1971 وقضوا بعدم قبول إعادة القضية بعد الخبرة فإنهم بقضائهم هذا خرقوا قواعد فقهية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية تنظم صحة وإبطال الحبس من جهة كما خرقوا قاعدة قانونية تتعلق بعدم رجعية القوانين من جهة أخرى. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون.". المحكمة العليا، قرار رقم 30954، مؤرخ في 03 – 02 – 1984، المجلة القضائية، 1989، عدد 04، ص 82.

- الأملاك الوطنية.
- الأملاك الخاصة.
- الأملاك الوقفية.

وبموجب ذلك تم فصل الملكية الوقفية عن الملكية الوطنية و الملكية الخاصة باعتبارها صنفا قائما بذاته، وهو ما تم تأكيده بنص المادة 32 من نفس القانون الذي نص على إخضاع الأملاك الوقفية لقانون خاص.

و قد تجسد فعلا التنظيم الخاص للأملاك الوقفية بموجب القانون 91 – 10 المتعلق بالأوقاف الذي يعتبر بداية نهضة حقيقية للملكية الوقفية، حيث وضع الإطار العام لتنظيم الأملاك الوقفية وتسييرها وحفظها وحمايتها، وهو ما أكدته المادة الأولى من القانون التي جاء فيها: "يحدد هذا القانون القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية وتسييرها وحفظها وحمايتها." و في هذا الإطار تطرق هذا القانون إلى معالجة الكثير من المسائل الأساسية والتفصيلية المتعلقة بالملكية الوقفية، حيث جاء هذا القانون متضمنا لخمسين مادة مقسمة إلى سبعة فصول على النحو الآتي:

- أحكام عامة.
- أركان الوقف وشروطه.
- اشتراطات الواقف.
- التصرف في الوقف.
- مبطلات الوقف.
- ناظر الوقف.
- أحكام مختلفة.

و قد تم التأكيد بموجب هذا القانون على مسألتين أساسيتين:

الأولى تتعلق بما ورد في نص المادة الثانية منه بنصها على ضرورة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد به نص حيث جاء فيها: "على غرار كل مواد هذا القانون، يرجع إلى أحكام الإسلامية في غير المنصوص عليه." فالوقف يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية و تطبق بشأنه القواعد الفقهية المستمدة من أحكامها، كما أن المادة 27 من نفس القانون نصت

على أن: "كل وقف يخالف أحكام هذا القانون باطل، مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه" مما يفهم منه أن التنظيم القانوني لأحكام الوقف الإسلامي ينبغي ألا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية و إلا فالأولوية لأحكام الشريعة الإسلامية.

أما المسألة الثانية فتتعلق بما تم التأكيد عليه بموجب المادة 38 منه من التراجع عن فكرة تأميم الأملاك الوقفية والنص على ضرورة استرجاعها.

لاحقا تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 98 – 381 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وحمايتها وكيفيات ذلك [1] تطبيقا لنص المادة 26 من قانون الأوقاف 91 – 10 التي نصت على أن تحديد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وكيفيات ذلك يكون عن طريق تنظيم خاص.

وبموجب تعديل القانون 91 – 10 بالقانون 01 – 07 تم التأكيد على ضرورة الاهتمام بتنمية الأملاك الوقفية، حيث عدلت المادة الأولى من القانون 91 – 10 وأصبحت محررة على النحو الآتي: "يحدد هذا القانون القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية وتسييرها وحفظها وحمايتها والشروط و الكيفيات المتعلقة باستغلالها واستثمارها وتنميتها." بينما أخرج تعديله الثاني بالقانون 02 – 10 الوقف الخاص من التنظيم القانوني الخاص ليقتصر على تنظيم الوقف العام وحده، ولذلك عدلت المادة الأولى مجددا وأصبحت محررة على النحو الآتي: "يحدد هذا القانون القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية العامة وتسييرها وحفظها وحمايتها والشروط والكيفيات المتعلقة باستغلالها واستثمارها وتنميتها. ويخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.".

وعلى هذا النحو يعتبر قانون الأوقاف 91 – 10 المرجع الأساسي في تنظيم الملكية الوقفية في القانون الجزائري، والانطلاقة الفعلية لتجسيد الاعتراف بالوجود القانوني لهذا الصنف من الملكية، حيث يتم في الآتي من الدراسة تقييم مدى كفاءة هذا القانون في توفير حماية حقيقية وحصانة فعلية للأملاك الوقفية في الجزائر.

---

[1] – مؤرخ في: 12 شعبان عام 1419 الموافق لأول من ديسمبر سنة 1998، (الجريدة الرسمية رقم 90، مؤرخة في: 02 ديسمبر 1998، ص 15.).

خلاصة الفصل الأول

أخلص من خلال هذا الفصل إلى أن الملك الوقفي اختصاص قرره المشرع يرد على المال بحبس أصله وتسبيل منفعته، فأفضل تعريف للملك الوقفي هو ذلك الذي لا يخوض في التفاصيل، كما أن الملك الوقفي هو حق عيني موضوعه الملكية سواء بالنظر إليه كملك وقفي قائم بذاته بتمتعه بالشخصية المعنوية، أو بالنظر إليه من جانب الموقوف عليه الذي يمتلك المنفعة دون الرقبة، حيث أرى أنه من الأهمية أن ينص المشرع الجزائري في القانون المدني بمناسبة تحديده للحقوق العينية على الملك الوقفي كنوع مستقل من الملكية، مما يؤكد على طبيعته الخاصة باعتباره حق عيني له خصائصه التي تميزه عن غيره من الحقوق العينية.

ونظام الوقف كنظام إسلامي يستمد مشروعيته من أحكام الشريعة الإسلامية، قد عرفه المجتمع الجزائري منذ الفتح الإسلامي، وفي فترة حكم العثمانيين للجزائر عرفت الأملاك الوقفية انتشارا واسعا بلغ أوجه في أواخر العهد العثماني، حيث ساهم النظام المحكم في تسييرها و إدارتها في ازدهارها، غير أن نجاح المحتل الفرنسي في الاستيلاء على الأراضي الجزائرية، كان له أثره الواضح على وضعية الأملاك الوقفية، حيث تأثرت ببرنامج الاستيلاء و التصفية الذي طال معظم الثروة الوقفية، وبعد الاستقلال ظلت الأملاك الوقفية لفترة طويلة في وضعية غير واضحة وبعيدة عن الاهتمام الذي يليق بها، مما قلل من دورها، وبقيت الملكية الوقفية زمنا محكومة بنصوص قليلة وغير واضحة، ولم يحدد لها وجود قانوني إلا بصدور قانون خاص ينظمها.

و إذا كان صدور قانون خاص لتنظيم الملكية الوقفية في الجزائر وما تلاه من تعديلات ونصوص تنظيمية يعتبر بلا شك تكريسا للحماية القانونية للأملاك الوقفية، غير أن قيمة هذا القانون تتحدد بمدى أخذه بعين الاعتبار الظروف التاريخية التي مرت بها الأملاك الوقفية في الجزائر سواء في فترة انتعاشها أو في فترة انتكاسها و تراجعها، وكذلك بمدى احتوائه على أحكام سليمة وفعالة قادرة على أن تستوعب مختلف الحالات الواقعية التي يواجهها، بما من شأنه أن ينعكس إيجابا على وجود الأملاك الوقفية ونموها داخل المجتمع الجزائري، وهو ما أتطرق إليه في الفصول التالية من الدراسة.

الفصل الثاني: وسائل تكوين الملك الوقفي

يقصد بوسائل تكوين الملك الوقفي الأدوات القانونية التي تنشأ الملك الوقفي، و الأصل في إنشاء الملك الوقفي منذ ظهوره في الإسلام هو اتجاه إرادة من يرغب في إنشاء ملك وقفي إلى التصرف في ماله بالوقف، لذلك اهتم المشرع الجزائري بشكل خاص بتنظيم الوقف كتصرف قانوني لإنشاء الملك الوقفي، معتبرا إياه الوسيلة الأصلية التي لا يمكن الاستغناء عنها في تكوين الملك الوقفي، غير أنه بالنظر للظروف التاريخية التي مرت بها الملكية الوقفية في الجزائر و ما نتج عنها من ضياع واستيلاء على الكثير من الأملاك الوقفية التي كانت موجودة فعلا، وفي ظل الرغبة بالنهوض بالملكية الوقفية و الاستفادة منها كثروة حقيقية داخل المجتمع الجزائري اقتضى ذلك التوسع في تحديد الوسائل القانونية التي من شأنها أن تساهم في تكوين الملك الوقفي.

وعلى الرغم من عدم وجود نص صريح في قانون الأوقاف 91 – 10 يعدد الوسائل القانونية لتكوين الملك الوقفي، إلا أنه باستقراء النصوص القانونية المنظمة للملك الوقفي يتبين أن المشرع الجزائري قد أضاف إلى تصرف الوقف كأصل لتكوين الملك الوقفي (المبحث الأول)، وسائل أخرى منها ما يفهم صراحة ومنها ما يفهم ضمنيا بحيث تتماشى مع الوضعية التي تميزت بها الملكية الوقفية في الجزائر في ظل حداثة الاهتمام التشريعي بها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التصرف بالوقف كأصل لتكوين الملك الوقفي

اتفق الفقهاء على أن الوقف تصرف تبرعي له أركانه وشروطه التي تأخذ بعين الاعتبار تمييزا له عن غيره من التصرفات التبرعية، غير أنهم اختلفوا في مسألتين أساسيتين تتعلق الأولى بطبيعته فيما إذا كان ينشأ بإرادة الواقف وحده دون توقفه على قبول طرف آخر ، فيكون على هذا النحو تصرفا بإرادة منفردة، أم أنه لابد من توافق إرادتين فيكون عقدا ؟ وتتعلق الثانية بلزومه متى صدر مستوفيا لشروطه، من حيث إذا كان يجوز للواقف الرجوع في وقفه أو عدم جواز ذلك؟ ومن الناحية القانونية يعتبر تحديد طبيعة التصرف القانوني و الآثار المترتبة عليه بحسب غرضه وغايته المقصودة منه من المسائل الجوهرية التي يعنى التنظيم القانوني السليم بعدم إغفالها، ولذلك في إطار تحديد مفهوم الوقف كوسيلة ينظمها القانون لإنشاء الملك الوقفي

يقتضي التطرق في البداية إلى تحديد طبيعة هذا التصرف (المطلب الأول)، ثم تحديد أركانه وشروطه كمفهوم متميز ومستقل تترتب عليه آثاره الخاصة (المطلب الثاني)، ثم لزومه كأثر لنشوءه صحيحا مستوفيا لشروطه (المطلب الثالث).

المطلب الأول: طبيعة تصرف الوقف

جاء في نص المادة 04 من قانون الأوقاف 91 – 10: "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة." حيث يظهر من خلال هذا النص عدم وضوح موقف المشرع الجزائري في تحديد طبيعة الوقف، مما قد يجعله يختلط في مفهومه مع بعض التصرفات الأخرى، فالتصرف القانوني قد يتم بإرادتين فيسمى عقدا، أو يتم بإرادة واحدة فيسمى تصرفبإرادة منفردة، وهو ما لم يعكسه النص السابق بشكل واضح.

وفي الفقه الإسلامي فإن كل تصرف شرعي يترتب عليه التزام يعتبر عقدا حيث يأخذ هذا الأخير معنيين خاص وعام، أما المعنى الخاص للعقد فهو : توافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول، بينما المعنى العام فهو: أنه كل تصرف يترتب عليه التزام ولو بإرادة واحدة[1]، وهذا يدل على تأثر المشرع الجزائري في تحديد طبيعة الوقف بمعنى العقد في الفقه الإسلامي، و لذلك لابد من الرجوع إلى الاختلاف الفقهي بخصوص ذلك، حيث ناقش الفقهاء طبيعة تصرف الوقف واهتموا بها كمسألة أساسية (الفرع الأول)، وبناءا على ذلك يتم توضيح موقف المشرع الجزائري من طبيعة الوقف (الفرع الثاني)، وفي إطار توضيح حقيقة تصرف الوقف يكون من الضروري التمييز بينه وبين بعض التصرفات التبرعية المشابهة له (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الخلاف الفقهي حول طبيعة تصرف الوقف

أجمع فقهاء المذاهب الفقهية الأربعة على أن الوقف على الجهات العامة الذي يكون في أولى طبقاته على جهة غير محصورة كالفقراء مثلا، أو جهة لا يتصور منها القبول كالمسجد ، هو تصرف بإرادة منفردة يتم إنشاؤه بمجرد الإيجاب من الواقف ولا يحتاج ل تمامه ولزومه لصدور قبول من الموقوف عليه[2].

---

[1] – أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 201 و 212.

[2] – الغزالي محمد بن محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق أحمد محمود إبراهيم، ج 4، دار السلام للطباعة والنشر، (دون بلد)، 1997، ص 245. كذلك: المرداوي، الإنصاف، ج 7، مرجع سابق، ص 26. كذلك: الدردير، الشرح الصغير، ج 4، مرجع سابق، ص 106. كذلك: الطرابلسي، الإسعاف، مرجع سابق، ص 17.

أما محل الخلاف الفقهي فهو بالنسبة للوقف على جهات خاصة و الذي تكون الطبقة الأولى منه معينة محصورة، وذلك على النحو الآتي:

1- الراجح عند الفقهاء الشافعية

أن الوقف عقد يلزم لتمامه صدور قبول مطابق للإيجاب، ويكفي أن يصدر القبول من الطبقة الأولى فلا يشترط صدوره من بقية الطبقات التي تليها والتي يبقى لها فقط حق عدم قبول أو رد الغلة لأن الوقف بقبول الطبقة الأولى له يصبح ثابتا[1].

2- المتفق عليه عند الفقهاء الحنفية

أن الوقف تصرف بإرادة منفردة، فالقبول عندهم لا يعتبر شرطا لإنشاء الوقف ولا للاستحقاق فيه، والشرط عندهم هو عدم الرد، فإن رد الموقوف عليه المعين الوقف ترتب على ذلك عدم استحقاقه للغلة، وليس له أن يقبل بعد ذلك، لأنه برده الاستحقاق سقط حقه، ويستحقها من جعل الوقف في آخره له[2].

3- الراجح عند الفقهاء الحنابلة

أن الوقف تصرف بإرادة منفردة لا يبطل برده من الموقوف عليه، وإنما الخلاف عندهم في اعتبار القبول شرطا للاستحقاق، أم أن الاستحقاق لا يحتاج إلى قبول، حيث أن الرأي عند الأغلب منهم وهم القائلين بعدم اشتراط القبول للاستحقاق، أن الرد لا يبطل الاستحقاق للغلة، فمتى عاد من رد الوقف وقبل استحقاق الغلة استحقها[3].

4- المتفق عليه عند جمهور الفقهاء من المالكية

أن القبول ليس إلا شرطا للاستحقاق فقط، غير أنه إذا كان على معين ورده اعتبر تصرفا بإرادة منفرة لا يبطل بالرد، كل ما في الأمر أنه ينتقل إلى غيره سواء كانوا معينين آخرين أو إلى الفقراء مادام لم يتم النص في عبارات الوقف على اقتصاره على المعين الذي رده [4]، أي أن

---

[1] – الغزالي، الوسيط، ج 4، مرجع سابق، ص 245. كذلك: أبي زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج 4، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 2003، ص 389 – 390.

[2] – الطرابلسي، الإسعاف، مرجع سابق، ص17. كذلك: ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص 525.

[3] – البهوتي منصور بن يونس، كشاف القناع عن الإقناع، تحقيق لجنة متخصصة في وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، ج 10، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، 2007، ص 29 – 30.

[4] – الخرشي أبي عبد الله محمد، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج 7، ط 2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر ، 1899، ص 92. كذلك: الدردير، الشرح الصغير، ج 4، مرجع سابق، ص 106 – 107.

العبرة بنية التصدق من الواقف ، أما إذا كان الوقف على معين مختص و دلت عبارات الوقف على اختصاصه دون غيره، اعتبر الوقف عقدا يبطل برد هذا المعين له ، و يعود ملكا للواقف إن كان حيا أو لورثته، بناءا على أن الفقهاء المالكية لا يشترطون التأبيد لصحة الوقف[1].

كنتيجة فإن الراجح من مجموع الآراء الفقهية السابقة هو عدم اعتبار القبول شرطا لإنشاء الوقف أو لصحته سواء كان عاما أو خاصا، فإذا رد الموقوف عليه الوقف ترتب على ذلك عدم استحقاقه للغلة دون أن يبطل الوقف.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لتصرف الوقف

إن ما ورد في نص المادة 04 من قانون الأوقاف 91 – 10 من اعتبار الوقف (عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة) يدل على تأثر المشرع الجزائري بالمعنى الفقهي للعقد، فالذي قصده المشرع في تحديد طبيعة تصرف الوقف أنه يعتبره عقدا بالمعنى العام للعقد في الفقه الإسلامي، أي باعتباره تصرفا يترتب عليه التزام بإرادة منفردة للواقف، ولو أن المشرع أراد أن يعتبره عقدا بالمعنى الخاص في الفقه الإسلامي لنص على أن الوقف عقد التزام تبرع يحتاج لتمامه لصدور قبول مطابق للإيجاب.

من جهة أخرى فقد كانت المادة 07 من قانون الأوقاف 91 – 10 تنص قبل إلغائها: "يصير الوقف الخاص وقف عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم ." كما نصت المادة 13 من نفس القانون قبل تعديلها: "الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ويكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنويا. ف الشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية ." حيث يفهم من النصين أن القبول ليس شرطا لإنشاء الوقف سواء كان عاما أو خاصا، وبالنسبة لهذا الأخير يعتبر القبول شرطا لاستحقاق الغلة فيه، فإذا رد الموقوف عليه استحقاقه للغلة لم يبطل الوقف بل يصير وقفا عاما، لأن مآل كل وقف في النهاية جهة بر عامة، وقد ساير المشرع الجزائري بهذين النصين رأي جمهور الفقهاء من اعتبار الوقف تصرفا بإرادة منفردة لا يحتاج إلى القبول لإنشائه.

[1] – الكبيسي، مرجع سابق، ص 176 – 179.

ولما كانت حقيقة الملك الوقفي أنه إسقاط يحمل معنى التمليك، فإنه يترتب عل اعتبار الوقف إسقاطا من جانب الواقف عدم اشتراط القبول من الموقوف عليهم مراعاة لمعنى الإسقاط، وتصرف الشخص بإرادته المنفردة في ملكه بغض النظر عن موافقة الموقوف عليه، وإن كان بالمقابل يمكن لهم رد منافع الوقف مراعاة لمعنى التمليك في الوقف، حيث يسقط حق الموقوف عليه برده الاستحقاق و لا يحق له قبول الاستحقاق بعد رده.

الفرع الثالث: تمييز تصرف الوقف عما يشابهه من تصرفات تبرعية

يتشابه الوقف من حيث اللفظ مع بعض التصرفات الشرعية التبرعية كالصدقة والحبس، كما يتشابه في استمداد أحكامه مع العديد من التصرفات التبرعية التي أكدت عليها أحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري كالوصية والهبة، ولكن من حيث أنه صدقة جارية يرجى استمرار تحصيل أجرها في حياة الواقف وبعد مماته، فإنه يظهر اختلافه عن تلك التصرفات التبرعية من بعض الوجوه، مما يجعله مستقلا و مختلفا في طبيعته و أحكامه عن غيره من التصرفات التبرعية.

لذلك يجدر التميز من جهة بين الوقف و بعض التصرفات التبرعية التي يتشابه معها من حيث اللفظ (أولا)، و التمييز من جهة أخرى بين الوقف وبعض التصرفات التبرعية التي يستمد منها بعض أحكامه طبقا لقانون الأسرة الجزائري (ثانيا).

أولا: التمييز بين الوقف و بعض التصرفات التبرعية التي تشابهه من حيث اللفظ

إن الوقف من حيث تعريفه أنه صدقة جارية فهو يتشابه مع الصدقة كتصرف شرعي مما يقتضي التمييز بينه وبين الصدقة وإبراز وجه الخصوصية فيه، ومن حيث أنه يتم بلفظ (حبس) أو (وقف) فهذا يقتضي التمييز بينه وبين الحبس وتوضيح ترادف اللفظين في المعنى من اختلافهما.

1- التمييز بين الوقف و الصدقة

يصنف الوقف ضمن الصدقات الاختيارية أو التطوعية ولذلك فإن كل النصوص التي تحث على الصدقة تنطبق على الوقف ، والقواعد العامة التي تنظم الصدقات الاختيارية من أهلية التبرع، وإطلاق يد الناس في أموالهم، والقيود التي ترد عليها في حالات الحج ر، ومرض الموت، والدين المستغرق تنطبق على الوقف أيضا.

وعلى الرغم من التشابه بين الوقف والصدقات الاختيارية، فـالوقف كبقية الصدقات الاختيارية الغرض منه التقرب إلى الله بإخراج المال المتصدق به من ذمة مالكه مع اختلاف الفقهاء في الجهة التي تؤل إليها ملكية المال الموقوف، واتفاقهم على أيلولة المال المتصدق به في الصدقة العادية للمتصدق له يتصرف فيه كيفما شاء ، مع ذلك فشكل العطاء هو الذي يعطي للوقف خصوصيته ويميزه عن غيره من الصدقات، ذلك أن العطاء في الوقف يتحقق فيه معنى التكرار و الجريان والاستمرار في جلب الحسنات للواقف حتى بعد مماته، لذلك ينصب العطاء في الوقف على شيء يعطيه الواقف مرة واحدة ويكون من طبيعته أن يتكرر الأخذ فيه والاستفادة منه وهو معنى الجريان [1]، ويترتب على ذلك أن الموقوف عليه يمنع من التصرف في المال الموقوف بأي شكل من أشكال التصرف الناقل للملكية، أما في الصدقة بوجه عام فالمتصدق له حر في التصرف في المال المتصدق به عليه.

2- التمييز بين الوقف والحبس

الحبس كباب من أبواب البر قد يكون مؤبدا وقد يكون مؤقتا ينتهي بالفترة الزمنية المحددة له، فيعود بعدها لملك الواقف أو ورثته، والحبس المؤبد هو الذي يصح تسميته وقفا، أما الحبس المؤقت فهو الذي يلحق به العمرى* والرقبى** وبعض أوجه البر الأخرى التي تبقى الأعيان فيها على ملك المالك[2]، لذلك فإن الوقف وإن عرف بأنه حبس فهو مقيد بقطع تصرف الواقف في رقبة الموقوف على وجه التأبيد وخروجها عن ملكه ، أما الحبس فيعرف بأنه جعل المالك حق الانتفاع بملكه لآخر مع تمكنه من التصرف برقبة ملكه تصرفا لا ينافي استيفاء المنفعة من المحبس عليه، ويكون إما مطلقا إذا لم تعين المدة التي يجوز الرجوع فيها عنه، ومؤقتا إذا حددت مدته التي لا يجوز خلالها الرجوع فيها عنه، ومتى انتهت يرجع بعدها ملكا لمالكه أو ورثته[3].

---

[1]- قحف، مرجع سابق، ص 109.

* العمرى هي أن يجعل شخص منفعة شيء يملكه لشخص آخر عمر الشخص المنتفع.

** الرقبى هي منح مال معين من مالكه إلى الغير ليستفيد منه مدة محددة ولكنها غير معلومة كمدة حياته أو مدة شفاءه.

[2] - الحسني هاشم معروف، كتاب الوصاية و الأوقاف في الفقه الإسلامي، دار القلم، لبنان، 1980، ص 279.

[3] - الجواهري حسن، (وقف السندات و الصكوك والحقوق المعنوية و المنافع)، بحث مقدم لأعمال الدورة التاسعة عشرة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقد بإمارة الشارقة بتاريخ 26 أفريل 2009 ، ص 01 – 03.

و قد أحسن المشرع الجزائري باستعماله للفظ (الوقف) لأنه يتفق مع اشتراطه التأبيد في الملك الوقفي، وعلى خلاف ما اشتهر في المؤلفات التي تناولت موضوع الوقف، أرى أنه ليس صحيحا تقسيم الوقف إلى وقف مؤبد ووقف مؤقت، بل الأصح هو التقسيم إلى حبس مؤبد أو الوقف وحبس مؤقت ، بمعنى إذا استعمل في التعبير مصطلح الوقف فلا ينصرف معناه إلا لحبس الأصل وتسبيل الثمرة على وجه التأبيد، فإن أريد معنى التوقيت عبر بلفظ الحبس وقرن بمدة توقيته.

ثانيا: التمييز بين الوقف و التصرفات التبرعية التي يستمد منها بعض أحكامه طبقا لقانون الأسرة

جمع الكتاب الرابع من قانون الأسرة الجزائري تحت عنوان (التبرعات) في الباب الأول منه تنظيم كل من الوصية، والهبة، والوقف، وبخصوص تنظيم بعض الأحكام المتعلقة بالوقف فقد أحال المشرع الجزائري في تنظيمها إلى نفس النصوص القانونية التي تحكم الوصية أو الهبة، مما يدل على التشابه بين هذه التصرفات التبرعية وهو ما يطرح التساؤل إذا كان يصح استمداد بعض أحكام الوقف التي لم يرد فيها نص صريح قياسا على ما ورد فيه نص صريح في الهبة أو الوصية؟ و هو ما لا يتضح إلا من خلال التمييز بين الوقف و الوصية، و التمييز بين الوقف و الهبة.

1- التمييز بين الوقف و الوصية

تعرف الوصية في الاصطلاح الفقهي بأنها : "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع."[1] وهو نفس التعريف الذي تضمنته المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري، وبالمقابل يعرف الوقف في المادة 213 من نفس القانون بأنه: "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق ." مما يدل على التشابه بين الوقف و الوصية من حيث طبيعتهما التبرعية، لذلك يتفقان في الشروط المطلوبة في التصرفات التبرعية من أهلية التبرع و ملكية محل الوصية أو الوقف،.

وقد قارب المشرع الجزائري العلاقة بين الوصية والوقف بنصه في المادة 217 من قانون الأسرة الجزائري على ثبوت الوقف بما تثبت به الوصية.

---

[1] – الغندور أحمد وشعبان زكي الدين، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1984، ص 11.

غير أنه من المتفق عليه فقها أن الوقف المضاف إلى ما بعد الموت هو وصية محضة[1]، كما أن الوقف في مرض الموت تسري عليه أحكام الوصية تطبيقا لأحكام المادة 776 من التقنين المدني الجزائري التي اعتبرت كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية، لذلك فإن اتفاق الوقف والوصية من حيث طبيعتهما التبرعية لا ينفي اختلافهما من عدة أوجه، مما يجعل استمداد أحكام الوقف قياسا على الوصية غير ممكن في جميع الأحوال.

ومن الاختلافات الجوهرية بين الوقف و الوصية:

– أن الوقف ينتج آثاره بمجرد تكوينه، أما الوصية فلا تنتج آثارها إلا بوفاة الموصي.

– إذا كان جوهر الوصية التمليك أو نقل الملكية لمالك معين، فإن جوهر الوقف هو تخصيص المنفعة لا نقل الملكية لجهة معينة، لذلك لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي بأي تصرف ناقل للملكية إلا استثناءا، بخلاف الوصية.

– لا تجوز الوصية إلا في حدود ثلث التركة، وما يزيد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة، أما الوقف– إلا أن يكون وصية بوقف – فلا حدود لأكثره.

– الوقف يصح أن يكون على جهة عامة أو خاصة، ولذلك يجوز في حالة كونه واردا على جهة خاصة أن يكون لوارث، بينما الوصية لا تصح لوارث إلا بإجازة الورثة.

– الوقف يلزم ولا يجوز الرجوع فيه عند عامة الفقهاء، واستثناءا إذا كان مضافا إلى ما بعد الموت جاز التراجع عنه في حياة الواقف، أما الوصية فيجوز للموصي أن يرجع فيها متى شاء ما دام حيا[2].

2– التمييز بين الوقف والهبة

الهبة في الاصطلاح الفقهي هي: "عقد يفيد التمليك بلا عوض حال الحياة تطوعا." [3]

وقريب من هذا التعريف ما جاء في نص المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري بأن: "الهبة تمليك بلا عوض ." بينما نصت المادة 206 من نفس القانون بأن: "تنعقد الهبة بالإيجاب و

---

[1] – يكن زهدي، أحكام الوقف، المطبعة العصرية للطباعة والنشر، بيروت، (د.ت)، ص 253.

[2]– السدلان صالح بن غانم، أحكام الوقف والوصية و الفرق بينهما، دار بلنسية، (دون بلد)، 1992، ص 21.

[3]– الزحيلي وهبة، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج 2، ط 2، دار الفكر، دمشق، 2006، ص 168.

القبول، و تتم بالحيازة، و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات. و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة. " فيستنتج من ذلك كله أن ال هبة عقد تبرعي ينتج آثاره في حياة الواهب والموهوب له، وهي بذلك تشبه الوقف باعتبار كل منهما تبرعا يخرج المال من ملك صاحبه في حياته ودون عوض.

لذلك استمد المشرع الجزائري حكم الوقف من حكم الهبة بنصه في المادة 215 من قانون الأسرة: "يشترط في الوقف و الموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقا للمادتين 204 و 205 من هذا القانون." فوفقا لهذا النص فإن كل من الهبة والوقف قد يستغرق كل أموال الواهب أو الواقف، وكذلك فإن الوقف في مرض الموت كالهبة في مرض الموت يأخذ كل منهما حكم الوصية، إضافة إلى أن شروط الواقف كشروط الواهب، من حيث الرشد، وعدم الحجر، وملكية المال الذي يجب أن يكون مما يصح التعامل فيه سواء كان عقارا أو منقولا أو منفعة.

مع ذلك فأوجه الاختلاف بين الهبة والوقف كثيرة مما يجعل استمداد أحكام الوقف قياسا على الهبة غير ممكن في جميع الأحوال، لما فيه من تعارض مع حقيقة الوقف، من ذلك:

– ليس في الوقف تمليك للرقبة بل هو تمليك أو تخصيص للمنفعة لصالح الموقوف عليه، أما الهبة فهي تمليك الرقبة للموهوب له مما يجيز له التصرف في الهبة بأي نوع من أنواع التصرف[1].

– الهبة عقد لا بد فيه من صدور إيجاب الواهب وقبول الموهوب له، أما الوقف فهو تصرف بإرادة منفردة، ولذلك لا يشترط القبول من الموقوف عليه.

– الوقف يلزم ولا يجوز الرجوع فيه عند عامة الفقهاء، واستثناءا إذا كان مضافا إلى ما بعد الموت جاز التراجع عنه في حياة الواقف، أما الهبة فالأصل جواز الرجوع فيها واستثناءا لا يجوز ذلك في حالات محددة[2].

أخلص إلى أن الوقف تصرف قائم بذاته له أحكامه الخاصة التي تتطابق مع مضمونه وحقيقته، ولا بأس في تسمية الوقف صدقة أو حبسا مادام يقترنان بما يدل على معنى الوقف

---

[1] – منصوري نورة، هبة العقار في التشريع، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 50.

[2] – المواد: 211 و 212 من قانون الأسرة الجزائري.

وماهيته، أما استمداد بعض أحكامه من أحكام الوصية أو الهبة فليس ذلك إلا باعتباره تصرفا تبرعيا كالوصية والهبة فينطبق عليه ما ينطبق على التصرفات التبرعية بشكل عام، كما أن ما توافق من أحكام كل من الوصية والهبة مع حقيقة الوقف ومضمونه لم يمنع ذلك من استمداد أحكام الوقف قياسا على الوصية أو الهبة.

المطلب الثاني: أركان تصرف الوقف

إن الوقف باعتباره تصرفا بإرادة منفردة فهو ينشأ بالإيجاب فقط من الواقف بصيغته المعتبرة شرعا، فلا يحتاج إلى قبول من الموقوف عليه، وعلى هذا الأساس وبعيدا عن الخلاف الفقهي فإن الصيغة التي تعبر عن إرادة الواقف هي ركنه الشرعي و الأساسي الذي لا يصح ولا يوجد إلا به، وكأي إلزام إرادي فإنه لابد للوقف من أركان مادية هي: وجود واقف، ومال يوقف، و جهة يوقف عليها.

وقد جاء موقف المشرع الجزائري واضحا بالنص على هذه الأركان في المادة 09 من قانون الأوقاف 91 – 10 ثم أعقب ذلك بالنص على ما اعتبره شروطا للأركان ، ذلك أن الوقف كغيره من التصرفات القانونية لا بد له من شروط ليتحقق وجوده قانونا، وبالنظر لطابع الوقف الديني فإن هذه الشروط تشترط تماشيا مع ما في الفقه الإسلامي من أنه لا بد للوقف من شروط ليتحقق وجوده شرعا، ولكي تترتب عنه آثاره ومقاصده وأحكامه، حيث أن هذه الشروط التي تتعلق بجميع أركان الوقف قد تكون متعلقة بصحة الوقف، وهي كل ما يتوقف عليه انعقاد الوقف من الاعتبارات بعد وجود أركانه، وقد تكون شروطا متعلقة بنفاذ الوقف ، وهي كل ما يتوقف عليه اعتبار الوقف بعد نشوءه صحيحا موجودا وقائما غير محتاج لإجازة أحد، فيكون حجة على الغير[1]، وبناءا على ذلك يتحدد مضمون هذا المطلب في البحث في شروط الصيغة الركن الشرعي للوقف (الفرع الأول)، ثم شروط باقي أركان الوقف المادية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط الصيغة الركن الشرعي للوقف

صيغة الوقف هي الإيجاب الذي يصدر من الواقف دالا على إرادته في الوقف، سواء عبر عن ذلك باللفظ، أو الكتابة، أو الإشارة طبقا لما تنص عليه المادة 12 من قانون الأوقاف 91

[1] – الزرقا، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 43.

– 10 و التي جاءت تماشيا مع القواعد العامة، حيث يلاحظ أن نص المادة 12 من قانون الأوقاف 91 – 10 اكتفى بتحديد صور صيغة الوقف و لم يبين الشروط القانونية لصحتها، مما يعني الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، غير أنه باستقراء قانون الأوقاف 91 – 10 نجد أنه في الفصل المعنون بـ (أحكام مختلفة) ورد نص المادة 41 الذي اشترط إفراغ صيغة الوقف في الشكل الرسمي، فيستنتج من ذلك أن صيغة الوقف في القانون الجزائري يشترط فيها شروط شرعية موضوعية و شرط قانوني شكلي.

لذلك يتحدد مضمون هذا الفرع في التطرق إلى الشروط الشرعية الموضوعية لصيغة الوقف (أولا)، ثم التطرق إلى الشرط القانوني الشكلي لصيغة الوقف (ثانيا).

أولا: الشروط الشرعية الموضوعية لصيغة الوقف

يشترط الفقهاء لتحقق الصيغة الشرعية لإنشاء الوقف خمسة شروط هي: الجزم، التنجيز، التأبيد، خلوها من أي شرط يؤثر في أصل الملك الوقفي و ينافي مقتضاه و تعيين المصرف.

1- الجزم

المقصود بهذا الشرط ألا تكون الصيغة مجرد وعد بالوقف، فالوعد بالوقف لا يلزم صاحبه ولا ينشأ وقفا[1]، كما يدخل في معنى الجزم، أن تأتي الصيغة خالية من خيار الشرط الذي يصح في عقد البيع، و الذي بمقتضاه يحق للعاقد الذي اشترطه لنفسه أن يبرم العقد أو يمتنع خلال أيام معينة، وشرط الخيار في الوقف يعني أن يشترط الواقف لنفسه حق إبرام أو العدول عن وقفه خلال مدة معينة وهو مما ينافي الجزم المشترط في إرادة الواقف [2]، فإذا وقع هذا الشرط بطل الشرط وصح الوقف على الرأي المرجح[3].

2- التنجيز

يقصد بالصيغة المنجزة، أن تكون نافذة في الحال، أي بما يدل على إنشاء الوقف وترتيب آثاره في الحال، فلا تكون معلقة على شرط غير كائن، أو مضافة إلى المستقبل.

وجمهور الفقهاء –عدا الفقهاء المالكية– يشترطون التنجيز في الصيغة لأن فيها معنى تمليك المنفعة، و يختلف حكم الصيغة غير المنجزة من حالة إلى أخرى على النحو الآتي:

---

[1] – الشامسي، مرجع سابق، ص 09.

[2] – الزرقا، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص45.

[3] – النووي، روضة الطالبين، ج 4، مرجع سابق، ص 393. كذلك: السرخسي، المبسوط، ج 12، مرجع سابق، ص 42.

– إذا كانت الصيغة معلقة على أمر معدوم وقت صدور الوقف، كقول الواقف: "إذا جاء رأس الشهر، فداري وقف " فلا يصح الوقف ، أما إذا كانت الصيغة معلقة على أمر موجود وقت صدور الوقف، فإن الوقف يكون صحيحا، والتعليق صوري فلا يعتد به[1].

– أما إذا كانت الصيغة مضافة إلى زمن مستقبل، فتختلف عن المعلقة في أنها تدل على إنشاء الوقف وتراخي ترتيب آثاره إلى زمن مستقبل أضيفت له، فيختلف حكمها باختلاف الزمن الذي أضيفت إليه، فإذا كانت مضافة إلى ما بعد الموت، صحت على أنها وصية بالوقف، تلزم في الثلث، أما إذا كانت مضافة إلى وقت آخر غير موت الواقف، فالراجح عند الفقهاء الحنفية صحة الوقف واستحقاق الموقوف عليهم الغلة من وقت حلول الوقت المضاف إليه[2]، أما الفقهاء الشافعية والحنابلة فيرون أن الوقف لا ينعقد سواء حل الوقت المضروب أم لم يحل[3].

أما الفقهاء المالكية فيرون عدم اشتراط التنجيز في صيغة الوقف، سواء كانت معلقة على شرط محقق أو غير محقق الوجود، أو كانت مضافة إلى زمن مستقبل ، فيصح الوقف في جميع الحالات، استنادا إلى أن الملكية في الوقف تبقى في ذمة الواقف، مع عدم جواز التصرف أو التراجع عن الوقف إذا كان مؤقتا[4].

والراجح هو الأخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن رأي الفقهاء المالكية لا يستقيم واشتراط زوال ملكية الواقف، وتأبيد الوقف في القانون الجزائري.

3– التأبيد

يقصد به عدم اقتران الصيغة بما يفيد التوقيت، لذلك فالتأبيد يتطلب أن يكون الموقوف شيئا يتصف بالدوام والبقاء، وكذلك أن تكون آخر مصارف الوقف جهة بر لا تنقطع.

و قد اتجه الفقهاء في اشتراط التأبيد في صيغة الوقف إلى اتجاهين على النحو الآتي:

– ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط التأبيد في صيغة الوقف استنادا إلى أن الوقف إخراج مال على وجه القربة فلم يجز إلى مدة، كما أن الوقف شرع ليكون صدقة جارية وشرط جريانها هو

---

[1] – ابن قدامه، المغني، ج 6، مرجع سابق، ص 221. كذلك: ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص 524.

[2] – النسفي أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود، البحر الرائق، ج 5، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص 322.

[3] – الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 5، ط 3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 375. كذلك: المرداوي، الإنصاف، ج 7، مرجع سابق، ص 23.

[4] – الخرشي، شرح الخرشي، ج 7، مرجع سابق، ص 91. كذلك: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4، مرجع سابق، ص 87.

دوام الوقف، أما توقيته فإنه ينافي حكمه الذي شرع لأجله فلم يصح ، فإذا اقترنت الصيغة بما يفيد التوقيت بطل الوقف، أما إذا جاءت خالية مما يفيد التوقيت أو خالية من ذكر التأبيد أو ما يقوم مقامه كذكر مصرف لا ينقطع، فالمرجح أن ذكر التأبيد أو ما يقوم مقامه ليس بشرط، فالمهم أن تخلو الصيغة من شرط التوقيت[1].

– بينما خالف الفقهاء المالكية والشافعية على قول ابن سيريج رأي جمهور الفقهاء و أجازوا الوقف مؤقتا ومؤبدا، فلم يشترطوا التأبيد في الوقف، وأجازوهسنة أو أكثر لأجل معلوم ثم يرجع ملكا للواقف أو لورثته[2]، مع الملاحظة أن الفقهاء المالكية الذين خالفوا رأي الجمهور في إجازة الوقف المؤقت، فإن الأصل عندهم في صيغة الوقف هو التأبيد.

والذين وافقوا الفقهاء المالكية في إجازتهم توقيت الوقف رأو في تلك الإجازة توسعة في عمل الخير والحث عليه، وتحقيق غرض كثير من الناس في تحصيل أجر الصدقة بوقف ما ملكوا من أعيان أو ما ملكوا من منافع الأموال، فتتحقق زيادة عدد الواقفين وتتنوع صوره بحسب إمكانيات ورغبات كل واقف[3].

غير أن الراجح أن التأبيد في نظر المشرع الجزائري، جزء من معنى الوقف وداخل في مقتضاه، فاعتراف المشرع الجزائري بالوقف مشروط بأن يكون مؤبدا، و الأدلة على ذلك:

– أن عبارة "على وجه التأبيد والتصدق" التي وردت في تعريف الوقف طبقا لنص المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري لا تفهم إلا بمعنى استمرار الصدقة ودوامها.

---

[1] – ابن الهمام كمال الدين محمد، شرح فتح القدير، ج 6، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 198. كذلك: الشيرازي، المهذب، ج 3، مرجع سابق، ص 676. كذلك: بن قدامه موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد، الكافي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث و الدراسات العربية والإسلامية بدار هجر، ج 3، هجر للطباعة والنشر، مصر، 1997، ص 575. كذلك: الخصاف، أحكام الأوقاف، مرجع سابق، ص 127.

[2] – الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص 521.

[3] – بوضياف عبد الرزاق بن عمار، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 69. كذلك: هزاع ماجدة محمود، (الوقف المؤقت) بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للوقف الذي نظمته جامعة أم القرى بمكة المكرمة، سنة 2006، ص 14 و ص 20. كذلك: الزريقي جمعة محمود، (مستقبل المؤسسات الوقفية: في نطاق الثابت والمتغير لنظام الوقف الإسلامي)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الرابعة، العدد السابع، نوفمبر 2004، ص 72.

– أن إجازة توقيت الوقف ستؤسس على المذهب المالكي، غير أن جواز توقيت الوقف عند المالكية مبني على فكرة بقاء الموقوف على ملك الواقف، أما المشرع الجزائري أخذ بإسقاط الملكية عن الواقف، وانتقالها على حكم ملك الشخص المعنوي.

– أن إجازة المشرع الجزائري لوقف المنفعة يحمل على معنى إجازة وقف المنفعة التي يملكها صاحبها ملكا مؤبدا، بخلاف المنفعة المؤقتة[1].

– أن الفقهاء الشافعية والحنابلة على الرغم من قولهم بتأبيد الوقف، فإنهم يجيزون وقف المنقول فكذلك أخذ المشرع الجزائري بتأبيد الوقف مع إجازته لوقف المنقول.

– صراحة نص المادة 28 من قانون الأوقاف 91 – 10 التي جاء فيها: "يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن." فإذا جاءت صيغة الوقف بما يفيد التوقيت كان مصير الوقف البطلان.

4– خلو الصيغة من أي شرط يؤثر في أصل الملك الوقفي و ينافي مقتضاه

اختلف الفقهاء فيما يترتب على اقتران صيغة الوقف بشرط ينافي أصل الوقف أو ينافي مقتضاه بين من رأى أن اقتران الصيغة بشرط باطل يؤدي إلى إبطال الوقف وبين من يرى أن الشرط إما جائز يجب الوفاء به وغير جائز فيبطل ويصح الوقف[2].

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فإنه استنادا لنص المادة 14 من قانون الأوقاف 91 – 10 التي تنص على أن: "اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة الإسلامية نهي عنها." يستنتج منه أن إرادة الواقف محترمة ومحل اعتبار في تنظيم الوقف، فلا يجوز مخالفة شروط الواقف إلا إذا خالفت الشرع، فلا أثر لطبيعة الشرط في صحة الوقف، فالشرط إما صحيح يجب الالتزام به، وإما غير صحيح فيقع باطلا ويصح الوقف باستثناء بطلان الوقف في حالة اقتران الصيغة بشرط يفيد التوقيت، باعتباره يخالف مقتضى الوقف.

---

[1] – أجاز الفقهاء المالكية وقف المنفعة المؤبدة أو المؤقتة لعدم اشتراطهم التأبيد في الوقف. الحطاب أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه وصححه الشيخ زكريا عميرات، ج 7، دار عالم الكتب، (دون بلد نشر)، (د.ت)، ص 629.

[2] – النسفي، البحر الرائق، ج 5، مرجع سابق، ص 315. كذلك: النووي، روضة الطالبين، ج 4، مرجع سابق، ص 394. كذلك: الخرشي، شرح الخرشي، ج 7، مرجع سابق، ص 92.

حيث يتأكد موقف المشرع الجزائري الصريح بخصوص عدم تأثير الشرط الباطل على صحة الوقف من خلال نص المادة 29 من قانون الأوقاف 91 – 10 الذي جاء فيه: " لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط، يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف.".

5- تعيين مصرف الوقف

اختلف الفقهاء في اشتراط تعيين جهة الوقف والتصريح بها في صيغة الوقف بين من اشترط أن تكون جهة الوقف معلومة بذكرها صراحة في صيغة الوقف ليعلم مصرفه وجهة استحقاقه و إلا بطل الوقف، وقائل بصحة الوقف بصيغة مطلقة مادام هناك عرف يبين جهة الوقف فيصرف الوقف إلى الفقراء والمساكين، أو في غالب مصرف البلد، أو يصرف في وجوه الخير والبر لعموم النفع فيها [1]، وتوفيقا بين هذه الآراء فإن عدم اشتراط تعيين المصرف في الصيغة لا يؤثر على صحة الصيغة، لأن للوقف مصرف دائم يتحقق به معنى القربى وهو الصرف للفقراء و المساكين، و كذلك وجوه الخير والبر، أو ما يحدده العرف من الجهات[2].

أما المشرع الجزائري فيستنتج موقفه في عدم اشتراط تعيين المصرف في الصيغة من خلال نص المادة 08 من قانون الأوقاف 91 – 10 الذي اعتبر فيه من الأوقاف العامة المصونة: الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها، كذلك كل الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة ولم يعرف واقفها، ولا الموقوف عليه، ومتعارف عليها أنها وقف ، بحيث ينصرف مصرف هذه الأوقاف إلى الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير باعتباره المصرف المؤبد الذي تتحقق به القربى في كل وقف لم يحدد له مصرف يؤول إليه.

وهذا ما أكده نص المادة 06 من قانون الأوقاف 91 – 10 و الذي نص على الوقف العام غير محدد الجهة وهو ما لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف ، فيصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبيل الخيرات ، فالنص واضح في عدم اشتراط تحديد الجهة

---

[1] – الماوردي، الحاوي الكبير، ج 7، مرجع سابق، ص 520. كذلك: الطرابلسي، الإسعاف، مرجع سابق، ص 11. كذلك: ابن قدامه، المغني، ج 6، مرجع سابق، ص 239 – 240. ص 520. كذلك: الخرشي، شرح الخرشي، ج 7، مرجع سابق، ص 91 – 92. كذلك: الطرابلسي، الإسعاف، مرجع سابق، ص 11 و 17.

[2] – الكبيسي، مرجع سابق، ص 260.

الموقوف عليها في صيغة الوقف العام لأنها محددة بنص القانون في حالة عدم النص عليها من الواقف[1].

ثالثا: الشرط القانوني الشكلي لصيغة الوقف

لم يشترط الفقهاء في الصيغة لصحة الوقف غير ما تقدم من شروط متفق عليها أو مختلف فيها، فإذا توفرت تلك الشروط صح الوقف وترتبت عليه آثاره سواء وثق بالكتابة أو الإشهاد أم لا، وقد كان الوقف في معظم تاريخه ينعقد بمجرد صيغة الإيجاب من الواقف، التي تتم غالبا مشافهة، وقد يقوم الواقف بالإشهاد عل يه، ومع مرور الأيام وموت الشهود، وانتقال الأوقاف من ناظر إلى آخر ومن يد منتفعة إلى أخرى، ومع ضعف الوازع الديني مما جعل البعض يستعين بشهود زور في ادعاء الوقف على العقار أو الاستحقاق في الوقف[2].

لذلك اتجه الفقه والتشريعات المعاصرة إلى اشتراط توثيق الوقف عند إنشائه حتى لا تمتد إليه أيادي الطامعين مهما طال عليه الزمن وتغيرت الأحوال ، وضمانا لأن ينشأ الوقف صحيحا بمراعاة الجهة المعتبرة قانونا لتحريره الضوابط الشرعية والقانونية لسلامته[3].

وبمناسبة صدور قانون الأوقاف 91 – 10 اهتم المشرع الجزائري بتنظيم هذه المسألة وذلك بموجب نص المادة 41 التي جاء فيها: " يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة

---

[1] – جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث أن المجلس الأعلى يثير من تلقائه وجها مأخوذا من انتهاك الشرع فيما يتعلق بصحة الوقف الذي اختار واقفه مذهب الأحناف، ذلك أن القرار المطعون فيه حكم ببطلان الحبس المؤرخ في 21 – 01 – 1973 بمحكمة شرعية بدعوى أن هذا الحبس لم يذكر فيه المرجع الأخير، وأنه ليس من العدل كما يقول القرار بقاؤه على حاله، إذ هو يعطي للذكور امتيازا ظالما مخالفا مقاصد الشريعة الإسلامية، وبهذا فإن المجلس هو الذي بنى قراره على نظرية مخالفة لمذهب إمام ليس له انتقاده وإنما عليه تطبيقه، فالقضاة ليسوا مجتهدين مطلقين وإنما هم مطبقون للأحكام لا مشرعين لها، مما يتعين نقض وإبطال القرار.". قرار مؤرخ في17 – 03 – 1971، نشرة القضاء، 1972، عدد 02، ص 76.

[2] – الزحيلي محمد مصطفى، (ملكية أعيان الوقف بين مقاصد التشريع ومثالب السيطرة)، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، المنعقد بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة في الفترة ما بين 03 و 05 يناير 2010، ص 667 – 668 من كتاب المؤتمر.

[3] – الطريقي عبد الرحمان بن علي، (توثيق الوقف)، بحث مقدم ضمن المؤتمر الدولي الثاني للأوقاف، المنعقد بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2006، ص 14. كذلك: خلفوني مجيد، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، ط 2، دار هومه، الجزائر، 2008، ص 86 – 87.

نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف." حيث يشترط المشرع الجزائري بموجب هذا النص توثيق صيغة الوقف في سند رسمي يخضع للتسجيل والإشهار.

فبموجب هذا النص يكون على الواقف أن يلجأ إلى الموثق ليفرغ صيغة الوقف في سند رسمي [1]، حيث يكون على الموثق التأكد من توافر شروطه كما نص عليها القانون ، إضافة إلى مراعاة تحريره بنفس شكليات تحرير العقود التوثيقية الاحتفالية، ذلك أن عقد الوقف بالإضافة إلى اعتباره من الناحية القانونية عقدا توثيقيا فإن العمل القضائي و التوثيقي يعتبره عقدا توثيقيا احتفاليا يحتاج عند تحريره لحضور شاهدي عدل[2].

وبالنظر إلى القصد التشريعي من اشتراط توثيق الوقف عند إنشاءه، وهو تحصين الوضعية القانونية للملكية الوقفية، ولذلك فلا بد من توثيق صيغة الوقف مهما كان موضوعها ، غير أنه يثور التساؤل إذا كانت الكتابة المشروطة هي الكتابة الرسمية في جميع الأحوال لعموم نص المادة أم أن نوعها يختلف بين أن يكون موضوع الوقف عقارا أو منقولا ؟

لاشك أن اشتراط الكتابة الرسمية في الوقف الوارد على العقار يتفق مع السياسة التشريعية الخاصة بالملكية العقارية [3]، وبالنسبة للمنقولات ف إن القاعدة العامة في ها أن نقل

---

[1] – جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المستقر عليه أن عقد الحبس لا يخضع للرسمية لأنه من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها شرعا.". قرار رقم 234655 مؤرخ في 16 – 11 – 1999، مجلة الاجتهاد القضائي، سنة 2001، عدد خاص، ص 314.

[2] – حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الجزائر، 2009، ص 30.

[3] – منذ صدور قانون التوثيق و المشرع الجزائري يؤكد على اشتراط الشكلية في المعاملات العقارية ، وذلك سعيا إلى تكريس وإرساء منظومة واحدة وموحدة للملكية العقارية، وعقود الوقف بسبب طابعها الديني كانت تحرر من قبل القضاة الشرعيين، وقد أكد الاجتهاد القضائي الجزائري على الطابع الرسمي للعقود المحررة من قبل القضاة الشرعيين . قرار المحكمة العليا، رقم 40097، مؤرخ في 03 – 06 – 1989، المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 01، ص 119. وفيما يخص عقود الوقف: "حيث من الثابت وما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا أن العقود المحررة قبل صدور قانون التوثيق صحيحة والتي لم يتم إشهارها و الثابتة التاريخ تعتبر صحيحة ومنتجة لآثارها. وحيث أن قضاة الموضوع لما طبقوا نص المادة 18 من المرسوم رقم 11900/59 والمؤرخ في 22– 01 – 1959 عن الجمهورية الفرنسية فإنهم أساؤا تطبيق القانون لأن المرسوم المطبق على قضية الحال يخص الرعايا الفرنسيين و أن الأهالي كانوا يخضعون في المعاملات فيما بينهم لأحكام الشريعة الإسلامية و أن عقد الحبس الذي تم إبطاله من طرف قضاة الموضوع فهو محرر من طرف جهة رسمية هي القاضي الشرعي مخولة قانونا لتحرير العقود بعد الاستقلال إلى غاية صدور قانون التوثيق رقم 70 – 91 .". المحكمة العليا، قرار رقم 348178 مؤرخ في 12 – 04 – 2006، مجلة المحكمة العليا، سنة 2006، عدد 01، ص 435.

ملكيتها يحكمه مبد أ الرضائية وهي القاعدة التي لا يمكن الخروج عنها إلا بنص خاص ، وبالنظر إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فإنها تمكن الحائز المنتفع بالمال المنقول الموقوف من ادعاء تملكه ما دام في حيازته ، خاصة في غياب ما يثبت أن من يحوز المنقول الموقوف المنتفع به يحوزه على سبيل الانتفاع، لذلك فإن الحماية الحقيقية للملكية الوقفية بجميع أنواعها يفترض اشتراط الكتابة ، غير أن القول بتفضيل الكتابة الرسمية واشتراطها تحت طائلة البطلان يصعب الجزم به.

وأرى في هذا الصدد أنه إذا كانت القاعدة العامة التي تحكم المنقول هي الرضائية، فلا بأس من الخروج عنها إلى الشكلية لتحصين الوضعية القانونية للملكية الوقفية باعتبارها ذات طبيعة خاصة، مما يفرض على القانون أن يحميها حماية خاصة، لكن يكفي أن يشترط المشرع الكتابة العرفية في المنقول والتي تتحصن بإجراء آخر هو التسجيل.

وعلى الرغم من أن المادة 41 من قانون الأوقاف 91 – 10 نصت على تسجيل عقد الوقف الرسمي لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري ، مما يوحي بأن المقصود هو التسجيل وليس الإشهار ، إلا أن التعليمة رقم 00287 المؤرخة في 29 – 01 – 2000 المتعلقة بالنموذج الرسمي لكشف الإرسال الذي يتم بموجبه تحويل نسخة من عقد الوقف المشهر إلى المصالح المكلفة بالأوقاف ، فقد أكدت أن المقصود بالعبارة السابقة هو الشهر الذي يتبع التسجيل إذا تعلق الأمر بعقار.

وتطبيقا لنص المادة 44 من قانون الأوقاف 91 – 10 الذي جاء فيه: "تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى، لكونها عمل من أعمال البر والخير." فإن الوقف سواء أكان واردا على عقار أو منقول فإنه يخضع للتسجيل على مستوى مفتشية التسجيل المختصة إقليميا دون تحمل مصاريف التسجيل وهو ما يشجع على اللجوء لهذا الإجراء، ولكن لما اعتبر المشرع أن مبرر الإعفاء من رسوم التسجيل أخذه بالاعتبار أن الوقف عمل من أعمال البر والخير ، فكان من المفروض أن لا يخص النص للوقف العام دون الخاص لأن عمل البر والخير يشمل الوقف الخاص أيضا.

الفرع الثاني: شروط أركان الوقف المادية

تحتاج أركان الوقف المادية وهي: الواقف و محل الوقف و الموقوف عليه إلى شروط لصحة الوقف و أخرى لنفاذه، بحيث يترتب على فقدان أحد شروط الصحة، بطلان الوقف،

بينما يترتب على فقدان شروط النفاذ ، عدم نفاذ الوقف في حق الغير إلا برضاه، وإذا كانت شروط الصحة يشترط توافرها في جميع أركان الوقف، فإن شروط النفاذ تتعلق بالواقف و الموقوف فقط، لذلك يتحدد مضمون هذا الفرع في التطرق إلى شروط الواقف (أولا)، ثم شروط محل الوقف (ثانيا)، ثم شروط الموقوف عليه (ثالثا).

أولا: شروط الواقف

تستنتج شروط الواقف من نص المادة 10 من قانون الأوقاف 91 – 10 الذي جاء فيه: "يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي:

– أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا.

– أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين.".

1– شروط صحة الوقف من الواقف

أ– **أهلية التبرع:** تتمثل أهلية التبرع في صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات الضارة ضررا محضا والتي تتحقق ببلوغ سن الرشد مع توافر العقل، فيقع باطلا بطلانا مطلقا الوقف الصادر من الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز مادام لم يبلغ السن القانوني[1].

من جهة أخرى فإن وقف المجنون والمعتوه يقع باطلا لانعدام العقل، حيث أقر المشرع الجزائري صراحة صحة وقف المجنون متى ثبت بإحدى الطرق الشرعية أنه أبرم التصرف أثناء صحوته وتمام عقله تماشيا مع المقرر في الفقه الإسلامي [2]، غير أن هذا الحكم يثير التساؤل إذا كان المقصود منه تقيد نص المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري الذي اعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، والظاهر أن قصد المشرع هو تقييد حتى هذا النص، خاصة وأن أحكام الوقف تستمد من الشريعة الإسلامية.

---

[1] – تنص المادة 30 من قانون الأوقاف 91 – 10: "وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي." وقد جاء هذا النص واضحا وصريحا ومقيدا لكل نص عام، ومتفقا مع ما عليه جمهور الفقهاء، فغالبية الفقهاء يجمعون على بطلان وقف الصبي مميزا كان أو غير مميز. الكبيسي، مرجع سابق، ص 321 – 322.

[2] – نصت المادة 31 من قانون الأوقاف 91 – 10: "لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير، أما أصحاب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقته وتمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية.".

– جاء هذا النص تماشيا مع ماهر مقرر في الفقه الإسلامي. حسنين محمد، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 66 – 67.

كما يشترط ألا يكون محجورا عليه لسفه أو لغفلة، وأن يبرم التصرف بإرادته الحرة فلا يكون مكرها، لأن إرادة المكره تكون موجودة، ولكنها تكون معيبة بفقدانها عنصر الاختيار[1].

ب- أن يكون الواقف شخصا طبيعيا: لم يشترط المشرع الجزائري أن يكون الواقف شخصا طبيعيا، ولكنه في تعريفه للوقف اشترط توفر نية التصدق لدى الواقف باعتبار الوقف عبادة وقربة لله عز وجل، أما الشخص المعنوي فلا تتصور العبادة أو القربة منه[2].

د- **أن يكون الواقف مالكا لـلمال الموقوف وقت الوقف ملكا تاما:** يجب أن تكون ملكية الواقف وقت إبرام تصرفه التبرعي ثابتة قانونا، بأن يكون مالكا للمال الموقوف ملكية تامة وباتة، أو يملك التصرف في الرقبة تبرعا بوكالة خاصة من الواقف، وإلا فلا يستطيع الواقف أن يتبرع بما لا يملك[3]. ومن الحالات المهمة التي يمكن تصورها فيما يخص توافر هذا الشرط:

- أن الملكية تثبت في العقار بعقد رسمي مشهر في المحافظة العقارية، وبالتالي من اشترى دارا ووقفها قبل أن يشهر العقد بالمحافظة العقارية، يكون وقفه باطل، لأن ملكيته ليست تامة.
- الموهوب له إذا وقف العين الموهوبة قبل أن يقبضها يبطل وقفه، لأن الموهوب لا يدخل في ملك الواهب إلا بعد قبضه قبضا صحيحا.
- يبطل الوقف على الوقف، لأن المال الموقوف بعد وقفه يخرج من ملك واقفه، فلم يجز له وقفه، كما لا يجوز للموقوف عليه ذلك أيضا لأنه لا يملك المال الموقوف عليه[4].

---

[1]- O.pesle. La théorie et la pratique des habous dans le rite malékite. Imprimeries réunies de la (vigie marocaine) et du (petit marocain). Casablanca. p 35.

[2] - عرجاوي مصطفى محمد، (الضوابط الشرعية والقانونية للوقف الجماعي)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث، الذي نظمته الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، في الفترة بين 28 - 30 أبريل، 2007، ص 31 - 33 من كتاب المنتدى.

[3] - جاء في قرار للمحكمة العليا: " من المقرر قانونا أنه يشترط لصحة الحبس أن يكون المحبس مالكا. وحيث أنه لما كان الثابت في قضية الحال أن المحبس الأصلي كان قد باع القطعة الأرضية محل الحبس فإن القضاء بعدم شرعية عقد الحبس يعد تطبيقا صحيحا للقانون. ". قرار رقم 198940، مؤرخ في 25 - 04 - 2001، مجلة الاجتهاد القضائي، 2004، عدد خاص، ج 1، ص 151.

[4] - جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث أن قضاة الاستئناف لاحظوا بأن (ف ح) لم يراع الشروط التي أقرها المحبس ووضعها قيد حياته وراح يقيم حبسا آخر على الأملاك المحبسة عليه. كما تصرف أيضا بالإيجار، ومن شأن هذه التصرفات أن تحيد بهذه الأملاك عن الغرض الذي خصصت من أجله، خصوصا لما تبين من خلال هذا الحبس بأن له طابع التأبيد ومتعلق بانتقال ملكية الرقبة و ليس بحق الانتفاع.". قرار رقم 78814، مؤرخ في 18 - 02 - 1992، مجلة تطبيقات قضائية في المادة العقارية، 1995، عدد خاص، ص 90.

– يصح وقف المال المؤجر، لأن حق المستأجر متعلق بالمنفعة ولمدة محدودة.

– إذا وقف الواقف ملك غيره بصفته هذه كان الواقف فضوليا، فيتوقف وقفه على إجازة المالك الحقيقي، فإن أجازه نفذ، واعتبر الفضولي وكيلا بالإجازة اللاحقة، أما إذا لم يجزه بطل[1].

و قد اكتفى المشرع الجزائري بالنص على أن يكون المال الموقوف مملوكا ملكا مطلقا خاليا من النزاع، غير أنه لم يبين إذا كان لابد لصحة الوقف أن يكون الواقف مملوكا للمال الموقوف وقت الوقف، ولذلك لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية[2].

2- شروط نفاذ الوقف من الواقف

أ- **أن يكون الواقف غير محجور عليه لدين** : مقتضى هذا الشرط أن الواقف المدين بدين للغير لا يستطيع أن يبرم الوقف حماية لحقوق دائنيه ، غير أن الإشكال أن المشرع الجزائري لم يحدد معنى الحجر لدين لا في القانون المدني أو في قانون الأسرة أو في قانون الأوقاف ، والظاهر أن هذا النص جاء تأثرا بالفقه الإسلامي، حيث أن جمهور الفقهاء يعتبرون أن الدين المستغرق للمال والذي حل أجله سبب للحجر، فيمنع المحجور عليه من التصرف بماله حفاظا على حقوق الدائنين، على الرغم من تمام أهليته و إدراكه، فإذا ما تصرف المحجور عليه لدين في ماله كان تصرفه معلق النفاذ على رضا الدائنين ، ذلك أن أداء الدين واجب، والوقف تبرع والواجب مقدم على التبرع[3].

والظاهر أن المعنى الذي قصده المشرع هو أن يكون المدين معسرا أي يستغرق دينه ماله أو يزيد، مما يجيز لدائنيه خوفا على حقوقهم طلب الحجر عليه، بمنعه من إتيان جميع التصرفات التي تمس بحقوقهم، فإذا ما أبرم تصرفا توقف نفاذه على إجازة دائنيه، وهو ما يستشف من نص المادة 32 من قانون الأوقاف 91 – 10: "يحق للدائنين طلب إبطال وقف

---

[1] – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4، مرجع سابق، ص 86. كذلك: زين الدين، مرجع سابق، ص 374 – 378.

[2] – لا يصح عند جمهور الفقهاء أن يقف الواقف ما سيملكه بعد أن ينشأ الوقف، فيشترطون لصحة الوقف أن يكون المال الموقوف مملوكا للواقف ملكا باتا لا نزاع فيه لحظة الوقف، وإلا كان الوقف باطلا . ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص 523. كذلك: النووي، روضة الطالبين، ج 4، مرجع سابق، ص 378. بينما لا يشترط الفقهاء المالكية أن يكون الموقوف مملوكا للواقف وقت الوقف، فلو قال الواقف: "لو ملكت دار فلان، فهي وقف" أو قال: "ما أقيمه في المكان الفلاني من بناء فهو وقف" صح وقفه إذا قام بما التزم به ، دون حاجة لإنشاء الوقف من جديد ، وذلك بناءا على إجازتهم التعليق. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4، ص 76.

[3] – صقر نبيل، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 121.

الواقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق جميع أملاكه ." فهذا النص تناول أحد أحكام المدين الواقف التي اتفق عليها جمهور الفقهاء، وبهذا الصدد كان جديرا بالمشرع الإشارة إلى ما اتفق عليه جمهور الفقهاء من الحالات الأخرى تفاديا للفراغ التشريعي في هذه المسألة المهمة[1].

ب- ألا يكون الواقف مريضا مرض الموت وقت إبرامه الوقف

بالإضافة إلى حكم وقف المريض مرض الموت المشار إليه في نص المادة 32 من قانون الأوقاف 91 – 10 فإن وقف المريض مرض الموت يأخذ بشكل عام حكم الوصية[2] استنادا لنص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري المحال عليها بموجب نص المادة 215 من نفس القانون والتي تشترط في الواقف ما يشترط في الواهب من شروط، وحكم الوصية في القانون الجزائري واضح من خلال نصي المادتين 185 و 189 من قانون الأسرة.

ولما كانت مسألة إبطال التصرف القانوني بسبب مرض الموت من مسائل القانون فعلى مدعي بطلان الوقف بسبب مرض الموت أن يثبت ذلك بكافة الطرق ، وعلى القضاء التأكد من ثبوت مرض الموت لكي يصح قضاءه[3].

ثانيا: شروط محل الوقف

بعد أن حددت المادة 11 من قانون الأوقاف 91 – 10 طبيعة المال الذي يصح وقفه بأن يكون عقارا أو منقولا أو منفعة، حددت شروط محل الوقف بنصها:

---

[1] – المدين إما أن يكون دينه مستغرقا لماله أو غير مستغرق، وفي الحالة الأولى إما أن يكون محجورا عليه بناء على طلب أحد دائنيه أو غير محجور عليه، وفي الحالتين إما أن يصدر الوقف في حال صحة المدين أو في حال مرض موته ، و خلاصة حكم المدين الواقف عند الفقهاء: أن وقف المدين يكون غير لازم عند جمهور الفقهاء بالنسبة لدائنيه إذا وقف المدين المحجور عليه بسبب الدين في صحته أو في مرضه، وكذلك إذا وقف المدين قبل الحجر عليه بسبب الدين وفي مرض موته، بينما يكون وقف المدين غير المحجور عليه لازما لدائنيه إذا وقف في حال صحته. أما الفقهاء المالكية فيرون أن وقف المدين ليس لازما مطلقا في جميع الأحوال. الكبيسي، مرجع سابق، ص 329 – 333.

[2] – صقر، مرجع سابق، ص 122.

[3] – اعتبر القضاء الجزائري في بعض الأحكام أن الوقف في مرض الموت باطل، وهو ما يخالف المقرر في الفقه الإسلامي، فالصحيح أنه يأخذ حكم الوصية، مما يجعله أحيانا موقوف على إجازة الدائنين أو الورثة بحسب الحال ، ومن بين الأحكام القضائية في الموضوع: "حيث أنه من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحبس الواقع في مرض موت المحبس باطل، وعلى مدعي بطلانه بذلك السبب إقامة البينة على أن المحبس كان مصابا وقت تحبيسه بالمرض الذي مات من جرائه ". المحكمة العليا، قرار مؤرخ في 03 – 03 – 1971، نشرة القضاة، 1972، عدد 02، ص 73. مشار إليه في: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، ط 10، دار هومه، الجزائر، 2010، ص 277.

"ويجب أن يكون محل الوقف معلوما، محددا ومشروعا.
ويصح وقف المال المشاع، وفي هذه الحالة تتعين القسمة.".

كذلك نصت المادة 216 من قانون الأسرة الجزائري في نفس الإطار أنه: "يجب أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف، معينا، خاليا من النزاع، ولو كان مشاعا.".

1- شروط محل الوقف لصحة الوقف

أ- **أن يكون الموقوف مالا متقوما** : أي يمكن حيازته والانتفاع به على الوجه الشرعي ، فلا مانع وفقا لنص المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري المحال عليها بموجب نص المادة 215 من نفس القانون أن يقف الواقف كل ممتلكاته أو جزءا منها، فلا حد لما يمكن للواقف أن يوقفه من ماله، مادام تم ذلك في حياته غير مضاف إلى ما بعد الموت و لم يصدر في مرض موته، فالتحديد بالثلث مثلا مخافة المحاباة هو قياس على الوصية مع الفارق و فيه خروج على القواعد ومخالفة للإجماع، كما فيه تضييق لواسع [1]، لكن يشترط في المال الموقوف تماشيا مع القواعد العامة أن يكون مما يجوز التعامل فيه، و بشكل خاص أن يكون مشروعا.

ب- أن يكون المال الموقوف معلوما وقت الوقف ومحددا : يقصد بمعلومية محل الوقف التعيين التام للموقوف بما ينفي الجهالة عنه و النزاع فيه، فلو قال الواقف وقت إبرام وقفه : "وقفت جزء من أرضي" لم يصح وقفه عند جمهور الفقهاء ويقع باطلا حتى ولو عينه فيما بعد [2]، كما لا يشترط أن يكون الموقوف موجودا وقت الوقف بل يكفي أن يمكن حمله على الوجود في الحال أو الاستقبال، فيقع صحيحا وقف المؤلف كتابا قيد الطباعة.

ج- أن يكون المال الموقوف قابلا للقسمة إذا كان مشاعا : أخذ المشرع الجزائري بصحة وقف المشاع القابل للقسمة، غير أنه اشترط أن تتم قسمته [3]، أما بالنسبة للمشاع غير القابل للقسمة

---

[1] - أبو ليل، مرجع سابق، ص 19 - 22.

[2] - المرداوي، الإنصاف، ج 7، مرجع سابق، ص 09. كذلك: الطرابلسي، الإسعاف، مرجع سابق، ص 20.

[3] - جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر شرعا وقانونا أن يكون المال المحبس ملكا للواقف، وإلا لما جاز له أن يحبسه، وأن يكون معينا -غير مجهول- وخاليا من كل نزاع ولو كان هذا المال في الشياع. ومن ثم فإن عقد الحبس الذي شمل مال المحبس مع مال أخيه لا يكون باطلا إلا بالنسبة لأخ المحبس المدعو(س) لكنه صحيحا بالنسبة للمال المملوك له. وعليه فإن قضاة المجلس لم يسببوا قراريهما-المطعون فيهما- بشكل مقبول مما يستوجب نقضهما وإحالتهما مع الأطراف على نفس المجلس.". قرار رقم 94323 مؤرخ في 28 - 09 - 1993، المجلة القضائية، 1994، عدد 02، ص 76.

فلا يكون إلا على سبيل الاستثناء بشرط أن ينص القانون صراحة على الحالات الاستثنائية، من ذلك إجازة وقف الحصص والأسهم في شركات الأموال لما فيها من تشجيع وتوسيع لدائرة الواقفين بحسب إمكانياتهم[1].

2- شروط محل الوقف لنفاذ الوقف

أ- **ألا يكون المال الموقوف مرهونا:** لم ينظم المشرع الجزائري مسألة وقف المال المرهون بنص واضح، على الرغم من أثر هذه المسألة على استمرار وجود الملك الوقفي بعد إنشائه، ولذلك لابد من تنظيمها بنص صريح، حيث أرى الأخذ برأي الفقهاء الحنفية الذين أجازوا وقف المال المرهون[2]، ذلك أن الرهن مبدئيا لا يعني انتقال ملكية المال المرهون من الراهن إلى المرتهن، ووفقا للقواعد العامة فإنه يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، على أن أي تصرفاته لا تؤثر في حق الدائن المرتهن ، فيجوز وقف المال المرهون غير أنه لا ينفذ إلا بإجازة المرتهن.

ب- ألا يكون المال الموقوف محجوزا قضاءا للوفاء بدين : قياسا على علة جواز وقف المال المرهون، واستنادا لنصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في موضوع الحجوز ، يستنتج عدم نفاذ الوقف في المال المحجوز عليه ما لم يجزه الدائن الحاجز، وإلا يبطل[3].

ثالثا: شروط الموقوف عليه

لم يرد في قانون الأوقاف 91 – 10 تفصيل في شروط الموقوف عليه، بل اكتفى المشرع بالنص في المادة 13 بعد تعديلها بالنص على أن: " الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي* لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية." مما يقتضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد شروطه، حيث يشترط في الموقوف عليه بشكل خاص الشروط الآتية:

أ- **أن يكون الموقوف عليه جهة بر** : إن شرعية الوقف مستمدة من كونه صدقة جارية، يتقرب بها إلى الله، ولذلك لا بد أن تكون الجهة الموقوف عليها قربة، أي أهلا للتصدق عليها،

---

[1] – الفعر الشريف حمزة بن حسين، (وقف الأسهم)، بحث ضمن أعمال الدورة التاسعة عشرة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقدة بدولة الإمارات العربية المتحدة (الشارقة)، في الفترة الممتدة بين 26 – 30 أبريل 2009، ص 06.

[2] – ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، ص 601.

[3] – المواد 661، 735 و 736 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

* قد تكون جهة الوقف هي الفقراء والمساكين، وهم لا يتمتعون بالشخصية المعنوية فهل يعني ذلك عدم صحة الوقف عليهم.

ولا خلاف في أنه لا يصح أن تكون جهة معصية، إنما الخلاف فيما لا قربة فيه، وإن لم يكن معصية، أو منكرا، و الظاهر أن المشرع الجزائري لا يشترط إلا ألا يكون على معصية بغض النظر عن كون الجهة الموقوف عليها قربة أولا على رأي جمهور الفقهاء [1]، وهو ما يفهم من عبارة "لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية".

مع ذلك يثير الوقف على جهات خاصة التساؤل حول توافر القربة و نية التصدق، ورجاء الثواب، وعدم التحايل على قواعد الميراث كما نص عليها الشارع الحكيم ، إذا كان الوقف على نفس الواقف أو كان على بعض ورثته؟

فبالنسبة للوقف على النفس فإن المشرع الجزائري يجيزه، وهو ما يستنبط من نص المادة 214 من قانون الأسرة الجزائري بنصها: "يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته على أن يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية. " حيث أن الفهم الواسع للنص يتفق مع ما عليه الفقهاء الحنفية من جواز الوقف على النفس مطلقا، حيث لا فرق بين أن يقف الواقف على نفسه ابتداءا أو أن يشترط الغلة لنفسه مدة حياته [2]، ويتأكد ذلك من خلال ما ورد في نص المادة 06 مكرر من قانون الأوقاف 91 – 10 بنصها: "يؤول الريع الناتج عن الوقف المؤسس لفائدة جهات خيرية والذي احتفظ فيه الواقف بحق الانتفاع بريعه مدى الحياة، إلى الجهات الموقوفة عليها."[3].

---

[1] – الدردير، الشرح الصغير، ج 4، مرجع سابق، ص 103. كذلك: الماوردي، الحاوي الكبير، ج 7، مرجع سابق، ص 524. كذلك: ابن قدامه، المغني، ج 6، مرجع سابق، ص 239 – 240.

[2] – ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص 582 – 583.

[3] – بالنسبة للقضاء الجزائري فقد قضى أحيانا بصحة الوقف على النفس متى اختار الواقف تحرير وقفه وفقا للمذهب الذي يجيزه، فالحبس على النفس لا يعني بقاء الموقوف على ملك الواقف، فهو مستحق كغيره، مما يعني عدم جواز أن يكون جزءا من التركة. قرار رقم 109957، مؤرخ في 30 – 03 – 1994، المجلة القضائية، 1994، عدد 03، ص39.
وفي أحيان أخرى اعتبر احتفاظ الواقف بمنفعة الوقف لنفسه طول حياته وقفا صوريا، تنطبق عليه أحكام الوصية، جاء في قرار المحكمة العليا، رقم 198951، مؤرخ في 27 – 10 – 2000: "عن الوجه المأخوذ من خرق المادة 111 من قانون إ م بدعوى أن رسم 13 – 09 – 1910 بالرغم من كونه يحمل تسمية "حبس" فإنه لا يمت لعقد الحبس بصلة سواء من حيث المضمون أو الشكل إذ أنه ينص على احتفاظ المحبس من ميزات التعامل وتسخيره في خدمة مصلحة مشروعة على سبيل التبرع والإحسان، و أنه عملا بالمادة السابقة كان يتعين على قضاة الموضوع عدم التقيد بالتسمية المعطاة للعقد. ولما رد القضاة بعبارات عامة على دفوع الطاعنة بأن العقد لا يخالف الشريعة الإسلامية دون تعليل ومناقشة مما يجعل قرارهم مشوب بالقصور في التعليل ينجر عنه النقض.". المجلة القضائية، 2001، عدد 02، ص 253.

أما بالنسبة للوقف على الورثة ، فغالبية الفقهاء يرون أنه جائز وليس في ذلك محاربة لنظام الميراث، سواء كان متفقا في توزيعه مع نظام الميراث أم لا، وعلة ذلك أن الوقف كالهبة فالواقف يتصرف في ملكه في حياته، فلم يتعلق به حق الورثة ، وإن كان في حرمان بعض الورثة مخالفة في الغالب لمقصود الوقف المتمثل في نية التقرب لله[1].

ولم يبين المشرع الجزائري حكم الوقف على الذكور دون الإناث أو العكس إن كان يبطل الوقف أو لا يبطله، و لكن التأكيد على ضرورة احترام إرادة الواقف وشروطه في نصوص قانون الأوقاف يدعو إلى الاعتقاد أن لا مانع من أن يشترط حرمان بعض الورثة من الوقف، وهذه من المسائل التي تحتاج إلى نص صريح، يستهدي به القضاء الجزائري الذي لم يتخذ موقفا واحدا بشأن هذه المسألة فأحيانا قضى بصحة الوقف[2] و أحيانا أخرى قضى ببطلانه[3].

---

[1] – أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 209 – 210. كذلك: الكبيسي، مرجع سابق، ص 280 – 281.

[2] – "حيث أنه و إذا كان الحبس يخضع فعلا لقواعد الشريعة، فإنه من الواضح أنه يمكن أن يحرر لفائدة أحد أقارب المحبس أو لفائدة شخص غريب عن المحبس لأن الحبس يعد من أعمال التبرع، فإن المحبس له يستفيد من حق الانتفاع فقط كما يمكن أن يتم الحبس لجميع الورثة أو لبعض منهم فقط.". المحكمة العليا، قرار رقم 195280، مؤرخ في 31 – 05 – 2000، مجلة الاجتهاد القضائي، 2004، عدد خاص، ج 1، ص 138.

– "إن الحبس هو عقد خصه الفقه، وقيده بشروط خاصة مما لا يمكن اعتباره كوصية، بل عقد صحيح يخضع لإرادة المحبس ولا يمكن إبطاله بأي وجه من الأوجه ما دام أن مؤسسه قد بناه على قواعد فقهية ثابتة كانت معمول بها وقتئذ، ولا يعاب اختيار المذهب في ذلك ولا إخراج من شاء من المحبس عليهم. ". المحكمة العليا، قرار رقم 42971، مؤرخ في 05 – 05 – 1986، "غير منشور"، مشار إليه في: باشا، القضاء العقاري، مرجع سابق، ص 272.

[3] – "من المقرر شرعا أنه يبطل الحبس عندما يحرر بسوء نية قصد حرمان أحد الورثة من الميراث. ومتى تبين–في قضية الحال– أن عقد الحبس لم يقم على أساس قانوني أو شرعي عندما حرم أحد الورثة الشرعيين من الاستفادة من الميراث، فإن قضاة المجلس عندما سببوا قرارهم على ضوء عقد الحبس الذي أقامه والد المدعي عليها على أملاكه لزوجته وابنته فإنهم عرضوا قرارهم للإبطال والنقض ." المحكمة العليا، قرار رقم 230617، مؤرخ في 16 – 11 – 1999، مجلة الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص 311.

– "متى تبين في–قضية الحال– أن القرار المنتقد لما قضى بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بصحة الحبس الذي أقامه المحبس على زوجته وبناته وحرم ابنه الطاعن من كل الاستفادة من الحبس المذكور فإنه عرض قراره لانعدام الأساس القانوني والشرعي. مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه. ". المحكمة العليا، قرار رقم 171658، مؤرخ في 30 – 09 – 1997، مجلة الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص 305.

إن الإجماع الفقهي على أن الواقف له أن يحرم بعض ورثته من الوقف، كما أنه وفقا للمذهب الحنفي يصح أن يقف الواقف على زوجته و بناته دون أبنائه الذكور، كما لا يبطل مثل هذا الوقف عند جميع الفقهاء المالكية، لذلك فإن القرارين جاءا مخالفين لأحكام الشريعة الإسلامية.

وأرى أنه لا مانع في وقف الواقف على من يشاء ، ولكن المانع أن يظهر في وقفه سوء النية، وانتفاء قصد القربة لله ، فهذا هو الذي يبطل الوقف ، لذلك إذا قام لدى القاضي الدليل على سوء نية الواقف كان له أن يبطل شرط الواقف مع بقاء الوقف، باعتبار أيلولته في جميع الأحوال إلى جهة بر عام انتهاءا.

ب- أن يكون الموقوف عليه ممن يصح تملكه ، موجودا أو سيوجد مستقبلا: لا إشكال إذا كان الوقف على شخص طبيعي في صلاحية هذا الأخير للتملك، فإذا كان كامل الأهلية فيستحق الغلة بنفسه، و إن كان ناقص الأهلية استحق لمصلحته من ينوب عنه وفقا لما هو مقرر في أحكام الولاية على المال[1]، وكذلك يصح الوقف على الشخص المعنوي كالمساجد، ودور الأيتام، و المستشفيات فهي بحكم تمتعها بشخصية اعتبارية تعتبر أهلا للتملك، غير أن الإشكال يثور بالنسبة للحمل من حيث أنه سيوجد مستقبلا و بالتالي مدى تمتعه بأهلية التملك؟

لم ينظم المشرع الجزائري مسألة الوقف على الحمل، بينما أجاز الوصية و الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا، وفي غياب تقرير حق الوقف للحمل بنص خاص، فإن هذا يؤدي إلى الاعتقاد بأن نية المشرع هي عدم إجازة الوقف على الحمل، وهو خلاف المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها فيما لم يرد به نص[2].

المطلب الثالث: لزوم تصرف الوقف

لكل عقد إذا نشأ صحيحا حكم بحسب غايته المقصودة منه، ولما كانت الغاية من الوقف تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة، صدقة جارية على وجه التأبيد، فإنه إذا صدر الوقف مستوفيا شروطه ترتب عليه لزومه، الذي يقصد به عدم جواز الرجوع فيه صراحة من الواقف ، أو

---

[1] – حسنين، مرجع سابق، ص69.

[2] – يجيز الفقهاء المالكية الوقف على الحمل أصالة، أما جمهور الفقهاء فيرون عدم صحة الوقف في مثل هذه الحالة، لأن الحمل ليس له أهلية التملك، وليس لأحد أن يتملك له فلا يصح الوقف على الحمل عند جمهور الفقهاء أصالة بل يصح تبعا لمن يصح الوقف عليه، وصورته أن يقول الواقف: "وقفت أرضي على أولادي، ومن سيولد لي، ثم للفقراء". الخرشي، شرح الخرشي، ج 4، مرجع سابق، ص 80. كذلك: الخصاف، أحكام الأوقاف، مرجع سابق، ص 40. كذلك: البهوتي، كشاف القناع، ج 10، مرجع سابق، ص 25 – 26. كذلك: الرملي، نهاية المحتاج، ج 5، مرجع سابق، ص 374. كذلك: الماوردي، الحاوي الكبير، ج 7، مرجع سابق، ص 522 – 523.

التصرف في أصل الملك الوقفي بـأي تصرف يخل بالمقصود منه وفقا للمتفق عليه فقها [1]، وبالمقابل نصت المادة 23 من قانون الأوقاف 91 – 10 أنه: "لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأي صفة من صفات التصرف بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها." ومن جهة أخرى نصت المادة 16 من نفس القانون: "يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه، إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم، أو ضارا بمحل الوقف، أو بمصلحة الموقوف عليه." فللحكم المقرر قي نص المادة 23 هو حكم عام بلزوم الوقف بقوة القانون، أي دون حاجة لأن يتم القضاء به ، أما الحكم المقرر في نص المادة 16 فهو حكم خاص، راعى فيه المشرع الحالات التي يشترط فيها الواقف حقه في الرجوع في وقفه، مما يستدعي اللجوء للقضاء للحكم بلزوم الوقف [2].

---

[1] – القرافي، الذخيرة، ج 6، مرجع سابق، ص 323 – 324. كذلك: الشيرازي، المهذب، ج 3، مرجع سابق، ص 680. البهوتي، كشاف القناع ، ج 10، مرجع سابق، ص 34. كذلك: السرخسي، المبسوط، ج 12، مرجع سابق، ص 28.

[2] – جاء في قرار للمحكمة العليا: "يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد العقد. وعليه فإن القضاء بصحة التراجع في عقد الحبس والذي يعتبر تصرفا نهائيا مادام عقد الحبس لم يدرج فيه شرطا يسمح بالتراجع، يعد خطأ في تطبيق القانون. حيث أن الحبس مثل الهبة هو التصرف بصفة نهائية في أملاك معينة لفائدة شخص معين. وحيث لا يمكن لفريق (ب) أن يهب أشياء خرجت عن أملاكه بموجب تصرف نهائي سابق.

وحيث خلاف ما صرح به قضاة الموضوع أنه لا يمكن لفريق (ب) أن يتراجع عن الحبس الذي يعتبر تصرف نهائي خاصة وأن قراءة عقد الحبس لا يتبين وأنهم أدمجوا فيه شروط تسمح لهم بالتراجع عن الحبس وفقا للمادة 15 من قانون الأوقاف. وحيث أن القرار المطعون فيه جاء منعدم الأساس القانوني ومخالف للقانون مما يتعين نقضه.". قرار رقم 204958، مؤرخ في 31 – 01 – 2001، مجلة الاجتهاد القضائي، ج 1، 2004، ص 132.

– على الرغم من أن هذا القرار اعتبر الوقف تبرعا نهائيا لا يجوز الرجوع فيه، إلا أنه لم يعتبره كذلك بشكل مطلق، حيث يفهم أن الحكم بلزوم الوقف لم يكن إلا لأن الواقف لم يشترط الرجوع. من جهة أخرى يعاب على هذا القرار كغيره من قرارات أخرى الإشارة إلى أن الوقف تصرف في الملك الخاص لفائدة شخص معين، و الحقيقة أن التصرف لمصلحة الغير يكون بحق الانتفاع فقط، أما الملكية تبقى على حكم ملك الشخص المعنوي الذي هو الملك الوقفي.

– في قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه: "من الثابت شرعا أن عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه إلا إذا تم وفقا للمذهب الحنفي، ولما كان الحبس في دعوى الحال تم على المذهب المالكي الذي لا يجيز التراجع عن الحبس فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا يكونون قد أساؤا تطبيق القانون.". قرار رقم 223224، مؤرخ في 19 – 12 – 2001، مجلة الاجتهاد القضائي، ج 1، 2004، ص 147.

الحقيقة أنه يجوز عند الفقهاء المالكية أن يشترط الواقف لنفسه الحق في الرجوع عن وقفه، فيثبت له حق الرجوع ب الشرط. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4، ص 75.

مع ذلك فإن ترجيح لزوم الوقف تترتب عليه مسألة جوهرية تتمثل في وقت تحقق اللزوم وبما يتحقق؟ بحيث يترتب على ذلك تحديد وقت إنتاج اللزوم للآثار التي تترتب على الأخذ به كما حددها القانون، لذلك يتم تحديد وقت تحقق اللزوم (الفرع الأول)، ويستتبع ذلك تحديد الآثار التي تترتب على اللزوم من وقت تحققه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الوقت الذي يترتب فيه لزوم الوقف

ليس في قانون الأوقاف 91 – 10 نص صريح يحدد الوقت الذي يترتب فيه لزوم الوقف، حيث جاء موقفه غامضا بشأن هذه المسألة، وبالتالي لا بد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، غير أن الفقهاء اختلفوا اختلافا جوهريا في وقت تحقق اللزوم بحسب اختلافهم في فهم حقيقة الوقف[1]، وانقسموا في تحديد ذلك إلى فريقين: قائل بضرورة تسليم الموقوف وقبضه لتمام الوقف ولزومه، وقائل بلزوم الوقف بمجرد صدور صيغة الوقف صحيحة، دون حاجة لاشتراط القبض، و لذلك لابد من ترجيح أحد القولين والذي يكون أكثر اتفاقا مع حقيقة الوقف في القانون الجزائري، وعلى هذا الأساس يتحدد مضمون هذا الفرع في التطرق إلى الرأي القائل باشتراط القبض لتحقق لزوم الوقف (أولا)، ثم الرأي القائل بلزوم الوقف بمجرد صدور صيغة الوقف صحيحة (ثانيا)، ومن ثم ترجيح القول الأكثر تلاءما مع حقيقة الوقف في القانون الجزائري (ثالثا).

أولا: القول باشتراط القبض لتحقق لزوم الوقف

ذهب الإمام محمد بن الحسن من الحنفية، و الفقهاء الحنابلة في أحد القولين في المذهب، و الفقهاء المالكية، إلى أنه لا بد من القبض لتمام الوقف ولزومه، مع وجود اختلاف بينهم في شروط القبض، وكيفيته بين قائل بإخراج الموقوف من يد الواقف، وتسليم كل شيء بما يليق به، وقائل بأن الوقف لا يلزم إلا بالقبض، وتوكيل من يقوم عليه ، وقائل بضرورة أن يتم حوز المال الموقوف من طرف الموقوف عليه أو نائبه، قبل موت الواقف أو إفلاسه [2].

و مما استدل به القائلون باشتراط القبض للزوم الوقف:

---

[1] – عزام، مرجع سابق، ص 06 وما يليها من صفحات.

[2]– ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص 534. كذلك: بن قدامة، الكافي، ج 3، مرجع سابق، ص 581. كذلك: التسولي، البهجة، ج 2، مرجع سابق، ص 379. كذلك: القرافي، الذخيرة، ج 6، مرجع سابق، ص319

– حديث عمر (رضي الله عنه)، إذ أنه جعل وقفه في يد ابنته حفصة (رضي الله عنها)، فقد فعل ذلك ليتم الوقف.

– أن الوقف كالهبة والوصية فيه إزالة الملك على وجه التبرع، وهما لا يتمان إلا بالقبض.

– قياس الصدقة الموقوفة على الصدقة المنجزة، فلا يتم كل منهما إلا بالقبض[1].

ثانيا: القول بلزوم الوقف بمجرد صدور صيغته صحيحة

ذهب الفقهاء الشافعية، والفقهاء الحنابلة في المشهور من المذهب، والإمام أبو يوسف من الحنفية، إلى أن حكم الوقف اللزوم في الحال دون حاجة لـلقبض أو التسليم [2]، واستدلوا على قولهم بالآتي:

– أن الوقف يشبه الإعتاق، لأن كل منهما فيه إزالة الملك إلى غير مالك، ولأن كليهما يترتب عليه منع التصرف، فيلزم الوقف كما يلزم العتق بمجرد اللفظ.

– أنه لا يصح قياس الوقف على الصدقة والهبة، لأن كل منهما يترتب عليه التمليك المطلق للمتصدق إليه، أو الموهوب له، غير أن الوقف عند أغلب الفقهاء لا تنتقل فيه الملكية للموقوف له، فإلحاقه بالعتق أولى من إلحاقه بالهبة و الصدقة[3].

ثالثا: ترجيح القول الأكثر تلاءما مع حقيقة الوقف في القانون الجزائري

على الرغم من غموض موقف المشرع الجزائري وعدم صراحته فالرأي الذي أرى أنه جدير بالترجيح، هو القول بلزوم الوقف بمجرد صدور صيغة الوقف صحيحة، وذلك للأسباب الآتية:

– إن سكوت المشرع الجزائري عن اشتراط القبض لتمام تصرف الوقف، على خلاف موقفه الصريح بالنسبة للهبة، يؤدي إلى الاعتقاد أن المقصد من ذلك، هو تحقق لزوم الوقف بمجرد صدور صيغة الوقف صحيحة.

---

[1] – السرخسي، المبسوط، ج 12 مرجع سابق، ص 36. كذلك: ابن قدامة، الكافي، ج 3، مرجع سابق، ص 581. كذلك: الخصاف، أحكام الأوقاف، مرجع سابق، ص 21.

[2]– ابن مفلح الحنبلي، المبدع، ج 5، مرجع سابق، ص 184 – 185. كذلك: البهوتي، كشاف القناع، ج 10، مرجع سابق، ص 34. كذلك: الطرابلسي، الإسعاف، مرجع سابق، ص 04.

[3] – الماوردي، الحاوي الكبير، ج 7، مرجع سابق، ص 511. كذلك: ابن مفلح الحنبلي، المبدع، ج 5، مرجع سابق ، ص 184 – 185. كذلك: ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص 535.

– أن تعريف الوقف الوارد في نص المادة الثالثة من قانون الأوقاف 91 – 10 يتفق أكثر مع تعريفات الوقف عند الفقهاء القائلين بلزوم الوقف بمجرد صدور صيغته صحيحة.

– أن حقيقة الوقف في القانون الجزائري هي إسقاط لأصل الملك ومنفعته معا، والفقهاء الذين اعتبروا الوقف إسقاطا لأصل الملك ومنفعته عن ملك الواقف قالوا بأن النتيجة المنطقية التي تترتب على ذلك أن يلزم الوقف بمجرد صدور صيغته صحيحة، ولا حاجة للقبض.

– أن الوقف في القانون الجزائري لا يصح إلا مؤبدا، ويبطل كل وقف يكون محددا بزمن ، و في هذا مخالفة لما عليه الفقهاء المالكية من إجازة الوقف المؤقت.

– أن أهمية اشتراط القبض للزوم تصرف الوقف، تكمن في تجسيد الرغبة في حماية حق الموقوف عليهم من مطالبة ورثة الواقف بالموقوف بعد وفاة مورثهم، أو مطالبة الدائنين ، لذلك فالغاية من القبض هي خروج الموقوف من ذمة الواقف حتى لا ينتقل مع باقي أمواله إلى ذمم أخرى ترتب لها حق معتبر شرعا وقانونا في تلك الأموال ، فإذا أمكن تحقيق غاية القبض دون اشتراطه، لم يعد التشدد في اشتراطه ضروريا، فيكفي اشتراط توثيق الوقف كتابة[1].

مع ذلك فالحسم في مسألة وقت لزوم الوقف تبقى محل اجتهاد القاضي، الذي عليه أن يرجح الرأي الأكثر صوابا والأقرب اتفاقا مع حقيقة الوقف كما تحددها النصوص القانونية المنظمة للوقف في القانون الجزائري ، مع الأخذ بعين الاعتبار مراعاة احترام إرادة الواقف في تأسيس وقفه على مذهب معين[2].

---

[1] – الفزيع أنور أحمد، (الحماية المدنية للوقف)، مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة الثالثة والعشرون، العدد 02، يونيو 1999، ص 86. كذلك: اصبيحي عبد الرزاق، الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية، مطبعة الأمنية، الرباط، 2009، ص 145 – 149.

[2] – من المقرر و الثابت في القضاء الجزائري فيما يخص قضايا الوقف، خضوع الوقف لإرادة الواقف، الذي يجوز له أن يأخذ بالشروط المعمول بها في أي مذهب من المذاهب الإسلامية . قرار المحكمة العليا، رقم 40589 مؤرخ في 24 – 02 – 1968، المجلة القضائية، 1989، عدد01، ص 118. واحتراما لإرادة المحبس فقد جاء قضاء المحكمة العليا مؤكدا على أن الحيازة أو القبض ليس شرطا في الوقف مادام مؤسسه اختار المذهب الحنفي الذي لا يشترط القبض لتمام الوقف: "من المقرر شرعا أن الحبس الذي يحرر وفقا للمذهب الحنفي، يرخص بالتحبيس على نفس قيد الحياة ولا يشترط فيه الحيازة كما أنه يسمح بإخراج البنات بشرط أن يجعل لمن عند الاحتياج حق استغلال الأملاك المحبسة. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب وانتهاك قواعد الشريعة الإسلامية، في غير محله، مما يستوجب الرفض.". قرار رقم 35351، مؤرخ في 13 – 12 – 1984، المجلة القضائية 1989، عدد 04، ص 95.

غير أنه مع ترجيحي للزوم الوقف بمجرد صدور صيغته صحيحة، أرى ضرورة التفرقة بين لزوم الوقف الوارد على العقار والوقف الوارد على المنقول ، فبالنسبة للعقار فلا يصح الاعتداد إلا بالورقة الرسمية المشهرة لنشأة ولزوم تصرف الوقف الوارد عليه، و هذا الرأي مبني على صراحة النصوص التي تشترط بشكل عام، أن يتم إشهار التصرف الوارد على العقار لإمكانية الاحتجاج به على الغير ، وبشكل خاص، فإن ورثة الواقف باعتبارهم من الغير، فلا يمكن أن يحتج عليهم بزوال ملك الواقف وأيلولة حق الانتفاع للموقوف عليه م، مما يخرج العقار الموقوف من التركة، إلا إذا تم شهر تصرف الوقف، فهو مصدر وجود التصرف بالنسبة إليهم، لذلك فحتى لو كانت صيغة الوقف الوارد على عقار مفرغة في ورقة رسمية، فإنها تصبح بلا قيمة، في نظر القانون في التعبير عن إرادة الواقف في إخراج العقار الموقوف من ملكه، ما دامت لم تخضع للإشهار.

من جهة أخرى فإن حماية حقوق الوقف من سوء نية الواقف، يقتضي ذلك، فقد يقوم الواقف بتحرير عقد وقف رسمي على عقار، ثم يعود لبيعه أو حتى تحرير عقد وقف جديد عليه، وقد يبيع الواقف عقارا سبق له أن أوقفه، ليتفاجأ المشتري فيما بعد أنه موقوف، لذلك لا ينبغي أن يؤدي احترام الطابع التعبدي للوقف للإضرار بحقوق الغير، وزعزعة استقرار المراكز القانونية التي يحميها القانون.

أما بالنسبة لوقف المنقول فيحكمه الأصل المرجح، و هو لزوم الوقف بمجرد صدور صيغته صحيحة دون حاجة لتسليم، أو قبض.

الفرع الثاني: نتائج لزوم تصرف الوقف

إن الأخذ بلزوم الوقف تترتب عليه في القانون الجزائري مجموعة من المقتضيات التي تعتبر ضرورة حتمية وناشئة بالتبعية وبالتلازم، فلا يجوز بمقتضى اللزوم إنهاء الوقف (أولا)، و يبطل كل شرط ينافي لزوم الوقف مع بقاء الوقف (ثانيا)، كما تبطل التصرفات التي ترد على أصل الملك الوقفي (ثالثا).

أولا: عدم جواز إنهاء الوقف

إن الوقف الصحيح في ال قانون الجزائري هو ذلك الذي ينشأ مؤبدا، فيلزم على وجه التأبيد، حيث يترتب على لزوم الوقف على وجه التأبيد عدم جواز انتهاء الوقف على الرغم من ما قد يطرأ من حالات يتصور معها انتهاء الوقف: كخراب الوقف بأن يصبح غير قابل

للإعمار أو الاستبدال، أو ضآلة غلته بما لا يكفي المستحقين، أو تزايد المستحقين مما يجعل نصيب كل منهم ضئيلا إلى حد غير مفيد، أو انقراض الجهة الموقوف عليها [1]، لذلك حدد المشرع الجزائري أحكاما خاصة للتصرف في الوقف للحيلولة دون انتهائه على النحو الآتي:

– إذا انقرضت الجهة الموقوف عليها في الوقف العام، فإن الوقف يؤول إلى جهة أخرى من جهات الخير وفقا لنص المادة 06 من قانون الأوقاف 91 – 10، أما إذا انقرضت الجهة الموقوف عليها في الوقف الخاص فإن الوقف يؤول إلى السلطة المكلفة بالأوقاف و يصير وقفا عاما.

– إذا خرب الموقوف أو انعدمت منفعته، يلجأ إلى تعويضه أو استبداله طبقا لأحكام المادة 24 من قانون الأوقاف 91 – 10، كما يمكن اللجوء إلى استغلال واستثمار وتنمية الأملاك الوقفية المعطلة أو المعرضة للخراب عن طريق صيغ العقود التي نص عليها القانون 01 – 07 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف 91 – 10 و الذي لم يغفل النص على صيغ استغلال وتنمية الأملاك الوقفية منذ إنشائها بهدف ضمان بقائها صالحة واستمراريتها.

– كل تغيير قد يمس أصل الملك الوقفي، لا يمكن بأي حال أن يؤدي إلى إنهاء الملك الوقفي، بل يلحق التغيير بالعين الموقوفة ويبقى الوقف قائما ، و إذا نتج عن التغيير تعويض فإنه ينزل بمنزلة الوقف.

– تنظيم كيفيات استرجاع أو تعويض الأملاك الوقفية التي تعرضت للتأميم بموجب قانون الثورة الزراعية الصادر بموجب الأمر 71 – 73 فبالنظر للآثار السلبية لهذا القانون، فقد تم إلغاءه والعمل على محو مخلفاته السلبية في إطار ما يصح تسميته (إجراءات تكفير ذنوب الثورة الزراعية)[2]، وفي هذا الإطار جاء نص المادة 38 من قانون الأوقاف 91 – 10 لتدارك الأمر فيما يخص الأملاك الوقفية التي أممت، ونص على ضرورة استرجاع الأملاك الوقفية التي تعرضت للتأميم.

---

[1] – حريز سليم، الوقف دراسات و أبحاث، منشورات الجامعة اللبنانية، بيروت، 1997، ص 248 – 259. كذلك: محمود إدريس عبد الفتاح، (إنهاء الوقف الخيري من منظور الفقه الإسلامي)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية السادس، الذي تنظمه وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر بالتعاون مع الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت والبنك الإسلامي للتنمية بجدة، الدوحة – دولة قطر، في الفترة ما بين 13 – 14 مايو 2013، ص 05 وما يليها.

[2]– عجة الجيلالي، أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها، دار الخلدونية، الجزائر، (د.ت)، ص247.

– تخصيص طائفة من الأملاك الوقفية العامة و هي المسماة ب ."الأملاك الوقفية العامة المصونة" بحصانة قانونية تسمح بتقوية مركزها القانوني بمناسبة إثبات وجودها القانوني في مواجهة الأفراد و الإدارة على السواء ، و من بين هذه الأملاك طبقا لنص المادة 08 من قانون الأوقاف 91 – 10: الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار ، وكذلك الأوقاف الثابتة بعقود شرعية وتم ضمها إلى أملاك الدولة أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين.

ثانيا: بطلان كل شرط ينافي لزوم الوقف مع بقاء الوقف

جاء نص المادة 218 من قانون الأسرة حاسما في تقرير البطلان لكل شرط ينافي مقتضى الوقف، مع بقاء الوقف، ولما كان اللزوم من مقتضيات الوقف في القانون الجزائري، فإن كل وقف يشترط فيه عدم اللزوم، يكون مصير هذا الشرط البطلان مع بقاء الوقف قائما لازما، و هذا هو نفس المعنى الذي تضمنه نص المادة 16 من قانون الأوقاف 91 – 10 و الذي يلاحظ أن صياغته جاءت أقل حسما من سابقه، لأن عبارة (يجوز) الواردة ضمنه في غير محلها، لأنه قد يفهم منها أن القاضي بالخيار بين أن يلغي الشرط الذي ينافي اللزوم وبين استبقائه و إجازة رجوع الواقف عن وقفه أو التصرف فيه ، و هو ما لا يستقيم مع تأكيد المشرع الجزائري لمقتضى لزوم الوقف ، لذلك ينبغي أن تفهم عبارة (يجوز) في نص المادة 16 من قانون الأوقاف 91 – 10 بمعنى الوجوب، خاصة إذا تم الأخذ بعين الاعتبار أسبقية نص المادة 14 من نفس القانون الذي بموجبه تعتبر اشتراطات الواقف هي المنظمة للوقف، و أنه من الواجب احترامها ، فيعتبر نص المادة 16 من قانون الأوقاف 91 – 10 يعتبر استثناءا واردا على نص المادة 14 من نفس القانون.

وتجدر الإشارة إلى أن لزوم أصل الوقف يستتبع لزوم شروط الواقفين المعتبرة شرعا، فلا يجوز تغييرها، أو تبديلها، أو الرجوع فيها، غير أنه يرد على هذا الأصل احتراما لإرادة الواقف، حق الواقف في الاحتفاظ لنفسه أو لغيره بتغيير شروط الوقف، وتعديلها، وهو ما يجب أن ينص عليه عند إنشاء الوقف وإلا لم يجز ، و في هذا الإطار نصت المادة 15 من قانون الأوقاف 91 – 10 أنه: "يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف.".

ثالثا: بطلان كل تصرف يؤدي إلى تملك أصل الملك الوقفي

يفهم من نص المادة 23 من قانون الأوقاف 91 – 10 عدم جواز أن يكون الملك الوقفي محل تصرف تمليكي مهما كانت تسمية هذا التصرف، لما في ذلك من معنى التراجع الضمني عن الوقف، فإذا تمت مخالفة هذا النص، كان البطلان المطلق مصير التصرف الوارد على الملك الوقفي و الذي قصد به صاحبه مباشرة، أو كان من نتائجه بشكل غير مباشر أن يؤدي إلى تملك أصل الوقف[1].

و استنادا لهذا ا لأصل الصريح لم يجز المشرع الجزائري الحجز على الملك الوقفي، لأن ذلك يؤدي إلى التصرف في أصل الملك الوقفي بالبيع، وبالتالي إنهاء الوقف [2]، كما لم يجز ترتيب حقوق عينية تبعية يكون من شأنها أن تؤدي إلى التصرف في أصل الملك الوقفي كالرهن، حيث نصت المادة 20 من المرسوم 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها على أنه في حالة رهن الملك الوقفي كله أو جزء منه أو بيع مستغلاته، فإن هذه التصرفات تقع باطلة بقوة القانون.

واستثناءا من عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي بالبيع فقد أجاز المشرع الجزائري تعويض أو استبدال الملك الوقفي، لكن في حدود نص المادة 24 من قانون الأوقاف

---

[1] – أكد القضاء الجزائري على بطلان التصرف في الأملاك الوقفية بالتصرفات الناقلة للملكية، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر شرعا و قانونا أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو بغيرهما وليس للمحبس إلا حق الانتفاع. ولما كان الثابت –في قضية الحال– أن جهة الاستئناف تغاضت عن طلب الطاعن الأساسي الرامي إلى إبطال البيع الوارد على الأرض المحبسة وراحت تصحح هذا البيع المفرغ في عقد الشهرة، بالرغم من تعلقه بأرض محبسة. فإن القضاة بقرارهم كما فعلوا قد أساءوا تطبيق القانون و خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض قرارهم.". المحكمة العليا، قرار رقم 157310، مؤرخ في 16 – 07 – 1997، المجلة القضائية 1997، عدد 01، ص 34.
– وفي قرار آخر: "ولكن حيث أنه أصاب قضاة الاستئناف لما نطقوا ببطلان البيع المنصب على مال موقوف، مستندين إلى نص المادة 23 من قانون الأوقاف 91 – 10 المؤرخ في 27 – 04 – 1991 المتعلق بالأوقاف، لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي لفائدة الغير.حيث أنه و بفصلهم على هذا النحو، أحسن قضاة الاستئناف تطبيق نص المادة 23 المذكور أعلاه.". قرار رقم 188432، مؤرخ في 29 – 09 – 1999، مجلة الاجتهاد القضائي، ج 1، 2004، ص 143.

[2] – نصت المادة 636 من قانون رقم 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مؤرخ في: 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، (الجريدة الرسمية رقم، 21 مؤرخة في 23 أفريل 2008، ص 03.):"فضلا عن الأموال التي تنص القوانين الخاصة على عدم جواز الحجز عليها، لا يجوز الحجز على الأموال الآتية:... 2– الأموال الموقوفة وقفا عاما أو خاصا، ماعدا الثمار والإيرادات...".

91 – 10 لأنه لا يخفى ما يؤدي إليه الاستبدال من بيع لأصل الملك الوقفي ثم مبادلته بما هو أصلح كما سوف أتطرق إليه لاحقا.

المبحث الثاني: الوسائل الأخرى لتكوين الملك الوقفي في القانون الجزائري

لم ينظم قانون الأوقاف 91 – 10 بشكل صريح وموسع كوسيلة لتكوين الملك الوقفي سوى تصرف الوقف، غير أن هناك وسائل أخرى يترتب عليها وجود الملك الوقفي ، ومن شأنها حماية الملك الوقفي من خلال التشجيع على تكوينه بوسائل متعددة، حيث تجد هذه الأخيرة مصدرها في أحكام الشريعة الإسلامية المحال عليها بموجب قانون الأوقاف 91 – 10، كما تفهم ضمنيا من خلال بعض النصوص المتفرقة في قانون الأوقاف 91 – 10 وبعض النصوص الخاصة، ويتعلق الأمر بالوصية بالوقف و الإرصاد التي يلجأ إليها بموجب الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية (المطلب الأول)، ووسيلتي الاسترجاع والتعويض اللتان تجسدان تكريس الرغبة في استعادة وجود الأملاك الوقفية بقوة القانون، وذلك أخذا بالاعتبار الوضعية التي آلت إليها الأملاك الوقفية في الجزائر والظروف التاريخية التي مرت بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: وسائل تكوين الملك الوقفي بموجب الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية

لم يختلف الفقهاء في جواز أن يوصي الشخص في حياته بوقف بعض ماله وقفا مضافا إلى بعد مماته، كما لم يمنعوا أن يخصص السلطان بعض المال ليكون وقفا، واصطلحوا على الوسيلة الأولى الوصية بالوقف وعلى الوسيلة الثانية الإرصاد أو التخصيص مما يدل على خصوصية هاتين الوسيلتين مقارنة بالوقف المحض، لذلك يتحدد مضمون هذا المطلب في إبراز هذه الخصوصية وذلك بالتطرق للوصية بالوقف (الفرع الأول)، ثم التخصيص (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الوصية بالوقف

لا خلاف بين الفقهاء في أن الوقف في مرض الموت يأخذ حكم الوصية وتسري عليه أحكامها، غير أنه بالنسبة للوقف في حال الصحة فـإن الأصل في صيغة الوقف التنجيز ، مع ذلك يصح تعليقها على موت الواقف أو إضافتها إلى زمن مستقبل هو ما بعد موت الواقف، حيث اعتبر جمهور الفقهاء إضافة الوقف إلى ما بعد الموت، وصية محضة بالوقف[1].

[1] – ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص 522.. كذلك: الرملي، نهاية المحتاج، ج 5، مرجع سابق، ص 375.

غير أن إنزال الوقف إلى ما بعد الموت منزلة الوصية المحضة لا يكون إلا من حيث آثاره التي لا تترتب إلا بعد موت الواقف مصرا على وصيته، و كذلك من حيث عدم نفاذه إلا في حدود ثلث التركة، ما لم يجزها الورثة في الزائد، تطبيقا لأحكام الوصية المقررة شرعا وقانونا، وكما تصح الوصية بالوقف العام تصح في الوقف الخاص إلا أنها إذا كانت لوارث فلا تصح إلا إذا أجازها الورثة، وإذا اجتمعت الوصية للبر مع الوقف في مرض الموت، فيكون الواقف قد أنشأ وصيتان في هذه الحالة، فينبغي أن تقسم مخالصة، بالتناسب بينهما[1].

وبالمقابل فإن الوصية بالمنفعة وحدها أبدا لجهات دائمة يخرجها عن معنى الوصية المحضة، وذلك من حيث عدم تمليك أصل الملك المنتفع به للموصى لهم، وانعقاد الوصية بالوقف بمجرد إيجاب الواقف، وتصير في معنى الوقف الدائم الذي تسقط فيه ملكية العين عن ملك الواقف وورثته وترصد أبدا لمنفعة الجهة الخيرية الدائمة التي خصصها الواقف، ولا يبقى لملكية الورثة في الرقبة معنى ما دامت المنفعة لغيرهم على وجه التأبيد[2].

و إذا كان مما لا شك فيه أن الواقف إذا مات مصرا على الوصية بالوقف فإن وصيته تنفذ في حق الورثة ولا يجوز لهم الرجوع فيها، غير أن التساؤل يطرح بالنسبة لحق الواقف في التراجع عن وصيته في حياته؟

فالرأي عند جمهور الفقهاء هو أن الوقف المضاف أو المعلق على الموت لا يصح وقفا محضا ، بل يعتبر كالوصية المحضة من حيث جواز الرجوع فيه في حياة الواقف [3]، فلا يلزم إلا من وقت موت الواقف مصرا على وقفه، و يترتب على ذلك أنه إذا أحدث الموقوف في حياة الواقف ريعا أو ثمرة، فإنها تبقى في حكم ملك الواقف، وإذا حدثت بعد الموت فتكون للموقوف عليهم باعتبارها نماء الوقف، بينما ذهب بعض الفقهاء الحنابلة و المالكية إلى القول بلزوم الوقف وعدم جواز الرجوع فيه من الواقف بمجرد صدور صيغته صحيحة[4].

---

[1] – أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 143. كذلك: يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 253. كذلك: الحداد، من فقه الوقف، مرجع سابق، ص 253 – 254.

[2] – الزرقا، المدخل الفقهي، مرجع سابق، ص 361.

[3] – النسفي، البحر الرائق، ج 5، مرجع سابق، ص 322 – 323. كذلك: الطرابلسي، الإسعاف، مرجع سابق، ص 04. كذلك: الرملي، نهاية المحتاج، ج 5، مرجع سابق، ص 375. كذلك: ابن قدامه، المغني، ج 6، مرجع سابق، ص 220.

[4] – البهوتي، كشاف القناع، ج 10، مرجع سابق، ص 27. كذلك: الدسوقي، شرح الدسوقي، ج 4، مرجع سابق، ص 87.

وقد جاء موقف القضاء الجزائري متفقا مع رأي جمهور الفقهاء في جواز إضافة الوقف إلى ما بعد وفاة الواقف، إلا أنه في هذه الحالة يأخذ حكم الوصية فيجوز الرجوع عنه في حياة الواقف[1].

غير أنني أتفق خلافا لما ذهب إليه القضاء الجزائري مع من يرى ترجيح الرأي القائل بلزوم الوصية بالوقف في حياة الواقف، ذلك أن الغاية من الوقف التقرب إلى الله عز وجل دون الأخذ بالاعتبار أي حسابات أخرى، كما أن الوصية بالوقف تصب في مصلحة الواقف من حيث أنه ينتفع بماله في حياته بكل حرية، ويضمن لنفسه استمرار تحصيل الأجر بعد مماته بما خلفه من وقف[2].

مع ذلك أرى إجازة الرجوع في الوقف الخاص المضاف إلى ما بعد الموت، لأنه في هذه الحالة قد تكون هناك مصلحة خاصة يرغب الواقف في تحقيقها في اتجاهه للوصية بالوقف لبعض ورثته أو أشخاصا بعينهم، كأن يكون دافع الواقف ضمان حق أحد بناته أو زوجاته في مواجهة بقية أبنائه لتقديره لحاجتهم بعد موته، وقد يتبين له في حياته انتفاء هذه الحاجة، فيكون من حقه أن يرجع في وقفه.

وإذا كان المشرع الجزائري لم ينص بشكل صريح في قانون الأوقاف 91 – 10 أو في قانون الأسرة، على إنشاء الملك الوقفي عن طريق الوصية، إلا أن إجازة ذلك تجد أساسها في نص المادة 02 من قانون الأوقاف 91 – 10 التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد به نص، والراجح في الفقه الإسلامي كما سبق بيانه صحة الوصية بالوقف، ومشروعيتها لما تحققه من مصلحة للموصي ولأقربائه والمجتمع، من جهة أخرى تجد إجازة الوصية بالوقف

---

[1] –"من المقرر فقها أن الحبس إذا كان معلقا أو مضافا، جاز للمحبس التراجع عنه، وإن كان منجزا (أي فوري)، فلا يجوز الرجوع عنه. ومتى ثبت أن عقد الحبس–موضوع النزاع الحالي– كان معلقا لما بعد وفاة المحبسة (م ع)، فإن تراجعها بإبطالها له بعقد توثيقي، وتصرفها ببيع العقارات بعقود رسمية كان جائزا شرعا. وعليه كان على قضاة الموضوع إبعاد عقد الحبس المعني، ورفض طلب المطعون ضدهما الرامي إلى إبطال البيع المذكور وطرد المشترين من العقار المحبس. ولما قضوا بغير ذلك فقد عرضوا قرارهم–المنتقد–للنقض. ". المحكمة العليا، قرار رقم 102230، مؤرخ في 21 – 07 – 1993، المجلة القضائية، سنة 1995، عدد 02، ص77.

[2] – شيخ نسيمه، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة، الوصية، الوقف)، دار هومه، الجزائر، 2012، ص 323.

أساسها أيضا في نص المادة 190 من قانون الأسرة التي ورد فيها أنه يجوز للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة، فيحتمل هذا النص إجازة أن يكون الإيصاء بالمنفعة على سبيل الدوام، على شرط أن ينص الموصي على التأبيد، لأنه طبقا لنص المادة 196 من قانون الأسرة فإن الوصية بالمنفعة لمدة غير محددة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمرى، لذلك إذا نص الموصي على التأبيد صارت وصيته وقفا بالضرورة.

ولما كانت الوصية بالوقف تأخذ حكم الوصية المحضة في بعض جوانبها، فإن أحكام الوصية في قانون الأسرة الجزائري تطبق على الوصية بالوقف، فيجب أن تحرر الوصية بالوقف الواردة على العقار في شكل رسمي و أن تخضع للإشهار طبقا لمفهوم نص المادة 191 من قانون الأسرة، وذلك تحقيقا للاستقرار في المعاملات، من خلال حماية حق الموصى له في صيرورة الموصى به خالصا له في مواجهة الورثة، وحماية إرادة الموصي الواقف وضمان تنفيذ إرادته وتحصيله لأجر الصدقة الجارية، في مواجهة الموصى لهم الموقوف عليهم في حد ذاتهم، من خلال منعهم من التصرف في الأصل الموقوف والانتفاع به، كما تنتفي فرضية قيام الورثة لعدم علمهم بالوصية بقسمة التركة وتوزيعها ثم يظهر بعد ذلك تعلق حق الموصى له الموقوف عليه بها[1].

وفي حالة الرجوع في الوصية بالوقف فيمكن للموصي أن يلجأ للموثق الذي حرر عقد الوصية، ويلتمس منه تحرير عقد رجوع في الوصية بإرادته المنفردة، طبقا للمادة 192 من قانون الأسرة التي تقضي بأن الرجوع في الوصية يتم بوسائل إثباتها [2]، كما يمكن بموجب نفس النص أن يتم الرجوع ضمنيا بكل تصرف قانوني يقوم به الموصي ويستخلص منه الرجوع فيها، غير أنه لا يعتبر رهن الموصى به رجوعا في الوصية طبقا للمادة 193 من قانون الأسرة، كما

---

[1] – خلفوني مجيد، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2008، ص 140.

[2] – سبق الإشارة إلى قرار المحكمة العليا، رقم 102230، مؤرخ في 21 – 07 – 1993، المجلة القضائية، سنة 1995، عدد 02، ص77 والذي أجاز الرجوع في الوصية بالوقف في حياة الواقف، حيث يتضح من القرار أن عقد الوصية يرد على العقار فتم تحريره في عقد توثيقي، كما أجاز أن يتم الرجوع بنفس طريقة إنشاء الوصية، مع الملاحظ أن الرجوع الضمني يكون كافي، ففي قضية الحال مجرد التصرف في العقار ببيعه بعقود رسمية فإن هذا رجوع ضمني عن الوصية ولا يشترط أن يكون مسبوقا برجوع صريح عن طريق عقد موضوعه الرجوع عن الوصية.

أن الموصي إذا أوصى بمال معين لشخص ثم أوصى بنفس المال لشخص ثان فلا يعد ذلك تراجعا ضمنيا بل يكون الموصى به مشتركا بينهما طبقا للمادة 194 من قانون الأسرة.

غير أن الوصية بالوقف لا تأخذ أحكام الوصية المحضة بشكل مطلق، فالوصية المحضة تبطل بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها طبقا للمادة 201 من قانون الأسرة، لذلك فإنه يشترط أن يتم قبول الوصية صراحة أو ضمنا من الموصى له أو ورثته وفقا لما أكدته المادة 197 و 198 من قانون الأسرة، غير أنه يفرق بين أن يكون الموصى له معينا فيشترط قبوله أو ورثته و إلا بطلت الوصية، أما إن لم يكن معينا كالفقراء أو الأيتام، فلا يشترط ذلك[1]، و إذا كان هذا الحكم العام ينطبق على الوصية بشكل عام فإنه تجب مراعاة خصوصية الوقف في هذه المسألة، لأنه سبق البيان أن الراجح شرعا وقانونا هو عدم اشتراط القبول لإنشاء الوقف أو لصحته، سواء كان عاما أو خاصا، وإذا رد الموقوف عليه الوقف خاصة في الوقف الخاص، لم يترتب على ذلك إلا عدم استحقاق الموقوف عليه غلة الوقف دون أن يبطل الوقف لأنه يؤول إلى جهات البر، ولما كان الوقف يثبت بالضرورة في حالة الوصية بالوقف فإن حكم بطلان الوصية بردها لا ينطبق في حالة الوصية بالوقف ، و يؤول الوقف إلى جهات البر العامة.

وبالنظر لهذا الكم من الأحكام الخاصة التي تتعلق بالوصية بالوقف، والتي ترد أحيانا إلى الوصية المحضة وأحيانا أخرى إلى الوقف المحض، كان على المشرع أن ينظم الوصية بالوقف كوسيلة لإنشاء الملك الوقفي بما ينفي اللبس والاختلاف وذلك على غرار صراحة النص بالنسبة للملكية الخاصة وكذلك بالنسبة للأملاك الوطنية.

الفرع الثاني: التخصيص

التخصيص أو الإرصاد هو ما عرف في التاريخ الإسلامي من رصد ولي الأمر غلة أرض من أراضي بيت المال على مصلحة عامة، كالمساجد والمدارس أو على من لهم استحقاق في بيت المال كالعلماء و طلبة العلم[2].

---

[1] – بن عزوز عبد القادر وولد خسال سليمان، أحكام الهبة والوقف والوصية والميراث، دار ابن طفيل، الجزائر، 2011، ص 141.

[2] – الكبيسي، مرجع سابق، ص 363. كذلك: الزرقا، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 98.

وغالبية الفقهاء يرون أن تخصيص بعض أمول بيت المال للصرف على مصالح معينة، لا ينبغي أن يخرج عن تسميته إرصادا ، ولا يسمى وقفا، فلا تنطبق عليه أحكام الوقف خاصة من حيث لزوم مراعاة شروطه لعدم كونه وقفا صحيحا، و السبب هو أن الواقف لابد أن يكون مالكا للعين الموقوفة، أما الحاكم أو ولي الأمر فهو نائب عن المسلمين ويده على أموالهم كيد الولي على أموال القاصر، فهو لا يملكها ملكا خاصة، فلم يصح له وقفها بل رصدها[1].

أما من اعتبر الإرصاد وقفا فقد أخذ بعين الاعتبار أن الحاكم إذا خصص من بيت مال المسلمين لمصلحة عامة للمسلمين وأبد صرفه على مصرفه الشرعي و هو المصلحة العامة أصبح بذلك في حكم الوقف بسبب تأبيد الانتفاع، وبالتالي رأو أنه لا يجوز لمن يأتي بعد السلطان الذي أرصد أن يلغي ما أرصده من سبقه، وكذلك عدم إمكانية أن يتراجع السلطان في تخصيصه أو أن يغير في مصرفه إلا لمصلحة راجحة[2].

والحقيقة أ ن الحاجة للإرصاد كوسيلة لتكوين الملك الوقفي تقتضيها بعض المصالح العامة التي تحتاج لتدخل الدولة من أجل تلبيتها، من ذلك تخصيص أوعية عقارية لبناء المساجد وغيرها من المشاريع الدينية التي تحتاج بشكل أساسي لأوعية عقارية كبرى تخصص من ملكية الدولة[3]، وقد نص المشرع الجزائري صراحة على التخصيص كوسيلة لت لكوين الملك الوقفي العام، ويتعلق الأمر بشكل خاص بالمساجد، فقد نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي 91 – 81 [4] على أنه: "يجب تخصيص مساحات لبناء المساجد في كل مخطط عمراني تضعه الدولة أو الجماعات المحلية لكل تجمع سكاني جديد، على أن تدفع قيمة المساحة بالدينار الرمزي." كما ورد في نص المادة 43 من قانون الأوقاف 91 – 10 في فقرتها الأولى أنه:

---

[1] – أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 121.

[2] – أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 121 – 122.

[3] – عرفت المادة 82 من قانون الأملاك الوطنية 90 – 30 التخصيص بأنه: " يعني التخصيص استعمال ملك عقاري أو منقول يملكه شخص عمومي في مهمة تخدم الصالح العام للنظام، ويتمثل في وضع أحد الأملاك الوطنية الخاصة التي تملكها الدولة أو الجماعة الإقليمية تحت تصرف دائرة وزارية أو مصلحة عمومية أو مؤسسة عمومية تابعة لأحدهما وقصد تمكينها من أداء المهمة المسندة إليها.".

[4] – مؤرخ في : 07 رمضان عام 1411 موافق ل 23 مارس سنة 1991 يتعلق ببناء المسجد وتنظيمه وتسييره وتحديد وظيفته، (الجريدة الرسمية رقم 16، مؤرخة في 10 أبريل 1991، ص 535.).

"تستفيد السلطة المكلفة بالأوقاف من دفع الثمن بالدينار الرمزي للقطع الأرضية التي تشيد فوقها المساجد إذا كانت هذه القطع من الأملاك الوطنية." كذلك نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشوط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها على أن الأملاك التي خصصت للمشاريع الدينية تدخل في الأوقاف العامة المصونة التي نصت عليها المادة 08 من قانون الأوقاف 91 – 10.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد تجنب الخلاف الفقهي حول اعتبار التخصيص وقفا أم لا، فهو قد نص صراحة على اعتبار الأملاك المرصودة أو المخصصة أملاك وقفية، ما دام أن الأملاك المخصصة وإن كانت تدخل ضمن الأملاك الوطنية أو العامة إلا أن تخصيصها مشروط بدفع قيمتها بالدينار الرمزي.

وطبقا للمادة 84 من قانون الأملاك الوطنية 90 – 30 فإن للتخصيص صورتين: إما يتعلق بتخصيص الأملاك التابعة للدولة وذلك وفقا للشروط والإجراءات التي حددها المرسوم التنفيذي 91 – 454[1]، أو بتخصيص الأملاك التابعة للجماعات المحلية، بحيث يصد ر قرار التخصيص من طرف وزير المالية بالنسبة للمساجد والمشاريع الدينية الوطنية ، أو الوالي بالنسبة للمساجد والمشاريع الدينية المحلية، وبمجرد إتمام بناء المسجد أو المشروع الديني، يدمج مباشرة ضمن الملك الوقفي العام طبقا لنص المادة 09 من المرسوم 91 – 81 المتعلق ببناء المساجد وتسوى وضعية المسجد أو المشروع الديني نهائيا بموجب عقد ناقل للملكية تحرره مصالح أملاك الدولة، أو رئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للأراضي التابعة للبلدية بعد دفع العوض بالدينار الرمزي، ويخضع العقد للتسجيل والإشهار مع إعفاءه من مختلف الرسوم تطبيقا لنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشوط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها[2].

---

[1] – مؤرخ في: 16 جمادى الأولى عام 1412 الموافق 23 نوفمبر سنة 1991 يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كيفيات ذلك، (الجريدة الرسمية رقم 60، مؤرخة في 24 نوفمبر 1991، ص 2312.).

[2] – نصت المادة 04: "تتم عملية التسوية بنقل ملكية الأراضي المنصوص عليها في المادة 03 أعلاه، بمقابل رمزي يخصم من حساب الأوقاف العامة، لفائدة المالك الأصلي طبقا لأحكام المادة 43 من القانون رقم 91 – 10 المؤرخ في27 أفريل 1991 والمذكور أعلاه.".

وفي هذا الإطار صدرت في أكتوبر 2009 التعليمة رقم 010902 المتعلقة بتسوية الوضعية القانونية للقطع الأرضية المخصصة لإدارة الشؤون الدينية والأوقاف لبناء المساجد و ملحقاتها و المدارس القرآنية والتي أكدت على ضرورة التزام مصالح أملاك الدولة و الحفظ العقاري بنقل ملكية الأراضي المخصصة بموجب عقود إدارية ناقلة لملكية الأراضي المخصصة ضمن الأملاك الوقفية العامة المصونة، فتخرج بذلك نهائيا من ملكية الدولة إلى ملكية الوقف.

المطلب الثاني: تكوين الملك الوقفي بقوة القانون

في ظل تنامي الصحوة التشريعية بشأن أهمية الثروة الوقفية التي يمكن الاستفادة منها مجددا بعد أن فوتت، و التنبه إلى ضرورة حماية تأبيد الأملاك الوقفية كما تنص عليه أحكام الشريعة الإسلامية التي تستمد منها مشروعية الوقف، فكان لابد من قوة القانون للتمكن من استرجاع الأملاك الوقفية التي لم تحترم إرادة الواقفين وأحكام الشريعة الإسلامية بشأنها (أولا)، أو تعويض ما فوت منها (ثانيا)، إضافة إلى عدم إغفال حماية بعض الأملاك الوقفية الموجودة أو التي ستوجد مستقبلا بسبب طبيعتها التعبدية الخاصة، ويتعلق الأمر بالأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية، وكذلك العقارات أو المنقولات التابعة لها، سواء كانت متصلة أو بعيدة عنها[1].

الفرع الأول: الاسترجاع

في إطار حماية الأملاك الوقفية واستعادة مكانتها كتراث حضاري وثقافي يساهم بشكل أساسي في تحقيق التنمية الشاملة للمجتمع الجزائري، باشرت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف منذ سنوات في عملية البحث عن الأملاك الوقفية واسترجاعها.

غير أن عملية البحث عن الأملاك الوقفية على المستوى الوطني وحصرها وجردها ضمن بطاقية وطنية تعتبر عملية معقدة جدا وواسعة النطاق، بالنظر لعدة معوقات أثبتها مباشرة عمليات البحث والجرد[2] وهو ما دفع الوزارة الوصية لبذل كافة الجهود لتذليل الصعوبات التي

---

[1] – وفقا للمنشور المؤرخ في: 22 فيفري سنة 1987، والمحدد للوضع القانوني للمباني الدينية، فإن المساجد والمدارس القرآنية، تعتبر أملاكا وقفية عامة بحكم القانون وكذلك الأماكن التابعة لها.

[2] – أكد وزير الشؤون الدينية والأوقاف أن عملية البحث عن الأملاك الوقفية وحصرها وجردها ضمن بطاقية وطنية هي عملية معقدة وواسعة ينبغي أن تتضافر من أجلها الجهود ولا يمكن أن يقوم بها الوكلاء لوحدهم دون تدخل مديري الشؤون الدينية أمام الهيئات الإدارية وعلى رأسها الولاة ومصالح أخرى عديدة ، وأمام الصعوبات التي تقف في وجه استرجاع الأملاك الوقفية شدد الوزير على ضرورة استعمال كل الوسائل القانونية والعلاقات الشخصية وطرق التراضي لبلوغ الهدف.

تواجه العملية، حيث تم تكثيف الجهود في البحث عن الأملاك الوقفية وجردها ميدانيا وجمع وحصر وثائقها الثبوتية، ثم العمل على توثيقها في سجلات جرد عامة تمسكها الهيئة المكلفة بالأوقاف تشمل جميع الأملاك الوقفية العقارية والمنقولة والمنافع، إضافة إلى القيام بعمليات تسجيل الأملاك الوقفية العقارية في السجل العقاري الذي يمسك على مستوى المحافظات العقارية[1].

ونظرا لطبيعة العمل التقني والتاريخي في عملية البحث عن الأملاك الوقفية و حصرها، فقد قامت الوزارة بالتعاقد في سنة 1996 مع مكتب دراسات في الهندسة المعمارية والخبرة العقارية وهو مكتب المنار بناء، و الذي تم تكليفه بعملية البحث عن الأملاك الوقفية ووثائقها و إجراء التحقيقات العقارية الميدانية على المستوى الوطني [2]، كذلك في إطار التعاون مع البنك الإسلامي للتنمية أبرم اتفاق تعاون بعنوان المساعدة الفنية (قرض ومنحة) بين الجزائر والبنك الإسلامي للتنمية، لتمويل مشروع حصر الأملاك الوقفية في الجزائر، وهو الاتفاق الموقع ببيروت في 08 نوفمبر سنة 2000 و الذي كان محل مصادقة بالمرسوم الرئاسي رقم 01 – 107[3] وفي هذا الإطار نصت الاتفاقية على الاهتمام بالبحث عن الأملاك الوقفية الجزائرية بالخارج، وإنشاء قاعدة معطيات الكترونية للأوقاف.

---

[1]– صدر المرسوم التنفيذي رقم 03 – 51 مؤرخ في الموافق 04 فيفري سنة 2003 يحدد كيفيات تطبيق المادة 08 مكرر من قانون الأوقاف 91 – 10 المشار إليها، (الجريدة الرسمية رقم 08 مؤرخة في 05 فبراير 2003.) ونص على السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية الذي يمسك على مستوى المحافظة العقارية كوسيلة لجرد الأملاك الوقفية، كما صدرت التعليمة الوزارية رقم 143 مؤرخة في 03 أوت 2003 عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف محددة لوسائل الجرد في: بطاقات لتعيين العقارات الوقفية و سجل الجرد و سجل الحقوق المثبتة و التحصيل. فهذه العملية تعتبر عملية ذات بعد إداري يتم من خلالها تكريس حماية إدارية للأملاك الوقفية على غرار الحماية الإدارية للأملاك الوطنية ضد تصرفات أعوان الإدارة أو ضد تصرفات الأفراد بشكل عام.

[2]– قام المكتب بتقديم نتائج عمله في مجال حصر الأملاك الوقفية في الجزائر خلال الدورة التكوينية لوكلاء الأوقاف المنعقدة بالجزائر العاصمة من 05 إلى 08 نوفمبر 2001، حيث تتلخص طريقة البحث عن الأملاك الوقفية من خلال التجربة الميدانية للمكتب في طريقتين أساسيتين هما : البحث عن الوثائق والتحقيق الميداني عن طريق المعاينة الميدانية والتحقيق. إبراهيمي محمد، تجربة حصر الأوقاف في الجزائر، محاضرة قدمت للدورة الوطنية التكوينية لوكلاء الأوقاف، المنعقدة بالجزائر من 05 إلى 08 نوفمبر 2001 ، نشر وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، الجزائر، 2001، ص 01 – 11.

[3]– مؤرخ في 02 صفر عام 1422 الموافق 26 أبريل سنة 2001، (الجريدة الرسمية رقم 25، مؤرخة في 29 أبريل 2001، ص 06.).

وبشكل عام فإن عمليات الاسترجاع تشمل ثلاث فئات هي الأراضي الفلاحية الوقفية المؤممة (أولا)، الأملاك الوقفية التي آلت إلى الدولة بسبب التصريح بالشغور بعد رحيل الم حتل (ثانيا)، الأملاك الوقفية التي استولى عليها أشخاص طبيعيون أو معنويون بخلاف الدولة في فترة الفراغ القانوني (ثالثا).

أولا: استرجاع الأراضي الفلاحية الوقفية المؤممة

بموجب المواد 34 إلى 38 من قانون الثورة الزراعية الصادر بالأمر 71 – 73 تم تأميم العديد من الأراضي الفلاحية الموقوفة وقفا عاما، وكذلك تم تأميم الأراضي الموقوفة وقفا خاصا إما تأميما كليا : وذلك عندما لا يستغل الموقوف عليهم الأرض الموقوفة بصفة شخصية ومباشرة، فيعتبرون بذلك في مرتبة المالكين غير الشرعيين بمفهوم المادة 29 من الأمر المذكور، وإما أن يكون التأميم جزئيا : وذلك بتحديد الملكية الزراعية الموقوفة في حدود الملكية الخاصة الزراعية وفقا لنص المادة 37 من الأمر، وبإلغاء هذا القانون بموجب الأمر 95 – 26 أصبح بالإمكان استرجاع الأراضي الزراعية المؤممة لملاكها الأصلي ن، حيث وضع هذا القانون الشروط والإجراءات المنظمة لعملية الاسترجاع بموجب المواد من 75 إلى 82 منه، كما تم التأكيد على حق استرجاع الأراضي الموقوفة بشكل خاص بموجب المادة 38 من قانون الأوقاف 91 – 10 التي حددت شروط الاسترجاع والآثار المترتبة عليه[1].

1- شروط استرجاع الأراضي الفلاحية الوقفية المؤممة

أ- **ثبوت الوقف بإحدى الطرق القانونية أو الشرعية:** لقد فتحت المادة 35 من قانون الأوقاف 91 – 10 المجال واسعا لإثبات طبيعة الملك الوقفي بنصها على إمكانية ذلك بجمع وسائل الإثبات الشرعية والقانونية، وبالتالي لا يمكن التذرع بعدم وجود وثائق رسمية تثبت أن الملك موضوع الاسترجاع هو ملك وقفي، حيث يقع عبئ الإثبات في حالة الملك الوقفي الخاص على عاتق الموقوف عليه المنتفع بالملك الوقفي وقت التأميم ، وفي الملك الوقفي العام يقع على عاتق الجهة الموقوف عليها ، كما يقع على عاتق الجهة المكلفة بالأوقاف باعتبارها الجهة الوصية على الأملاك الوقفية العامة منها والخاصة التي لم يعرف الجهة المحبس عليها.

[1] – صدر تطبيقا لنص المادة 38 من قانون الأوقاف 91 – 10 المنشور الوزاري المشترك رقم 011 المؤرخ في: فاتح رجب عام 1412 الموافق ل06 يناير 1992.

ب- أن لا يستحيل استرجاع العين الموقوفة وقت طلب مباشرة إجراءات الاسترجاع: إذا تحولت العين الموقوفة عن طبيعتها الأصلية، كأن تصبح عمرانية، أو إذا ما تعرضت للاندثار ، فيعتبر ذلك من قبيل التفويت الذي نصت عليه المادة 38 من قانون الأوقاف 91 – 10 مما يستحيل معه الاسترجاع، فيلجأ في هذه الحالة إلى التعويض العيني أو النقدي طبقا لنص المادة 76 من قانون التوجيه العقاري 90 – 25 المعدل والمتمم بالقانون 95 – 26.

2- إجراءات استرجاع الأراضي الفلاحية الوقفية المؤممة

حددت المادتين 81 و 82 من قانون التوجيه العقاري 90 – 25 المعدل والمتمم بالأمر 95 – 26 الإجراءات التي على أساسها يتم استرجاع الأراضي الوقفية المؤممة متى توافرت شروط الاسترجاع على النحو الآتي:

- تقديم طلب استرجاع الملك الوقفي المؤمم مرفقا بمجموعة من الوثائق المحددة بموجب المرسوم التنظيمي رقم 96 – 119[1] إلى الوالي المختص إقليميا وذلك دون اشتراط مراعاة الآجال المنصوص عليها في نص المادة 81 من قانون التوجيه العقاري ، وذلك تطبيقا لنص المادة 40 من قانون الأوقاف 91 – 10 حيث تبقى مواعيد تقديم الطلبات مفتوحة وهذا حماية للأملاك الوقفية وتكريسا لطابعها الأبدي[2].

- تتم دراسة الملفات من طرف لجنة ولائية متساوية الأعضاء مكلفة بعملية التسوية القانونية للأملاك الوقفية، وتضم ممثلين للإدارة وعددا متساويا من المنتخبين المحليين وممثلي جمعيات الملاك والمستثمرين الفلاحيين وتجمعاتهم المعتمدة قانونيا.

- تبت اللجنة في طلبات الاسترجاع إما بالقبول أو بالرفض مع التعليل، وتكون قراراتها قابلة للطعن بالطرق القانونية للطعن، وبشكل خاص الطعن القضائي.

---

[1] – مؤرخ في : 18 ذي القعدة عام 1416 موافق 06 أبريل سنة 1996، (الجريدة الرسمية رقم 22 مؤرخة في 10 أبريل 1996، ص 07.)، يحدد كيفيات تطبيق المادة 11 من الأمر رقم 95 – 26 المعدل والمتمم للقانون 90 – 25 المتضمن التوجيه العقاري.

[2] – نصت المادة: "عند تطبيق أحكام المادة 81 من القانون رقم 90 – 25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، تحل الجهة الموقوف عليها أو السلطة الوصية المكلفة بالأوقاف محل المالك الأصلي، ولا تؤخذ بعين الاعتبار الآجال المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر.". غير أن الإشكال الذي لم يعالجه القانون هو أن عمل اللجنة الولائية مرتبط بالمدة المحددة في قانون التوجيه العقاري، فما مصير طلبات استرجاع الأملاك الوقفية التي بقي أجلها مفتوحا، ولمن يتم تقديمها بعد انتهاء عمل اللجنة. إضافة إلى أنه يرد احتمال دمج بعض الأراضي الوقفية نهائيا ضمن ملكية الدولة الخاصة في إطار عمل اللجنة.

– يتم إعداد مشروع قرار الاسترجاع من طرف اللجنة، ثم يتم إمضاؤه من طرف الوالي.

– تتم عملية الاسترجاع كليا أو جزئيا، بحيث إذا كانت الأراضي المسترجعة ذات سند أو معدومة السند ولم يشملها المسح فإن قرار الاسترجاع الولائي يكفي المستفيد، وفي هذه الحالة يكون سندا لاعتبار العقار المسترجع من الأ ملاك الوقفية العامة، أما الأراضي التي شملها المسح لحساب الدولة، ففي هذه الحالة يصبح تحرير العقد الإداري المتضمن الاسترجاع أمر ضروري، قصد شهره في السجل العقاري.

أما في حالة الاسترجاع الجزئي فلابد من تحرير عقدين إداريين من طرف مصالح أملاك الدولة، أحدهما يتضمن استرجاع الجزء المسترجع من الأرض لفائدة المستفيد ، والثاني يتضمن دمج الجزء المتبقي ضمن الملكية الخاصة للدولة.

3– الآثار القانونية لاسترجاع الأراضي الفلاحية الوقفية المؤممة

إن الأثر الهام لعملية الاسترجا ع يتمثل في زوال حق ملكية الدولة للأراضي ال فلاحية الوقفية، وانتقال حق الانتفاع إلى الموقوف عليهم إن كانوا موجودين ، أو إلى السلطة المكلفة بالأوقاف باعتبارها الجهة الوصية على الأملاك الوقفية والمكلفة أصلا بإدارتها وتسييرها[1].

وبالرجوع إلى المنشور الوزاري المشترك رقم 011 المتضمن كيفيات تطبيق المادة 38 من قانون الأوقاف 91 – 10 والذي جاء ليحدد كيفية الاسترجاع ونمط تسوية أوضاع المستفيدين المستغلين للأراضي المسترجعة، على النحو الآتي:

– بالنسبة للأحكام الخاصة بالأراضي الموقوفة وقفا عاما: تعود هذه الأراضي إلى المؤسسات التي كانت تشرف عليها قبل تطبيق قانون الثورة الزراعية، وترك المنشور للمستفيدين من الأراضي المسترجعة الخيار بين البقاء في الأرض التي يستغلونها بصفتهم مستأجرين وتطبق عليهم أحكام المادة 42 من قانون الأوقاف 91 – 10 وفي حالة رفض المستفيدين لهذا الخيار

[1] – أكد المنشور رقم 56 المتعلق بتوسيع دائرة الاهتمام بالأملاك الوقفية المنقولة منها والعقارية المؤرخ في 05 أوت 1996 على أيلولة الأملاك الوقفية التي أممت في إطار أحكام قا نون الثورة الزراعية عند استرجاعها إلى الجهات التي أوقفت عليها أساسا، حيث يثبت ذلك بالطرق الشرعية والقانونية ، وفي حالة انعدام الموقوف عليه الشرعي تؤول وجوبا إلى السلطة المكلفة بالأوقاف. ولما كان الاسترجاع موضوع تساؤل في التطبيق ومن أجل التسريع في عمليات الا سترجاع وتسوية وضعية الأملاك الوقفية فقد تم التأكيد على ضرورة الاتصال بالسلطات التي كانت تقوم بتسيير وإدارة تلك الأملاك، للتعاون معها من أجل استرجاع الأملاك الوقفية وتسوية وضعيتها بالطرق القانونية.

يكون لهم حق الحصول على تعويض عيني ب أراضي من أملاك الدولة في نفس البلدية ، أو بلدية أخرى مناسبة، وفي حالة تعذر ذلك يعوضون نقديا.

– بالنسبة للأحكام الخاصة بالأراضي الموقوفة وقفا خاصا: تعود هذه الأراضي إلى الموقوف عليهم، وتبقى تحت تصرفهم، ويعوض المستفيدون بأراضي أخرى في نفس البلدية أو بلدية أخرى أو يعوضون نقديا ، وفي حالة تعذر تحويل المستفيدين إلى أراضي أخرى فإن هؤلاء يمكنهم الاتفاق مع الموقوف عليهم على الاستمرار في استغلال الملك الوقفي بالصيغة التي يتفق عليها الط رفان بما لا يتنافى مع أحكام الوقف ، وذلك إلى حين تحويلهم أو تعويضهم ماديا، وقد أشار المرسوم أنه في الحالة التي قد يكون فيها الموقوف عليهم في الوقف الخاص قد تنازلوا عن حقهم في المنفعة فإنه تؤول العين الموقوفة المسترجعة إلى الأوقاف العامة ، ويطبق بالنسبة للمستفيدين الأحكام الخاصة بالأراضي الموقوفة وقفا عاما.

– بالنسبة للحالات المشتركة بين أراضي الوقف العام وأراضي الوقف الخاص:

* إذا فقدت الأرض طبيعتها الفلاحية بسبب إدماجها في المحيط العمراني، أو إذا تم نزعها للمنفعة العامة، في هذه الحالات يجب تعويضها طبقا لأحكام المادتين 24 و 25 من قانون الأوقاف 91 – 10.

* يتحول المستفيدون الشاغلون لمساكن أو محلات مشيدة على الأراضي الوقفية إلى مستأجرين.

* المنشآت الأساسية والأغراس والتجهيزات الثابتة المحدثة في الأراضي موضوع الاسترجاع، والتي أنجزت بعد مرحلة التأميم، تعتبر جزء من العين الموقوفة، طبقا للمادة 25 من قانون الأوقاف 91 – 10، وتسوى حالات النزاع التي قد تحدث بين المستفيدين والموقوف عليهم عن طريق التراضي أو التقاضي.

* يستمر استغلال المستفيدين من الأراضي موضوع الاسترجاع إلى حين إصدار السلطات المختصة قرار الاسترجاع.

ثانيا: استرجاع الأملاك الوقفية التي آلت إلى الدولة بسبب التصريح بالشغور بعد رحيل المحتل

لم ترد نصوص قانونية صريحة تنظم عملية استرجاع مثل هذه الأملاك ، مع ذلك فهي تدخل ضمن ما نصت عليه المادة 08 من قانون الأوقاف 91 – 10 التي اعتبرت في فقرتها السادسة أنه من بين الأوقاف ال عامة المصونة كل الأوقاف الثابتة بعقود شرعية وضمت إلى

أملاك الدولة أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، كما أن المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها نص في المادة 05 منه: "دون الإخلال بأحكام المادة 22 من القانون 91 – 10 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه، تسوى وضعية الأملاك والعقارات الوقفية التي ضمت إلى أملاك الدولة أو منح إياها أشخاص طبيعيون أو معنويون، تسوى وتقيد رسميا لدى مصالح الشهر العقاري بالمحافظة العقارية طبقا لأحكام المادتين 08 و 41 من القانون رقم 91 – 10 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه." والحقيقة أنه كان لابد من أجل تطبيق نص المادة من صدور نصوص قانونية تنظم عملية الاسترجاع وفقا لما يراعى فيه مصلحة الوقف ومصلحة الشاغلين ذوي النوايا الحسنة تماما كما هو الحال في حالة الأراضي المؤممة[1].

ثالثا: استرجاع الأملاك الوقفية المستولى عليها في فترة الفراغ القانوني

على الرغم من صدور مجموعة هامة من النصوص القانونية لتسوية وضعية بعض الشاغلين والحائزين بطريقة غير قانونية للأملاك التابعة للدولة والجماعات المحلية ، إلا أنها لم تولي أي اهتمام بالأملاك الوقفية التي تعرضت لوضع اليد والاعتداء عليها من قبل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين، ولذلك لابد من صدور نصوص قانونية واضحة تمنع مثل هذه الاعتداءات و تنظم عملية استرجاع مثل هذه الأملاك بشيء من العدالة بين مصلحة الملك الوقفي ومصلحة المستفيدين حسني النوايا [2]، و من ذلك التأكيد على حق المتابعة القضائية الرامية إلى تحرير الملك الوقفي و التعويض لفائدة الجهة الموقوف عليها.

---

[1] – نص المنشور رقم 56 المتعلق بتوسيع دائرة الاهتمام بالأملاك الوقفية العقارية على ضرورة إيقاف جميع العمليات التي تقوم بها البلديات في إطار بيع الأراضي قبل التعرف على طبيعتها القانونية من حيث كونها أراضي وقفية، وفي إطار التسوية التي يمكن المبادرة بها في حالة ثبوت طابع الملك الوقفي لأراضي سبق بيعها على أنها ملك عام ، فإنه يجب احترام المادة 23 من قانون الأوقاف، بحيث يجب استرجاع الملك الوقفي ذاته مهما كانت الحالات والمبررات ، مع ذلك يمكن اللجوء إلى التعويض وفقا لأحكام المادة 24 من قانون الأوقاف حيث تتم الاستفادة من مبالغ التعويض عن الأراضي المحبسة في شراء أراضي تقوم مقام المفوتة ، وهو ما أكده القرار رقم 016765 مؤرخ في: 12 – 07 – 2005، مجلة مجلس الدولة، 2005، عدد 07، ص 145.

[2] – اعتبر المنشور رقم 56 المتعلق بتوسيع دائرة الاهتمام بالأملاك الوقفية العقارية، أن الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ولذلك لابد من تحرير جميع الأملاك الوقفية من كل يد وضعت عليها بغير وجه حق، مع ضرورة المسائلة الجزائية للمعتدين، ونص على ضرورة منع جميع الاعتداءات والتجاوزات الواقعة على الأملاك الوقفية من الأشخاص الطبيعيين.

الفرع الثاني: التعويض

إذا كان الأصل في حماية الملك الوقفي و تحقيق استدامته على وجه التأبيد أن يتم استرجاعه في الحالات التي قد يتعرض فيها للضياع، إلا أنه قد تتعرض الأملاك الوقفية إلى ضياع تام أو تستحيل عملية استرجاعها، لذلك لم يغفل المشرع الجزائري هذه الحالة، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 38 من قانون الأوقاف 91 – 10 أن ما استحال استرجاعه من الأعيان الموقوفة، وجب تعويضها وفقا للإجراءات المعمول بها وبمراعاة أحكام الشريعة الإسلامية، و تماشيا مع ذلك نصت المادة 24 من نفس القانون على أنه يجوز أن تعوض العين الموقوفة أو يستبدل بها ملك آخر في حالات محددة، من بينها حالة تعرض الملك الوقفي للضياع أو الاندثار ، والتي تعتبر تفويتا للملك الوقفي مما يستوجب تعويضه نقديا وشراء بدل للعين المفوتة، وذلك بعد أن تثبت الحالة بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة ، و في هذه الحالة تقوم العين المشتراة بأموال البدل أو التعويض مقام العين التي ضاعت، وتكون وقفا بقوة القانون دون حاجة لصيغة وقف جديدة[1].

ومع ذلك ومن باب الاحتياط لمصلحة استمرار وجود الملك الوقفي كان لابد من النص صراحة على ضرورة شراء عين موقوفة محل المفوتة بمجرد الحصول على أموال البدل [2]، وذلك احترازا من التصرف في هذه الأموال، من ذلك تحولها عن مقصدها، أو تجميعها وحفظها لوقت طويل مما قد يؤدي إلى فقدان قيمتها النقدية ، حيث لابد من الرقابة الصارمة على التزام المستحقين في حالة الملك الوقفي الخاص أو الهيئة المكلفة بالأوقاف بوجه عام بهذا الواجب.

---

[1] – يقول الأستاذ السنهوري: بأن أموال التعويض تحل بحكم القانون حلولا عينيا محل العين الموقوفة، وما يشترى بأموال البدل من عقار أو منقول يحل هو أيضا بحكم القانون محل أموال البدل، ويصبح موقوفا بمجرد الشراء، وعلة ذلك أن العين الموقوفة ابتداء قد خضعت لمركز قانوني خاص ، فهي مخصصة لغرض معين يقضي بعدم جواز التصرف فيها وصرف غلتها لجهة معينة، ولذلك فالعين التي تشترى بدلا منها تحل حلولا عينيا بحكم القانون وتصبح وقفا على نفس الجهة، ولا حاجة لصيغة وقف جديدة. الوسيط ، ج 8، مرجع سابق، ص 266 – 267.

[2] – جاء في قرار صادر عن مجلس الدولة: " المبالغ المحكوم بها كتعويض عن الأرض المحبسة المدرجة في الاحتياطات العقارية توضع تحت تصرف ناظر الوقف لشراء عقار آخر وفقا لموضوع عقد الحبس". قرار رقم 016765 مؤرخ في: 12 – 07 – 2005، مجلة مجلس الدولة، 2005، عدد 07، ص 145.

خلاصة الفصل الثاني

أخلص من خلال هذا الفصل إلى أن الوقف هو المصدر الأصلي لتكوين الملك الوقفي شرعا وقانونا، مقابل الوسائل الأخرى التي تعتبر وسائل مكملة يلجأ إليها في نطاق محدد.

لذلك أولى المشرع الجزائري جل اهتمامه بتصرف الوقف، وذلك من خلال تعريفه وبيان أركانه وشروطه و الآثار المترتبة عليه، و الوقف الصحيح في القانون الجزائري هو ذلك الذي ينشأ مؤبدا، فيلزم على وجه التأبيد ولا يجوز الرجوع فيه من الواقف أو غيره.

غير أن النصوص التشريعية المنظمة لتصرف الوقف جاءت في كثير من الأحيان ناقصة أو غير واضحة، وهو ما انعكس بشكل واضح على التطبيق القضائي لتلك النصوص، فجاءت في كثير من الأحيان معيبة و متضاربة ولم تستقر في المسألة الواحدة على رأي.

فبالنسبة لنشأة الوقف فهي مرهونة بإرادة الواقف وحدها، لذلك فإن اعتبار الوقف تصرفا بإرادة منفردة هو أقرب إلى مقاصد الوقف ، واشتراط القبول يؤدي إلى تعطيل اتجاه هذه الإرادة نحو تحقيق مقصدها التعبدي، فكان على المشرع أن يكون أكثر دقة ووضوحا بالنص من جهة على أن الوقف التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة ، و من جهة أخرى بالنص على أن القبول ليس شرطا لصحة الوقف ولا للاستحقاق فيه سواء كان على جهة عامة أو خاصة.

من جهة أخرى فإن تحديد شروط تصرف الوقف يضمن به انتفاء المفاجأة ببطلان الوقف بعد أن اطمأن الواقف إلى انعقاده، وقد يتوفى الواقف فلا يحصل أجر الصدقة الجارية، والظاهر أن المشرع اتجه إلى المرونة في هذه المسألة، وذلك من خلال اختياره من مختلف المذاهب الفقهية ما يثبت الوقف ولا يبطله، فدائما في الشروط إذا افتقد شرط يكون الحل مرنا باستبقاء الوقف و إلغاء الشرط، باستثناء ما تعلق بحقيقة الوقف كما يقرها القانون، وهو ما ينعكس على استكثار الثروة الوقفية.

وشروط الوقف قد تكون متعلقة بصحته أو بنفاذه، والإشكال أن الكثير من هذه الشروط ترك المشرع فراغات في تنظيمها، مما يعني الإحالة بشأنها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حيث لم يتفق الفقهاء فيها على رأي واحد، كما أن أغلب تلك الشروط ترتبط بحقيقة الوقف، وهنا يصبح ضروريا الأخذ بالاعتبار أن الأخذ من مذهب دون آخر يجب أن يكون على أساس اتفاق حقيقة الوقف في المذهب مع حقيقته المقررة في التشريع

الفصل الثالث: الآثار القانونية المترتبة على تكوين الملك الوقفي

بمجرد أن ينشأ الملك الوقفي صحيحا، فإنه تترتب عليه مجموعة من الآثار الهامة التي تعبر عن حقيقته و غايته المقصودة منه، كما تؤكد وجوده وتضمن له البقاء و الاستمرار، فبمجرد أن ينشأ الملك الوقفي يعترف له القانون الجزائري بالشخصية الاعتبارية بالتبعية لسقوط ملكية المال الموقوف عن ملك الواقف (المبحث الأول)، ويثبت للموقوف عليه حق الانتفاع بمنفعة الأصل الموقوف (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تمتع الملك الوقفي بالشخصية الاعتبارية

الشخصية الاعتبارية هي شخصية يمنحها القانون لمجموعة من الأشخاص أو الأموال التي تهدف إلى تحقيق غرض معين، فتصبح لها شخصيتها القانونية المستقلة، ويكون لها حقوقها والتزاماتها الخاصة بها، وليس هناك شك في أن الملك الوقفي هو مجموعة من الأموال رصدها صاحبها لتحقيق غرض معين مشروع هو بالدرجة الأولى تحقيق مرضاة الله عز وجل، ورجاء الثواب المستمر ، والذي يتحقق من خلال المنافع التي تعود على الموقوف عليهم [1]، كما يعترف له القانون الجزائري بالشخصية المعنوية وذلك بموجب نص المادة 05 من قانون الأوقاف 91 – 10 ونص المادة 49 من التقنين المدني.

غير أنه يطرح التساؤل إذا كان الملك الوقفي يعتبر في نظر القانون شخصا اعتباريا عاما فيخضع لأحكام القانون العام، أم أنه شخص اعتباري خاص فيخضع لأحكام القانون الخاص؟ والإجابة أن الملك الوقفي لا ينبغي النظر إليه إلا باعتباره شخصا اعتباريا خاصا [2]، لأنه مجموعة أموال رصدت لتحقيق غرض معين، وأن نظامه الأساسي يتحدد بشكل أساسي بإرادة الواقف التي ينشأ بها الوقف، حيث تثبت له الشخصية القانونية بمجرد تكوينه، دون حاجة لإذن خاص من الدولة، كما أن الترتيب الذي جاءت به الأشخاص الاعتبارية في التقنين المدني الجزائري تدل بلا شك على عدم اعتبار الملك الوقفي شخصا اعتباريا عاما.

---

[1] – الجريد خالد بن عبد العزيز، الشخصية الاعتبارية، مجلة العدل، عدد 29، فيفري 2006، ص 84 – 85. كذلك: محمد شتا أبو سعد داليا، الشخصية الاعتبارية للوقف، دار الفكر العربي، مصر، 2001، ص 67.

[2] – يونس محمد محمد رافع، متولي الوقف، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 55. كذلك: الشامسي، مرجع سابق، ص 14.

و لما كان القانون يعطي للشخص الاعتباري الحق في التمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان الطبيعية، فإنه تظهر بعض الخصوصية بالنسبة للملك الوقفي فيما يخص بعض الحقوق، ويتعلق الأمر بالنظام الأساسي للملك الوقفي (المطلب الأول)، واستقلالية الذمة المالية له (المطلب الثاني)، والتمثيل القانوني له (المطلب الثالث).

المطلب الأول: النظام الأساسي للملك الوقفي

من العناصر المميزة للملك الوقفي كشخص اعتباري هو وجود نظام أساسي يحكمه كغيره من الأشخاص الاعتبارية، غير أن النظام الأساسي للملك الوقفي يعتبر من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام الوقف، بما يجعله متميزا عن غيره من الصدقات والتبرعات، وبما يضمن للملك الوقفي حصانة ضد أي تجاوزات محتملة لتحويله عن طابعه الديني التعبدي، حيث يستمد النظام الأساسي لكل ملك وقفي من شروط الواقف التي يضعها لتنظيم وقفه (الفرع الأول)، وفي حالة عدم النص عليها، يلجأ إلى الأحكام الشرعية المكملة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط الواقف كمصدر أصلي للنظام الأساسي للملك الوقفي

لما كان إنشاء الملك الوقفي يتم بتصرف إرادي، فتكون للواقف صلاحية وضع الشروط التي تحكم وقفه، وإرادة الواقف في وضعه لشروط وقفه محترمة من قبل الشارع، إلا أنها تكون مقيدة بالتزام المبادئ الشرعية التي تتصل بالواجبات والمصالح العامة والنظام العام، فتكون شروط الواقف واجبة الاحترام ما دامت لا تتنافى مع المبادئ الشرعية العامة، وهو ما جعل الفقه يقرر قاعدة "شرط الواقف كنص الشارع" فإرادة الواقف هي التي تحدد بدقة الأموال الموقوفة، وتضع شروط إدارة مال الوقف، ومصارفه، وكيفية صرف منافعه، وكيفية استغلاله، وتنميته، وبشكل عام كل ما يراه محققا للغرض الذي أراده من وقفه[1].

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه القاعدة وأكد على احترامها بموجب نص المادة 14 من قانون الأوقاف 91 – 10 التي نصت: " اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة الإسلامية نهي عنها. " كما سبق الإشارة في معرض الحديث عن شروط صيغة الوقف إلى أن ا لواقف في القانون الجزائري إذا اشترط شرطا غير صحيح

---

[1] – الزرقا، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 142 – 143.

–Luccioni. Op.cit. p 76.

باعتباره مخالفا للشرع، أو مضرا بمصلحة الملك الوقفي، أو الموقوف عليهم ، فإنه لا يعتد به ويبطل، مع بقاء الوقف واستمراره صحيحا.

غير أن قاعدة "شرط الواقف كنص الشارع" التي تعتبر الدستور الفقهي الشرعي و القانوني الذي يجب إتباعه في شروط الواقفين، هي مثار خلاف حول معنى تشبيه شرط الواقف بنص الشارع، بين من يرى أن محل التشبيه في وجوب العمل به وعدم جواز مخالفته، وبين من يرى أن محل التشبيه في طريقة فهم المراد من كلام الواقف، والراجح أن شرط الواقف كنص الشارع في الفهم والدلالة وفي وجوب إتباعه والعمل به، ومعنى ذلك أن يتبع في فهمه نفس طريقة فهم مراد الشارع، فيستفاد مراد الواقف من ألفاظه المشروطة، كما يستفاد مراد الشارع من ألفاظه، فتفرض عبارة الواقف كأنها نص تشريعي، يراد فهمه لأجل تنفيذه وفقا لمراد الشارع، حيث تتحكم في فهم شروط الواقفين قواعد أصول الفقه ونظرياته العامة، التي تقود الفهم إلى السداد، و تعصم الفكر من الخطأ[1].

غير أنه إذا عجزت القواعد الأصولية عن تحديد مقصود الواقف بسبب غموض وإبهام الألفاظ التي تأتي بها شروط الواقفين، فإنه يتم الاحتكام إلى غرض الواقف، فما كان من الاحتمالات التي يحمل لفظ الواقف عليها أقرب إلى غرض الواقف ومقصده، تم ترجيحه على غيره من الاحتمالات وأخذ به [2]، ولذلك يكون على المشرع الجزائري أن ينص صراحة على القاعدة التي تحكم شروط الواقف، والتي ينبغي بنائها على أساس مرن بحيث تقضي بالالتزام بألفاظ الواقف الصريحة في عقد وقفه، فإذا كانت غامضة، تعين البحث عن قصد الواقف بالاستعانة بالعرف وظروف الحال[3].

---

[1] – الكبيسي، أحكام الوقف، ص 286 – 290. كذلك: الزرقا، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 156.

[2] – لكل واقف غرض عام من وقفه، يظهر من موضوع الوقف، كغرض الشارع من قانونه وأحكامه، فغرض الواقف في الوقف على مدرسة هو إحياء العلم ونشره،، وفي الوقف عل الذرية البر الدائم لجميع الذرية، وفي وقف المستشفيات حماية النفس من التلف والهلاك. داغي علي محي الدين القرة، (الإطار الشرعي للوقف و مقاصده العامة)، بحث منشور على موقع الكاتب: http:// www.qaradaghi.com بتاريخ 01 – 12 – 2011 على الساعة 10:26.

[3] – نص المشرع المغربي: "إذا كانت ألفاظ عقد الوقف صريحة، وجب التقيد بها. وإذا كانت غامضة، تعين البحث عن قصد الواقف، ويمكن الاستعانة في ذلك بالعرف و بظروف الحال.". كذلك: نص المشرع الأردني: "شرط الواقف كنص الشارع في الفهم والدلالة. وللمحكمة، عند الاقتضاء، تفسير شروط الواقف بما يتفق مع مدلولها.". أنظر: اصبيحي، (دراسات قانونية لعشر قضايا إشكالية)، مرجع سابق، ص 38.

ووفقا للمعنى السابق تثار مسألة إذا كان لفظ الواقف صريحا وواضحا، هل يجوز الاجتهاد فيه والخروج عنه إلى مقصد الواقف؟ فلاشك في أن توجه إرادة الواقف إلى ضمان الفعالية المستمرة لوقفه في تحقيق غرضه، هو الذي يدفعه إلى إشتراط شروط يراها محققة لقصده، وفي الظروف العادية لا تكون تلك الشروط إلا احتياطات تكفل استمرار الوقف في أداء دوره كما أراده الواقف، لكن ذلك لا يمنع من وجود بعض الواقفين يشترطون شروطا تنافي طبيعة تصرف الوقف المؤسس على نية فعل الخير والتقرب به إلى الله، أو مجافية لتوجهات الشريعة وأحكامها، ومتى كانت كذلك فإنها تعتبر لاغية ولا عبرة بها[1].

و هناك شروط أخرى يطرأ عليها من المستجدات ما يجعلها غير ذات أهمية، أو ما يجعلها معوقا مانعا من تنمية الملك الوقفي ، فمثل هذه الشروط بدورها لا يحافظ عليها مادامت غير محققة لمنفعة الملك الوقفي، فكل شرط يؤدي التمادي في مراعاته إلى تفويت قصد الانتفاع على الدوام تجوز مخالفته، غير أن مخالفة شرط الواقف في هذه الحالة تكون باللجوء إلى القضاء، الذي هو أقدر على تقرير توافر الحالة الاستثنائية التي تقتضي ضرورة مخالفة شرط الواقف على الرغم من صراحته، فلا يتخذ جواز مخالفة شرط الواقف وسيلة تحكمية في يد الجهة المسؤولة عن إدارة وتسيير الملك الوقفي، أو يصبح سببا في إهدار ومخالفة قصد الواقف في حد ذاته أو حرمان المستحقين [2]، وفي هذا الإطار نصت المادة 26 مكرر 04 من قانون الأوقاف 91 – 10 المستحدث بموجب القانون 01 – 07 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف على جواز مخالفة شرط الواقف الصحيح بإذن القاضي، رعاية لمصلحة الوقف والموقوف عليهم.

الفرع الثاني: الأحكام الشرعية كمصدر احتياطي للنظام الأساسي للملك الوقفي

إذا كان الأصل المقرر فقها وقانونا و قضاءا، أن الملك الوقفي يخضع لإرادة الواقف، الذي له أن يستمد شروطه وأحكامه من أي مذهب فقهي، فقد يسكت الواقف عن شرط من شروط الوقف، أو يغفل عن ذكرها، كعدم بيان مصرف الريع أو عدم تعيين ناظر على الملك الوقفي، أو عدم بيان المستحقين، وكذلك في حالة الأوقاف التي ضاعت وثائق وحجج وقفها،

---

[1]– حامد أحمد عبد الله صالح، (شرط الواقف و قضايا الاستبدال)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الثالثة، العدد 05، أكتوبر 2002، ص 181 – 184.

[2]– الناجي لمين، (مخالفة شرط الواقف، المشكلات و الحلول)، بحث مقدم ضمن أعمال المؤتمر الثاني للأوقاف، المنعقد بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2006، ص 15 و ص 27 – 30.

فلا يمكن معرفة شروط الواقف فيها، ففي مثل هذه الحالات لابد من الرجوع إلى أحكام تكميلية، والتي تجد مصدرها في الأحكام الشرعية الخاصة بالوقف كما هي مقررة في المذاهب الفقهية المختلفة[1]، حيث تكفل الفقهاء ببيان تلك الأحكام بالتفصيل، حتى تكاد لا تخلو مسألة من المسائل إلا وحظيت بالبحث، ولذلك ورد النص بموجب نص المادة الثانية من قانون الأوقاف 91 – 10 على ضرورة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد به نص في قانون الأوقاف، فإذا لم تعرف إرادة الواقف يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وتطبق بشأنها القواعد الفقهية المستمدة من أحكامها.

ومن الأمور المتفق عليها، أن أحكام الوقف في أغلبها اجتهادية، قياسية، للرأي فيها مجال، حيث كان للفقهاء عبر العصور المختلفة دور مهم في تطوير أحكام الوقف بناءا على الاجتهاد، فجميع تلك الأحكام الفقهية التفصيلية في الوقف، منها ما أخذ من نصوص القرآن العامة التي تأمر بالإنفاق في سبيل الخير، ومنها ما قد أستنبط من بعض نصوص السنة القولية أو العملية، ومنها–وهو الأغلب– أحكام بنيت: إما على القواعد الفقهية العامة، بطريق القياس على أشباهها في العلل، كأحكام وقف المريض، وضمان ناظر الوقف وعزله، قياسا على تبرع المريض ووصيته، وعلى ضمان الوصي وعزله، وإما على أعراف الناس وعاداتهم وتعاملهم و على المصالح المرسلة، ككون إجارة الأعيان الموقوفة، لا يجوز أن تتجاوز مدة العقد الواحد فيها سنة أو ثلاث سنوات، وكأحكام الاستبدال بالوقف، ووجوب البدء من غلة الموقوف بعمارته وترميمه حفظا لعينه، ونحو ذلك[2].

ولما كان الاجتهاد بطبيعته وبما فيه من عنصر عقلي بارز يقبل الاختلاف، ويتسم بالمرونة، ويحتمل التجديد لاستيعاب مختلف المتغيرات من غير خروج على قواطع الشريعة ولا مجافاة لنصوصها الثابتة[3]، وفي ظل تقنين أحكام الوقف، فإن المشرع يلعب بدوره دور المجتهد في استنباط أحكام الوقف بما يتناسب ومتطلبات العصر، فيمكن لبعض الأحكام التكميلية للوقف، أن تكون مقننة في شكل نصوص قانونية يستمدها المشرع من أحكام الشريعة

---

[1]– الزريقي، (مستقبل المؤسسات الوقفية)، مرجع سابق، ص 75 – 76.

[2]– بن عبد الله محمد، مرجع سابق، ص 184 – 185. كذلك: الزرقا، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 20 – 21.

[3]– أبو ليل، مرجع سابق، ص 01.

الإسلامية، ويطبعها بطابع المرونة التي تجعلها مواكبة للمستجدات والمتغيرات، مما يعطي للقضاء دورا مهما في حماية الأملاك الوقفية والمحافظة على حقوقها، إضافة إلى تمكين القائمين على شؤون الأملاك الوقفية وذوي العلاقة خاصة من مستحقين، من الاحتكام إلى نصوص واضحة وموحدة.

غير أنه يطرح التساؤل إذا كان يمكن للمشرع أن يجتهد بموجب قواعد آمرة في مسألة من مسائل الوقف، بحيث تسمو القاعدة الآمرة حتى على إرادة الواقف؟

فهناك بعض المسائل في الوقف تحتاج أن يبدي فيها القانون موقفا واضحا، بما لا يسمح بالاختلاف، وذلك بالنظر لأنها محل اختلاف فقهي، ولكل مذهب فقهي رأي فيها، فلا بد أن يجتهد المشرع فيها برأيه المؤسس على أحد تلك الآراء، وبما لا يتعارض مع ما هو مقرر من أحكام أخرى، ومن تلك المسائل تأبيد الوقف و عدم جواز إشتراط توقيته، أو الرجوع فيه، فمثل هذه المسائل، تولى المشرع الفصل فيها بأحكام آمرة واضحة، بحيث لا يجوز حتى لإرادة الواقف أن تخالفها، حيث لا يتعلق الأمر في هذه الحالة بمجرد إجازة القانون لمخالفة شرط الواقف باللجوء إلى القضاء، بل بتحديد حكم مسبق لا مجال للسلطة التقديرية للقضاء فيه.

المطلب الثاني: استقلالية الذمة المالية للملك الوقفي

إن تمتع الملك الوقفي كشخص اعتباري بالذمة المالية يعني استقلاليته فيما له من حقوق وما عليه من التزامات مالية عن ذمة الواقف، وذمة متولي الوقف، وكذلك ذمة الموقوف عليه، غير أن الطبيعة الخاصة للملك الوقفي تطرح التساؤل حول نطاق استقلالية الذمة المالية للملك الوقفي؟ وذلك بالنظر لوحدة الهدف مع الأموال العامة للدولة، فهذه الأخيرة ترصد لخدمة المصلحة العامة والنفع العام، وهو نفس الهدف الذي يحققه الملك الوقفي العام، فهل يبيح اتحاد الهدف الخلط بين أموال الملك الوقفي العام و أموال الدولة؟ ومن جهة أخرى فإن العديد من الأملاك الوقفية يتم الإشراف عليها من جهة واحدة، وهناك ما يتم تأسيسها من شخص واحد، ومنها ما تشترك في غرض إنشائها، فإذا اجتمعت كلها أو بعضها تحت إشراف مؤسسة واحدة، فهل يكون لكل واحد منها ذمة مستقلة، فيكون لكل منها حقوقه والتزاماته المستقلة عن غيره، أم تكون الذمة واحدة لكل الأملاك الوقفية، مما يعني وحدة الحقوق والالتزامات؟

والحقيقة أنه بقدر أهمية أن يستفيد المال الوقفي العام من امتيازات المال العام، إلا أن هذا قد يؤدي إلى القضاء على الحدود الفاصلة بين نوعي المال واختلاطهما ضمن ميزانية واحدة هي ميزانية الدولة، ولا شك في أن في هذا قضاء على وجود الملك الوقفي كنظام مستقل له خصوصيته، كما أن القول بأن الأملاك الوقفية المختلفة لها ذمة مالية واحدة ، فهذا يعني جواز الصرف من ريع ملك وقفي على آخر دون أن يكون ذلك بمثابة الدين الذي يلزم رده ، وهو ما قد يؤدي إلى مخالفة إرادة الواقفين، أما على القول بأن لكل ملك وقفي ذمة مالية مستقلة، فهذا يعني أنه لا يجوز صرف الريع المخصص لجهة على جهة أخرى، وإن حدث ذلك فلا يكون إلا على سبيل الاستدانة ، ولذلك أفترض أنه لابد من استقلالية الأموال الوقفية عن الأموال العامة (الفرع الأول)، واستقلالية الذمم المالية لأملاك وقفية متعددة (الفرع الثاني)، حيث تزداد قيمة هذه الاستقلالية فيما يترتب عليها من آثار لمصلحة المحافظة على وجود الملك الوقفي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: استقلالية الأموال الوقفية عن الأموال العامة

يتميز المال العام بخاصية أساسية هي خاصية المنفعة العامة التي يقوم بخدمتها، وكذلك فإن المال الوقفي العام أعد لتحقيق النفع العام، غير أن هذا الأخير يتحقق في المال العام في ذاته، بينما يتحقق في المال الوقفي العام في ريعه، واستثناء في أصله في حالة المقابر و أماكن إقامة الشعائر الدينية [1]، كما أن المنفعة العامة التي يحققها المال الوقفي العام تكون مقترنة بنية التصدق وغرضها البر والإحسان ابتغاء الحصول على الأجر والثواب من الله عز وجل، فالطابع التعبدي يعتبر محددا أساسيا لمعنى النفع العام في المال الوقفي العام، وهو ما يمنحه خصوصية إضافية.

من جهة أخرى فإن إرادة الواقف في تحقيق النفع العام تبقى محترمة ولا ينبغي مخالفتها، فالانتفاع بالمال الوقفي العام يكون في حدود إرادة الواقف، بينما في المال العام فإن الجماعة الوطنية أو كافة أفراد المجتمع يعتبرون مالكين ملكية عامة لهذه الأموال بحيث يستعملونها مباشرة، أو بواسطة مرفق عام بحرية تامة لا يقيدها إلا ما يفرضه القانون من قيود تستهدف أساسا حمايتها وضمان حق الآخرين في الاستفادة منها.

---

[1]– يحياوي أعمر، نظرية المال العام، ط 3، دار هومه، الجزائر، 2005، ص 17 – 26.

غير أنه إذا قبلنا الاشتراك بين المال الوقفي العام والمال العام في خاصية المنفعة العمومية، فإن الذي يترتب على ذلك هو اشتراكهما في ما يترتب عن هذه الخاصية من آثار كعدم جواز التصرف، والتملك بالتقادم، والحجز، وهذه الآثار من شأنها أن تؤدي إلى المحافظة على استمرارية تخصيص المال للنفع العام وعدم تحوله إلى مال خاص، أما بالنسبة للمال الوقفي العام فإن عدم جواز التصرف فيه مثلا هو جزء من حقيقته، لذلك لا تكون هناك حاجة لمقاربة المال الوقفي العام بالمال العام من أجل الاستفادة من الامتيازات التي يتمتع بها المال العام وإضفاءها على المال الوقفي العام بسبب وحدة الهدف، مادامت تلك الامتيازات هي في الأساس من مضمون الوقف و جزء من حقيقته[1].

إن التكيف القانوني للمال العام بأنه ملك للجماعة الوطنية لا يتفق مع التكيف القانوني للمال الوقفي العام، والذي لا يمكن أن يكون ملكا لأحد، فهو في حكم ملك الشخص المعنوي ومرصود لانتفاع الجهة الموقوف عليها وفقا لما تحدده إرادة الواقف.

وإذا كان اكتساب صفة العمومية للمال العام يكون بموجب قرار إداري يتخذ من السلطات الإدارية المختصة، بينما في الملك الوقفي العام فإن إرادة الواقف المنفردة هي التي تتجه إلى جعل المال الخاص مالا موقوفا، لذلك فإنه في الحالات التي تنزع فيها الدولة ملكية خاصة للأفراد وتدرجها ضمن الملكية العامة فإن ذلك يكون بموجب إجراء إجباري تفرضه السلطة العامة تحقيقا للمصلحة العامة، أما في حالة الملك الوقفي العام فإن وقف الفرد لماله في أبواب البر والخير والإحسان يكون عملا اختياريا برجاء التقرب لله عز وجل[2].

كما أن صفة العمومية للمال العام ليست أبدية، فقد تزول بزوال المنفعة العامة، ومن ذلك التنازل عن المال العام بعد إدراجه ضمن الأملاك الوطنية الخاصة بأحد الوسائل القانونية المنصوص عليها قانونا، بخلاف المال الوقفي الذي يبقى موجها دائما وبشكل مستمر في وجوه البر والخير.

إن هذه الفوارق الجوهرية بين المال العام والمال الوقفي العام تقتضي الفصل بين نوعي المال وعدم السماح بالخلط بينهما أو الجمع بينهما، لأن في السماح بذلك القضاء على الملك

---

[1] – اصبيحي، الحماية المدنية للأوقاف، مرجع سابق، ص 81.

[2] – يحياوي، مرجع سابق، ص 32.

الوقفي العام من خلال إهدار وظيفته التي أسس لأجلها وتحويله عن طابعه التعبدي الذي شرع له أساسا، أما التمييز بينهما واستقلالية كل منهما يعتبر ضمانا أساسيا للحفاظ على الملك الوقفي ككيان له وجوده المستقل الذي يمكنه من أداء وظيفته التي خصص لها [1]، حيث يرى بعض الباحثين في هذا الإطار أن الجمع بين المال الوقفي والمال العام في ميزانية الدولة من شأنه أن يؤدي إلى إضعاف الأ ملاك الوقفية العامة والقضاء عليها، إضافة إلى الحيلولة دون أداءها لرسالتها ذات الطبيعة الاجتماعية بالدرجة الأولى، بسبب احتمال تحول هذه الوظيفة تأثرا بالتوجهات السياسية للدولة والتي تخضع باستمرار للتغير ، أما الفصل بين الأموال الوقفية والأموال العامة من شأنه أن يساعد على ممارسة الرقابة المالية بشكل أكثر فاعلية بما يحافظ على هذه الأموال من الإهدار أو التبديد[2].

الفرع الثاني: استقلالية الذمم المالية لأملاك وقفية متعددة

إن النص على إنشاء صندوق مركزي للأملاك الوقفية بموجب نص المادة 35 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها باعتباره حسابا خاص بالأموال الوقفية تحول إليه كل الأموال التابعة للأ ملاك الوقفية في مختلف الولايات، قد يوحي بوحدة الذمة المالية للأملاك الوقفية على اختلاف جهاتها، غير أن الأصل الذي أكد عليه المشرع الجزائري في نفس المرسوم هو ضرورة احترام شروط الواقفين في صرف ريع الأملاك الوقفية في الجهات المخصص لها [3]، وهو ما يفهم منه استقلالية الذمة المالية للأملاك الوقفية المختلفة.

و موقف المشرع الجزائري وإن لم يكن صريحا تماما، إلا أنه يتفق مع الراجح من آراء الفقهاء، فالأصل المتفق عليه فقها هو الحفاظ على خصوصية كل ملك وقفي من حيث استقلالية الذمة المالية، حيث يجب احتراما لإرادة الواقف صرف ريع كل ملك وقفي إلى الجهة

---

[1] – تعتبر التجربة الجزائرية نموذجا لما نتج من آثار سلبية نتيجة دمج الأموال الوقفية ضمن ميزانية الدولة، فقد قام المحتل الفرنسي بالاستيلاء على الأموال الوقفية وإدخالها ضمن ميزانية الدولة، ولاشك أن ذلك الدمج مكن من القضاء على الاستقلالية المالية للأملاك الوقفية وجعلها ذمة واحدة مع الأموال العامة فيصعب تمييزها ، وهو ما صعب مهام الدولة الجزائرية المستقلة في استرجاع الأملاك وإعادة تخصيصها.

[2] – اصبيحي، الحماية المدنية للأوقاف، مرجع سابق، ص 84 – 85.

[3] – المواد: 33 و 38 .

التي وقف عليها الواقف، فكل ملك وقفي يجب أن يعامل معاملة مستقلة، طبقا لشروط واقفه المعتبرة شرعا[1].

غير أنه إذا كان الأصل في القانون الجزائري أن تحترم إرادة الواقف في الصرف على جهات الوقف في حال وجودها، فإنه استثناءا يتم تحديد مصارف مشتركة تنتفي معها استقلالية الذمم المالية لمجموعة من الأملاك الوقفية[2]، ويتعلق الأمر بشكل خاص بالحالات الآتية:

– الأملاك الوقفية التي لم يحدد الواقف شروطها، أو لم تعرف شروطها المتعلقة بتعيين مصرفها، أو تلك التي استنفذت مصرفها، فيمكن تخصيص أو تحويل مصرفها إلى وجه من أوجه الخير العام المحددة وفقا لنص المادة 06 من قانون الأوقاف 91 – 10 و كذلك نصي المادتين 32 و 33 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها، حيث أن النفقات المحددة في نصي المادتين تعتبر نفقات مشتركة بين أملاك وقفية مختلفة، ولا يتصور إمكانية اقتطاعها وصرفها إلا إذا تم النظر إلى مجموع الأملاك الوقفية على أنها ملك وقفي واحد من حيث وحدة الذمة المالية.

– حالة الضرورة والمصلحة الراجحة قد تقتضي اقتطاع مصاريف استعجالية لتصرف في مجالات استعجالية محددة قانونا، وهو ما أكده القرار المتعلق بتحديد كيفيات ضبط الإيرادات والنفقات الخاصة بالأملاك الوقفية[3]، و الذي نص بموجب المادة 06 منه على ضرورة اقتطاع نسبة 25 بالمائة من ريع الأملاك الوقفية العامة في الولاية تخصص للنفقات الاستعجالية المحددة بموجب المادة 05 من نفس القرار، وهو ما لا يتصور تحقيقه إلا إذا اعتبرت مجموع الأملاك الوقفية ذمة واحدة.

---

[1] – الميمان ناصر بن عبد الله، (ديون الوقف)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الثالثة، العدد 06، يونيو 2004، ص 54. كذلك: حمزة حمزة، (الشخصية الاعتبارية)، مجلة جامعة دمشق، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، 2001، ص 520.

[2] – يتماشى موقف المشرع الجزائري مع ما نص عليه الفقهاء في أخذهم بالاعتبار بعض الحالات المستثناة من الأصل المتمثل في تعدد الذمم المالية لأملاك وقفية متعددة. داغي علي محي الدين القرة، (ديون الوقف)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الذي تنظمه الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية بجدة، الكويت في الفترة ما بين 11 و 13 أكتوبر 2003، ص 61 من كتاب المنتدى. كذلك: الميمان، مرجع سابق، ص 54 – 55.

[3] – قرار صادر عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف، مؤرخ في: 05 محرم عام 1421 الموافق 10 أبريل سنة 2000، (الجريدة الرسمية رقم 29، مؤرخة في 07 مايو 2000، ص 29.).

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على استقلالية الذمم المالية لأملاك وقفية متعددة

يفترض تمتع كل ملك وقفي بعد نشوئه بذمة مالية مستقلة، ترتب أثرين هامين يعتبران نتيجة طبيعة لاستقلالية الذمة المالية، وهما الاستدانة على الملك الوقفي أولا)، و الاستدانة منه (ثانيا).

أولا: الاستدانة على الملك الوقفي

إن الأصل المتفق عليه فقها أ نه لا يجوز الاستدانة على الملك الوقفي وذلك مخافة الحجز على أصله أو غلته مما يؤدي إلى ضياع ه أو حرمان المستحقين من حقهم في الريع، إلا أن الفقهاء استثنوا حالة الضرورة الملحة ، والتي تجيز الاستدانة لمصلحة الملك الوقفي على أن يدفع من غلته عند حصولها ، ومثال ذلك أن يكون الملك الوقفي بحاجة ماسة إلى التعمير والإصلاح مخافة فوات الانتفاع بالم ال الم وقوف أو خرابه عند عدم التعمير ، وعدم وجود ما يسد ذلك من ريعه، غير أنهم جعلوا هذه الاستدانة مقيدة بشرطين: أولهما أن لا يكون للملك الوقفي غلة حاصلة بيد متوليه، أو عدم إمكان إيجار المال الموقوف والصرف من أجرته ، أما ثانيهما فيتمثل في أن يأذن الواقف بذلك، فإذا لم يشترط الواقف ذلك، فلابد من الحصول على إذن القاضي[1].

فلا شك أن تقدير الضرورة الملجئة إلى الاستدانة مسألة موضوعية يرجع تقديرها إلى القاضي الذي يستعين عادة بأهل الخبرة في ذلك ، كما أن إعطاء الحرية لمتولي الملك الوقفي في الاستدانة عل يه قد يؤدي بسوء تصرفه وتقديره إلى الضرر بمصالح الملك الوقفي و المستحقين[2].

وبالنسبة للقانون الجزائري فإنه لا يوجد نص صريح بجواز الاستدانة على الملك الوقفي أو عدم جوازها ، غير أنه باستقراء النصوص القانونية المتعلقة بالأ ملاك الوقفية يتبين رجحان

---

[1] – ابن الهمام، شرح فتح القدير ، ج 6، مرجع سابق، ص 223. كذلك: القليوبي، حاشيتا القليوبي وعميرة، ج 3، مرجع سابق، ص 109. كذلك: الرملي، نهاية المحتاج، ج 5، مرجع سابق، ص 400.

– لم يشترط الفقهاء المالكية والحنابلة استئذان القاضي في الاستدانة. المرداوي، الإنصاف، ج 7، مرجع سابق، ص 72. كذلك: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4، مرجع سابق، ص 89.

[2] – الكبيسي محمد عبيد عبد الله، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء ا لثاني، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977، ص 206 – 207.

جواز الاستدانة على الملك الوقفي، حيث تدخل هذه الأخيرة ضمن أعمال الإدارة التي يباشرها الناظر المباشر للملك الوقفي تحت رقابة وكيل الأوقاف تطبيقا لنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها والذي نص على أن يتولى ناظر الملك الوقفي كل عمل يفيد الملك الوقفي، أو الموقوف عليهم والسهر على المحافظة على الملك الوقفي بصيانته وترميمه و إعادة بنائه عند الاقتضاء، فعملية المحافظة على بقا ء الملك الوقفي واجب والتزام أساسي على عاتق الناظر بصفته متوليا لشؤون الملك الوقفي، فإذا ما احتاج إلى الاستدانة لأجل الوفاء بالتزامه جاز له ذلك، خاصة وأنه يباشر عمله تحت رقابة وكيل الأوقاف.

من جهة أخرى فإنه بالنظر لما جاء في المادة 21 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها من النص على حالات إنهاء مهام الناظر المباشر للملك الوقفي بالإعفاء أو الإسقاط، فإنه اعتبر من بين حالات الإعفاء أن يقوم الناظر برهن الملك الوقفي كله أو جزء منه دون إذن كتابي من السلطة المكلفة بالأوقاف، أو الموقوف عليهم، والرهن لا يتصور إلا لدين، مما يدل من باب أولى على جواز الاستدانة على الملك الوقفي بموجب إذن كتابي من السلطة المكلفة بالأوقاف [1]، أما في حالات الاستعجال فيعفى الناظر من الحصول على الإذن، مع التزامه بتقديم تقرير عن العملية التي أنجزها إلى السلطة الوصية مصحوبا بالأوراق الثبوتية قياسا على نص المادة 33 ف 02 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها.

كذلك يستنتج جواز الاستدانة على الملك الوقفي من خلال نصوص قانون 01 – 07 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف 91 – 10 الذي أورد بعض الحالات التي يجوز فيها الاستدانة لصالح الملك الوقفي العام بغرض تعميره وزيادة نموه[2].

---

[1] – من الضروري الحصول على إذن كتابي من السلطة المكلفة بالأوقاف في حالة الحاجة إلى الاستدانة، لإثبات وجود ضرورة حقيقية للاستدانة، قياسا على الأصل أن رهن الموقوف لدين لا يجوز ، إلا أنه إذا دعت ضرورة أو مصلحة معتبرة يجوز الرهن بإذن من السلطة المكلفة بالأوقاف، التي هي قادرة على بذل الجهود لحماية الأصل الوقفي المرهون ، من خلال تقدير مخاطر الاستدانة وحماية الأصل الوقفي من البيع وذلك من خلال رد الديون قبل عرضه للبيع.

[2] – المواد: 26 مكرر، 26 مكرر 05، 26 مكرر 06، 26 مكرر 07 و 26 مكرر 10.

لذلك فبالنسبة للقانون الجزائري ليس المشكل في إجازة الاستدانة على الملك الوقفي، بل في تحديد ضوابط هذه الاستدانة، والتي لا ينبغي ترك الرجوع في تحديدها لأحكام الشريعة الإسلامية المحال إليها بموجب قانون الأوقاف فيما لم يرد فيه نص، بل يجب أن يرد النص صريحا بخصوصها باعتبارها مسألة اجتهادية لابد أن يكون للقانون فيها رأي اجتهادي واضح.

والحاصل مما سبق أن الاستدانة لمصلحة الملك الوقفي جائزة بل تصبح واجبة عندما يكون الملك الوقفي مهددا بالضياع، أو الإضرار به في حالة عدم اللجوء إلى الاستدانة عليه مع الحاجة إليها، ويمكن إجمال أهم ضوابط جواز الاستدانة على الملك الوقفي في الآتي:

– أن تكون مضبوطة بموافقة السلطة المكلفة بالأوقاف، أو وجود شرط الواقف الذي يجيز الاستدانة في وثيقة الوقف، أو باللجوء إلى القضاء، وفي حالات الاستعجال وفي غياب شرط الواقف، فإنه تجوز الاستدانة دون الحصول على الإذن مراعاة لمصلحة الملك الوقفي، ولا ينبغي أن يمنع ذلك من محاسبة متولي الملك الوقفي في حالة ثبوت عدم تحقق أي مصلحة في الاستدانة.

– يجب أن يراعى تسديد الدين من غلة الملك الوقفي بخصمه قبل توزيع الغلة على المستحقين، ولهذا يصبح مهما الحديث عن تكوين مخصصات من ريع الملك الوقفي للديون المعدومة، بحيث يقتطع من ريع الملك الوقفي نسبة معينة تخضع لتقدير أهل الخبرة، و تبقى خاضعة دائما للمراجعة على ضوء المستجدات، يتم الإنفاق منها لتسديد ديون الملك الوقفي.

– أن يسعى متولي الملك الوقفي لإجراء مصالحة على الديون مع الدائن، للاستفادة من إبراء كلي أو جزئي لمصلحة الملك الوقفي.

ثانيا: الاستدانة من الملك الوقفي

من حيث المبدأ العام فإنه لا تجوز الاستدانة من الملك الوقفي، لعدم وجود م صلحة معتبرة في ذلك، غير أنه يستثنى من ذلك بعض الحالات ذكرها الفقهاء وهي:

– أن تكون الاستدانة من ضمن أغراض الوقف ، بأن يجعل الواقف وقفه مخصصا لإقراض المحتاجين، و الحقيقة أن هذه الحالة لا تعتبر استثناءا حقيقيا، لأنها ما هي إلا تطبيق وإتباع لشرط الواقف[1].

[1] – داغي، (ديون الوقف)، مرجع سابق، ص 56 من كتاب المنتدى.

– أن يكون الإقراض مخافة تعرض سيولة الوقف للسرقة أو النهب إذا أودعت في شكل أمانة أو وديعة، فالقرض أكثر ضمانا[1].

– إقراض الدولة في حالات الطوارئ، فيجوز للحاكم أن يقرض من المال الموقوف على المسجد للصرف في حالة الحرب، إذا لم يكن للمسجد حاجة لذلك المال، ويكون ذلك دينا[2].

– الاستدانة من فائض ريع ملك وقفي لعمارة ملك وقفي آخر يتحد معه في الجنس بسبب حاجته الماسة للعمارة[3].

والحقيقة أن الاستدانة من الملك الوقفي إذا لم تكن مضبوطة، فإنها من شأنها أن تؤدي إلى ضياع وتفويت الملك الوقفي ولو تدريجيا، لذلك لابد من النص قانونا على مجموعة من الضوابط لإجازة الاستدانة، حماية لوجود الملك الوقفي و استمراريته، أهمها:

– توضيح حالات الضرورة التي يجوز فيها الاستدانة من الملك الوقفي، وينبغي أن تخضع هذه الحالات للتقدير سواء من القضاء أو إدارة الوقف.

– أن يتم توثيق الدين وأخذ الضمانات الكافية لاسترداد الدين.

– النظر إلى دين الملك الوقفي على أنه دين ممتاز، بحيث يتم النص صراحة في القانون المدني وفي قانون الأوقاف على منح دين الملك الوقفي حق الامتياز أي أولوية و أفضلية الاستيفاء، وهو ما من شأنه أن يشكل ضمانة حقيقية للحفاظ على حق الملك الوقفي.

– النص على عدم جواز إجراء المصالحة على ديون الملك الوقفي، لما في ذلك من تفريط في حقوقه.

– النص على عدم سقوط دين الملك الوقفي بالتقادم، وذلك تماشيا مع خاصية تأبيد الملك الوقفي.

– إجازة إجراء المقاصة بين الأملاك الوقفية الدائنة والمدينة فيما بينها بغرض إنهاء الديون المترتبة على الاستدانة.

---

[1] – داغي، (ديون الوقف)، مرجع سابق، ص 56 من كتاب المنتدى.

[2] – الضرير الصديق محمد، (ديون الوقف)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الأ ول، الذي تنظمه الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية بجدة، الكويت في الفترة ما بين 11 و 13 أكتوبر 2003، ص 28 – 29 من كتاب المنتدى. كذلك: بن عزوز، فقه استثمار الوقف، مرجع سابق، ص 66.

[3] – الميمان، مرجع سابق، ص 54 – 55.

المطلب الثالث: ممثل قانوني يتولى شؤون الملك الوقفي ويعبر عن إرادته

إن وجود الملك الوقفي غير مرتبط بحياة الواقف، بل يقوم أساسا على فكرة الاستمرارية بعد ممات الواقف بوصفه صدقة جارية، ولذلك فإن أهم ما يضعه الواقف في الحسبان عند إنشاء الوقف هو توفير الآلية اللازمة لتحقيق استدامته، ولهذا يحرص الواقفون على النص في وثيقة الوقف أو أن يشهدوا على من يتولى شؤونه ويحافظ عليه، ويحقق الغرض المقصود منه، فإن أغفل الواقف ذلك وحتى لا يخرج الوقف عن مقصده وفكرته التي يقوم عليها ، يكون من الضروري تدارك الأمر بالتولية عليه متوليا، أو ناظرا، أو قيما عليه وكلها بمعنى واحد[1].

ولقد كان لنظرة الفقه قديما للملك الوقفي أنه مرتبط بإرادة الواقف أساسا ، وبأنه متعلق بمصالح اجتماعية محدودة، أثره في حصر إدارة الملك الوقفي وتولي شؤونه في حدود الإدارة الفردية ممثلة في ناظر الملك الوقفي، ولفترة طويلة عبر التاريخ الإسلامي كانت إدارة الملك الوقفي منوطة بالواقف نفسه أو من يعينه أو يشترطه [2]، بينما مارست الدولة ولايتها العامة على الأملاك الوقفية بواسطة القضاة الذين يباشرونها بأنفسهم أو بواسطة تفويض الولاية لغيرهم بالنسبة للأملاك الوقفية العامة، أما الأملاك الوقفية الخاصة فتدخل الدولة فيها كان منوطا بتظلم أهلها عند التنازع فيها، وبالنتيجة فإن ولاية الدولة كان الأصل فيها أنها غير مباشرة بهدف الإشراف والمراقبة والمحاسبة الموكلة إلى القضاء، ولم تكن مباشرة إلا في حالة ترك الملك الوقفي دون ولي[3].

غير أنه بالنظر لسلبيات وعيوب الإدارة الخاصة للأ ملاك الوقفية العامة والتي مرجعها إلى فساد ذمم النظار وكثرة الشكاوى في حقهم ، وانطلاقا من النزعة المركزية للدولة الحديثة

---

[1] – يسمى متولي الوقف في بعض الدول الإسلامية كالعراق والأردن، والشائع في دول المغرب ومصر هو ناظر الوقف، غير أن مصطلح المتولي أدق من الناظر، لأن هذا الأخير مقيد بشرط النظر على الوقف بحفظه وإدارته، أما المتولي فمقيد بشرط النظر والغبطة بتحسين حال الوقف وتنميته واستغلاله بما يحقق النفع له وللموقوف عليه. و متولي الوقف في الاصطلاح القانوني هو: من يتولى رعاية شؤون الوقف ومباشرة التصرفات القانونية نيابة عنه طبقا لشروط الواقف والأحكام القانونية والشرعية. يونس محمد، مرجع سابق، ص 47 – 48.

[2]– Luccioni. Op.cit. p 77 – 78.

[3] – النجار عبد الله مبروك، (ولاية الدولة على الوقف)، بحث مقدم للمؤتمر الثاني للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، المنعقد بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2006، ص 19.

اعتبرت كلها مسوغات مشروعة في نظر الدول الإسلامية التي تأخذ بنظا م الوقف للتخلي عن الإدارة الفردية إلى الإدارة الحكومية [1]، بالنظر إليها كأسلوب أفضل لتحقيق أفضل حماية للأملاك الوقفية وتقوية وجودها القانوني، حيث تقوم اليوم في أغلب الدول الإسلامية بحسب نظام كل منها، إما وزارة الأوقاف ، أو الأمانة العامة للأوقاف ، أو غيرها من الهيئات العامة المخولة قانونا بإدارة وتولي شؤون الوقف وإدارته باسم الدولة.

وفي الجزائر تخضع إدارة الأملاك الوقفية إلى مجموعة من المستويات التنظيمية حددتها مجموعة هامة من النصوص التشريعية، حيث تعبر هذه المستويات على تبني المركزية الإدارية في تسير الأملاك الوقفية، لذلك فإن تسليط الضوء على أجهزة التسيير ومستوياتها التنظيمية كما حددها القانون الجزائري والتي تختلف بين نوعي الملك الوقفي العام(الفرع الأول)، والملك الوقفي الخاص (الفرع الثاني)، لابد منه لتقييم مدى كفا ءة نظام التسيير المركزي بشكله المحدد قانونا في المحافظة على الملك الوقفي و حمايته مدنيا(الفرع الثالث).

الفرع الأول: الولاية على الأملاك الوقفية العامة

على الرغم من تبني المركزية الإدارية في تسير الأملاك الوق فية، والتي يتم من خ لالها وضع نظارة الملك الوقفي العام في يد السلطة المركزية ممثلة في هيئة إدارية مركزية وهي وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، غير أنها مركزية نسبية أو ما يسمى بعدم التركيز الإداري الذي يخول بعض الموظفين في الوزارة نفسها أو داخل الإقليم صلاحية اتخاذ القرار دون حاجة للرجوع للوزير المختص ، دون أن يعني ذلك الاستقلال التام عن السلطة المركزية ، لأن ما يقوم به ممثل الوزارة على مستوى الإقليم يكون تحت إشراف الوزير المختص ، فالمسألة بمثابة تفويض اختصاص[2].

---

[1] – بن عزوز عبد القادر ، (ولاية الدولة لشؤون الوقف)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الخامس، الذي تنظمه رئاسة الشؤون الدينية التركية والمديرية العامة للأوقاف التركية بالتعاون مع الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت و البنك الإسلامي للتنمية بجدة، الجمهورية التركية، في الفترة بين 13 – 15 مايو 2011، ص 05 – 08. كذلك: الزحيلي محمد مصطفى، (مشمولات أجرة الناظر المعاصرة)، مجلة أوقاف، الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الثالثة، العدد 06، يونيو 2004، ص 14 – 15.

[2]– بن مشرنن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، نوقشت بكلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011 – 2012، ص 108 – 114. كذلك: بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، دار ريحانة، الجزائر، (د.ت)، ص 72 – 73.

يمكن التمييز بين ثلاث أجهزة تسيير للأملاك الوقفية العامة، تمارس دورها ضمن مستويان تنظيميان على مستوى الإدارة المركزية والإدارة المحلية، وهي: الأجهزة المركزية (أولا)، الأجهزة المحلية (ثانيا)، وجهاز التسيير المباشر (ثالثا).

أولا: الأجهزة المركزية لإدارة الملك الوقفي العام

1- الوزارة المكلفة بالأوقاف

وهي وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، والتي نظم المشرع الجزائري الإدارة المركزية لها بموجب المرسوم التنفيذي 2000 – 146[1] وفيما يخص الأملاك الوقفية فإن الأجهزة المعنية بها داخل الوزارة هي المفتشية العامة التي لها دور رقابي، ومديرية الأوقاف و الزكاة و الحج و العمرة باعتبارها الهيئة المركزية في الوزارة و المسؤولة مباشرة على كل ما يتعلق بالأملاك الوقفية.

أ- **المفتشية العامة :** نص عليها المرسوم السابق وأحال تنظيمها على المرسوم التنفيذي 2000 - 371[2] حيث تقوم في مجال الوقف بمتابعة مشاريع استغلال الأملاك الوقفية، وتفقدها، وإعداد تقارير دورية عن ذلك.

ب- مديرية الأوقاف والزكاة و الحج و العمرة: تدار الأملاك الوقفية على المستوى المركزي وتحت سلطة الوزير من خلال هذه المديرية، وبموجب المرسوم التنفيذي رقم 05 – 427[3] المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 2000 – 146 تم توسيع مهامها في مجال الأوقاف، فأصبحت تضطلع بمهام البحث عن الأملاك الوقفية وتسجيلها وضمان إشهارها وإحصائها، إعداد البرامج المتعلقة بإدارة الأملاك الوقفية واستثمارها وتنميتها، متابعة تحصيل موارد الأملاك الوقفية وتحديد طرق صرفها، تحسين التسيير المالي والتشجيع على الوقف، إعداد برامج التحسين والتشجيع على الوقف، إضافة إلى ضمان أمانة لجنة الأملاك الوقفية.

---

[1]- مؤرخ في : 25 ربيع الأول عام 1421 الموافق 28 يونيو سنة 2000، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف (الجريدة الرسمية رقم 38، مؤرخة في 02 يوليو 2000، ص 13.).

[2] – مؤرخ في: 22 شعبان عام 1421 الموافق 18 نوفمبر سنة 2000، يتضمن إحداث المفتشية العامة في وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف وتنظيمها وسيرها (الجريدة الرسمية رقم 69، مؤرخة في 21 نوفمبر 2000، ص 34.).

[3]- مؤرخ في : 05 شوال عام 1426 الموافق 07 نوفمبر سنة 2005، (الجريدة الرسمية رقم 73، مؤرخة في 09 نوفمبر 2005، ص 08.).

و يتفرع عن هذه المديرية ثلاث مديريات، اثنان منهما تتعلق بمجال الوقف ، و تختص كل منها بدور معين:

– بالنسبة لل مديرية الفرعية للبحث عن الأملاك الوقفية والمنازعات ، مكلفة بـ: البحث عن الأملاك الوقفية، تسيير وثائق الأملاك العقارية والأملاك الوقفية وتسجيلها و إشهارها و القيام بمتابعة إجراءات تنفيذ قرارات العدالة.

– بالنسبة لمديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية ، مكلفة بـ : إعداد الدراسات المتعلقة باستثمار الأملاك الوقفية وتنميتها، متابعة نشاط المكلفين بالأملاك الوقفية على مستوى نظارات الشؤون الدينية بالولايات ، إعداد عمليات التصليحات والترميمات المتعلقة بالأملاك الوقفية ومتابعتها، متابعة العمليات المتعلقة بالصفقات و إجراء المناقصات في مجال الأملاك الوقفية وكذلك القيام بأمانة اللجنة الوطنية للأملاك الوقفية.

2- لجنة الأوقاف

هذه اللجنة استحدثها المشرع الجزائري في إطار تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف بموجب المادة 09 من المرسوم التنفيذي 98 -381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها، ف هذه اللجنة هي جهاز تداولي يمارس ما يشبه الدور التشريعي في مجال إدارة الأملاك الوقفية، حيث تجتمع في دورة عادية مرة واحدة كل شهرين على الأقل باستدعاء من رئيسها، أو في دورة غير عادية كلما دعت الضرورة لذلك، حيث تدون مداولاتها في سجل خاص يصادق وزير الشؤون الدينية والأوقاف وبعد المصادقة تصبح مداولات اللجنة ملزمة لجميع القائمين على إدارة وتسيير وحماية الأملاك الوقفية ، كما يمكن للجنة أن تشكل عند الضرورة لجان مؤقتة تكلف بفحص ودراسة حالات خاصة وتحل هذه اللجان بمجرد إنهاء مهمتها.

ثانيا: الأجهزة المحلية لإدارة الملك الوقفي العام

توجد على المستوى المحلي مديريات ولائية تؤدي عملها بالتنسيق مع مصالح أخرى خاصة في مجال جرد الأملاك الوقفية وحصرها، كمديرية أملاك الدولة ومديرية الحفظ العقاري، إلى جانب البلدية والولاية التي تشرف كل منهما في مجال اختصاصها المحدد قانونا بصيانة المساجد والمدارس القرآنية ، إضافة إلى إ نشاء مؤسسة المسجد على مستوى كل ولاية، والتي تساهم في مجال رعاية الأملاك الوقفية وحفظها، وتتمثل هذه الأجهزة في:

1-مديرية الشؤون الدينية والأوقاف

كانت مديريات الشؤون الدينية والأوقاف تعرف بنظارات الشؤون الدينية والأوقاف طبقا للمرسوم التنفيذي 91 – 83 [1]، ثم تحولت إلى مديريات ولائية بموجب المرسوم التنفيذي 2000 – 200 [2] وهو ما يفسر ما نصت عليه المادة 10 من المرسوم 98 –381 التي جاء فيها: " تسهر نظارة الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية على تسيير الأملاك الوقفية وحمايتها والبحث عنها، وجردها وتوثيقها إداريا طبقا للتنظيم المعمول به.".

وتتكون كل مديرية هيكليا من ثلاث مصالح ، نصيب الأملاك الوقفية منها يتمثل في ما يوكل إلى مصلحة الإرشاد والشعائر والأوقاف من مهام مراقبة تسيير الأملاك الوقفية والسهر على حمايتها واستثمارها، تنفيذ كل تدبير من شأنه ترقية نشاطات الأوقاف ودفعها، مراقبة المشاريع المقترحة لبناء المدارس القرآنية ومشاريع الأملاك الوقفية وإبرام عقود إيجار الأملاك الوقفية واستثمارها في الحدود التي يمنحها التشريع والتنظيم المعمول به.

2- وكيل الأوقاف

كان سلك وكلاء الأوقاف يضم بموجب المرسوم التنفيذي 91 – 114 [3] رتبة واحدة هي رتبة وكيل الأوقاف، وبموجب المرسوم التنفيذي 08-411 [4] أصبح سلك وكيل الأوقاف بوصفه موظفا إداريا يتكون من رتبتين هما: وكيل أوقاف ووكيل أوقاف رئيس تتحدد مهامهما بالنسبة لوكيل الأوقاف في: مراقبة ومتابعة تسيير و إدارة الأملاك الوقفية والزكاة، السهر على صيانة الأملاك الوقفية واقتراح كل تدبير لترميمها، ترقية الحركة الوقفية واستثمار الأوقاف، البحث عن الأملاك الوقفية غير المصنفة وإحصاؤها، وكذلك متابعة المنازعات المتعلقة بالأملاك الوقفية.

---

[1] – مؤرخ في : 07 رمضان عام 1411 الموافق 23 مارس 1991، يتضمن إنشاء نظارة الشؤون الدينية في الولاية وتحديد تنظيمها، (الجريدة الرسمية رقم 16، مؤرخة في 10 أبريل 1991، ص 542.).

[2] – مؤرخ في : 24 ربيع الثاني عام 1421 الموافق 26 يوليو سنة 2000، يحدد قواعد تنظيم الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها، (الجريدة الرسمية رقم 47، مؤرخة في 02 غشت 2000، ص 07.).

[3] – مؤرخ في: 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991، يتضمن القانون الأساسي الخاص بعمال قطاع الشؤون الدينية، (الجريدة الرسمية رقم 20، مؤرخة في أول مايو 1991، ص 659.).

[4] – مؤرخ في: 26 ذي الحجة عام 1429 الموافق 24 ديسمبر سنة 2008، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالشؤون الدينية والأوقاف، (الجريدة الرسمية رقم 73، مؤرخة في 28 ديسمبر 2008، ص 26.).

وبالنسبة لوكلاء الأوقاف الرئيسيون تسند إليهم مهام اقتراح مشاريع الاستثمار المتعلقة بالأملاك الوقفية، وكذلك إعداد مختلف الحصائل السنوية لإيراداتها ونفقاتها.

3- مؤسسة المسجد

تم إحداث مؤسسة المسجد على مستوى كل ولاية كمؤسسة دينية تتمتع بالشخصية المعنوية، وذلك بموجب المرسوم التنفيذي 91 - 82[1] حيث تنشط هذه المؤسسة في مجال الأوقاف: بالعناية ببناء المساجد والمدارس القرآنية والمساهمة في تجهيزها وصيانته ا و الحفاظ عليها وحماية أملاكها، إضافة إلى تنشيط الحركة الوقفية وترشيد استثمار الأوقاف.

ثالثا: جهاز التسيير المباشر للملك الوقفي العام

استجابة لنصي المادتين 33 و 34 من قانون الأوقاف 91 – 10 نظم المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها الأحكام الخاصة بناظر الملك الوقفي باعتباره الشخص الذي تسند إليه مهمة الرعاية والتسيير المباشر للملك الوقفي، حيث نصت المادة 16 من المرسوم على أن تعيين ناظر الملك الوقفي يكون بقرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف ، بعد أخذ رأي لجنة الأوقاف، غير أن النص لم يحدد من هم الأشخاص الذين يمكن تعيينهم بهذه الصفة وعلى أي أساس ، كما أنه يثير التساؤل حول أهمية استطلاع رأي لجنة الأوقاف إذا اشترط الواقف النظارة لأحدهم؟

و الحقيقة أن المجمع عليه فقها أن إشتراط الواقف في عقد وقفه لمن يتولى النظارة على الملك الوقفي لابد أن يحترم ويؤخذ بالاعتبار [2]، كما أنه على الرغم من استساغة الفقه الوقفي

---

[1] – مؤرخ في : 07 رمضان عام 1411 الموافق 23 مارس 1991، يتضمن إحداث مؤسسة المسجد، (الجريدة الرسمية رقم 16، مؤرخة في 10 أبريل 1991، ص 42.).

[2] – الفقهاء الحنفية يثبتون الولاية للواقف دون حاجة للنص على ذلك ، ومن بعده لمن أثبتها له باشتراطها ، فإن لم يعين أحد تكون للقاضي. والراجح عند الفقهاء المالكية هو ثبوت الولاية للواقف با لقدر الذي لا يتنافى مع الحيازة الصحيحة ، ومن بعده لمن اشترطها له، وإلا فتكون للقاضي أو للموقوف عليهم ولمن يختارونه . والفقهاء الشافعية لا تثبت الولاية للواقف إلا بالشرط عند إنشاء الوقف، فإن لم يشترطها لنفسه وجعلها لغيره كانت لمن اشترطها له، فإن لم يجعلها لأحد فالراجح أن تكون للقاضي. و الفقهاء الحنابلة تؤول الولاية عندهم لمن شرطه الواقف عند إنشاء الوقف، فإن لم يشترطها لأحد فتكون الولاية للحاكم إذا كان الوقف عاما، وله أن ينيب من شاء، أما إذا كان خاصا فالنظر يكون للموقوف عليه. الطرابلسي، الإسعاف، مرجع سابق، ص 49. كذلك: الدردير، الشرح الصغير، ج 4، مرجع سابق، ص 116 – 117 و 119. كذلك: الماوردي، الحاوي الكبير، ج 7، مرجع سابق، ص 533. كذلك: بن قدامه، الكافي، ج 3، مرجع سابق، ص 591 – 592.

وتأصيله لجواز ولاية الدولة على الملك الوقفي فإن تلك الإجازة ليست على إطلاقها، فقد اهتم الفقهاء برسم حدود نطاق هذه الولاية حتى تبقى في إطارها المشروع والصحيح ، واستندوا في ذلك على القاعدة الفقهية التي تقضي بأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة [1]، وهكذا فإن الولاية العامة للدولة تنحصر في إطار المراقبة والمتابعة والمحاسبة بحيث يجب دائما مباشرة التسيير المباشر للملك الوقفي من ناظر خاص بمعناه الشخص الذي عينه الواقف في وثيقة وقفه أو كان معينا من هيئات الدولة المسند إليها أمر الولاية على الملك الوقفي، والذي يقوم برعاية شؤون الملك الوقفي ومباشرة التصرفات القانونية باسمه ولحسابه وفقا لشروط الواقف والأحكام القانونية والشرعية.

أما بالنسبة لشروط تعيين الناظر فقد حددتها المادة 17 من المرسوم والتي جاءت تماشيا مع المقرر فقها بأن يكون: مسلما، جزائري الجنسية، بالغا سن الرشد، سليم العقل والبدن، عدلا أمينا، ذا كفاءة وقدرة على حسن التصرف[2].

والظاهر من هذا النص هو رغبة المشرع في التوفيق بين طبيعة النظارة على الملك الوقفي كمنصب إداري لابد أن يراعي الشروط التي يتطلبها القانون في غيره من المناصب الإدارية، ومن جهة أخرى الطبيعة الخاصة للنظارة النابعة من خصوصية نظام الملك الوقفي ذا الطابع التعبدي، الاجتماعي، الاقتصادي والإنساني، مما يتطلب في القائم على أمره مواصفات خاصة فنية وأخلاقية وشرعية[3].

ولذلك حرص المشرع على ضرورة إثبات توافر شروط تولية الناظر على الملك الوقفي عن طريق الخبرة و التحقيق والشهادة المستفيضة، ولا شك أن الغاية من ذلك هي تحقيق حماية الملك الوقفي بتوفير نوع من الرقابة القبلية التي يتلافى بها تضييع الملك الوقفي وتفويت مصلحته.

---

[1] – المهدي، مرجع سابق، ص 85 – 86.

[2] – إذا كان الأمر يبدو واضحا بالنسبة لشرط العقل والبلوغ فإنه يكون ضروريا الرجوع فيما يتعلق بشرط العدالة والكفاية والإسلام إلى ما نص عليه فقهاء المذاهب الإسلامية المختلفة ، فالمشرع لم يحدد المقصود بهذه الشروط، بينما اختلف فقهاء المذاهب في معناها ومضمونها وما تتحقق به. الكبيسي، أحكام الوقف، ج 2، مرجع سابق، ص 161– 181.

[3] – عيسى يحي، (مبادئ إدارة الوقف، التخطيط والميزانية)، محاضرة قدمت لدورة إدارة الأوقاف الإسلامية، المنعقدة بالجزائر من 21 إلى 25 نوفمبر 1999، نشر وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، 1999، ص 17.

أما بالنسبة لمهامه وصلاحياته فإنه تسند له صلاحية التسيير المباشر في حدود الصلاحيات المخولة له قانون ا، حيث يمارس هذه الصلاحيات تحت رقابة وكيل الأوقاف ومتابعته، وفقا لما جاء في نص المادة 13 من المرسوم، حيث يقوم الناظر بالآتي:

- السهر على العين الموقوفة.
- المحافظة على الملك الوقفي، وملحقاته وتوابعه من عقارات ومنقولات.
- القيام بكل عمل يفيد الملك الوقفي، أو الموقوف عليهم.
- دفع الضرر عن الملك الوقفي، مع التقيد بالتنظيمات المعمول بها وبشروط الواقف.
- السهر على صيانة الملك الوقفي المبني وترميمه وإعادة بنائه عند الاقتضاء.
- السهر على حماية الملك الوقفي والأراضي الفلاحية الوقفية واستصلاحها وزراعتها.
- تحصيل عائدات الملك الوقفي.
- السهر على أداء حقوق الموقوف عليهم مع مراعاة شروط الواقف بعد خصم نفقات المحافظة على الملك الوقفي، وحمايته وخدمته المثبتة قانونا.

و الحقيقة أن منح هذه الصلاحيات لناظر الملك الوقفي يجعل منه ممثلا فعليا للملك الوقفي كشخص اعتباري بحاجة إلى من يتولى شؤونه ويعبر عن إرادته، فهو المسؤول عن الإدارة الفعلية على كل ملك وقفي يتولى أمره، بحيث لا يمكن الاستغناء عنه، و في هذا الإطار أشارت المادة 15 من المرسوم إلى حالة إذا تعذر على ناظر الملك الوقفي المعين ممارسة مهامه بصورة مؤقتة أو دائمة فإنه يتم استخلافه بقرار استخلاف من السلطة المكلفة بالأوقاف إلى حين تمكنه من استئناف ممارسة مهامه[1].

وانطلاقا مما للدولة من حق الولاية العامة على الأملاك الوقفية، والتي تخولها حق الرقابة ومحاسبة الناظر الخاص إذا فعل ما لا يسوغ، وبالموازاة مع ما لعمل الناظر من طابع إداري، مما يقتضي التعامل مع أدائه لمهامه على النحو الذي يعامل به غيره من أصحاب الوظائف الإدارية، ولذلك حددت المادة 21 من المرسوم أسلوبين لإنهاء مهام ناظر الملك الوقفي بموجب

[1] – مع ذلك تختلف مهام ناظر الملك الوقفي كمسير مباشر للملك الوقفي في القانون الجزائري عن مهام الناظر في الفقه الإسلامي بما له ذا الأخير من سلطات وصلاحيات واسعة تخول له التسيير الكلي للملك الوقفي بحفظه ، وعمارته، وإيجاره، والمخاصمة فيه، وتحصيل الغلة، وقسمتها بين المستحقين، وتنميته إلى غير ذلك من الأعمال الضرورية.

قرار من وزير الشؤون الدينية والأوقاف ، طبقا لقاعدة توازي الأشكال، وذلك إما بإعفائه أو بإسقاطه، حيث يثار بخصوص حالات إنهاء مهام الناظر عدم وجود تفرقة واضحة بين حالات الإعفاء والإسقاط سواء من حيث المعنى أو من حيث الآثار القانونية المترتبة على كل حالة، ناهيك عن التداخل الحاصل بين حالات الإعفاء والإسقاط مما يفقد التفرقة بينهما أهميتها [1]، لذلك فإن أقل ما يقال عن أحكام إنهاء مهام ناظر الملك الوقفي أنها جاءت غامضة وتثير اللبس عند تطبيقها، كما أنها لا تجسد حماية حقيقية للملك الوقفي ، حيث يطرح التساؤل حول قيمة إنهاء مهام ناظر الملك الوقفي في مواجهة الملك الوقفي الذي فوتت حقوقه، إذا لم يكن ذلك مصحوبا بحق الملك الوقفي في التعويض؟

الفرع الثاني: إدارة الأملاك الوقفية الخاصة

إن الأصل في إدارة الملك الوقفي الخاص هو أن يعين الواقف من يتولى شؤون وقفه وشروط ذلك ضمن عقد وقفه، فإذا أغفل الواقف أمر الولاية على وقفه، فإن النظارة تؤول إلى السلطة الوصية على الأملاك الوقفية في الدولة ممثلة في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف التي وجدت أصلا لرعاية الأملاك الوقفية والإشراف عليها، ولذلك يجب التمييز بين وضعين للإدارة الخاصة، فهي إما إدارة خاصة مستقلة عن الدولة (أولا)، وإما إدارة مفوضة ضمنيا وبقوة القانون للدولة فيما يسمى بالاعتماد (ثانيا).

أولا: الإدارة الخاصة المستقلة

وهي إدارة مباشرة للملك الوقفي الخاص من قبل الناظر وحده مستقلا دون تدخل من أي سلطة حكومية، لذلك فصفة الخصوصية من حيث خضوعها لأسلوب التسيير الذاتي ، وصفة الاستقلالية من حيث كونها مستقلة عن أي سلطة ، فيكون الناظر مستقلا في إدارته للملك الوقفي المولى عليه عن أي سلطة إدارية إلا في حدود ما يسمى الولاية العامة، حيث يكون تدخل الدولة منوط بتظلم الموقوف عليهم عند التنازع، حيث تتحدد وظيفة الناظر في هذه الحالة وفقا لما يتضمنه عقد الوقف من شروط، فإن خلا العقد من ذلك، تولى الناظر كافة شؤون

[1] – هناك من يرى أن حالات الإعفاء والإسقاط تنقسم في حقيقتها إلى جزئن: حالات عادية تنطبق على كل شخص يؤدي عملا أو وظيفة وهي المتمثلة في حالات المرض و التخلي أو الاستقالة، أما باقي الحالات فتوتبط بالأخطاء المرتكبة من قبل الناظر، فتشبه حالات التسريح التأديبي في حال ارتكاب العامل أخطاء جسيمة. بن مشرنن، مرجع سابق، ص 155 – 156.

الملك الوقفي المتعارف عليها من حفظ أعيان الملك الوقفي، وإدارة أمواله، وتنميته، والدفاع عن حقوقه، وحفظ غلته وتوزيعها على المستحقين، وبشكل عام تحقيق المقاصد الشرعية للوقف، و يكون للموقوف عليهم باعتبارهم أصحاب المنفعة في الوقف الخاص سلطة الإشراف العام و الاحتساب على الناظر، ومراقبة أعماله، والتأكد من صحة تصرفاته ضمانا لحقهم[1].

ثانيا: الاعتماد

نص المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسيرها وحمايتها في المادة الثانية منه على جواز تطبيق أحكا مه على الأملاك الوقفية الخاصة عند الاقتضاء[2]، حيث يعين وفقا لنص المادة 16 من المرسوم ناظر معتمد بقرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف استنادا إلى عقد الوقف أو إلى اقتراح مدير الشؤون الدينية والأوقاف، وذلك من بين مجموعة من الأشخاص وفقا لما حدده القانون، حيث تمارس الدولة واجبها في رعاية الملك الوقفي والمحافظة عليه بما لديها من الموظفين ذوي الكفاءة، ومن الوسائل العصرية في الإدارة، والإشراف، والاستثمار.

غير أن التدخل لا يكون إلا عند الاقتضاء و الذي لم يحصر المشرع حالاته، مما قد يمنح الدولة سلطات واسعة، وفي هذا الإطار تقوم الوزارة الوصية باعتماد ناظر للملك الوقفي الخاص بنفس الطريقة التي يعين بها ناظر الملك الوقفي العام، بموجب قرار من وزير الشؤون الدينية والأوقاف، غير أنه يراعى في اعتماده أن يكون الواقف قد اشترطه في عقد الوقف، أو أن يقترحه مدير الشؤون الدينية و الأوقاف في الحالة التي لا يشترط فيها الواقف ذلك في عقد الوقف، و يكون مسؤولا بالدرجة الأولى في مواجهة الواقف و الموقوف عليهم وكذلك السلطة المكلفة بالأوقاف.

الفرع الثالث: تقييم التسيير المركزي للملك الوقفي العام

على الرغم من أن تدخل الدولة الحديثة في إدارة الأملاك الوقفية لم يكن بنفس الصيغة في مختلف الدول الإسلامية، إلا أن السمة التي طبعته كانت واحدة وهي الخضوع لإدارة

---

[1]– Layish. Op.cit. p 159 – 161.

[2] – أهم الحالات المتصورة: أن يموت الناظر المعين من الواقف، أن يغفل الواقف تعيين ناظر لوقفه الخاص، في الأحوال التي لا يعرف فيها شرط الواقف بسبب ضياع وثيقة الوقف، أن يفوض الواقف للسلطة الوصية على الأوقاف أمر ولاية وقفه، وكذلك في حالة أيلولة الوقف الخاص إلى وقف عام.

مركزية حكومية، ولذلك فإن النتائج المترتبة في أغلب هذه الدول كانت واحدة، حيث توصف بالمتواضعة، وواقعيا فقد أدى اعتماد التسيير المركزي إلى مجموعة كبيرة من المشكلات التي عادت سلبا على مستقبل الأملاك الوقفية وذلك في مختلف الدول الإسلامية [1]، بما فيها الجزائر (أولا)، مما يقتضي التخلي عن هذا الأسلوب لعدم ملائمته (ثانيا).

أولا: مشكلات التسيير المركزي للأملاك الوقفية في الجزائر

إن النتائج المترتبة على التسيير المركزي في أغلب الدول التي اعتمدته تظهر في عدم وجود تحسن حقيقي في الكفاءة الإنتاجية للأملاك الوقفية والمحافظة عليها، حيث لا تزال النظرة إلى قطاع الأوقاف تتسم بالمحدودية [2]، و في الجزائر فإنه على الرغم من اعتماد المركزية النسبية في إدارة الأملاك الوقفية، إلا أن واقع الحال أثبت عدم نجاعة هذا الأسلوب بالنظر إلى البطء الملحوظ في التعامل مع واجب النهوض بمؤسسة الوقف وتفعيل دورها داخل الدولة، إضافة إلى ما يظهره الأسلوب المتبع لإدارة الأملاك الوقفية في الجزائر من مشكلات، أهمها:

– يحتاج تسير الأملاك الوقفية إلى تفرغ، ومتابعة مستمرة ، وتخصصية، وكفاءة في التسيير وقدر من الحرية في اتخاذ القرارات دون تضيع الوقت في إجراءات الرجوع إلى السلطة المركزية في كل صغيرة وكبيرة، بينما يظهر من النصوص التشريعية التي تنظم إدارة الوقف في الجزائر أن التعامل مع مؤسسة الوقف لا يتمتع بخصوصية تميزه عن غيره من المؤسسات الأخرى التي تديرها الدولة.

– عدم وضوح النصوص التشريعية المنظمة لإدارة مؤسسة الوقف، مما يبقي كثيرا من مسائل الإدارة تخضع لتحكم السلطة التنفيذية ، إضافة إلى وجود بعض النصوص القانونية التي يظهر من خلالها توجيه مالية الأوقاف نحو مصارف تعتبر في حقيقتها من أولويات الدولة ، وهي مبنية على أساس ما تمليه توجهات الدولة و بالاتفاق مع سياستها العامة.

---

[1] – تعتبر الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت وهيئة الأوقاف الإسلامية بدولة السودان نموذجين يمكن الإقتداء به ما في إدارة الأوقاف، لما قامتا به من إنجازات في النهوض بمؤسسة الوقف وتنميتها بما يتلاءم و احتياجات المجتمع المعاصر.

[2] – الحوراني ياسر عبد الكريم، (المشكلات المؤسسية للوقف في التجربة الإسلامية التاريخية)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الثامنة، العدد 14، مايو 2008، ص 77. كذلك: البيومي غانم إ براهيم، (التكوين التاريخي لوظيفة الوقف في المجتمع العربي)، ندوة نظام الوقف و المجتمع المدني في الوطن العربي، نظمها مركز دراسات الوحدة العربية و الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، بيروت، 2001، ص 101 – 102 من كتاب الندوة.

– إفراغ وظيفة الناظر المباشر من دورها الذي شرعت لأجله، بحيث لا يمكنه الاستجابة بالسرعة والفعالية المطلوبة للحاجات الملحة على المستوى المحلي، فهو يعمل تحت إشراف وكيل الأوقاف، كما أن الكثير من الصلاحيات تبقى من اختصاص الوزير أو لجنة الأوقاف، والوزير بحكم منصبه يجمع بين صفته السياسية وبين صفته الإدارية، باعتباره الناظر على جميع الأوقاف التي تديرها وزارته بحكم القانون، حيث يكون ملزما بتطبيق سياسات الحكومة في وزارته، وهذا قد يجعله يوظف نظام الوقف في خدمة توجهات السلطة.

– على الصعيد المالي لا يملك الناظر المسير المباشر للملك الوقفي سلطة التصرف في مالية الملك الوقفي الذي يديره، مما يعطل دوره في إنجاز الاستثمارات التي من شأنها تنمية الملك الوقفي، وبشكل خاص عدم التمكن من تجسيد إرادة الواقف، فصلاحيته تبقى محدودة، ولا يمكن لناظر على ملك وقفي ما أن يتحصل على المال المخصص لل ملك الوقفي المكلف بتسييره مباشرة، إلا بعد توجيهه لطلب رسمي إلى الجهات المخولة في الإدارة المركزية.

– ضيق المساحة المخصصة لإدارة الوقف و انحصارها مركزيا في مديرية واحدة من بين ستة مديريات تضطلع كل منها بمسؤوليات مختلفة، وهذه المديرية في ذاتها تهتم بشؤون مختلفة وهي الحج والزكاة والعمرة والأوقاف، مما يعني أنه على الأقل في موسم الحج والزكاة تتعطل مصالح الوقف، كما أنه على المستوى المحلي تنحصر إدارة الوقف في مكتب واحد تابع لمصلحة تتحمل أعباء الإرشاد والشعائر الدينية إضافة إلى الأوقاف، مما يشكك في قدرتها على إعطاء الأملاك الوقفية ما تحتاجه من الاهتمام.

– لا توجد معايير نوعية في اختيار الموظفين المؤهلين للعمل في مجال قطاع الأوقاف، حيث يتم التوظيف بنفس الأشكال التي يتم العمل بها في بقية الإدارات الأخرى، والمفروض أن يتم اختيارهم من بين المتخصصين في هذا المجال، إضافة إلى إخضاعهم لبرامج تأهيل وتدريب.

ثانيا: الاتجاه نحو التخلي عن نظام التسيير المركزي لعدم ملائمته

يرى الباحثون المهتمون بموضوع الأوقاف في الجزائر، أن التسيير المركزي للأ ملاك الوقفية العامة في الجزائر لا يتناسب على الرغم من جميع مبرراته مع فكرة الوقف العام ، فيرى البعض أن الملك الوقفي العام باعتباره قائم ا على فكرة البر والإحسان ، فالأولى أن تقوم مؤسسات أو جمعيات خيرية تنشأ من قبل الواقفين وا لمتبرعين لإدارته وتسييره،أما دور الدولة فينبغي أن يتحدد نطاقه في إشرافها على الملك الوقفي عن طريق مؤسساتها وسلطاتها خاصة

القضائية، كما يكون عليها أن تقدم الدعم المادي و الأدبي للملك الوقفي، من ذلك إعفاءه من الضرائب، وتنظيم عمل النظار و أشكال محاسبتهم[1].

وذهب البعض إلى أن واقع إدارة الأملاك الوقفية العامة في الجزائر ، والحديث عن مستقبلها لابد من النظر إليه انطلاقا من التطورات التي تعرفها وضعية الأملاك الوقفية في هذه الدولة المسلمة، وأخذها بعين الاعتبار كمرتكزات أساسية في رسم مستقبل إدارة الأملاك الوقفية في الجزائر ، فالمتغيرات الواقعية مع عدم إنكار ما تم تحقيقه من نتائج على تواضعها ، تدعو إلى ضرورة إعادة هيكلة إدارة الأوقاف في شكل ديوان وطني للأوقاف ، يتوفر على إمكانيات مادية وبشرية ، واستقلالية في الإدارة والتسيير، مما يسمح له بتجسيد العديد من الأهداف والتطورات[2].

وفي وجهة نظري الخاصة، فإن الاستغناء الكلي عن دور الدولة في الإشراف على الأملاك الوقفية هو أمر غير مقبول، وذلك لأن الدولة مارست تاريخيا دور الإشراف على الأملاك الوقفية عن طريق القضاء، و هذا الأخير مارس عمله باستقلالية مطلقة، أما إداريا فقد ساهم في إيجاد سلطة إدارية عادلة حريصة على حماية الأملاك الوقفية، وهو ما عاد بنتائج إيجابية على الوقف، من جهة أخرى فإن الأخذ بالاعتبار وضعية الأملاك الوقفية في الجزائر وما تعرضت له من ظروف يتطلب تدخل الدولة بما تملكه من سلطة وقوة لاسترجاع الأملاك الوقفية الضائعة، وهو ما تعكف عليه الوزارة وتبذل فيه جهودها بإصدار النصوص التشريعية والعمل الميداني، مع ذلك فإن الإصلاح والتطوير أصبح ضرورة بالنظر إلى تواضع وضآلة النتائج المحققة مقارنة مع الفترة الزمنية التي ظهر فيها الاهتمام بالثروة الوقفية من الدولة[3].

---

[1] – كنازة، مرجع سابق، ص 140.

[2] – مسدور و منصوري، (الأوقاف الجزائرية)، مرجع سابق، ص 100 – 101.

[3] – كان وزير الشؤون الدينية والأوقاف بوعبد الله غلام الله قد أعلن عن إنشاء الديوان الوطني للأوقاف كمؤسسة تهتم بتسيير الأملاك الوقفية على المستوى الوطني، وتم تشكيل لجنة مختصة لتحضير المرسوم التنفيذي الخاص بهذه الهيئة، والتي عقدت سلسلة من الاجتماعات، غير أن هذه الهيئة لم ترى النور بعد. وأرى أن تجسيد ديوان وطني للأوقاف على أرض الواقع، لا بد أن يبنى على دراسة مستفيضة تأخذ بعين الاعتبار التجارب التاريخية في إدارة الوقف، ومحاولة التوفيق بين مزايا الإدارة الفردية ومزايا الممارسة القضائية في إدارة الأوقاف، إضافة إلى الاستفادة من التجارب الحديثة الناجحة في إدارة الأوقاف، وملاءمتها مع المعطيات الواقعية للأوقاف في الجزائر.

المبحث الثاني: استحقاق منفعة الملك الوقفي

إن المقصد الأساسي من الوقف هو حبس العين لينتفع بها الموقوف عليهم ، لذلك فإن أهمية الملك الوقفي لا تظهر في ذات الموقوف ، بقدر ما تتجسد فيما له من منافع وما ينتجه من غلة و ريع[1]، ولذلك فالقيمة الحقيقية للملك الوقفي، تكمن فيما يثبته من حق انتفاع لفائدة الموقوف عليهم على الوجه الملائم، وهو ما أكده المشرع الجزائري في المادة 17 من قانون الأوقاف 91 – 10 بنصها: "إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف، ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه.".

وإذا كان الواقف في غالب الأحيان يحرص حرصا شديدا عند إنشاء وقفه على تحديد أوجه الانتفاع بوقفه و ضوابط الاستحقاق فيه، غير أن الواقف قد يغفل عن تحديد ذلك، مما قد يؤثر سلبا على أصل الملك الوقفي، إما بتجاوز مضمون الاستحقاق، أو عدم احترام ضوابطه، أو التصرف في الحق في الاستحقاق بأكثر مما يجوز، مما يستدعي وجود نصوص قانونية لتحديد أحكام الانتفاع بالملك الوقفي، و لذلك يتحدد مضمون هذا المبحث في التطرق لأهم الأحكام المتعلقة باستحقاق منفعة الملك الوقفي، ويتعلق الأمر بمضمون استحقاق الموقوف عليهم (المطلب الأول)، وضوابط استحقاقهم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مضمون حق الموقوف عليهم في الاستحقاق في الملك الوقفي

نصت المادة 18 من قانون الأوقاف 91 – 10 : "ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه، وعليه استغلالها استغلالا غير متلف للعين، وحقه حق انتفاع لا حق ملكية." حيث يفهم من هذا النص أن الموقوف عليه لا يترتب له بموجب الوقف حق تملك أصل الملك الوقفي، لما في ذلك من منافاة لحقيقة الوقف ومقصده الذي وجد لأجله، فين حصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه مباشرة أو عن طريق استغلالها والحصول على الريع الناتج عن

---

[1] – يفرق الفقهاء بين الغلة والمنفعة، فما ينشأ عن الشيء إما عين: كأجرة، وثمرة الشجرة، وصوف الشاة ولبنها، وما ينبت في الأرض، فيسمى غلة، وأما غير عين: كالسكنى، والاستخدام فيسمى منفعة، أما الريع فهو النماء والزيادة والفائدة والدخل الذي يحصل من الشيء. الشعيب خالد عبد الله، (استثمار أموال الوقف)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الأ ول، الذي تنظمه الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية بجدة، الكويت في الفترة ما بين 11 و 13 أكتوبر 2003، هامش 09، ص 242 من كتاب المنتدى. كذلك: الصلاحات، مرجع سابق، ص 50.

الاستغلال، غير أن النص لما اعتبر أن حق الموقوف عليه هو حق انتفاع، فإن هذا يطرح التساؤل حول طبيعة هذا الحق إذا كان حقا عينيا أم حقا شخصيا؟ من جهة أخرى لما كان حقا ثابتا للموقوف عليه، فهذا يمنح الموقوف عليه حق التصرف في حقه في الاستحقاق، مما يطرح التساؤل حول حدود تصرف الموقوف عليه في حقه في الاستحقاق؟

وهو ما تتم الإجابة عليه بالتطرق إلى طبيعة حق الموقوف عليه في الاستحقاق (الفرع الأول)، و التصرفات الواردة على حق الموقوف عليهم في الاستحقاق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طبيعة حق الموقوف عليهم في الاستحقاق في الملك الوقفي

يميز الفقهاء بين ملك المنفعة وحق الانتفاع، ويعدون الوقف أحد أسباب ملك المنفعة، و لذلك لا يمكن تحديد موقف القانون من طبيعة حق الموقوف عليهم في الاستحقاق في الملك الوقفي إلا إذا تبينا إذا ما كان حق ملك المنفعة في الفقه الإسلامي مساويا لحق الانتفاع في القانون المدني (ثالثا)، وهو ما يمكن تحديده من جهة بالمقارنة بين خصائص كل من حق الانتفاع وملك المنفعة كمفهومين في الفقه الإسلامي (أولا)، و من جهة أخرى بالمقارنة بين ملك المنفعة وحق الانتفاع كحق عيني في القانون المدني (ثانيا).

أولا: الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع في الفقه الإسلامي

يتميز ملك المنفعة بأن للمنتفع حق متعلق بالعين، وهو ما يجعله مطالبا بالمحافظة على العين المنتفع بها، ويكون ضامنا إن هلكت العين بفعله أو بتقصيره، كما أن ملك المنفعة يقبل التقييد بالشروط في أوجه الانتفاع، وفي زمانه، ومكانه، وينتهي بوفاة المالك فلا يورث عنه[1].

أما بالنسبة لحق الانتفاع فإنه لا يحصل به الملك، بل هو على سبيل الإباحة [*]، لذلك لا يملك صاحبه المعاوضة عليه أو التصرف فيه، بل يخول لصاحبه الانتفاع بنفسه فقط، بخلاف ملك المنفعة الذي يخول صاحبه مباشرة الانتفاع بنفسه أو التنازل عنه للغير معاوضة أو تبرعا.

لذلك يعتبر ملك المنفعة أقوى وأخص من حق الانتفاع بما يتضمنه من معنى الملكية، لا مجرد رخصة بالانتفاع الشخصي.

---

[1] – أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 83.

[*] الإباحة هي: أن يأذن شخص في الانتفاع بماله لا على وجه التعاقد، ولا يشترط أن يكون المأذون له بالانتفاع معلوما بشخصه أو باسمه، ومثاله: أن يخصص أحدهم دارا لاستقبال من ليس لهم مأوى أو عابري السبيل.

ثانيا: التمييز بين ملك المنفعة في الفقه الإسلامي وحق الانتفاع في القانون المدني

يرى الأستاذ أبو زهرة أن ما يوجد من اختلاف بين ملك المنفعة في الفقه الإسلامي و حق الانتفاع في القانون المدني غير مؤثر، لأنه إما يتعلق بأمور هي في الأصل محل اختلاف فقهي، وإما من حيث اتساع دائرة الحقوق التي يمنحها حق الانتفاع في القانون المدني مقارنة بالشريعة الإسلامية[1].

والحقيقة أن الفرق بين حق الانتفاع الذي يراد به إباحة المنفعة في الفقه الإسلامي وبين حق الانتفاع الذي يراد به ملكية المنفعة في القانون الوضعي يبدو واضحا، فالملك والإباحة أمران متغايران، فإذا كان الملك يكسب صاحبه حق التصرف في الشيء المملوك، ما لم يوجد مانع، أما الإباحة فهي حق الإنسان في أن ينتفع بنفسه فقط ، وذلك بموجب إذن، فلا يمكنه التصرف في حقه في الانتفاع [2]، وهو ما يعني بمفهوم المخالفة أن ملك المنفعة في الفقه الإسلامي يوازي حق الانتفاع في القانون الوضعي، بما يخوله كل منهما لصاحبه من حق الانتفاع بنفسه والتنازل عن الانتفاع لغيره.

ثالثا: موقف القانون من طبيعة حق الموقوف عليهم في الاستحقاق في الملك الوقفي

مما سبق يستنتج أن حق الانتفاع في الفقه الإسلامي يوازي الحق الشخصي في القانون الوضعي، حيث لا يكسب صاحبه إلا التزاما من المالك بتمكينه من الانتفاع، أما ملك المنفعة فيوازي الحق العيني في القانون الوضعي، بوصفه سلطة مباشرة تنصب على العين محل الانتفاع، و بالنتيجة فإن حق الموقوف عليه في الانتفاع بالملك الوقفي هو حق عيني، باعتبار الموقوف عليه مسلطا على المنفعة المستحقة له، فلا يعتبر دائنا فحسب، بل هو يم لك نفس الغلة أو الريع ملكا يمنحه حق قبضه بذاته ، غير أنه يختلف عن حق الانتفاع المنظمة أحكامه في القانون المدني [3]، فهو يستمد أحكامه من عقد الوقف والأحكام الشرعية المقررة في فقه الوقف، حيث يثبت بموجبه لمالك المنفعة التصرف في المنفعة تصرف الملاك ولكن على الوجه

---

[1] – أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 84 – 86.

[2] – الخفيف، مرجع سابق، ص 28. كذلك: الزحيلي وهبه، موسوعة الفقه الإسلامي، ج 10، مرجع سابق، ص 68.

[3] – سالمي موسى ، التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2003، ص 74 – 75.

الذي قيدت به أحكام عقد الوقف الذي استحقت بمقتضاه المنفعة، حيث يرتبط الأمر بشروط الواقف.

وقد جاء في المذكرة رقم 0389 المبينة للإجراءات والطرق الخاصة بشهر الشهادة التوثيقية بعد الوفاة في حالة الوقف الخاص المشار إليها: "أن حق الموقوف عليهم بالنسبة لعقار وقف وقفا خاص، هو بالتأكيد ليس حق ملكية، كامل و شامل، ولكن حق انتفاع مدى الحياة في الغالب...وبالتالي هو خاضع للإشهار العقاري. وبطبيعة الحال فإن الشهادة التوثيقية بعد الوفاة المعدة بخصوص عقار وقف وقفا خاصا –والتي من شأنها بيان هوية الموقوف عليهم الحاليين– لا يجب أن تترك أي لبس بالنسبة لطبيعة الحق المنتقل لفائدة المستفيدين، لذا يجب أن تحتوي على عبارة صريحة واضحة تفيد أن العقار المعني هو من الصنف القانوني لأملاك وقفية، قصد تمييزه بسهولة عن شهادة نقل حق الملكية العقارية بعد الوفاة المعدة في إطار تصفية تركة." .

وإذا كان الأصل أن يثبت الاستحقاق للموقوف عليهم بمجرد انعقاد الوقف صحيحا، غير أن ثبوت الاستحقاق لمنفعة الملك الوقفي قد يتراخى في بعض الحالات، أهمها:

– حالة وقف الواقف على نفسه، فالاستحقاق الفعلي للموقوف عليهم لا يكون إلا بعد وفاة الواقف وهم على قيد الحياة.

– حالة الوصية بالوقف، فلا يثبت الاستحقاق إلا بموت الواقف مصرا على وقفه ، مع حياة المستحقين، وبالتالي فكل غلة تحدث من العين قبل وفاة الوا قف هي ملك له ولورثته من بعده، أما ما يحدث من غلة بعد موت الواقف فتستحق للموقوف عليهم.

– الوقف على الحمل، فلا يستحق إلا من يوم ولادته حيا، أي وجوده.

– حالة تحديد الموقوف عليه باسمه، فلا بد من وجوده.

– إذا قتل الموقوف عليه الواقف حرم من الاستحقاق نهائيا، فالقتل المانع من الاستحقاق هو القتل المانع من الميراث، فإذا حرم من الاستحقاق انتقل نصيبه إلى غيره من المستحقين[1].

– إن المعتبر شرعا وقانونا أنه يجوز تعيين الموقوف عليهم بالاسم أو بالوصف، فإذا كانوا معينين بالاسم فيشترط لاستحقاقهم الغلة أن يكونوا موجودين وقت الوقف ، وإذا كانوا معينين

[1] – أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 262 – 268.

بالوصف، فيجب التفرقة بين: أن يكونوا معينين بوصف يزول ، كوصف الصغر مثلا، فيأخذ الموصوف حكم المعين بالاسم، أي يشترط وجوده وقت الوقف لاستحقاق الغلة، وبالتالي متى زال الوصف سقط استحقاقه للغلة[1].

أما إذا كان الوصف مما يزول، مع احتمال عودته، كالفقر مثلا، فالعبرة في استحقاق الوقف تكون بوقت ظهور الغلة لا بيوم الوقف، وبالتالي متى عادت الصفة في الموقوف عليه استحق الغلة[2].

الفرع الثاني: التصرفات الواردة على حق الموقوف عليهم في الاستحقاق

إن النظر إلى حق الموقوف عليه في منفعة الملك الوقفي على أنه حق ملكية لمنفعة الملك الوقفي، يترتب عليه جواز تصرف الموقوف عليه في المنفعة التي تعتبر حقا ماليا يثري ذمته، وكغيره من الحقوق المالية فيمكن له التنازل عن حقه، أو ترتيب الديون عليه، أو رهنه.

غير أن الطبيعة الخاصة لملك المنفعة، بسبب أن مصدرها تصرف الوقف، فإن هذا يتطلب التبصر في منح الموقوف عليه حرية التصرف في حق الانتفاع، حتى لا يكون ذلك سببا في التعدي على أصل الملك الوقفي، بتجاوز الموقوف عليه لحقه في ملك المنفعة، إلى التصرف في أصل الملك الوقفي بشكل مباشر أو غير مباشر، ولذلك لابد من تحديد حدود ما يجوز للموقوف عليه من تصرفات بموجب حقه في الاستحقاق في الملك الوقفي.

باستقراء النصوص القانونية المتعلقة بالملكية الوقفية، فإنه يجوز للموقوف عليه في حدود معينة التنازل عن حقه في المنفعة (أولا)، و يجوز له أن يجعل حصته في المنفعة ضمانا لديونه، وما يترتب على ذلك من جواز ال حجز على ثمار و إيرادات الملك الوقفي (ثانيا)، كما يجوز للموقوف عليهم ترتيب قسمة انتفاع على منافع الملك الوقفي (ثالثا).

---

[1]– جاء في قرار للمحكمة العليا: "ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المنتقد لما قضى بأن طلاق المطعون ضدها من زوجها لا يحرمها من الحبس، فإنه بقضائه كما فعل خالف الشريعة الإسلامية والقانون، ذلك أن المحبس عندما أقام الحبس موضوع النزاع على زوجته المطعون ضدها ، كان من أجل أنها زوجة له ، ولم ينظر في هذا الحبس على أنه لذات المحبس عليها، وعليه فطلاقه لها بحكم، يعتبر بمثابة تراجع عن الحبس ". قرار رقم 189265، مؤرخ في 19 – 05 –1998، مجلة الاجتهاد القضائي، عد خاص، 2001، ص 308.

– تجدر الإشارة إلى أن عبارة (تراجع عن الحبس) ليست في محلها، والأصح هو سقوط حقها في الاستحقاق.

[2] – يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص257 – 258.

أولا: حق الموقوف عليه في التنازل عن حقه في الاستحقاق

ليس هناك ما يمنع فقها من أن يتنازل الموقوف عليه عن حقه في المنفعة لمدة معينة، بمجرد ثبوت استحقاقه للمنفعة، ما دام حقه فيها حق ملكية تام أو فعلي [1]، وقد أجاز المشرع الجزائري للموقوف عليه التنازل عن حقه في المنفعة بعد ثبوت استحقاقه فيها، فبموجب نص المادة 20 من قانون الأوقاف 91 – 10 منح المشرع الجزائري الموقوف عليهم في الملك الوقفي العام الحق في التنازل عن منفعته، غير أنه يشترط أن يتم التنازل لنفس نوع جهة الخير الموقوف عليها أصلا، بعد موافقة صريحة من السلطة المكلفة بالأوقاف.

و الحقيقة أنه بالنسبة للشرط الأول، فهو جاء تماشيا مع ما جاء في نص المادة 06 من قانون الأوقاف 91 – 10 من إشتراط عدم جواز تحويل مصرف الملك الوقفي العام المحدد الجهة إلا إذا استنفذ مصرفه المعين من الواقف، فكذلك فإن التنازل ينبغي أن يكون لجهة من نفس نوع الجهة الموقوف عليها أصلا، أما الملك الوقفي العام الغير محدد الجهة، فقد حدد القانون الجهات التي يصرف فيها، وتتمثل في: البحث العلمي ونشر العلم وفي سبل الخيرات، وهي الجهات التي لا يتصور أن تستنفذ مطلقا، فلا يتصور بشأنها التنازل، كما أن طابعها الخيري العام لا يتصور معه أن يصدر عنها تنازل عن الحق في الاستحقاق، وهذا ما يبرر الشرط الثاني، أي الحصول على موافقة السلطة المكلفة بالأوقاف، فهذه الأخيرة لا تملك حق التنازل عن المنفعة المقررة لمصلحة جهة خيرية، لأنها مجرد ممثلة لهذه الجهة، لذلك لا يحق لها أن تتصرف لحسابها بتصرف مفقر، أما في حالة الملك الوقفي العام المحدد الجهة، فإن الجهة الخيرية التي حددها الواقف يكون لها حق إبداء الرغبة في التنازل، ودور السلطة المكلفة بالأوقاف منح موافقتها باعتبارها تتولى شؤونها، غير أنه يجب الأخذ بالاعتبار أن الأمر لا

---

[1] – يكن، الوقف في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 304.

– الذين لم يجيزوا للموقوف عليه حق التنازل عن الاستحقاق في غلة الوقف ، برروا ذلك بأن حق الموقوف عليه مستمد من عقد الوقف وشروط الواقف، فلا يجوز التنازل عن حقه في الغلة أو أن يسقط هذا الحق عليه بإرادته، لأن هذا يؤدي في نظرهم إلى نتيجة خطيرة، وهي أن تنازل المستحق عن حقه في الغلة يجعل غير المستحق مستحقا، والأصل أن إخراج أو إدخال المستحقين في الوقف لا يكون إلا بشرط الواقف عند إنشاء الوقف، ومع ذلك إذا استحق الموقوف عليه فعليا غلة الوقف ، أي بعد تقسيمها على المستحقين وحصوله على نصيبه، يجوز له عندها أن يتصرف فيها كيفما شاء ولمن شاء ، لأنه أصبح مالكا لها فعليا. سالمي، مرجع سابق، ص 84.

يتصور إلا في حالة ما كانت الجهة الخيرية معينة، أما إن كانت غير معينة، كالفقراء، فإن الأمر يكون مستحيلا، لأنه لا يمكن الحصول على موافقتهم جميعا.

لذلك حماية للملك الوقفي من تجاوز الصلاحيات من الإدارة الوصية عليه، و تعديها على شروط الواقف، فإنه ينبغي أن يرد النص صراحة على أن ينحصر الحق في التنازل في حالة الملك الوقفي العام المحدد الجهة، و أن تكون الجهة معينة ومحصورة، يحتمل استنفاذ المصرف عليها، كمسجد مثلا [1]، إضافة إلى اشترط أن يتم توثيق التنازل، تماشيا مع إشتراط توثيق عقد إنشاء الوقف، وتوثيق الشهادة التوثيقية بعد الوفاة المتضمنة العقارات الموقوفة وقفا خاصا، و التي لها أثر تبيان هوية الموقوف عليهم كما هم محددين في عقد تأسيس الوقف، و أخذا بالاعتبار طبيعة حق المستحق.

وعلى الرغم من إلغاء نص المادة 19 من قانون الأوقاف 91 – 10 بموجب القانون 02 – 10 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف، و الذي كان يمنح للموقوف عليه في حالة الوقف الخاص حق التنازل عن حقه في الاستحقاق، مع ذلك فيبقى حكمه ساريا لعدم تعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية، التي لا توجد فيها تفرقة في هذه المسألة بين الوقف العام والخاص [2]، وكذلك لعدم تعارضه مع القواعد العامة التي تجيز التنازل على الحقوق المالية.

مع ذلك ينبغي ضبط المسألة بما يحافظ على إرادة الواقف، فإذا اشترط الواقف أن انتفاع الموقوف عليه لا يكون إلا على سبيل الإباحة وجب احترام شرطه، ولم يجز للموقوف عليه التنازل عن حقه في المنفعة، كذلك لابد من ضبط الشروط و الآلية التي يتم بها التنازل و التي يجب أن يراعى فيها الطبيعة الخاصة للوقف.

---

[1] – إذا كان الاتفاق عند جمهور الفقهاء على أن الوقف يفيد ملك المنفعة على الوضع الذي تحدده شروط الواقف في الوقف على معين، فإنهم اختلفوا في حالة الوقف على غير المعين والغير محصور كالفقراء وجهات الخير، بين قائل بأن الوقف من قبيل الإباحة فلا يجوز التنازل، وقائل بأنه من قبيل تمليك المنفعة فيجوز التنازل، غير أنهم اشترطوا في هذه الحالة أن لا يثبت الملك للموقوف عليه إلا بالاستيفاء تسلما أو انتفاعا. الخفيف، مرجع سابق، ص 157.

غير أنه على الرغم من مشروعية الحق في التنازل، إلا أنه قد يكون سببا للتحايل على الوقف، فالوقف الخاص الذي يؤول في النهاية وقفا عاما، قد يؤدي عدم ضبط التنازل إلى أن يكون سببا لعدم انقطاع جهة الوقف الخاص، فيجب توقيت التنازل بمدة لا تتجاوز مدة حياة الموقوف عليه. سالمي، مرجع سابق، ص 85 – 86.

[2] – يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 27.

ثانيا: حق الموقوف عليه في جعل حصته ضمانا للدائنين

تنص المادة 21 من قانون الأوقاف 91 – 10: "يجوز جعل حصة المنتفع ضمانا للدائنين في المنفعة فقط أو في الثمن الذي يعود إليه ." مما يدل على جواز أن يجعل المنتفع في الملك الوقفي حصته ضمانا للدائنين، غير أن هذا الضمان للدين لا يسمو إلى مرتبة الرهن، وذلك حماية لأصل الملك الوقفي من أن يترتب عليه حق عيني قد يؤدي في النهاية إلى الحجز عليه وبيعه، ولذلك أكد المشرع الجزائري على أن الضمان يرد على المنفعة فقط، فهذا الضمان هو بمثابة تنازل عن حق الموقوف عليه في منفعة الملك الوقفي، بحيث يحل الدائن محل الموقوف عليه في استيفاء منفعة الملك الوقفي العينية، أو المقابل النقدي الذي ينتج نتيجة تقسيم موارد استغلال الملك الوقفي.

وقد أحسن المشرع الجزائري بالنص صراحة بموجب المادة 636 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على عدم جواز الحجز على الأموال الموقوفة وقفا عاما أو خاصا، ما عدا الثمار والإيرادات، حيث يشكل هذا النص حماية قانونية خاصة لأصل الملك الوقفي من أن يكون موضوعا للتصرف فيه، وبالتالي حماية طابع الوقف الأبدي[1].

غير أنه لا يتصور حق ترتيب الديون إلا في حالة الملك الوقفي الخاص أو الملك الوقفي العام الذي تكون فيه الجهة الموقوف عليها شخصا معنويا، كمؤسسة المسجد أو الجمعيات مثلا التي يمكنها التنازل عن حقها في المنفعة ، أما إذا كانت الجهة عامة غير محددة ، كالفقراء أو عابري السبيل مثلا، فلا يمكن تصور التنازل عن المنفعة في هذه الحالة.

ثالثا: حق الموقوف عليهم في قسمة منافع الملك الوقفي

القسمة إما عينية أو قسمة منفعة، أما الأولى فترد على أصل الملك، وتؤدي إلى إفراز نصيب كل شريك على حدى عن نصيب غيره، وأما الثانية فترد على منافع الملك المشترك، وبالتالي تؤدي إلى اختصاص كل شريك في منفعة نفس الشيء، فالقسمة الأولى هي قسمة ملك

---

[1] – إن قابلية التنازل عن الحق المالي يستتبع حتما قابلية الحجز عليه، ما لم يرد نص قانوني يمنع ذلك، و لذلك إذا تقرر بموجب شرط الواقف أو بنص القانون أن الحجز يرد على منفعة الملك الوقفي فقط، فإنه ليس من شأن الحجز أن يؤدي إلى بيع أصل الملك الوقفي، وبالمقابل إذا اشترط الواقف عدم جواز الحجز على منافع الملك الوقفي فإنه لا يصح الحجز عليها. لذلك فإن جودة الصياغة التشريعية تقتضي أن يرد في النص ضرورة احترام شرط الواقف إذا كان لا يجيز الحجز ، لذلك في حال وقع تنازع فيحتكم إلى النص الخاص، وهو قانون الأوقاف الذي يؤكد على احترام شرط الواقف.

فالأصل فيها أن تكون دائمة، أما الثانية فلا تتم إلا على سبيل المهايأة، فلا تكون إلا مؤقتة، ولما كان الموقوف عليهم لا يملكون أصل الملك الوقفي، بل يملكون منفعته فقط، فإنه لا يتصور أن يمنح لهم حق إجراء قسمة تمليكية لتنافيها مع طابع تأبيد الملك الوقفي [1]، غير أن التساؤل يثور حول جواز قسمة المهايأة؟

لما كانت قسمة المنفعة بطبيعتها قسمة مؤقتة، فلم تتعارض من هذا الوجه مع استمرار وتأبيد وجود أصل الملك الوقفي، ولذلك فإنها جائزة، ما لم ينص الواقف على عدم جوازها، فيجب احترام شرطه، و قسمة المنفعة كما أجازها الفقهاء، قد تكون بصورة طبيعية، وذلك في حالة توزيع المبالغ المتحصل عليها من استغلال محل الوقف، بحيث يمنح لكل منتفع شريك في الانتفاع حصته التي حددها الواقف، وقد تكون قسمة استغلالية، والتي بدورها قد تكون زمانية أو مكانية، فالأولى تكون بأن ينتفع كل واحد من الشركاء على التعاقب بجميع العين المشتركة مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه أو بنسبة حصته، كأن يتم التهايأ على زراعة الأرض الزراعية التي هي أصل الملك الوقفي، بحيث يزرعها أحد الشركاء المنتفعين سنة، ويزرعها الآخر سنة أخرى، أما المهايأة المكانية، فتكون بأن يختص كل واحد من الشركاء المنتفعين ببعض المال المشترك بحسب نسبة حصته، فينتفعون معا في وقت واحد، كأن يشغل كل واحد من المنتفعين جزء من الدار الموقوفة للسكن، ففي هذه الحالة لا تصح القسمة إلا في الموقوفات التي تقبل القسمة بطبيعتها، فلا تتصور في كتاب مثلا[2].

---

[1] – جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث أن المادة 219 من قانون الأسرة تنص على أن الشروط المحددة من قبل المحبس على مال محبس نافذة باستثناء تلك التي تكتسي خاصية عدم المطابقة مع الطابع الشرعي للوقف، هذه الأخيرة تعتبر باطلة و كل أثر باطل و أن المادة 220 من قانون الأسرة تنص على أنه يبقى الحبس قائما مهما طرأ على الشيء المحبس من تغيير في طبيعته.

حيث أنه بالأمر بقسمة الأملاك العقارية موضوع الحبس، فإن قضاة الموضوع خرقوا مقتضيات المادة المشار إليها أعلاه، وعرضوا قرارهم للنقض.". قرار رقم 501389، مؤرخ في 11 – 02 – 2009، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد 01، ص 232.

– تجدر الإشارة فيما يخص هذا القرار إلى أن المادة 219 من قانون الأسرة تنص: "كل ما أحدثه المحبس عليه من بناء أو غرس في الحبس يعتبر من الشيء المحبس.".

[2] – الزحيلي وهبه، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج 2، مرجع سابق، ص 328 – 329. كذلك: يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 99 و ص 115.

و إذا كانت إجازة قسمة المهايأة تستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، مع ذلك لا بد من تنظيم المسألة بنص قانوني خاص، حتى لا تؤدي القسمة ولو كانت واردة فقط على المنافع إلى الإضرار بأصل الملك الوقفي، أو التقليل من قيمته في الانتفاع، وبشكل خاص حتى لا تؤدي إلى الخروج عن إرادة الواقف وتغيير شرطه[1].

ولذلك أرى أهمية أن يتم حصر حق القسمة في حالة الملك الوقفي الخاص أو الملك الوقفي المشترك، فالأول من حيث أن المنتفعين يكونون محصورين ومعينين، حيث تتم القسمة وفق استحقاقهم المحدد في عقد الوقف، فأمكن تحقق المهايأة بيسر بينهم دون أن يضر بحق أحدهم في الانتفاع على حساب الآخر، وأما بالنسبة للنوع الثاني فلأن المقصود بقسمة الملك الوقفي المشترك، مجرد استقلال كل من الجهتين المتعاصرتين في الاستحقاق، وهي قسمة لا تنهي الوقف، ليصبح الجزء الذي يدخل في نصيب الجهة الخاصة ملكا للمستحقين، ذلك أن الوقف المشترك يتضمن منذ إنشائه تحديد حصة معينة للجهة العامة وأخرى للجهة الخاصة، فتكون كلتا الحصتين مستحقة ابتداءا، فيقع استحقاق كل منهما استقلالا عن الآخر بوصفهما كيانين مستقلين[2].

أما بالنسبة لحالة الملك الوقفي العام فلا يتصور حدوث قسمة المنفعة فيه إذا كان على جهة خيرية عامة، كالفقراء وطلبة العلم، لأنه يصعب تنظيم المهايأة بينهم، بل إن كثرة عددهم

---

[1]– جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث إذا كانت الأموال المحبسة لا تخضع لأحكام الميراث، ولا لقواعد قسمة التركة إلا أنه بإمكان المنتفعين من الحبس اختيار –عن طريق التراضي أو التقاضي– الطريقة المثلى لاستغلال الأموال المحبسة والانتفاع من مردودها في إطار المحافظة على بقائها ووحدتها، وذلك تطبيقا لإرادة المحبس المعبر عنها في عقد الحبس...". قرار رقم 271299، مؤرخ في 26 – 05 – 2004، مشار إليه في: باشا، القضاء العقاري، مرجع سابق، ص 286.

[2]– أجاز المشرع اللبناني قسمة الملك الوقفي الخاص وكذلك الملك الوقفي المشترك قسمة لازمة بناء على طلب المستحقين أو أحدهم متى كان قابلا للقسمة ، ولم يكن في ذلك ضرر ظاهر محقق، فيتم قسمة الملك الوقفي بواسطة المحكمة قسمة إجبارية لازمة، واختصاص كل مستحق بالنظر إلى نصيبه ومن بعده إلى ذريته. حيث أن المصلحة الظاهرة للمستحقين استدعت تغيير توجه المشرع اللبناني بإجازة قسمة أعيان الوقف قسمة جبر و اختصاص، بعد أن كان لا يجيز إلا قسمة المهايأة، غير أنه ضبطها بأن تكون في شيء يقبل القسمة، وبأن لا تؤدي إلى الإضرار بعقار الوقف أو بالمستحقين. مسقاوي، مرجع سابق، ص 71 – 74. كذلك: يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 115– 120.

– غير أنه من وجهة نظر خاصة فإنه لا ينبغي الأخذ بما ذهب إليه المشرع اللبناني، لأن تبني رأيه لا يكون إلا على أساس الأخذ بالمذهب الحنبلي الذي تؤول فيه ملكية الموقوف للموقوف عليهم ، من جهة أخرى فإن النتيجة التي وصل إليها المشرع اللبناني يمكن الوصول إليها بإجازة قسمة المهايأة دون أن تؤدي إلى منح الموقوف عليهم حق تملك أصل الوقف.

قد يجعل المهايأة بينهم تؤدي إلى تغيير المقصد الذي أراده المشرع من الانتفاع، مع ذلك تتصور قسمة المهايأة في حالة كان الموقوف عليهم أكثر من شخص معنوي، وبشكل خاص إذا كانوا من نفس الجنس، كمسجد ومسجد، حيث يمكن تنظيم التهايأ بينهم في المنفعة تحت إشراف السلطة المكلفة بالأوقاف بما لها من حق الولاية على الأملاك الوقفية العامة، مع الأخذ بالاعتبار في جميع الأحوال أن لا تؤدي القسمة إلى الإضرار بأصل الملك الوقفي، أو حقوق المستحقين، أو المساس بإرادة الواقف، ولذلك تبقى هذه المسألة من مسائل الواقع التي يجب أن تخضع لتقدير قضاة الموضوع، وذلك حماية لمصلحة الوقف والموقوف عليه وإرادة الواقف، على غرار ما هو مقرر بالنسبة لقسمة أموال القاصر.

المطلب الثاني: ضوابط استحقاق الموقوف عليهم في منفعة الملك الوقفي

إن الضابط الأساسي في تحديد كيفية الاستحقاق في منفعة الملك الوقفي، هو الالتزام بشرط الواقف الذي نص عليه عند إنشاء وقفه باللفظ الذي ورد به، غير أنه قد يغفل الواقف عن ذلك أو لا يكون واضحا فيما نص عليه، أو لا تعرف شروط الواقف خاصة بالنسبة للأوقاف القديمة، مما يستدعي البحث عن إرادة الواقف و مقصده في تحديد طريقة الانتفاع وصرف الريع للمستحقين، لذلك فإن الأصل هو ثبوت حق الواقف في تحديد طريقة الانتفاع بالملك الوقفي الذي أنشأه (الفرع الأول)، واستثناءا البحث عن مقصد الواقف في تحديد طريقة الانتفاع بوقفه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ثبوت حق الواقف في تحديد طريقة الانتفاع بوقفه

يحرص الواقف في أغلب الأحيان على النص في عقد وقفه على المستحقين فيه، وأوجه الاستحقاق، وطريقة تقسيم الريع بين المستحقين، بل يستفيض بعض الواقفين حماية لمقاصدهم على ترتيب الاستحقاق في الوقف على نمط معي ن، بحيث لا يبقى أمام الناظر على الملك الوقفي وكذلك الموقوف عليهم إلا احترام إرادة الواقف و تنفيذها، باعتبارها بمثابة القاعدة الآمرة التي يجب إتباعها وعدم مخالفتها إلى غير حكمه، وهو ما يفهم من نص المادة 17 من قانون الأوقاف 91 – 10 بنصها على أيلولة حق الانتفاع في الوقف إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف و شروطه، فالقاعدة العامة التي تعتبر النظام الأساسي لكل ملك وقفي هو أن شرط الواقف يراعى مادام ليس فيه تفويت لمصلحة الموقوف عليهم أو تعطيل لمصلحة الوقف أو إخلال بحكمه أو مخالفة للشرع.

كما أكد القضاء الجزائري على ضرورة احترام إرادة الواقف فيما يخص تحديد طريقة الانتفاع بوقفه، معتبرا مخالفة إرادة الواقف من قبيل التعدي الذي يحمل المعتدي المسؤولية، وهو ما يتبين من القرار الآتي نصه: "حيث يتضح من عقدي الحبس المؤرخين في 10 – 11 – 1942 و 28 – 02 – 1952 أن المرحوم (ق ح م) حبس عقارات واقعة بمستغانم ولكن مع التوضيح بأنه يحتفظ بحق الانتفاع و الاستغلال لنفسه طوال حياته و أنه بعد وفاته ينتقل حق الانتفاع و الاستغلال إلى ورثته الذكور الذين عددهم و أنه فقط في حالة عدم وجود ورثة ذكور تصبح العقارات محبسة لفائدة البقاع المقدسة. وأنه طالما يوجد ورثة ذكور كما هو منصوص عليه في عقدي الحبس، فإن حق الانتفاع و استغلال العقارات يعود إليهم، وأن مديرية الشؤون الدينية لولاية مستغانم لا يمكنها أخذها. وعليه فإن تصرف مديرية الشؤون الدينية بأخذ العقارات المتنازع عليها وتأجيرها للغير يعتبر تعديا طالما يوجد ورثة ذكور، مما يستوجب الحكم عليها بردها، ودفع مبالغ الإيجار المقبوضة منذ سنة 1976."[1].

ووفقا لشرط الواقف قد يخول المنتفع سلطتي الاستعمال والاستغلال، كما يمكن أن يملك حق انتفاع فقط بنفسه، أو حق استغلال دون الاستعمال، وذلك على النحو الآتي:

---

[1] – قرار رقم 137561، مؤرخ في 05 – 05 – 1996، المجلة القضائية 1996، عدد 02، ص 147.

– في قرار آخر للمحكمة العليا: "حيث يتضح من خلال مراجعة القرار المنتقد أن القضاة أمروا بإعداد مشروع قسمة على ضوء عقد الحبس المشار إليه أعلاه، وطبقا لذلك قام الخبير المعين بإنجاز مهمته حسب فريضة الهالك، وبعد حصر مخلفات التركة انتهى إلى استخراج حقوق مورث المدعى عليهم في الطعن و أثبت قيام بعض الطاعنين في التصرف في الأملاك المحبسة عن طريق البيع مخالفين بذلك عقد الحبس وهو الذي تسبب في حرمان المدعى عليهم في الطعن من الانتفاع بحقوقهم منذ أن نشب النزاع في سنة 1967... وهو ما جعل القضاة يعتمدون على الخبرة ويردون عن هذه الدفوع وقرارهم بقولهم "أن الخبير قدم مشروع قسمة للأملاك المحبسة وحدد ملكية المستأنفين، وأن هذه الأملاك كان يتعين استغلالها والانتفاع بها طبقا لإرادة المحبس، وأنه ثبت أن المستأنفين(المدعى عليهم) في الطعن حرموا من استغلال حقوقهم منذ سنة 1967، وأن الخبير قد قدر التعويض عن الاستغلال اللامشروع وأن المستأنف عليهم يزعمون بأنهم يشغلون الأمكنة بموجب عقد الحبس دون الإشارة إلى حقوق المستأنفين الذين شملهم رسم الحبس هم أيضا." وبناء على هذه المعطيات يكون القضاة قد قاموا بحصر النزاع ودراسة كل جوانب الدعوى و كان قرارهم مسبب بما فيه الكفاية مما يجعل الوجه بفرعيه غير مؤسس، ويستتبع ذلك رفض الطعن لعدم التأسيس.". قرار رقم 200374، مؤرخ في 26 – 07 – 2000، نشرة القضاة 2006، عدد 57، ص 225.

– لا شك أن القسمة المقصودة في هذا القرار هي القسمة الودية على استغلال منافع الوقف، وليس المقصود منها تملك أصل الملك الوقفي كما اعتقد الطاعنون ببيعهم لأصل الملك الوقفي، كما أن الاستغلال غير المشروع، ترتب عليه التعويض لمصلحة بقية المستحقين في الوقف وفقا لإرادة الواقف.

– الأصل أن ملك منفعة الوقف يمنح المستحق أن ينتفع بالموقوف بالاستعمال أو الاستغلال، سواء نص الواقف عند إنشاء وقفه على حق المستحق فيهما، أو اكتفى بالإشارة إلى أن للمستحقين في الوقف أن ينتفعوا به كيفما شاءوا، فمن وقفت عليه دار، له أن ينتفع بها بسكناها بنفسه، أو أن ينتفع بها بواسطة غيره، وذلك بتأجيرها وتحصيل ريع الإيجار، أو إعارتها للغير دون أجر.

– قد يشترط الواقف أن حق المستحق في المنفعة مقصور على الانتفاع بنفسه فقط، فيمنحه الحق في الاستعمال بنفسه فقط، كما في تخصيص الواقف دارا لسكنى طلبة العلم، فلا يكون للمستحق إلا أن ينتفع بنفسه فقط وليس له أن يتصرف في المنفعة بطريق الاستغلال.

– قد يشترط الواقف أن حق المستحق في المنفعة مقتصر على الاستغلال فقط، فلا يكون له الانتفاع بنفسه، فيكون له تأجير الدار الموقوفة وتحصيل الريع، ولكن لا يكون له السكنى فيها[1].

الفرع الثاني: البحث عن مقصد الواقف في تحديد طريقة الانتفاع بوقفه

على الرغم من أن المشرع الجزائري لم يضع قاعدة قانونية تنظم بشكل مباشر حكم لفظ الواقف، إلا أنه ليس من الصعب تحديد موقفه باستقراء النصوص القانونية المنظمة للملكية الوقفية، حيث يستنتج موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 06 من قانون الأوقاف 91 – 10 التي اعتبرت أن الوقف العام قد يكون محدد الجهة وهو الذي يحدد الواقف مصرف معين لريعه، بحيث لا يصح صرفه على غير المصرف الذي حدده الواقف ، إلا إذا استنفذ المصرف الذي حدده الواقف، أما الوقف غير محدد الجهة فهو الذي لا يحدد فيه الواقف مصرف معين لريعه، وفي هذه الحالة نص المشرع على أوجه صرفه ، وذلك في نشر العلم وتشجيع البحث فيه ، وفي سبيل الخيرات ، وهو ما يدل على أن الأولوية في تحديد الاستحقاق هي لإرادة الواقف، فلا يمكن الخروج عنها إلا إذا لم توجد، حيث يتدخل المشرع في هذه الحالة للتعبير عن مقصد الواقف.

كذلك اعتبر المشرع الجزائري بموجب نص المادة 08 من قانون الأوقاف 91 – 10 وقفا عاما مصونا كل وقف خاص لم تعرف فيه الجهة المحبس عليها، وكل ملك آل إلى الأوقاف

[1] – الخفيف، مرجع سابق، ص 23 – 24.

العامة ولم يعرف واقفه ولا الموقوف عليه ومتعارف على أنه وقف، وبالتالي فإنه يخضع في تحديد مصرفه وطريقة الانتفاع به للنصوص التشريعية المنظمة لمصارف الأوقاف العامة [1]، حيث نصت المادة 38 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها أنه: "لا يجوز صرف إيرادات الأوقاف إلا في حدود التخصيص المقرر لها ضمن أحكام هذا المرسوم مع مراعاة شروط الواقف ." فالأصل العمل بشرط الواقف في تحديد جهة الوقف ومصارفه، فإذا لم يحدد الواقف ذلك يتم الرجوع إلى النصوص التشريعية في تحديد أوجه الصرف وضبطها[2].

وهكذا يظهر أن المشرع الجزائري ضبط مسألة تحديد المستحقين لمنفعة وريع الملك الوقفي، فقد جعل هذا الحق مخولا للواقف، فيكون نص الواقف بمثابة النص الآمر الذي لا تجوز مخالفته في استحقاق الموقوف عليهم من وقفه وكيفية توزيع غلته، فإذا لم يستعمل الواقف حقه في تحديد المستحقين وأوجه صرف ريع الملك الوقفي، فيتدخل المشرع بقواعد مكملة يحدد من خلالها أوجه صرف ريع الملك الوقفي.

فتتحقق بذلك نية المشرع في حماية الأملاك الوقفية كثروة حقيقية يراد لها البقاء والديمومة، لما تدره من مكاسب ومنافع يجب المحافظة عليها بكل الطرق، وهي الغاية نفسها التي جعلت المشرع الجزائري يخرج عن قاعدة الالتزام بلفظ الواقف إلى البحث عن مقصده من الوقف، وذلك من خلال نص المادة 26 مكرر 4 من قانون الأوقاف 91 – 10 التي نصت: " يصح تغيير وجهة الملك الوقفي إلى ما هو أصلح له وللمستحقين ما لم يمنع ذلك شرط من شروط الواقف، وفي حالة وجود مانع يلجأ إلى القاضي الذي يصدر حكما يراعي مصلحة الوقف والموقوف عليهم، وفقا للأحكام والإجراءات المنصوص عليها في القانون." حيث يفهم من هذا النص أن تقييد الواقف الموقوف عليهم بوجه خاص للانتفاع يجب احترامه، غير أنه

---

[1] – أهم النصوص التشريعية التي يتم الرجوع إليها في تحديد النفقات العامة للوقف هي المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، و كذلك القرار المتعلق بتحديد كيفية ضبط الإيرادات والنفقات الخاصة بالأملاك الوقفية، السابق الإشارة إليه.

[2] – المواد: 32 و 33 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها، وكذلك المواد 03، 04، 05، 06 من القرار المتعلق بتحديد كيفية ضبط الإيرادات والنفقات الخاصة بالأملاك الوقفية السابق الإشارة إليه.

إذا كانت مصلحة الوقف والموقوف عليهم تقتضي تغيير وجهته يتم الـلجوء إلى القضاء، لتقدير المصلحة في ذلك، وفي هذا الإطار نص المشرع صراحة على إمكانية إدماج الأراضي الفلاحية الوقفية المجاورة للتجمعات السكنية ضمن الأراضي العمرانية، و لا شك أن المشرع أخذ بالاعتبار مقصد الواقف في تحقيق أفضل انتفاع للموقوف عليهم[1].

غير أن المصلحة تقتضي أن يتدخل المشرع بقواعد آمرة تسمو على إرادة الواقف، فيشترط قبل صرف غلة الوقف على المستحقين البدأ أولا بنفقات صيانة أصل الملك الوقفي ، و وسداد ديونه، حيث تعتبر نفقات صيانة الملك الوقفي للحفاظ عليه مقدمة على أي نفقة أخرى ، فسواء نص عليها الواقف أو لم ينص فلابد من القيام بها ، و لذلك فالمتفق عليه فقها أنه إذا اشترط الواقف أن لا يعمر الملك الوقفي إذا احتاج إلى التعمير ، أو اشترط أن يقدم إعطاء الموقوف عليهم كفايتهم ثم يعمر بما يفضل، بطل شرطه ولم يلتفت إليه، لأن فيه إضرارا بمصلحة الوقف والموقوف عليهم[2]، وقد جعل المشرع الجزائري من أهم الصلاحيات التي يلتزم بها ناظر الملك الوقفي طبقا لنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها، السهر على أداء حقوق الموقوف عليهم مع مراعاة شروط الواقف بعد خصم نفقات المحافظة على الملك الوقفي، وحمايته وخدمته المثبتة قانونا ".

[1] – المادة 26 مكرر 3 من قانون الأوقاف 91 – 10.

[2] – الزرقا، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 144 – 145.

خلاصة الفصل الثالث

أخلص من خلال ما ورد في هذا الفصل أن التكييف القانوني للملك الوقفي على أنه شخص اعتباري أضفى على الملك الوقفي طابعا مؤسسيا مستقلا من شأنه أن يحقق مميزات تتلاءم بشكل واضح مع حقيقة الوقف ومقاصده التي شرع لأجلها، فالملك الوقفي له نظام أساسي يتكون من شروط الواقف المعتبرة شرعا وقانونا ومن الأحكام الشرعية والقانونية الآمرة منها والمكملة، كما يتمتع الملك الوقفي كشخص معنوي بذمة مالية مستقلة تمنع من اختلاط أمواله بالأموال العامة.

وبناءا على استقلالية الذمة المالية للملك الوقفي فإن الاستدانة لمصلحته جائزة بل تصبح واجبة عندما يكون الملك الوقفي مهددا بالإضرار به في حالة عدم اللجوء إلى الاستدانة عليه مع الحاجة إليها، و بهذا الصدد يكون على المشرع الجزائري أن يحدد ضوابط اللجوء إليها، والتي لا ينبغي ترك الرجوع في تحديدها لأحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك الأمر بالنسبة لإجازة الاستدانة من الملك الوقفي لابد من نص صريح يحصر حالاتها وضوابطها حتى لا يؤدي إغفال ذلك إلى تفويت الملك الوقفي تدريجيا.

كما أنه لابد للملك الوقفي كشخص معنوي من متولي يتولى شؤونه و يباشرها باستقلالية، وواقعيا فقد أدى اعتماد التسيير المركزي إلى مجموعة كبيرة من المشكلات التي عادت سلبا على مستقبل الأملاك الوقفية، لذلك اقتضت حماية الأملاك الوقفية ضرورة التخلي عن هذا الأسلوب لعدم ملائمته والاتجاه نحو تكريس الاستقلالية في إدارة الأملاك الوقفية مع تفعيل آليات الرقابة عليها.

و أخلص بالنسبة لترتب حق الانتفاع للموقوف عليهم بنشوء الملك الوقفي، إلى أن ذلك يجسد القيمة الحقيقية للملك الوقفي، فحق الموقوف عليه هو حق ملكية لمنفعة الملك الوقفي، يترتب عليه جواز تصرف الموقوف عليه في المنفعة التي تعتبر حقا ماليا، غير أنه يجب أن يضبط ذلك بما يحول دون أن يكون ذلك وسيلة للتصرف في أصل الملك الوقفي ذاته، وهذه المسالة تحتاج إلى أن يضبطها المشرع الجزائري بدقة.

خلاصة الباب الأول

أخلص من خلال فصول هذا الباب إلى أن القواعد القانونية المنظمة لإنشاء الملك الوقفي، غير مؤهلة للتشجيع على إنشاء أملاك وقفية، وغير قادرة على أن تكفل للأملاك الوقفية الموجودة تحقيق الغايات التي شرع الوقف لأجلها، والكثير من تلك القواعد متفرقة في كتب الفقه الإسلامي، و المقننة منها مشوبة بالغموض أو الخطأ أو النقص.

فلم يوفق المشرع الجزائري عندما ترك تنظيم الملك الوقفي الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، فمن جهة فإن موقفه هذا غير مبرر، ويفتح المجال لتأويل مقصود المشرع الجزائري بعكس مقصد التشجيع على إحياء سنة الوقف، ومن جهة أخرى فإن الوقف الخاص المعتد به هو الذي يؤول في النهاية وقفا على جهة بر عام ، فكان مهما استبقاء تنظيم الوقف الخاص ضمن منظومة قانونية موحدة للوقف بأنواعه المختلفة، مع تخصيص فصول مستقلة للأحكام الخاصة لكل نوع.

ولا شك في أنه إذا ظهر خلل في شروط صحة تكوين الوقف أو نفاذه، يكون مصير الوقف البطلان، لأن الوقف لم يكن من أصله صحيحا أو نافذا، فالملك الوقفي الذي يحميه القانون و يرتب عليه آثاره و يمنع انتهاؤه هو الوقف الذي ينشأ صحيحا، ومن هنا تأتي فائدة تحري أن ينشأ الوقف صحيحا منذ البداية و من ذلك اشتراط تحريره ممن له القدرة على مراقبة توافر شروط صحته ونفاذه انطلاقا من وضوح النصوص القانونية، وهو ما لا يتوافر حاليا في التنظيم القانوني لقواعد إنشاء الملك الوقفي.

إن الملك الوقفي في نظر القانون هو شخص قائم بذاته ، وهذه الشخصية تجعله مستقلا عن شخصية الشخص الذي رصد الأموال لغرض الوقف، وعن المنتفعين بتلك الأموال، فهو يملك نفسه، ويخرج بذلك عن ملك جميع الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة وكذلك عن ملك الأشخاص الطبيعية، فينبغي أن يقتصر دور الدولة على السهر على احترام إرادة الواقف وتنفيذها، و يقتصر دور الموقوف عليهم في الانتفاع بمنافع الوقف في حدود ما يسمح به النظام الأساسي للوقف.

الباب الثاني: التنظيم القانوني لآليات المحافظة على استمرار وجود أصل الملك الوقفي

إن فكرة الوقف قائمة على منع التداول العادي لأصل الملك الوقفي، وذلك حتى يبقى الملك الوقفي مرصودا بشكل مستدام لتمويل الفعل الخيري الذي أوقف لأجله بشكل خاص، وتحقيق تنمية مستدامة للمجتمع بشكل عام، فقيمة الأملاك الوقفية لا تتوقف عند إنشائها بل إن وجود الأملاك الوقفية يفرض المحافظة على استمرارية وجودها، و هو ما يتحقق –وفقا لما نص عليه الفقهاء قديما وحديثا– بحسن تسيير و إدارة الأملاك الوقفية ، بموجب أعمال الإدارة و التي تشمل أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة التي ترد على استغلال الأملاك الوقفية وتنميتها واستثمارها من قبل من يتولى أمورها.

وليس هناك شك وانطلاقا من المفهوم البسيط للوقف أنه إخراج لملكية المال من ملك صاحبه إلى ملك الله تعالى يبعث في النفوس تعظيما لهذا المال، ويجعل له حرمة، باعتباره مال الله تعالى فيمتنع الأفراد عن التعدي عليه بمختلف أشكال التعدي التي قد لا يتورع عنها بالنسبة لأموال أخرى، غير أن الأخذ بالاعتبار القيمة المعنوية التي تضفى على المال بنسبته إلى الأوقاف ليست كافية وحدها لتورع الأفراد و الإدارة على السواء عن التعدي عليه بأشكال مختلفة بما فيها مصادرته أو إدعاء تملكه –كما دلت عليه الحوادث– خاصة عند ضعف الوازع الديني، وعدم وجود الأملاك الوقفية في وضعية قانونية تثبت وتحصن وجودها القانوني والفعلي.

لذلك لابد من توفر آليات قانونية يكون من شأنها ضمان المحافظة على قيمة الملك الوقفي بعد إنشائه و ضمان ديمومة استمراره في العطاء الذي رصد لأجله، حيث يفترض توفر قواعد قانونية تنظم أعمال الإدارة التي من شأنها تحقيق استدامة الملك الوقفي، وقواعد تبين كيفيات تثبيت الوضعية القانونية للأملاك الوقفية وتقوية مركزها القانوني بما يحصنها إزاء مختلف الأشكال المحتملة للاعتداء عليها.

وعلى هذا الأساس أدرس في هذا الباب التنظيم القانوني لأهم الآليات التي تكفل المحافظة على قيمة الملك الوقفي واستمرار وجوده، فيأتي تقسيم هذا الباب إلى ثلاث فصول على النحو الآتي:

الفصل الأول: التنظيم القانوني لأعمال الإدارة الواردة على الملك الوقفي

الفصل الثاني: التنظيم القانوني لكيفيات تثبيت الوضعية القانونية للأملاك الوقفية

الفصل الثالث: التنظيم القانوني لحماية الأملاك الوقفية مدنيا في مواجهة التعدي عليها

الفصل الأول: التنظيم القانوني لأعمال الإدارة الواردة على الملك الوقفي

لقد سبق الإشارة إلى أن الأوقاف في التشريع الجزائري تنقسم بحسب غرضها إلى أوقاف ذات غرض تعبدي أو ما تسمى قانونا أماكن الشعائر الدينية كالمساجد والمقابر وغيرها مما له طابع ديني تعبدي محض، فهذه يتولى تسييرها موظفون دينيون، كأئمة المساجد ، والقيمين والمؤذنين وغيرهم في إطار النصوص القانونية والتنظيمية التي وضعت قواعد وأسس الإدارة لهذا النوع من الأملاك الوقفية، أما الأوقاف القابلة للاستثمار كنوع ثاني ، فقد أكد المشرع الجزائري بموجب قانون الأوقاف 91 – 10 على ضرورة الالتزام باستغلالها (المبحث الأول)، وتفعيل التسيير التنموي الاستثماري لها (المبحث الثاني)، عن طريق إبرام عقود الإدارة بنوعيها المعتادة وغير المعتادة، وذلك وفقا للشروط والكيفيات المتعلقة باستغلالها واستثمارها وتنميتها المحددة قانونا.

المبحث الأول: الالتزام باستغلال الملك الوقفي في إطار أعمال الإدارة المعتادة

تتمثل أعمال الإدارة المعتادة في القيام بكل ما من شأنه استغلال الموقوف على وفق ما أعد له دون المساس بأصله، دون حاجة للحصول على إذن القاضي، حيث يجب استغلال الملك الوقفي بالشكل الأمثل، عن طريق إبرام عقود الإدارة المعتادة المنصوص عليها شرعا و قانونا ووفقا لإرادة الوقف، والالتزام بتنفيذها لمصلحة الوقف، و التي تتمثل في إبرام عقود الإيجار العادي (المطلب الأول)، و عقود صيانة وترميم وإصلاح الملك الوقفي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإدارة المعتادة للملك الوقفي عن طريق عقود الإيجار العادي

تعتبر إجارة الموقوف للانتفاع بالريع الناتج عن هذه الإجارة من المسائل المتفق عليها بين الفقهاء، وذلك إذا لم يكن الملك الوقفي معدا للانتفاع المباشر بأصله كوقف الدار للسكن والمسجد للصلاة، فلستغلال مثل هذه الأملاك الوقفية يكون بتمكين المستفيدين من الانتفاع من العين الموقوفة مباشرة حسب شروط الواقف، فلا يجوز لمن له حق الانتفاع بالسكن أن يستغل العقار الذي له عليه حق الانتفاع بإجارته وأخذ الأجرة لنفسه بدل الانتفاع المباشر به[1].

[1] – داغي علي محي الدين القرة ، (تنمية موارد الوقف و الحفاظ عليها)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الرابعة، العدد 07، نوفمبر 2004، ص 40.

والحقيقة أن الأحكام الفقهية المتعلقة بإجارة الأملاك الوقفية لا تختلف عن الأحكام المتعلقة بإجارة الأملاك الخاصة سواء من حيث ما يشترط لانعقادها، وصحتها، ونفاذها، وفيما يترتب عليها من حقوق، غير أن خصوصية الملك الوقفي يقتضي توفير ضمانات و احتياطات لا توجد في غيره زيادة في الحرص على حمايته ، حيث ناقش الفقهاء بالنسبة للضمانات مسألة من يملك إيجار الموقوف، ولمن يؤجر، ومقدار الأجرة، ومدتها، وانتهاء الإيجار.

وبنفس الحرص اهتم المشرع الجزائري بتنظيم إيجار الأملاك الوقفية بإضفاء شيء من الخصوصية، وهو ما يظهر بداية من خلال ما جاء في قانون الأوقاف 91 – 10 حيث نصت المادة 42 منه على تأجير الأملاك الوقفية وفقا للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول ، مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية، حيث يستنتج من ذلك الإحالة إلى أحكام عقد الإيجار في القانون المدني والقانون التجاري، وأحكام الإيجار الواردة في الفقه الإسلامي ، كما أن المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها خص إ يجار الأملاك الوقفية بشيء من التفصيل في الفصل الثالث منه تحت عنوان : "إيجار الأملاك الوقفية" حيث بينت المواد من 22 إلى 30 طرق إيجار الملك الوقفي، وشروطه وكيفية إنهائه بالاستناد إلى أحكام الشريعة الإسلامية وبعض أحكام القانون المدني.

وعلى هذا الأساس يأتي توضيح الضمانات التي ينبغي أن تمنح للملك الوقفي عند إيجاره بما يجعل عقد الإيجار آلية قانونية مثلى لاستغلال الملك الوقفي والمحافظة عليه، حيث تشمل هذه الضمانات انعقاد إيجار الملك الوقفي (الفرع الأول)، و الآثار المترتبة على انعقاده صحيحا (الفرع الثاني)، و انتهاءه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: انعقاد إيجار الملك الوقفي

استنادا لنص المادة 467 من القانون المدني فإن انعقاد إيجار الأملاك الوقفية لابد له من تراضي (أولا)، ومحل يرد عليه هذا التراضي (ثانيا).

أولا: التراضي

إذا كان الأصل في عقد الإيجار اعتباره من عقود التراضي فلا يشترط لانعقاده شكل خاص، غير أنه بالرجوع للمرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها يتبين خروج المشرع الجزائري عن هذا الأصل وذلك إرساءا لضمانة تشريعية خاصة بالملك الوقفي، تتعلق بالطريقة التي يتم بها الإيجار ، حيث يتم اللجوء إلى الإيجار عن

طريق المزاد العلني كأصل، واللجوء إلى التراضي كاستثناء، ولذلك لا بد من التطرق لمن له حق التأجير والاستئجار للملك الوقفي، ثم طريقة الإيجار التي نص عليها المشرع الجزائري.

1- صاحب الحق في تأجير واستئجار الملك الوقفي

لم يتطرق المشرع الجزائري للنص على من يملك تأجير الملك الوقفي، والسبب في ذلك يعود إلى إقرار المشرع لتمتع الملك الوقفي بالشخصية المعنوية، ولذلك فإن ممثله القانوني وهو الناظر يتولى إدارة الملك الوقفي بداهة [1]، وبالرجوع إلى النموذج المحدد لعقد إيجار الوقف والمحدد من قبل لجنة الأوقاف المركزية ، و كذلك المرسوم التنفيذي 2000 – 200 المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها يتبين أن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ممثلة في مديرية الشؤون الدينية والأوقاف على المستوى الولائي هي الجهة المخولة بتأجير الملك الوقفي.

أما بالنسبة لمستأجر الملك الوقفي كطرف ثاني في عقد إيجار الملك الوقفي، ففي غياب نص قانوني خاص يحدده، فإنه يجب الرجوع بشأنه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و التي قيدت حق الاستئجار بقيود تهدف إلى حماية مصلحة الملك الوقفي[2].

2 – طرق إبرام عقد إيجار الملك الوقفي المنصوص عليها في القانون الجزائري

أ- إيجار الملك الوقفي عن طريق المزاد العلني

طبقا لنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها يتم تأجير الأملاك الوقفية عن طريق المزاد العلني، بغض النظر عن

---

[1] – إن الذي يملك تأجير الملك الوقفي في الفقه الإسلامي هو الناظر وحده بما له من ولاية خاصة على الملك الوقفي ، وإذا كان الموقوف عليه هو المتولي للملك الوقفي– خاصة في حالة الوقف الخاص– فإنه يثبت له حق التأجير بوصفه متوليا يمثل الملك الوقفي لا بوصفه مستحقا ، وبالتالي لا يجوز للموقوف عليه مطلقا بصفته مستحقا أن يؤجر الملك الوقفي. ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص 611.

[2] – أهم القيود: – لا يجوز للناظر أن يقوم بتأجير الموقوف لنفسه أو لمن هو تحت ولايته، حتى لا يكون مؤجرا ومستأجرا في نفس الوقت، منعا للإضرار بمصلحة من يتم التمثيل لحسابه في العقد.

– لا يجوز للناظر أن يؤجر الملك الوقفي لمن لا تقبل شهادته له من أصوله وفروعه وزوجه، وذلك منعا للتهمة.

– عدم جواز تأجير الملك الوقفي لأجنبي، إلا إذا كانت الأجرة التي سيدفعها هي أجرة المثل، وهذا باستثناء حالة الضرورة.

وفي عدا الحالات التي تثير الشبهة والتهمة فيجوز التأجير لأي شخص قادر على الرضا وفقا للقواعد العامة، مع مراعاة إرادة الواقف وشروطه التي ينص عليها في عقد الوقف، والتي قد يحدد فيها صفة خاصة فيمن له حق الاستئجار. الكبيسي، أحكام الوقف، ج 2، مرجع سابق، ص 66 – 70.

طبيعة الملك الوقفي، أي سواء أ كان بناءا أو أرضا زراعية أو مشجرة.. .، بحيث يجري المزاد وفقا لنص المادة 23 من ذات المرسوم تحت إ شراف مدير الشؤون الدينية والأوقاف المختص إقليميا، وبمشاركة مجلس سبل الخيرات الذي يقوم بمهام تنشيط الحركة الوقفية وترشيد استثمار الأوقاف والمنصوص عليه بموجب المادتين رقم 08 و 12 من المرسوم التنفيذي رقم 91 – 82 المتضمن إحداث مؤسسة المسجد.

والفائدة من اللجوء إلى المزاد هي تجنب غبن الملك الوقفي ولذلك يجري المزاد على أساس دفتر شروط يحدد الوزير المكلف بالشؤون الدينية نموذجه ، ويتم الإعلان عن المزاد في الصحافة الوطنية أو عن طريق وسائل الإعلان الأخرى قبل 20 يوما من تاريخ إجراء المزاد، كما يتم تحديد السعر الأدنى ب إيجار المثل ، عن طريق الخبرة بعد معاينة المال الموقوف موضوع الإيجار بحضور ممثل عن السلطة المكلفة بالأوقاف إقليميا، وبـاستطلاع رأي المصالح المختصة كمديرية أملاك الدولة، ومديرية الفلاحة وغيرها من الجهات المختصة.

ب- إيجار الملك الوقفي عن طريق التراضي

نصت المادة 25 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها على إمكانية تأجير الملك الوقفي بالتراضي كاستثناء من الطريقة العامة في تأجيره، مراعاة للمقصد المرجو من الإيجار، وذلك إما لفائدة نشر العلم وتشجيع البحث العلمي، وكذلك لفائدة سبل الخيرات[1]، كما أنه توجد حالة أخرى فرضتها وضعية بعض الأملاك الوقفية في الجزائر التي تعرضت للتغيير خاصة بسبب قانون الثورة الزراعية، فبموجب المادة 25 من قانون الأوقاف 91 – 10 ورد النص على أن كل تغيير يحدث على العين الموقوفة لا تؤدي إلى إنهاء الملك الوقفي بل يبقى الوقف قائما شرعا ، وبالنسبة للحالات المخالفة لأحكام هذه المادة تسوى عن طريق التراضي بين المعنيين والسلطة المكلفة بالأوقاف طبقا لأحكام قانون الأوقاف، مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية، حيث تتم التسوية في الغالب عن طريق إبرام عقد إيجار بالتراضي حسب القواعد العامة.

---

[1] – حددت المادة 05 من المرسوم التنفيذي 91 – 82 المتضمن إحداث مؤسسة المسجد مجال سبل الخيرات، متمثلا في: الحفاظ على حرمة المساجد وحماية أملاكها ، ترشيد أداء الزكاة جمعا وصرفا ، المساهمة في حل المشكلات الاجتماعية مثل تيسير الزواج للشباب ورعاية اليتامى ومساعدة المحتاجين والمنكوبين ، محاربة المحرمات والانحرافات والآفات الاجتماعية وأسبابها.

وبشكل عام يتم تأجير الملك الوقفي بموجب ترخيص مسبق من الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف، وبعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف ، وذلك بموجب عقد إيجار يبرم بين المستأجر والهيئة المكلفة بالأوقاف والتي يمثلها على المستوى الولائي مدير الشؤون الدينية والأوقاف، حيث يخضع هذا العقد للأحكام القانونية المقررة لعقد الإيجار في القانون المدني الذي أصبح يشترط من خلال القانون 07 – 05 المعدل والمتمم له[1] ضرورة إفراغ عقد الإيجار في شكل مكتوب تحت طائلة البطلان، وحسب النموذج الذي حدد شكله المرسوم التنفيذي 94 – 69[2] المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار، وإن كان من الناحية العملية فإن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف تعتمد نموذجا خاصا يفرغ فيه عقد الإيجار الوقفي، وهو النموذج المعد من قبل لجنة الأوقاف المركزية طبقا لنص المادة 04 من القرار الوزاري رقم 29 المتضمن إنشاء اللجنة وتحديد صلاحياتها، حيث يراعي خصوصية الأملاك الوقفية.

ثانيا: محل عقد إيجار الملك الوقفي ومدته

إن المحل في عقد الإيجار ذو طبيعة مزدوجة، فهو بالنسبة إلى المؤجر يكون في منفعة الشيء المؤجر التي تقاس بمدة زمنية، وبالنسبة للمستأجر يكون في الأجرة التي يدفعها لقاء انتفاعه بالعين المؤجرة.

1- الأملاك الوقفية الجائز تأجير منفعتها

ينصب عقد الإيجار الوقفي على جميع الأملاك الوقفية التي تسمح طبيعتها ب إيجار منفعتها وفقا لنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها أي سواء كان بناء أو أرض بياض أو أرضا زراعية أو مشجرة عن غير أنه يأخذ بالاعتبار عدم جواز تأجير المحلات التي وقفها صاحبها للسكنى من قبل المستحقين، إذا اشترط الواقف عدم جواز تأجيرها.

و تجدر الإشارة أنه بالنسبة للنقود فقد كان الموقف الفقهي قديما يتجه إلى عدم إجازة أن تكون محلا لعقد الوقف بالنظر لعدم إمكانية تأجيرها، غير أن الراجح أن النقود التي لم تعد

---

[1] – مؤرخ في: 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2009، (الجريدة رسمية رقم 31، مؤرخة في 13 – 05 – 2007، ص 03.).

[2] – مؤرخ في: 07 شوال عام 1414 الموافق 19 مارس سنة 1994، (الجريدة رسمية رقم 17، مؤرخة في 30- 03 – 1994، ص 08.).

محل خلاف حول أهمية التشجيع على وقفها، يجب التعامل معها وفقا لما يتلاءم وطبيعتها الخاصة، فإذا كان لا يمكن إيجارها إيجارا عاديا، فإنها تخضع للاستثمار بطرق تناسب طبيعتها، كالمضاربة الوقفية والقرض الحسن[1] وهي الصيغ المنصوص عليها بموجب المادة 26 مكرر 10 المستحدثة بموجب القانون 01 – 07 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف 91 – 10.

2- بدل إيجار الملك الوقفي

بدل الإيجار هو المقابل الذي يلتزم المست أجر بدفعه للمؤجر لقاء انتفاعه بالشيء المستأجر، وذلك حتى لا يخرج العقد عن طبيعته إلى عقد عارية استعمال أو هبة انتفاع[2]، و تزداد أهمية هذا البدل في حالة عقد إيجار الملك الوقفي في أنه لا يمكن التصرف بأي حال من الأحوال في منفعة الملك الوقفي بعقد تبرع، لتعلق حق المستحقين بتلك المنفعة.

ووفقا للقواعد العامة فإن تحديد الأجرة يتم رضائيا بين طرفي العقد، كما يجوز أن تكون الأجرة نقودا أو شيئا قيميا أو منفعة [3]، أما بالنسبة للأملاك الوقفية فقد ضبط المشرع مسألة تحديد الأجرة بحسب كيفية أو طريقة انعقاد إيجار الملك الوقفي ، فبالنسبة لحالة الانعقاد عن طريق المزاد العلني، يشترط أن يفتتح المزاد العلني بأجر المثل كسعر أدنى، ويحدد السعر النهائي للإيجار بعد رسو المزاد على سعر معين، غير أنه يجوز استثناءا طبقا لنص المادة 24 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها تأجير الملك الوقفي بأربعة أخماس (5/4) إيجار المثل مع إمكانية الرجوع لثمن المثل متى توافرت الفرصة لذلك.

أما بالنسبة لحالة تأجير الملك الوقفي عن طريق التراضي ، فإن الأجرة يخضع تحديدها للقواعد العامة في القانون المدني ، حيث تحدد بالتراضي بين ناظر الملك الوقفي والمستأجر،

---

[1] – هويمل عوجان وليد، (وقف النقود وصيغ الاستثمار فيه)، بحث مقدم ضمن المؤتمر الدولي الثاني للأوقاف، المنعقد بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2006، ص 03 – 07. كذلك: هابيل عبد الرحمن، (وقف النقود الأهلي وأهميته للعمل المصرفي الإسلامي)، مجلة أوقاف، السنة الخامسة، العدد 09، شوال 1426هـ- نوفمبر 2005، ص 149.

[2] – السنهوري، الوسيط، ج 6، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 159.

[3] – على غرار أملاك الدولة والجماعات المحلية التي يتم تحديد بدل إيجارها من طرف الجهة المؤجرة وحدها، ويكون البدل نقودا دائما، فإنه في حالة الأملاك الوقفية المعدة للسكن فينبغي هي الأخرى أن يكون البدل فيها نقودا، وهذا ما يسمح بعمارة الملك الوقفي، و هذا هو المعمول به من خلال نموذج عقد الإيجار المعتمد من الوزارة.

غير أنه وفي جميع الأحوال لا ينبغي أن يتم تأجير الملك الوقفي بأقل من أجر المثل، أو بغبن فاحش، حيث يؤكد الواقع وجود أملاك وقفية مؤجرة بأسعار رمزية، إضافة إلى عدم انضباط المستأجرين في تسديد بدلات الإيجار، وإزاء هذا الوضع تتكفل السلطة الوصية على الأوقاف ممثلة في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف بالسهر على حماية الأملاك الوقفية من خلال مراجعة أسعار الإيجار الرمزية واعتماد أسعار الإيجار التي تطبقها دواوين الترقية و التسيير العقاري، وإخطار المستفيدين بذلك[1]، وكذلك بضبط السلطة التقديرية الواسعة التي تمنح لمديرية الأوقاف على المستوى المحلي بمناسبة إبرام عقود إيجار عن طريق التراضي، و ذلك من خلال ما أصدرته الوزارة من مذكرات لتدارك الوضع[2].

بينما بالنسبة لتحصيل مبالغ الإيجار، فإنه يتم دفع مبلغ الإيجار من قبل المستأجر في حساب الأوقاف المفتوح لهذا الغرض، مقابل وصل الدفع الذي يتسلمه المستأجر ليقدمه إلى مدير الشؤون الدينية والأوقاف على مستوى الولاية، الذي يتسلم منه بدوره وصلا عن دفع قيمة الإيجار[3]، وهو ما يضمن حماية الملك الوقفي من التلاعب بإيراداته.

وبشكل عام تبقى المتابعة الميدانية لاستغلال الأملاك الوقفية عن طريق الإيجار الحل الأفضل للمحافظة على حقوق الأملاك الوقفية في مواجهة الغير، حيث صدر عن مديرية الأوقاف والحج العمرة في هذا الصدد مذكرتين بغاية الأهمية، صدرتا بتاريخ 09 – 01 – 2002 الأولى هي المذكرة رقم 01 – 2002 والتي نصت على عناصر تقويم جديدة تسمح بالحصول على رؤية واضحة فيما يخص الأملاك الوقفية المؤجرة في كل ولاية وذلك من خلال جداول يتم إرسالها في نهاية كل ثلاثي تبين بشكل خاص نوع الملك المؤجر، والمستأجر، وقيمة

---

[1] – أكدت الوزارة الوصية على الأوقاف عدم سكوتها عن الاستنزاف الحاصل في الحظيرة الوقفية الوطنية الناتج عن عدم تسديد بدلات الإيجار، وعدم رضوخ المستأجرين لتحيين أسعار الإيجار بما يتلاءم مع القيمة الحقيقية للأملاك المؤجرة و التي يقع بعضها في مواقع إستراتيجية، واستمرار استغلالها ببدل إيجار رمزي، و أمام هذا الوضع أكدت الوزارة حتمية اللجوء إلى العدالة.

[2] – المذكرة رقم 01 – 06 المؤرخة في 12 – 04 – 2006 الصادرة عن مديرية الأوقاف والحج والعمرة تؤكد على ضرورة التصدي للإيجارات التي تتم بمبالغ رمزية.

[3] – التعليمة الوزارية رقم 37 – 96 المؤرخة في 12 – 06 – 1996 الصادرة عن وزير الشؤون الدينية المتعلقة بكيفية دفع إيجار الأوقاف، وكذلك التعليمة رقم 03 – 96 المؤرخة في 13 – 08 – 1996 الصادرة عن مديرية الأوقاف المتضمنة طريقة دفع إيجار الأوقاف.

الإيجار، مع ذكر حالة زيادة قيمة الإيجار ووقت إقرارها، بالإضافة إلى أرقام وتواريخ الوصولات بدقة، وبيان حالات التوقف عن الدفع وحالات عدم تسديد إيجار سابق، أما بالنسبة للمذكرة الثانية فتتمثل في المذكرة رقم 02 – 2002 والتي ركزت على ضرورة متابعة وضعية الأملاك الوقفية المؤجرة من الجانب المحاسبي، حتى تتمكن مصالح المديرية من إعداد جداول تفصيلية للإيرادات طبقا لما تم تحصيله فعلا بحساب الأوقاف.

كما يمكن طبقا للمادة 28 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها مراجعة قيمة الإيجار عند نهاية كل سنة من تاريخ سريان العقد أو من تاريخ آخر تجديد للعقد، حيث تتدرج مراجعة قيمة إيجار الملك الوقفي في إطار مواكبة التطور الاقتصادي والاجتماعي، ومراقبة أداء مديريات الأوقاف في تأجير الأملاك الوقفية، حتى لا تتمادى وتضيع مصلحة الوقف بتأجيره بمبالغ زهيدة لا تتناسب مع القيمة الحقيقية لهذه الأملاك[1].

3- مدة إيجار الملك الوقفي

وفقا للقواعد العامة فإنه يجب تحديد عقد الإيجار بمدة معينة تحت طائلة البطلان [2]، بينما نصت المادة 27 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها في فقرتها الأولى على أنه: "لا يصح تأجير الملك الوقفي لمدة غير محددة." حيث يتفق موقف المشرع الجزائري في ذلك مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي من أنه لا يجوز لمن يتولى إجارة الملك الوقفي أن يؤجره بإطلاق دون تحديد مدة معينة لإجارته، وذلك بالنظر للمخاطر الحاصلة بمخالفة ذلك[3].

---

[1] – بن مشرنن، مرجع سابق، ص 178 – 179 .

[2] – حدد المرسوم التنفيذي رقم 94 – 69 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار البيانات التي يجب أن يحتوي عليها عقد الإيجار والتي من بينها مدته، وكذلك تحديد تاريخ بداية وانتهاء مدة الإيجار، حيث يعتبر غياب مثل هذه البيانات انعدام لركن الكتابة ، مما يجعل العقد باطلا.

[3] – من المخاطر التي تخشى على وجود الملك الوقفي بمناسبة عدم تحديد مدة إيجاره: أن إطلاق مدة الإيجار يؤدي آجلا إلى خراب الموقوف وإهماله وضياع حقوق المستحقين، كما أن الأحوال الاقتصادية في تغير مستمر، مما يؤدي بدوره إلى تغير في قيمة الإيجار بالزيادة أو النقصان، وإطلاق مدة الإيجار سيؤدي حتما إلى الإضرار بأحد طرفي العقد ، أيضا فإن إطلاق مدة الإيجار قد يؤدي إلى إدعاء المستأجر أنه مالك للعين المستأجرة، وهو ما يتنافى مع المحافظة على استدامة الملك الوقفي. الكبيسي، ج 2، مرجع سابق، ص 90.

وبالنسبة لتحديد مدة عقد الإيجار، فبحسب طبيعة الملك الوقفي ونوعه تتحدد مدة إيجاره طبقا للفقرة الثانية من نفس المادة، ولذلك يمكن الرجوع طبقا لنص المادة 42 من قانون الأوقاف 91 – 10 للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول وأحكام الشريعة الإسلامية بشأن ذلك.

فبالنسبة للراجح في الفقه الإسلامي فإنه ينبغي مراعاة شرط الواقف في تحديد مدة عقد الإيجار والالتزام بالمدة التي حددها في حجة وقفه، ولا يمكن مخالفة شرطه إلا للضرورة ومن ذلك حالة عدم رغبة الناس في استئجار الوقف إلا لمدة أكثر من تلك التي اشترطها الواقف، فيجوز عندها للناظر أن يخالف شرط الواقف بإذن القاضي ، بينما قد يحدث أن يغفل الواقف عن تحديد المدة، فالرأي الراجح في هذه الحالة أن تقيد المدة، فتكون في الدور والحوانيت سنة، وفي الأرض 3 سنوات، وهذه المدة لا يجوز تعديها إلا للضرورة، كأن يحتاج الوقف للعمارة والترميم فيلجأ إلى الإجارة الطويلة[1].

بينما نجد أن المادة 468 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم 07 – 05 المعدل والمتمم للقانون المدني نصت: "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، وأما إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى ثلاث سنوات ." وبالتالي يفهم من هذا النص أن مدة الإيجار ينبغي ألا تتجاوز ثلاث سنوات كحد أقصى، بحيث إذا قام الناظر بتأجيره لأكثر من هذه المدة فإنه يتم تخفيضها إلى الحد الأقصى دون أن يبطل العقد.

غير أنه إذا كان ينطبق ذلك على المحلات المعدة للسكن بموجب إحالة المادة 26 مكرر 8 من قانون الأوقاف على أحكام القانون المدني، فإنه بالنسبة للمحلات التجارية نجد أن النموذج الذي تعتمده الوزارة الوصية في عقود إيجار الأملاك الوقفية ينص في مادته الثانية على أن مدة إيجار الملك الوقفي بالنسبة للمحلات التجارية هي عشرون شهرا ولا يجوز تجاوزها، وذلك تفاديا للتعويض الاستحقاقي نتيجة تكون القاعدة التجارية وفقا لأحكام القانون التجاري، أما غيرها من الأملاك الوقفية الأخرى فمدة تأجيرها ينبغي ألا تزيد على ثلاث سنوات ينتهي بعدها عقد الإيجار الوقفي بانتهاء مدته، غير أنه يبقى ممكنا مراجعة المدة عند تجديده

[1] – ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص587. كذلك: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4، مرجع سابق، ص 96.

طبقا لأحكام المادتين 27 و 28 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على إيجار الملك الوقفي

باستثناء الالتزامات الخاصة المنصوص عليها في نموذج عقد إيجار الوقف المعتمد من الوزارة وما ورد وفقا لل مرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها فإن الالتزامات التي يرتبها عقد إيجار الملك الوقفي لا تختلف عموما عما هو مقرر في القانون المدني والتجاري فيما يخص عقد الإيجار بصفة عامة، فيقع على الملك الوقفي ممثلا بالناظر كل الالتزامات الواقعة على المؤجر (أولا)، وبالمثل يقع على المستأجر الالتزامات العادية للمستأجر (ثانيا)،

أولا: التزامات الملك الوقفي كطرف مؤجر

1- تسليم المستأجر عين الوقف، صالحة للانتفاع بها

يتم تسليم العين الموقوفة حسب نموذج عقد إيجار الوقف، بتحرير محضر جرد يوقع عليه المستأجر بهدف حصر وتحديد ما سلمه المؤجر للمستأجر من حيث مساحة الأرض أو البناء، وعدد الشقق وأوصافها وكل الملحقات المرتبطة بها ، كما يلعب دورا مهما باعتباره بيانا وصفيا لحالة العين المؤجرة وقت تأجيرها، بما يسمح برقابة مدى التزام المستأجر برد العين المؤجرة على حالتها، وبالنظر للطبيعة الخاصة للملك الوقفي فإن محضر معاينة الملك الوقفي المؤجر وباعتباره بيانا وصفيا يقوم بدور الجرد والحصر، فإنه يعتبر أمرا وجوبيا حماية للموقوف من الانتقاص من قيمته الأصلية التي سلم بها للانتفاع فقط.

وإذا كان من واجب ناظر الملك الوقفي أن يسلم العين الموقوفة في حالة تصلح معها للانتفاع بها وفقا لما أعدت له، فإنه حفاظا على ديمومة الملك الوقفي، فإن التزامه يمتد إلى تعهد الملك الوقفي المؤجر بالصيانة و الترميم طيلة مدة الإيجار لكي يبقى صالحا دائما للانتفاع به[1]، حيث يترتب على إخلاله بالتزامه حق المستأجر في طلب فسخ العقد أو إنقاص ثمن الإيجار دون الإخلال بحقه في التعويض طبقا لنص المادة 480 من التقنين المدني.

[1] – تحيل المادة 04 من نموذج عقد إيجار الملك الوقفي على الأحكام العامة فيما يخص تحمل أعباء صيانة وترميم العين المؤجرة، وبهذا الخصوص يرجع إلى نص المادة 479 من القانون المدني المعدل والمتمم.

غير أنه لما كانت مبالغ الإيجار هي أحد موارد تمويل الصندوق المركزي للأوقاف فإن هذا يجعل خصم نفقات إصلاح الأملاك الوقفية المؤجرة عملية بطيئة ومعقدة، وهو من شأنه تفويت الفرصة على الملك الوقفي في استبقائه صالحا للانتفاع به، ولذلك فإن إدراج بند تحميل المستأجر كلية أو بالمناصفة لأعباء الترميمات والإصلاحات التي تحتاجها العين المؤجرة وفقا لما ورد في المادة 04 من نموذج عقد إيجار الملك الوقفي من شأنه التخفيف من حدة الإشكال، كما أن إدراج بند إيداع كفالة كضمان عند إبرام عقد الإيجار بحيث لا يعاد مبلغ الكفالة إلا بعد خصم ما يترتب من مصاريف ترميم، وإصلاح الملك الوقفي وفقا لما نصت عليه المادة 05 من نموذج عقد إيجار الملك الوقفي من شأنه أيضا ضمان المحافظة على سلامة الملك الوقفي، مع ذلك لابد من تدخل المشرع بحلول شاملة مبنية على إعادة النظر في النصوص التشريعية الموجودة والتي لا تخدم التجسيد الفعلي لحماية الأملاك الوقفية والمحافظة على وجودها في هذا الخصوص[1].

2- الامتناع عن المساس بحقوق المستأجر في التمتع بالعين المؤجرة

مقتضى هذا الالتزام أن يضمن المؤجر للمستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة انتفاعا هادئا وكاملا طبقا لنص المادة 08 من نموذج عقد إيجار الملك الوقفي، وما تقضي به ا لقواعد العامة، فيكون على المؤجر ضمان التعرض بنوعيه الشخصي والصادر عن الغير، و كذلك ضمان العيوب الخفية، غير أنه لما كان إيجار الملك الوقفي يتم في الغالب عن طريق المزاد العلني، فإن الجهة المؤجرة للملك الوقفي لا تضمن العيوب الخفية تطبيقا للقواعد العام[2].

ثانيا: التزامات مستأجر الملك الوقفي

بمجرد انعقاد عقد إيجار الملك الوقفي يصبح المستأجر مدينا للملك الوقفي بالنظر لتمتع هذا الأخير بالشخصية المعنوية، وطبقا لنموذج عقد إيجار الأوقاف المعتمد من وزارة الأوقاف

---

[1] - لقد خول المرسوم التنفيذي 98 - 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها بموجب المادة 33 منه لوزير الشؤون الدينية، أن يسمح لناظر الشؤون الدينية في الولاية أن ينفق من إيرادات الوقف قبل إيداعها في الصندوق المركزي للأوقاف، بوصفها نفقات استعجالية، وكان من المفترض عند النص على تحديد ما يدخل في هذه النفقات الاستعجالية بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 10 - 04 - 2000 المحدد لكيفيات ضبط الإيرادات والنفقات الخاصة بالأملاك الوقفية أن يدرج نفقات الترميمات والإصلاحات المستعجلة الخاصة بالعين المؤجرة، وهو ما لم يرد النص عليه.

[2] - تنص المادة 385 من القانون المدني: " لا ضمان للعيب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد.".

يقع على عاتق المستأجر الالتزامات العامة للمستأجر وفقا للقواعد العامة، إضافة إلى بعض الالتزامات الخاصة التي تتوافق مع مقصد حماية الملك الوقفي بالنظر لطبيعته الخاصة.

1- الالتزامات العامة لمستأجر الملك الوقفي

أ- **التزام مستأجر الملك الوقفي باستعمالهوفقا لما أعد له، والمحافظة عليه:** يجب على مستأجر الملك الوقفي أن يستعمله وفق لما تم الاتفاق عليه في عقد الإيجار أو وفق ما أعد له بحكم طبيعته، فلا ينبغي أن يحول المستأجر انتفاعه بالعين المؤجرة إلى غير ما حددت له في عقد الإيجار، بل يكون على المستأجر ألا يترك العين المؤجرة دون استعمال بما يؤدي إلى الإضرار بها، ففي حالة الترميمات المستعجلة فإنه قد لا يتمكن المؤجر من القيام بها لعدم إخطاره من المستأجر الذي أهمل في استعمال العين المؤجرة، مما قد يؤدي إلى هلاك العين جزئيا أو كليا ، وكذلك في حالة حاجة العين الموقوفة لترميمات تأجيرية فلا تجد من يقوم بها مما يسرع في هلاكها، كما قد يؤدي عدم الاستعمال إلى تخفيض قيمة العين الإيجارية ، كأن يعزف المستأجرون عن التقدم لاستئجارها، ضنا منهم أن المستأجر لم يهجرها إلا لوجود عيب فيها[1].

ولا يكفي أن يلتزم المستأجر باستعمال الملك الوقفي المؤجر فيما أعد له، بل يجب عليه أن يبذل في هذا الاستعمال العناية الكافية في المحافظة عليه محافظة الرجل العادي على ماله، فيستعمله استعمالا صحيحا بما لا يؤدي إلى الإضرار به، أو هلاكه، فإذا أخل بالتزامه بعدم حرصه في استعمال الملك المؤجر إلى الحد الذي أدى إلى فساده أو هلاكه، فإنه يسأل في مواجهة المؤجر وفقا للقواعد العامة، ولما كان مفهوم المحافظة على الملك الوقفي يقتضي عدم السماح بالانتقاص من الأصل الوقفي، تحقيقا لمقصد تأبيد الملك الوقفي، فإنه يكون من المهم مراعاة مصلحة الملك الوقفي في تطبيق أحكام المسؤولية، وذلك بالتركيز على الحصول على التعويض عن الأضرار اللاحقة جراء التقصير في المحافظة على الملك الوقفي، بالإضافة إلى فسخ عقد الإيجار تطبيقا لنص المادة 10 من نموذج عقد إيجار الملك الوقفي المعتمد من قبل وزارة الشؤون الدينية والأوقاف.

والمحافظة على العين المؤجرة كواجب على عاتق المستأجر يستلزم ألا يحدث تغييرات في العين المؤجرة، فالمفروض أن يحافظ المستأجر على العين المؤجرة على حالتها التي تسلمها

[1] – شعوة هلال، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 150.

بها، وفي هذا الإطار تنص المادة 492 من القانون المدني المعدل والمتمم على عدم جواز إحداث المستأجر أي تغييرات مادية في العين المؤجرة دون إذن مكتوب من المؤجر حتى و إن لم يلحق التغيير المحدث ضررا بالمؤجر ، فإذا ما حدث التغيير دون إذن من المؤجر ا لتزم المستأجر بإرجاع العين المؤجرة إلى حالتها وتعويض الضرر عند الاقتضاء ، وهذا يختلف عن الحالة التي يكون إحداث التغيير نتيجة الاتفاق في عقد الإيجار من البداية على قيام المستأجر بهذه التغييرات كما سوف نرى لاحقا، وكذلك في حالة إجازة القانون إحداث بعض التغييرات التي تعتبر من قبيل التحسينات التي يقتضيها الانتفاع بالعين المؤجرة.

و يجب الأخذ بعين الاعتبار بالنسبة للعين الموقوفة نص المادة 25 من قانون الأوقاف 91 – 10 التي تنص على أن أي تغيير يحدث على العين الموقوفة ل يس من شأنه أن يضر ببقاء الملك الوقفي ، لأنه يلحق به، فينبغي أن يخضع أي تغيير في العين الموقوفة لموافقة كتابية مسبقة من السلطة المكلفة بالأوقاف و إلا فسخ العقد.

ب- التزام مستأجر الملك الوقفي بدفع ثمن الإيجار في المواعيد، ورد العين المؤجرة عند انتهاء الانتفاع: يلتزم المستأجر بدفع بدل الإيجار في المواعيد المتفق عليها ووفقا للقيمة المحددة له، بالنظر لما قد يلحق من ضرر بمصلحة الموقوف عليهم في استيفاء غلة الملك الوقفي، وما يلحق من ضرر بالملك الوقفي بسبب التأخير في عمارته من غلته في حالة حاجته للعمارة، لذلك يترتب على مخالفة هذا الالتزام تطبيقا لنص المادة 10 من نموذج عقد إيجار الملك الوقفي المعتمد من قبل الوزارة الوصية حق المؤجر في فسخ عقد الإيجار، إضافة لحق المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن ذلك[1].

---

[1] – بموجب التعليمة الوزارية رقم 143 المؤرخة في 03 – 08 – 2003 والمتعلقة بتسيير الأملاك العقارية الوقفية والصادرة عن وزير الشؤون الدينية، تم فتح سجل خاص لحصر ومتابعة العمليات الحسابية التي تتم على مستوى المديريات الولائية يسمى " سجل الحقوق المثبتة والتحصيل"، وهو السجل الذي يرقم ويؤشر عليه من قبل المدير الولائي للشؤون الدينية والأوقاف قبل استعماله، ويفتح لمتابعة إثباتات حقوق الإيجار، و التي يتم تثبيتها في بداية كل شهر، وكذلك متابعة تحصيلها، حيث يشرع في استعمال هذا السجل من ناحية التثبيت ابتداءا من 01 جانفي 2003، أما مخلفات الإيجار قبل هذا التاريخ، فيخصص لمتابعتها بطاقة خاصة حددت التعليمة نموذجها، وترسل مع التقرير المالي الثلاثي، وبالنسبة لمبالغ مخلفات الإيجار المحصلة بعد تاريخ 01 جانفي 2003 فإنها تسجل في سجل التحصيلات. حيث تأتي هذه التدابير في إطار حماية الملك الوقفي المؤجر في مواجهة المستأجرين الذين يتأخرون في دفع ثمن الإيجار، أو المتهربين من الدفع وذلك إثبات ا لحقوق الملك الوقفي المؤجر، بما يسمح بتحصيلها دائما ولو تم التأخر في دفعها في وقتها المحدد، ومتابعة عمليات التحصيل.

ووفقا للقواعد العامة فإن المستأجر إذا أخل بالتزامه بدفع بدل الإيجار يمكن اللجوء إلى مطالبته بالتنفيذ العيني بعد اعذاره طبقا لأحكام المادة 164 من القانون المدني، أو فسخ العقد إذا قدر القاضي محلا لذلك ، مع التعويض في الحالتين ، كما يجوز للمتعاقدين وفقا للقواعد العامة دائما أن يضمنا عقد الإيجار شرطا جزائيا بأن يحددا مقدما قيمة التعويض الذي يدفعه المستأجر عند عدم وفائه بالأجرة، طبقا لنص المادة 183 من القانون المدني، حيث يعتبر هذا الشرط من الضمانات الحقيقية بمناسبة عقد إيجار الملك الوقفي، وفي هذا الإطار فإن أفضل ضمان يمكن تقريره لمصلحة حماية الملك الوقفي هو النص على جعل دين الملك الوقفي دينا ممتازا، يستوفى بالأولوية ولا يسقط بالتقادم.

و يلتزم المستأجر كذلك عند انتهاء مدة الإيجار المحددة للعقد بإخلاء الملك المؤجر وتسليم مفاتيحه، دون حاجة لإعذار أو إخطار مسبق من المؤجر [1]، حيث يجب رد العين المؤجرة بالحالة التي كانت عليها وقت تسليمها ، حيث يسهل المحضر أو البيان الوصفي المحرر بمناسبة تسليم العين المؤجرة للمستأجر من التأكد من وضعية العين المؤجرة عند ردها، بحيث يتحمل المستأجر المسؤولية عما قد يلحق العين المؤجرة من تلف طبقا لنص المادة 503 من التقنين المدني.

2- التزامات المستأجر الخاصة طبقا لعقد إيجار الوقف

أ- الالتزام بتحمل جميع الأعباء الواردة على العقار الوقفي المؤجر باستثناء دفع الضرائب والرسوم:

يأتي هذا الالتزام تطبيقا لنص المادة 44 من قانون الأوقاف 91 - 10 والتي تعفي الملك الوقفي العام من الضرائب والرسوم كونه من أعمال البر والخير وفقا لتعبير نص المادة المشار إليها، أما بالنسبة للملك الوقفي الخاص فتطبق القواعد العامة[2]

---

[1] - ورد النص على هذا الالتزام بموجب المادة 07 من نموذج عقد إيجار الملك الوقفي المعتمد من قبل الوزارة الوصية، غير أن الملاحظ أنه ورد الإشارة في النص إلى تنفيذ هذا الالتزام استنادا لأحكام المادة 22 من المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 المؤرخ في أول مارس سنة 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري، غير أن المادة 22 تم إلغاؤها بموجب المادة 08 من القانون رقم 07 - 05 المعدل والمتمم للقانون المدني، ولذلك يجب تعديل المادة 07 من نموذج عقد الإيجار، والإشارة إلى نص المادة 469 مكرر 1 من القانون المدني، وفي هذا الإطار يجب تحيين هذا العقد في كل نص منه وردت فيه الإحالة على أحكام تم إلغاؤها أو تعديلها كنص المادة 12 منه.

[2] - تنص المادة 479 من القانون المدني في فقرتها الثالثة: "يتحمل المؤجر الرسوم والضرائب وغيرها من التكاليف المثقلة للعين المؤجرة.".

ب- الالتزام بتقديم طلب تجديد عقد إيجار الملك الوقفي خلال الأشهر الثلاثة الأخيرة من مدته:

يأتي هذا الالتزام تطبيقا لنص المادة 27 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها، حيث أنه إذا لم يتم تقديم الطلب خلال المدة المحددة قانونا، يتوجب على المستأجر إخلاء الملك الوقفي المؤجر بانتهاء مدة الإيجار.

ج- الالتزام بعدم نقل القاعدة التجارية للغير: لا يمكن أن تنقل القاعدة التجارية للغير مهما كانت مدة عقد الإيجار إلا بعد الحصول على موافقة كتابية مسبقة من السلطة المكلفة بالأوقاف، حيث يجد هذا الالتزام مبرره في الرغبة في الحفاظ على مستقبل الملك الوقفي الذي تكمن قيمته الاستثمارية كمحل تجاري في الحفاظ على تلك القاعدة التجارية[1].

د- التزام المستأجر لملك الوقفي بعدم التنازل عن الإيجار ، أو إبرام إيجار من الباطن : طبقا للقواعد العامة يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو يبرم إيجارا من الباطن، على شرط أن يتم ذلك بعد الموافقة الكتابية من المؤجر، غير أنه بالنظر لخصوصية الأملاك الوقفية وحق الانتفاع بها، فإن المادة 07 من نموذج عقد إيجار الملك الوقفي ورد النص فيها على عدم الالتجاء إلى الإيجار من الباطن للملك الوقفي كله أو لجزء منه، هذا بخلاف أحكام الشريعة الإسلامية التي يحيل إليها المشرع في قانون الأوقاف 91 – 10 طبقا لنص المادة 02 منه، حيث أن المستأجر يملك بموجب عقد الإيجار منفعة العين المؤجرة، وبالتالي يحق له استعمالها بنفسه أو ينقل هذا الحق لغيره، شريطة عدم الإضرار بالعين ذاتها[2].

والحقيقة أن شخص المستأجر هو محل الاعتبار خاصة في الحالات التي يشترط الواقف أن استغلال الملك الوقفي بالإجارة لا يكون إلا لصالح أشخاص بصفات معينة، كما أن السماح بالاستئجار من الباطن يؤدي إلى استغلال الملك الوقفي بأكثر مما تسمح به طاقته ، وفي هذا إضرار بأصل الملك الوقفي، لذلك كانت إجازة الفقه الإسلامي لتنازل المستأجر عن حقه في الإيجار مشروط بعدم الإضرار بالعين الموقوفة.

غير أن المادة 26 مكرر 8 من قانون الأوقاف 91 – 10 المعدل والمتمم تحيل بالنسبة لإيجار المحلات الوقفية المعدة للسكن لأحكام القانون المدني مع مراعاة أحكام الشريعة

---

[1] – بن مشرنن، مرجع سابق، ص 194 – 195.

[2] – الزحيلي وهبه، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج 2، مرجع سابق، ص 130.

الإسلامية، مما يتصور معه جواز تأجير هذه الأملاك من الباطن أو التنازل عن حق الإيجار فيها، بموجب موافقة صريحة من السلطة المكلفة بالأوقاف، لذلك لابد من استدراك هذا الأمر بنص خاص صريح يمنع بشكل مطلق إيجار الأملاك الوقفية من الباطن، وذلك بالنظر لخطورة الآثار التي تترتب على هذا الإيجار، حيث يصبح المؤجر أجنبيا عن المستأجر، وتكون العلاقة بين المستأجر الأصلي والمستأجر الفرعي علاقة مؤجر بمستأجر وينظمها عقد الإيجار المبرم بينهما، وليس عقد الإيجار الأصلي المبرم بين المستأجر الأصلي والمؤجر ، وهذا لا يتفق مع القواعد المقررة في الفقه الإسلامي حيث أن الذي له حق تأجير الملك الوقفي هو الناظر فقط، كما يحتمل اختلاف العقدان من حيث المدة والأجرة، بما يضر بمصلحة الملك الوقفي والموقوف عليهم.

أما بالنسبة للتنازل عن الإيجار فالأمر يختلف، فالعلاقة بين المستأجر والمتنازل له يحكمها عقد الحوالة الذي يراعى فيه شروط عقد الإيجار الأصلي ، باعتبار أن المستأجر الأصلي تنازل عن حقه المستمد من عقد الإيجار الأصلي، وبالنسبة لعلاقة المؤجر مع المتنازل له فإنه تنشأ علاقة مباشرة بين المؤجر والمتنازل له كتلك التي كانت بين المؤجر وال مستأجر المتنازل[1]، لذلك يجوز التنازل كل ما في الأمر أنه تشترط الموافقة الصريحة من السلطة المكلفة بالأوقاف والتي يجب أن تحتاط في إذنها لمصلحة الملك الوقفي وعدم الإضرار به، حيث يمكن منح الإذن بعد الموافقة على أداء قيمة مالية تقدر بشكل واعي يؤخذ فيها بعين الاعتبار غبطة الملك الوقفي بالنظر إلى حالته وموقعه والغرض المعد له، إضافة إلى الأخذ بعين الاعتبار شخصية المتنازل له، خاصة إذا كان المؤجر قد أخذ بعين الاعتبار عند إبرامه لعقد الإيجار صفات خاصة في المستأجر المتنازل عن حقه في الإيجار، حيث تبدو أهمية الأمر أكثر إذا كانت صفات المستأجر اشترطها الواقف في عقد وقفه.

وهكذا يجد خلو نموذج عقد إيجار الملك الوقفي من الإشارة لحالة منع التنازل عن حق المستأجر في الإيجار مبرره، وبالتالي تخضع المسألة لأحكام القانون المدني التي تجيز التنازل بموجب موافقة كتابية من المؤجر، غير أن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ممثلة بالمديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية، وفي إطار تعزيز المنظومة القانونية الخاصة بتسيير الأملاك

[1] – شعوة، مرجع سابق، ص 216.

الوقفية، أصدرت مذكرة تحت رقم 01 – 07 بتاريخ 16 – 04 – 2007 تناولت مسألة التنازل عن استغلال الأملاك الوقفية، حيث حصرت جواز التنازل بين الأصول والفروع فقط، حيث إذا حصل تنازل بمخالفة ذلك، فيجب استرجاع الملك الوقفي موضوع التنازل، وإعادة تأجيره عن طريق المزاد العلني.

الفرع الثالث: انتهاء عقد إيجار الملك الوقفي

باعتبار عقد الإيجار من عقود المدة، فإن الأصل أن ينتهي عقد إيجار الملك الوقفي بانتهاء مدته، كسبب طبيعي لانتهاء عقود المدة (أولا)، غير أنه هناك أسباب عامة لا نتهاء عقود الإيجار ورد النص عليها في القانون المدني (ثانيا)، بالإضافة إلى أسباب خاصة بعقد إيجار الملك الوقفي ورد النص عليها بموجب المرسوم التنفيذي 98 – 381 (ثالثا).

أولا: انتهاء عقد إيجار الملك الوقفي بانقضاء المدة المحددة له

الأصل أن تكون مدة إيجار الملك الوقفي محددة بتاريخ بداية وتاريخ نهاية حسب نص المادة 02 من نموذج عقد إيجار الملك الوقفي المعتمد من قبل وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، ووفقا للقواعد العامة ينتهي عقد الإيجار بانتهاء مدته، مع ذلك فإنه يمكن وطبقا لأحكام المادة 27 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك أن يتم تجديد عقد إيجار الملك الوقفي خلال الأشهر الثلاثة الأخيرة السابقة لانتهاء مدته المحددة، حيث يتم طبقا لنص المادة 28 من نفس المرسوم مراجعة شروط عقد الإيجار عند تجديده خاصة مدته وثمن الإيجار، فإذا لم يبدي المستأجر رغبته في إعادة تأجير الملك الوقفي خلال المدة المحددة قانونا لذلك، فإنه يتم الرجوع إلى القواعد العامة التي تقضي بانتهاء عقد الإيجار بانتهاء مدته[1].

[1] – يبقى الإشكال قائما بالنسبة للإيجارات المبرمة قبل صدور القانون 07 – 05 المعدل والمتمم للقانون المدني، حيث تنص المادة 507 مكرر من القانون المدني المعدل والمتمم على بقاء الإيجارات المبرمة في ظل التشريع السابق خاضعة له لمدة عشر (10) سنوات، حيث أنه في ظل التشريع القديم يمكن أن يتم تجديد عقد الإيجار تجديدا ضمنيا، وذلك في الحالة التي يبقى المستأجر في المحل المؤجر بعد انقضاء مدته، فينعقد إيجار جديد لمدة غير محددة، وذلك طبقا لنصي المادتين 474 و 509 من القانون المدني قبل تعديله بالقانون 07 – 05. و لذلك تبدو أهمية أن ينظم قانون الأوقاف بشكل خاص أحكام إيجار الملك الوقفي، بحيث لا يمكن الاعتداد بالتجديد الضمني وذلك مراعاة لغبطة الملك الوقفي، وحماية له من عقود إيجار تمتد لمدة طويلة يمكن أن تفوت فيها مصلحته، خاصة وأن المدة المحددة لاستمرار أحكام القانون القديم هي مدة طويلة، لا تخدم الاتجاه الجاد نحو الاهتمام بحسن تسيير الأملاك الوقفية وتحين قواعد تسييرها.

ثانيا: انتهاء عقد إيجار الملك الوقفي لأسباب عامة قبل انتهاء مدته

هناك أسباب عامة لانتهاء عقد الإيجار بصفة عامة مهما كان موضوعه، نصت عليها الأحكام العامة في القانون المدني، حيث تختلف هذه الأسباب باختلاف مصدرها على النحو الآتي:

– تدخل إرادة طرفي العقد باتفاق سابق على انتهاء عقد الإيجار، على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه و بقوة القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، وفي هذا الإطار فإن المادة 10 من نموذج عقد إيجار الملك الوقفي المعتمد من قبل الوزارة الوصية قد منحت حق الفسخ بالاتفاق للمؤجر، حيث يحتفظ بهذا الحق خاصة في حالة عدم تنفيذ المستأجر لالتزامه بدفع بدل الإيجار، أو الأعباء الواجبة عليه، أو إهمال الملك الوقفي وعدم صيانته والمحافظة عليه محافظة الرجل العادي، وبشكل عام عدم تنفيذ المستأجر للالتزامات الواردة في العقد.

– هلالك العين المؤجرة، والذي إذا كان هلاكا كليا فإنه ينفسخ عقد الإيجار بقوة القانون، أما إذا كان الهلاك جزئيا، فإن هذا الهلاك إذا كان جسيما بحيث يمنع المستأجر من الانتفاع بالعين أو يفوت نفعه بها فله طلب فسخ عقد الإيجار ، أما إذا كان الهلاك لا يمس بمنفعة العين المؤجرة ولا ينقص منها بشكل كبير ، فللمستأجر أن يطلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص الأجرة، وذلك إذا لم يقم المؤجر برد العين إلى ما كانت عليه في الوقت المناسب.

أما إذا كان هلاك العين المؤجرة بسبب المستأجر، فإنه يتحمل المسؤولية، ويرجع عليه بالتعويض، بحيث يتم تعويض الملك الوقفي الذي هلك بملك وقفي جديد، وذلك تطبيقا لنص المادة 24 من قانون الأوقاف 91 – 10.

– فقد المؤجر لملكية العين المؤجرة، والحالة التي يتصور فيها ذلك بالنسبة للملك الوقفي هي حالة نزع ملكية الملك الوقفي للمنفعة العامة، حيث يترتب فسخ عقد إيجار الملك الوقفي، ولا يكون من حق المستأجر أن يطالب المؤجر بالتعويض.

ثالثا: انتهاء عقد إيجار الملك الوقفي لأسباب خاصة

خص المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها بموجب نص المادة 29 منه الملك الوقفي بسبب خاص لانتهاء عقد إيجاره، بحيث ينتهي وجوبا وبقوة القانون بموت المستأجر دون حاجة للجوء إلى القضاء، غير أن انتقال

الإيجار إلى ورثة المستأجر للمدة المتبقية من عقد الإيجار، لا يتم إلا بعد تحرير عقد إيجار جديد لصالحهم يراعى فيه مضمون العقد السابق مع مورثهم وذلك بالنسبة للمدة المتبقية منه [1]، وهذا حكم يخالف القواعد العامة حيث أن عقد الإيجار لا ينتهي بموت أحد طرفيه، وقد كان القانون المدني بموجب المادة 510 الملغاة بموجب تعديله بالقانون 07 – 05 ينص على عدم انتهاء الإيجار بموت المؤجر أو المستأجر ، وبعد التعديل أصبحت المادة 469 مكرر 2 تنص على عدم انتقال الإيجار إلى الورثة، غير أنه في حالة وفاة المستأجر يستمر عقد الإيجار الأول حتى انتهاء مدته، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، دون أن يعني ذلك انتقال هذا الحق إلى الورثة بخلاف حالة الملك الوقفي[2].

أما ما ورد في نص المادة 30 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها من أنه: " إذا توفى المؤجر وكان من الموقوف عليهم، يعاد تحرير العقد وجوبا للمستأجر الأصلي حتى انقضاء مدة العقد الأول مع مراعاة مضمونه." فهذا وضع لا يتصور في الوقف العام لأن الموقوف عليهم لا يملكون حق تأجير الملك الوقفي، ومن يملك ذلك هي السلطة المكلفة بالأوقاف وحدها، أما في الوقف الخاص قد يكون متوليه أحد الموقوف عليهم، وهو يملك بصفته متوليا تأجير الملك الوقفي[3].

---

[1] – تنص المادة 10 من نموذج عقد إيجار الملك الوقفي في بندها رقم 07: " في حالة وفاة المستأجر، يفسخ العقد بقوة القانون، ويعاد تحريره وجوبا لصالح الورثة الشرعيين للمستأجر، للمدة المتبقية من العقد الأول مع مراعاة مضمونه...".

[2] – ينطبق هذا الحكم على المحلات الوقفية المعدة للسكن والمحلات التجارية و ذلك بموجب إحالة قانون الأوقاف بخصوصهما على أحكام القانون المدني والقانون التجاري، وفي هذا الإطار يرى البعض أن نص المادة 29 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 ليس واقعيا على الإطلاق، خاصة وأن إعادة تحرير عقد الإيجار هي مسألة مرهقة، إذ تتطلب إحصاء الورثة و إنشاء فريضة لتقييم تركة مورثهم ثم الحضور إلى مجلس العقد من جميع الورثة، أو توكيل من ينوب عنهم توكيلا رسميا، كما أنه بالنسبة للإيجارات السكنية فإنه لا يشترك فيها جميع الورثة بل الساكنين فقط مع المورث، مما يجعل الأحكام الواردة في نص المادة 469 مكرر 2 من القانون المدني أكثر تلاءما. كنازة، مرجع سابق، ص 165.

[3] – تختلف أحكام الفقه الإسلامي في المسألة، فالفقهاء الحنفية لا ينتهي ولا ينفسخ عقد إيجار الملك الوقفي عندهم إلا بموت المسئجر، أما موت المؤجر لا ينهي عقد الإيجار سواء كان المؤجر هو الواقف بماله من ولاية أو ناظر الوقف، فالمؤجر في الوقف ليس مالكا للعين ولا لمنفعتها والعقد لم يقع له، ولذلك فإن موته لا يغير حكمه، أما المستأجر فالعقد وقع له والأجر ملزم من ماله، أما الفقهاء الشافعية والمالكية لا ينفسخ ولا ينتهي عقد الإيج ار بموت العاقدين أو أحدهما بل يبقى إلى انتهاء مدته غير أنه إذا كان الناظر من جملة المستحقين للوقف أي من الموقوف عليهم فينفسخ عندهم العقد. الكبيسي، أحكام الوقف، ج 2، مرجع سابق، ص 113 – 116.

المطلب الثاني: الإدارة المعتادة للملك الوقفي عن طريق أعمال صيانته وترميمه و إصلاحه

نص المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها بموجب المادة 07 منه على أن من بين المهام التي يتحقق بها قصد النظارة على الملك الوقفي قيام الناظر بعمارة الملك الوقفي، وبالمقابل نصت المادة 08 من نفس المرسوم: على أن المقصود بعمارة الملك الوقفي هي: صيانة الملك الوقفي وترميمه، وإعادة عند الاقتضاء، إضافة إلى استصلاح الأراضي الوقفية وزراعتها بغرس الفسيل وغيره.

فعمارة الملك الوقفي يقصد بها إبقاء الأوقاف على حالها والمنع من الخراب ابتداءا، و كذلك إعادة الانتفاع بالملك الوقفي بعد أن تطرق إليه الخراب أو لجزء منه، وهذه هي العمارة بمعناها الضيق، والتي تكون إما عادية وقتية بمعنى الصيانة الدورية لأعيان الوقف ومرمتها للمحافظة عليها صالحة للانتفاع، وقد تكون عمارة مهمة بسبب خراب أصل الملك الوقفي كما في حالة انهدام البناء أو فساد تربة الأرض الزراعية، فيكون الهدف منها إصلاح ما تخرب[1].

و تعتبر العمارة كما نص عليه الفقهاء من صلاحيات متولي الملك الوقفي حيث يقوم بواجبه سواء نص الواقف على ذلك أو سكت عنه أو لم يجزه[2].

وإذا كانت مصاريف المحافظة على العين الموقوفة و إبقائها على حالها صالحة للانتفاع بها ومنعها من الخراب يمكن تأمينها في شكل مخصصات من ريع الملك الوقفي، فإنه لابد من توافر مصادر تمويلية بديلة للقيام بأعمال العمارة، خاصة من أجل إ عادة العين الموقوفة للانتفاع عند تعطلها أو تهدمها أو تخربها ، وبالنظر للحلول التمويلية التي ابتكرها الفقهاء قديما فإنه يظهر عدم خلوها من مخاطر التصرف في أصل الملك الوقفي أو ترتيب حقوق عينية عليه، ولذلك استحدث الفقه المعاصر صيغا حديثة تتضمن تنمية الملك الوقفي، وعلى هذا الأساس فإن الحلول التمويلية لعمارة الملك الوقفي إما بتكوين مخصصات لتمويل التعمير (الفرع الأول)، و إما باللجوء إلى صيغ تمويلية بديلة (الفرع الثاني).

---

[1] – داغي علي محي الدين القرة، (وسائل إعمار أعيان الوقف)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الخامس، الذي تنظمه رئاسة الشؤون الدينية التركية و المديرية العامة للأوقاف التركية بالتعاون مع الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت و البنك الإسلامي للتنمية بجدة، الجمهورية التركية، في الفترة بين 13 – 15 مايو 2011، ص 03.

[2] – الكبيسي، أحكام الوقف، ج 2، مرجع سابق، ص 188 – 189.

الفرع الأول: تكوين مخصصات لتمويل تعمير الملك الوقفي

إذا كان الأصل أن تقديم الصرف من غلة الملك الوقفي على عمارته ولو أدى ذلك إلى حرمان المستحقين من حقهم في الغلة، لا يكون إلا في حالة قيام الحاجة الفعلية لإصلاح الملك الوقفي وترميمه[1]، غير أن المقصد من التعمير يتطلب الاحتياط لمصلحة الملك الوقفي بضمان توفير مصدر لتمويل الإنفاق على التعمير في كل الظروف، حيث تبدو الحاجة ملحة خاصة في الحالات التي تتطلب التعامل معها على وجه السرعة وإلا هلك الملك، وكذلك تهالكه بسبب تواصله في العطاء، أو بسبب ما قد يطاله من هلاك بتأثير عوامل خارجية.

ولذلك يصبح واجبا على الجهة المسيرة للملك الوقفي أن تعمل على تكوين مخصصات لاحتياجات الإعمار المستقبلية [2]، بحيث تستقطع من ريع الأملاك الوقفية مخصصات للقيام بأعمال الصيانة الدورية التي يرجى بها المحافظة على القدرة الإنتاجية للملك الوقفي ، وكذلك مخصصات إهلاك الملك الوقفي، التي تسمح بإ عادته إلى وضعه الطبيعي بعد تهالكه وانتهاء عمره الإنتاجي بسبب تواصله في العطاء ، أو بسبب ما قد يطاله من هلاك بت أثير عوامل خارجية.

وقد أعطى المشرع الجزائري بموجب نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 أولوية الإنفاق من إيرادات الأملاك الوقفية على المحافظة عليها قبل أداء حقوق المستحقين، كما تضمن القرار المتعلق بتحديد كيفية ضبط الإيرادات والنفقات الخاصة بالأملاك الوقفية المشار إليه سابقا النص على تمويل النفقات الاستعجالية التي تصرف لمصلحة الملك الوقفي باقتطاع نسبة 25 بالمائة من ريع الأملاك الوقفية العامة في الولاية، حيث تعتبر من بين النفقات الاستعجالية طبقا لنص المادة 05 من القرار: "نفقات الصيانة الصحية و إصلاح التجهيزات الكهربائية والمائية والخشبية ونفقات الترميمات الصغيرة المتعلقة بالمساجد والمدارس القرآنية والزوايا عند الاقتضاء.".

---

[1] – ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص 559.

[2] – الزريقي جمعه محمود، (تعمير أعيان الوقف واختلاف وسائله قديما وحديثا)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الخامس، الذي تنظمه رئاسة الشؤون الدينية التركية و المديرية العامة للأوقاف التركية بالتعاون مع الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت و البنك الإسلامي للتنمية بجدة، الجمهورية التركية، في الفترة بين 13 – 15 مايو 2011، ص 30.

وعلى الرغم من عدم وجود نص صريح على إمكانية تكوين مخصصات للصرف على تعمير الملك الوقفي، فإنه بالإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية فإنه يجوز لناظر الملك الوقفي في إطار تسييره الإداري للملك الوقفي أن يدخر جزءا من ريع الملك الوقفي كاحتياط، مخافة أن تطرأ الحاجة للتعمير مع عدم وجود غلة أو عدم كفايتها، فيفوت الانتفاع بالملك الوقفي مع إمكانية الاحتياط له[1].

مع ذلك يجب تنظيم مسألة تكوين مخصصات لتعمير الملك الوقفي بنصوص تشريعية صريحة تؤكد على ضرورة اقتطاع نسبة معينة سنويا من إيرادات الأملاك الوقفية لغرض ضمان مورد مستمر لعمارة الأملاك الوقفية وتكوين احتياطي إهلاكها، مع ضرورة إتباع المعالجات الحسابية الحديثة في هذا الخصوص، خاصة من حيث كيفية تحديد نسبة الاستقطاع، و مجال صرفها و كذلك مسألة استثمار المخصصات المستقطعة.

الفرع الثاني: الصيغ التمويلية البديلة

اهتم الفقه قديما بإيجاد حلول لتمويل إعمار الملك الوقفي وإعادته إلى العطاء بعد تعطله أو تهدمه أو احتراقه، ومع تطور الزمن أصبحت الأساليب القديمة غير ذات جدوى في تعمير و تنمية الأملاك الوقفية، فنشأت الحاجة لصيغ حديثة لا تهدف فقط إلى المحافظة على الأملاك الوقفية بتعميرها وجعلها صالحة لدر المنافع، بل تتعدى ذلك إلى تعمير الأملاك الوقفية، وتنمية مواردها، وجعلها متلائمة مع التغيرات الاقتصادية والاجتماعية، وبالتالي ديمومة تحقيق مقصد الواقف من وقفه، ومن بين أهم الصيغ التمويلية البديلة التي تبناها القانون الجزائري:

أولا: الاستفادة من فائض ريع ملك وقفي لتعمير ملك وقفي آخر

إن الاستفادة من ريع ملك وقفي لفائدة إعمار ملك وقفي آخر، لا يتصور إلا بمناسبة تغيير مصرف الملك الوقفي، ولا يثور أي إشكال إذا أجاز الواقف في وثيقة وقفه التغيير ، غير أنه إذا لم يشترط ذلك أو لم يجزه، فهذا هو محل الخلاف ا لفقهي، حيث أجاز بعض الفقهاء تغيير وجهة الملك الوقفي إلى ما هو أنفع، وذلك بإجازة تحويل الأرض الزراعية التي اتصلت بالعمران إلى أرض تستغل بالبناء عليها، مادامت هناك رغبة في استئجار ما يقام عليها من

[1] – ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص 565 – 566.

أبنية، وببدل استغلال يفوق استغلالها بالزراعة [1]، كما أجاز بعض الفقهاء عمارة ملك وقفي من ملك وقفي آخر متحدان في جهة الصرف[2].

وفي التاريخ الإسلامي يوجد استثناءات دلت على جواز تغيير مصرف ريع ملك وقفي إلى ملك وقفي غيره، وذلك في حالة الأوقاف المستغنى عنها ، وخربت بسبب عدم الاستعمال ، فإذا كانت موقوفة لريعها، فإنه يجوز أن يخصص الريع المستغنى عنه لعمارة ملك وقفي آخر له نفس المقصد الخيري، غير أن التغيير لا يكون إلا بإذن القاضي، وكذلك الأمر في حالة إذا أوقف نفس الواقف أكثر من وقف على جهة واحدة[3].

وبالنسبة للقانون الجزائري فإنه طبقا لنص المادة 26 مكرر 4 من قانون الأوقاف 91 – 10 أجاز المشرع تغيير وجهة الملك الوقفي بإذن القاضي الذي يقدر المصلحة من ذلك، كما يفهم من نص المادة 06 من قانون الأوقاف 91 – 10 بعد تعديلها بالقانون رقم 02 – 10 جواز أن يصرف من ريع ملك وقفي عام محدد الجهة على غيره من الأوقاف التي هي بحاجة إلى العمارة، إذا استنفذ وجه الخير الأصلي الذي وقف لأجله، وبالنسبة للأوقاف التي لم يعد يعرف وجه الخير فيها، فيمكن صرف ريعها في سبل الخيرات حيث يدخل في ذلك إعمار الأملاك الوقفية التي هي بحاجة إلى العمارة .

ثانيا: الاستدانة لإعمار الملك الوقفي

أجاز الفقهاء استثناءا إذا احتاج الملك الوقفي للعمارة والإصلاح ولم توجد له غلة، وخاف الناظر فوات الانتفاع بالموقوف أو خرابه عند عدم التعمير ، مع عدم إمكانية تأجيره، أن تتم الاستدانة على الملك الوقف، بشروط وضوابط الغرض منها حماية الملك الوقفي من ضياعه بسبب الدين المترتب عليه، فلا يلجأ إلى الاستدانة إلا بعد تقدير الضرورة الملحة، و بالحصول على إذن بالاستدانة، إلى غيرها من الأمور التي سبق التطرق إليها.

---

[1] – الطرابلسي، الإسعاف، مرجع سابق، ص 58.

[2] – المرداوي، الإنصاف، ج 7، مرجع سابق، ص 105.

[3] – آق كوندوز أحمد، (إعمار الأوقاف وأحكامه في الفقه الإسلامي)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الخامس، الذي تنظمه رئاسة الشؤون الدينية التركية و المديرية العامة للأوقاف بالتعاون مع الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت الجمهورية التركية، في الفترة بين 13 – 15 مايو 2011، ص 37 – 38. كذلك: فداد العياشي الصادق، (مسائل في فقه الوقف)، بحث مقدم لملتقى دور الوقف في مكافحة الفقر، المنعقد بنواكشط، في الفترة بين 16 – 21 مارس 2008، ص 23.

ثالثا: تمويل الإعمار بالبدل الناتج عن عملية الاستبدال الجزئي لملك وقفي

يرى جمهور الفقهاء أن الملك الوقفي إذا احتاج إلى التعمير وليس له مورد، فيجوز بيع بعضه ليعمر بالثمن باقيه، لأنه بدون ذلك يتعطل كله، وإذا كان يجوز بيع الكل عند الحاجة فبيع البعض مع بقاء البعض أولى [1]، حيث يبرر الفقه المعاصر أهمية اللجوء إلى الاستبدال الجزئي، بأنه يوفر سيولة نقدية تمكن من عمارة ما بقي م ن الملك الوقفي ، فيتحول بذلك من حالة عطالة كاملة إلى حالة استغلال مقبول ومجز، على الرغم من عدم تغيير القيمة الكلية لمال الوقف، باعتبار أن ثمن الجزء الذي بيع قد رد فيما لم يبع وهو ما يجعلها حالة منطقية[2].

غير أنه يشترط أن يكون التعمير ضروريا، وباعتبارها مسألة موضوعية فلابد من حصول الناظر على إذن من الجهة المختصة والتي تصدر قرارها بناءا على الخبرة والمعاينة[3].

وبالرجوع إلى نص المادة 26 مكرر 6 من قانون الأوقاف 91 – 10 فقد نصت على جواز مقايضة جزء من البناء بجزء من الأرض، حيث على الرغم من غموض النص، إلا أنه يجوز تفسيره بمعنى جواز استبدال جزء من أرض الوقف غير المبنية بأرض عليها بناء، فكما يكون الاستبدال بالبيع يكون أيضا بالمقايضة.

رابعا: توجيه الواقفين لتمويل عمارة الملك الوقفي القديم بإضافة وقف جديد

تستند فكرة تمويل عمارة الملك الوقفي القديم المعطل بإضافة وقف جديد، إلى الأمثلة التي حدثت عبر التاريخ الإسلامي، ومن ذلك ما ذكره الدكتور منذر قحف من أمثلة على ذلك، ومنها شراء عثمان بن عفان (رضي الله عنه) لبئر رومه بعد أن سمع حث الرسول (صلى الله عليه وسلم) على شراء بئر رومه وتسبيله للمسلمين ، فلشترى أولا نصفه ثم اشترى بعد ذلك النصف الآخر ، وضمه إلى الأول ، كما أن عثمان (رضي الله عنه) نفسه كان السباق إلى إدخال أول توسعة على المسجد النبوي، حيث قام بشراء بعض الدور وضمها للمسجد ، كما ذكر

---

[1] – البهوتي، كشاف القناع، ج 4، مرجع سابق، ص 107 – 108. كذلك: المرداوي، الإنصاف، ج 7، مرجع سابق، ص 104.

[2] – قحف، مرجع سابق، ص 245.

[3] – شبير محمد عثمان و يشو حسن، (استبدال الوقف)، بحث مقدم ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الرابع، المنعقد بالمملكة المغربية، تحت إشراف الأمانة العامة للأوقاف في دولة الكويت و وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية، في الفترة بين 30 مارس – أول أفريل 2009، ص 24.

أن التاريخ الإسلامي يشهد أنه كان كلما احتاج الناس إلى توسعة في مسجد أو مدرسة يتقدم واقف جديد ليقوم بذلك، وكذلك بالنسبة لكل التحسينات والإضافات الجديدة[1].

ولذلك يكون من المفيد أن يتم توجيه الواقفين الجدد الذين يرغبون في إنشاء أملاك وقفية إلى أن يخصصوها لتعمير وإصلاح الأوقاف القديمة المتداعية للخراب[2].

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 25 من قانون الأوقاف 91 – 10 على أن كل تغيير يلحق بالعين الموقوفة مهما كان نوعه، يبقي الوقف قائما مهما كان نوع التغيير، لذلك فالزيادة في أصل الملك الوقفي جائزة قانونا، كما أن المادة 26 مكرر 4 من نفس القانون نصت على جواز تغيير وجهة الملك الوقفي للمصلحة.

خامسا: عمارة الملك الوقفي عن طريق اللجوء إلى بعض الصيغ العقدية

أجاز الفقهاء اللجوء إلى بعض الصيغ العقدية ذات الطبيعة الخاصة لتمويل عمارة الملك الوقفي بسبب تخربه وحاجته للإصلاح ولم يكن له ريع ذاتي يعمر به، والتي من أهمها عقود الإيجار الطويلة، كعقد الحكر وعقد الاجارتين، وعقد المرصد، والتي تقوم فكرتها على إيجار الملك الوقفي الذي تعرض للخراب وليس له مال يصلح به إيجارا طويل المدة، يأخذ فيه الملك الوقفي أجرة زهيدة –حتى لا تنقطع صلته بأصل الملك– مقابل إصلاح العين من المستأجر الذي يسترد ما دفع من نفقات كبيرة باستغلال العين الموقوفة على المدى الطويل.

وقد نص المشرع الجزائري بموجب تعديل قانون الأوقاف 91 – 10 بالقانون 01 – 07 على هذه الصيغ العقدية كصيغ لاستثمار واستغلال وتنمية الملك الوقفي العام، وخص كل نوع من الأملاك الوقفية بالصيغ التي تتلاءم مع طبيعته، لذلك أكتفي بالإشارة إليها بشكل عام، وهي:

---

[1] – قحف، مرجع سابق، ص 242 – 243.

[2] – الحقيقة أن مسألة الزيادة في أصل الملك الوقفي، تطرح المشكل من حيث مصدر الزيادة، ولذلك لا خلاف بين الفقهاء في أن الزيادة في عين الوقف إذا كانت من غير أموال المستحقين من الموقوف عليهم كانت زيادة جائزة، وهي من باب التبرع للوقف، أما إذا كانت من أموالهم فلا خلاف في جواز الزيادة من غلة الوقف عند رضا المستحقين، وما عدا ذلك فلا يتصور إلا بمخالفة شرط الواقف في صرف ريع الوقف وهو مما لا يجوز. الشعيب خالد عبد الله، (استثمار أموال الوقف)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الأ ول، الذي تنظمه الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية بجدة، الكويت في الفترة ما بين 11 و 13 أكتوبر 2003، ص 251 – 252 من كتاب المنتدى.

1- عقد الحكر

يقصد بالحكر استبقاء الأرض مقررة للبناء أو الغرس أو لأحدهما، بحيث يكتسب بموجبه المحتكر حقا عينيا يخوله الانتفاع بالأرض المحتكرة بإقامة بناء عليها، أو استعمالها للغرس[1].

إن الحكر في باب الوقف وسيلة اهتدى إليها الفقهاء لمعالجة مشكلة الأراضي الموقوفة التي لا تستطيع إدارة الوقف أو الناظر أن تقوم بالبناء عليها، أو زراعتها، أو أنها مبنية لكن ريعها قليل بالقياس مع حالة هدم بنيانها، ثم البناء عليها [2]، وبذلك فإن حق الحكر عقد يتم بمقتضاه تأجير أرض الوقف للمحتكر لمدة طويلة، وإعطائه حق القرار فيها ليبني عليها، أو يغرس مع منحه حق الاستمرار فيها مادام يدفع أجرة المثل، حيث يترتب عليه لمصلحة المحتكر الانتفاع بالأرض الموقوفة، بإقامة مبان عليها أو زراعتها، على النحو الذي لا يضر بأصل الملك الوقفي، بل استغلاله الاستغلال الأمثل الذي يعيده إلى دائرة العطاء، مراعيا في ذلك شروط العقد، وطبيعة الأرض، والغرض الذي أعدت لأجله، فإذا أخل المحتكر بهذا الالتزام الجوهري يفسخ العقد، و يكون ما يقوم به المحتكر على الأرض الموقوفة ملكا له، فلا يكلف برفع بنائه أو قلع غراسه مادام يدفع أجرة المثل[3].

و الحقيقة أن نص المادة 26 مكرر 2 من قانون الأوقاف 91 - 10 المنظم لعقد الحكر يعتبر قاصرا في تحديد شروط هذا العقد وآثاره، و لذلك إذا كان منح الإذن بإنشاء الحكر تختص به السلطة المكلفة بالأوقاف، فلا يكون ذلك إلا بعد المعاينة والخبرة والتأكد من توافر المصلحة والضرورة للجوء إليه، مع ضرورة التأكيد على إفراغ العقد في شكل رسمي يخضع للإشهار باعتباره حقا عينيا أصليا وارد على عقار.

2- عقد الاجارتين

أجاز الفقهاء تأجير الملك الوقفي الخرب لمدة طويلة بإذن القاضي، فيأخذ من المستأجر قيمة عقار الوقف مقدما في شكل أجرة معجلة يعمر بها الملك الوقفي، ويرتب عليه مبلغا آخر في شكل أجرة مؤجلة تؤخذ من المستأجر كل سنة ولهذا يسمى بالإجارة بأجرتين.

---

[1] - محمد السعد أحمد و العمري محمد علي، الاتجاهات المعاصرة في تطوير الاستثمار الوقفي، نشر الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، 2000، ص 66.

[2] - داغي، (تنمية موارد الوقف)، مرجع سابق، ص 45.

[3] - محمد السعد و العمري، مرجع سابق، 67.

أما أهمية هذه الصيغة التمويلية تكمن في تحقيق منافع للملك الوقفي بإعادته للحياة دون الحاجة إلى التضحية به ببيعه، وهو ما يتحقق من خلال الأجرة الكبيرة المعجلة ، كما أن الأجرة المؤجلة الصغيرة تحمي العقار الموقوف من إدعاء ملكيته من المستأجر ، بالنظر لما يدفعه من أجرة كبيرة معجلة تقارب قيمة العقار ، كذلك فإنه بفضل الأجرة السنوية يبقى عقد الإيجار دائما متجددا، إضافة إلى أن ما يعمر به الملك الوقفي يبقى ملكا له دون المست أجر[1]، ومع ذلك لا يمكن إغفال مخاطر هذا العقد بسبب طول مدته ، وما يخوله من حق قرار للمستأجر يمكنه من استعمال الملك الوقفي والتمتع به كصاحب ملك حقيقي.

3- عقد المرصد

المرصد هو الدين الثابت لمستأجر الملك الوقفي المأذون له من قبل المتولي بالإنفاق على العمارة الضرورية لذلك الملك، حيث يتم اللجوء إلى هذه الصيغة عندما تكون الأرض الوقفية خربة ولا يرغب أحد في استئجارها مدة طويلة مقابل أجرة معجلة لإصلاحها، فإذا وجد من يستأجرها بأجرة ينفقها على عمارتها وإصلاحها فيكون ما أنفقه دينا مرصدا على الملك الوقفي، فيبقى المستأجر ينتفع بالملك الوقفي إلى أن يستوفي دينه[2].

4 – عقدي الترميم والتعمير

يعتبر كل من عقد الترميم والتعمير من عقود الإيجار الخاصة التي يتم بموجبها إصلاح العين الموقوفة المعرضة للخراب والاندثار والتي ليس لها غلة تعمر بها، فينعقدان بنفس كيفيات انعقاد الإيجار العادي، وذلك بطلب من ناظر الأوقاف بما يملكه من مهام تتعلق بالسهر على صيانة الملك الوقفي وترميمه في إطار الإدارة العادية، وذلك بعد إثبات حالة الملك الوقفي بالخبرة والمعاينة.

وهاذين العقدين لا يمنح كل منهما المستأجر إلا حقا شخصيا على الملك الوقفي، فيختلفان بذلك عن غيرهما من عقود الإيجار الطويلة التي ترتب حقا عينيا على الملك الوقفي وما يقام عليه من بناء أو غراس، وبالتالي لا تمنح المستأجر أي حق على ما قام به من ترميم وتعمير، إلا حق الدائنية.

---

[1] – داغي، (تنمية موارد الوقف)، مرجع سابق، ص 45.

[2] – يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 178 – 179.

وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري لم يفرق بين عقدي الترميم والتعمير، غير أنه يمكن أن يفهم أن عقد الترميم هو إعادة إصلاح ما تهدم وتصدع من البناء القديم وفق عمليات من البناء و الإصلاح، أما التعمير فطبقا لما ورد في قانون 90 – 29 المتعلق بالتهيئة والتعمير [1] فلابد أن يتم بشرط الحصول على شهادة التعمير، وينصب على الأراضي الغير مبنية على خلاف الترميم الذي ينصب على الأراضي المبنية ، غير أنه إذا كان الترميم لا يحتاج إلى رخصة صريحة من السلطات المحلية باعتبار هينصب على بناية قائمة، فإنه تطبيقا لقواعد التهيئة والتعمير فإن الترميمات الكبرى التي تقع على الواجهات الخاصة بالمحلات والسكنات بحاجة إلى رخصة صريحة من طرف السلطات المحلية المختصة بمنحها.

وعلى الرغم مما تسده هذه العقود من حاجات اقتصادية واجتماعية، إلا أنها تعتبر قيدا خطيرا على حق الملكية، بما تمنحه للمستأجر من حق عيني على العقار المستأجر، لذلك أكد فقهاء الاقتصاد جمودها وعدم كفاءتها الاقتصادية، وبالتالي ضبط اللجوء إليها بالضرورة الملحة، وفي نطاق ضيق جدا، وذهب البعض الآخر إلى الاستفادة من بعض الصيغ الحديثة لإعمار الملكية بشكل عام والتي ثبت نجاحها، واتخاذها كوسائل فاعلة في إعمار الملك الوقفي وتجنب مخاطر ما أصبح يوصف بالوسائل التمويلية التقليدية[2].

المبحث الثاني: التركيز على التسيير الاستثماري التنموي للملك الوقفي في إطار القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة

لما كان إنشاء ملك وقفي يرجى منه أن يحقق الواقف النفع لنفسه بالأجر المستمر وغيره بالنفع المتحصل من الغاية التي قصد الوقف لأجلها، والنفع يستمر ما دامت العين موجودة والأجر متواصل ما دام النفع قائما، لذلك فإن الحاجة لبذل كل الجهود وبكل الوسائل المتاحة لاستبقاء موارد الملك الوقفي وزيادتها هو مطلب أساسي يقصد لذاته في إطار المحافظة على وجود الملك الوقفي وقيمته.

---

[1] – مؤرخ في: 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990، (الجريدة الرسمية رقم 52، مؤرخة في 02 ديسمبر 1990، ص 1652.).

[2] – مسدور فارس، (تطوير صيغ تمويل واستثمار الأوقاف)، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، المنعقد بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة في الفترة ما بين 03 و 05 يناير 2010، ص 587 من كتاب المؤتمر.

لذلك كان من أهم ما ذكره الفقهاء من واجبات تقع على عاتق متولي الملك الوقفي في إطار إدارته وتسييره للملك الوقفي أن يبذل جهده في تنميته [1]، ونظرا لخطورة عقود الإدارة غير المعتادة بشكل عام التي تقوم في مضمونها على إحداث تغيير أو تعديل أساسي في الغرض الذي أعد له المال موضوع أعمال الإدارة، لذلك فإن التسيير التنموي الاستثماري للأموال الوقفية لا يكون إلا في إطار الالتزام بضوابط محددة تراعي خصوصية الملك الوقفي، وهو ما يقتضي اعتراف أي تنظيم قانوني بهذه الضوابط وتنظيمها بالشكل الأمثل، لذلك أتطرق في البداية لتحديد مفهوم الاستثمار الوقفي (المطلب الأول) ، ثم ضوابط جواز استثمار الأموال الو قفية (المطلب الثاني)، ومن ثم تقييم التنظيم القانوني للاستثمار الوقفي في الجزائر (المطلب ثالث).

المطلب الأول: مفهوم الاستثمار الوقفي

إذا كان تعريف الاستثمار الوقفي يستمد من التعريف العام للاستثمار (الفرع الأول)، فإن المعنى الجامع المانع للاستثمار الوقفي لا يتحدد إلا بتوضيح العلاقة بينه وبين مصطلحي التنمية و الاستغلال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الاستثمار الوقفي

يعرف الاستثمار عموما بأنه: "جهد واع، رشيد، يبذل في الموارد المالية والقدرات البشرية بهدف تكثيرها، وتنميتها والحصول على منافعها وثمارها."[2].

أما بالنسبة لاستثمار الأموال الوقفية بشكل خاص فقد تعددت تعريفات المختصين بشأنه، وأهمها: "مايبذله ناظر الوقف من جهد فكري ومالي من أجل الحفاظ على الممتلكات الوقفية وتنميتها بالطرق المشروعة، ووفق مقاصد الشريعة ورغبة الواقفين بشرط ألا تعارض نصا شرعيا."[3].

كذلك هو: "زيادة رأس مال الوقف وزيادة قدرته الإنتاجية على العطاء المستقبلي." [4]، وهو أيضا:"استثمار أموال الوقف هو تحسين الأصول الوقفية وزيادة ريعها وتنمية هذا الريع."[5].

---

[1] – الماوردي، الإنصاف، ج 7، مرجع سابق، ص 67.

[2] – دنيا أحمد شوقي، تمويل التنمية في الاقتصاد الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1984، ص 86 – 87 .

[3] – بن عزوز، فقه استثمار الوقف، مرجع سابق، ص 77.

[4] – قحف، مرجع سابق، ص 241.

[5] – الشعيب، (استثمار أموال الوقف)، مرجع سابق، ص 242.

و الذي يستنتج من هذه التعريفات أن استثمار المال الوقفي يهدف إلى أحسن تشغيل للأموال الوقفية بما يحقق أقصى فائدة منها، بحيث تتحقق بذلك المحافظة عليها من خلال زيادة قدرتها على الإنفاق على أوجه الخير وفقا لمقاصد الواقفين، فيقصد لذاته بشروط وضوابط تضمن له المشروعية والنجاح في تحقيق المقصد المرجو منه.

والحقيقة أن إنشاء ملك وقفي من المنظور الاقتصادي يقصد به تحويل الأموال عن مجال الاستهلاك إلى الاستثمار في رؤوس أموال منتجة تدر إيرادا أو منفعة، يستفيد منها عموم الناس، أو تخصص لفئة بوصفها أو بعينها، فيجمع بذلك بين الادخار و الاستثمار، فالأول بما يقوم عليه من اقتطاع أموال عن الاستهلاك الآني، و الثاني بتحويل هذه الأموال إلى استثمار يهدف إلى زيادة الثروة الإنتاجية في المجتمع، فيعتبر في حد ذاته عملية تنموية بما يتضمنه من بناء للثروة الإنتاجية من خلال عملية استثمار حاضرة، تنظر بعين البر والإحسان للأجيال القادمة، وتقوم على التضحية الآنية بفرصة استهلاكية مقابل تعظيم الثروة الإنتاجية الاجتماعية، التي تعود خيراتها على مستقبل حياة المجتمع بكامله [1]، كما أن تسبيل الثمرة في تعريف الوقف، يقصد بها العمل بكل قوة على إدامة المنفعة المالية من الأصل الموقوف، وهو ما لا يتم إلا بأن تكون هذه الأصول الوقفية حقيقة ومآلا قابلة للاستمرار، وهو ما لا يكون إلا بالتنمية والاستثمار [2].

الفرع الثاني: العلاقة بين استثمار الأموال الوقفية وتنميتها واستغلالها

أولا: العلاقة بين استثمار الأموال الوقفية وتنميتها

(التنمية) **لغة** هي: الزيادة والكثرة، من نمى ينمي، فالتنمية هي الزيادة الذاتية، والنماء الحاصل للشيء، وكذلك الزيادة الخارجية المضافة إلى المال، وهي بهذا المعنى ترتبط ارتباطا وثيقا بالاستثمار باعتباره طلب الزيادة والكثرة [3]، فإذا كان الاستثمار هو الوسيلة فإن التنمية هي الغاية، أما **اصطلاحا** فإن التنمية من المفاهيم الاقتصادية المعاصرة ويقصد بها: "تلك الجهود الإرادية الهادفة إلى زيادة متوسط دخل الفرد في المجتمع." [4].

---

[1] – قحف، مرجع سابق، ص 66.

[2] – الصلاحات، مرجع سابق، ص 67.

[3] – ابن منظور، لسان العرب، مجلد 15، مرجع سابق، ص 341 – 342. كذلك: مجلد 9، مرجع سابق، ص 359.

[4] – مسدور، (تطوير صيغ تمويل واستثمار الأوقاف)، مرجع سابق، ص 540 من كتاب المؤتمر.

أما بالنسبة لمفهوم تنمية أموال الوقف فإنه يستمد مضمونه من المعنى السابق للتنمية، فهو: "بذل كل الجهود بكل الوسائل المتاحة لزيادة موارد الوقف عن طريق الاستثمار ونحوه".[1].

فمن خلال التعريفات السابقة فإن العلاقة بين تنمية الأملاك الوقفية واستثمارها هي علاقة تكاملية و تلازمية، فتنمية الأموال الوقفية تتحقق بالاستثمار، وكل استثمار سيؤدي إلى تنمية الأملاك الوقفية.

ثانيا: العلاقة بين استثمار الأموال الوقفية واستغلالها

إن أهم ما كان يشغل بال الفقهاء قديما هو استغلال الملك الوقفي بطلب غلته وتحقيق استمرار قدرته على إنتاج المنافع والعوائد المقصودة منه، أكثر من اهتمامهم بنمائه، حيث لم يرد في الكتب الفقهية استعمال مصطلح الاستثمار، بينما استعملوا مصطلح التنمية، ولكنهم لم يفصلوا في معناه، وبالمقابل استعملوا مصطلح عمارة الوقف، كواجب يقع على عاتق ناظر الملك الوقفي، بحيث يتضمن استغلال الملك الوقفي بطلب الغلة وأخذها، وتهيئته لذلك[2].

وير الدكتور منذر قحف ضرورة وضع معيار للتمييز بين التنمية والاستغلال، حيث أن النشاط التنموي في الغالب طويل أو متوسط الأجل، ويهدف إلى زيادة القيمة الرأسمالية للملك الوقفي بقصد تحقيق مستوى أعلى، أما النشاط الاستغلالي فيكون في العادة قصير الأجل ولا يزيد عادة في القيمة الرأسمالية للملك الوقفي[3].

أما أهمية التمييز بين التنمية والاستغلال فتظهر بالنظر لما يحتاجه كل منهما من حاجات تمويلية مختلفة، فإذا كان لا خلاف في أن ما يلزم لاستغلال الملك الوقفي من نفقة صيانة، وعمارة، وغيرها مما يجعله دارا للغلة والمنفعة يؤخذ بالأولوية من إيراداته، فإنه بالنسبة للتنمية فإن الخلاف يدور حول إذا كان يجوز شرعا تخصيص جزء من إيرادات الملك الوقفي لتكثيره وزيادته، سواء زيادة في رأس المال أم في الريع[4]، ومع ذلك فإن تمويل استغلال الأملاك الوقفية قد يتضمن تنمية لها بزيادة في رأس المال والعكس كذلك.

---

[1]– داغي، (تنمية موارد الوقف)، مرجع سابق، ص 14.

[2] – الشعيب، (استثمار أموال الوقف)، مرجع سابق، ص 241 – 242. كذلك: الزريقي، (تعمير أعيان الوقف)، مرجع سابق، ص 03..

[3] – قحف، مرجع سابق، ص 218 .

[4] – نفس المرجع، ص 217 – 218.

المطلب الثاني: ضوابط جواز استثمار الأموال الوقفية

إذا كانت الطبيعة المتميزة والخاصة للأملاك الوقفية تجعل من تنميتها عن طريق الاستثمار أمرا مهما وضروريا، لما يؤدي إليه من تثمير للأملاك الوقفية في حد ذاتها، وتلبية حاجات المجتمع على الدوام في عدة مجالات من ناتج الاستثمار، فإن العمل التنموي لا يكون إلا في إطار احترام خصوصية الأملاك الوقفية كضابط عام، يتم من خلاله المحافظة على الأملاك الوقفية وقيمتها، وذلك بحكم أن الاستثمار بصفة عامة يقوم على المخاطرة، ومن طبيعته الربح والخسارة، وبالمقابل فإن الملك الوقفي من خصائصه التأبيد والدوام، ومنع التصرف فيه بالتصرفات الناقلة للملكية، وشرط الواقف فيه هو قانونه الأساسي الذي يجب احترامه، ولذلك فإن التسيير التنموي الاستثماري للأملاك الوقفية لا يكون إلا في إطار الالتزام بالضوابط الشرعية التي تجعل منه عملا مشروعا (الفرع الأول)، والضوابط الاقتصادية التي تضمن نجاحه والتقليل من عنصر المخاطرة فيه، وما قد يترتب عليها من تضحية بأصل الملك الوقفي أو حق الموقوف عليهم في ريعه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الضوابط الشرعية للاستثمار الوقفي

أولا: مراعاة شرط الواقف بالأولوية

يرجع سبب عدم اهتمام الفقهاء قديما بزيادة رأس مال الملك الوقفي من إيراداته، إلى احترامهم والتزامهم بمبدأ احترام شروط الواقف، فلم يغب عن نظرهم أن تنمية الأموال الوقفية بزيادة في رأس مال الملك الوقفي سيؤدي إلى تغيير صريح أو ضمني في شروط الواقف، وهو مما لا يجوز كأصل[1]، غير أنه إذا اشترط الواقف تنمية الملك الوقفي فلا بد من أن يأخذ شرطه بعين الاعتبار، ويكون شرطه المبرر المباشر لاستثمار المال الوقفي[2].

فالأصل العام في إنماء الأموال الوقفية أنه ما لم ينص الواقف نفسه على أسلوب محدد للزيادة في أصل رأس المال الوقفي من إيراداته، أو رغبته الصريحة بذلك، فالقاعدة التي ينبغي

---

[1] – قحف، مرجع سابق، ص 219 – 220.

[2] – بموجب البند الرابع من قرار مجمع الفقه الإسلامي المتعلق بالاستثمار الوقفي فإنه: "يعمل بشرط الواقف إذا اشترط تنمية أصل الوقف بجزء من ريعه ولا يعد ذلك منافيا لمقتضى الوقف، ويعمل بشرطه كذلك إذا اشترط صرف جميع الريع في مصارفه، فلا يؤخذ منه شيء لتنمية الأصل.". قرار رقم 140 (15/6)، مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الخامسة عشرة بمسقط في الفترة الممتدة بين 06 – 11 مارس 2004.

احترامها هي أنه لا يصح تخصيص أي جزء من الإيرادات لإنماء رأس المال الوقفي، إلا بموافقة الموقوف عليهم لأن حق هؤلاء متعلق بهذه الإيرادات، غير أنه ترد على هذا الأصل استثناءات يمكن من خلالها تنمية الأموال الوقفية من إيراداتها، وذلك في بعض الصور التي تولدت عن الظروف والأحوال المستجدة، والتي يصبح التمسك بشرط الواقف فيها مؤديا إلى تفويت مصلحة الوقف والموقوف عليهم، فيلجأ إلى مقصد الواقف الحقيقي الذي تضبطه المصلحة دائما[1].

ثانيا: مراعاة المشروعية

يقصد بالمشروعية عدم مخالفة النشاط الاستثماري لأحكام الشريعة الإسلامية وتعاليمها، وذلك بأن تكون صيغة الاستثمار مشروعة وفي مجال مشروع، فلا يجوز استثمار الأموال الوقفية في المجالات المحرمة بالشريعة الإسلامية ولو كانت مباحة قانونا، كالإيداع في البنوك الربوية، أو شراء الأسهم من شركات تعمل في نشاطات محرمة شرعا، فلا يكون التعامل إلا في مجال الطيبات، باعتبار الوقف عبادة يقصد منها الواقف رضا الرب وتحصيل الأجر المستمر لنفسه، كما تتحقق المشروعية بتجنب الاستثمار في الدول المعادية والمحاربة للإسلام والمسلمين، خاصة وأن الدول الإسلامية هي بأمس الحاجة لهذه الاستثمارات[2].

الفرع الثاني: الضوابط الاقتصادية للاستثمار الوقفي

أولا: مراعاة اختلاف نوع المال الوقفي

تشتمل الأموال الوقفية على الأصول الوقفية كرأس مال، وما ينتج عن هذه الأصول من أموال كعوائد أو ريع، لذلك فإن إستثمار الأموال الوقفية يتضمن تحسين الأصول الوقفية وزيادة ريعها وتنمية هذا الريع.

وإذا كانت الأموال الوقفية بصفة عامة ذات طبيعة خاصة، فإن خصوصية الأصل الوقفي تختلف عن خصوصية الريع، بحيث يأخذ هذا الاختلاف بعين الاعتبار عند اتخاذ قرار الاستثمار، وذلك على النحو الآتي:

---

[1] – قحف، مرجع سابق، ص 224 – 226.

[2] – شحاته حسين حسين، (استثمار أموال الوقف)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الثالثة، عدد 6، يونيو 2004، ص 79. كذلك: يوسف علي وجواد كاظم، (الاستثمار في النظام الاقتصادي الإسلامي)، مجلة العلوم الاقتصادية، عدد 30، مجلد 8، نيسان، 2012، بدون بلد، ص 13.

1- استثمار أصل الملك الوقفي

إن خصوصية الأصول الوقفية تظهر في قطع التصرف فيها بأسباب التملك، فهي مرتبطة دائما بمعنى البقاء والديمومة في العطاء، هذه الأصول إما أن تكون قائمة وإما أن تكون أموال بدل أو تكون في شكل مخصصات:

فبالنسبة للأصول القائمة فقد أكد مجمع الفقه الإسلامي في قراراه السابق على أنها إذا كانت أعياناً فإن استثمارها يكون بما لا يؤدي إلى زوال ملكيتها، وإن كانت نقوداً فيمكن أن تستثمر بجميع وسائل الاستثمار المشروعة كالمضاربة والمرابحة الإستصناع، فإذا استثمر المال النقدي الموقوف في شراء أعيان، فإن تلك الأعيان لا تكون وقفا بعينها مكان النقد، بل يجوز بيعها لاستمرار الاستثمار، وكذلك فإن أموال البدل تعتبر أصلا وقفيا، فتأخذ حكمه [1]، كما تأخذ المخصصات في شكل أموال محجوزة للعمارة حكم الأصل الوقفي، لأنها مرصودة لإصلاح الأصل وصيانته، فإذا ما وظفت في ذلك، اختلطت مع الأصل وأصبحت جزءا منه، وكذلك الأمر بالنسبة للأموال التي تدفع ضمانا لتخريبه ونقصه[2].

أما أموال التأمين التي تأخذ من مستأجري العقارات الوقفية للتعويض عن إتلاف العقار المستأجر أو الإضرار به أو التخلف عن دفع الأجرة، فإذا كان الأصل فيها أنها تبقى على ملك أصحابها قبل استحقاقها الوقف لها، فإنه إذا استحق الملك الوقفي جزء منها أو كلها، فحكمها يختلف بين أن تلحق بالأصل الوقفي، إن كان استحقاقها في مقابل إتلاف الأصل الوقفي أو إلحاق الضرر به، وتلحق بالريع إن كان استحقاقها مقابل التخلف عن دفع الأجرة، ففي الحالة الأولى حكمها حكم الأصل وفي الحالة الثانية حكمها حكم الريع[3].

2- استثمار ريع الملك الوقفي

تظهر خصوصية الريع الوقفي في أنه ملك خالص للموقوف عليهم، ولذلك فالأصل أنه لا يجوز عدم صرف الريع أو اقتطاع جزء منه بغرض استثماره لما في ذلك من مخالفة صريحة

---

[1]- موسى عمار عبد الله، (استثمار أموال الوقف)، بحث مقدم ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الرابع، المنعقد بالمملكة المغربية، تحت إشراف الأمانة العامة للأوقاف في دولة الكويت و وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية، في الفترة بين 30 مارس – أول أفريل 2009، ص 214. كذلك: يشو و شبير، مرجع سابق، ص 24 – 25.

[2] – الشعيب، (استثمار أموال الوقف)، مرجع سابق، ص 245.

[3] – نفس المرجع، ص 246 و 249.

لشرط الواقف وقصده من الوقف وهو التصدق بالمنفعة، و ما يشكله ذلك أيضا من تعدي على ملك الغير، ولذلك أكد قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 140 (15/6) بشأن الاستثمار الوقفي أنه إذا أطلق الواقف فلا يجوز استثمار جزء من الريع إلا بموافقة المستحقين في الوقف الخاص، بينما في الوقف العام يجوز الاستثمار للمصلحة الراجحة ووفقا لضوابط الاستثمار الوقفي، هذا بالنسبة لاستثمار الريع الوقفي قبل توزيعه على المستحقين، أما بالنسبة لاستثمار الفائض من الريع في تنمية الأصل أو الريع فيكون ذلك بعد توزيع الريع على المستحقين وحسم النفقات و المخصصات.

ثانيا: الأخذ بمبدأ الحيطة

إن مقتضى تأبيد الملك الوقفي والذي يعد مبررا أساسيا لجواز استثمار الأملاك الوقفية، هو نفسه يأخذ باعتباره ضابطا أساسيا في عملية الاستثمار الوقفي، فشرط التأبيد يجعل استثمار الأموال الوقفية يتم وفقا لمبدأ الحيطة، في مجال يقوم أساسا على المخاطرة، ومقتضى ذلك أنه إذا كان احتمال الخسارة في المشروعات الاستثمارية وارد، فإن هذا الاحتمال لا يعني أن يؤدي إلى الامتناع عن استثمار الأموال الوقفية، كل ما في الأمر لا بد من أخذ الحيطة اللازمة بناء على دراسة واعية من أهل الاختصاص، خاصة وأن عدم استثمار الأموال الوقفية خوفا من تضييعها، قد يكون أكبر خطرا من استثمارها مع وجود احتمال شيء من الخسارة[1].

ثالثا: أخذ الضمانات والكفالات اللازمة

إن التزام جهة إدارة الملك الوقفي أو الناظر بإبرام عقود استثمار الأموال الوقفية ومراجعتها من الناحية الشرعية والقانونية والاقتصادية بمعاونة أهل الاختصاص، يعد ضمانا مهما للمحافظة على حقوق الملك الوقفي بمناسبة العملية الاستثمارية، وكذلك يكتسي توثيق عقود الاستثمار نفس الأهمية كضمان من شأنه تمكين أطراف العملية الاستثمارية من معرفة تفاصيلها وحقوقهم وواجباتهم، والتمكن من الرقابة على سلامة العملية الاستثمارية والمحافظة على الأموال الوقفية من أشكال الاعتداء والضياع لعدم توافر وسائل الإثبات[2].

---

[1] – عبد الله موسى، مرجع سابق، ص 210. كذلك: الشعيب، (استثمار أموال الوقف)، مرجع سابق، ص 256.

[2] – بوضياف عبد الرزاق، إدارة أموال الوقف و سبل استثماره في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، تخصص علوم إسلامية، نوقشت بجامعة باتنة، السنة الدراسية 2005 – 2006، ص 83 – 86.

رابعا: الإشراف على الاستثمار و تفعيل الرقابة القبلية واستمرارية المتابعة، مع تقويم الأداء

إن عقود الاستثمار باعتبارها من عقود الإدارة غير المعتادة، فلا يصح لناظر الملك الوقفي العام مباشرتها إلا بعد الحصول على الإذن بالموافقة من السلطة المكلفة بالأوقاف ممثلة في الإدارة المركزية[1]، وبالنسبة للملك الوقفي الخاص فلابد من موافقة الموقوف عليهم لامتلاكهم منفعة الملك الوقفي كنوع من الرقابة القبلية، فبالنظر لمبدأ الحيطة والحذر في الاستثمارات الوقفية الذي لا يسمح بأن تكون الأملاك الوقفية عرضة للضياع بسبب سوء التخطيط، فإن تفعيل الرقابة القبلية هو عمل وقائي، من شأنه تحقيق الموازنة بين المخاطرة التي تتطلبها أي عملية استثمارية والحيطة والحذر المتطلبان في التعامل مع الأملاك الوقفية التي طابعها التأبيد، حيث يتطلب الأمر وجود أجهزة مؤهلة للقيام بممارسة أنواع الرقابة المطلوبة[2].

المطلب الثالث: تقييم التنظيم القانوني للاستثمار الوقفي في الجزائر

اعترافا من المشرع الجزائري بأهمية الاستثمار الوقفي ودوره في تنمية الأملاك الوقفية والمحافظة عليها جاءت المادة 45 من قانون الأوقاف 91 – 10 بالنص على إمكانية استثمار الأملاك الوقفية: "تنمى الأملاك الوقفية وتستثمر وفقا لإرادة الواقف وطبقا لمقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف حسب كيفيات تحدد عن طريق التنظيم." حيث يلاحظ على هذا النص اكتفاءه بتحديده للضوابط الشرعية لجواز الاستثمار الوقفي، و كان من المنتظر أن يصدر تنظيم لكيفية تطبيق نص المادة، وهو ما لم يحدث، مما جعل نص المادة على الرغم من أهميته بلا قيمة عملية، ولذلك فقد ظل تسيير الأملاك الوقفية محصورا في دائرة الاستغلال عن طريق الإيجار، وهو ما لا يتناسب في جميع الأحوال مع الوضعية التي توجد عليها الأملاك الوقفية وما آلت إليه من خراب وضياع.

مع صدور قانون 01 – 07 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف رقم 91 – 10 أظهر المشرع الجزائري الاهتمام بعدم الاكتفاء في إطار المحافظة على الأملاك الوقفية وحمايتها باستغلالها، بل ضرورة تجاوز ذلك إلى استثمارها وتنميتها، وذلك بتحديد صيغ الاستثمار

---

[1] – يعتبر التداول في القضايا المتعلقة بشؤون إدارة الأملاك الوقفية واستثمارها من مهام وصلاحيات لجنة الأوقاف المركزية وذلك طبقا لما ينص عليه القرار الوزاري رقم 29 المؤرخ في 21 فيفري 1999 المنشأ للجنة والمحدد لمهامها وصلاحياتها.

[2] – شحاتة، مرجع سابق ، ص 80.

الوقفي، أي الوسائل التي من خلالها يتم استثمار الأملاك الوقفية، حيث ورد في نص التقرير التكميلي لنص قانون 01 – 07 بمحضر الجلسة العلنية لمجلس الأمة [1]، ما يلي: "الوسائل والآليات المتبعة حاليا لا تساعد على تشجيع عملية الاستثمار في الأملاك الوقفية ولذا فإن هذا التعديل لنص القانون محل الدراسة جاء لوضع آليات جديدة وملائمة تساير التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي تشهدها البلاد." حيث يستنتج من هذا النص إدراك المشرع الجزائري لأهمية الاستثمار الوقفي، وأن واقعه في الجزائر لم يرتقي إلى مستوى التطلعات، ولا يتلاءم مع المتغيرات، بالمقابل تظهر جدية المشرع الجزائري في الاهتمام باستحداث وسائل وآليات مقننة حديثة تسهم في الارتقاء بالاستثمار الوقفي في الجزائر بما يتلاءم والمستجدات ، بناءا على تقييم كشف عن قصور الصيغ الاستثمارية الموجودة عن تحقيق الأهداف المرجوة وبالتالي ضرورة التخلي عنها إلى غيرها من الوسائل الأكثر فاعلية.

إن ما سبق ينم من الناحية النظرية عن الوعي الجيد للمشرع الجزائري للدور الفاعل للاستثمار في الأملاك الوقفية، وضرورة الارتقاء به، غير أن القيمة الحقيقية لهذا الوعي تظهر في القدرة على التجسيد الفعلي، وتحقيق الأهداف المرجوة ، ولذلك فإن تقييم تنظيم الاستثمار الوقفي يقاس بأمرين: الأول مدى وضوح الرؤية التشريعية للاستثمار الوقفي في النصوص التي جاء بها قانون 01 – 07 ومدى توافقها مع فكرة تفعيل والارتقاء بالاستثمار الوقفي، والأمر الثاني هو مدى قوة التطبيق الميداني للاستثمار الوقفي.

فبالنسبة للأمر الأول فالمطلع على قانون 01 – 07 يقف على عدم وضوح الرؤية التشريعية للاستثمار الوقفي ومحدوديتها (الفرع الأول)، أما بالنسبة للأمر الثاني فإن الرغبة في تفعيل الاستثمار الوقفي والارتقاء به تصطدم بصعوبات واقعية بحاجة إلى إيجاد حلول (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عدم وضوح الرؤية التشريعية للاستثمار الوقفي

على الرغم من أن قانون 01 – 07 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف 91 – 10 جاء ليرسي تشريعا للاستثمار الوقفي، إلا أنه لم يخلو من الغموض، وحتى عدم ملائمة، أو الفهم الخاطئ لمضمون العملية الاستثمارية الوقفية في نصوصه، سواء فيما يتعلق بشكل عام

[1] – مشار إليه في: كنازة، مرجع سابق، ص 167.

بمصادر تمويل الاستثمار الوقفي و ضوابطه (أولا)، أو فيما يتعلق بصيغ تمويل الاستثمار الوقفي بشكل خاص (ثانيا).

أولا: الملاحظات العامة حول مصادر تمويل الاستثمار الوقفي وضوابطه

إن أول ما يثار بالنسبة للتنظيم القانوني للاستثمار الوقفي في الجزائر، أنه على الرغم من أن مصادر تمويل الاستثمار الوقفي كما أوردها المشرع الجزائري في نص المادة 26 مكرر تتطابق وما تعتمد عليه المشاريع الاستثمارية الإسلامية المعاصرة في مصادر تمويلها [1]، إلا أن المشرع قصر في توضيح مضمون وضوابط كل منها، وهو ما لا ينبغي إغفاله بالنظر إلى أنه إذا كان يجوز أن يستفيد الاستثمار الوقفي من مصادر تمويل الاستثمار بصفة عامة، إلا أن خصوصية الأموال الوقفية وارتباطها بالجانب التعبدي، يجعل مصادر التمويل الوقفي مضبوطة بضابط مراعاة مقاصد الشريعة الإسلامية بالدرجة الأولى.

فإذا كان التمويل الذاتي يكون بالإمكانيات الذاتية لمؤسسة الوقف ، فيقابل ذلك اللجوء إلى التمويل الخارجي، والذي يكون عن طريق اشتراك الغير، بالاعتماد على إمكانيات خارجية عن أموال مؤسسة الوقف ، سواء كان هذا الغير جهة وطنية كالبنوك الوطنية ، أو جهة أجنبية أي من خارج الوطن وذلك في إطار اتفاقيات تعاون[2].

أما فيما يتعلق بالمفاضلة بين التمويل الذاتي والتمويل من الغير، فإن مديرية الأوقاف تكون مطالبة بتقدير ما تملكه من قدرات تمويل ذاتية والبحث عن مصادر التمويل الخارجية إذا تبين عجز مصادرها الذاتية، وعليها الاستعانة في ذلك بإدارة فنية متخصصة في مجال الاستثمار الإسلامي وتمويله، من أجل ضمان سلامة العملية الاستثمارية[3].

---

[1] – بن عزوز، فقه استثمار الوقف، مرجع سابق، ص 128.

[2] – أبرمت الجزائر عدة اتفاقيات في مجال التعاون في مجال الأوقاف ، من ذلك الاتفاقية المتعلقة بإنشاء البنك الإسلامي للتنمية الموقعة بجدة في 24 رجب عام 1394 الموافق ل 12 غشت سنة 1974، والمصادق عليها من طرف الجزائر بموجب الأمر رقم 75 – 17 الصادر بتاريخ 16 صفر عام 1395 الموافق 27 فبراير سنة 1975. (الجريدة الرسمية رقم 22، مؤرخة في 05 ربيع الأول عام 139(الموافق 18 مارس سنة 1975، ص 314.). كذلك اتفاقية التعاون بين الجمهورية الجزائرية و المملكة العربية السعودية في مجال الشؤون الإسلامية والأوقاف الموقعة بالرياض في 01 – 01 – 2003 والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05 – 104 مؤرخ في 31 – 03 – 2005 النشرة الرسمية، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، السداسي الأول لسنة 2005.

[3] – بن عزوز، فقه استثمار الوقف، مرجع سابق، ص 129 – 130.

ثانيا: الملاحظات الخاصة حول صيغ تمويل الاستثمار الوقفي

تضمنت المواد 26 مكرر 1 حتى 26 مكرر 10 المستحدثة بموجب القانون رقم 01 – 07 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف 91 – 10 صيغ تمويل الاستثمار الوقفي والتي جاءت مختلفة بحسب نوع الملك الوقفي، حيث ترد عليها مجموعة من الملاحظات الخاصة بكل صيغة على حدا، على النحو الآتي:

1- فيما يتعلق بالصيغ التمويلية المتعلقة بالوقف الفلاحي

إن العدد الهائل من الأراضي الفلاحية في شكل أراضي صالحة للزراعة، وأراضي مشجرة، وحتى أراضي بور، مقارنة بالدور التنموي المنوط بالعقار الوقفي على المستوى الاقتصادي والاجتماعي ليس في المستوى المطلوب، وذلك إما بسبب سوء استغلال واستثمار العقار الوقفي الفلاحي، أو بسبب ترك الاستثمار كلية، مما يجعل الأرض تتحول من صالحة للزراعة إلى أرض عاطلة، أو الاعتداء عليه بتحويله عن طابعه الفلاحي بالتوسع بالبناء، لذلك فإن عدم استثمار الأراضي الفلاحية الوقفية يشكل فعلا تعسفيا من الإدارة المكلفة بالأوقاف بالنسبة للملك الوقفي العام، ومن المنتفع أو الناظر في الملك الوقفي الخاص، وذلك تماشيا مع ما ورد في قانون التوجيه العقاري[1].

وتفاديا لهذا الوضع نصت المادة 26 مكرر 9 على أنه للسلطة المكلفة بالأوقاف حق إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة ، وفي غياب تنظيم تتحدد به آلية عمل المادة فانه عمليا يتم اللجوء إلى الصيغ العقدية المنصوص عليها في نفس القانون، والتي تسمح باستغلال واستثمار وتنمية الأملاك الوقفية الفلاحية، عن طريق مجموعة من الصيغ العقدية التي تتلاءم والطابع الفلاحي، والتي تجد مصدرها في الفقه الإسلامي، كعقد ي المزارعة*والمساقاة**بموجب نص المادة 26 مكرر 1[2] و عقد الحكر بموجب نص المادة 26 مكرر 2 [1] حيث ترد عليها مجموعة من الملاحظات:

---

[1] – المادة 48 من قانون 90 – 25 المعدل والمتمم.

* المزارعة عقد على استغلال واستثمار الأرض الزراعية بين مالكها والعامل عليها، ويتم اقتسام الناتج وفق نسبة متفق عليها.

** المساقاة فهي خاصة بالبساتين، والأرض التي فيها الأشجار المثمرة حيث تدفع لمن يقوم برعايتها وسقيها، على أن يكون الثمر بين المتعاقدين بالاتفاق.

[2] – نصت المادة: "يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمى الأملاك الوقفية إذا كانت أرضا زراعية أو شجرا بأحد العقود الآتية:

– الملاحظة الأولى حول هذه الصيغ أن المشرع اكتفى بتعريفها، دون التفصيل في شروطها وأحكامها، على الرغم من الخلاف الفقهي حول مدى صحة التعامل بهذه الصيغ، وبالتالي إجازتها بشروط وضوابط محددة[2]، كما أغفل النص على صيغة المغارسة، باعتبارها من أنجح الطرق في استغلال واستثمار الأراضي الزراعية من الناحية الاقتصادية، فهذه الصيغة استحدثها الفقهاء لمواجهة مشكلة الأراضي الفلاحية التي لا يملك حائزوها أي دراية بالشؤون الفلاحية أو الزراعية، وإدارة الأوقاف تدخل ضمن هذه الفئة بحيث يسمح هذا العقد بأن يسلم أحد الأطراف الأرض لآخر ليغرسها من عنده والشجر بينهما[3].

– وبالنسبة لعقد الحكر فقد عرف ووظف بشكل خاطئ، وقع الخلط فيه مع عقد الاجارتين، ولعل سبب الخلط يعود إلى التشابه الكبير بين الصيغتين، فكلاهما يقوم على فكرة تنازل الأوقاف على حق الانتفاع بالعقار الخرب لمدة طويلة مقابل الحصول على مبلغ نقدي معجل يساوي قيمة الحق المتنازل عنه، مع ذلك فالاختلاف بين الصيغتين يكمن في أن المبلغ المعجل الذي تأخذه الأوقاف مقابل بيعها حق الحكر، يمكن أن تستخدمه في بناء، أو إصلاح عقار وقفي آخر، واستثماره بطريقة مجدية، مع شرط إتحاد الوقفين في المصرف، أما في عقد الاجارتين فالمبلغ المعجل لا يجوز صرفه إلا على نفس العقار الوقفي المتوهن، لإعادته إلى الحياة ودائرة الاستغلال بعد عمارته، و لاشك أن كل منهما يشكل خطرا على العقار الوقفي لما يرتبانه من حق قرار عليه بسبب طول مدة الإيجار، مما يجعل العقار الوقفي محل إمكانية تصرف بالتصرفات الناقلة للملكية وفق لما يسمح به حق القرار.

1–عقد المزارعة: ويقصد به إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد.

2–عقد المساقاة: ويقصد به إعطاء الشجر للاستغلال لمن يصلحه مقابل جزء معين من ثمره.".

[1] – نصت المادة: "يمكن أن تستثمر، عند الاقتضاء، الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة للبناء و/أو للغرس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد، مع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء و/أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد، مع مراعاة أحكام المادة 25 من القانون رقم 91 – 10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه.".

[2] – بن عزوز، فقه استثمار الوقف، مرجع سابق، ص 160 وما يليها. كذلك: مسدور، (تطوير صيغ تمويل واستثمار الأوقاف)، مرجع سابق، ص 565 – 568 من كتاب الملتقى.

[3] – مسدور، (تطوير صيغ تمويل واستثمار الأوقاف)، مرجع سابق، ص 570 من كتاب الملتقى.

2- فيما يتعلق بالصيغ التمويلية المتعلقة باستثمار الأوقاف ذات الطابع العمراني

تتعدد وتتنوع صيغ استثمار وتنمية هذه الفئة من الأملاك العقارية، بحيث يمكن تصنيفها إلى أراضي مبنية وقابلة للبناء، يرد عليها عقد المرصد طبقا لنص المادة 26 مكرر 5[1]، أو عقدي المقاولة والمقايضة طبقا لنص المادة 26 مكرر 6[2]، دون إغفال عقد الحكر الذي نصت عليه المادة 26 مكرر 2 والذي ينصب على الأرض العاطلة الفلاحية والعمرانية على السواء، أما بالنسبة للأملاك الوقفية المعرضة للاندثار والخراب، فهذه يرد عليها عقدي الترميم والتعمير طبقا لنص المادة 26 مكرر 7[3]، وترد على هذه الصيغ مجموعة من الملاحظات على النحو الآتي:

أ- بالنسبة للصيغ التمويلية المتعلقة بالأراضي الوقفية المبنية والقابلة للبناء:

- فبالنسبة لعقد المرصد: فإن المشرع لم يوفق في تعريفه، فالصيغة التي طرح بها تؤدي إلى الاعتقاد بأن ما قصده المشرع هو صيغة أخرى تماما، فالتعريف أقرب إلى معنى الإجارة التمويلية المنتهية بالتمليك، والتي من صورها أن يتم الاتفاق بين إدارة الوقف وجهة تمويلية كمصرف إسلامي مثلا، بأن تقوم الإدارة بتأجير أرض وقفية مقابل أجرة محددة لمدة طويلة، للجهة الممولة، والتي تقوم بإقامة منشآت على الأرض فتكون ملكا لها، على أن يتضمن الاتفاق وعدا ملزما من جانب الممول ببيع أو هبة البناء للوقف عند انتهاء مدة الإيجار، التي يفترض أن يستوفي خلالها قيمة أو كلفة البناء [4]، أما عقد المرصد فيتم بالاتفاق بين إدارة

---

[1] - تنص المادة: "يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمى الأرض الموقوفة بعقد المرصد الذي يسمح بموجبه لمستأجر الأرض بالبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء، وله حق التنازل عنه باتفاق مسبق طيلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار، مع مراعاة أحكام المادة 25 من القانون رقم 91 – 10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه.".

[2] - تنص المادة: " يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمى الأملاك الوقفية حسب ما يأتي:

1- بعقد المقاولة، سواء كان الثمن حاضرا كلية أو مجزءا في إطار أحكام المادة 549 وما بعدها من الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني.

2- بعقد المقايضة الذي يتم بمقتضاه استبدال جزء من البناء بجزء من الأرض، مع مراعاة أحكام المادة 24 من القانون رقم 91 – 10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه.".

[3] - تنص المادة: "يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمى العقارات الوقفية المبنية المعرضة للخراب والاندثار بعقد الترميم أو التعمير الذي يدفع المستأجر بموجبه ما يقارب قيمة الترميم أو التعمير، مع خصمها من مبلغ الإيجار مستقبلا.".

[4] - الحداد، من فقه الوقف، مرجع سابق، ص 134. كذلك: محمد السعد و العمري، مرجع سابق، ص 98 – 99.

الوقف أو الناظر في الوقف الخاص، وبين المستأجر بأن يقوم هذا الأخير بإصلاح الأرض وعمارتها، بحيث تكون نفقة ذلك دينا مرصدا على الملك الوقفي، حيث يشترط أن تكون الأرض خربة لا توجد غلة لإصلاحها، ولا يرغب أحد في استئجارها لمدة طويلة مقابل أجرة معجلة لإصلاحها، ولذلك لا يتم اللجوء إلى المرصد لما يرتبه من دين في ذمة الملك الوقفي، إلا عندما لا يمكن اللجوء إلى طرق الإجارة الأخرى[1].

و الحقيقة أن عقد المرصد لا يتضمن استثمارا أو تنمية حقيقية إلا بالقدر الذي يعيد العقار الخرب إلى دائرة الاستغلال، فهو أداة لتمويل رعاية الوقف وإصلاحه ، وليس شكلا من أشكال الاستثمار، كما أنه كان الأولى النص عليه في المادة 26 مكرر 7.

– بالنسبة لعقد المقاولة: فقد تمت الإحالة بشأنه إلى أحكام المادة 549 وما بعدها من القانون المدني، حيث أن أصل هذا العقد كما نص عليه القانون المدني هو صيغة الإستصناع، والتي وفقا لها يتم الاتفاق بين إدارة الأوقاف مع جهة أخرى ممولة، بموجب عقد إستصناع مضمونه القيام بمشروع ضخم على الأرض الوقفية، بحيث تحدد إدارة الوقف للجهة الممولة كافة المواصفات المطلوبة لإقامة المشروع، لتقوم بدورها بالعمل الموكل إليها، وبعد إتمام المشروع تتسلمه إدارة الوقف، وتقوم بدفع تكلفته مع نسبة من الأرباح، على شكل أقساط تحدد قيمتها ومواعيد استحقاقها بناءا على الريع المتوقع لاستغلال المشروع المقام[2]، فكان من المستحسن أن ينظم المشرع هذه الصيغة، خاصة وأن الدراسات الحديثة تتفق على فعاليتها[3].

– بالنسبة لعقد المقايضة: فإنه يصعب فهم قصد المشرع منه، إذا تمت المقارنة مع نص المادة 24 من قانون الأوقاف 91 – 10 التي ورد النص فيها على الحالات التي يجوز فيها استبدال الأملاك الوقفية، كما يلاحظ عدم إحالة المشرع للقانون المدني في تعريف المقايضة وأحكامها، مما يفهم منه أن المقايضة لها معنى خاص بالنسبة للأوقاف، فيمكن أن تكون مقايضة نقدية

---

[1] – يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 178. كذلك: داغي، (تنمية موارد الوقف)، مرجع سابق، ص48.

[2] – فداد العياشي الصادق، (تنمية موارد الوقف)، بحث مقدم لمؤتمر الأوقاف الأول في المملكة العربية السعودية، تنظمه جامعة أم القرى بالتعاون مع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد في مكة المكرمة، في الفترة بين 04 – 07 شعبان عام 1422 هـ الموافق ل 20 – 23 أكتوبر سنة 2001 ، ص 28.

[3] – بوضياف، إدارة أموال الوقف و سبل استثماره ، مرجع سابق، ص 131. كذلك: مسدور، (تطوير صيغ تمويل واستثمار الأوقاف)، مرجع سابق، ص 559 من كتاب المؤتمر.

على خلاف المقايضة وفقا للأحكام العامة، ولذلك كان من المستحسن أن ينص المشرع على المعاوضة لا المقايضة، باعتبار الأولى هي العقد الذي من خلاله مبادلة الشيء المحبس مقابل عوض سواء كان عينيا أو نقديا، على أن يقتنى بالنقد عين أخرى تعوض العين المعوضة [1]، إلا أن يكون مقصود المشرع الإشارة إلى الاستبدال الجزئي، وفي هذه الحالة لابد من الإشارة الواضحة والصريحة إلى هذا المعنى، مع تحديد ضوابطه وشروطه.

ب- بالنسبة للصيغ التمويلية المتعلقة بالأملاك الوقفية المعرضة للاندثار والخراب

من الجيد أن المشرع الجزائري تنبه إلى هذا النوع من الأملاك الوقفية، محاولا حمايتها بعدما تعرضت له من ضياع بسبب الظروف التاريخية التي مرت بها الجزائر ، فقد ورد نص المادة 26 مكرر 7 على صيغتي الترميم والتعمير لإصلاح الأوقاف وإعادتها إلى دائرة العطاء ، والتي ترد حولها مجموعة من الملاحظات:

- الملاحظة الأولى التي تثار بشأن هاتين الصيغتين أن المشرع يخلط بين عقد الترميم والتعمير من جهة وبين المرصد من جهة أخرى، ذلك أن التعريف الذي جاء في نص المادة 26 مكرر 7 يتوافق مع المرصد باعتباره الدين في ذمة الملك الوقفي المترتب نتيجة أعمال عمارة الملك الوقفي الخرب و ترميمه.

- أما الملاحظة الثانية أن العقدين ليس من شأنهما سوى إعادة الملك الوقفي إلى دائرة الاستغلال بعد تعطله، ولذلك فإن التنمية التي يتصور تحقيقها هي تحويل العقار الوقفي من حالة عدم استغلال كلية أو جزئية إلى حالة استغلال مقبول، وأما الاستثمار الحقيقي فيتحقق باللجوء إلى بعض الصيغ المستحدثة التي من شأنها أن تزيد بكفاءة في القيمة الرأسمالية لمال الوقف، وبمخاطر أقل، ومن ذلك اللجوء إلى صيغة المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك، والإجارة التمويلية المنتهية بالتمليك، وعقد بوت [2]، أما الترميم فأرى أن توجد آليات تسمح بتوفير تمويل ذاتي للترميم كتخصيص مخصصات للإهلاك، وبالنسبة لما هو موجود فعلا من عقارات

---

[1] - اصبيحي، الحماية المدنية للأوقاف العامة، مرجع سابق، ص 242 - 243.

[2] - قحف، مرجع سابق، ص 260 - 261. كذلك: بن سعود خالد، (تطبيق عقد البناء و التشغيل والإعادة في تعمير المرافق العامة و الأوقاف)، بحث مقدم ضمن أعمال الدورة التاسعة عشرة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، دولة الإمارات العربية المتحدة (الشارقة)، المنعقد خلال الفترة الممتدة بين 26 - 30 أفريل 2009، ص 02 و ص 12.

خربة فيمكن اللجوء إلى دعوة الجمهور للمساهمة في تمويل ترميم العقارات الوقفية الخربة عن طريق تخصيص صندوق وقفي لهذا الغرض[1].

3- الصيغ التمويلية المتعلقة بتنمية الأملاك الوقفية العامة عن طريق استثمار الأموال المجمعة منها

يحتسب للمشرع الجزائري في إطار استكمال مفهوم تنمية الأملاك الوقفية استفادته من الصيغ المستحدثة في استثمار السيولة النقدية، سواء كانت نقدا موقوفا أصلا أو ريعا ناتج عن وقف، حيث جاء نص المادة 26 مكرر 10 متضمنا على ثلاث وسائل للاستثمار، وعلى الرغم من أن الصيغ التي نص عليها المشرع هي فعلا أساليب حديثة للاستثمار، إلا أن اقتصارها في ثلاث وسائل فقط يعتبر قصورا في الإحاطة بموضوع استثمار الأصول والعوائد النقدية.

أما بالنسبة للصيغ التي ورد النص عليها، فتود عليها مجموعة من الملاحظات:

- بالنسبة للقرض الحسن: فيعرف بأنه: "تمليك مال، ليرد بدله، دون زيادة."[2] وهو المعنى الذي ورد في البند الأول من نص المادة 26 مكرر 10[3] غير أن هذا النص يجعل الدور المنوط بالقرض الحسن محصورا في مجال استغلال الأوقاف النقدية، وهو أمر ليس فيه أي زيادة في رأس المال.

لذلك فإن الدور الحقيقي للقرض الحسن في إطار تحقيق مقصد تنمية الأملاك الوقفية يتحقق باللجوء إليه كأداة لتمويل إنشاء الأوقاف الاستثمارية، وصورته أن تقوم جهة تمويلية خارجية سواء كانت أفرادا ، أو مؤسسات ، أو حكومات بإقراض الأوقاف دون أعباء مالية

---

[1] - تهدف الصناديق الوقفية إلى المشاركة في الجهود التي تخدم إحياء سنة الوقف، عن طريق طرح مشاريع تنموية في صيغ إسلامية، و الدعوة للإيقاف عليها، فهي أداة لتعبئة المساهمات الوقفية من مجموع الواقفين . مسدور، (تطوير صيغ تمويل واستثمار الأوقاف)، مرجع سابق، ص 575 من كتاب الملتقى.

[2] - حسن أحمد، (القرض الحسن، حقيقته و أحكامه)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 23، العدد الأول، 2007، ص 550.

[3] - نصت المادة: "يمكن تنمية الأملاك الوقفية العامة عن طريق تحويل الأموال المجمعة إلى استثمارات منتجة باستعمال مختلف أساليب التوظيف الحديثة مثل: القرض الحسن: وهو إقراض المحتاجين قدر حاجتهم على أن يعيدوه في أجل متفق عليه، الودائع ذات المنافع الوقفية: وهي التي تمكن صاحب مبلغ من المال ليس في حاجة إليه لفترة معينة من تسليمه للسلطة المكلفة بالأوقاف في شكل وديعة يسترجعها متى شاء، وتقوم السلطة المكلفة بالأوقاف بتوظيف هذه الوديعة مع ما لديها من أوقاف، المضاربة الوقفية: وهي التي يتم فيها استعمال بعض ريع الوقف في التعامل المصرفي والتجاري من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف مع مراعاة أحكام المادة 2 من القانون رقم 91 - 10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه.".

إضافية فوق أصل الدين لتنشأ وقفا استثماريا، ثم يتم تسديد قيمة القرض من ريع الوقف خلال مدة معينة[1].

– أما بالنسبة للودائع ذات المنافع الوقفية: فالتعريف الذي جيء به يتفق في حقيقته مع القرض الحسن، والذي ينبغي أن يكون في إطار أحكام الشريعة الإسلامية فلا يترتب عليه فوائد ربوية[2].

– أما المضاربة الوقفية: فهي مشاركة بين المال والخبرة والعمل، حيث تقوم إدارة الأوقاف بعد قيامها بدراسة جدوى اقتصادية لمشروع ما(الكلفة والأرباح المتوقعة) بعرضه على الممولين، الذين يقومون بتمويل المشروع على أرض وقفية وتكون إدارة الوقف هي المضارب (تقوم بالإدارة) ويتم توزيع الأرباح حسب النسبة المتفق عليها بعد حسم حصة أجرة الأرض.

فإذا كانت قيمة النص على هذه الصيغة تبدو في تبني المشرع الجزائري لإمكانية استثمار ريع الوقف وعدم الاكتفاء فقط باستثمار الأصل، إلا أنه يؤخذ على هذا النص تضييقه لمفهوم المضاربة الوقفية، وقصرها على ريع الأملاك الوقفية ، إضافة إلى إغفال الضوابط التي تتم بها المضاربة بما يجعلها مضاربة شرعية.

كما أن النص يفسر على أنه للسلطة المكلفة بالأوقاف أن تودع لدى المصرف الريع النقدي ليضارب به مضاربة شرعية، فيثور إشكال شرعي بهذا الصدد، لأن المصرف يجب أن يضارب مضاربة شرعية، والصيرفة الجزائرية ربوية بنسبة كبيرة باستثناء ممارسة بعض البنوك الإسلامية محدودة الإنتشار، فكان جديرا بالمشرع أن ينص على مفهوم المضاربة الشرعية وضوابطها[3].

---

[1]– اليحي تركي بن محمد، (تمويل إنشاء الأوقاف الاستثمارية عن طريق القرض الحسن)، بحث مقدم لمؤتمر العمل الخيري الخليجي الثالث، بدبي، في الفترة بين 20 – 22 يناير 2008، ص 1 وما يليها.

[2] – أبو ليل محمود أحمد ، (وقف النقود في الفقه الإسلامي)، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 12، فبراير 1999، ص 44.

[3]– كان من الجدير النص على الحالة التي تكون فيها السلطة المكلفة بالأوقاف هي المضارب بالمال للغير، مما يجعلها أكثر تحكما في نوع المشاريع الاستثمارية ومشروعيتها، وإن كانت هذه الحالة تطرح مشكلة التخصص والخبرة في مجال إدارة المشاريع الاستثمارية. بن عزوز، (فقه استثمار الوقف)، مرجع سابق، ص 131 – 134.

كما كان من المفيد الاستفادة من الصيغ التي تؤكد الدراسات الحديثة على نجاعتها كسندات المقارضة، و التي ما هي إلا نوع من المضاربة الشرعية ، يفتح المجال من خلالها للجمهور لتمويل تنمية الأملاك الوقفية ، مع احتفاظ الناظر بإدارة المشروع الوقفي، حيث طبقت بعض التجارب الإسلامية هذه الصيغة، من ذلك التجربة الأردنية التي تعتبر صاحبة السبق والمبادرة في تأصيل قواعد سندات المقارضة، وصياغتها في قانون. محمد السعد و العمري، مرجع سابق، ص 80 – 81.

الفرع الثاني: اصطدام الرغبة في الارتقاء بالاستثمار الوقفي بصعوبات واقعية

إن حجم الثروة الوقفية الهائلة في الجزائر وتنوع وعائها الاقتصادي [1]، واحتوائها على نسبة كبيرة من العقارات الوقفية القديمة التي تحتاج إلى تمويل ترميمها أو إعادة البناء، أو الاستصلاح الزراعي، إضافة إلى ما تم استرجاعه من أملاك وقفية أو تعويضها من الدولة هي من الخصائص المميزة للأملاك الوقفية في الجزائر، والتي من شأنها أن تفتح المجال واسعا أمام الاستثمار الوقفي، في ظل تشريع جيد قادر على أن يكفل الإطار الشرعي الذي تتم في إطاره العملية الاستثمارية.

وإذا كان ضعف وقصور الغطاء التشريعي الذي تتم في ظله العملية الاستثمارية من شأنه أن يعرقل تحقيق الاستثمار للأداء الأفضل منه، غير أنه واقعيا هناك صعوبات لا يمكن إغفالها تعترض نجاح الاستثمار الوقفي في الجزائر، وتقلل من أداءه للدور المنوط به، على الرغم من الحجم الهائل للثروة الوقفية، حيث يؤكد المتخصصون الباحثون في موضوع الاستثمار الوقفي في الجزائر أن هذا النوع من الاستثمار لم يعرف تطبيقات ميدانية قوية، على الرغم من وجود تشريع يحث على الاستثمار الوقفي– بغض النظر عن قصوره– والوتيرة التي تتم بها مختلف المشاريع الاستثمارية الوقفية التي توصف بالواعدة والنموذجية، تعتبر ضعيفة جدا مقارنة بالإمكانات المتاحة[2].

لذلك في إطار التطلع لترقية الاستثمار الوقفي لابد من الوقوف على الصعوبات الواقعية التي يواجهها (أولا)، ومن ثم اقتراح الحلول العلمية والعملية لترقية الاستثمار الوقفي (ثانيا).

أولا: الصعوبات الواقعية التي يواجهها الاستثمار الوقفي في الجزائر

تتمثل أهم الصعوبات في:

– تفتقد الكثير من العقارات الوقفية إلى المرجعية الوقفية، وأسباب ذلك تاريخية، وهو ما يتطلب بذل الجهود لحصر هذه الأملاك واسترجاعها وتوثيقها، حيث يوجد عدد هام من الأملاك الوقفية

---

[1]– تحتوي الحظيرة الوقفية على أكثر من 16300 مسجد على مستوى القطر الجزائري، إضافة إلى 9100 ملك وقفي متنوع، وكل شهر هناك وقف أو اثنان، وذلك بحسب تصريحات مدير الأوقاف على المستوى المركزي (عبد الوهاب برتيمة) في مقابلة مع لويزة دريسي خاصة بحصة الإذاعة الوطنية الجزائرية (سنة الوقف) بتاريخ 27 – 12 – 2013.

[2] – مسدور فارس، (الأوقاف الجزائرية ين الاندثار و الاستثمار)، منشور على موقع موسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي، بتاريخ 15 – 08 – 2009.http://iefpedia.com

لم يتم استرجاعها لأسباب قانونية وتاريخية، حيث تسعى الوزارة لاسترجاعها بالطرق الودية واللجوء إلى القضاء.

– على الرغم من ضخامة الثروة الوقفية إلا أنها في حالة من اللاإستقرار بسبب النزاعات القائمة حولها بين إدارة الأوقاف وجهات أخرى، كما أن أغلب الأوقاف الموجودة هي مساجد، وذلك بسبب محدودية ثقافة الوقف السائدة.

– ضعف التجربة في إدارة الأوقاف بصفة عامة، وفي مجال الاستثمار بشكل خاص، والذي يحتاج إلى خبراء ومتخصصين لأجل سلامة ومشروعية العملية الاستثمارية، وإلى وعي بأهمية الاستثمار الوقفي للمحافظة على الأملاك الوقفية، وهو ما تفتقده الهيئة المكلفة بالأوقاف التي تفتقر إلى هيكل واضح الاختصاصات.

– افتقار المنظومة البنكية الجزائرية إلى بنوك إسلامية تهتم وتدعم صيغ الاستثمار الوقفي[1].

يضاف إلى ذلك كله:

– غياب توجيه الواقفين بمناسبة إنشاء أوقاف جديدة لتضمين عقود وقفهم شروطا تسمح بالتوظيف الاستثماري الأمثل لوقفهم.

– غياب ضمانات حقيقية محفزة كالإعفاء من الضرائب، حيث يحتاج الأمر إلى وجود نصوص قانونية تعفي من الضرائب المترتبة على الاستثمار الوقفي.

– انعدام الأسس والأساليب والإجراءات الرقابية التي تسمح بتقييم مشروعية ونجاح العملية الاستثمارية، و التعامل بالمرونة اللازمة التي يتطلبها التطبيق الميداني للصيغ الاستثمارية.

– تعقيد الإجراءات في اتخاذ القرارات المالية بسبب التسيير المركزي للأملاك الوقفية وعدم تفرغ السلطة المركزية بسبب كثرة الأعباء.

– المنافسة من المشاريع الاستثمارية الخاصة، التي تمتلك قوة تنافسية كبيرة لأنها تقوم على معطيات دقيقة وخبرة وتجربة كبيرة.

– انحصار صور الاستثمار الوقفي في استثمار الأصل، وذلك انطلاقا من محدودية الرؤية الاستثمارية التي ترتكز على استمرار الأصل المحبس وتوزيع المنفعة على الجهة المحبس

---

[1] – قدي عبد المجيد، (استثمار الأوقاف في الجزائر)، محاضرة ملقاة في دورة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر، 1999، نشر وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، ص 05 – 09.

عليها وفقا لألفاظ المحبس، على الرغم من أن هذا الفهم الذي يراد به المحافظة على بقاء الملك الوقفي هو في حد ذاته يؤدي إلى ضياع وإهلاك الملك الوقفي.

– عدم استفادة الاستثمار الوقفي بالإمكانات الخارجية المتاحة، وانحصاره في دائرة الاستثمار المباشر، والذي يرتكز على الصيغ التقليدية التي تعتمد على التمويل الذاتي، بحيث يتحرك الاستثمار في دائرة مغلقة، حيث يكون على مديرية الأوقاف أن لا تهمل مصادر التمويل الوطنية الحكومية، فتستغل كافة النصوص القانونية الخاصة بالتمويل في هذا المجال بما يسمح بتنمية الأملاك الوقفية بالشكل الأمثل.

ثانيا: تفعيل الحلول العلمية والعملية في إطار التطلع لترقية الاستثمار الوقفي

إن وجود غطاء تشريعي تتم في ظله العملية الاستثمارية للأموال الوقفية يحتسب لمصلحة التطلع نحو ترقية الاستثمار الوقفي في الجزائر، وهذا يدفع من الناحية النظرية إلى التطلع لتعديل هذا التشريع لتدارك النقائص والعيوب الموجودة فيه، وجعله أكثر قدرة على تغطية العملية الاستثمارية بالقدر المطلوب من الأمان ، والاستقرار، وشدة الحرص تلاءما مع خصوصية الأموال الوقفية، وهو الهدف الذي لا يمكن تحقيقه إلا بالاستعانة بالدراسات العلمية المتخصصة في الموضوع، والاستفادة من التجارب الإسلامية الناجحة، ومن الناحية التطبيقية أن يفتح المجال للتعاطي مع معطيات الواقع والاستجابة للمتغيرات خاصة من حيث توسيع مجالات الاستثمار الوقفي في الجزائر و وملاءمتها مع تنوع الثروة الوقفية والاحتياجات التنموية في الجزائر.

1- الاستعانة بالدراسات العلمية المتخصصة

إن القرار الاستثماري بشكل عام هو من أهم وأخطر القرارات التي يمكن اتخاذها في إطار التسيير الإداري التنموي، وتزداد أهميته إذا كان موضوع القرار استثمار الأموال الوقفية، لما تتميز به من بعد شرعي، حيث يدور مضمونه بين أمرين هما: احترام الضوابط الشرعية من جهة وتحقيق الربح أو المردود التنموي من جهة أخرى، فإذا كان اتخاذ قرار استثمار الأموال الوقفية، ومباشرة الاستثمار ينبغي أن يبنى على دراسة علمية متخصصة، يضطلع بها أهل الاختصاص من ذوي الخبرة والكفاءة، ومن باب أولى فإن إعداد مشروع قانون استثمار الأموال الوقفية لابد أن يوكل أمره لمختصين في الاقتصاد الإسلامي، وفي الصياغة القانونية، وذلك ضمانا لكي تخرج الأحكام الخاصة بالاستثمار متجانسة ومتوافقة من الناحيتين الشرعية

والاقتصادية، ومتصفة من الناحية القانونية بالمرونة اللازمة التي تجعلها متلائمة مع التطبيق العملي وملابساته.

إن الاجتهادات الفقهية في مجال الاستثمار الوقفي متمثلة في الصيغ القديمة أو التقليدية التي كان للظروف الاقتصادية والاجتماعية التي كانت سائدة في التاريخ الإسلامي دور في ابتكارها، لا ينبغي أن تكون بمثابة النصوص التوفيقية التي لا يجوز الخروج عنها، لأن هذه الاجتهادات في أصلها بنيت على مجرد النظر إلى ما يحقق مصلحة الوقف في وقتها مما ليس بالضرورة أن يكون قابلا للاستمرار في كل وقت وفي أي مكان[1]، فالحاجة إلى الدراسات العلمية المتخصصة تزداد أهميتها باعتبارها عنصرا أساسيا في تحريك العملية الاستثمارية وتوجيهها وملاءمتها، فلا يكفي إيجاد صيغ استثمارية تلاءم وضعا راهنا، بل يلزم استدامة تطوير ملائمة صيغ الاستثمار الوقفي ومجالاته، انطلاقا من تقييم كفاءة صيغ الاستثمار الوقفي المفعلة، فالأهمية الاقتصادية لصيغ الاستثمار، ومجالاته، تفرضها متغيرات الزمان ومستجدات العصر، لذلك فإن هذه الأخيرة تعتبر عاملا أساسي في التوجه نحو البحث عن صيغ مستحدثة تتلاءم والعمليات الاستثمارية المستقبلية، وتكون البديل الملائم للصيغ الموجودة التي ثبت عدم كفاءتها[2].

وتجدر الإشارة أنه يمكن في إطار عملية تحقيق الملائمة، اللجوء إلى التطوير في الصيغ الموجودة أو استدراج صيغ استثمارية جديدة تكشف عنها الدراسات المتخصصة في مجال تطوير صيغ الاستثمار بصفة عامة، وملاءمتها ومجال الاستثمار الوقفي عل ضوء الضوابط الشرعية والمعايير الاستثمارية الاقتصادية التي تحكم الاستثمار الوقفي[3]، كما يمكن اللجوء إلى

---

[1] – اصبيحي، الحماية المدنية للأوقاف العامة، مرجع سابق، ص 271.

[2] – يرى الأستاذ اصبيحي أن صيغ الاستثمار الوقفي ليست هدفا في حد ذاتها بل أداة لتحقيق جملة من الأهداف تكبر أو تصغر بحسب الظروف التي تتم في ظلها العملية الاستثمارية، الحماية المدنية لأوقاف، مرجع سابق، ص 262.

[3] – فمن التجارب الإسلامية، التجربة الأردنية بالنسبة لسندات المقارضة، حيث بدأت بوادر الفكرة أثناء البدء بوضع مشروع قانون البنك الإسلامي في المملكة الأردنية، ثم تطورت فكرة هذه السندات حين عرض الدكتور سامي حمود على وزارة الأوقاف في المملكة الأردنية، إمكان تطبيق سندات المقارضة، من أجل توفير التمويل اللازم لإعمار الممتلكات الوقفية، مما دعا الوزارة إلى تشكيل لجان علمية متخصصة لبحث الموضوع، من جميع جوانبه الشرعية، والاقتصادية، الأمر الذي أدى إلى إصدار قانون خاص لسندات المقارضة. العبادي عبد السلام، (سندات المقارضة)، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 4، ج 3، 1988، ص 1963 وما بعدها.

استقدام صيغ استثمارية مفعلة في مجال الاستثمار في الدول الغربية والاستفادة منها في مجال الاستثمار الوقفي، وتكييفها مع خصوصية الوقف الإسلامي، ومع ضوابط ومعايير الاستثمار الوقفي كما حددها فقهاء الاقتصاد الإسلامي[1].

2- الاستفادة من التجارب الإسلامية الناجحة في مجال الاستثمار الوقفي

هناك العديد من التجارب الإسلامية الناجحة ميدانيا في مجال الاستثمار الوقفي، ولذلك يكون من المهم الاستفادة منها في الارتقاء بالاستثمار الوقفي في الجزائر على المستويين التشريعي والتطبيقي، مع الأخذ بعين الاعتبار مراعاة عنصر الملائمة مع ظروف الزمان والمكان.

فعلى الرغم من الأهمية الاقتصادية للصيغ المستحدثة، من الناحية النظرية والتطبيقية بالنظر لما حققته من نجاح في الدول الإسلامية التي طبقت بعضها، إلا أنها بدورها تخضع لعدة عوامل تحد من تطبيقها، من ذلك مستوى التطور الحاصل في تطبيق صيغ الاستثمار في المؤسسات التمويلية الإسلامية، كذلك حجم الأموال والأملاك الوقفية والتمويلية المتاحة للاستثمار التي تختلف أهميتها من بلد إلى آخر، ومن وقت إلى آخر، إضافة لما قد يسفر عنه التطبيق العملي من مشكلات لم تكن متوقعة[2].

لذلك لا يمكن اللجوء إلى هذه الصيغ إلا في ظل تغطية تشريعية واضحة، مبنية على دراسة نظرية شرعية واقتصادية، تؤخذ بعين الاعتبار ما قد يسفر عنه التطبيق العملي لهذه الصيغ من مشكلات في دولة التشريع، مما يتطلب إضفاء المرونة اللازمة للتعامل معها، ومن ذلك النص على مباشرة المشروع الاستثماري من متخصصين قادرين على إجراء تقييم موضوعي والمبادرة الايجابية بتغيير الصيغة الاستثمارية أو مجالها على حسب الظروف[3].

---

[1] – عكفت الدول الإسلامية على عقد المنتديات والملتقيات والمؤتمرات العلمية لدراسة موضوع استثمار الأملاك الوقفية بهدف الاستفادة من نتائج الدراسات في تطوير الموضوع تشريعيا وتطبيقيا. و من أمثلة الاستفادة من الصيغ التنموية المتاحة في التجربة الغربية، تخصيص أحد محاور الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقدة بإمارة الشارقة بدولة الإمارات العربية المتحدة والذي أقيم في الفترة من 01 – 05 جمادي الأولى 1430هـ الموافق 26 – 30 أبريل 2009 م) لبحث تطبيق نظام البناء والتمليك (بوت) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة.

[2] – محمد السعد والعمري، مرجع سابق، ص 105.

[3] – نفس المرجع.

ومن بين التجارب الناجحة التجربة الكويتية بالنسبة للصناديق الوقفية ، وما تتميز به من تنوع في الخدمات التنموية التي تقدمها [1]، والتجربة السودانية في اعتمادها أسلوب المشاركة بالأسهم في تمويل المشاريع الاستثمارية التي تحتاج إلى مشاركة في تمويلها [2]، على غرار تجربة الصناديق الوقفية في التجربة الكويتية، و كذلك التجربة الأردنية في اللجوء إلى صيغة الإستصناع، والمرابحة، والمشاركة بالإنتاج، وسندات المقارضة، وعقود بوت[3].

3- ضرورة توسيع مجالات الاستثمار الوقفي في الجزائر

إن مسألة تحديد مجال الاستثمار الوقفي هي مسألة واقع تختلف بحسب ظروف الزمان والمكان، ولا شك أن من شان توسيع مجالات الاستثمار الوقفي وتعددها وتنوعها، تقليل مخاطر العملية الاستثمارية وفي نفس الوقت ضمان تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية على نطاق واسع، حتى يغطي هذا الاستثمار شتى مجالات الحياة، على شرط أن يتم ذلك في ظل احترام الضوابط الشرعية، والمعايير الاقتصادية، وعلى ضوء خطة وإستراتيجية محكمة تسمح بالتعاطي مع معطيات الواقع، وتستجيب للمتغيرات الحاصلة[4].

وقد صرح في هذا الإطار مدير الأوقاف على المستوى المركزي، أن من منجزات سنة 2013 أنه أصبحت للوزارة شبكة تواصل مع خبراء في الاقتصاد والقانون وغيرها، حيث أصبحت للوزارة قائمة خبراء للأوقاف، كما أشار إلى أن تشكيلة اللجنة المركزية للأوقاف تعمل على مد جسور التواصل مع قطاعات فاعلة، كالتنمية الصناعية، وترقية الاستثمار، والتضامن

---

[1] – العثمان عبد المحسن، (تجربة الوقف في دولة الكويت)، مساهمة ضمن ندوة نظام الوقف في التطبيق المعاصر(نماذج مختارة من تجارب الدول والمجتمعات الإسلامية)، منشورات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية والأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، 2003، ص 98 – 105.

[2] – بانقا الخليفة الطيب صالح، (تجربة الوقف في السودان)، مساهمة ضمن ندوة نظام الوقف في التطبيق المعاصر(نماذج مختارة من تجارب الدول والمجتمعات الإسلامية)، منشورات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية والأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، 2003، ص 112 – 113.

[3] – صلاح عبد الفتاح، (تجربة الوقف في المملكة الأردنية الهاشمية)، مساهمة ضمن ندوة نظام الوقف في التطبيق المعاصر(نماذج مختارة من تجارب الدول والمجتمعات الإسلامية)، منشورات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية والأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، 2003، ص 57. كذلك: الأرناؤوط محمد موفق، (نماذج إسلامية معاصرة في الممارسة الاقتصادية للوقف)، بحث منشور في مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الثامنة، العدد 14، مايو 2008، ص 60 – 73.

[4] – الصلاحات، مرجع سابق، ص 75.

الاجتماعي كل ذلك في إطار الارتقاء بالاستثمار الوقفي، الذي يحتاج إلى مشاركة كافة الجهات ذات العلاقة والاستفادة من خبراتها وإمكاناتها[1].

عمليا يحتسب للسلطة المكلفة بالأوقاف على المستويين المركزي والمحلي الجهود المبذولة في التطلع لترقية الاستثمار الوقفي، وتنويع مجالاته، بهدف تحقيق أفضل استفادة من الإمكانات الوقفية المتاحة، وبما يتلاءم ومتطلبات العصر، سواء ما تقوم به الهيئة المكلفة بالأوقاف من مباشرة أنشطة استثمارية متنوعة مملوكة للأوقاف بشكل فردي، أو عن طريق الاستثمار المشترك، بحيث تقوم الهيئة المكلفة بالأوقاف بالمساهمة في مشروعات مشتركة مع الشركات الاستثمارية، أو البنوك الإسلامية، أو دعوة الأفراد لتمويل الاستثمار في مجالات وقفية مبتكرة.

ومن ذلك إنشاء شركة مساهمة ذات طابع وقفي، وذلك انطلاقا من فكرة استثمار النقود بمساهمة من بنك البركة و أوقاف بعض المحسنين و صندوق الوقف وتم إلحاقها بالشركات الخاصة مع المحافظة على طابعها الخاص، وهي شركة (تاكسي وقف) التي تعمل في مجال النقل الحضري منذ سنة 2009 ، والتي كان البدأ فيها ب 30 سيارة، ثم تم توسعتها بإضافة 10 سيارات، حيث يوجد أكثر من 160 سائق يتداولون عليها، مقابل تقديم عائد يومي يقدر ب 2500 دج لليوم، ويتحصل السائق على راتب شهري و تأمين، وتصرف الأموال لتدعيم رأس المال و أوجه الصرف في جهات البر، كما يطمح إلى رفع رأس المال عن طريق السماح باكتتاب المواطنين عن طريق الأسهم[2].

وإذا كان في العادة يفضل أن يتم الاستثمار في المجالات التي تتسم بالاستقرار النسبي، والتي تكون عادة في المجال العقاري، من ذلك الاستثمار في إنشاء السكنات الوقفية والمحلات التجارية والمساجد، فإنه لابد أن يتم التوجه أكثر نحو ترقية الاستثمار بتغطية مجالات أخرى: كإنشاء المستشفيات، والعيادات المتخصصة، والفنادق الوقفية، والمركبات السياحية، والمراكز التجارية، ومراكز التدريب والتأهيل والتكوين، وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى اعتماد وزارة

---

[1] – مقابلة مع لويزة دريسي خاصة بحصة الإذاعة الوطنية الجزائرية (سنة الوقف) بتاريخ 27 – 12 – 2013.

[2] – لقاء مع السيدة عوفي مديرة شركة المساهمة لتاكسي وقف، مقابلة مع لويزة دريسي خاصة بحصة الإذاعة الوطنية الجزائرية (سنة الوقف) بتاريخ 27 – 09 – 2013.

الأوقاف لما يسمى بالمجمعات الوقفية التي أطلقت عبر ولايات عنابة، ورقلة، بشار، سطيف وغليزان على أمل التحاق ولايات أخرى[1].

كذلك لابد من تجاوز الاستثمار في المجال العقاري إلى مجالات أخرى لا تقل أهمية كالاستثمار في إنشاء المشروعات الإنتاجية المهنية و الحرفية، من ذلك مشروعات تنمية موارد الأسر الفقيرة، والمرأة الماكثة بالبيت عن طريق منح القروض الحسنة الذي يقوم به بنك البركة الجزائري[2]، أو الاستثمار في إنشاء المشروعات الخدماتية كإنشاء مكاتب تحفيظ القرآن، والمعاهد الإسلامية، والمكتبات العامة، حيث تتطلع وزارة الأوقاف لإنشاء مكتبة وقفية بالعاصمة بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية وأمانة الأوقاف بالكويت، و التي أرسلت فعليا بعض الكتب في انتظار استكمال العملية [3]، إضافة إلى الاستثمار في الأنشطة الزراعية بعقود المزارعة والمساقاة والمغارسة، حيث تجدر الإشارة إلى مشروع السد الأخضر الذي تقوم به مديرية الأوقاف بولاية ورقلة، والذي يساهم في القضاء على مشكلة التصحر، وهو ما يتوافق مع طبيعة المنطقة، حيث يتم غرس 2000 شجرة زيتون على 300 هكتار، بالإضافة إلى إنشاء آبار.

---

[1] – مقابلة للويزة دريسي مع عبد الوهاب برتيمة مدير الأوقاف مركزيا، لحصة الإذاعة الوطنية الجزائرية (سنة الوقف) بتاريخ 27 – 12– 2013.

[2] – لقاء مع الأمين العام للبنك الإسلامي، والخبير المحاسبي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ناصر حيدر بحصة الإذاعة بعنوان سنة الوقف بتاريخ 13 – 12 – 2013.

[3] – مقابلة للويزة دريسي مع عبد الوهاب برتيمة مدير الأوقاف مركزيا، لحصة الإذاعة الوطنية الجزائرية (سنة الوقف) بتاريخ 27 – 12– 2013.

خلاصة الفصل الأول

أخلص من خلال هذا الفصل إلى أنه إذا كان استغلال الملك الوقفي في إطار أعمال الإدارة المعتادة، هو العملية التي تقصد إلى استعمال الملك الوقفي في تحقيق أغراضه، مما يتطلب تهيئته للقيام بهذه المهمة وصيانته ، وهو الذي نص الفقهاء على تقديمه على الصرف للمستحقين، فإن تنمية الملك الوقفي في إطار أعمال الإدارة غير المعتادة يقصد منها زيادة حجم الأموال المستغلة، وزيادة مواردها عن طريق استثمارها.

وعلى الرغم من التنظيم القانوني لقواعد استغلال وتنمية الأملاك الوقفية، إلا أن القواعد التنظيمية جاءت قاصرة عن الإحاطة بجوانب الموضوع و غير مستجيبة لمتطلبات الواقع و مواكبة التطورات و المستجدات، لذلك أصبح ضروريا تحيين هذه القواعد.

وفي هذا الإطار لابد من تجميع قواعد إيجار الأملاك الوقفية التي هي متفرقة بين الإحالة إلى أحكام القانون المدني و أحكام الشريعة الإسلامية و نموذج عقد الإيجار المعتمد من قبل الوزارة و بعض النصوص التنظيمية الخاصة الصادرة في الموضوع، و هو ما أدى إلى تضارب بين بعض الأحكام وتعارضها، وفي ذات السياق لابد من تحيين نموذج عقد إيجار الملك الوقفي المعتمد من الوزارة في كل نص منه وردت فيه الإحالة على أحكام تم إلغاؤها أو تعديلها.

ويلاحظ على الصيغ التمويلية التي تبناها المشرع الجزائري في تنمية الأملاك الوقفية، أنها في حقيقتها لا تخرج عن إطار الاستغلال بواسطة الإيجار الوقفي، إضافة إلى أن الصيغ المشار إليها تعتبر في نظر الفقه المعاصر صيغا تقليدية فرضتها ظروف زمانية ومكانية معينة، وقد أثبت تطبيقها عمليا اتصافها بالجمود عن مواكبة المتغيرات وعدم الكفاءة الاقتصادية، والقصور عن أداء دور تنموي حقيقي للأملاك الوقفية بما يتلاءم والمتطلبات المعاصرة، لذلك لابد من الاستعانة بأهل الاختصاص في إعداد مشروع قانون استثمار الأموال الوقفية، بحيث يوكل أمره لمختصين في الاقتصاد الإسلامي، وفي الصياغة القانونية، وذلك ضمانا لكي تخرج الأحكام الخاصة بالاستثمار متجانسة ومتوافقة من الناحيتين الشرعية والاقتصادية، ومتصفة من الناحية القانونية بالمرونة اللازمة التي تجعلها متلائمة مع التطبيق العملي وملابساته.

الفصل الثاني: التنظيم القانوني لكيفيات تثبيت الوضعية القانونية للأملاك الوقفية

لقد أثبتت التجارب التاريخية ضياع كثير من الأملاك الوقفية، نتيجة الاعتداء أو الاستيلاء عليها من الأفراد والحكومات، أو موت الشهود الذين استشهدوا عند إنشائها، أو بسبب ضياع حججها التوثيقية بسبب تقادم الزمان عليها، وعدم ضبطها، وإحصائها في سجلات رسمية، يمكن الرجوع إليها لإثبات وجودها القانوني، مما جعل الأملاك الوقفية في وضعية قانونية غير محصنة، وفي مركز قانوني ضعيف بمناسبة إثبات وجودها القانوني أمام القضاء.

غير أنه بمناسبة الصحوة التشريعية، كان من أولوياتها التركيز على أمرين: يتمثل الأول في التأكيد على ضرورة استرجاع الأملاك الوقفية الضائعة، والعمل على ضبطها، وتعيينها، عن طريق عمليات الحصر والجرد و التسجيل، حماية لها من إنكار وجودها الفعلي بانعدام وجودها القانوني، و الأمر الثاني هو توفير وسائل إثبات الأملاك الوقفية بما يتلاءم والوضع الذي آلت إليه، بما يسمح بتسوية وضعية أكبر قدر من الأملاك الضائعة أو المستولى عليها، وتحصين الوجود القانوني لما سيوجد منها فعليا مستقبلا بما لا يسمح بتفويتها، حيث يكون من شأن هذا الاتجاه تقوية المركز القانوني للأملاك الوقفية وتثبيت وضعيتها القانونية.

لذلك بعيدا عن التفصيل في البعد التقني والإداري لعملية البحث عن الأملاك الوقفية وحصرها وجردها ضمن بطاقية وطنية، يتم التركيز في هذا الفصل على الحماية المدنية للأملاك الوقفية بتوفير وسائل إثباتها على نحو يقوي مركزها القانوني بمناسبة إثبات وجودها القانوني (المبحث الأول)، ثم تقوية مركزها في تثبيت الوجود المادي و القانوني لها بمناسبة تسجيلها في السجل العقاري، باعتباره أحد آليات جرد الأملاك الوقفية وتسجيلها، حيث يكون من شأن هذا السجل إعطاء صورة صادقة وحقيقية عن الوضع المادي والقانوني للملكية العقارية، و يكون نقطة الانطلاق لحق الملكية التي يكرسها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: توفير وسائل إثبات الملك الوقفي تقوية لمركزه في دعوى إثبات وجوده القانوني

لا شك في أن أي حق أو مركز قانوني يمكن أن يحدث اختلافا، هو مجال لرفع الدعوى أمام القضاء للمطالبة بإحقاق الحق، وإنهاء الخصومات، حيث يلعب القضاء دورا أساسيا في

توفير الحماية القضائية اللازمة للحقوق والمراكز القانونية التي يقررها القانون، بوصفه جهة الرقابة المستقلة والموضوعية التي تبسط الحماية لجميع الحقوق الثابتة.

لذلك فإنه من الضروري تقوية المركز القانوني للأملاك الوقفية، بما يمنحها حصانة في المتوقع من الدعاوى المثبتة للحقوق الوقفية، وتدارك كل أشكال الاعتداء عليها أو الإدعاء بتملكها أو استحقاقها، سواء في مواجهة الواقف الذي قد تسول له نفسه جحود وقفه، والتصرف بالموقوف تصرف الملاك، فلا يستطيع ناظر الوقف ولا الموقوف عليهم الاحتجاج بوجود الوقف إلا إذا أثبت ذلك قضاءا، وكذلك في مواجهة ورثة الواقف، فقد يلجئون إلى قسمة المال الموقوف لعدم علمهم بوقفه، أو تجاوزا وجحودا، والتعامل معه على أنه جزء من تركة مورثهم، فلا يمكن إلزامهم بالوقف ولو كانوا عالمين بصدوره من الواقف مورثهم ما لم يتحقق الوجود القانوني للوقف بإثباته قضاءا، وكذلك بالنسبة للمستحقين فقد تضيع حقوقهم لخفاء التصرف أصلا وعدم علمهم به، حيث تزداد قيمة الإثبات و أهميته خاصة بالنسبة للأجيال اللاحقة من المستحقين الذين لم يوجدوا بعد، فهؤلاء من الضروري أن يعد لهم الدليل مسبقا حتى لا تضيع حقوقهم.

وإذا كانت دعوى تثبيت الملك الوقفي من شأنها حماية موضوع الحق في ذاته وقطع النزاع بصورة نهائية، إلا أن ثبوت الحق لمصلحة الملك الوقفي يتوقف على مدى قوة مركزه في الدعوى تبعا للحجج التي يدلى بها، وهو ما يقتضي منح أو إضفاء خصوصية في دعوى تثبيت الملك الوقفي، و الظاهر أن الاتجاه التشريعي في تنظيم وسائل إثبات الملك الوقفي يقوم على اعتماد الحرية في الإثبات تماشيا مع الرغبة في استرجاع الأملاك الوقفية (المطلب الثاني)، واعتماد التقييد في إثبات الأملاك الوقفية المستقبلية باشتراط الإعداد المسبق لأدلة إثبات وجودها (المطلب الثالث)، وقبل التطرق لهاتين المسألتين يجدر التطرق إلى الاختصاص القضائي في منازعات الأوقاف بشكل عام (المطلب الأول).

المطلب الأول: الاختصاص القضائي في منازعات الأملاك الوقفية بشكل عام

إن مواضيع وحالات منازعات الأملاك الوقفية، هي من الكثرة والتنوع بحيث يصعب حصرها، فهي تتولد عن تعدد جوانب الملك الوقفي، كما أنه بشكل عام يصعب إحصاء الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى القضاء، لأن احتمالات الاختلاف حول الحقوق التي

تقررها التشريعات لا تنتهي عند حد، من جهة أخرى فإن تحديد الاختصاص بالنسبة لمنازعات الأملاك الوقفية يثير صعوبة بسبب تعدد جوانب الملك الوقفي، والتي على أساسها يمكن تحديد الجهة القضائية التي تختص بموضوع النزاع، لذلك لابد من البحث في حالات اللجوء إلى القضاء بخصوص الأملاك الوقفية (الفرع الأول)، ثم تحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا ومحليا في منازعات الأملاك الوقفية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حالات اللجوء إلى القضاء بخصوص الأملاك الوقفية

يمكن استنباط حالات اللجوء إلى القضاء، من نصوص التشريع ذاته الذي يقرر الحقوق و كذلك من الحالات الفعلية التي فصل فيها القضاء، وبالنسبة للأملاك الوقفية فإن اللجوء إلى القضاء لحمايتها ترجع أسبابه بشكل عام إلى مخالفة الشروط و الأحكام التي يحددها القانون لتنظيم الملكية الوقفية، حيث نصت المادة 27 من قانون الأوقاف 91 – 10: "كل وقف يخالف أحكام هذا القانون باطل، مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه." وبسبب تعدد عناصر الملك الوقفي فإن مخالفة أحكام الوقف قد ترجع إما إلى الواقف نفسه، أو محل الوقف، أو بسبب الموقوف عليهم، أو بسبب تسيير الملك الوقفي وتمثيله، وقد سبق الإشارة إلى جملة من الأحكام القضائية الصادرة بخصوص المنازعات التي يثيرها كل عنصر من هذه العناصر بمناسبة دراسته، حيث يبرز دور القضاء المدني في الحماية الواسعة و الشاملة لأغلب أحوال الملك الوقفي[1]، بما في ذلك ما يتعلق بإدارته وتسييره وما قد تثيره من نزاعات بسبب الإضرار بمصلحة الوقف و الموقوف عليهم.

بينما يكتسي تدخل القضاء لحماية الملك الوقفي أهمية خاصة، و ذلك في الحالات الآتية:

– في الحالات التي منح فيها قانون الأوقاف للقضاء التدخل لحماية مصلحة الوقف والموقوف عليهم وضمان احترام إرادة الواقف بنصوص صريحة، ويتعلق الأمر بنص المادة 16 من قانون

[1]– تدخل الأملاك الوقفية ضمن الحماية الجزائية المقررة للأموال بصفة عامة، فكل مساس بحرمة المال الوقفي بأي شكل من الأشكال التي تشكل جريمة من الجرائم المقررة على الأموال بشكل عام، يقوم معه حق الملك الوقفي في الحماية الجزائية ضد الاعتداء. كما أن المادة 36 من قانون الأوقاف 91 – 10 نصت صراحة أنه: "يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو تدليسية أو يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستنداته أو يزورها، إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات.".

الأوقاف 91 – 10 والتي يجوز بموجبها للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضيات الوقف كاللزوم والتأبيد، أو كان ضارا بمحل الوقف، أو بمصلحة الموقوف عليه، وكذلك نص المادة 26 مكرر 4 التي منحت الحق للقضاء في حالة وجود مانع من تغيير وجهة الملك الوقفي إلى ما هو أصلح له و للمستحقين، أن يصدر حكما قضائيا يراعي مصلحة الوقف والموقوف عليهم.

– بالنسبة للملك الوقفي الخاص يكتسي اللجوء إلى القضاء قيمة عملية بالغة الأهمية، حيث أنه إذا كان التنظيم القانوني للأملاك الوقفية العامة يشترط أن تستأذن الجهة الوصية عليها بمناسبة التصرف فيها بالاستبدال أو البيع أو الرهن أو غيرها من التصرفات التي يشترط فيها الحصول على الإذن قبل مباشرتها من الناظر، فإنه يجب أن يلتزم ناظر الملك الوقفي الخاص باستئذان قاضي شؤون الأسرة بمناسبة هذه التصرفات الخطيرة التي من شأنها المساس بوجود الملك الوقفي الخاص، وحقوق المستحقين فيه، على غرار استئذانه في بعض التصرفات الخطيرة بمناسبة الولاية على أموال القاصر طبقا لأحكام المادة 88 من قانون الأسرة، ذلك أن المقرر وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية أن أحكام الولاية على أموال الوقف في ما لم يرد فيه نص تستمد من أحكام الولاية على أموال القصر[1].

– حالة الحراسة القضائية، فعلى الرغم من عدم وجود نص صريح على الحراسة القضائية على أموال الوقف، سواء ما تعلق منها بأصل الملك الوقفي أو بريعه الذي يثبت للمستحقين حق عليه، وذلك مقارنة ببعض التشريعات العربية التي نظمت المسألة [2]، فإن تدخل القضاء لحماية الأموال الوقفية بتقرير الحراسة القضائية عليها بمناسبة منازعات الأملاك الوقفية، من شأنه أن يحمي الوجود القانوني لها، بموجب حصانة قضائية تمنع تفويتها أو المساس بها، خاصة بالنسبة للأملاك الوقفية الخاصة في مواجهة ناظرها أو المنتفعين بها، حيث يرجع إلى القواعد العامة في غياب نص صريح خاص بالأملاك الوقفية، حيث يمكن اللجوء إلى طلب الحراسة القضائية من الموقوف عليهم في مواجهة ناظر الوقف بوصفه واضع اليد على أموال الوقف، خوفا من تصرفه في أصل الملك الوقفي أو في ريعه الذي هو حق للمستحقين بمناسبة نزاع

---

[1]– الزرقا، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 20.

[2]– السنهوري، الوسيط، ج 7، مرجع سابق، ص 865 . كذلك: الشامسي، مرجع سابق، ص 17.

بشأن نظارته، أو بمناسب مديونية الوقف، أو مديونية أحد المستحقين فيه، وكذلك يمكن طلب الحراسة القضائية على أموال الوقف الخاص في الحالات التي يتم التنازع فيها حول حق ناظر الوقف الخاص في النظارة أو بمناسبة تنحيته لأحد الأسباب المقررة شرعا وقانونا لتنحيته، لذلك لابد من استحداث نصوص صريحة منعا للتردد بشأن اللجوء إلى الحراسة القضائية.

الفرع الثاني: تحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا ومحليا في منازعات الأملاك الوقفية

يثبت حق التقاضي في المنازعات المتعلقة بالأملاك الوقفية، لمصلحة الملك الوقفي أو ضده بوصفه شخصا معنويا، يتمتع بحق التمثيل القضائي للدفاع عن حقوقه مدعيا أو مدعى عليه، حيث يمثل الملك الوقفي العام بحكم تولي وزارة الشؤون الدينية والأوقاف لأمور تسييره و إدارته والإشراف عليه، وزير الشؤون الدينية والأوقاف، والذي يفوض سلطاته بهذا الخصوص للمدراء الولائيين لمديريات الأوقاف، الذين يفوضون بدورهم حق التمثيل القضائي في الدفاع عن حقوق الملك الوقفي لمحامين بما يملكونه من قدرة على الدفاع عن الحقوق بحكم مهنتهم، و بالنسبة للملك الوقفي الخاص فإن ناظره بوصفه ممثله القانوني هو من يتولى الدفاع عن حقوقه، حيث يمكنه بدوره أن يوكل مهام الدفاع للمحامي.

إن الملك الوقفي على الرغم من اعتباره نظاما قائما بذاته، إلا أنه متعدد الجوانب ففيه الجانب التعبدي، من حيث كونه ينشأ بتصرف تبرعي من جانب الواقف، وفيه الجانب الشخصي من حيث الشروط المتعلقة بالأهلية، والجانب المدني من حيث سلامة التصرف من عيوب الإرادة، ومشروعية سببه ومحله، مما يجعله مرتبطا في الاختصاص بمنازعاته بالجهة المختصة بمسائل الأحوال الشخصية أو المدنية، من جهة أخرى فيه الجانب العيني، من حيث أن محله مال متقوم، والذي يكون في أغلبه عقار، مما يجعله مرتبطا في الاختصاص بمنازعته من نفس اختصاص الجهات المختصة بالمنازعات المتعلقة بالأملاك العقارية، أما من حيث ضرورة خضوعه للتسيير الإداري من جهة تشرف عليه وتعمل على حسن استغلاله واستثماره وتنميته والمحافظة على وجوده، يظهر الجانب الإداري فيه، مما من شأنه أن يوحي بأن القضاء الإداري هو المختص قانونا بالفصل في كل منازعات الأوقاف.

لذلك نظرا لعدم صراحة النصوص القانونية بشأن الجهة القضائية المختصة، وهو ما لا ينبغي إغفاله حماية للملك الوقفي من أن تفوت مصلحته بسبب الخطأ في الجهة المختصة بنظر الدعوى، فإنه لابد من البحث في كل من الاختصاص النوعي الذي يتعلق بموضوع

النزاع باعتبار الوقف مسألة موضوعية (أولا)، والاختصاص المحلي بالنظر لتعدد صور محل الوقف ذاته الذي قد يكون عقارا أو منقولا أو منفعة (ثانيا).

أولا: الاختصاص النوعي

لما كان النظام القضائي الجزائري يعتمد على مبدأ الازدواجية، والذي يقوم على أساس الفصل بين اختصاص القضاء الإداري، الذي يختص بالفصل في المسائل التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها طبقا للمادتين 800 و 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والقضاء العادي الذي يختص بالفصل في المنازعات التي تخرج عن الولاية العامة للقضاء الإداري، فبالنسبة للملك الوقفي فإنه إذا كانت تشرف عليه وزارة الشؤون الدينية والأوقاف من حيث تسييره الإداري، إلا أن ذلك لا يكون باعتباره ملكا للدولة، فالملك الوقفي يتمتع بمجرد إنشائه بشخصية معنوية خاصة، مما يجعل ميزانية تسيره مستقلة عن ميزانية الدولة، ولاشك أن مباشرة منازعات الأوقاف من قبل مديريات الأوقاف لا يكون بصفتها ممثلة للهيئة العمومية أو الشخصية المعنوية للدولة، بل بصفتها ممثلا لشخص معنوي خاص هو الملك الوقفي، مما يجعل أغلب الدعاوى المتعلقة بالأملاك الوقفية تكون من اختصاص القضاء العادي، مع ذلك يثبت للقضاء الإداري اختصاص أصيل في المسائل التي يخاصم فيها الملك الوقفي هيئة إدارية بسبب قراراتها ذات الطبيعة الإدارية في مواجهته[1].

من جهة أخرى فإن الاختصاص النوعي للجهات القضائية الموجودة على مستوى الدرجة الواحدة، يختلف بحسب ما إذا كان موضوع الملك الوقفي عقارا أو منقولا أو منفعة، فبالنسبة للاختصاص في المسائل المتعلقة بالملكية العقارية يعود للقسم العقاري على مستوى المحكمة طبقا لنص المادة 511 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، و بالنظر للمادة 512 من نفس القانون التي نصت على صلاحيات القسم العقاري بالنظر في بعض القضايا على وجه

---

[1]– من أهم المواضيع التي يختص بها القضاء الإداري في منازعات الأملاك الوقفية: إلغاء قرارات لجنة الاسترجاع بعدم استرجاع الملك الوقفي المؤمم، دعوى تعويض الملك الوقفي غير قابل للاسترجاع من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية، أو بمناسبة نزع الملكية للمنفعة العامة، الدعاوى الخاصة بالسند الإداري الذي يحرره مدير الأوقاف، وكذلك دعوى الطعن في صحة المعلومات التي تضنها الدفتر العقاري الصادر باسم الملك الوقفي.

الخصوص، فإن مواضيعها تعتبر من المواضيع المحتملة لمنازعات الملكية الوقفية، خاصة قضايا إثبات الملكية الوقفية العقارية، و القضايا المتعلقة بحق الانتفاع الوارد على الملكية الوقفية، و قضايا القسمة و الشفعة، إضافة إلى القضايا المترتبة عن إيجار السكنات و المحلات المهنية الوقفية، أو تلك المتعلقة بالإيجارات الفلاحية.

غير أنه يلاحظ أن المادة 512 المشار إليها على الرغم من إشارتها في البند السابع منها على اختصاص القسم العقاري في الهبات والوصايا المتعلقة بالعقارات، إلا أنها لم تشر صراحة إلى الأوقاف المتعلقة بالعقارات، غير أنه تمت الإشارة في البند الثامن من نفس المادة إلى اختصاص القسم العقاري بالقضايا المتعلقة بالتنازل عن الملكية وحق الانتفاع، حيث يدخل في هذا المعنى إنشاء الملك الوقفي بتنازل الواقف عن حق الملكية و الانتفاع، كما يمكن أن ينشأ نزاع يتعلق بحالة تنازل الموقوف عليه عن حقه في الانتفاع، فيؤول الاختصاص للقسم العقاري.

كما أنه طبقا لما ورد في نص المادة 515 من نفس القانون فإنه يختص القسم العقاري في الدعاوى المتعلقة بإبطال أو فسخ أو تعديل أو نقض الحقوق المترتبة على عقود تم شهرها، و عقد الوقف من العقود التي يتم شهرها، لذلك إذا كانت إحدى الدعاوى المشار إليها في نص المادة تتعلق بالملك الوقفي، فإن الاختصاص بشأنها يؤول إلى القسم العقاري، ومن ذلك دعوى إبطال عقد الوقف لمخالفته الأحكام الشرعية والقانونية، ودعوى هيئة الأوقاف في مواجهة الواقف بسبب الرجوع في الوقف.

أما بالنسبة للوقف الذي محله منقول أو منفعة فإن الاختصاص يؤول إلى القاضي المدني طبقا للمادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

مع ذلك يؤول الاختصاص إلى قاضي شؤون الأسرة، فيما يتعلق بشؤون الولاية على أموال الوقف في حالة الملك الوقفي الخاص، باعتبار هذا الأخير يخضع للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها بعد أن استبعده المشرع الجزائري من التنظيم القانوني في قانون الأوقاف بموجب القانون 02 – 10 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف 91 – 10 حيث أنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فإن المقرر أن أحكام الولاية على أموال الوقف تستمد من أحكام الولاية على أموال القصر، و أي نزاع قد ينشأ بمناسبة المنازعات المتعلقة بالولاية على

أموال القصر يرفع أمام قاضي شؤون الأسرة طبقا لنص المادة 474 و 476 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا: الاختصاص المحلي

ينعقد الاختصاص المحلي على حسب طبيعة المنازعات التي تدخل في اختصاص القضاء العادي، وخلافا للاختصاص النوعي فقد نظم المشرع الجزائري الاختصاص المحلي في المنازعات المتعلقة بالأملاك الوقفية، حيث نصت المادة 48 من قانون الأوقاف 91 – 10: " تتولى المحاكم المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها محل الوقف النظر في المنازعات المتعلقة بالأملاك الوقفية." والذي يظهر من هذا النص أنه جاء مطلقا، لم يحدد فيه المشرع نوع الملك الوقفي إذا كان عقارا أو منقولا أو منفعة، مما يفهم منه على أن الاختصاص المحلي في منازعات الأملاك الوقفية يؤول دائما إلى المحاكم المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها محل الملك الوقفي بغض النظر عن نوعه.

المطلب الثاني: اعتماد الحرية في الإثبات تماشيا مع الرغبة في استرجاع الأملاك الوقفية

لقد كان الوقف في معظم تاريخه يتم شفاهة، فالثقافة الشفوية والاعتماد على شهادة الشهود في توثيق الحقوق والتصرفات كانت هي السائدة [1]، وكان إذا حصل نزاع على أصل الملك الوقفي أو شروطه يرفع الأمر إلى القاضي ليفصل في الخصومة، متحريا لمصلحة الملك الوقفي بالسماح بإثبات وجوده بكافة طرق الإثبات الشرعية المتاحة، سواء بالكتابة إن وجدت، أو الشهادة، أو الإقرار، أو اليمين، أو الشهادة على الشهادة، والشهادة بالشهرة، و التسامع[2].

وفي نفس الاتجاه تبنى المشرع الجزائري المرونة في إثبات الملك الوقفي في نص المادة 35 من قانون الأوقاف 91 – 10 التي جاء فيها: "يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية مع مراعاة أحكام المادتين 29 و 30 من هذا القانون." حيث يكشف هذا النص عن مرونة في التعامل مع إثبات الأملاك الوقفية من خلال عدم تقييد وسائل الإثبات وحصرها في طرق ووسائل محددة، غير أن ذلك لم يمنع المشرع من أن يخص الملك الوقفي بتنظيم بعض وسائل إثباته بما يسمح بتقوية مركزه القانوني، حيث يتعلق الأمر بالشهادة، لذلك أتطرق إلى

---

[1]– اصبيحي، (دراسة قانونية لعشر قضاياإشكالية)، مرجع سابق، ص 32.

[2]– الزحيلي محمد، (الوقف الذري)، مرجع سابق، ص 142 – 143.

الشهادة كطريقة شرعية و قانونية منظمة بشكل خاص (الفرع الأول)، ثم الطرق الشرعية لإثبات الملك الوقفي و التي قد تكون في نفس الوقت طرق قانونية تخضع للقواعد العامة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التنظيم الخاص للشهادة كطريقة لإثبات الملك الوقفي

تعتبر الشهادة من أهم وسائل إثبات وجود أصل الملك الوقفي وشروطه في الشريعة الإسلامية، وتماشيا مع ذلك وردت الإشارة بمناسبة حصر الأملاك الوقفية العامة المصونة في نص المادة 08 من قانون الأوقاف 91 – 10 في البند الخامس منها: " الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار." وتطبيقا لأحكام المادة صدر المرسوم التنفيذي رقم 2000 – 336 المستحدث لوثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها [1]، حيث أضفى المشرع بهذا المرسوم الرسمية على شهادة الشهود، لتتحول من شهادة مكتوبة إلى وثيقة رسمية تخضع للتسجيل في السجل العقاري، و تسمح بتثبيت الملكية الوقفية و الاعتراف بها استنادا لسند رسمي، لذلك أتطرق في البداية إلى وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي (أولا)، ثم الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي (ثانيا).

أولا: وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي

وثيقة الإشهاد المكتوب هي وثيقة تتضمن شهادة مكتوبة يدلي بها شهود عدل، وتتضمن وجوبا حسب المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي 2000 – 336 المستحدث للوثيقة وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها، والذي حدد نموذجها بالملحق التابع له:

– المعلومات الخاصة بالشهود مع توقيعاتهم.

– التصديق من قبل المصلحة المختصة بالبلدية أو أي سلطة أخرى مؤهلة قانونا.

– رقم تسجيلها في السجل العقاري الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا.

وطبقا للمادة 07 من نفس المرسوم يلتزم مدير الشؤون الدينية و الأوقاف باتخاذ جميع التدابير التي ترمي إلى جمع وثائق الإشهاد المكتوب، بحيث إذا اجتمعت أكثر من ثلاث وثائق

[1] – مؤرخ في: 28 رجب عام 1421 الموافق 26 أكتوبر 2000، (الجريدة الرسمية رقم 64، مؤرخة في 31 أكتوبر 2000، ص 26.).

إشهاد، تصدر مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا، شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي محل الإشهاد.

ثانيا: الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي[1]

هذه الشهادة هي وثيقة تتوج بها شهادات الشهود طبقا لنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 2000 – 336 المستحدث لوثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها التي جاء فيها: "بعد استيفاء الشروط المبينة في المادتين 3 و 4 المذكورتين أعلاه وجمع أكثر من ثلاث وثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي، تصدر مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا، شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي محل الإشهاد مرفوقة بشرط البطلان عند ظهور أدلة مضادة. يحدد شكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي بموجب قرار يصدره وزير الشؤون الدينية والأوقاف.".

وقد حدد القرار المؤرخ في 26 ماي 2001 نموذج هذه الشهادة ومحتواها حيث نص في المادة 03 منه أن تتضمن وجوبا البيانات التالية:

– عنوان الشهادة.

– المراجع القانونية المعتمدة.

– رقم وتاريخ تسجيل وثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا.

– تحديد مساحة الملك الوقفي وموقعه.

أما الذي يحرر هذه الشهادة فهو موظف مختص ومؤهل قانونا، وهذا الموظف هو مدير الشؤون الدينية و الأوقاف على مستوى الولاية، بوصفه موثق الدولة في ما يخص الأملاك العقارية الوقفية، ووفقا للصلاحيات المخولة له بموجب الفقرة الأولى من المادة 26 مكرر 11 من قانون الأوقاف 91 – 10 التي نصت: "للسلطة المكلفة بالأوقاف حق إبرام عقود في إطار أحكام المادة 8 أعلاه." وهو ما أكدته التعليمة الوزارية المشتركة رقم 09 المؤرخة في 16

[1]– تجدر الإشارة أن هذه الشهادة تخص الملك الوقفي العام، وذلك أن المتفق عليه فقها هو أن الوقوف الخاصة يعمل عند التشاجر فيها بما تثبت به الحقوق. آل خنين عبد الله محمد بن سعد، (ضبط تصرفات نظار الأوقاف من قبل القضاء)، بحث مقدم ضمن المؤتمر الدولي الثاني للأوقاف، المنعقد بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2006، ص 06 – 07.

سبتمبر 2002 المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي الصادرة عن وزيري الشؤون الدينية والمالية.

فالسلطة المكلفة بالأوقاف باعتبارها سلطة إدارية، فإن العقد المتضمن الشهادة الرسمية للملك الوقفي المحرر من قبلها يعتبر عقدا إداريا، من شأنه أن يثبت الملكية الوقفية العقارية بعض خضوعه للتسجيل والإشهار [1]، ولذلك أكدت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 2000 – 336 المستحدث لوثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها على صدور هذه الشهادة في شكل رسمي و خضوعها للتسجيل و الإشهار، كما اعتبرت التعليمة الوزارية المشتركة رقم 09 المشار إليها أن الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي هي عقد تصريحي متعلق بحق عيني عقاري، لذلك لابد أن تخضع للإشهار للتمكين من التكريس القانوني للملكية الوقفية على أساس شهادات الشهود، في إطار احترام قواعد الإشهار العقاري.

فبعد إعداد الشهادة الرسمية، حسب النموذج المحدد لها، تفرغ في الاستمارة المحددة تنظيميا للإشهار العقاري، وتودع بمبادرة من مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية بالمحافظة العقارية، بعد استيفاء إجراءات التسجيل، حيث تكون معفاة من رسم الشهر العقاري، ويقوم المحافظ العقاري بتسليم النسخة المرفقة مع الإيداع لمدير الشؤون الدينية والأوقاف بعد تحميلها صيغة تنفيذ الإشهار العقاري، بعدها يتم التأشير على السجل العقاري حسب التمييز المحدد في المرسوم رقم 76 – 63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، بحيث يسلم دفتر عقاري لمدير الشؤون الدينية والأوقاف باسم الملك الوقفي، عندما يتعلق الأمر بعقار حضري، وبالنسبة للعقار الريفي يتم التأشير على السجل العقاري الممسوك في الشكل الشخصي.

غير أن الإشكال يكمن في أن العقود التصريحية هي العقود التي يبرمها موظف مختص ومؤهل قانونا، حيث يقتصر دوره فيها على استقبال التصريح من طالبها، و يحرر بشأنه سند رسمي وفقا لمفهوم المادة 324 من القانون المدني متى كان هذا التصريح غير مخالف للقانون[2]، ولذلك فإن الشهادة الرسمية للملك الوقفي تحرر بناءا على شهادات مكتوبة تم جمعها

---

[1]– الوافي فيصل، السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ص 35.

[2]– باشا، حماية الملكية الخاصة، مرجع سابق، ص 32.

والمصادقة عليها في غير حضور الشخص المختص لإبرام العقود، مما يجعله غير مسؤول عما جاء فيها كونه لم يصادق على محتواها.

ولذلك فإن المادة 05 من المرسوم رقم 2000 – 336 المستحدث لوثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي نصت على إرفاق الشهادة الرسمية بشرط البطلان عند ظهور أدلة مضادة، وهو الشرط الذي تم إغفاله في القرار المحدد لشكل ومحتوى هذه الشهادة المشار إليه، وكذلك الملحق الموضح لنموذج هذه الشهادة المرفق بالقرار، مما يفهم منه الإلغاء الضمني لهذا الشرط، خاصة أنه من شأنه أن ينقص من قيمتها القانونية وقوتها الثبوتية القاطعة في تكريس الملكية الوقفية العقارية.

لذلك فإن القيمة القانونية للشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي هي من قيمة العقد الرسمي المثبت للملك الوقفي وهو ما أكدته التعليمة الوزارية المشتركة رقم 09 المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.

الفرع الثاني: الطرق الشرعية لإثبات الملك الوقفي

يثبت الوقف أمام القضاء وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية كغيره من المعاملات بالإقرار، والشهادة، واليمين والنكول عنها، والقرائن، والتي هي نفسها أدلة الإثبات المنظمة قانونا، حيث تعتبر الكتابة نوع من الإقرار المؤكد بالشهادة، و كل من المعاينة والخبرة ما هي إلا نوع من الشهادات، لذلك أتطرق إليها بوصفها الطرق الشرعية والطرق القانونية المنظمة بشكل عام، مع التركيز على خصوصيتها في إثبات الملك الوقفي.

أولا: الإقرار

الإقرار شرعا هو: "إخبار إنسان عن ثبوت حق للغير على نفسه." [1] أما من الناحية القانونية فقد عرفته المادة 341 من القانون المدني أنه: "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة.".

والإقرار الذي يعتد به كطريقة قانونية للإثبات وفقا لما ورد في نص المادة 341 من القانون المدني هو الإقرار القضائي، والذي يشترط فيه أن يصدر أمام القاضي المختص، ومن جهة أخرى أن يكون الإقرار أثناء السير في الدعوى، فيكون حجة قاطعة على المقر طبقا للمادة

[1]– الزحيلي وهبه، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج 2، مرجع سابق، ص 561.

342 من القانون المدني وملزم له ولورثته وخلفه العام، لكنه لا يحتج به ضد الغير، وهذا تماشيا مع القاعدة الفقهية العامة أن الإقرار حجة على المقر، قاصرة عليه وحده[1].

وبالنسبة للإقرار بالملك الوقفي فيختلف حكمه بحسب مصدره على النحو الآتي:

1- إقرار الواقف

إذا أقر الواقف في حال صحته بأنه وقف مالا معينا من أمواله وقفا صحيحا، ثبت وقفه بإقراره، ويقضى به، فيصبح ملزما له ولورثته، أما إذا أقر الواقف في مرض موته، ثبت الوقف بإقراره، إلا أنه يكون في حكم ما لو أنشأ الوقف في مرض موته[2].

2- إقرار ورثة الواقف

إذا أقر ورثة الواقف بأن مورثهم قد وقف عقاره في حياته، صح إقرارهم وثبت به الملك الوقفي، غير أنه يتصور أن يكون على المورث دين، أو كانت له وصية، ولا مال له غير العقار المذكور وقفا، فإنه يباع منه ما يوفى به دينه، وتنفذ وصيته، وما يبقى بعد ذلك يكون وقفا، لعدم نفاذ إقرار الورثة في حق الدائنين والموصى لهم [3]، وعلى الرغم من أن الموقوف عليهم ليسوا ورثة للواقف، مع ذلك يأخذون حكمهم بالنظر لعلاقتهم بالواقف، بل يتصور أن يكون الموقوف عليهم ورثة الواقف في حالة الوقف الخاص[4].

---

[1]- الزرقا، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 112.

[2]- الكبيسي، أحكام الوقف، ج 2، مرجع سابق، ص 332.

[3]- الطرابلسي، الإسعاف، مرجع سابق، ص 45.

[4]- جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث أن القضاة عندما قضوا بإلزام العارض بأداء اليمين المتممة قد خالفوا القانون لأن ملف النزاع يثبت بصفة قاطعة بأنه بناء على اتفاق شفوي بين الطرفين أعد العارض مخططا للبناء ورخصة بناء وصورتين باسم أخيه مستعيرا اسمه على أن يعدا ورقة الضد بعقد عرفي وهو ما تم فعلا في إقرار المطعون ضده المؤرخ في 21 – 07 – 1995 المصادق عليه أمام البلدية والذي يعترف فيه صراحة بأن العارض الذي قام ببناء السكن كله من ماله الخاص وهذا هو التصرف الحقيقي الذي يعتد به بين الأطراف طبقا لنص المادة 199 من القانون المدني و أن اليمين المتممة هي التي يوجهها القاضي لغرض تكميل اقتناعه حول مسألة متنازع فيها...حيث أنه يستخلص من قراءة القرار المطعون فيه بأن الطلب المقدم من قبل (خ م) كان يرمي إلى الأمر بطرد أخيه (خ ج) من المسكن وتوابعه الذي شيده فوق القطعة الأرضية موضوع عقد الحبس لفائدة الأخوين. حيث أن قضاة الاستئناف وجهوا اليمين للمدعي في الطعن للتثبت من أنه بنى المسكن المتنازع عليه من أمواله الخاصة في حين أن هذه المسألة لا تطرح أي إشكال ما دام المدعى عليه في الطعن يعترف حسب وثيقة مؤرخة في 21 – 05 – 1995 بأن المسكن المتنازع عليه تم بناءه من قبل المدعي في الطعن بأمواله الخاصة." . قرار رقم 290875 مؤرخ في 18 – 05 – 2005، مجلة المحكمة العليا، 2005، عدد 02، ص 331.

3- إقرار متولي الوقف

لا يملك الناظر حق الإقرار على الوقف أو تصديق المدعي، سواء تعلق الإقرار بأصل الوقف أو بغلته، لأن الإقرار لا يصدر إلا من خصم له حق الإقرار في الدعوى، والناظر وإن كان خصما قانونيا باعتباره نائبا عن الملك الوقفي، إلا أنه لا يملك حق الإقرار عليه لأنه ليس خصما أصيلا في الدعوى، و الإقرار حجة قاصرة على المقر لا على غيره، أما إذا كان إقرار المتولي بسبب تصرف يملكه كإيجار الموقوف أو كان إقراره موافقا لشرط الواقف، ففي هذه الحالات ينفذ إقراره[1].

ثانيا: الشهادة

من الناحية القانونية نظمت الشهادة موضوعيا في القانون المدني بموجب المواد 333 إلى 336 بينما نظمت إجراءاتها بموجب المواد 150 إلى 163 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وقد خص الفقهاء الشهادة في منازعات الأوقاف بأحكام خاصة فأجازوا شهادة التسامع استثناءا من شرط تحملها بمعاينة الشاهد للأمر المشهود به، و أجازوا شهادة الحسبة استثناءا من شرط أدائها بسبق قيام الدعوى وطلبها من المدعي.

1- شهادة الحسبة

اشترط الفقهاء لقبول الشهادة في حقوق العباد أن تقام الدعوى بالحق في مواجهة المدعي أما بالنسبة لحق الله تعالى فلا يشترط ذلك، وترجيحا لاعتبار الوقف من حقوق الله، فإن الشهادة على ثبوت أصل الملك الوقفي يقبل إقامتها حسبة ولو بدون سبق دعوى من أحد [2]، ومعنى الحسبة فيها أنها لوجه الله تعالى منعا لتعدي حدود الشرع الدينية أو التعدي على الحقوق العامة، فمن علم بوقف قد وضعت يد الغير عليه، أو أنه يستغله و يصرف ريعه في غير مصارفه الشرعية، فيجب عليه المبادرة إلى الشهادة بذلك لإثبات الملك الوقفي[3].

---

[1]- يونس محمد، مرجع سابق، ص 159.

[2]- ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص 616. كذلك: الدردير، الشرح الصغير، ج 4، مرجع سابق، ص 248.

[3]- استثنى بعض فقهاء المالكية من قبول شهادة الحسبة بالنسبة للوقف على معين، فلا تقبل شهادة حسبة بأن المال موقوف على الشاهد أو على أولاده إلا أن تقوم دعوى بذلك، لأن الوقف على معين يرجح فيه حق الآدمي، بينما رجح جمهور الفقهاء عدم التفرقة، لأن مآل الوقف الخاص في النهاية هو إلى جهة بر لا تنقطع. الأبياني محمد زيد، مباحث الوقف، ط 2، مطبعة سكر، مصر، 1912، ص 135.

ومن الناحية العملية فإنه ينبغي على كل من يعلم باعتداء على ملك وقفي عام أو خاص، أن يعلم بذلك الناظر عليه، أو السلطة الوصية على الأملاك الوقفية، لتتولى إقامة الدعوى، لما تملكه من ولاية عامة على الأملاك الوقفية، فإن حدث التقاعس عن الاحتساب لمصلحة الملك الوقفي من جانبهم، قام هو برفع الدعوى بصفته مدعيا وشاهدا احتسابا لمصلحة الملك الوقفي[1]، وهي مسألة بلا شك تحتاج إلى نص صريح.

2- شهادة التسامع

إذا كان الأصل في الشهادة اعتماد اليقين فيها، فلا يجوز لشاهد أن يشهد إلا بما يعلمه برؤية أو سماع، فقد استثنى الفقهاء منازعات الأملاك الوقفية، بحيث يجوز لكل من علم بوقفية المال سماعا من الناس الثقات، أن يدلي بشهادته أمام القضاء، غير أن ثبوت أصل الملك الوقفي لا يبنى إلا على شهادة جماعة من الناس يؤمن تواطئهم على الكذب[2].

ويستند جواز شهادة التسامع لإثبات الملك الوقفي إلى مراعاة مصلحة الملك الوقفي، فيما وقع فيه الاختلاف، و المنفعة في هذه الحالة تتعلق بعدم تفويت الأملاك الوقفية القديمة، فلو اشترط لصحة الشهادة أن يكون الشاهد قد سمع مباشرة من الواقف، لأدى ذلك إلى تفويت الكثير من الأملاك الوقفية القديمة والتي انقطع ثبوتها بسبب انقراض طبقات واقفيها ومعاصريهم[3].

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا النوع من الشهادة في نص المادة 08 من قانون الأوقاف 91 – 10 في البند الخامس الذي جاء فيه: "الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار." [4] و في جميع الأحوال يمنع الناظر من الشهادة على الملك الوقفي، قياسا على الممنوعين من الشهادة،

---

[1]- آل خنين، مرجع سابق، ص 39.

[2]- اصبيحي عبد الرزاق ، (اتجاه القضاء المغربي في موضوع إثبات الأوقاف)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الثامنة عشرة، العدد 18، مايو 2010، ص 51 – 52.

[3]- ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص 620.

[4]- جاء في قرار للمحكمة العليا:"إذا ثبت بشهادة جماعة من المسلمين أو شهادة رسمية أن المحل قد بناه جماعة من المسلمين لتقام فيه الصلوات فهو لهم. ". أنظر قرار رقم 97512 مؤرخ في 16 -01 - 1994، منشور بالمجلة القضائية، عدد 02، لسنة 1994، ص 207.

لأنه يمثل الملك الوقفي في الدفاع عنه، إضافة إلى أن الشهادة هي إخبار الشخص بحق غيره على آخر، و ناظر الملك الوقفي لا يعتبر من الغير بالنسبة للملك الوقفي الذي يمثله[1].

ثالثا: حجة الوقف

حجة الوقف، أو كتاب الوقف، أو صك الوقف، أو الوقفية هي الوثيقة التي يكتب فيها الواقف عقد وقفه، ويبين فيه عقاراته الموقوفة، وحدودها، والجهة الموقوف عليها، وشروطه في مصارف الغلة، وإدارة الوقف، وغير ذلك مما يتعلق بتنظيم الوقف[2].

وعلى الرغم من أن صحة الوقف لا تتوقف كأصل على كتابة الوقف، لأنه يتم بمجرد اللفظ، لكن جرت العادة أن يكتب الواقف صكا لوقفه، لأنه أحفظ للوقف، وأمنع للتغيير و التبديل، فتكون الغاية منه توثيق الوقف بتدوين ثبوته أو إنشائه على وجه يحتج به، و قد كانت الوقفيات تثبت بالسجل في ديوان القضاة أو المحكمة الشرعية، وذلك بمناسبة نزاع في أصل الوقف، أو صحته، أو لزومه، و إما بمناسبة إنشاء الوقف من واقفه دون أن يلحقه حكم بصحته ولزومه[3]، حيث يفرق الفقه بين النوعين، فإذا كان النوع الأول يعتبر ثابت المضمون ويعمل به، فإن النوع الثاني يعتبر ثابت المضمون ويعمل بها غير أنه لا يمنع النزاع في صحة الوقف أو لزومه لعدم صدور حكم قضائي بها، فحجة الوقف إذا تم إنشاؤها خارج مجلس القضاء، تكون مجرد إقرار مكتوب بدوره بحاجة إلى إثبات مضمونه بأحد وجوه الإثبات المعتبرة، فإن ثبت أمام القضاء، أصبح صكا ثابتا يعمل به في إثبات الوقف[4].

وهذا النوع من الوقفيات هو الذي نصت عليه المادة 08 من قانون الأوقاف في البند الرابع: "الأملاك العقارية المعلومة وقفا والمسجلة لدى المحاكم" والتي اعتبرها المشرع أملاك مصونة وهو ما يطرح التساؤل إذا كانت تعتبر ثابتة بحكم القانون بدون حاجة لحكم قضائي، حيث يكفي تسجيلها وشهرها، لتحوز الحجية المطلقة، أم أن الأمر يتعلق بمجرد قرينة قاطعة من شأنها تقوية المركز القانوني للملك الوقفي بمناسبة إثباته قضائيا؟

---

[1]- يونس محمد، مرجع سابق، ص 160.

[2]- الزرقا، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 126.

[3]- آل خنين عبد الله بن محمد، (الأصول الإجرائية لإثبات الأوقاف)، بحث مقدم ضمن أعمال ندوة الوقف و القضاء، المنعقدة بالرياض في الفترة بين 20 – 22 مارس 2005، ص 07.

[4]- ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص 622.

رابعا: القرائن

القضاء بالقرائن هو أصل من أصول الشرع، حيث يراد بالقرينة كل أمارة ظاهرة تقارن شيئا خفيا فتدل عليه [1]، ومن الناحية القانونية نظم القانون المدني القرائن في المواد 337 إلى 340 حيث يستنتج من نص المادة 337 أن القرينة دليل غير مباشر، فيسقط عبئ الإثبات بها عن المكلف به باعتراف القانون بثبوت الواقعة المراد إثباتها، بناءا على القرينة التي قررها[2].

و لا شك أن اللجوء إلى القرائن القانونية لإثبات الملك الوقفي، من شأنه أن يسهل إثبات الأملاك الوقفية التي قد يصعب إثباتها بسبب عدم توفر أدلة مباشرة لإثباتها، خاصة تلك التي تعرضت للضياع بسبب الظروف التاريخية، وفي هذا الإطار يفسر نص المادة 08 من قانون الأوقاف 91 – 10 على أنه جاء ليقرر قرينة قانونية لمصلحة الملك الوقفي، يعفى من خلالها من إثبات واقعة الوقف والتي هي الواقعة الأصلية، و ذلك بنقل محل الإثبات إلى واقعة بديلة تكون أكثر سهولة في الإثبات، حيث يبدو ذلك جليا بشكل خاص ضمن البندين 1 و 2 من نص المادة، فيكفي أن يكون المكان مخصصا لإقامة الشعائر الدينية أو تابعا لمكان تقام فيه الشعائر الدينية ليكون التخصيص أو التبعية قرينة على أنه ملك وقفي.

من جهة أخرى جاء في البند 08 من نفس المادة: "تعتبر من الأوقاف العامة المصونة كل الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة ولم يعرف واقفها ولا الموقوف عليها ومتعارف عليها أنها وقف." فمجرد أيلولة الملك إلى الملك الوقفي العام يعتبر قرينة على الحيازة القانونية، التي تعتبر بدورها قرينة على الملكية الوقفية.

ويطرح التساؤل حول أهمية الاستناد إلى قرينة حجية الشيء المقضي به لإثبات الملك الوقفي؟ فهل القضاء بثبوت الوقف في مال يعتبر قضاءا على الكافة، أي له حجية مطلقة كما في النسب مثلا، أم على المقضي عليه فقط؟ فالراجح أن القضاء بالوقف يقتصر على المقضي عليه، كالأصل في سائر الحقوق ولا يتعدى إلى الكافة، فيحق لكل فرد أن يدعي بملكيته لما قضي بوقفه، إذا أثبت ملكيته، فينقض الوقف، ويحكم له بالملكية[3].

---

[1]– الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، مرجع سابق، ص 936.

[2]– تناغو سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص 391 – 392.

[3]– بوضرسة عبد الوهاب، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظري و التطبيق، دار هومه، الجزائر، 2005، ص 290. كذلك: الزرقا، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 132.

خامسا: اليمين والنكول عنها

اليمين في الاصطلاح الشرعي هي: "توكيد الشيء أو الحق أو الكلام إثباتا أو نفيا، بذكر اسم الله أو صفة من صفاته." [1]، حيث لا خلاف بين الفقهاء في وجوب توجيه اليمين إلى المدعى عليه المنكر، إذا طلبها المدعي عند عجزه عن إثبات دعواه، ومن الناحية القانونية فهي طريق غير عادي للإثبات يلجأ إليه الخصم عندما يعوزه الدليل، فتكون إما حاسمة، يحسم بها النزاع احتكاما إلى ضمير الموجهة إليه، أو متممة، في الحالات التي يلجأ إليها القاضي لإتمام ما في الأدلة من نقص فيوجهها من تلقاء نفسه [2]، وبالنسبة للأحكام الموضوعية العامة لليمين فقد نظمها القانون المدني في المواد من 343 إلى 350 من القانون المدني، بينما نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية إجراءاتها في المواد 189 إلى 193.

وتكيف اليمين الحاسمة على أنها صلح على الإثبات، حيث يعتبر الخصم الذي يوجه اليمين إلى خصمه، متنازلا عن إدعائه، إذا أكد الخصم الذي وجهت له اليمين عدم صحة الواقعة التي يقوم عليها الإدعاء فيحسم النزاع نهائيا بناء على صلح، لذلك فلا تقبل إلا ممن يكون أهلا للتصرف في الحقوق و لممارسة الصلح، وبالنسبة للنائب، فإذا كان وليا جاز له توجيه اليمين الحاسمة مطلقا، أما الوصي والقيم فلا تجوز لهما توجيه اليمين الحاسمة إلا في أعمال الإدارة، كما توجه اليمين الحاسمة إلى الأطراف و الخصوم المعنيين بالنزاع شخصيا، فلا توجه إلى الوكلاء، وبصفة عامة إلى من يدير أموال الغير [3]، وهذه الأحكام تطرح التساؤل فيما يخص الملك الوقفي، فباعتبار المتولي على الوقف هو الخصم في الدعوى المقامة من الوقف أو عليه، فما حكم توجيه اليمين للمتولي أو توجيه اليمين من المتولي؟

إجابة على ذلك فإن الصلح من الناظر لا يجوز لأنه من قبيل التبرع من أموال الوقف، وهو ما لا يملكه الناظر، إلا أنه إذا أنكر الحق من ادعى عليه ناظر الوقف، ولا بينة للناظر جاز له الصلح، بناءا على قاعدة أن ما لا يدرك كله لا يترك جله، وكذلك إذا ادعى شخص على ناظر الوقف بحق على الوقف وله بينة على ذلك جاز للناظر الصلح، حيث يدفع بعض

---

[1]- الزحيلي وهبه، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج 2، مرجع سابق، ص 549.

[2]- المواد 343 و 348 من القانون المدني.

[3]- بن ملحه الغوثي، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 87 – 88.

الحق ويقع الإبراء عن الباقي، لأن في ذلك مصلحة ظاهرة للوقف، أما إذا لم يكن للمدعي بينة فلا يصح للناظر الصلح عن الوقف لأنه تصرف بخلاف مصلحة الوقف[1].

وبناءا على ذلك لا يحلف المتولي إلا على أمر نسب إليه بصفته متوليا، أي فيما يتعلق بالعقود التي أجراها بنفسه، أما إذا كانت الدعوى غير ناشئة عن تصرف ينسب إلى المتولي بصفته هذه، فلا يجوز توجيه اليمين إليه، لأنه نائب عن غيره، ولا يجوز للنائب أن يحلف بالنيابة عمن يمثله، فإذا حدث ووجهت اليمين إليه ونكل عنها، فلا يمكن الحكم على الملك الوقفي بمقتضى هذا النكول، لأن الامتناع عن اليمين بذل و إقرار، والمتولي لا يملك ذلك [2]، بخلاف لو طلب المتولي تحليف المدعى عليه عند عجزه عن إثبات دعوى الوقف، فلا يملك الأخير رد اليمين إلى المتولي بل يقضي عليه بنكوله عن اليمين، و إذا كان يجوز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة تلقائيا إلى أي من الخصمين، ليبني عليها حكمه، فلا يجوز له توجيهها ضد مصلحة الوقف[3].

وأرى أنه احتياطا لمصلحة الأملاك الوقفية، ألا يحكم ضد الملك الوقفي إلا بعد حلف الخصم لليمين إستبراءا، حيث يكون توجيه اليمين إجراءا واجبا على المحكمة تقوم به تلقائيا، بمناسبة دعوى الوقف زيادة على المتطلبات الأساسية للحكم في أي دعوى أخرى.

---

[1]– سلطان العلماء محمد عبد الرحيم، (التقاضي في دعاوى الوقف ومنازعاته)، بحث مقدم ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث، الذي تنظمه الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية بجدة، الكويت في الفترة ما بين 28 – 30 أفريل 2007، ص 318 من كتاب المنتدى.

[2]– أبو البصل عبد الناصر، (التقاضي في دعاوى الوقف ومنازعاته)، بحث مقدم ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث، الذي تنظمه الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية بجدة، الكويت في الفترة ما بين 28 – 30 أفريل 2007، ص 354 من كتاب المنتدى.

[3]– جاء في قرار المحكمة العليا سابق الإشارة إليه: "حيث أن قضاة الاستئناف وجهوا اليمين للمدعي في الطعن للتثبت من أنه بنى المسكن المتنازع عليه من أمواله الخاصة في حين أن هذه المسألة لا تطرح أي إشكال ما دام المدعى عليه في الطعن يعترف حسب وثيقة مؤرخة في 21 – 05 – 1995 بأن المسكن المتنازع عليه تم بناءه من قبل المدعي في الطعن بأمواله الخاصة...فإنه بالفعل، فإن أرضية المسكن التنازع عليه ملك محبس." فاستنادا لهذا القرار، لم يكن على القضاة توجيه اليمين المتممة، لتوافر الإقرار من المدعى عليه لمصلحة الملك الوقفي، ومن جهة أخرى فإن اليمين المتممة لا يمكن توجيهها بما شأنه أن يضر بمصلحة الملك الوقفي، فمن المتصور أن يحلف المنتفع–بحسب قضية الحال– بأنه هو من أقام المنشآت، فيحرم بذلك المنتفع الآخر من حقه في التعويض عن تملك الملك الوقفي للتغيرات الحاصلة عليه.

المطلب الثالث: اعتماد التقييد في إثبات الأملاك الوقفية تماشيا مع إشتراط الرسمية في توثيقها

إن ضياع كثير من الأملاك الوقفية، واستمرار أشكال الاعتداء والاستيلاء عليها من قبل الأفراد والإدارة، جعل الفقه يرى أنه يجوز لولي أمر المسلمين أن يوجب توثيق الأوقاف عن طريق الكتابة، وأن يجعله شرطا لصحة الوقف ولزومه ونفاذه، مع ضرورة تسجيله في سجلات المحاكم أو مكاتب التوثيق، لضبط الوقف، وحفظه من الضياع، أو الجحود أو الاعتداء[1].

وعلى غرار الكثير من الدول الإسلامية التي اشترطت ضرورة توثيق الوقف في سجلات رسمية، نظم المشرع الجزائري توثيق الأملاك الوقفية في ظل الصحوة التشريعية، التي من أهم أهدافها حصر الأملاك الوقفية، وضبطها، وتعيينها، حيث نصت المادة 41 من قانون الأوقاف 91 – 10 على ضرورة تقييد عقد الوقف لدى الموثق وشهره لدى المحافظة العقارية، حيث أفترض أن نص المادة 41 جاء من جهة ليرسي الأصل المتمثل في مبدأ التقييد في إثبات الملكية العقارية الوقفية بعد صدوره (الفرع الأول)، و من جهة أخرى الجمع بين مبدأ التقييد في الإثبات و الحرية كل في إطار مجاله الخاص به (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إرساء نص المادة 41 من قانون الأوقاف لمبدأ التقييد في إثبات الملكية العقارية الوقفية بعد صدوره

تماشيا مع نص المادة 41 المشار إليه نصت المادة 08 مكرر من قانون الأوقاف 91 – 10 على تأسيس سجل عقاري خاص بالأملاك الوقفية، حيث نصت في فقرتها الثالثة: "يحدث لدى المصالح المعنية لأملاك الدولة سجل عقاري خاص بالأملاك الوقفية تسجل فيه العقارات الوقفية، وتشعر السلطة المكلفة بالأوقاف بذلك." وبموجب المرسوم التنفيذي رقم 03 – 51 المحدد لكيفيات تطبيق أحكام المادة نصت المادة 04 منه على أنه: "يحدد شكل ومحتوى السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية المحدث لدى مصالح الحفظ العقاري بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف والوزير المكلف بالمالية" وهو القرار الصادر بتاريخ 15 نوفمبر 2003[2] و الذي نص في المادة 02 منه على: "يأخذ السجل

---

[1]– الزحيلي محمد، (الوقف الذري)، مرجع سابق، ص 142 – 143.

[2]– الجريدة الرسمية رقم 71، مؤرخة في 19 – 11 – 2003، ص 30.

العقاري الخاص بالأملاك الوقفية شكل البطاقات العقارية المنصوص عليها في القرار المؤرخ في27 جمادى الأولى عام 1369 الموافق 27 ماي 1976 والمتعلق بالبطاقات العقارية المستعملة من قبل المحافظات العقارية وتكون باللون الأزرق." حيث أصبح من السهل التعرف على الأملاك الوقفية.

لقد سبق التأكيد على أن صيغة الوقف الوارد على عقار لابد أن تفرغ في شكل رسمي وتخضع للإشهار تحت طائلة البطلان المطلق، وإثبات الملكية الوقفية على هذا الأساس لا يكون إلا بسند رسمي خضع لإجراءات الشهر العقاري [1]، بحيث لا يقبل إثبات الملكية الوقفية العقارية المنشأة بعد تاريخ صدور قانون الأوقاف 91 – 10 إلا بالسند الرسمي الخاضع للإشهار، حيث لا مجال لإعمال مبدأ الحرية في الإثبات، ورأيي هذا تبرره مجموعة المبررات التالية:

– نصت المادة 04 من قانون الأوقاف 91 – 10 في فقرتها الثانية: "يثبت الوقف وفقا للإجراءات المعمول بها..." و لا يخفى أن الإجراءات المعمول بها بصدد إثبات الملكية العقارية هي الإثبات بالسند الرسمي المشهر، حيث أن المادة 15 من الأمر 75 – 74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري [2] تنص: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجوعة البطاقات العقارية..." كما تضيف المادة 16 من نفس الأمر: "أن العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية." .

– أن المادة 217 من قانون الأسرة نصت صراحة على أن إثبات الوقف يكون بما تثبت به الوصية، وطبقا للمادة 191 من نفس القانون فإن الوصية تثبت إما بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على

---

[1]– يرى الفقه المعاصر أن توافر جميع الشروط الشرعية لصحة الوقف، مع عدم تحقق الشرط القانوني المتمثل بالتوثيق و الإشهار، يترتب عليه بطلان الوقف قانونا واعتباره كأنه غير موجود، كما أن دعوى الوقف لا تسمع ولا بأي شيء يتعلق به، سواء أقر المدعى عليه به أم أنكره. أحمد سراج، مرجع سابق، ص 177.

[2]– مؤرخ في: 08 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر 1975، (الجريدة الرسمية رقم 92، مؤرخة في 18 – 11 – 1975، ص 1206.).

هامش أصل الملكية، غير أن مسألة وجوب خضوع الوصية للرسمية والإشهار تحت طائلة البطلان خاصة إذا وردت على عقار، هي محل تساؤل وتضارب في المواقف والآراء، غير أن المرجح من بينها أنه لا يمكن أن تنشأ الوصية صحيحة إذا كانت واردة على منقول إلا بإفراغها في شكل رسمي، يضاف إلى ذلك الإشهار إذا وردت على عقار، وإذا كان الإشهار العقاري هو الذي يولد التصرف العقاري الإرادي المتمثل في الوصية، فإن إثباتها يكون بسند رسمي مشهر، وليس هناك حاجة لنص خاص، لأن أحكام قانون الشهر العقاري تفرض ذلك، خاصة وأن الدولة تتجه نحو تعميم العمل بنظام الشهر العقاري باعتباره الإطار القانوني الأساسي لنظام الملكية العقارية، وهو مصدر إنشاء أو تعديل أو نقض الحقوق العينية العقارية [1]، والوصية باعتبارها تصرف تمليكي مضاف إلى ما بعد الموت فهي تنشأ حقا عينيا عقاريا يثري ذمة الموصى له ويفقر ذمة الموصي، فتسمح الرسمية بتنبيه الموصي بخطورة التصرف الذي هو مقدم عليه، وتضمن حق الموصى له بعد وفاة الموصي، وهذا الرأي في إثبات الوصية بالسند الرسمي المشهر يسري بدوره على إثبات الوقف.

– إن نص المادة 08 من قانون الأوقاف 91 – 10 يعتبر تأكيدا لإرادة المشرع الصريحة في اشتراط الرسمية والشهر للملكية العقارية الوقفية فنص المادة أخذ فيه المشرع بالاعتبار الملكية الوقفية المنشأة قبل صدور قانون الأوقاف، والتي يعتبر جزء كبير منها موضوع استرجاع، فهي وإن كانت موجودة فعلا، ولكنها ليست موجودة قانونا، ولذلك لابد من التعامل معها بمرونة الهدف منها منحها الوجود القانوني الذي تتحصن به مستقبلا، لذلك يكون ضروريا إشهار الملكية الوقفية العقارية بعد ثبوتها، حتى تكون في وضعية قانونية محصنة، سواء الأملاك العقارية المعلومة وقفا والمسجلة لدى المحاكم، أو الأملاك التي تظهر تدريجيا بناءا على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول، أو الأوقاف الثابتة بعقود شرعية وضمت إلى أملاك الدولة أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، أو الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها، وهو ما أكده المرسوم التنفيذي رقم 2000 – 336 المستحدث لوثيقة الإشهاد المكتوب.

---

[1]– خلفوني، شهر التصرفات العقارية، مرجع سابق، ص 145 – 149. كذلك: باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 69 – 70.

الفرع الثاني:الجمع بين مبدأ التقييد في الإثبات و الحرية فيه كل في إطار مجاله الخاص به

إن ما سبق يدل على وجود جهود حقيقية من الناحية التشريعية في محاولة تفعيل نص المادة 41 من قانون الأوقاف 91 – 10 و الذي يعتبر بدوره جهد وخطوة نحو تعميم وتكريس وحدة المنظومة القانونية للملكية العقارية مهما كانت طبيعة الملكية أو نوعها، فقد جاء النص مسايرا للنظام القانوني الخاص بالملكية العقارية في الجزائر، الذي يقوم على اشتراط أن تكون كل معاملة محلها عقار خاضعة للكتابة الرسمية و الإشهار، وهذا رغبة من المشرع في تحقيق الاستقرار اللازم للملكية العقارية، وتكريس مبدأ الثقة والائتمان في المعاملات الواردة عليها، غير أن وجود نص المادة 35 الذي يقوم على مبدأ الحرية في الإثبات يصعب من تفعيل المادة 41 في ظل غياب تصور واضح لنطاق أو مجال عمل كل من النصين، مما قد يوحي بوجود تناقض بين النصين يصعب معه الجمع بينهما.

غير أن الحقيقة أن نصي المادتين 35 و 41 من قانون الأوقاف 91 – 10 لا تعارض بينهما، فالمادة 35 و إن كانت في ظاهرها تأخذ بمبدأ الحرية في الإثبات، وذلك تكريسا لأفضل حماية للأملاك الوقفية، غير أنه ينبغي أن تفهم حقيقة المادة أنها تكريس للرغبة في الكشف واسترجاع جميع الأملاك الوقفية التي تعرضت للضياع، أو تغيير طبيعتها خاصة في الفترة الاستعمارية وبعد الاستقلال في ظل الأمر 71 – 73 المتضمن الثورة الزراعية وكذلك في فترة الفراغ القانوني، وعبارة "إذا ثبتت بإحدى الطرق الشرعية والقانونية" الواردة في نص المادة هي نفسها العبارة التي جاءت في نص المادة 35 بنصها "يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية..." وهو ما يستنتج منه أن المادة 35 من حيث مجال عملها هي أكثر اتفاقا مع نص المادة 38 الذي ينحصر مجاله في الأملاك الوقفية الموجودة فعليا والتي هي محل استرجاع.

إن المادة 35 من قانون الأوقاف 91 – 10 أراد بها المشرع منح حصانة قانونية للأملاك الوقفية الموجودة فعليا، بتوفير وسائل إثباتها، معتمدا المرونة في ذلك، ولذلك ينحصر مجالها في الأوقاف المنشأة في ظل الأوضاع السابقة، للتمكن من استرجاعها، حيث أن الأملاك المسترجعة يجب أن تخضع للتسجيل و الإشهار و إحالة نسخة بذلك لمديرية الأوقاف.

أما الأوقاف المنشأة في ظل اعتماد نظام الشهر العقاري كنظام قانوني أساسي للملكية العقارية، و بعد صدور قانون الأوقاف 91 – 10 فهذه الأملاك لا يمكن الاعتراف بوجودها وإثباتها إلا استنادا لسند رسمي مشهر.

وبالنسبة للأملاك الوقفية المنقولة فإنها هي الأخرى تخضع إما لقاعدة الحيازة طبقا لأحكام المادة 08 من قانون الأوقاف 91 – 10 أو يتم إثباتها عن طريق صك الوقفية والتي لا يشترط أن تكون رسمية، غير أنه تجدر الإشارة إلى أنه إذا وجد كتاب أو غيره من المنقولات وعليه كتابة تصرح بوقفيته على الوجه الشرعي، فتثبت وقفيته، ما لم يتعارض ذلك مع حيازته ممن يدعي ملكيته، معتذرا عن الكتابة الموجودة فيه بعذر مقبول ينفي وقفيته، ففي مثل هذا الوضع تثبت ملكيته لصاحب اليد لأنها أقوى في الدلالة عليها من الكتابة على الوقف[1].

مع ذلك فلابد من أن ينص المشرع صراحة على أن الوقف لا ينعقد إلا كتابة، وإذا كان واردا على عقار، فلا يعتد إلا بالكتابة الرسمية، أما المنقول يثبت بالكتابة العرفية ووسائل الإثبات الأخرى.

المبحث الثاني: تقوية مركز الأملاك الوقفية بمناسبة تثبيت وضعيتها المادية والقانونية

بمناسبة تبني الجزائر لنظام الشهر العيني، فإن السجل العقاري الذي يجب أن يمسك على مستوى المحافظة العقارية، يعد بمثابة الوضعية القانونية للملكية العقارية مهما كانت طبيعتها، بما في ذلك الأملاك الوقفية والتي أفردها قانون الأوقاف 91 – 10 بموجب المادة 08 مكرر منه بسجل عقاري خاص بالأملاك الوقفية يمسك على مستوى مصالح الحفظ العقاري، وتسجل فيه العقارات الوقفية.

ويعتبر الشهر العقاري بمثابة الميلاد الجديد للعقار المشهر، وذلك بما يعطيه من صورة صادقة وحقيقية عن الوضع المادي والقانوني للعقار، فيكشف عن حالته من حيث نوعه وموقعه ومساحته وحدوده و مشتملاته بما يجعله في وضع مادي ثابت، و يصبح له وضع قانوني يمكن من الربط بين العقار ومالكه و يكشف الحقوق المترتبة عليه، بما يجعل ملكية العقار

[1]– معروف الحسني، مرجع سابق، ص 273 – 274.

ثابتة ومستقرة، بحيث لا يمكن لأحد أن يزعزع حقا عينيا عقاريا ثابتا في السجل العقاري أو يهدر قوته الثبوتية، لأن البيانات المدونة فيه هي عنوان الحقيقة [1]، حيث تتطهر الملكية العقارية من جميع الحقوق السالفة الغير متضمنة في السجل العقاري ، ولذلك يقع على عاتق المحافظ العقاري بوصفه الجهة الإدارية المكلفة بإجراءات الشهر العقاري الالتزام بالرقابة على سلامة عملية الإشهار، وخلوها من كل عيب.

من جهة أخرى فإن مسك السجل العقاري على مستوى المحافظات العقارية يكون على أساس وثائق مسح الأراضي العام على مستوى إقليم كل بلدية، باعتباره الأساس المادي للسجل العقاري طبقا للمادة 02 من الأمر 75 – 74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، فبمجرد إتمام إعداد عمليات مسح الأراضي العام على مستوى إقليم كل بلدية تحدث بطاقة عقارية بالنسبة لكل قطعة أرضية موجودة في الخريطة المساحية، بما يسهل معرفة الحالة القانونية والمادية للعقار، وهو ما يتطلب من القائمين على عمليات المسح بتحري الحقيقة، عن طريق القيام بتجميع الوثائق والبيانات وإجراءا التحقيقات و المعاينات اللازمة.

وأخذا بالحسبان الوتيرة البطيئة التي تسير عليها عمليات المسح، بالإضافة إلى عدم افتتاحها في بعض المناطق، وبغرض توفير سند رسمي مشهر يستظهر به لإثبات الملكية العقارية باعتباره شرط الحماية القانونية من الناحية المدنية[2]، كل ذلك دفع المشرع إلى استحداث إجراءات قانونية خاصة، تساهم في تطهير الملكية العقارية في هذه المناطق، وتثبيت ملكيتها عن طريق التقادم المكسب.

إزاء الوضع السابق فإنه في إطار حماية الملكية العقارية الوقفية، يكون من الضروري تحصين الأملاك الوقفية من النتائج المترتبة على هذه الإجراءات، فالأملاك الوقفية لا شك أن شهرها يحقق لها قوة ثبوتية مطلقة لوضعيتها القانونية في مواجهة الغير بناء على قاعدة التطهير، إلا أنه بالمقابل ترد إمكانية مواجهتها بقاعدة التطهير وفقا للمقتضيات القانونية العامة شأنها شأن باقي الأملاك، و هو ما يتعارض مع مقتضى تأبيد الوقف، مما يتطلب تقوية مركزها القانوني في مواجهة ذلك، واستثنائها من الأثر التطهيري للشهر في مواجهتها.

---

[1]– خلفوني، نظام الشهر العقاري، مرجع سابق، ص 107.

[2]– باشا، حماية الملكية الخاصة، مرجع سابق، ص 75.

وكذلك لابد من تقوية مركزها القانوني بمناسبة عمليات المسح، بإلزام القائمين على عمليات المسح بتحري مصلحة الأملاك الوقفية بمناسبة تثبيت الوجود المادي لها، كما يناط بالمحافظ العقاري دورا أساسيا في حماية الملكية العقارية وتطهيرها وتكريس وجودها المادي و القانوني، بمناسبة القيد الأول إثر انتهاء عمليات المسح.

لذلك أتطرق لتقوية مركز الأملاك الوقفية في تثبيت وجودها المادي بمناسبة المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري (المطلب الأول)، ثم استثناء الأملاك الوقفية من قاعدة الأثر التطهيري للإشهار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تقوية مركز الأملاك الوقفية في تثبيت وجودها المادي بمناسبة المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري

مسح الأراضي هو الإجراء المنظم بموجب المرسوم 76 – 62[1] والذي يتم من خلاله تحديد معالم الأرض وتقسيمها إلى وحدات ملكية وإعطائها أرقام خاصة ورسم مخططاتها، حيث نظم المرسوم إجراءات إعداد مسح الأراضي وضبطه، وأوكل مهام إعداده للجنة المسح، حيث تقوم هذه الأخيرة بمناسبة انتهاءها من إتمام عمليات المسح على مستوى إقليم كل بلدية بإيداع وثائق مسح الأراضي لدى المحافظة العقارية التي تقوم بدورها بمسك السجل العقاري على أساس وثائق المسح و الذي يمثل الناطق الطبيعي والوضعية القانونية للعقارات[2].

لذلك أتطرق إلى تقوية المركز القانوني للأملاك الوقفية بمناسبة أعمال لجنة المسح العام للأراضي (الفرع الأول)، ثم تقوية مركزها بمناسبة مسك السجل العقاري على مستوى المحافظة العقارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقوية المركز القانوني للأملاك الوقفية بمناسبة أعمال لجنة المسح العام للأراضي

يتم افتتاح عمليات مسح الأراضي في كل بلدية بمقتضى قرار يصدره والي الولاية[3] وينشر في الجريدة الرسمية وفي مجموعة القرارات الإدارية للولاية المعنية وكذلك الجرائد اليومية، ويبلغ

---

[1]– مؤرخ في: 24 ربيع الأول عام 1396 الموافق 25 مارس سنة 1976، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام، (الجريدة الرسمية رقم 30، مؤرخة في 13 أفريل 1976، ص 496.).

[2]– حمدي باشا عمر و زروقي ليلى، المنازعات العقارية، ط 11، دار هومه، الجزائر، 2009، ص 45.

[3]– تم اعتماد مجانية الخدمات التي تقدمها مديرية مسح الأراضي لفائدة المديريات المحلية و الولائية للأوقاف، في خطوة لضمان عملية تسريع مسح الأراضي الوقفية والمساجد، كما اعتمدت وزارة المالية من جهتها على سعر رمزي في سياق ذلك.

رئيس المجلس الشعبي البلدي به، وقبل 15 يوما من افتتاح هذه العمليات، يعلم المواطنين عن طريق لصق للإعلانات في مقر الدائرة والبلدية المعنية والبلديات المجاورة.

بمجرد افتتاح عمليات المسح تنشأ لجنة لمسح الأراضي من أجل وضع الحدود في البلدية المعنية، وهي اللجنة التي حددت المادة 07 من المرسوم 92 – 134[1] تكوينها، حيث يلاحظ على عضوية اللجنة أنها خلت من أي ممثل للأملاك الوقفية خلافا للأملاك الوطنية الممثلة بعضو أصلي، و من شأن ذلك أن يضعف المركز القانوني للأملاك الوقفية، في غياب ممثل عن مديرية الأوقاف على مستوى الولاية كعضو أصلي للدفاع عن حقوق الملك الوقفي.

ولما كانت اللجنة تقوم بمهمتها بمساعدة المالكين والحائزين للحقوق العينية، الملزمين بإدلاء ملاحظاتهم عند الحاجة طبقا لنص المادة 10 من ذات المرسوم، لذلك فإن وجود ممثل عن مديرية الأوقاف ضروري لإبداء ملاحظاته، وتقديم الأوراق الثبوتية خاصة في حالة الأملاك الوقفية المهملة والتي يدعي الغير حيازتها، وفي مواجهة المنتفعين المدعين للحيازة، وكذلك من أجل عدم تفويت تقديم الشكاوى للجنة في الآجال المحددة قانونا، حيث تقوم اللجنة بفحصها والسعي إلى إنهاء الخلاف وديا بين المعنيين، خاصة في الحالات التي يثور النزاع حول الرسم المساحي للعقارات. وعند فشل التوفيق بين المتنازعين تعلمهم اللجنة بأنه بيدهم 03 أشهر من أجل الاتفاق على الحدود أو رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا، حيث يبقى تحديد المعالم مؤقتا بشأن العقارات المتنازع حول حدودها، وتصبح نهائية بعد انقضاء الأجل، حيث تعتبر الوثائق المساحية مطابقة للوضعية الحالية للملكيات[2].

في إطار ما سبق فإن المصالحة الودية لا بد أن تكون لمصلحة الملك الوقفي بشأن الاتفاق على الحدود، و ألا يتم رفع الدعوى إلى القضاء إن لم يكن فيها مصلحة، وهنا تبدو أهمية أن يكون من أعضاء لجنة مسح الأراضي ممثل عن مديرية الأوقاف، فالصلح على الوقف لا يصح إلا إذا كان في مصلحته، وهو ما قد لا يتنبه له أعضاء اللجنة في غياب ممثل

---

[1]– مؤرخ في: 4 شوال عام 1412 الموافق 07 أفريل سنة 1992 يعدل ويتمم المرسوم رقم 76 – 62 المعدل والمتمم والمتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، (الجريدة الرسمية رقم 26، مؤرخة في 08 أفريل 1992، ص 773.).

[2]– المواد 11، 12، 13، 14 من المرسوم 92 – 134 يعدل ويتمم المرسوم رقم 76 – 62 المعدل والمتمم والمتعلق بإعداد مسح الأراضي العام.

للأملاك الوقفية، وفي هذا الإطار فإن المادة 05 من المرسوم 03 - 51 المحدد لكيفيات تطبيق أحكام المادة 08 مكرر من قانون الأوقاف 91 - 10 تنص: "يمكن لمصالح الحفظ العقاري أن تستعين في إطار عملية إعداد السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية بأعوان متخصصين في الشريعة الإسلامية يعينهم لهذا الغرض الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف." ولذلك كان من المهم التنبيه إلى هذا الأمر بالنسبة لأعضاء فرقة المسح.

الفرع الثاني: تقوية مركز الأملاك الوقفية بمناسبة مسك السجل العقاري على مستوى المحافظة العقارية

بمناسبة انتهاء لجان المسح من عمليات المسح على مستوى إقليم كل بلدية افتتحت فيها إجراءاته، يتم إيداع وثائق المسح لدى المحافظة العقارية مقابل محضر يحرره المحافظ العقاري، ويكون محل إشهار واسع لمدة أربعة أشهر قصد تمكين المالكين وذوي الحقوق العينية العقارية من الإطلاع على الوثائق وتقديم الاعتراضات والأدلة التي تفيد حقوقهم على العقارات موضوع المسح والتي لم تطلع عليها لجنة المسح [1]، و ذلك تمهيدا لتأسيس السجل العقاري ومسكه على مستوى المحافظة العقارية، و الذي يعتبر بمجرد تأسيسه عنوانا للحقيقة فيما يخص الحالة المادية والقانونية للملكية العقارية المشهرة، ويتم بناءا عليه تسليم الدفتر العقاري الذي يحتوي على كل المعلومات المتعلقة بالعقار، وتسجل عليه كل العمليات اللاحقة المنصبة على العقار.

وتفاديا لإهدار الحقوق العينية واغتصابها فقد خول المحافظ العقاري صلاحيات واسعة في ممارسة الرقابة الدقيقة على كل عمليات الشهر، سواء ما تعلق منها بالقيد الأول بعد المسح، أو بالنسبة للتصرفات والإجراءات الأخرى الواجبة الشهر التي ترد على العقارات بعد القيد الأول، لذلك يكون من المهم الاستفادة من الصلاحيات الواسعة للمحافظ العقاري، لمصلحة حماية الأملاك الوقفية العامة منها والخاصة، بتنصيبه حاميا للوجود المادي والقانوني للأملاك الوقفية سواء بمناسبة القيد الأول (أولا)، أو بعد (ثانيا).

أولا: صلاحيات المحافظ العقاري بمناسبة القيد الأول

بمناسبة القيد الأول، والذي يكون بصدد ترقيم نهائي والذي يكون في حالة العقارات التي يحوز مالكوها سندات ملكية غير متنازع فيها، حيث يسلم المحافظ العقاري في هذه الحالة لصاحب الترقيم النهائي الدفتر العقاري، فإذا تعلق الأمر بالملك الوقفي الذي له سندات رسمية،

[1]- باشا و زروقي، المنازعات العقارية، مرجع سابق، ص 47.

فيتأكد من أن العقد المنشأ للوقف خال من أي شرط يجعله باطلا و أنه ليس مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية والأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها، ولذلك فإن المادة 05 من المرسوم 03 – 51 المحدد لكيفيات تطبيق أحكام المادة 08 مكرر من قانون الأوقاف 91 – 10 نصت أنه يمكن لمصالح الحفظ العقاري أن تستعين في إطار عملية إعداد السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية بأعوان متخصصين في الشريعة الإسلامية يعينهم لهذا الغرض الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف.

أما إذا كان بصدد ترقيم مؤقت بالنسبة للعقارات التي ليس لمالكيها الظاهرين سندات ملكية قانونية، ولكنهم يمارسون حسب المعلومات الناتجة عن وثائق مسح الأراضي حيازة بمفهوم القانون المدني، وكذلك الملاك الظاهرين الذين لا يملكون سندات معترف بها، ولكنهم حائزون، ولم يتمكنوا من إثبات المدة القانونية للحيازة، وبالنسبة للأملاك الوقفية فإن تقوية المركز القانوني لها يقتضي أن يقوم المحافظ العقاري بإطلاع مديرية الأوقاف على مستوى الولاية، لممارسة حقها في الاعتراض حماية لحق الملك الوقفي، الذي قد يكون قد حرر بشأنه عقد شهرة أو شهادة حيازة، ولذلك إذا ثبت لدى المحافظ العقاري خلال آجال الترقيم المؤقت ما يثبت طبيعة الملك الوقفي، يتوجب عليه سحب إيداع الشهر في مواجهة طالب شهر عقد الشهرة، خاصة وأن التعليمة رقم 00287 المؤرخة في 29 جانفي 2000 المحددة للنموذج الرسمي لكشف الإرسال الذي يتم بموجبه تحويل نسخة من عقد الوقف إلى المصالح المكلفة بالأوقاف تطبيقا لأحكام المادة 41 من قانون الأوقاف 91 – 10 نصت على ضرورة إعلام المصالح المكلفة بالأوقاف عن طريق نسخة من كل عقد وقف يتم العثور عليه بمناسبة عمليات البحث العادية، سواء على مستوى مجموعة البطاقات العقارية أو السجلات التي كانت تمسك قبل أول مارس 1961.

وبالنسبة للآجال المحددة للاعتراض على الترقيم النهائي أو المؤقت، فإذا تعلق الأمر بملك وقفي فإنه يجب الأخذ بالاعتبار أن المصالحة ضد الملك الوقفي لا تجوز، ولذلك يتحرى المحافظ العقاري أن تتم المصالحة لمصلحة الملك الوقفي و إلا يلجأ مباشرة إلى رفع الدعوى القضائية، بحيث إذا أجرى المصالحة بما أضر بالملك الوقفي، فتعتبر هذه الحالة من الحالات التي يجوز أن ترفع فيها دعوى تعويض على الدولة طبقا لأحكام المادة 23 من الأمر 75 –

74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والتي تكون الدولة بموجبها مسئولة عن الخطأ الذي ارتكبه المحافظ العقاري أثناء تأدية مهامه مسببا ضررا للغير.

في جميع الأحوال يجب معاملة الملك الوقفي تقوية لمركزه القانوني على أنه مدعى عليه، فلا يطالب بإثبات الملكية الوقفية، سواء أكان هو من بادر إلى تقديم طلب الإشهار أو كان متعرضا، وذلك حتى لا تضيع الحقوق الوقفية بسبب العجز عن الإثبات، وليس في هذا الاستثناء أي إضرار بحقوق الغير، مادام يضمن للأوقاف مقارنة حجتها بالحجج التي يدلي بها الخصم، إضافة لما يتحقق من تفادي أن تؤسس رسوم عقارية تفقد الملكية الوقفية طابعها نتيجة تمكن الغير من التعدي عليها وإهمال الناظر لإشهارها [1]، ولعل هذا هو الاتجاه الذي أراده المشرع عندما نص على الأملاك الوقفية العامة المصونة بموجب المادة 08 من قانون الأوقاف 91 – 10 والتي تثبت طبيعتها الوقفية بقوة القانون.

ثانيا: صلاحيات المحافظ العقاري بعد القيد الأول

بعد إتمام القيد الأول على إثر الانتهاء من عمليات المسح، يسلم للملاك المكرسة حقوقهم بصفة نهائية الدفتر العقاري والذي يعتبر بطاقة تعريف للعقار وحالته المدنية الفعلية إذ يرسم كل حياته القانونية، ولذلك يكون على المحافظ العقاري بمناسبة تسليم الدفتر العقاري في حالة الملكية الوقفية أن يحرره باسم الملك الوقفي، سواء في حالة الوقف العام أو الخاص، باعتبار الملك الوقفي شخصا معنويا، فلا ينبغي أن يصدر الدفتر العقاري باسم الناظر لأنه مجرد ممثل قانوني للملك الوقفي، ولا كذلك باسم الواقف، لأنه بمجرد إنشائه للتصرف الوقفي يخرج الموقوف من ملكه، ولا باسم مديرية الأوقاف أو وزارة الشؤون الدينية والأوقاف لأنها مجرد جهة وصاية على الأملاك الوقفية لا مالكة لها.

كما لا يجوز إصدار الدفتر العقاري باسم الموقوف عليهم باعتبارهم يملكون حق انتفاع فقط، و بصدد هذه الحالة فقد أكدت التعليمة رقم 00389 المؤرخة في 23 جانفي 2001 – في ظل تنظيم قانون الأوقاف للوقف الخاص– على أنه لا ينبغي للمحافظين العقاريين أن يمتنعوا عن إشهار الشهادات التوثيقية بعد الوفاة المتضمنة العقارات الموقوفة وقفا خاصا، لأن حق الموقوف عليهم هو حق انتفاع فقط، ولابد أن يخضع للإشهار، ومن جهة أخرى فإن

[1]– اصبيحي، الحماية المدنية للأوقاف العامة، مرجع سابق، ص 143.

الشهادة التوثيقية ليس لها إلا أثر تبيان هوية الموقوف عليهم كما هم محددين في عقد تأسيس الوقف، فلا يمكن أن يتعلق الأمر كما قد يبدو لبعض المحافظين العقاريين بشهادة نقل ملكية عقارية لفائدة الورثة، ولذلك فالواجب على المحافظ العقاري بصدد إشهاره للشهادة التوثيقية بعد الوفاة المعدة بخصوص عقار موقوف وقفا خاصا أن يحرره بشكل يجعلها لا تترك أي لبس بالنسبة لطبيعة الحق المنتقل لفائدة المستفيدين، وأن تحتوي على عبارة صريحة واضحة تفيد أن العقار هو من الصنف القانوني ملك وقفي.

وفي إطار تفحص المحافظ العقاري وتحققه من توافر مشروعية التصرفات العقارية موضوع الإشهار، ورفض إيداعها إذا ثبت عدم مشروعيتها بمخالفتها للنظام العام أو الأحكام القانونية والتنظيمية[1]، فإنه يكون عليه تحري مصلحة الأملاك الوقفية برفض شهر التصرفات التي من شأنها المساس بوجود الملك الوقفي، ورفض شهر التصرفات المنشأة للملك الوقفي التي تظهر فيها مخالفة للأحكام الشرعية والقانونية لإنشاء الوقف، حيث يستعين في ذلك بمتخصصين في الشريعة الإسلامية وفقا لما تخوله المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 03 – 51 المحدد لكيفيات تطبيق المادة 08 مكرر من قانون الأوقاف 91 – 10 و في هذا الإطار يمتنع بشكل خاص عن إشهار عقود الوقف الواردة على ملكية وقفية سابقة الإشهار، وعدم إشهار عقود الرجوع في الوقف، أو قسمة نهائية للملك الوقفي بين المنتفعين لمخالفتها للأحكام الشرعية والقانونية للوقف.

المطلب الثاني: استثناء الأملاك الوقفية من قاعدة الأثر التطهيري لشهر الملكية العقارية

بغرض توفير سند رسمي مشهر يستظهر به لإثبات الملكية العقارية وباعتباره شرط الحماية من الناحية المدنية، وفي ظل عدم استكمال عمليات المسح على مستوى جميع المناطق، استحدث المشرع إجراءات قانونية خاصة، والمتمثلة في شهادة الحيازة، وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية العقارية، وهي الإجراءات التي تساهم في تطهير الملكية العقارية في هذه المناطق[2]، وعلى الرغم من أهمية هذه الإجراءات، إلا أنها من شأنها المساس

---

[1]– المادة 105 من المرسوم 76 – 63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، و المادة 22 من الأمر 75 – 74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

[2]– حمدي باشا عمر، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 13.

بوجود الأملاك الوقفية، خاصة تلك التي تعرضت للضياع والاستيلاء، ولذلك حماية للملكية العقارية الوقفية، يكون من الضروري تحصينها من النتائج المترتبة على هذه الإجراءات.

إلا أنه من الناحية العملية لم تسلم الأملاك الوقفية من تحرير شهادة الحيازة أو عقد الشهرة، وبناءا على ذلك تم الاعتراف بملكيتها للغير على أساس التقادم المكسب، في غياب نص صريح على عدم سريان الأثر التطهيري لها في مواجهة الأملاك الوقفية.

لذلك فإن تجسيد حماية فعلية للأملاك الوقفية يقتضي التمييز بين وضع الأملاك الوقفية التي تم تحرير شهادات حيازة أو عقود شهرة بشأنها، والتي لا بد من حمايتها بتدخل القضاء لمنع سريان أثر هذه المحررات التطهيري في مواجهة الملك الوقفي، استنباطا من النصوص القانونية التي تسمح بذلك (الفرع الأول)، وفي ظل الإجراء الجديد المؤسس بموجب القانون 07 – 02 الذي يقوم على معاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري[1] فإنه نص صراحة على عدم سريانه على الأملاك الوقفية مما ينبغي أن يفسر ذلك على استثناء الأملاك الوقفية من الأثر التطهيري له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تدخل القضاء لمنع سريان الأثر التطهيري لشهر الملكية على أساس التقادم في مواجهة الأملاك الوقفية

أولا: بالنسبة لشهادة الحيازة

تعتبر شهادة الحيازة شبه عقد أو مقرر إداري يكتسي طابعا رسميا، يثبت للحائز حق الحيازة على العقار محل الشهادة بعد إتمام إجراءات تسجيلها وإشهارها، بحيث تعتبر بذلك سندا قويا لاكتساب الملكية في المستقبل عن طريق التقادم المكسب[2].

حيث يسمح لكل شخص يحوز في أراضي الملكية الخاصة والتي ليس لها عقود رسمية، لمدة سنة على الأقل، بصفة هادئة علنية ومستمرة، وفقا لأحكام القانون المدني أن يحصل على سند حيازي هو شهادة الحيازة، و التي تسلم من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي حسب الإجراءات والشروط التي يحددها القانون 90 – 25 المتضمن التوجيه العقاري و كذلك وفقا لم

---

[1]– مؤرخ في: 09 صفر عام 1428 الموافق 27 فبراير 2007، (الجريدة الرسمية رقم 15، مؤرخة في 28 فيفري 2007، ص 11.).

[2]– بن عبيدة عبد المجيد، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، دار هومه، الجزائر، ط 5، 2006، ص 133.

ورد بالمرسوم التنفيذي 91 – 254 المتضمن كيفية إعداد شهادة الحيازة وتسليمها والذي جاء بالأحكام التفصيلية لإعداد هذه الشهادة وتسليمها[1].

ولما كانت بحسب القانون لا تنصب إلا على أراضي الملكية الخاصة [2]، فإن الأملاك الوقفية محصنة من إعداد هذه الشهادة في مواجهتها، غير أن هذه الحصانة لا تتحقق فعليا إلا بتحري محررها لمصلحة الملك الوقفي وذلك بالتأكد بمناسبة تحريرها لفائدة طالبها أنها لا تتعلق بملك وقفي، ويمكن لذلك مراسلة الهيئة المكلفة بالأوقاف، لتوضيح الوضعية القانونية للعقار موضوع طلب شهادة الحيازة من منظور الأحكام التشريعية التي تحكم الأملاك الوقفية، وهو الأمر الذي لم يتم النص عليه صراحة في المرسوم المشار إليه خلافا للنص على ضرورة إخطار رئيس مصلحة الأملاك الوطنية بالولاية في مهلة 15 يوما لتوضيح الوضعية القانونية للعقار موضوع طلب شهادة الحيازة من منظور الأحكام التشريعية التي تحكم الأملاك الوطنية، وبهذا الصدد لابد لمصلحة الأملاك الوطنية أن تنصب نفسها حامية بالمناسبة للأملاك الوقفية، وتفيد بأن الملك و إن لم يكن تابعا للأملاك الوطنية، أنه تابع للأملاك الوقفية، وتقدم السندات المثبتة لذلك، لأنه قد تتوافر عندها مثل هذه السندات.

وعلى الرغم من الآجال المحددة في المواد 10 و11 من المرسوم 91 – 254 المتضمن كيفية إعداد شهادة الحيازة وتسليمها لتقديم اعتراض على طلب شهادة الحيازة، و التي بمجرد انقضائها دون تقديم أي اعتراض، يتم تحرير شهادة الحيازة، فإن الأملاك الوقفية يجب أن تكون معفاة من هذه الآجال، بحيث حتى بعد الإعداد النهائي لشهادة الحيازة وإشهارها، يسمح بالطعن فيها لمصلحة الملك الوقفي، خاصة في الحالات التي يتم ظهور سند رسمي يكشف عن طابع الملك الوقفي، أو بمناسبة الحيازة الفعلية لمصلحة الملك الوقفي بقوة القانون وفقا لأحكام المادة 08 من قانون الأوقاف 91 – 10، حيث يتم اللجوء إلى القضاء الإداري لطلب إلغاءها، وفي

---

[1]– مؤرخ في: 15 محرم عام 1412 موافق 27 يوليو سنة 1991، (جريدة رسمية رقم 36، مؤرخة في 31 يوليو 1991، ص 1365.).

[2]– تنص المادة 39 من قانون 90 – 25 في فقرتها الأولى: "يمكن كل شخص حسب مفهوم المادة 823 من الأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يمارس في أراضي الملكية الخاصة، التي لا تحرر عقودها، ملكية مستمرة وغير منقطعة وهادئة وعلانية لا تشوبها شبهة أن يحصل على سند حيازي يسمى "شهادة الحيازة" وهي تخضع لشكليات التسجيل و الإشهار العقاري، وذلك في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي.".

هذه الحالة يحق المطالبة بالتعويض ضد رئيس البلدية إذا كان هو المتسبب في الأضرار اللاحقة بالملك الوقفي، لا سيما الآثار التي تكون هذه الشهادة قد رتبتها لصالح الحائز[1].

وبالنسبة للأثر الذي ترتبه شهادة الحيازة، باعتبارها سندا صحيحا، يساعد اللجنة البلدية لمسح الأراضي عند الشروع في إجراءات المسح على مستوى البلدية، فإن هذا لا ينبغي أن يؤثر على تقوية المركز القانوني للملك الوقفي، وتحري مصلحته بعدم سريان الأثر التطهيري لهذه الشهادة في مواجهته بمناسبة افتتاح عمليات المسح وتأسيس السجل العقاري [2]، خاصة أن الملك الوقفي يبقى قابلا لإثبات وجوده واسترجاعه بالنظر لطابعه الأبدي، متى ظهرت أدلة تثبت طابعه الوقفي، مما يجعله في مركز الحائز الفعلي الذي تكون حيازته أولى بالرعاية.

ثانيا: بالنسبة لعقد الشهرة

عقد الشهرة هو: "محرر رسمي يعد من قبل موثق طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته واختصاصه، يتضمن إشهار الملكية على أساس التقادم المكسب بناءا على تصريح طالب العقد."[3] وهو الإجراء المستحدث في إطار تطهير الملكية العقارية طبقا للمرسوم 83 – 352 الذي يسن إجراءات لإثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية[4] حيث يكون بموجبه لكل شخص يحوز عقارا من نوع الملك طبقا لأحكام القانون المدني، في تراب البلديات التي لم تخضع لإجراءات المسح، أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا تحرير عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية.

وبالنظر للأثر التطهيري لعقد الشهرة فإن المادة 03 من المرسوم المنشأ له ألزمت الموثق المكلف بتحريره أن يلتمس من رئيس المجلس الشعبي البلدي، و من نائب مدير الشؤون العقارية، وأملاك الدولة في الولاية القيام بتحديد وضعية العقار القانونية في نظر الأحكام التشريعية والتنظيمية، لا سيما السارية منها على الثورة الزراعية، والاحتياطات العقارية البلدية، وأملاك الدولة، دون أي إشارة إلى الأملاك الوقفية، مما يجعل هذه الأخيرة في مركز ضعيف

---

[1]– باشا، آليات تطهير الملكية، مرجع سابق، هامش 02، ص 112.

[2]– باشا و زروقي، آليات تطهير الملكية، مرجع سابق، ص 78.

[3]– باشا، آليات تطهير الملكية، مرجع سابق، ص 15.

[4]– مؤرخ في: 08 شعبان عام 1403 الموافق 21 مايو 1983، (الجريدة الرسمية رقم 21، المؤرخة في 24 مايو 1983، ص 1473.).

في مواجهة اعتداء الغير عليها، حيث أنه كان من المفروض بعد أن تم الاعتراف بالملكية الوقفية كصنف من أصناف الملكية بموجب المادة 23 من القانون 90 – 25 المتضمن التوجيه العقاري أن تعدل المادة الأولى من المرسوم، وتستثني صراحة الأملاك الوقفية من أن تكون موضوع تحرير عقد شهرة.

أمام الوضعية السابقة فإن استعادة حق الملك الوقفي موضوع تحرير عقد شهرة يكون باللجوء إلى القضاء العادي لطلب إبطال العقد [1]، حيث أنه إذا كان المرسوم 83 – 352 المؤسس لعقد الشهرة قد حدد آجال الاعتراض على تحرير هذا العقد بمضي 04 أشهر، فإن ذلك لا يمنع من الطعن فيه بالبطلان أمام القضاء وفقا لما أكده اجتهاد المحكمة العليا[2].

و أخذا بالاعتبار أن هذه الدعوى تتقادم في جميع الأحول بانقضاء 15 سنة، فإن تقوية المركز القانوني للأملاك الوقفية الذي جاء قانون الأوقاف 91 – 10 لتأكيده بالنص على ضرورة استرجاع الأملاك الوقفية وتثبيت وضعيتها القانونية، فإنه ينبغي أن يتدخل المشرع بنص صريح يقضي بأن عقود الشهرة التي سبق تحريرها على أملاك وقفية تبقى قابلة للطعن فيها متى ثبتت طبيعة الملك الوقفي وفقا لطرق الإثبات المحددة شرعا وقانونا، حيث تزداد أهمية هذا النص بالنظر لما نص عليه القانون 07 – 02 المتعلق بمعاينة حق الملكية و الذي ألغى العمل بعقد الشهرة، إلا أن القانون ذاته نص في المادة 19 منه على أن ما هو موجود على مستوى الموثق يستمر العمل فيه بالمرسوم 83 – 352 المتضمن عقد الشهرة.

ولذلك ينبغي أن يلتزم الموثق بحماية الوجود القانوني للأملاك الوقفية بمناسبة تحريره لعقود الشهرة، فيتأكد جيدا قبل أن يحررها، بطلب رأي السلطة المكلفة بالأوقاف لاحتمال أن يكون العقار موضوع طلب عقد الشهرة ملكا وقفيا موضوع تحرير شهادة رسمية للملك الوقفي، أو بصدد تحرير هذه الشهادة التي يتم تحريرها بناءا على تجميع أكثر من ثلاث وثائق إشهاد

---

[1]– القرار رقم 157310، مؤرخ في 16 – 07 – 1997، المجلة القضائية 1997، عدد 01، ص 34. سابق الإشارة إليه.

[2]– كانت المحكمة العليا قد اعتبرت في اجتهاد سابق للغرفة المدنية أن عدم الاعتراض على تحرير العقد في خلال الأربعة أشهر المحددة قانونا ، يحصن العقد ولا يمكن الطعن فيه أمام القضاء، غير أنها تراجعت عن هذا الاجتهاد واعتبرت الطعن ممكنا، باعتبار عقد الشهرة هو مجرد عقد تقريري يمكن الطعن فيه بالبطلان أمام القضاء، وهو الاجتهاد الذي جاءت به الغرفة العقارية للمحكمة العليا. مكرس في القرار رقم 190541 المؤرخ في 29 مارس 2000، المجلة القضائية للمحكمة العليا، سنة 2000، عدد 01، ص 102.

مكتوب لإثبات الملك الوقفي وفقا لما يحدده المرسوم التنفيذي 2000- 336 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي، وذلك كإجراء وقائي، فإذا تم تحرير عقد الشهرة وتم إشهاره على الرغم من وجود شهادة رسمية للملك الوقفي مشهرة على مستوى المحافظة العقارية، فإنه يتم الطعن في صحة عقد الشهرة الوارد على ملك وقفي ثابت بشهادة رسمية خضعت للإشهار، والذي لا يمكن أن يكون موضوع اكتساب بالتقادم المكسب[1].

كما تتحمل الدولة التعويض عن الأضرار المتسبب فيها للملك الوقفي، نتيجة الخطأ الذي ارتكبه المحافظ العقاري في إشهار سند مثبت للملكية، رغم وجود سند ملكية سابق الإشهار[2].

وبجدر الانتباه إلى أن عقد الشهرة و الشهادة الرسمية المثبتة للملك الوقفي كل منهما يعتبر إجراءا أوليا لتثبيت الملكية، حيث أن الأول هو مجرد عقد تصريحي يقتصر فيه دور الموثق على تلقي التصريح من الحائز، ويحرر بشأنه عقدا طبقا للإجراءات المحددة قانونا، أما الشهادة الرسمية للملك الوقفي فهي عقد تصريحي يثبت الملكية العقارية بناءا على شهادات الشهود وفقا للإجراءات التي يحددها القانون، حيث أن استحداثها جاء تماشيا مع أحكام المادة 08 من قانون الأوقاف 91 – 10 التي نصت على الأوقاف الثابتة بقوة القانون[3].

الفرع الثاني: تقوية المركز القانوني للأملاك الوقفية في مواجهة الأثر التطهيري لسند الملكية العقارية المسلم في إطار إجراء التحقيق العقاري

بالنظر إلى المصداقية التي يجب أن يتميز بها كل إجراء يؤسس للملكية العقارية والتي تصبح حمايتها على عاتق الدولة بمجرد الإشهار في المحافظة العقارية، فقد جاء قانون 07 – 02 المتعلق بمعاينة حق الملكية ليكرس آلية جديدة لتطهير الملكية العقارية، تقوم على التحقيق العقاري الميداني، من خلال بحث منهجي عن كل عناصر المعلومات أو التصريحات أو

---

[1]- جاء في القرار رقم 129947 المؤرخ في 09 مارس 1998" غير منشور" صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا: " لكن حيث، وكما دفع به المستأنف عليه، فإن الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم 83 – 352 يستبعد تطبيقها أمام وجود سند رسمي مشهر للعقار موضوع النزاع بالمحافظة العقارية...". مشار إليه في: حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة، ط 4، دار هومه، الجزائر، 2006، ص 150.

[2]- المادة 23 من الأمر 75 – 74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

[3]- يمكن اعتبار عقد الشهرة إجراءا أوليا لتثبيت الملكية الخاصة ، يقابله الشهادة الرسمية للملك الوقفي كإجراء أولي لتثبيت الملكية الوقفية وتسوية وضعيتها.

الوثائق الضرورية لتحديد حق الملكية العقارية، وجمعها ودراستها قبل اتخاذ قرار تحرير سند ملكية عقارية يحتج به على الجميع، وتضمنه الدولة، ويمارس صاحبه بموجبه حقه بصفة تامة، حيث يكون من شأن هذا الإجراء الجديد تلافي السلبيات التي خلفها العمل بعقد الشهرة كما جاء في عرض أسباب مشروع القانون[1].

وخلافا لتجاهل المرسوم 83 – 352 المتعلق بعقد الشهرة النص على استثناء الأملاك الوقفية من أن تكون موضوعا له، فقد جاء قانون 07 – 02 المتعلق بمعاينة حق الملكية والمرسوم التطبيقي له رقم 08 – 147 المتعلق بالتحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية [2] بتكريس حماية قانونية خاصة للأملاك الوقفية، وذلك باستبعادها صراحة من أن تكون موضوعا له (أولا)، و بالمقابل التمكين من اكتشاف الملكيات الوقفية المحتملة بمناسبة كل عملية تحقيق عقاري لتثبيت ملكية خاصة، يضطلع بها القائمين على عمليات التحقيق (ثانيا).

أولا: الاستثناء الصريح للأملاك الوقفية من الأثر التطهيري لسند الملكية المؤسس على التحقيق العقاري

بمناسبة تحديد شروط الاستفادة من سند الملكية الذي يمنح في إطار التحقيق العقاري، نصت المادة 03 من قانون 07 – 02 المتعلق بمعاينة حق الملكية أنه: "لا تطبق أحكام هذا القانون على الأملاك العقارية الوطنية بما فيها الأراضي المسماة سابقا عرش والأملاك الوقفية." حيث يفهم من هذا النص الاستثناء الصريح للأملاك الوقفية من أن تكون موضوع تحرير سند ملكية في إطار الإجراء الذي يؤسسه القانون.

ويرجع سبب تأكيد المشرع على استبعاد أراضي العرش والأملاك الوقفية، هو أن الكثير من هذه الأملاك كانت موضوع عقد شهرة، بسبب عدم نص المرسوم 83 – 352 المتعلق بعقد الشهرة على استثناء هذه الأملاك من أن تكون موضوعا له، وبالنظر للصيغة الآمرة التي جاء بها النص فإن أي مخالفة لنص المادة يترتب عليها البطلان المطلق للإجراء، بحيث يتم اللجوء إلى رفع دعوى قضائية لإلغاء الترقيم العقاري طبقا لنص 18 من القانون رقم 07 – 02 المتعلق بمعاينة حق الملكية.

---

[1]– باشا، آليات تطهير الملكية، مرجع سابق، ص 126.

[2]– مؤرخ في: 13 جمادى الأولى عام 1429 الموافق 19 مايو سنة 2008، (الجريدة الرسمية رقم 26، مؤرخة في 25 مايو 2008، ص 03.).

وإذا كان تسليم سند الملكية بناءا عل التحقيق العقاري لا يمكن أن يسري في مواجهة الأملاك الوقفية، فإنه لا مانع أن يسري لمصلحتها، وذلك بجواز أن تبادر مديرية الأوقاف بالنسبة للوقف العام أو الناظر أو المنتفعين في الوقف الخاص بطلب فتح تحقيق عقاري يهدف إلى تسليم سند ملكية باسم الملك الوقفي الحائز وفقا لأحكام القانون المدني [1]، و كذلك بمناسبة فتح تحقيق جماعي وفقا لنص المادة 06 من قانون 07 – 02 المتعلق بمعاينة حق الملكية، ذلك أن القاعدة الفقهية عند الفقهاء المالكية أن "الحبس يحوز و لا يحاز عليه"[2].

ولما كان تسليم سند الملكية لا يكون إلا بعد تحقيق ومعاينة ميدانية لحق الملكية، فإن السند المثبت للملكية الوقفية بناءا على هذا الإجراء من شأنه تثبيت الوضعية القانونية للملكية الوقفية، والمساهمة في استرجاعها، ولا مخالفة في ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تعترف بالحيازة الطويلة كسبب للتملك –كما سوف يتم التطرق إليه لاحقا– إذ الأمر يتعلق في هذه الحالة بحيازة ملكية وقفية متعارف على أنها وقف، كل ما في الأمر أنه ليس لها سند ملكية من شأنه تثبيت وضعيتها القانونية، كما أن اكتساب الملكية يكون بناءا على التحقيق والمعاينة الميدانية، فتنتفي العلة التي منعت لأجلها أحكام الشريعة الإسلامية اكتساب الملكية بالحيازة الطويلة.

مع ذلك فمن باب أولى يتم اللجوء إلى تحرير الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي حيث لا يشترط لتحريرها وتثبيت الملكية الوقفية على أساسها أن يكون العقار موضوع حيازة وفقا لأحكام القانون المدني، غير أن المرسوم التنفيذي رقم 2000 – 336 المحدث لهذه الشهادة نص في المادة 05 منه أنها ترفق بشرط البطلان عند ظهور أدلة مضادة، وهو ما ينقص من قوتها الثبوتية، ويتصور أنه بمناسبة إجراءات التحقيق العقاري إذا ثبت أن الملكية موضوع الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي هي في حقيقتها ملكية خاصة، فإن الشهادة تبطل، وهو ما يعتبر إضعافا للمركز القانوني للأملاك الوقفية، لذلك فإن النص الصريح الذي جاء به قانون التحقيق العقاري باستثناء الأملاك الوقفية صراحة من أن تكون موضوعا له، من شأنه تقوية المركز القانوني للأملاك الوقفية المثبتة ملكيتها بالشهادة الرسمية الخاصة بالملك

---

[1]– باشا، آليات تطهير الملكية، مرجع سابق، ص 141.

[2]– Pesle. Op.cit. p 167 – 168.

الوقفي، كما أن قانون 07 – 02 المتعلق بمعاينة حق الملكية جاء لتسوية وضعية الملكيات العقارية التي يمارس أصحابها عليها حيازة ولا يستطيعون إثبات ملكيتهم بسند، بينما الشهادة الرسمية للملك الوقفي والتي تخضع للإشهار تعتبر سندا رسميا معد لإثبات الملكية الوقفية، ذا أثر تطهيري للملكية الوقفية.

ثانيا: مساهمة عمليات التحقيق العقاري في اكتشاف الملكيات الوقفية المحتملة

تميز قانون 07 – 02 المتعلق بمعاينة حق الملكية بأنه جاء لضمان حق الملكية على أساس مطابقة الحقيقة، حيث ضمن بموجب نص المادة 10 منه حق الغير بمناسبة إجراءات التحقيق، ولذلك فإن التحقيقات والتحريات الميدانية من شأنها أن تكشف عن حق الغير في الملكية، وهو ما يتيح لأصحاب الاحتجاجات والاعتراضات من تسجيل اعتراضاتهم، والتي قد تكون موضوع تنقل المحقق العقاري من جديد إلى الميدان قصد دراسة الاحتجاجات.

ولا شك أن ضمان حق الغير تزداد قيمته إذا كان هذا الغير ملكا وقفيا، بحيث تسمح عمليات التحقيق الميداني من الكشف عن ملكية وقفية محتملة، حيث يتم إخطار الجهة الوصية على الأملاك الوقفية بممارسة مهامها في حماية الأملاك الوقفية واسترجاعها.

من جهة أخرى فإن المرسوم التنفيذي 08 – 147 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري أكد صراحة على إشراك الجهة الوصية على الأملاك الوقفية في الكشف عن الطبيعة القانونية للملك الوقفي على غرار أملاك الدولة و ذلك بمناسبة التحقيق الجماعي [1]، حيث يسمح للجهة الوصية على الأملاك الوقفية بالعلم بإجراء التحقيق العقاري و حماية الأملاك الوقفية، والمطالبة بحقها في مواجهة الغير، كما نصت المادة 11 من ذات المرسوم في فقرتها الأخيرة على تعميق عمليات التحقيق والتحري بالبحث لدى المالكين أو الحائزين للعقارات المجاورة أو لدى أي أشخاص آخرين لديهم معلومات مفيدة بشأن الوضعية القانونية و المحتوى المادي للعقار موضوع التحقيق ، وهو ما من شأنه الكشف عن ملكية وقفية محتملة.

[1]– المواد 05 و 06 من القانون 07 – 02 المتعلق بمعاينة حق الملكية.

خلاصة الفصل الثاني

أخلص في نهاية هذا الفصل إلى أنه إذا كان القانون ينظم وسائل تكوين ووجود الملك الوقفي فإن الوجود الفعلي للأملاك الوقفية لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير بل حتى في مواجهة أطراف العلاقة، ما لم يثبت ثبوتا قضائيا، فالحق و إن وجد فعلا فإنه يعتبر غير موجود قانونا إذا لم يستطع صاحبه إثباته.

لذلك كان من الأولويات وأخذا بالاعتبار الظروف و الوضعية التي توجد عليها الملكية الوقفية في الجزائر تنظيم آليات استرجاع الأملاك الوقفية الضائعة حماية لها من إنكار وجودها الفعلي بانعدام وجودها القانوني، وكذلك تحصين الوجود القانوني لما سيوجد من أملاك وقفية مستقبلا بما لا يسمح بتفويتها، وذلك بتوفير وسائل إثباتها على نحو يقوي مركزها القانوني بمناسبة إثبات وجودها المادي والقانوني.

وفي هذا الإطار تبين أن الاحتياط بتوفير وسائل إثبات الملك الوقفي عن طريق التشدد في مرحلة التوثيق أصبح ضرورة لابد منها لضمان أفضل حماية للأملاك الوقفية التي ستوجد، و ذلك بالإعداد المسبق لأدلة إثبات وجودها، غير أن الأخذ بالاعتبار ما تعرضت له الأملاك الوقفية من اعتداء، واستيلاء، وتضيع لها، في ظل غياب حماية تشريعية لها لفترة زمنية طويلة، وبالنظر لطابع التأبيد، فإنه لا بد أن يأخذ بعين الاعتبار التركيز على ضرورة استرجاع الأملاك الوقفية الضائعة، وهو ما يفترض المرونة في إثبات وجود الأملاك الوقفية، حيث تكون الغاية الوصول إلى الحقيقة بكل الطرق الممكنة والمتاحة شرعا وقانونا، حيث يجد هذا التصور أساسه في نصوص المواد 35 و 41 من قانون الأوقاف 91 – 10 التي جاءت تماشيا مع المراحل الزمنية المختلفة التي مرت بها الأملاك الوقفية في الجزائر، حيث تضمنت المادة 35 اتجاه المشرع نحو الحرية في الإثبات بكافة الطرق الشرعية والقانونية المتاحة، وتضمنت المادة 41 موقف المشرع نحو التقييد في الإثبات باشتراط الرسمية في توثيق الملكية الوقفية.

مع ذلك فإن تثبيت الوضعية القانونية للأملاك الوقفية لا يتحقق إلى في ظل وضوح و صراحة النصوص القانونية المتعلقة بإثبات الوجود القانوني للأملاك الوقفية بما يحصن المركز القانوني لها في المحتمل من المنازعات بشأنها.

الفصل الثالث: التنظيم القانوني لحماية الأملاك الوقفية مدنيا في مواجهة التعدي عليها

في ظل وجود وعي حقيقي بالأهداف الخيرية التي يؤديها الوقف كعمل من أعمال البر والإحسان في خدمة المجتمع الإسلامي وتحقيق تنميته، فإن السمة العامة التي تطبع تعامل المسلمين مع هذا المال هي التورع عن مختلف أشكال الاعتداء عليه، سواء بالغصب، أو الاستيلاء، أو وضع اليد، أو غيرها.

مع ذلك فإن المساس بحرمة الأملاك الوقفية بالاعتداء عليها غير مستبعد، وقد أثبتت الحوادث ذلك، ومرد ذلك في الغالب إلى ضعف الوازع الديني وسوء إلى انعدام الفهم الصحيح للمعنى التعبدي، وغرض البر والإحسان لمصلحة الموقوف عليهم بشكل خاص والمجتمع ككل بشكل عام، مما يجعل الأشخاص لا يتورعون عن الاعتداء على الأملاك الوقفية، فيطمعون فيها وتمتد أيديهم إليها، وهو ما يفترض إزاء هذا الوضع توافر حماية قانونية صارمة وكافية لضمان المحافظة على وجودها واستمراريتها.

حيث يحدث أن يقع الاعتداء من متولي الوقف الذي قد تنطوي تصرفاته في إدارة الملك الوقفي وتسييره على إهمال أو تقصير أو تواطؤ يضر بالملك الوقفي ومقصد الواقف وحتى الغير، مما يقتضي تحميل هذا الأخير المسؤولية المدنية بسبب تصرفاته الضارة بالملك الوقفي أو الغير، كما يمكن أن يكون هذا الاعتداء من غير المتولي سواء الواقف أو الموقوف عليهم أو حتى الأشخاص الذين ليس لهم علاقة بالملك الوقفي، حيث يحدث أن تقع اعتداءات مادية على الملك الوقفي بإدعاء تملكه عن طريق الحيازة، أو اللجوء إلى التصرف في أصل الملك الوقفي عن طريق التغيير فيه، أو الاستبدال، مما يقتضي توافر أحكام قانونية واضحة قادرة على المحافظة على استمرار وجود الملك الوقفي بمناسبة التصرفات المحتملة على أصل الملك الوقفي.

لذلك أتطرق في هذا الفصل إلى المسؤولية المدنية لمتولي الملك الوقفي بمناسبة إدارته للملك الوقفي (المبحث الأول)، ثم الحماية المدنية للأملاك الوقفية في مواجهة التعدي على أصل الملك الوقفي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: المسؤولية المدنية لمتولي الملك الوقفي

إن مقتضى وظيفة متولي الملك الوقفي أن يقوم بكل ما من شأنه الحفاظ على الملك الوقفي برعاية مصالحه، وكل تصرف يقتضيه استغلال العين الموقوفة وتنميتها، أو ما فيه مصلحة الوقف والموقوف عليه، ويمتنع عليه كل تصرف ضار بالوقف أو الموقوف عليهم، مما لا يمكن حصره من تصرفات يجوز أو لا يجوز للناظر القيام بها، لاختلافها بحسب نوع الملك الوقفي وغايته، وبحسب تغير الزمان والمكان.

فإذا وقع من الناظر الإخلال بأحد الالتزامات المفروضة عليه بما يؤدي إلى ترتيب ضرر بالملك الوقفي في أصله أو ريعه، أو بالغير، فإنه تقوم أحكام المسؤولية المدنية في صورتيها التقصيرية والعقدية بغرض جبر الضرر المترتب على الملك الوقفي أو الغير، وعلى هذا الأساس أتطرق للمسؤولية المدنية لمتولي الملك الوقفي في مواجهة الملك الوقفي (المطلب الأول)، ثم المسؤولية المدنية لمتولي الملك الوقفي في مواجهة الغير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المسؤولية المدنية لمتولي الملك الوقفي في مواجهة الملك الوقفي

حتى لا تكون أحكام المسؤولية التقصيرية سببا في عزوف الأشخاص عن تولي النظارة على الأملاك الوقفية، فإنه من الضروري تحديد حدود ونطاق هذه المسؤولية، فعلى الرغم من نص المشرع الجزائري على مسؤولي ة ناظر الملك الوقفي العام عن كل تقصير يحدث منه بموجب نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها، وكذلك النص على مسؤولية الناظر المعتمد لرعاية الملك الوقفي الخاص في المادة 14 من نفس المرسوم، إلا أنه لم يحدد نوع المسؤولية ولا الحالات التي توجبها أي نطاقها، مما يطرح التساؤل حول نطاق هذه المسؤولية (الفرع الثاني)، وهو ما يرتبط بشكل مباشر مع تكييف المركز القانوني للناظر الذي على أساسه تترتب مسؤوليته (الفرع الأول).

الفرع الأول: المركز القانوني لمتولي الملك الوقفي الذي على أساسه تترتب مسؤوليته تجاه الملك الوقفي

يميز الفقه في تحديد المركز القانوني لمتولي الملك الوقفي من جهة بين مركزه القانوني من حيث تصرفاته (أولا)، ومن جهة أخرى من حيث وضع يده على الأموال الوقفية (ثانيا).

أولا: المركز القانوني لمتولي الملك الوقفي من حيث تصرفاته

على الرغم من اتفاق أغلب الفقهاء على اعتبار متولي الملك الوقفي نائبا ووكيلا عن غيره، وذلك باعتبار النيابة بمعناها العام قيام شخص مقام آخر في التصرف عنه، إلا أنهم

اختلفوا فيمن هو وكيل عنه، حيث انقسموا إلى اتجاهين: حيث يرى جمهور الفقهاء أن الناظر وكيل عمن ولاه سواء أكان الواقف أو القاضي، بينما ذهب محمد بن الحسن من الحنفية والظاهر من الحنابلة إلى أن الناظر وكيل عن الموقوف عليهم، بوصفهم مالكي حق الانتفاع في الوقف[1].

غير أن التكييف الدقيق للمركز القانوني لناظر الملك الوقفي هو اعتباره نائبا قانونيا من نوع خاص، حيث ترد نيابته على الملك الوقفي بوصف هذا الأخير شخصية معنوية، فإنشاء ملك وقفي بأحكامه المقررة في الفقه الإسلامي، يقابله إنشاء شخص معنوي في نظر القوانين الوضعية، والشخص المعنوي في نظر القانون كما أن له وجودا افترضه القانون، فإن له إرادة مفترضة، تتمثل في إرادة الشخص الطبيعي الذي يمثله، فنيابة الناظر تكون مفروضة بحكم القانون، الذي يحدد كيفية تعيين النائب عن الشخص المعنوي، ويبين سلطته وحدودها، ولذلك فإن حق الواقف في تعيين ناظر على الملك الوقفي الذي أنشأه، ووضع شروط تعيينه، مستمد من القانون، ولهذا فهي نيابة قانونية من نوع خاص[2].

لذلك فإن ما يفهم من تفويض الوزير المختص أمر التسيير المباشر للملك الوقفي للناظر على المستوى المحلي، وفقا لنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها وحمايتها هو اعتبار الناظر الممثل القانوني الذي يعبر عن إرادة الملك الوقفي كشخص معنوي، غير أنه من الناحية الواقعية يثور إشكال خطير من حيث أن الناظر الذي يكلف بالتسيير المباشر للملك الوقفي على المستوى المحلي ينظر إلى مهمته باعتبارها مهمة إدارية، بدليل أنه يعين بقرار من وزير الشؤون الدينية والأوقاف، ويخضع لقواعد عامة محددة مسبقا، مما يجعله في حالة قانونية ونظامية اتجاه الإدارة التي عينته، فيستمد صلاحياته من صلاحيات وزارة الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية على الأملاك الوقفية، ويكون بذلك ممثلا للوزارة التي عينته أكثر مما يمثل الملك الوقفي الذي يفترض أنه في علاقة مباشرة معه بموجب الصلاحيات المخولة له قانونا، فالناظر بهذا الشكل مطالب بأن يتصرف

---

[1] – الطرابلسي، الإسعاف، مرجع سابق، ص 49.

[2] – السنهوري، الوسيط، ج 1، م 1، مرجع سابق، ص 202 – 203 . كذلك: الشعيب خالد عبد الله، دكتوراه النظارة على الوقف، سلسلة الرسائل الجامعية، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، 2006، ص 66.

باعتباره موظفا تابعا للوزارة التي عينته كغيره من موظفي الوزارة، ويكون بذلك ملزما بتنفيذ سياستها[1]، ومن جهة أخرى يتصرف باعتباره ممثلا للملك الوقفي الذي تحت ولايته، متحدثا باسمه، ومكلفا بتنفيذ شروط الواقفين، وتحقيق مصلحة الموقوف عليهم، وهو ما يجعل تحديد مركزه القانوني أمرا في غاية الصعوبة في غياب نص قانوني صريح، إلا إذا كان يفهم من ذلك أن نية المشرع هي عدم اعتباره موظفا عموميا، وإن كان يعين بقرار من وزير الشؤون الدينية والأوقاف، بحيث تكون الغاية من هذا التعيين تفويض الصلاحيات وبسط الولاية العامة للدولة على الأوقاف العامة وإخضاعها لرقابتها وإشرافها ومتابعتها.

وبالنظر لنص المادة 18 من المرسوم 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها وحمايتها فإن أجرة الناظر تدفع له من ريع الملك الوقفي، ولم ينص المرسوم إلا على ضرورة إخضاع عمل الناظر لالتزامات التأمين والضمان الاجتماعي في المادة 20 من ذات المرسوم، فهذه النصوص تعطيه خصوصية تختلف عن تلك التي تحكم بقية الموظفين على مستوى الوزارة بما فيهم وكيل الأوقاف الذي ينظم علاقته نص خاص، يؤكد ذلك نص المادة 13 من ذات المرسوم التي اعتبرت ناظر الملك الوقفي "وكيلا عن المستحقين في السهر على العين الموقوفة" وهو بهذا المعنى ليس مجرد موظف يؤدي خدمة عامة يتلقى مقابلها أجرا، بل نائبا قانونيا عن الغير، مما يجعل مسؤوليته تقوم بمجرد الإخلال بأداء واجبه.

مع ذلك تجدر الإشارة إلى أن الفهم الصحيح لنص المشرع على أنه "وكيل عن المستحقين في السهر على العين الموقوفة" لا يفهم إلا بمعنى أنه ملزم ويقع على عاتقه حفظ أموال الوقف ورعايتها وتوزيع غلاتها على المستحقين، أي منوط به تحقيق مصلحة المستحقين التي لا تتحقق إلا بالمحافظة على العين الموقوفة، ولذلك فإن التكيف الصحيح لمركزه القانوني أنه نائب عن الملك الوقفي باعتباره شخصا معنويا لا نائبا عن الموقوف عليهم، وهو بذلك يقوم بإجراء مختلف التصرفات القانونية المتعلقة بالملك الوقفي، ويقوم بكل ما هو من صلاحياته طبقا للقانون بما في ذلك تنفيذ شرط الواقف.

---

[1] – المهدي محمد سعيد، (يد ناظر الوقف بين الأمانة والضمان)، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، المنعقد بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة في الفترة ما بين 03 و 05 يناير 2010، ص 466 من كتاب المؤتمر. كذلك: الزحيلي محمد، (مشمولات أجرة الناظر)، مرجع سابق، ص 16.

وفي اعتقادي أن الغموض في تحديد المركز القانوني لناظر الملك الوقفي في القانون الجزائري وحتى في القوانين العربية يرجع إلى عدم موافقة الأحكام القانونية للأحكام الفقهية في تنظيمها لأحكام الناظر، وشروط تعيينه، وبشكل عام عدم التوافق في تحديد نطاق ولاية الدولة على الأوقاف، ولذلك فإن محاولة الجمع بين ضرورة اضطلاع وزارة الشؤون الدينية والأوقاف بمهمة النظارة على الأملاك الوقفية العامة منها وحتى الخاصة في بعض الأحيان، مقابل الالتزام باستمداد أحكام الوقف كما حددها الفقهاء، خلق التعقيد الملاحظ عند محاولة تحديد المركز القانوني للناظر طبقا للنصوص القانونية.

ثانيا: المركز القانوني لمتولي الملك الوقفي من حيث وضع يده على الأموال الوقفية

من المتفق عليه فقها أن يد الإنسان على مال الغير، إما أن تكون عن ولاية شرعية وإما أن تكون عن اعتداء، وإذا كانت عن ولاية شرعية فهي إما يد أمانة أو يد ضمان، فيد الأمانة هي: يد الحائز للشيء بإذن صاحبه، لا بقصد تملكه، بل باعتباره نائبا عن المالك، ولمصلحة تعود لهذا المالك، أما يد الضمان فهي: يد الحائز للشيء بقصد تملكه، سواء بدون إذن مالكه، أي عدوانا، كالغاصب والسارق أو بإذنه ولكن بقصد تملكه، كالمشتري[1].

والفرق بين اليدين أن يد الضمان حكمها غرم ما يتلف تحتها من أعيان مالية مطلقا، أما يد الأمانة فلا تتحمل تبعة هلاك ما تحتها من الأموال إلا بتعد أو تقصير أو إهمال [2]، ولذلك فلا تتحول يد الأمانة إلى يد ضمان إلا إذا وجد ما يستوجب ضمانها بتعد أو تقصير في الحفظ أو تفريط، أو بالامتناع عن رد الشيء الملزم بالمحافظة عليه دون سبب شرعي ولو كان بغير قصد تملكه، أو قيام النائب بتصرف خارج حدود ولايته، إلى غير ذلك مما يوجب الضمان[3].

ومن المتفق عليه فقها أن يد ناظر الوقف يد أمانة، لأنها مستمدة من ولاية قانونية، فالناظر نائب قانوني عن الملك الوقفي في التصرفات لا بقصد التملك، فهو أمين على ما تحت يده من أموال وقفية، سواء كانت أصولا، أو أموال البدل، أم كانت مالا للمستحقين لم يتم توزيعه بعد، فإذا هلك منها شيء من غير تعديه أو تقصيره في الحفظ، فلا يضمن ما هلك منها،

---

[1] – الزحيلي وهبه، نظرية الضمان، ط 9، دار الفكر، دمشق، دار الفكر المعاصر، بيروت، 2012، ص 153 – 154.

[2] – العيسى حارث محمد سلامه و الخطيب أحمد غالب، (يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي)، مجلة الجامعة الإسلامية، مجلد 18، عدد 02، يونيو 2012، ص 320 – 327.

[3] – يونس محمد، مرجع سابق، ص 66 – 67.

وكذلك إذا كان الهلاك لسبب أجنبي لا دخل له فيه كآفة سماوية [1]، ومن أهم ما رتبه الفقهاء على ذلك أنهم درجوا في محاسبة النظار على افتراض حسن النية، وترجيح جانب الثقة فيهم على الشك، وحمل أفعالهم على الخير إلا إذا قام الدليل بعكس ذلك، خوفا من أن التظنن في تصرفاتهم يجعل الناس يحجمون عن النظارة[2].

غير أن أهم ما يترتب على القول بأن ناظر الملك الوقفي أمين على أموال الوقف هو أن الناظر يكون مطالبا فقط ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، وهو ما قد لا يستقيم مع خصوصية أموال الوقف والغاية المرجوة من إقامة الولاية عليها، والتي تتمثل في الاحتياط لمصالح الملك الوقفي[3].

وبموجب نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها ورد النص على أن ناظر الملك الوقفي: " وكيلا على الموقوف عليهم وضامنا لكل تقصير." و الذي يفهم من هذا النص أنه يتماشى مع موقف الفقه باعتبار يد الناظر يد أمانة لا تضمن إلا بتقصير، وإن كان ليس التقصير وحده هو الذي يوجب الضمان، فالإهمال والتفريط كلها موجبة للضمان، ولذلك من المهم أن يرد النص صراحة على صفة ناظر الملك الوقفي باعتباره نائبا قانونيا عن الملك الوقفي وأمينا على أمواله [4]، مع ضرورة توضيح الحالات التي يجب أن تنقلب فيها يده إلى يد ضمان، وهو ما يتحقق به الاحتياط والحماية الحقيقية للملك الوقفي.

الفرع الثاني: نطاق مسؤولية ناظر الملك الوقفي في مواجهة الملك الوقفي

إن مشروعية الضمان نابعة من الحاجة لحفظ أموال الناس وصيانتها من الضياع وجبر الضرر الذي يلحق صاحبها من الاعتداء عليها، حيث يشبه الفقه مشروعية مسؤولية ناظر

---

[1] – الزحيلي وهبه، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 153. كذلك: أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 359.

[2] – غير أن ما أثبته الحوادث من تفويت لمصالح الوقف والموقوف عليهم بسبب عدم محاسبة النظار، جعل التشريعات الوقفية في الدول الإسلامية تأخذ بضرورة محاسبة الناظر ، ولو اعتبرته من جانب آخر أمينا على ما تحت يده من أموال الوقف . أنظر: المهدي سعيد، مرجع سابق، ص 467.

[3] – يونس محمد، مرجع سابق، ص 254. كذلك: اصبيحي، الحماية المدنية للأوقاف العامة، مرجع سابق، ص 75.

[4] – هناك رأي فقهي يرى أن اعتبار ناظر الوقف أمينا في الأصل لا ينسجم مع واقعنا ، الذي خيب هذا الأصل بسبب ما دبر من ذوي النفوس الضعيفة التي تعتبر النظارة على الوقف مغنما، وبناء على هذا الرأي يكون من الضروري التعامل مع الناظر بناء على كشف حساب تفصل فيه موارد الوقف، ومداخله، ووجوه صرفها. المهدي سعيد، مرجع سابق، ص 463 – 464.

الملك الوقفي بمشروعية مسؤولية الولي على مال الأيتام التي وردت النصوص الشرعية صريحة دالة مباشرة على مشروعية تضمينه [1]، وإذا كان الأصل أن وضع اليد على المال بولاية شرعية لا يوجب الضمان، فإنه يشرع في الفقه الإسلامي أن تتحول يد الأمانة إلى يد ضمان في حالات متفق عليها كالتعدي والتفريط، وأخرى مختلف فيها كالتجهيل والعرف والمصلحة والتهمة واشتراط الضمان على الأمين[2].

وباستقراء الكتابات الفقهية، فإن منهج الفقه الإسلامي يقوم على التمثيل لكل حالة يضمن فيها ناظر الملك الوقفي بمناسبة تختلف عن مناسبة التمثيل لحالة أخرى، وباستجماع هذه الحالات، فإنه يمكن حصر نطاق مسؤولية المتولي في مواجهة الملك الوقفي في مسؤوليته في الحفظ (أولا)، و مسؤوليته تجاه الملك الوقفي في التصرف (ثانيا).

أولا: مسؤولية متولي الملك الوقفي في مواجهة هذا الأخير في الحفظ

إن من أهم التزامات متولي الملك الوقفي في إطار أداءه لوظيفته السهر على حفظ العين الموقوفة بما يستبقيها دارة للمنافع، مؤدية للغرض الذي وقفت لأجله، فالناظر مطالب ببذل قدر من الحيطة في حفظ الملك الوقفي حتى لا يترتب الإضرار به، وبوصفه يضع يده على أعيان الوقف وغلاته بولاية شرعية وقانونية، فإنه لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير منه في حفظ أموال الوقف، مما يوجب مسؤوليته التقصيرية نتيجة إخلاله بالتزامه القانوني الضار بأموال الوقف، وهو ما يطرح التساؤل حول أمرين: المقصود بالتعدي والتقصير في حفظ أموال الوقف؟ ومقدار العناية أو الحيطة المطلوبة من المتولي والتي يترتب على عدم مراعاتها مسؤوليته؟

1-المقصود بالإخلال بالالتزام في حفظ أموال الوقف

يكون متولي الملك الوقفي مخلا بالتزامه في حفظ أموال الوقف إذا ثبت تعديه أو تقصيره في حفظ أموال الوقف، على النحو الآتي:

1-1-التعدي: يقصد به مجاوزة الناظر لما وجب عليه في نظارة الملك الوقفي، بأن يجري تصرفا مخالفا لما وجب عليه[3]، ومن صوره:

---

[1] – الزرقا، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 20.

[2] – العيسى و الخطيب، مرجع سابق، ص 329 – 330.

[3] – الشعيب، النظارة على الوقف، مرجع سابق، ص 359.

أ-**إتلاف مال الوقف أو استهلاكه:** صورته الإتلاف المادي للشيء بإهلاكه وإفناءه، أو الإهلاك المعنوي بإنفاقه مال الوقف لحاجة نفسه وأهله، وكذلك خلط الناظر ماله بمال الوقف،

ب-**إنكار الوقف والإدعاء بأنه ملكه كله أو جزء منه:** في هذه الحالة يصير الناظر غاصبا للملك الوقفي مستوليا عليه، فتتحول يده إلى يد ضمان، فيضمن كل ما تلف أو نقص من الوقف من وقت جحوده له ولو لم يكن متسببا في تلفه أو نقصانه.

ج-**الصرف إلى المستحقين مع حاجة أصل الوقف للعمارة:** إذا صرف الناظر الغلة إلى المستحقين وكان الوقف بحاجة إلى عمارة ضرورية، أو كان مدينا فإنه يكون ضامنا.

أما إذا طالب المستحقون بالغلة، وامتنع عن تسليمها بدون وجه حق أو مسوغ شرعي، فهلكت هذه الأموال في يده، ولو من غير تفريط منه أو إهمال، فيصير في حكم الغاصب، وكل غاصب ضامن ولو بدون تعدي[1].

1-2-التفريط والتقصير: يستعمل الفقهاء مصطلحي التفريط والتقصير بنفس المعنى، والمقصود به ترك الناظر وتضييعه ما وجب عليه في حفظ الوقف حتى فوت [2]، وأهم صوره:

أ-**الإهمال في الحفظ:** من واجبات الناظر التي تفرض عليه هو بذل الجهد، واستفراغ الوسع، وتفقد ما تحت يده، وتعهده، فإذا فرط في ذلك وأهمل في حفظ الوقف أو غلاته، وأدى ذلك إلى التلف أو الضياع فإن الناظر يضمن ما تلف أو ضاع بسبب إهماله، حيث يعتبر تصرفه هذا تصرفا سلبيا اتجاه الملك الوقفي، من شأنه أن يؤثر على مقاصد الوقف ومصلحة الوقف والموقوف عليهم [3].

ب- **التجهيل:** المقصود بالتجهيل ألا يبين من يده يد أمانة قبل موته حال ما بيده من أمانة وكان يعلم أن وارثه لا يعلمها ومات وهو على ذلك، وبالنسبة لناظر الملك الوقفي يعتبر مجهلا إذا مات وتحت يده أموال وقفية لم يعرف شيء من أمرها، هل أنفقها في وجوهها أم لا؟ أم خلطها بماله خلطا لا يمكن معه التمييز؟

---

[1] - الطرابلسي، الإسعاف، مرجع سابق، ص 59 - 60. كذلك: النووي، روضة الطالبين، ج 4، مرجع سابق، ص 412. كذلك: ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص 565.

[2] - الشعيب، النظارة على الوقف، مرجع سابق، ص 351 - 352.

[3] - بن عزوز عبد القادر ، (المسؤولية المدنية للنظارة على المرفق الوقفي في الفقه الإسلامي) ، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة العاشرة العدد 18، مايو 2010، ص 36.

على الرغم من الاختلاف الفقهي حول ضمان ناظر الملك الوقفي بسبب التجهيل، فإن هناك اتفاق على أن حكم التجهيل الضمان في حالتين بلا خلاف فيهما: تتعلق الأولى بغلات الوقف التي يستحقها المستحقون وطالبو بها الناظر، ولم يؤدها لهم بغير وجه شرعي، أما الثانية فتتعلق بمال البدل الذي تحت يد الناظر، فإنه يضمنه باعتبار التجهيل كالاستهلاك[1].

و الحقيقة أنه انطلاقا من أن الناظر ملزم بتحري المصلحة والغبطة في جميع تصرفاته المتعلقة بالملك الوقفي، فإن تركه أموال الوقف والصرف فيها دون إثباتات أو مستندات توضح جهة صرفها، ليس إلا تضييعا لمصلحة الملك الوقفي وغبطته، ولذلك فإن كتابة وتدوين أموال الوقف، أعيانا وموارد، إيراداتها ونفقاتها، و إثبات أوجه صرفها بالمستندات هو أمر واجب على الناظر، فإن أهمل فيه وتراخى حتى مات مجهلا فيضمن، وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص صراحة على ضرورة أن يقدم مدير الشؤون الدينية تقريرا عن كل عملية صرف ينجزها إلى السلطة الوصية مصحوبا بالأوراق الثبوتية، بالنسبة لحالات الصرف الاستعجالية طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 33 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها، فإنه انطلاقا من كون ناظر الملك الوقفي هو المسير المباشر للملك الوقفي ومن مهامه تحصيل العائدات، والسهر على أداء حقوق الموقوف عليهم، وخصم النفقات، وهذا كله يحتاج إلى إثبات، فلا يقوم بمهامه المالية إلا بناء على سند ثبوتي.

2-مقدار العناية المطلوبة من متولي الملك الوقفي في تحديد مسؤوليته التقصيرية تجاه الملك الوقفي في الحفظ

إن الخطأ الموجب للمسؤولية في القانون قد يكون إخلالا بالتزام قانوني في المسؤولية التقصيرية أو إخلالا بالتزام عقدي في المسؤولية العقدية، وهذا الالتزام الذي يشكل الإخلال به خطأ يوجب المسؤولية إما أن يكون التزاما بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية، غير أن الأصل العام أن الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولي ة التقصيرية لا يكون إلا التزاما ببذل عناية، فالواجب على الشخص أن يصطنع في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير.

[1] – أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 395 – 397.

و من المتفق عليه فقها أن الناظر ملزم بأن يتحرى في تصرفاته مصلحة الوقف وغبطته لأن الولاية مقيدة به، و مما ذكره الفقهاء أن: " تطوف ناظر الحبس وشهوده وكتابه وقباضه على ريع الأحباس أكيد ضروري لابد منه وهو واجب على الناظر فيها لا يحل له تركه، إذ لا يتبين مقدار غلاتها ولا عامرها وغامرها إلا بذلك، وما ضاع كثير من الأحباس إلا بإهمال ذلك، فيأخذ الناظر وفقكم الله بالكد والجد والاجتهاد" [1] فيفهم من ذلك أن مجرد الإهمال يعتبر إخلالا بالتزام الناظر في حفظ العين الموقوفة وغلاتها، ولذلك هو مطالب ببذل قدر خاص من الحيطة والعناية تحقيقا لمصلحة الوقف وغبطته.

و الفقهاء في معرض الكلام عن ضمان الناظر يمثلون للحالات التي يضمن فيها الناظر، ويمثلون للحالات التي لا يضمن فيها، غير أن ذلك لا يكفي بل لابد من البحث عن معيار واضح لتحديد مقدار العناية المطلوبة من الناظر كقاعدة عامة في مجال حفظ أموال الوقف، و التحديد الحصري لما قد يرد عليها من الاستثناءات.

2-1- الأصل في مقدار العناية المطلوبة في حفظ الملك الوقفي: يوجد معياران لتحديد مقدار العناية المطلوبة من الشخص الذي يقع عليه الالتزام ببذل العناية، إما معيار شخصي أو موضوعي، والأصل أن العناية المطلوبة هي عناية الشخص العادي، ويزيد هذا المقدار وينقص تبعا لما ينص عليه القانون أو يقضي به الاتفاق في المسؤولية العقدية[2].

و بالنسبة لناظر الملك الوقفي فإن الفقه الإسلامي يفرق في حكمه بين أن يكون يعمل بأجر أو بدونه، فإذا كان يعمل بدون أجر فإنه مطالب في إطار أدائه لأعمال الحفظ وإدارته المعتادة للملك الوقفي أن يبذل عناية شخصية كالتي يبذلها في حفظ أمواله الخاصة، وإن قلت عن عناية الشخص المعتاد، بشرط ألا يقصر عما جرى به العرف عند أمثاله من النظار [3]، ولا يسأل إلا عن عناية الشخص المعتاد إذا تعدت عنايته الشخصية عناية الشخص المعتاد، وعلة ذلك أن الناظر بغير أجر متفضل، فلا ينبغي تكليفه بأكثر مما يستطيع من عناية شخصية، أما

---

[1] – الونشريسي أبي العباس أحمد بن يحي، المعيار المعرب، ج 7، نشر وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1981، ص 301. كذلك: الطرابلسي، الإسعاف، مرجع سابق، ص 57.

[2] – السنهوري، الوسيط،، م 2، ج 1، مرجع سابق، ص 746.

[3] – المهدي سعيد، مرجع سابق، ص 470.

إذا كانت ولايته بأجر فهو مطالب بأن يبذل عناية موضوعية، وهي عناية الرجل المعتاد، بحيث تترتب مسؤوليته التقصيرية إذا بذل أقل منها ولو كانت بقدر عنايته الشخصية، وهي مسألة تخضع لتقدير القاضي[1].

مع ذلك يرى الفقه المعاصر أنه لما كانت التولية على الملك الوقفي من التكاليف الوظيفية المحددة شرعا وقانونا، فإن الناظر يطلب منه عناية الشخص الحريص في حفظ أموال الوقف وإدارتها والتي تتجاوز كل من العناية الشخصية والموضوعية، فيسأل حتى عن الخطأ اليسير الذي لا يرتكبه الحريص في شؤونه، لأن عمله يمس بحقوق حسبية لله وحقوق الغير، وزيادة الحرص فيها حماية له من مظنة الإهمال وعواقبه [2]، بينما ذهب البعض إلى أبعد من ذلك حيث يطالب الناظر ببذل عناية وتحقيق نتيجة، ومسؤوليته في ذلك هي مسؤولية الشخص الحريص المتبصر، وهو ما يفرض عليه بذل الجهد، واستفراغ الوسع، وتفقد ما تحت يده، وتعهده، ومجرد الإهمال يعتبر إخلالا بواجب الحرص الذي هو من أو كد واجباته[3].

وليس في قانون الأوقاف 91 – 10 ولا في المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها ما يدل صراحة على مقدار العناية المطلوبة من الناظر في أداءه لواجب الحفظ والإدارة العادية للملك الوقفي، فإنه بالرجوع إلى الأحكام الشرعية فقد سبق الإشارة إلى أنه تستمد مشروعية تضمين نظار الأوقاف من مشروعية تضمين الأوصياء، لذلك بالرجوع إلى أحكام المادة 98 من قانون الأسرة نجدها تنص على: "يكون الوصي مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره." وبالمقابل تقضي المادة 88 من نفس القانون بأن يتصرف الولي على مال القاصر تصرف الرجل الحريص، ففي ضل هذه النصوص تكون العناية المطلوبة من الناظر هي عناية الرجل الحريص المتبصر وبالتالي تترتب مسؤوليته عن خطأه الجسيم واليسير سواء كان بأجر أو بدون أجر[4].

---

[1] – الحريز، مرجع سابق، ص 175.

[2] – يونس محمد، مرجع سابق، ص 259.

[3] – اصبيحي، الحماية المدنية للأوقاف العامة، مرجع سابق، ص 75.

[4] – إن التشديد في طلب الحرص من الناظر الذي يتولى بدون أجر يكون من باب أولى، لأنه يقوم بمهامه متبرعا دون أن يلزم بذلك، ولذلك عليه أن يبذل الحرص الكافي حتى لا يتهم، وكذلك حتى لا يكون ذلك بابا لطمع الناس في الأوقاف وتضييعها بقلة الحرص مع عدم مسائلتهم.

2-2-التزام متولي الملك الوقفي بتحقيق نتيجة في حفظ أموال الوقف: هناك حالات يكون فيها هلاك أو ضياع أموال الوقف دون تعدي من الناظر، ومثالها حالة استحقاق ديون الوقف كالضرائب على الوقف ولم يقم الناظر بسدادها دون عذر مقبول، وكذلك في حالة امتناعه دون وجه حق أو مسوغ شرعي عن تسليم المستحقين حصتهم من غلة الوقف بعد مطالبته، فإنه يضمن ما هلك منها ولو من غير تفريط أو إهمال منه، ولو كان الهلاك بسبب أجنبي، لأن التزامه في هذه الحالات هو التزام بإعطاء، وكل التزام بإعطاء يعتبر التزاما بتحقيق نتيجة، فيعتبر المدين مخلا بالتزامه بمجرد عدم دفعه مبلغ الدين، أو عدم تسليم الغلة للمستحقين، فيصير حكمه حكم الغاصب الضامن في جميع الأحوال[1].

ثانيا: مسؤولية متولي الملك الوقفي في مواجهة الملك الوقفي في التصرف

لما كانت الولاية العامة للأوقاف منوطة اليوم بوزارة الأوقاف، فإن هذه الأخيرة أصبحت هي من يقوم بتحديد الأعمال التي تدخل في إطار اختصاص ناظر الملك الوقفي وغيره من الموظفين كل بحسب اختصاصه المنوط به، وفقا لما يثبت لها قانونا في إطار أداء مهامها من صلاحيات توزيع المهام بين موظفيها، وذلك بموجب نصوص قانونية تراعي أحكام الشريعة الإسلامية، وتؤكد على ضرورة احترام شرط الواقف، فيكون الضابط المحدد لتصرفات ناظر الملك الوقفي الأخذ بعين الاعتبار مراعاة مصلحة الوقف ومنفعة الموقوف عليهم كما أوجبتها عليه الأحكام الشرعية والقوانين والأنظمة وشروط الواقف المعتبرة شرعا [2].

وانطلاقا من هذا الضابط تترتب على الناظر التزامات إيجابية بالتصرف لمصلحة الوقف والموقوف عليهم وجوبا، وتترتب عليه التزامات سلبية بالامتناع عن تصرفات ضارة بالوقف والموقوف عليهم وجوبا، كما يجوز له التصرف لمصلحة الوقف ومنفعة الموقوف عليهم بإبرام العقود نيابة عن الوقف والالتزام بها، ضمن ما يسمى الالتزامات العقدية لمتولي الوقف وهي: إما التزامات بعقود التصرف، والتي تجوز استثناءا بعد الحصول على الإذن، أو التزامات بعقود الإدارة التي ترد على استغلال الموقوف وتنميته، فإذا أخل الناظر بالتزامه القانوني المفروض عليه، يعد مرتكبا خطأ، يترتب عليه مسؤوليته التقصيرية بالتعويض عن الضرر.

---

[1] - يونس محمد، مرجع سابق، ص 260.

[2] - نفس المرجع، ص 145.

غير أن أساس هذه المسؤولية هو محل تساؤل، فبالنظر إلى أنها مسؤولية عن الأعمال الشخصية فهي تقوم على خطأ واجب الإثبات، وبالنظر لخصوصية الأملاك الوقفية وواجب حمايتها من التفريط فيها، تنفيذا لشرط الواقف المعتبر شرعا و الأحكام الشرعية والقانونية، مما يجعل الإخلال بالالتزامات هو في حد ذاته انحراف عن السلوك الذي يوجب المسؤولية التقصيرية عن الضرر الحاصل بالانحراف؟ لذلك لابد من تحديد الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الناظر التقصيرية عن عمله الشخصي، والتي ترتبط بشكل أساسي بصور الإخلال بالالتزام القانوني في التصرف بأموال الوقف كما حددها القانون.

1-صور الإخلال بالالتزام القانوني في التصرف بأموال الوقف

1-1-الخطأ الإيجابي: يتحقق بإخلال الناظر بالتزاماته القانونية السلبية الخاصة بالوقف، وأهم صوره:

أ-**التصرف محاباة:** وذلك بميل الناظر لمن له صلة به، وهم كل من لا تقبل شهادته له أو لمصلحته الخاصة، فإذا فعل كان متعديا ويجب عليه الضمان[1].

ب-التصرف بأموال الوقف تصرفا ناقلا للملكية: فمقتضى تأبيد الوقف، يجعل الناظر ملزما بعدم التصرف بأموال الوقف بأي تصرف ناقل للملكية أو من شأنه ترتيب حق عيني أو شخصي على الملك الوقفي، بما يؤدي إلى تفويت الانتفاع بالملك الوقفي وتعطيله.

وفي هذا الإطار نصت المادة 21 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها على أنه لا يجوز للناظر أن يرهن الملك الوقفي أو جزء منه أو بيع مستغلاته دون الحصول على إذن من السلطة المكلفة بالأوقاف أو الموقوف عليهم، وإن حدث ذلك فإن تصرفه يكون باطلا بقوة القانون، ويتحمل وحده تبعة تصرفه.

ج-التصرف خلافا لمصلحة الملك الوقفي: يتعلق الأمر بالتصرفات القانونية التي تدخل في طائفة الجواز، فتصرفات الناظر في هذه الحالة تدور مع مصلحة الوقف والموقوف عليهم، لأن الولاية على الوقف مقيدة بشرط النظر والغبطة للوقف، ولذلك فإن لجوء الناظر إليها يتوقف على مدى المصلحة التي تتحقق للملك الوقفي.

---

[1] – الكبيسي، أحكام الوقف، ج 2، مرجع سابق، ص 68 – 71. كذلك: الشعيب، النظارة على الوقف، مرجع سابق ، ص 361.

والتصرفات تكون بعقود المعاوضة التي يبرمها الناظر نيابة عن الملك الوقفي مع الغير ويلتزم بتنفيذها تحقيقا لمصلحة الملك الوقفي والموقوف عليهم، و التي تنصب على أعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة، أما الأولى: فترد على أعمال الإدارة المعتادة، باستغلال الموقوف على وفق ما أعد له دون المساس بأصله، ويكون ذلك عن طريق عقد الإيجار بشكل أساسي، و الذي يدخل ضمن حدود سلطة الناظر، ولا يشترط إستحصال إذن، أما الثانية: فهي عقود الإدارة غير المعتادة وهي التي ترد على أعمال الإدارة غير المعتادة باستثمار الموقوف بتغيير أصله أو تعديل غرضه والتي تستلزم الإذن من السلطة الوصية أو القاضي وأهمها: إجارة الوقف لمدة طويلة و الاستبدال، فالأصل عدم جواز إجارة الوقف لمدة طويلة، أو التصرف في أصله بالبيع أو المقايضة، غير أنه استثناءا يجوز ذلك بإذن القاضي مراعاة لمصلحة الوقف والموقوف عليهم.

والاختلاف في إتيان النوعين أن النوع الثاني يكون التثبت من وجود المصلحة بتقدير من القاضي أو السلطة المكلفة قانونا، وذلك عن طريق اشتراط الحصول على الإذن بالنظر لخطورتها، أما النوع الأول فيكفي تقدير الناظر للمصلحة لعدم خطورة تلك التصرفات، ولأنها لا تشكل استثناءا، ولا يشترط الإذن فيها، وإن كانت القوانين تضبطها بضوابط معينة تساهم في ضمان عدم تفويت مصلحة الوقف إذا لجأ إليها الناظر من ذلك إشتراط أن يتم تأجير الأملاك الوقفية العامة عن طريق المزاد العلني.

بشكل عام فإن هذه التصرفات تعتبر إخلالا بالتزام قانوني، إذا أقدم عليها الناظر دون إستحصال الإذن فيما يجب إستحصال الإذن فيه، أو عند عدم ظهور المصلحة فيها عند اشتراط وجود مصلحة ظاهرة للوقف في إتيانها.

1-2-الخطأ السلبي: يكون بإخلال الناظر بالتزاماته القانونية الإيجابية الخاصة نحو الملك الوقفي، و أهم صوره:

أ-**الامتناع عن تسديد ديون الوقف:** من الالتزامات الإيجابية للناظر أن يوفي ديون الوقف المستحقة من الإيرادات المحصلة لديه، سواء كانت أموال إستدانه ا بعد الحصول على إذن من الجهة المختصة لحساب الوقف، وكذلك الضرائب والرسوم وأجور المحاماة، ورواتب أصحاب الجهات والعاملين في إدارة الوقف، وغيرها من مصاريف تتطلبها إدارة الوقف، فإذا لم يقم

بدفعها في حينها فإن هذا يؤدي إلى تراكم الديون، والحجز عل أموال الوقف، بما يترتب عليه الإضرار بحقوق الوقف والموقوف عليهم، ولذلك يضمن الناظر الضرر الحاصل من تقصيره في أدائه للديون.

ب-مخالفة شروط الواقف المعتبرة شرعا أو عدم تنفيذها: قد يشترط الواقف كيفية توزيع الغلة على المستحقين أو الانتفاع بالموقوف أو لمن تكون التولية... الخ فشرط الواقف متى كان صحيحا ومعتبرا شرعا، يجب على الناظر التقيد به وعدم مخالفته، إلا في الحالات التي أجاز فيها الفقهاء المخالفة مراعاة لمصلحة الوقف والموقوف عليهم وبإذن القاضي بماله من ولاية عامة، ولذلك إذا تمت المخالفة في غير هذه الحالات، ضمن الناظر لأنه يعتبر متعديا.

ج-الامتناع عن أداء حقوق المستحقين في الوقف: من واجبات الناظر أداء حقوق المستحقين في الوقف وعدم تأخيرها مطلقا إلا لضرورة كحاجة الوقف إلى العمارة والإصلاح أو للوفاء بدين على الوقف، وإعطاء المستحقين يجب أن يكون بحسب ما فرضه الواقف لهم، ولذلك يضمن الناظر ما يهلك من أموال الوقف إذا طالب المستحقون الناظر بتسليمها وامتنع دون وجه حق أو مسوغ شرعي ولو كان هلاكها من غير تفريط أو إهمال منه.

2-الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية متولي الملك الوقفي التقصيرية عن خطأه الشخصي

تقوم المسؤولية التقصيرية كقاعدة عامة على خطأ واجب الإثبات، ولم ينحرف عنها القانون إلى مسؤولية تقوم على خطأ مفترض إلا في حالات محددة، لذلك فالمسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية تقوم دائما على خطأ واجب الإثبات [1]، وبالنسبة لتصرفات ناظر الملك الوقفي فمنها ما يعتبر من التصرفات الواجبة على الناظر وهي التي يجب عليه تنفيذها ولا يكون مخيرا فيها، لأنها في ذاتها مصلحة للملك الوقفي، وبها يتحقق الغرض والهدف من الولاية، ومنها تصرفات يمنع عليه القيام بها لأنها في ذاتها مضرة بالملك الوقفي، ولذلك في الحالة الأولى يشكل عدم إتيان تلك التصرفات في حد ذاته إضرارا بالملك الوقفي وتفويتا لمنفعته ومصلحته، وفي الحالة الثانية يكون إتيانها في حد ذاته ضررا بالملك الوقفي وتفويتا لمنفعته، وفي الحالتين يعد الناظر مرتكبا لخطأ سواء أكان ايجابيا أو سلبيا تجاه الملك الوقفي بعمله غير المشروع المخالف للقانون.

---

[1] – السنهوري، الوسيط، م 1، ج 2، مرجع سابق، ص 887.

والتزام الناظر في الحالتين يعتبر التزاما ببذل عناية وتحقيق نتيجة، ومسؤوليته في ذلك هي مسؤولية الشخص الحريص المتبصر [1]، أما التصرفات التي تخضع لاجتهاد الناظر وتقديره لمصلحة الوقف والموقوف عليهم فيما لا يحتاج منها لإذن من القاضي أو السلطة المكلفة بالأوقاف، فإنها تعتبر من قبيل الالتزامات ببذل عناية، وبالتالي يطالب الناظر بالاجتهاد قدر المستطاع في تحقيق مقصد الواقف، ولا ضمان عليه إلا إذا تعدى أو قصر [2].

لذلك فإن أساس مسؤولية الناظر التقصيرية هو خطأ ثابت في حق الناظر لا يمكن نفيه، وليس له في سبيل نفي مسؤوليته المدنية إلا أن يثبت السبب الأجنبي لنفي علاقة السببية، لأن عدم تنفيذ الالتزام هو بعينه الخطأ، فيكون من المهم أن يرد نص صريح بهذا، وقيمة ذلك تجنب قدر الإمكان تحميل الملك الوقفي المسؤولية فهو يغنم ولا يغرم، لأنه طرف ضعيف، وأمواله بمنزلة أموال اليتيم أو القاصر التي يجب التعامل معها بمزيد من العناية والحرص، ولا يمكن لمن تقررت الحماية له أن يتحمل مسؤولية خطأ الذي يحميه ويدافع عن مصالحه، وكذلك ضمان عدم انحراف النظار عن السلوك الواجب تخوفا من المسؤولية.

المطلب الثاني: مسؤولية متولي الملك الوقفي المدنية في مواجهة الغير

قد يترتب بمناسبة أداء الناظر لمهامه بصفته نائبا قانونيا على الملك الوقفي، خطأ يؤدي إلى الإضرار بالغير كالموقوف عليهم أو المستأجرين، أو الدائنين ، أو أي شخص من دون الوقف، فتترتب مسؤوليته تجاه الغير، والتي قد تكون مسؤولية عقدية نتيجة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية التي أبرمها نيابة عن الملك الوقفي، أو مسؤولية تقصيرية بإخلاله بالتزامات ه القانونية العامة بعدم الإضرار بالغير.

وعلى الرغم من أهمية ترتيب المسؤولية في الحالتين باعتبار ذلك يشكل حماية فعالة للملك الوقفي حتى لا تستنزف أمواله في التعويض عن أضرار سببها إهمال الناظر وتقصيره، ومع ذلك يطرح التساؤل إذا كان يجوز مسائلة الملك الوقفي في حد ذاته باعتباره شخصا معنويا عن إخلال متوليه بالتزاماته العقدية أو القانونية تجاه الغير؟ من جهة أخرى يثور التساؤل إذا وقع الضرر في حق الغير لا بخطأ الناظر بل بخطأ تابعيه وأعوانه، فما مدى مسؤولية الناظر

---

[1] – اصبيحي، الحماية المدنية للأوقاف العامة، مرجع سابق، ص 75.

[2]– بن عزوز، (المسؤولية المدنية للنظارة)، مرجع سابق، ص 26 – 27.

عن أعمال تابعيه وأعوانه؟ لذلك أتطرق إلى مدى مسؤولية الملك الوقفي تجاه الغير عن إخلال الناظر بالتزاماته العقدية والقانونية (الفرع الأول)، ثم مدى مسؤولية الناظر تجاه الغير عن أعماله وأعمال تابعيه وأعوانه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مدى مسؤولية الملك الوقفي تجاه الغير عن إخلال متوليه بالتزاماته العقدية و القانونية

بمناسبة قيام الناظر في حدود نيابته بالتصرفات القانونية و الأعمال المادية التي تتصرف آثارها مباشرة إلى الملك الوقفي، فقد يرتكب خطأ عقديا أو تقصيريا، مما يدعو للتساؤل إذا كان يجوز للمضرور من سلوك الناظر المسبب للضرر أن يساءل الملك الوقفي على أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه وفقا للقواعد العامة؟ وللإجابة على هذا التساؤل لا بد من البحث عن مدى انطباق شروط مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه (أولا)، والأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية وفقا للقواعد العامة على الملك الوقفي بوصفه متبوعا والناظر بوصفه تابعا (ثانيا).

أولا: مدى انطباق شروط مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه على الملك الوقفي

تستمد الشروط العامة لمسؤولية المتبوع عن فعل تابعه من نص المادة 136 من القانون المدني الذي ينص على: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها. وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع.".

1-بالنسبة لعلاقة التبعية

في السابق كانت علاقة التبعية تتحدد في السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه التي تثبت للمتبوع ولو لم يكن حرا في اختيار تابعه، وذلك في الحالات التي يكون مصدر سلطته غير عقدي، وبهذا المعنى لا يمكن القول بوجود علاقة تبعية بين الملك الوقفي والناظر، لأن هذا الأخير لا يتلقى تعليماته من الملك الوقفي ولا يخضع لتوجيهاته، وليس للملك الوقفي أية سلطة على الناظر، أما الرقابة التي يمارسها المستحقون على الملك الوقفي بطلب محاسبته وإلزامه بتقديم كشف حساب عن الريع، فهي لا تقوم على أساس نيابتهم على الملك الوقفي بل هي مستمدة من حقهم المستقر والمستمر في منافع الملك الوقفي، وإلزام الناظر بدفع حقوقهم أو التعويض عنها، أما رقابة القاضي على الناظر فهي رقابة لاحقة على أعماله يمارسها بمناسبة الدعاوى التي ترفع ضد الناظر إلى القضاء، وليس للقضاء سلطة المحاسبة المسبقة.

لذلك لما كانت الولاية العامة على الملك الوقفي التي تثبت للسلطة المكلفة بالأوقاف ممثلة بوزارة الشؤون الدينية والأوقاف على المستوى المركزي ومديرية الأوقاف على المستوى المحلي تنحصر في حدود الإحاطة والرعاية، فإن الرقابة التي تمارسها في إطار الرعاية هي رقابة عامة، دون التوجيه والإدارة الفعلية، ولذلك يتحدد هدفها في حماية الملك الوقفي من الناظر باعتباره المسير المباشر للملك الوقفي، للتحقق من عدم انحرافه عن حدود توليته المحددة قانونا، وبالتالي محاسبته عند حدوث انحرافه، أو عدم قيامه بالالتزامات المنوطة به، ولذلك فهي رقابة متابعة لاحقة، كما أن هذه الرقابة مطلقة من حيث أنها لا تنحصر في عمل معين من أعمال الناظر.

مما سبق فإن علاقة الرقابة والتوجيه أو السلطة الفعلية تنحسر وتتراخى بين الملك الوقفي بمتوليه العام ممثلا في وزارة الأوقاف ومتوليه الخاص ممثلا في الناظر، فوزارة الشؤون الدينية والأوقاف كجهة وصية على الملك الوقفي، وإدارتها المركزية والمحلية تضطلع بمهام الرقابة فقط على الأداء الوظيفي والمالي لمؤسسة الوقف، وذلك من خلال متابعة مدى التزام الموظفين في القيام بالمسؤوليات المنوطة بهم، واتخاذ الإجراءات اللازمة إزاء ذلك[1].

ووفقا للنص الجديد للمادة 136 من القانون المدني فإنه يشترط أن يكون التابع يعمل لحساب المتبوع، أي لا يكفي أن تكون هناك سلطة فعلية منصبة على الرقابة والتوجيه بما يسمح للمتبوع أن يصدر لتابعه من الأوامر ما يوجهه به في عمله ولو توجيها عاما، بل لا بد ألا تكون مطلقة أي أن تكون في عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع، والناظر بوصفه نائبا قانونيا فهو يعمل لحساب الملك الوقفي، غير أنه يباشر الصلاحيات المخولة له قانونا تحت مراقبة ومتابعة وكيل الأوقاف على المستوى المحلي وفقا لنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 98 – 381 المحدد لشروط إدارة وتسيير الأملاك الوقفية وحمايتها، وبالتالي من حيث أنه يعمل لحساب الملك الوقفي فإن علاقة التبعية متوافرة.

2-خطأ التابع

لا يكفي قيام علاقة التبعية لتحقق مسؤولية المتبوع، بل لابد إضافة إلى ذلك أن يرتكب التابع خطأ يسبب الضرر بالغير، وهكذا فتصور مسؤولية الملك الوقفي بوصفه متبوعا تكون

[1] – بن عزوز، (ولاية الدولة لشؤون الوقف)، مرجع سابق، ص 11 – 12.

تبعا لمسؤولية الناظر بوصفه تابعا بتوافر أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية، فعلى الغير المضرور أن يثبت خطأ الناظر الذي سبب له الضرر، حيث يتمثل خطأ الناظر في إخلاله بالتزامه القانوني المتمثل في مخالفة شرط الواقف أو الأحكام الشرعية والقانونية، أو انحرافه عن السلوك المعتاد بالتعدي، أو التعمد، كإهماله في صيانة الموقوف بما سبب ضررا للجوار، أو قيامه بصرف فاضل الغلة في عمارة الموقوف عمارة غير ضرورية وحرم المستحقين منها.

3-صدور خطأ التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها وفقا للنص القديم أو بمناسبتها وفقا للجديد

يفترض أن خطأ الناظر يتحقق وهو يؤدي مهامه المنوطة به في الولاية على الملك الوقفي، وكذلك في الحالات التي تكون الوظيفة وهي النظارة على الملك الوقفي سببا في تفكير الناظر في ارتكاب الخطأ تحت غطائها، و مباشرة الخطأ، أي وجود علاقة سببية بين الخطأ والوظيفة ولو لم يحدث الخطأ أثناء تأدية الوظيفة، ووفقا للنص الجديد أضيفت حالة أن يكون الخطأ بمناسبة الوظيفة، أي أن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ، أو ساعدت عليه، أو هيأت الفرصة لارتكابه ولكنها لم تكن ضرورية لإمكان وقوع الخطأ أو لتفكير التابع فيه، وهو ما يعتبر من قبيل التوسع الذي لا يستقيم واستثناء مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه[1].

و بالنسبة لحالة الملك الوقفي على وجه الخصوص فإن تحميله المسؤولية على النحو السابق يحمله فوق طاقته، ويفتح المجال للناظر أن يستغل وظيفته، على الرغم من أن الملك الوقفي كشخص معنوي لا يوجه وليس له سلطة فعلية على الناظر، و في هذا الإطار أتفق مع من يرى أنه لا يتصور أن يكون المناب مسؤولا عن تصرفات النائب وخاصة إذا كانت هذه النيابة القانونية فرضها القانون حماية للأصيل، فلا ينبغي أن يتحمل من يراد حمايته نتيجة أخطاء من يفترض فيه الدفاع و حماية مصالحه[2].

ثانيا: مدى انطباق مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه على الملك الوقفي من حيث الأساس

تعددت واختلفت آراء الفقهاء حول الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، فإما تقوم على أساس خطا مفترض في جانب المتبوع، أو على أساس تحمل التبعة، أو على أساس المسؤولية عن الغير، وهذا الأساس الأخير هو المرجح، ذلك أن مسؤولية المتبوع

---

[1] – السنهوري، الوسيط، م 1، ج 2، مرجع سابق، ص 1170.

[2]– الفزيع، مرجع سابق، ص 114.

عن التابع ليست مسؤولية ذاتية أساسها الخطأ المفترض في جانب المتبوع، أو تبعة يجب عليها تحملها، بل هي مسؤولية عن الغير، بحيث يكون المتبوع مسؤولا عن تابعه بدون خطأ في جانبه، ولكنه يتحمل جريرة تابعه لا تبعة نشاطه، وأساس ذلك إما الضمان أو النيابة أو الحلول[1] على النحو الآتي:

أ- **على أساس الضمان:** بناءا على هذا الأساس يوصف المتبوع بأنه كفيل متضامن مع التابع فيما يصيب الغير من ضرر بخطأه، بحيث يكون مصدر هذه الكفالة القانون، و يجوز للمضرور أن يرجع على المتبوع قبل أن يرجع على التابع، غير أنه بموجب نص المادة 137 من القانون المدني المعدل والمتمم جاء النص على أنه ليس للمتبوع حق الرجوع على تابعه إلا في حالة ارتكابه خطأ جسيما، مما يجعل التزام المتبوع التزاما بتحقيق نتيجة، لا يستطيع التخلص من مسؤوليته التي تقوم على الضرر لا الخطأ.

وإذا كان الاعتبار الذي تقوم عليه فكرة الضمان هو التضامن الاجتماعي للتيسير على المضرور في حصوله على التعويض، فإنه من هذا الوجه لا تصلح نظرية الضمان كمبرر لفكرة مسؤولية الملك الوقفي كمتبوع عن فعل الناظر كتابع، لأن الملك الوقفي بوصفه صدقة جارية وبالنظر لدافع الخيرية فيه هو أولى من المضرور في حماية مصالحه، لأنه ينظر إليه باعتباره طرف ضعيف، وهدفه في الأساس التضامن الاجتماعي [2]، فإذا كان يحتمل أن المضرور يصيبه بعض العسر في الحصول على التعويض ولكنه يحصل عليه في النهاية، فعلى خلاف ذلك، فإن التيسير عليه ابتداءا فيه التعسير على الملك الوقفي واستنزاف وضياع أمواله، فالمضرور في جميع الأحوال غرمه محقق، أما الملك الوقفي ففي الوضع الأول غرمه محقق وفي الوضع الثاني غنمه محقق، ولاشك أن التعامل مع الملك الوقفي يكون دائما وفقا لمعيار تحقيق المصلحة ودرء المفسدة.

ب-على أساس الحلول: يقصد به حلول التابع محل المتبوع، فيصبح الشخصان شخصا واحدا، هو شخص المتبوع، بحيث إذا صدر الخطأ من التابع في حدود وظيفته فيكون كأنما صدر من المتبوع بوصف التابع أداة من أدواته في ممارسة نشاطه.

---

[1] – السنهوري، م 1، ج 2، مرجع سابق، ص 1184 – 1185.

[2] – يونس محمد، مرجع سابق، ص 275.

يؤخذ على هذه النظرية بالنسبة لصلاحية تطبيقها على الملك الوقفي كشخص معنوي متبوع، أنها تقوم على الافتراضات الخيالية القائمة على أن المسؤوليتين تندمجان بمسؤولية واحدة، وبذلك تبتعد عن القاعدة التي تقضي بأن الخطأ يجب أن يكون شخصيا، كما أن مسؤولية الناظر كشخص طبيعي تختلف عن مسؤولية الملك الوقفي كشخص معنوي مستقل عن ناظره، فطبيعة كل من الشخصيتين مختلفة، وإذا صح الاندماج فلماذا يسمح برجوع الملك الوقفي على الناظر[1].

ج-على أساس النيابة القانونية: التابع كشخص طبيعي ممثل قانوني للمتبوع كشخص معنوي، فكما يلزم النائب الأصيل بما يقوم به من التصرفات القانونية في حدود نيابته، كذلك يلزم التابع المتبوع بما يقوم به من أعمال مادية- أي ما يرتكبه من خطأ- في حدود تبعيته، فما يصدر عن ناظر الملك الوقفي وهو شخص طبيعي يكون بوصفه ممثل أو نائب قانوني يعمل باسم ولحساب الملك الوقفي، وتترتب آثار تصرفاته القانونية من حقوق والتزامات على الملك الوقفي مادامت في حدود نيابته القانونية، وكذلك آثار أعماله المادية بما فيها ما يرتكبه من خطأ في حفظ أموال الوقف وإدارته ما دامت في حدود أمانته القانونية، بوصف يده عليها يد أمانة، ولهذا فمسؤولية الملك الوقفي لا تقوم على خطأه الشخصي بل تقوم على خطأ الشخص الطبيعي الذي يمثله أي مسؤولية عن فعل الغير[2].

وإذا كانت نظرية النيابة القانونية تبدو الأكثر قبولا لتبرير مسؤولية الملك الوقفي عن فعل الناظر، إلا أن ذلك لا يكون على أساس فكرة التبعية لعدم إمكان تحقق علاقة التبعية بين الملك الوقفي والناظر عليه، من جهة أخرى فإنه لما كانت التصرفات تتم باسم الأصيل ولحسابه، فإن آثار النيابة القانونية سواء كانت حقوق أو التزامات تنصرف مباشرة إلى الأصيل، مما يجعل رجوع المتضرر على الملك الوقفي دون الناظر، في حين يحق للمتضرر الرجوع على أي منهما أو كليهما معا، ومن جهة أخرى فقد تبين مما سبق أن المشرع يقيم التبعية على أساس فكرة الضمان، ولذلك فإنه خلافا للأشخاص المعنوية الأخرى التي يصح تطبيق التبعية عليها، فإنه في حالة الملك الوقفي كشخص معنوي خاص لا يمكن ذلك، لعدم توافقها لا في الشروط ولا في

---

[1] - يونس محمد، مرجع سابق، ص 276.

[2]- نفس المرجع، ص 276 - 277.

الأساس، كما أن في تطبيقها فتح المجال لاستنزاف أموال الوقف وتهاون النظار في قيامهم بمهامهم.

الفرع الثاني: مدى مسؤولية متولي الملك الوقفي تجاه الغير عن أعماله وأعمال تابعيه وأعوانه

إن مسؤولية المتولي هي دائما مسؤولية شخصية، يتحملها عن خطأه الشخصي، غير أنه يطرح التساؤل حول مدى إمكانية أن يمتد حق الغير في التعويض إلى مسؤوليته عن أعمال تابعيه وأعوانه؟ لذلك أتطرق إلى مسؤولية متولي الملك الوقفي عن أعماله اتجاه الغير (أولا)، ثم مسؤولية متولي الملك الوقفي عن أعمال تابعيه وأعوانه و أعوان وتابعي الملك الوقفي تجاه الغير (ثانيا).

أولا: مسؤولية متولي الملك الوقفي عن أعماله تجاه الغير

إن الناظر بتجاوزه حدود توليته يصبح أجنبيا عن الملك الوقفي، فتحمل نتائج النيابة يكون في حدود الالتزام بما تسمح به هذه النيابة، وأي تجاوز لما تسمح به لا يلحق آثاره للأصيل بل تنسب للنائب وحده، لذلك يقع على عاتق من يتعامل مع الملك الوقفي التزام بالتثبت من مدى حدود تولية الناظر –قياسا على من يتعامل مع ناقص الأهلية أو عديمها– قبل إبرام أي تصرف قانوني، فلا يمكن للمتضرر أن يدعي حسن النية وعدم علمه بأن الناظر متجاوز حدود نيابته المقررة قانونا، ولذلك فإن من المقرر فقها وقانونا أن التصرف الذي يأتيه الناظر دون إذن القاضي– وقياسا على ذلك ما يستوجب إذن السلطة الوصية_ فيما يجب إستحصال الإذن فيه قبل مباشرته، فإن الناظر يتحمل وحده تبعة تصرفه، أما في التزامه ببذل عناية في كل ما يراعى فيه مصلحة الوقف والموقوف عليه بتقدير شخصي منه دون حاجة لإذن من القاضي أو السلطة المكلفة بالأوقاف ففي هذا الإطار فقط قد تنتفي مسؤولية الناظر الشخصية إذا لم يحدث منه تعدي أو إهمال أو تقصير.

إن القول بغير ذلك يعني تحميل الناظر فوق طاقته، ويصبح محملا بعبئ تعود منافعه إلى الواقف بالدرجة الأولى والموقوف عليهم، أما هو فلا يستفيد لعله إلا من أجر مقابل إلزامه بتحقيق فكرة استدامة الوقف لمصلحة الغير، بمحاولة تحميله في جميع الأحوال ضمان التعويض حتى لا تستنزف أموال الوقف مقابل السماح باستنزاف أمواله ولو بغير ذنب منه فلا ضرر ولا ضرار.

وإذا كان يجوز الاتفاق وفقا للقواعد العامة على تشديد أحكام المسؤولية التقصيرية بعدم إعفاء الناظر من التعويض عن حالة القوة القاهرة، فأرى أن الأولى أن يرد النص الصريح على تحمل الدولة التعويض عن الضرر الناتج في حالة القوة القاهرة، أما في المسؤولية العقدية يكون من المهم تحقيقا لمصلحة الملك الوقفي أن يتفق الناظر فيما يبرمه من عقود على إعفاء الملك الوقفي من المسؤولية العقدية.

ثانيا: مسؤولية متولي الملك الوقفي عن أعمال تابعيه وأعوانه وتابعي و أعوان الملك الوقفي تجاه الغير

1-مسؤولية متولي الملك الوقفي عن أعمال تابعيه وأعوانه

لاشك أن للناظر على الملك الوقفي الحق في أن يوكل غيره في التصرفات التي يملكها كلها أو بعضها، باعتبار الوكالة إنابة الشخص غيره فيما له حق التصرف فيه، وهي جائزة شرعا و قانونا، والمتفق عليه فقها أنه يجوز للناظر توكيل غيره بكل أو بعض ما يملكه من التصرفات، إلا أن هذا الحق مقيد بألا يكون الناظر المشروط له الولاية قد منع من التوكيل بأن اشترط الواقف أن يباشر الولاية بنفسه [1]، وفي غياب نص قانوني صريح ينظم أحكام توكيل الناظر غيره، فإن هذه الوكالة تخضع للأحكام المقررة في القانون المدني بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، ومن باب الاحتياط يكون من الضروري أن ينص المشرع صراحة على جواز توكيل الناظر غيره على أن يتم ذلك بموافقة السلطة المكلفة بالأوقاف في الوقف العام أو الخاص بالنسبة للناظر المعين، حتى تكون الوكالة نيابية، بما يسمح بقيام الوكيل بأعمال التولية باسم الناظر ولحساب الملك الوقفي وفي الحدود المرسومة قانونا.

وطبقا للقواعد العامة فإن الأحكام الخاصة بالنيابة هي التي تطبق في علاقة الموكل والوكيل بالغير، حيث يقوم التصرف الذي يبرمه النائب على إرادة النائب وحدها دون إرادة الأصيل، غير أن أثر التصرف القانوني ينصرف إلى الأصيل، لذلك فإن الغير الذي تعاقد مع الوكيل لا يحق له مطالبته بالالتزامات الناشئة عن هذا التعاقد بل مطالبة الموكل.

والوكيل ملزم وفقا للقواعد العامة بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز الحدود المرسومة، وهو مطالب في تنفيذها ببذل عناية الرجل العادي سواء كانت الوكالة بأجر أو بدون أجر، ولذلك يكون عليه دائما أن يوفي الموكل بالمعلومات الضرورية عن تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا

[1] – الكبيسي، أحكام الوقف، ج 2، مرجع سابق، ص 153.

عنها ويكون ذلك بالمستندات الثبوتية، وذلك للسماح للموكل بالتأكد من سلامة تصرفات وكيله، وفي جميع الأحوال يكون مسؤولا في تنفيذ الوكالة عن خطأه الجسيم وغشه طبقا للمادة 172 من التقنين المدني الجزائري ما دام التزامه ببذل عناية، وهكذا فإن الموكل يستطيع الرجوع على الوكيل بالتعويض عن الضرر الذي يحدث بسبب خطأه في تنفيذ الوكالة، وبالمقابل يكون الموكل مسؤولا شخصيا عن الضرر الذي يصيب الوكيل بمناسبة تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا.

أما مسؤولية الموكل نحو الغير فتكون في حدود قواعد الوكالة ذاتها، ما دام التصرف الذي يبرمه الوكيل باسم الموكل ولحسابه، وما دام المتعاقد معه يعلم بالوكالة، وما دام شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضا أو العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها، ولذلك فإن مسؤولية الموكل نحو الغير عن خطأ الوكيل تكون في هذا الإطار.

كذلك فإن المتولي يكون مسؤولا عن نائبه، لأنه هو الذي اختاره، وأن عليه واجب الرقابة والتوجيه، فإن أخطأ هذا النائب أثناء أدائه أعمال التولية بالنيابة، فإن الناظر يكون مسؤولا عن خطأ نائبه استنادا لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه بسبب سوء اختياره له، أو إهماله في رقابته أو توجيهه، أو بسبب توجيهاته الغير صحيحة، وأساس هذه المسؤولية هو خطأ الناظر المفترض تبعا لخطأ النائب الثابت[1].

تجدر الإشارة في هذا الإطار إلى حديث الفقهاء بمناسبة الحديث عن التوكيل إلى التفويض بوصف هذا الأخير إسناد الناظر ولاية الملك الوقفي إلى غيره وتفريغ نفسه منها، أي أن يجعل المفوض له النظارة حق التصرف فيما كان يتصرف فيه الناظر على وجه الولاية، لا على وجه الإنابة عمن فوضه [2]، فحق المتولي في التفويض يختلف عن حقه في التوكيل، فالأول تنازل نهائي مما يجعل المتولي المفوض أجنبيا على الملك الوقفي، أما التوكيل فلا يجعله كذلك مادام يجوز له مباشرة النظارة وعزل وكيله في أي وقت شاء والتصرف مع وجود الوكيل، أما المفوض فلا يحق له ذلك إلا إذا اشترط له الواقف حق التفويض والعزل[3].

---

[1] – يونس محمد، مرجع سابق، ص 282.

[2] – أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 349.

[3] – يونس محمد، مرجع سابق، ص 175 – 176.

لذلك في الحالات التي يجوز فيها التفويض فإن استخلاف المتولي من ليس بأمين أو كفأ على الملك الوقف يجعل الناظر يضمن ما يحدثه المتولي الخائن من أمور موجبة للضمان [1]، حيث لا تؤسس المسؤولية على أساس مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه لأن شروطها غير متحققة، بل على أساس مسؤولية شخصية بسبب سوء اختياره لمن يقع عليه واجب اختياره والذي يشترط أن يكون كفأ أمينا.

2-مسؤولية متولي الملك الوقفي عن أعمال تابعي الملك الوقفي وأعوانه

إن المسؤولية المدنية للشخص المعنوي تقع على مال الشخص المعنوي بالتالي لا مانع من مسائلته مدنيا، فيجوز لذلك مسائلة الشخص المعنوي عن الأخطاء التي يرتكبها ممثلوه عند القيام بإدارة شؤونه، حيث تقوم هذه المسؤولية في الغالب على أساس مسؤولية المتبوع عن التابع التي أساسها فعل الغير، و لذلك فإن الملك الوقفي كشخص معنوي تقوم مسؤوليته المدنية عن أعمال تابعيه من الموظفين والعمال وأعوانه الذين عهد إليهم بتنفيذ التزاماته التعاقدية [2]، غير أن علاقة التبعية سواء بين الملك الوقفي والمتولي أو بين الملك الوقفي ومعاونيه ليست قائمة كما سبق توضيحه.

لذلك فالصحيح هو أن تتحمل إدارة الأوقاف المسؤولية، لأن وزارة الأوقاف اليوم تتولى النظارة على الأوقاف وإدارتها وتسييرها وتنميتها، وتعين لديها الموظفين لإدارة شؤون الوقف من مختلف جوانبه، بحيث يتم توكيل وتفويض أعمال الوقف وإدارته إلى الموظفين الذين يقوم كل منهم بعمله تحت إشراف الوزارة ورقابتها وتوجيهها، وفي حدود الاختصاص المنوط به، والقانون والأنظمة تحدد الاختصاصات والصلاحيات المنوطة بالموظفين ولذلك فإن علاقة التبعية متوافرة بين هؤلاء والوزارة كشخص اعتباري يضطلع بمهام النظارة العامة على المرفق الوقفي، ولذلك فلا علاقة بين الناظر المسير المباشر وهؤلاء الموظفين الذين يخضعون مباشرة لرقابة وتوجيه الوزارة وتوزيع المهام والنظام السائد، وهكذا تتحمل الوزارة المسؤولية عن أخطاء هؤلاء نتيجة الإضرار بالغير أو بالملك الوقفي في حد ذاته، على أساس مسؤولية المتبوع عن عمل التابع، سواء مسؤولية تقصيرية بالإخلال بالتزام قانوني عام بعدم الإضرار بالغير، أو الإخلال

---

[1] – الجواهري، مرجع سابق، ص 297 – 298.

[2] – السنهوري، الوسيط، م 1، ج 2، مرجع سابق ، هامش 01، ص 914.

بالتزام عقدي فيما يقوم به هؤلاء من عقود لمصلحة الملك الوقفي، كحالة وكيل الأوقاف الذي قد يخل بالتزامه التعاقدي بمناسبة إبرام عقود الإيجار.

هذا و أن العمال والتابعين في الحقيقة هم تابعون لإدارة الوقف أكثر مما هم تابعون للملك الوقفي في حد ذاته، وبالتالي فإن علاقة التبعية تكون غير متوافرة مع الملك الوقفي بل مع إدارة الوقف ولذلك فهي من يتحمل المسؤولية، فهؤلاء يستمدون صلاحياتهم تجاه الملك الوقفي من صلاحيات وزارة الأوقاف والشؤون الدينية.

وبالنسبة للملك الوقفي الخاص فالناظر هو الذي يتحمل المسؤولية في حالة خطأه، أما إذا حدث ضرر للملك الوقفي أو الغير دون خطأ من الناظر، وذلك في الحالات التي ينفذ فيها التزاماته القانونية ويحصل ضرر للملك الوقف أو لغيره، فإن مسؤولية الناظر تنتفي وتقوم مسؤولية الملك الوقفي الشخصية المباشرة، ذلك أن مسؤولية الشخص المعنوي لا تقوم دائما على فكرة التبعية، فقد تقوم دون وجودها في الحالات التي يحدث الخطأ الموجب للمسؤولية في شكل قرار صادر من إحدى هيئات الشخص المعنوي فينسب الخطأ مباشرة إلى الشخص المعنوي ذاته.

أخلص إلى أن ناظر الملك الوقفي مسؤول شخصيا عن خطأه المباشر الثابت تجاه الغير، والذي لا يمكن نفيه إلا بالسبب الأجنبي، حيث يمكن أن تتحمل الدولة التعويض في مثل هذه الحالات، وإذا كان يجوز مسائلة الملك الوقفي في بعض الأحيان عن أعمال تابعيه وموظفيه فيجب إعفاءه بنص صريح عن هذه المسؤولية لأن علاقة التبعية ليست متحققة فعليا خاصة في الوقف العام الذي تديره وزارة الأوقاف ويخضع التابعين لها لتعليماتها لا لتعليمات الملك الوقفي، وهكذا خلافا للأشخاص المعنوية الأخرى التي تتحمل أخطاء ممثليها، ففي حالة الملك الوقفي تترتب المسؤولية مباشرة على المتولي، وذلك بغرض حماية أموال الوقف وعدم استنزافها واستبقائها على الدوام دارة للمنافع مؤدية لغرض التضامن والتكافل الاجتماعي المنوط بها والذي قصده الواقف عند وقفه، فينظر إلى الملك الوقفي دائما على أنه طرف ضعيف وأمواله بمنزلة أموال اليتيم أو القاصر الذي يجب مضاعفة العناية والحرص في القيام بأعبائها.

المبحث الثاني: الحماية المدنية للأملاك الوقفية في مواجهة التعدي على أصلها

بالنظر لما أثبتته الحوادث من اعتداءات مست بوجود الأملاك الوقفية، يمكن حصر أهم أشكال الاعتداء المحتملة على أصل الملك الوقفي في صورتين، قد تصدر من الواقف أو الموقوف عليهم بمناسبة استغلاله أو من متولي الملك الوقفي بمناسبة إدارته، أو من الغير، بحيث قد تكون في شكل اعتداء مادي على أصل الملك الوقفي مما قد يؤدي إلى المساس بوجوده (المطلب الأول)، كما يمكن أن يكون الاعتداء في شكل التصرف القانوني الوارد على أصل الملك الوقفي بالاستبدال (المطلب الثاني)، لذلك أتطرق فيما يلي لحماية أصل الملك الوقفي في مواجهة صور التعدي المحتملة.

المطلب الأول: حماية الملك الوقفي في مواجهة الاعتداء المادي على أصله

إن أهم الصور المحتملة للاعتداء المادي على أصل الملك الوقفي هي اللجوء إلى التغيير في أصل الملك الوقفي (الفرع الأول)، أو إدعاء تملك الملك الوقفي على أساس الحيازة الطويلة المدة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حماية الملك الوقفي في مواجهة التغيير في أصله

تعتبر ضرورة المحافظة على أصل الملك الوقفي كما أوجده واقفه من مقتضيات تأبيد الوقف ولزومه، غير أن أصل الملك الوقفي قد يتعرض للتغيير فيه بتدخل من الواقف أو الموقوف عليهم أو متوليه أو الغير، وذلك بالزيادة أو الإنقاص بسبب عمليات البناء أو الغراس أو الهدم أو الإتلاف، وهو ما يشكل تعديلا أو مساسا بأصل الملك الوقفي من شأنه التأثير على الغرض الذي أنشأ الوقف لأجله، حيث رتب المشرع الجزائري على التغيير في أصل الملك الوقفي حكما أصليا يتمثل في بطلان التغييرات و تملكها للملك الوقفي (أولا)، وبالتبعية فإن الحالات و المشاكل بين الملك الوقفي و الغير الناتجة عن التغيير يتم تسويتها وديا (ثانيا).

أولا: تملك الملك الوقفي للتغييرات الواردة على أصله

سبق التطرق إلى أن عدم ظهور المصلحة في ما يرد على الملك الوقفي، يعتبر من قبيل التعدي الذي يوجب الضمان، و جمهور الفقهاء فيما يتعلق بالتغيير في أصل الملك الوقفي على جوازه إعمالا للمصلحة، فإذا انتفت المصلحة التزم من قام بالتغيير بإزالته أو ضمان ما

قام به، فالأصل أن يلزم الناظر باستغلال الأرض الزراعية بالزراعة ولكن يجوز أن تحول الأرض الموقوفة للزراعة القريبة من العمران إلى مبان لاستغلالها بإيجارها، وحق الناظر في ذلك ثابت له حتى مع عدم اشتراطه من الواقف لما فيه من مصلحة أعظم وريع أكثر للمستحقين وتحقيقا لمصلحة الوقف بشكل عام[1].

كما يجوز له تغيير معالم الملك الوقفي، بتحويل الدار إلى عمارة سكنية أو محلات تجارية ما دام فيه منفعة للوقف والموقوف عليهم وتحقيق غرض الواقف في زيادة الخيرية واستمرارها، ومن ذلك أيضا تحويل المسجد القديم إلى سوق على شرط ألا يكون الواقف قد منعه من ذلك، فلابد من الحصول على الإذن بمناسبة هذا التغيير، فإذا غير معالم الملك الوقفي بعمارته من غلته دون شرط الواقف أو موافقة المستحقين أو السلطة المكلفة بالأوقاف ولم يكن فيه منفعة للوقف، فإنه يضمن ما أنفقه في هذا التغيير غير السائغ له[2].

وقد نص المشرع الجزائري على بطلان كل تغيير يرد على أصل الملك الوقفي، و أعطى التغييرات الحكم العام للالتصاق بوصف هذا الأخير واقعة مادية يترتب عليها إتحاد شيء مملوك لشخص بشيء مملوك لشخص آخر بصفة تبعية، وبالنظر إلى عدم إمكان الفصل بين الشيئين المتحدين دون حدوث تلف، فإن ملكية الشيء الفرعي تكون لمالك الشيء الذي التصق به، على أن يعوض مالك الأصل مالك الفرع، وذلك بموجب الفقرة الأولى من نص المادة 25 من قانون الأوقاف 91 – 10 التي جاء فيها: "كل تغيير يحدث بناء كان أو غرسا، يلحق بالعين الموقوفة ويبقى الوقف قائما شرعا مهما كان نوع ذلك التغيير." وفي ذات الإطار نصت المادة 26 مكرر 4 من قانون الأوقاف 91 – 10 على جواز تغيير وجهة الملك الوقفي إلى ما

---

[1] – بعض الفقهاء المالكية يرون عدم جواز تغيير بنيان الوقف باعتبار ذلك ذريعة لتغيير الوقف، بينما البعض الآخر يرون وجوب التغيير فيما كان بقائه ضرر، فإذا كان يجوز بيع الموقوف للضرر، فإن تغيير حاله إلى حالة أخرى مع بقائه وقفا أولى، وفي المقابل يمنع التغيير الذي في بقائه منفعة، أما ما لم يكن فيه منفعة في الحال مع رجائها في المآل فيجوز تغييره نظرا لقصد الواقف وهو الانتفاع، فإذا عدم الانتفاع به غير إلى حالة أخرى تحقق النفع. الونشريسي، المعيار المعرب، ج 7، مرجع سابق، ص 222. و أجاز الفقهاء الحنفية والحنابلة تغيير الوقف بالبناء عليه للمصلحة، فإذا انتفت المصلحة وجب إعادته إلى ما كان عليه. الطرابلسي، الإسعاف، مرجع سابق، ص 58. كذلك: المرداوي، الإنصاف، ج 7، مرجع سابق، ص 111. بينما لا يجوز عند الفقهاء الشافعية أن يحدث الناظر في الوقف ما يغيره عن صفته، فإن فعل ألزمه السلطان بإزالة ما أحدث و إعادته لما كان عليه، إلا أن يكون الواقف قد أجاز له ذلك. النووي، روضة الطالبين، ج 4، مرجع سابق، ص 422.

[2] – يونس محمد، مرجع سابق، ص 169.

هو أصلح له وللمستحين ما لم يمنع ذلك شرط من شروط الواقف، وفي حالة وجود مانع يلجأ إلى القضاء الذي يصدر حكمه مراعيا مصلحة الوقف و الموقوف عليهم، وكذلك الأمر على المستوى القضائي، فالثابت هو أن كل ما يحدث من بناء أو غرس في الأرض المحبسة يعتبر مكتسبا للشيء المحبس و لا يجوز تملكه ملكية خاصة، واعتبار التغيير من قبيل التصرف الذي يمس بمقتضيات عقد الحبس[1].

مع ذلك فقد يحدث التغيير نتيجة التزام بالقيام به، وذلك كما في حالة من تقرر لمصلحته حق عيني أصلي على الملك الوقفي كالمحتكر مثلا، فلا شك أن مضمون التزام هذا الأخير هو القيام بالبناء أو الغراس على أرض الوقف، فإذا كان يجوز له الانتفاع بما أنشأه طول مدة العقد، وله أن يورثه لورثته، إلا أنه في النهاية تؤول المنشآت لمصلحة الملك الوقفي.

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للتغيير الذي يكون فيه زيادة في أصل الملك الوقفي، فإن التغيير قد يؤدي إلى الإنقاص من أصل الملك الوقفي بالهدم أو الإتلاف، أو بالقسمة، ففي مثل هذه الحالة نكون أمام هلاك محل التصرف القانوني، مما يعني إنهاؤه، ولكن بالنسبة لطابع تأبيد الملك الوقفي ومقتضى لزومه، فإن متلف أصل الملك الوقفي يكون ضامنا لما أتلفه، وعليه التعويض، بحيث يحل مبلغ التعويض محل الشيء المتلف ويشترى به مثله و يجعل

---

[1] – جاء في قرار المحكمة العليا: "حيث أن القاعدة أن كل ما يحدث من بناء أو غرس في الحبس يعتبر مكتسبا للشيء المحبس ولا يجوز تمليكه ملكية خاصة. ومتى تبين –من قضية الحال– أن قضاة المجلس لما قرروا أن البناء فوق القطعة الأرضية المحبسة لا يعد تصرفا يمس بمقتضيات عقد الحبس فإن تعليلهم جاء ناقصا ويتناقض مع عقد الحبس ومع إرادة المحبس، مما يجعل القرار المطعون فيه غير معلل وليس له أي أساس قانوني. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.". قرار رقم 183643، مؤرخ في 25 – 11 – 1998، المجلة القضائية 1999، عدد 01، ص 89. جاء في قرار للمحكمة العليا: "لا يمكن أن يكون للبناءات المشيدة لاحقا على أرض محبسة طابع مخالف لطبيعة الأرض المحبسة...و أن المسألة المطروحة في النزاع الحالي والتي كان يجب على قضاة الموضوع أن يجيبوا عليها تتعلق بصفة التقاضي لدى المدعي في الطعن برفع دعوى الطرد من السكن المتنازع عليه. فإنه بالفعل، فإن أرضية المسكن المتنازع عليه ملك محبس، والبناءات المشيدة لاحقا على تأسيس الحبس على هذه القطعة الأرضية لا يمكن أن يكون لها طابع مخالف لطابع الأرضية فهي بالتالي حبس.وبهذا فإن المدعي في الطعن ليست له الصفة للأمر بطرد المدعى عليه في الطعن من المسكن المشيد على قطعة أرض للحبس، وأن المستفيدين من الحبس لهما حق الانتفاع ومادام أن العقار المتنازع عليه ليس بملك المدعي في الطعن فإن الأمر بطرد المدعى عليه في الطعن يحرم هذا الأخير من الانتفاع من القطعة الأرضية التي أقيم عليها البناء، في حين أن حقه في الانتفاع مستخلص من عقد الحبس.". قرار رقم 290875 مؤرخ في 18 – 05 – 2005، مجلة المحكمة العليا، 2005، عدد 02، ص 331.

وقفا[1]، وكذلك الأمر بالنسبة لمن اشترى دار الوقف أو استأجرها وهدمها فإنه يضمن ما أحدثه من تغيير[2]، وفي هذا الإطار نصت المادة 220 من قانون الأسرة أنه: "يبقى الحبس قائما مهما طرأ على الشيء المحبس من تغيير في طبيعته، وإذا نتج عن التغيير تعويض ينزل منزلة الحبس.".

ثانيا: التسوية الودية للإشكالات الناتجة عن التغير في علاقة الغير بالملك الوقفي

نصت الفقرة الثانية من المادة 25 من قانون الأوقاف 91 – 10 على أنه: "تسوى الحالات المخالفة لأحكام هذه المادة عن طريق التراضي بين المعنيين والسلطة المكلفة بالأوقاف طبقا لأحكام هذا القانون مع مراعاة أحكام المادة 02." فالواضح أن المشرع الجزائري لم يحدد طريقة معينة لتسوية الحالات الناتجة عن التغيير خلافا لما هو مقرر في القانون المدني بالنسبة للملكية الخاصة، وهو ما يمنح سلطة تقديرية واسعة للسلطة المكلفة بالأوقاف، ومن ذلك أنه لم ترد الإشارة إلى حق الملك الوقفي في طلب إزالة المنشآت، وهو الحكم المقرر في الفقه الإسلامي، حيث يتصور أن لا يكون الملك الوقفي قادرا على تحمل التعويض الناتج عن التغيير لمصلحة من أقامه، وبالمقابل لا يستطيع أن يملك المنشآت لمن أقامها لما قد يرتبه ذلك من مساس بأصل الملك الوقفي وغرض الوقف كما حدده الواقف، فتكون مصلحة الملك الوقفي في إزالة المنشآت لا في إلزامه باستبقائها.

مع ذلك فإنه فيما يخص تسوية حالات التغيير الناتجة عن تأميم الأراضي الفلاحية فيبقى خاضعا إلى نوعية الملك الوقفي و طبيعته ومصلحة الوقف استنادا لما ورد في المنشور الوزاري المشترك والمتعلق بتطبيق نص المادة 38 من قانون الأوقاف 91 – 10 و الذي اتخذ من طبيعة الملك الوقفي معيارا لتحديد عملية استرجاعه والتعويض عما لا يمكن استرجاعه بعينه[3].

---

[1] – جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث أن المادة 219 من قانون الأسرة تنص على أن الشروط المحددة من قبل المحبس على مال محبس نافذة باستثناء تلك التي تكتسي خاصية عدم المطابقة مع الطابع الشرعي للوقف، هذه الأخيرة تعتبر باطلة و كل أثر باطل و أن المادة 220 من قانون الأسرة تنص على أنه يبقى الحبس قائما مهما طرأ على الشيء المحبس من تغيير في طبيعته. حيث أنه بالأمر بقسمة الأملاك العقارية موضوع الحبس، فإن قضاة الموضوع خرقوا مقتضيات المادة المشار إليها أعلاه، وعرضوا قرارهم للنقض.". قرار رقم 501389، مؤرخ في 11 – 02 – 2009، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد 01، ص 232.

[2] – الغزالي، الوسيط، ج 4، مرجع سابق، ص 260. كذلك: ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص 667.

[3] – سبق التطرق إلى تسوية وضعية الأراضي الوقفية التي تعرضت للتأميم.

من جهة أخرى ورد النص بموجب قانون 01 – 07 المعدل لقانون الأوقاف 91 – 10 على كيفية تسوية بعض حالات التغيير سواء ما تعلق بنص المادة 26 مكرر 2 التي لم تملك المحتكر ما يقيمه من بناء أو غراس على أرض الوقف، بل جعلته منتفعا بها فقد طول مدة العقد، وكذلك نص المادة 26 مكرر 5 التي سمحت لمستأجر الأرض بأن يقوم بالبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء، فتكون المنشآت التي أقامها ملكا للوقف مقابل استغلال المستأجر لإيرادات البناء.

غير أن أهم حكم هو ما ورد في نص المادة 26 مكرر 3 الذي جاء مستمدا مما هو مقرر في الفقه الإسلامي، حيث أجازت المادة تحويل الأراضي الفلاحية المجاورة للتجمعات السكنية إلى أراضي عمرانية، غير أن الذي لا يفهم من النص إذا كان المقصود بتحويل الأرض الفلاحية إلى أرض عمرانية أن تنشأ عليها بنايات وقفية تستغل للتأجير وبذلك يبقى الوقف قائما على الرغم مما حدث من تغيير، أم أن المقصود أن تستبدل الأرض الفلاحية بأرض فلاحية أخرى تكون وقفا على ما كانت عليه الأرض الأولى، وهو ما توحي به الإحالة بموجب نص المادة على أحكام المادة 24 من قانون الأوقاف 91 – 10 و التي تتعلق بالاستبدال، حيث أن الذي أراه أصح هو الفرض الأولى تماشيا مع ما هو مقرر فقها، إضافة إلى الزيادة في مردود الملك الوقفي المتوقعة من تحويل الأرض الفلاحية إلى عمرانية.

مع ذلك فإذا كان الملك الوقفي يلتزم بتعويض من أقام المنشآت مقابل تملكه لها [1]، إلا أن العبرة هي بمدى وجود نية في تملك التغييرات، فإذا كان من أقام التغييرات لم يفعل ذلك إلا بنية تملكها لمصلحته و الإضرار بالملك الوقفي باستعمال طرق تدليسية واحتيالية، فإن التغيير يبطل في مواجهته ولا يحق له أن يقتضي أي تعويض مقابل تملك الوقف للتغييرات، لما يحمله فعله

---

[1] – جاء في قرار للمحكمة العليا: "تلحق البناية المشيدة على أرض محبسة بجوهر المال المحبس، ويستمر الحبس قانونا مهما كان مشيد البناية.

ولما كان الثابت –في قضية الحال– أن قضاة الموضوع صرحوا بأن الأرض محل الحبس قد شيدت بناية فوقها من قبل مورث المدعي عليه في الطعن، وأن هذا لا يمنحه أي حق انتفاع، لأن هذه البناية مرتبطة بجوهر الملك المحبس الذي يستحيل تملكه بفعل عقد الحبس، و أنه يتعين عليه المطالبة باسترداد مصاريف البناء في حالة ما إذا قدم الدليل الذي يثب ت بأنه هو الذي شيدها، مما يتعين معه رفض الطعن.". قرار رقم 235094 مؤرخ في 23 – 10 – 2002، مجلة المحكمة العليا، 2004، عدد 02، ص 275.

من تعدي على الملك الوقفي، فلابد أن يعامل بعكس مقصوده، ويتابع جزائيا وفقا لأحكام المادة 36 من قانون الأوقاف 91 – 10 والقول بغير ذلك قد يثقل كاهل الأوقاف بسبب تحمل مصاريف تغييرات لم تكن في حاجة إليها أو لم تكن مضطرة للقيام بها بالتكاليف التي صرفت عليها، فإذا لم تتوافر هذه النية كما في حالة المستأجر الذي يأذن له بالتغييرات تحقيقا لمصلحة الملك الوقفي، فإنه يتلقى تعويضا عما صرفه في إقامة المنشآت[1].

الفرع الثاني: حماية أصل الملك الوقفي من إدعاء تملكه بالحيازة الطويلة المدة

الحيازة هي واقعة مادية تتمثل في وضع اليد أو السيطرة الفعلية على الشيء موضوع الحيازة، فإذا استوفت شروطها الصحيحة المقررة قانونا كانت سببا لاكتساب الملكية بالتقادم الطويل في العقار والمنقول، بحيث إذا اقترنت بحسن النية واستندت إلى سبب صحيح فإنها تؤدي إلى اكتساب ملكية العقار بالتقادم القصير وملكية المنقول في الحال[2].

مقارنة بالأموال الخاصة والتي أجاز القانون اكتسابها بالتقادم، فإن أموال الدولة العقارية منها أو المنقولة تتمتع بحماية خاصة من اعتداء الغير عليها بالاستيلاء ثم إدعاء ملكيتها بمرور مدة التقادم المكسب [3]، إلا أن الأملاك الوقفية هي أولى بهذه العناية، لأنه إذا كانت

---

[1] – جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث أنه من الثابت وغير المتنازع فيه، أن مسجدا يوجد في أولاد سلامة لتعليم القرآن منذ 1956 إلى غاية 1998، غير أن المكان الذي يوجد به المسجد حول بصورة مؤقتة إلى سونلغاز ثم إلى بلدية البليدة، وفي الأخير شغله المستأنف عليهم الذين حولوه بدورهم إلى محل تجاري ليستعملوه كمقهى.

حيث أن العقد التوثيقي الذي قدمه المستأنف عليهم أثناء المناقشات لا يوضح إن كان الموقع الذي بني عليه المسجد تابعا لأهلهم. حيث أنه بموجب فتوى صادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى في 17 جانفي 1989 في فقرتها الرابعة أنه: "إذا ثبت بشهادة جماعة من المسلمين أو شهادة رسمية أن المحل قد بناه جماعة من المسلمين لتقام فيه الصلوات، فهو لهم.".

ومن استولى عليه يعد مغتصبا له، معتديا على أحباس المسلمين، ويعامل معاملة من اعتدى على الغير، ويستوجب طرده من المحل و إرجاعه إلى مهمته الأصلية.ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا للقانون.

ولما ثبت – في قضية الحال – أن قضاة الموضوع لم يأخذوا بعين الاعتبار أن المحل مخصص للعبادة، فإنهم بذلك أخطئوا في قرارهم ويستوجب إلغاءه مع الأمر بإخراج المستأنف عليهم وكل الشاغلين باسمهم من المسجد الذي حول إلى مقهى.". قرار رقم 97512، مؤرخ في 16 – 01 – 1994، المجلة القضائية 1994، عدد 02، ص 207. وبشأن هذا القرار فقد سبق الإشارة إلى ما فعله سيدنا عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) بتحويله مكان المسجد إلى سوق للتمارين، فالأمر فيما يتعلق بهذا القرار مختلف، لأن الشاغلين استولوا على الملك الوقفي متجاهلين طابعه التعبدي وغيروا فيه بنية التملك مما يجعلهم معتدين، و يجعل تصرفهم باطلا.

[2]– نصوص المواد 827،828، 835 من التقنين المدني.

[3]– نص المادة 689 من التقنين المدني.

السمة العامة لنظرة المسلمين للوقف هي التورع عن كل أشكال الاعتداء عليه، إلا أنه بسبب ضعف الوازع الديني، أو الجهل لخصوصية الأملاك الوقفية وحرمتها، فإنه يتصور وقوع اعتداء عليها من الأفراد بادعاء تملكها بمرور الزمن، حيث يكون الوجود القانوني للملك الوقفي مهددا، في ظل غياب حماية قانونية تمنع الاعتداء عليها بتملكها بالحيازة، وهو ما يتعارض مع مقتضى تأبيد الملك الوقفي واستمراريته في أداء الغرض الذي وقف لأجله.

غير أنه لم يرد أي نص صريح على عدم قابلية أو قابلية اكتساب الملك الوقفي بالتقادم في القانون المدني أو في قانون الأوقاف، فلا المشرع الجزائري منع الاكتساب بالتقادم بصراحة كما هو الأمر في بعض التشريعات العربية، بوصفه اعتداءا على الملك الوقفي على غرار الأملاك العامة [1]، ولا هو أجازه صراحة كما هو الأمر في تشريعات أخرى، بوصفه وسيلة مشروعة لاكتساب الملكية على غرار الملكية الخاصة[2].

والحقيقة أن الأملاك الوقفية العامة ليست أملاكا عامة للدولة حتى يمكن حمايتها بنفس حكم هذه الأخيرة، و بالمقابل فإن حق الانتفاع الذي تمنحه الملكية الوقفية الخاصة لأشخاص

---

[1]– نص قانون التسجيل العقاري الليبي لسنة 1965 في المادة 74 منه: "لا يجوز بأي حال الادعاء بملكية العقارات الموقوفة وقفا عاما استنادا إلى الحيازة ووضع اليد، كما لا يجوز اكتساب ملكية العقارات الموقوفة وقفا خاصا استنادا إلى الحيازة ووضع اليد إذا كان قد سبق اتخاذ إجراءات تحقيق الملكية بالنسبة لها." حيث فرق المشع الليبي بين العقارات الموقوفة وقفا خيريا فقرر عدم سريان التقادم عليها منذ تاريخ نفاذ قانون التسجيل العقاري، سواء كان العقار مسجلا أم غير مسجل، أما العقارات الموقوفة وقفا خاصا فيفرق بين حالتين: إذا تم تسجيل العقار في السجل العقاري، فلا يجوز تملكه بالحيازة مهما طالت المدة اتفاقا مع القواعد العامة، أما إذا لم يسجل العقار الموقوف في السجل العقاري، فيجوز اكتساب ملكيته بالحيازة إذا استوفت شروطها. الزريقي جمعة محمود، (أحكام وضع اليد على العقار الموقوف في التشريع الليبي) ، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة التاسعة، العدد 16، مايو 2009، ص 28 – 29.

غير أنه بموجب القانون رقم 124 لسنة 1972 المنظم لأحكام الوقف العام والخاص، نص في المادة 29 منه على أنه: "في جميع الأحوال لا يجوز تملك أعيان الوقف ولا أمواله أو اكتساب أي حق عيني عليه بالتقادم مهما طالت المدة." حيث قضى بهذا النص على كل خلاف، أو تفريق بين الوقف المسجل و غير المسجل، وكذلك بين الوقف العام والخاص، فمنع بصفة نهائية تملك العقارات الموقوفة بالتقادم مهما طالت المدة، بل تعدى ذلك إلى منع اكتساب الحقوق المتفرعة عن حق الملكية. نفس المرجع، ص 31.

[2]– ميز قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات بين الوقف الخيري فلم يجز تملكه مطلقا بالتقادم و الوقف الذري الذي أجاز تملكه بالتقادم. الشامسي، مرجع سابق، ص 11. وأجاز المشرع الأردني تملك عقار الوقف بمرور تقادم طويل، قدره بمدة 36 سنة. القضاة، مرجع سابق، ص 152.

معينين، بما يجعلهم يظهرون بمظهر المالك لفترة زمنية تكفي لاكتساب الملكية بالتقادم عادة في حالة الملكية الخاصة، مما قد يجعل المنتفعين لا يتورعون عن إدعاء تملكها بطول مدة الانتفاع، مما يجعل هذا النوع من الأملاك الوقفية أكثر عرضة للتعدي عليه بتملكها بالتقادم مقارنة بالأملاك الوقفية العامة التي تخضع لولاية السلطة المكلفة بالأوقاف.

لذلك لابد من حسم الموضوع بنص صريح يمنع الاعتداء على الملك الوقفي مهما كان نوعه عن طريق إدعاء تملكه بالتقادم المكسب، غير أنه في ظل غياب هذا النص فإن عدم مشروعية تملك الأموال الوقفية بالتقادم المكسب يؤسس على أحكام الشريعة الإسلامية المحال عليها بموجب نص المادة 02 من قانون الأوقاف 91 – 10 و التي تقرر عدم سماع دعوى تملك العقارات الموقوفة بالتقادم (أولا)، إضافة لما يستنبط من منع ضمني لاكتساب ملكية الأموال الموقوفة بالتقادم باستقراء بعض النصوص الخاصة في القانون الجزائري ذات العلاقة باكتساب الملكية بالتقادم (ثانيا).

أولا: عدم جواز تملك أصل الملك الوقفي بمرور مدة التقادم في الشريعة الإسلامية

إن المقرر وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية عدم اعتبار وضع اليد مدة طويلة مثبتا للملكية، كما لا يعتبر ترك المطالبة بالحق مدة طويلة مسقطا لهذا الحق، لما في ذلك من سلب للحقوق ومنافاة للعدالة والخلق[1]، غير أن هذا الأصل استثنى منه فقهاء المالكية سكوت صاحب الحق عن المطالبة بحقه قبل الآخرين ولمدة طويلة من الزمن مع قدرته على ذلك وعدم وجود ما نع شرعي يمنعه، مما يفهم على تركه لحقه أو أنه دليل على عدم أحقيته به، لذلك فإن الدعوى بهذا الحق لا تسمع على المدعي عليه[2].

غير أن عدم سماع الدعوى المقرر في الشريعة الإسلامية لا يعني سقوط الحق، لأنه يمكن للمدعي عليه أن يقر بالحق فيلزمه إقراره، وكذلك إذا كان المدعي معذورا في تأخره عن المطالبة بحقه، فالذي يسقط هو حق المدعي في البينة على دعواه، أو طلب تحليف خصمه اليمين، لذلك فإن الأخذ بالتقادم المكسب كما هو مقرر في القانون الوضعي و إن كان يقوم

---

[1]– الخفيف علي، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص 85 – 86. كذلك: أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 161.

[2]– الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4، مرجع سابق، ص 233 – 234.

على أساس استقرار الحقوق، فهو يتنافى مع ما هو مقرر وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تجيز سقوط الحق بمرور الزمن لما في ذلك من منافاة للأخلاق وللعدالة، ففكرة عدم سماع الدعوى في الشريعة الإسلامية لا يعمل بها إلا عند إنكار الخصم، ولا تسري في حق أصحاب الأعذار[1].

وإذا كان جمهور الفقهاء قد اتفقوا على منع سماع الدعوى، إلا أنهم لم يتفقوا على المدة التي تعتبر كافية لسقوط حق المدعي في إقامة دعواه، فجاءت آرائهم اجتهادية مختلفة بحسب نظرتهم إلى طبيعة الحقوق، والظروف المحيطة بها، وبالنسبة لعدم سماع الدعوى الواردة على الأملاك الوقفية فقد راعى الفقهاء الطبيعة التعبدية الخاصة لهذه الأموال فاستثنى الفقهاء الحنفية الدعاوى المتعلقة بالوقف وجعلوا المدة المانعة من سماع الدعوى فيها ثلاث وثلاثين سنة وعند البعض ستة وثلاثين سنة في الدعاوى المتعلقة بأصل الوقف [2]، أما الفقهاء المالكية فالراجح عندهم أن الوقف لا يحاز عليه، بوصفه من حقوق الله، فلا يجوز تملكه بالتقادم مهما طالت المدة[3].

ثانيا: المنع الضمني لتملك أصل الملك الوقفي بالتقادم في القانون الجزائري

لابد من التفرقة في تحديد المنع الضمني لتملك الأملاك الوقفية بالتقادم بين الغير الذي يدعي تملكها بالتقادم انطلاقا مما يملكه من حق انتفاع بالملك الوقفي، وبين الغير واضع اليد على الملك الوقفي بنية التملك دون أن يستند في ذلك إلى حق ما:

فبالنسبة للمنتفع بالمال الموقوف سواء في الوقف العام أو الخاص فإن حقه حق ملك انتفاع لا حق ملك أصل الملك الوقفي بصريح قانون الأوقاف، لذلك لا يمكن له إدعاء تملك أصل الملك الوقفي بموت الواقف، أو بسبب استغلال الملك الوقفي المدة الكافية لكسب الملكية بالتقادم المكسب في حالة الملكية الخاصة، و ذلك بسبب بسيط كما حدده القضاء و هو انعدام

---

[1]– الميمان ناصر، مرجع سابق، ص 60. كذلك: الزريقي، (أحكام وضع اليد على العقار الموقوف)، مرجع سابق، ص 34 و 37.

[2]– الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 87. كذلك: يكن، الوقف في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 309 – 311.

[3]– الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4، مرجع سابق، ص 237. كذلك: الخرشي، شرح الخرشي، ج 7، مرجع سابق، ص 242 – 243. كذلك: Pesle. Op.cit. p 167 – 168.

نية التملك[1]، ونفس الحكم بالنسبة لما يمكن ترتيبه من حقوق إيجار أو حقوق عينية على الملك الوقفي في إطار عملية استغلاله واستثماره، بحيث قد يكون ترتيب هذه الحقوق لمدة طويلة وبدون توثيق، سببا للاستيلاء على أصل الملك الوقفي بسبب ظهور المستولي بمظهر المالك.

أما بالنسبة للغير واضع اليد على الملك الوقفي بنية التملك، فإنه قبل إلغاء المرسوم 352 – 83 الذي يسن إجراء لإثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية كان يكفي الشخص الحائز في حالة عدم وجود منازع له في منطقة لم يشملها المسح العقاري أن يلجأ إلى الموثق ويلتمس إعداد عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية العقارية، غير أن هذا الإجراء طرح كثير من الإشكالات العملية، وأقام وضعا غير منطقي لا يكرس حماية الملكية، وفيما يخص الأملاك الوقفية فقد طرح إشكالا خطيرا من شأنه المساس مباشرة بالوجود القانوني للأملاك الوقفية حيث أنه ترد إمكانية تحرير عقود شهرة على الملكية الوقفية في غياب صراحة نص المرسوم على استثناء هذه الأملاك مقارنة مع أملاك الدولة، حيث يرى البعض أن عبارة (أن يكون العقار موضوع عقد الشهرة من نوع الملك) الواردة في نص المادة الأولى من المرسوم 83 – 352 يفهم منها أن عقد الشهرة لا يمكن أن يعد إلا على أراضي الملكية الخاصة، ولذلك تستبعد الأملاك الوطنية والأملاك الوقفية[2].

وعلى الرغم من أهمية هذا الرأي وتوافقه مع حماية الأملاك الوقفية إلا أنه يجب الأخذ بالاعتبار أن المادة الثالثة من ذات المرسوم قد نصت صراحة على استثناء أملاك الدولة ولم تشر إلى الأملاك الوقفية، ولذلك يرى البعض الآخر أن المقصود بعبارة (عقار من نوع الملك) يقصد به المشرع الأشخاص الذين يحوزون عقارات حيازة قانونية بدون سند ملكية، أو يحوزونها

---

[1]– جاء في قرار للمحكمة العليا " غير منشور": "من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يجوز هبة الأموال المحبسة لأنها تتنافى مع التأبيد و أحكام الحبس، كما أنه لا يجوز التمسك بالتقادم في استغلال الأرض المحبسة لانعدام نية التملك.". قرار رقم 39360 مؤرخ في 13 – 01 – 1986. مشار إليه في: باشا، القضاء العقاري، مرجع سابق، ص 281.

بينما جاء في قرار آخر: "إن قضاة المجلس لم يراعوا مدة 25 سنة منذ تحرير عقد الحبس وبالتالي فإن المحبس لهم حازوا نهائيا ملكية الأرض طبقا لقواعد التقادم من الحيازة.". قرار رقم 223224، مؤرخ في 19 – 12 – 2001، مجلة الاجتهاد القضائي، ج 01، 2004، ص 147.

فالذي يفهم من القرار الأخير أنه يمكن للموقوف عليهم الحائزين للملك الوقفي لمدة التقادم المكسب تملك أصل الملك الوقفي، وهذا يناقض النصوص القانونية التي تعتبر حقهم حق انتفاع لا حق تملك.

[2]– باشا، دراسات قانونية مختلفة، مرجع سابق، ص 149.

بسندات غير ناقلة للملكية كالعقود العرفية المحررة بعد صدور قانون التوثيق 1970، وبدون تمييز بين من آل إليه العقار عن طريق الميراث أو الهبة أو البيع أو غيرها من التصرفات التي لم يتبع بشأنها الإجراءات الرسمية الواجبة [1]، ووفقا لهذا الرأي تكون الأملاك الوقفية موضوعا لإعداد عقد الشهرة خاصة تلك التي ليس لها عقود تثبت طبيعتها القانونية، حيث لجأ بعض الموثقين إلى تحرير عقود شهرة على عقارات موقوفة استنادا للمرسوم 83 – 352، وهو ما خالفه قضاء المحكمة العليا بعدم إجازته لتحرير عقود شهرة على الملك الوقفي[2].

لاحقا تم إلغاء المرسوم 83 – 352 بموجب المادة 24 من المرسوم التنفيذي 08 – 147 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية بعد أن نظم المشرع الجزائري طريقة جديدة بموجب القانون 07 – 02 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقاري وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، والذي جاء لتلافي المساوئ الجوهرية الملاحظة في مجال إعداد عقود الشهرة وما أسفر عنه من منازعات على مستوى الجهات القضائية[3]، حيث أنه وفقا له أصبح سند الملكية يسلم بعد إجراء تحقيق عقاري لمعاينة حق الملكية، يوجه طلب به من طرف الحائز إلى مسؤول مصالح الحفظ العقاري المختص إقليميا، ويخضع تسليم السندات إلى إجراءات وشروط موضوعية لتثبيت حق الملكية، ومن بين تلك الشروط ما نصت عليه المادة الثالثة من القانون 07 – 02 المتضمن تأسيس الإجراء من أنه: "لا تطبق أحكام هذا القانون على الأملاك الوطنية بما فيها الأراضي المسماة سابقا عرش و الأملاك الوقفية." واستنادا لهذا النص تستبعد الأملاك الوقفية من أن يرد عليها التقادم المكسب

---

[1]– بن عبيدة، مرجع سابق، ص 101 – 102.

[2]– جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر شرعا و قانونا أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو بغيرهما.

وعليه فإن الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى ببوسعادة القاضي بإبطال عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية على أساس التقادم المكسب على عقار محبس لفائدة زاوية الهامل ببوسعادة يعد سديدا هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فإن المذهب الحنفي و إن يجيز التقادم في الحبس إلا أنه لمدة تتراوح بين 33 و 36 سنة، وهذه المدة غير متوفرة في القضية الحالية، وهذا على عكس ما ذهبت إليه جهة الاستئناف التي ألغت الحكم المذكور وقضت من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس، مما يتعين نقض القرار بدون إحالة.". قرار رقم 157310 مؤرخ في 16 – 07 – 1997، المجلة القضائية 1997، عدد 01، ص 34.

[3]– باشا، تطهير الملكية، مرجع سابق، ص 128 – 129.

وذلك على غرار الأملاك الوطنية، كما أن عموم عبارة الأملاك الوقفية تشمل الأملاك الوقفية العامة والخاصة[1].

ويشمل الحكم كذلك المنقولات الوقفية فلا يمكن أن تكون موضوع حيازة تماما كالأملاك العامة، وبالتالي تسترد لمصلحة الملك الوقفي من يد حائزها وإن كان حسن النية، ولو بعد انقضاء مدة التقادم [2]، ومن هنا تأتي أهمية توثيق الوقف ولو ورد على منقول لإقامة الدليل العكسي.

والحقيقة أنه إذا كان نظام عدم سماع الدعوى هو الذي يتفق مع الشريعة الإسلامية فإن الاختلاف الحاصل حول المدة التي يحدث بها عدم سماع الدعوى يجعل من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية غير حاسم لإشكال جواز أو عدم جواز تملك الأملاك الوقفية بالحيازة، غير أنه لما كان سبب الاختلاف أن المسألة اجتهادية، فيستفاد من ذلك ضرورة تدخل المشرع بنص صريح يحكم المسألة استنادا لمذهب معين، حيث أرى أن المذهب الأكثر تلاءما مع حماية

---

[1]– يعاب على النص أن عبارة (الأملاك الوطنية بما فيها الأملاك الوقفية) في غير محلها بل إنها تعتبر خطأ قانوني لابد من تداركه، لأنه إذا كانت أملاك العرش ملكا للدولة بموجب المادة 13 من الأمر رقم 95 – 26 المؤرخ في 25 – 09 – 1995 المعدل لقانون التوجيه العقاري، إلا أن الأملاك الوقفية ليست أملاكا وطنية بل نوعا مستقلا من الملكية.

– جاء في قرار للمحكمة العليا: "لكن حيث أن الثابت أن الحبس ينقسم إلى نوعين: النوع الأول هو الحبس الخيري العام ويأخذ حكم العقارات التي تخضع للمنفعة العامة والتي لا يجوز التقادم المكسب فيها، أما النوع الثاني فهو الحبس الأهلي وهو خاضع للتقادم متى توافرت شروطه، سواء في سقوط الحق في التمسك بالبطلان تماشيا مع أحكام المادة 102 فقرة 2 من القانون المدني، أو التقادم المكسب عملا بالمادة 828 من نفس القانون حفاظا على استقرار المعاملات و أن هذا منسجم مع ما هو مستقر عليه في قواعد الشريعة الإسلامية بخصوص نوع الحبس الأهلي بعدم جواز سماع الدعوى إذا توافرت في المدعى عليه شروط التقادم. وحيث أن عقد الحبس المستظهر به أمام القضاة هو حبس من نوع الأهلي، ومن ثمة فإن المجلس بقضائه كما فعل يكون قد خالف تطبيق أحكام المواد المشار إليها أعلاه بخصوص التقادم المتمسك به مما يعرضه للنقض.". قرار رقم 216394، مؤرخ في 29 – 12 – 2001، مشار إليه في: باشا، القضاء العقاري، مرجع سابق، ص 229.

يعاب على هذا القرار تفرقته بين الوقف العام والخاص، مع أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يفرقوا في أغلب الأحيان بينهما، ولم يفرقوا في عدم سماع الدعوى في الحالتين، وتأسيس التفرقة في هذا القرار على أساس فكرة تحقيق استقرار المعاملات في غير محله، لأنه إذا كان يقبل هذا الأساس فعلى أي أساس تستثن ى الأوقاف العامة، فكما قد لا يتحقق استقرار المعاملات بمنع اكتساب الأوقاف الخاصة بالتقادم، فإن عدم تحقق استقرار المعاملات قد يحدث أيضا في حالة منع اكتساب الأوقاف العامة بالتقادم.

[2]– صقر نبيل، التقادم في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 104.

وجود الملك الوقفي وتحقيق استقرار مركزه القانوني هو المذهب المالكي الذي يستثني سماع الدعوى في حالة الوقف مهما طالت مدة الحيازة[1].

ولمواجهة الاعتداءات على الملكية الوقفية بادعاء تملكها من قبل الأفراد، فإنه على غرار الحماية القضائية للملكية الخاصة فإنه بالنسبة للملكية الوقفية يمكن حمايتها من الناحية المدنية باللجوء إلى القضاء المدني في إطار دعاوى تثبيت الوقف التي تقابل دعوى الاستحقاق في الملكية الخاصة أو في إطار دعاوى الحيازة، ولاشك في أن دعاوى الحيازة قد منحها المشرع أهمية كبيرة بوضع قرينة قيام الحق لدى الحائز، والتي تهدف في النهاية إلى حماية حق الملكية بتسهيل إثباتها عن طريق الحيازة [2]، حيث لا تتطلب هذه الدعاوى إلا أن يثبت المدعي حيازته مستوفية لشرائطها، أما دعاوى الملكية فتقتضي أن يثبت المدعي ملكيته للشيء، وهو إثبات أكثر صعوبة من سابقه، مع ذلك فإن دعوى الحيازة تهدف إلى حماية الحيازة ولذلك فإن موضوعها لا يرتبط بموضوع الحق، ولا ينهي النزاع فيه.

و بالنسبة للأملاك الوقفية يمكن الاستناد على البند رقم 08 من المادة 08 من قانون الأوقاف 91 – 10 الذي جاء فيه: " تعتبر من الأوقاف العامة المصونة كل الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة ولم يعرف واقفها ولا الموقوف عليها ومتعارف عليها أنها وقف." إلا أن

---

[1]– جاء في قرار المحكمة العليا: "أن الملك المحبس غير قابل للتقادم.". قرار رقم 198940، مؤرخ في 25 – 04 – 2001، مجلة الاجتهاد القضائي، 2004، عدد خاص، ج 01، ص 151.

– جاء في قرار آخر: "من المقرر قانونا أنه لا تسمع الدعوى إذا رفعت بعد مرور مدة التقادم المسقط ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني و مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية غير مؤسس.

ولما كان الثابت –في قضية الحال– أن الطاعن لم يرفع دعواه لإبطال عقد بيع العقار المحبس إلا بعد مرور أكثر من 50 سنة بدون أن يقدم عذر شرعي للهيئة القضائية، فإن قضاة الموضوع أصابوا عندما حكموا بعدم سماع دعواه وهذا حفاظا على استقرار المعاملات و احتراما لحجية العقود الرسمية التي كسب بها العقار المحبس مع الإشهار بالمحافظة العقارية واحتراما لنصوص التشريع الخاص بالتقادم المسقط.". قرار رقم 43301، مؤرخ في 22 – 09 – 1986، المجلة القضائية 1992، عدد 03، ص 65.

أرى أنه على الرغم من وجاهة ما ورد في هذا القرار والذي أسس على ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، إلا أنه في ظل عدم اكتمال عمليات المسح فالأولى حماية الأملاك الوقفية بالنظر لطابعها التعبدي وبالنظر لما تعرضت له من اعتداءا و استيلاء من الإدارة و الأفراد، فكثيرا ما يكون اكتساب ملكية الأوقاف بالتقادم المكسب بسوء نية من المكتسب، أما بانتهاء عمليات المسح فيصبح ترجيح استقرار المعاملات هو الأولى بالرعاية.

[2]– طلبه ليلى، الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الجزائر، 2010، ص 96.

النص لم يوضح إذا كانت صفة العقار الوقفي و أيلولته إلى الأملاك الوقفية العامة تعتبر قرينة تكفي لثبوت الملكية الوقفية، أم أنه لابد من توافر المدة القانونية اللازمة لاكتساب الملكية بالحيازة الطويلة وفقا لأحكام المواد 827 و 828 من التقنين المدني، لذلك فليست هناك أية خصوصية بالنسبة للأملاك الوقفية في دعاوى الحيازة، فتخضع لنفس شروط وقواعد الحيازة في الملكية الخاصة، ولذلك فإن دعوى تثبيت الوقف هي التي يكون من شأنها فض النزاع نهائيا، غير أنها ترتبط بالمقابل بقوة وضعف المركز القانوني للأوقاف من حيث الحجج التي يدلى بها لإثبات الحق[1].

المطلب الثاني: حماية الملك الوقفي في مواجهة التصرف القانوني في أصله عن طريق الاستبدال

إذا كان الأصل هو عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي، غير أنه في بعض الأحيان لا يمكن المحافظة على مقصد الوقف الأصلي وهو قدرته على العطاء المستدام، إلا بمخالفة الأصل في عدم جواز التصرف في أصله، وذلك بإجازة إبرام بعض التصرفات التي تهدف إلى المحافظة على استمرارية الانتفاع بالملك الوقفي، و في هذا الإطار يقرر الفقهاء أن عمارة الوقف أولى من صرف الريع إلى المستحقين، وإجازة تداوله لتحقيق ديمومة الانتفاع به وتأبيده أولى من منع التصرف فيه–خوفا من ضياعه– مما من شأنه في حقيقة الأمر أن يؤدي إلى اندثار أصل الملك الوقفي، فيجوز لذلك اللجوء إلى استبدال الأصول القديمة التي لا يرجى منها تحقيق أي نفع بأصول جديدة قادرة على در المنافع، ويرجع لفظ (الاستبدال) إلى مادة (استبدل) و (استبدله) إذا اتخذ منه بدلا [2]، فالاستبدال لا يتم بمعزل عن الإبدال، وهذا الأخير هو: بيع العين الموقوفة لشراء عين أخرى تكون وقفا بدلها، أما الاستبدال فهو شراء عين أخرى تكون وقفا بدلها فالإبدال والاستبدال هما عمليتان تتمان بالتلازم لتحقيق غاية واحدة[3].

---

[1]– لابد من حسن اختيار الناظر بين اللجوء إلى دعوى الحيازة أو الملكية، خاصة في حالة توافر قرينة الحيازة لمصلحة الملك الوقفي وفقا لنص المادة 08 من قانون الأوقاف 91 – 10 فيأخذ بعين الاعتبار نص المادة 529 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "لا تقبل دعوى الحيازة ممن سلك طريق دعوى الملكية".

[2] – ابن منظور، لسان العرب، مجلد 11، مرجع سابق، ص 48 – 49.

[3] – يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 211.

و قد ورد النص على إجازة الاستبدال في الفصل الرابع من قانون الأوقاف 91 – 10 والذي جاء بعنوان "التصرف بالوقف" فبعد أن ورد في نص المادة 23 من الفصل عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي تلاه نص المادة 24 والذي حصر بموجبه المشرع حالات جواز استبدال الملك الوقفي و حدد شروطه، حيث يطرح التساؤل حول مدى إدراك المشرع الجزائري لأهمية الاستبدال في المحافظة على وجود الملك الوقفي وقيمته، وكونه من جهة أخرى تصرفا استثنائيا لابد من ضبطه سواء من حيث شروطه أو الإجراءات التي يتم بها ، بما يحقق مقاصد الوقف دون إفراط ولا تفريط؟ وهو ما تتم الإجابة عليه أخذا بعين الاعتبار صراحة النصوص التشريعية، وتقويمها على نحو ما يرى أنه أقرب لتحقيق الفكرة التي جعلت المشرع ينص على هذا التصرف الاستثنائي، فأتطرق في البداية إلى الحالات التي يجوز فيها الاستبدال (الفرع الأول)، ثم إلى شروط الاستبدال و ضوابطه (الفرع الثاني)، ثم إجراءات الاستبدال (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الحالات التي يجوز فيها استبدال أصل الملك الوقفي

لما كان من شأن الاستبدال أن يؤدي إلى إنهاء وجود الملك الوقفي وبالتالي حرمان الواقف من تحصيل الأجر المستمر، فإن حالات جواز الاستبدال المحددة قانونا يجب أن لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية (ثانيا)، لذلك لابد أن تستند إلى تأصيل شرعي، حيث اختلف فقهاء المذاهب الإسلامية بين مضيق وموسع لنطاق الاستبدال، دون أن يكون من بينهم من منع الاستبدال منعا مطلقا (أولا).

أولا: التأصيل الشرعي لحالات استبدال أصل الملك الوقفي

1- موقف الفقهاء الحنفية

يعتبر مذهب الحنفية أكثر المذاهب توسعا في نطاق الاستبدال، وهم يفرقون بين ثلاث حالات، بحسب ما جاء في حجة الوقف وما تتضمنه من شروط للواقف على النحو الآتي:

الحالة الأولى: أن يشترط الواقف لنفسه أو لمن يتولى الوقف الاستبدال، فينفذ هذا الشرط.

الحالة الثانية: عدم وجود شرط الواقف لنفسه أو لغيره الحق في الاستبدال، لكن صار الموقوف بحالة لا تسمح بالانتفاع به، سواء بأن لا يحصل منه ريع، أو بعدم وفائه بمئونته، فيبقى الأمر بيد القاضي، فإذا رأى المصلحة فيه حكم به.

الحالة الثالثة: أن يوجد بدل لعين موقوفة وهي بحالة تسمح بالانتفاع بها، بحيث يكون هذا البدل خير من العين الموقوفة ريعا ونفعا، فلا يجوز الاستبدال في الراجح لأنه لا موجب لذلك ، بخلاف الحالتين السابقتين أين يستند الاستبدال للشرط أو للضرورة، غير أن الإمام أبو يوسف خالف الإجماع وجوز الحالة الأخيرة، أما بالنسبة للحالة التي يشترط فيها الواقف صراحة عدم جواز الاستبدال فالفقهاء الحنفية على رأيان هما: الأول عدم الجواز ، والثاني الجواز إذا رأى القاضي فيه مصلحة [1].

2 – موقف الفقهاء المالكية

فرق فقهاء المذهب المالكي بين المنقول والعقار في جواز الاستبدال على النحو الآتي:

– فبالنسبة للمنقول: يجوز عندهم استبداله ما دعت المصلحة إلى ذلك سواء خرب أو قصر عن الهدف المقصود منه، على شرط أن يتعذر الانتفاع به فيما حبس من أجله و إن أمكن الانتفاع به في غيره ، والأصل أن يستعان به في مثله، ولكن جوز بعضهم نقله لوقف عام المنفعة[2].

– أما بالنسبة للعقار: فلم يجيزوا استبداله إلا في حالات محصورة ومحددة، وبذلك ضيقوا نطاق الاستبدال، فالمساجد لا يجوز عندهم بيعها مطلقا ولو خربت، أما غيرها من العقارات فيميزون بين ما كان قائم المنفعة فلا يجوز بيعه إلا للضرورة كتوسيع مسجد أو مقبرة، أو طريق عام لأن هذا من المصالح العامة للأمة ، أما ما كان منقطع المنفعة فيفرق بين : أن يكون العقار منقطع المنفعة، ولكن يرجى أن تعود منفعته، ولا ضرر في بقائه إلى حين ذلك، فلا يجوز بيعه اتفاقا، أو أن يكون العقار منقطع المنفعة، ولا يرجى أن تعود منفعته، أو أن في بقائه ضررا ففيه قولان: عدم جواز البيع والاستبدال وهو قول الإمام مالك ، أما الثاني فيفرق بين أن يكون العقار في المدينة فلا يجوز استبداله، لأن العقار في المدينة لا ييأس من إصلاحه، أما إذا كان خارج المدينة فهناك من أجاز بيعه وهم القلة، ومنعه الكثرة من المالكية ، ومن أجاز استبدال العقار الخرب شرط معاوضته بأفضل منه[3].

---

[1] – ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص 583 – 584.

[2] – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4، مرجع سابق، ص 91.

[3] – الخرشي، شرح الخرشي، ج 7، مرجع سابق، ص 95.

3 – موقف الفقهاء الشافعية

تشدد الفقهاء الشافعية أكثر من غيرهم في منع الاستبدال حتى لا يكون في ذلك ضياع للملك الوقفي، وقد بلغ تشددهم إلى حد منع بيع الموقوف ولو خرب انطلاقا من العبارة المشهورة في المذهب "لا يباع موقوف وإن خرب" ، فإذا لم يعد الموقوف صالحا إلا للاستهلاك، فقد أجازوا للموقوف عليهم استهلاكه لأنفسهم ولم يجيزوا بيعه[1].

4 – موقف الفقهاء الحنابلة

حصر الفقهاء الحنابلة جواز الاستبدال على حالة الضرورة و المتمثلة في صيرورة الوقف غير صالح للانتفاع به على الوجه الذي وقف لأجله، فلما كان المقصود من الوقف انتفاع الموقوف عليه بالثمرة لا بعين الأصل من حيث هو، فمنع البيع مبطل لهذا المعنى الذي اقتضاه الوقف، فيباح استبداله استبقاء للملك الوقفي بمعناه وإن تعذر استبقاءه بصورته، سواء كان الموقوف عقارا أو منقولا، وقد جعلوا المصلحة تتحقق ببيع بعض الوقف لإصلاح باقيه ، فإن تعذر الانتفاع بشيء منه بيع كله، كما لم يفرق الفقهاء الحنابلة في جواز الاستبدال بين مسجد وغيره[2].

وبالنسبة للحالة التي يكون فيها الموقوف قليل المنفعة مع عدم تعطل العين، فلا يجوز عندهم الاستبدال كأصل ما دام الانتفاع قائما، غير أن الإمام ابن تيمية راعى المصلحة الراجحة التي تؤدي إلى تحقيق الأفضل للموقوف عليهم، وجوز استبدال الوقف بخير منه مطلقا، تعطلت منافعه أو لم تتعطل ، ما دام في ذلك تحقيق مصلحة الموقوف عليهم، مستدلا في ذلك بما فعله الخليفة عمر بن الخطاب – رضي الله عنه– عندما أمر بنقل مسجد قديم بالكوفة إلى مكان آخر، وجعل الأول سوقا للتمارين[3].

من خلال استعراض آراء الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة يتبين أنهم قد انقسموا فريقين مضيق مشدد، وموسع متساهل، غير أن الجامع بينهم أن المصلحة التي تجعل الفريق الأول يضيق هي نفسها التي تجعل الفريق الثاني يوسع.

---

[1] – الشيرازي، المهذب، ج 3، مرجع سابق، ص689.

[2] – ابن قدامه، المغنى والشرح الكبير، ج 6، مرجع سابق، ص 225 – 226.

[3] – ابن تيميه تقي الدين، الفتاوى الكبرى، تحقيق محمد ومصطفى عبد القادر عطا، ج 4، دار الكتب العلمية، لبنان، 1987، ص 361 – 363.

ثانيا: حالات استبدال أصل الملك الوقفي في القانون الجزائري

بموجب المادة 24 من قانون الأوقاف 91 – 10 يجوز استثناءا تعويض العين الموقوفة أو استبدالها بملك آخر في حالات محددة وردت على سبيل الحصر وهي:

- حالة تعرض الملك الوقفي للضياع أو الاندثار.
- حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه.
- حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام.
- حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء إتيانه بنفع قط.

و الذي يظهر أن المشرع يتجه إلى تقييد الاستبدال بحصر حالات جوازه، غير أن تأكيد قانون الأوقاف على مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية فيما ورد أو لم يرد فيه نص، فإن ذلك يفتح المجال للاستفادة من مواقف المذاهب الفقهية المختلفة في تحديد حالات إجازة الاستبدال، و بالتالي فإن حالات الاستبدال على ضوء ما هو محدد قانونا و ما ينبغي أن يوجد، تكون على النحو الآتي:

1- إشتراط الواقف الاستبدال

تبدو أهمية شرط الواقف في نصه على الاستبدال، في الحالة التي يجيز فيها استبدال وقفه ولو لم تتعطل منافعه مادامت تتحقق به مصلحة الوقف، حيث يستمد الاستبدال في هذه الحالة مشروعيته من شرط الواقف ذاته[1].

---

[1] – جاء في قرار للمحكمة العليا: "لا حق للإناث، المستفيدات من النفقة المقررة لهن في عقد الحبس، في الاعتراض على مبادلة العين المحبسة، ما دام المحبس رخص بذلك للمحبس عليه، وما دام الحبس يبقى قائما.

حيث تبعا للشروط التي تضمنها عقد الحبس قام المحبس عليه بإجراء مبادلة صلحية تضمنت المبادلة لأرض جنان جوامع الواقعة ببسكرة بالعقار الكائن بعزاب ببانتة وصادق على هذا الصلح الحكم الصادر في 03 – 11 –1991 عن محكمة باتنة.

وحيث أن المبادلة التي تمت لا تنقص من قيمة المحبس ولا من طبيعته وهي رخصة أجازها المحبس للمحبس عليه، وأنه طبقا للمادة 220 من قانون الأسرة فإن الحبس يبقى قائما مهما طرأ على الشيء المحبس من تغيير في طبيعته.

وحيث أن حق– الطاعنات–لا يتأثر بأي تصرف ينصب على الشيء المحبس إذ يبقى حقهن قائما وهو الحق المستمد من العقد والمتمثل في حق النفقة ولكن عند الحاجة حسب ما ورد في عقد الحبس ولا اعتراض لهن على التصرفات التي تطرأ على الشيء المحبس طالما أن تلك التصرفات تراعى فيها الشروط التي سنها المحبس في عقد الحبس.

وحيث أن قضاة المجلس فيما ذهبوا إليه في قرارهم المطعون فيه لم يخالفوا القانون ولم ينتهكوا ما تضمنه عقد الحبس الذي جسدت في استغلاله واستثماره إرادة المحبس. ". قرار رقم 276314، مؤرخ في 21 – 07 – 2004، مجلة المحكمة العليا 2004، عدد 02، ص 293 وما بعدها. فللقرار واضح في جواز الاستبدال بصراحة شرط الواقف.

2- وجود ضرورة أو مصلحة ظاهرة للاستبدال

قد يغفل الواقف عن إجازة الاستبدال، أو ينص على إجازته في حالة واحدة، كما يمكن أن ينص على عدم جواز الاستبدال في جميع الأحوال، فبالنسبة لهذه الأخيرة تعتبر من الحالات التي يجوز فيها مخالفة شرط الواقف مراعاة لمصلحة الوقف والموقوف عليهم، وهو ما نصت عليه المادة 16 من قانون الأوقاف 91 – 10 التي أجازت للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم، أو ضارا بمحل الوقف، أو بمصلحة الموقوف عليه.

لذلك فإنه إذا كان إشتراط الواقف لعدم جواز استبدال الملك الوقفي يكون عادة رغبة في ضمان تحقق مقصده من الانتفاع بوقفه، فإن مخالفة لفظه الصريح بإجازة الاستبدال للمصلحة الظاهرة التي يقدرها القاضي، سيؤدي إلى تحقيق مقصد الواقف ذاته.

غير أنه في حالة إغفال الواقف عن إشتراط الاستبدال أو سكوته عنه، فإننا نكون أمام وضع وسط فلا الواقف شرط الاستبدال فيراعى شرطه، ولا هو منع الاستبدال فيخالف شرطه الصريح إلى تحقيق مقصده الضمني، ولذلك فإن جواز الاستبدال في هذه الحالة يبنى على التوفيق بين الآراء الفقهية المختلفة، وذلك بأن يراعى وجود ضرورة أو مصلحة حقيقية للاستبدال يقدرها القاضي، والتي تتصور في الحالات الآتية:

أ- **أن تتعطل منافع الوقف تعطلا كاملا** : المقصود بهذه الحالة أن يصبح الملك الوقفي غير صالح لأداء المنفعة التي وقف لأجلها، أي أن يصير خربا، كأن تنهدم الدار المعدة للسكن، أو تخرب الأرض المعدة للزراعة وتصير مواتا ، وهذه الحالة نصت عليها المادة 24 من قانون الأوقاف 91 – 10 التي اشترطت أن فقدان المنفعة وحده لا يكفي لإجازة الاستبدال، بل لابد أن يكون الإصلاح غير ممكن.

ب- أن تتعطل أكثر منافع الوقف : أي أن تصبح العين الموقوفة غير قادرة على إعطاء المنفعة الكافية، حيث تكون المنافع قليلة إلى الحد الذي لا تفي فيه بحوائجه كما كان من قبل، وقد يكون سبب ذلك عمليا كثرة المستحقين لريع الوقف ونقص الريع المحصل خاصة بعد استقطاع تكاليف الصيانة، فمن المهم أن ينص المشرع الجزائري على هذه الحالة لأن الواضح من نص المادة 24 من قانون الأوقاف 91 – 10 عدم جواز هذه الحالة بصراحة النص على أن جواز الاستبدال يكون في حالة الانعدام الكلي أو المطلق للمنفعة ، فلا يكفي قلتها، ولاشك

أن مقصد الواقف من وقفه يتحقق بانتفاع الموقوف عليهم، وهو ما لا يتصور تحققه إذا كان ريعه يصرف فقط لصيانته مع عدم كفاية هذا الريع، كما أن تركه قد يؤدي إلى خرابه كلية مما يجعل ثمن استبداله أقل إذا ما قورن مع ما كان سيتحصل عليه قبل تركه إلى التداعي.

ج- حاجة الوقف إلى التعمير أو الإنفاق وليس له مورد: المتفق عليه فقها أن الوقف إذا احتاج إلى التعمير وليس له مورد، فيجوز بيع بعضه ليعمر بالثمن باقيه، لأنه بدون ذلك يتعطل كله، فإذا كان الموقوف عينا فيجوز بيع بعضها لإصلاح باقيها، إذا لم يكن في البيع نقص قيمة المبيع، فإذا نقصت قيمته بيع كله[1].

3- حالة الاستبدال بسبب انتزاع الملك الوقفي للمنفعة العامة

نص المشرع الجزائري صراحة على جواز الاستبدال لحالة الضرورة العامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام، وضبط ذلك بأن يكون الاستبدال للضرورة العامة في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية، مستمدا هذه الحالة من موقف الفقهاء المالكية في إجازتهم استبدال العقار الموقوف لضرورة المنفعة العامة ولو كان قائم المنفعة.

4- جلب المصلحة بتحسين الانتفاع بالوقف العامر

قد تتحقق مصلحة راجحة باستبدال وقف بآخر أكثر إنتاجا و أفضل ريعا سواء بتغيير نوعيته أو حتى مجاله الاستثماري، حيث تظهر المصلحة في الأفضلية الشاملة التي يتمتع بها الوقف الجديد مقارنة بالقديم، فلا تظل الأوقاف حبيسة الظروف التي أنشأت فيها، بل تواكب المستجدات بما يجعلها أنفع للمستحقين بحسب تغير الزمان [2]، ويضرب لذلك مثل الأرض الزراعية الموقوفة التي تبقى على حالتها، بينما تتطور وتتوسع مثيلاتها غير الموقوفة، فلو أنها استغلت استغلالا عقاريا أو تجاريا، لكانت عائداتها أكثر و أنفع وأضمن تحقيقا لمقصد الواقف في انتفاع الموقوف عليهم واستدامة الانتفاع [3]، وكذلك ما ذكره الفقهاء الحنفية من أن الأرض الزراعية إذا ضعفت عن الاستغلال ولا يرغب غالبا في استئجارها بل يرغب في شرائها، فتباع ويؤخذ بثمنها ما هو خير منها مع كونها منتفعا بها، لأن استبدالها أكثر و أفضل نفعا، وكذلك

---

[1] - البهوتي، كشاف القناع، ج 10، مرجع سابق، ص 107 - 108.

[2] - حامد أحمد، مرجع سابق، ص 199.

[3] - العبيدي، مرجع سابق، ص 59.

ما أجازوه من استبدال الوقف العامر في الحالة التي يرغب إنسان في معاوضة الوقف الموجود ببدل أكثر غلة و أحسن صقعا[1].

و إذا كان لم يرد في المادة 24 من قانون الأوقاف 91 – 10 النص على هذه الحالة، إلا أنه بموجب تعديل قانون الأوقاف بالقانون 01 – 07 أخذ المشرع بهذه الحالة كطريقة لاستثمار وتنمية الملك الوقفي، مشيرا إليها بموجب نصي المادتين 26 مكرر 3 و المادة 26 مكرر 4 حيث تضمنت الأولى النص الخاص على جواز إدماج الأراضي الفلاحية الوقفية المجاورة للتجمعات السكنية ضمن الأراضي العمرانية، بينما تضمنت الثانية النص بشكل عام على جواز تغيير وجهة الملك الوقفي إلى ما هو أصلح له وللمستحقين، حتى ولو منع الواقف ذلك التغيير، غير أنه يجب اللجوء إلى القاضي في هذه الحالة الذي يصدر حكما يراعي مصلحة الوقف والموقوف عليهم.

5- غصب الوقف العامر، أو إتلافه

ذكر الفقهاء الحنفية حالتين يجوز فيهما تعويض الملك الوقفي العامر، واشتراء وقف جديد بالبدل، وذلك للضرورة أو اضطرارا، وهما: إذا غصب أرض الوقف غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت لا تصلح للزراعة، وكذلك إذا عجز المتولي عن استرداد الوقف من الغاصب أو عن إقامة البينة، وأراد الغاصب دفع البدل، فإنه يجوز أخذ قيمته[2].

واستنادا لهذه الحالات كما حددها الفقهاء أخذ المشرع بجواز تعويض الملك الوقفي الذي تعرض للضياع أو الاندثار، حيث يدخل في مفهوم هذه الحالة كل ضياع للملك الوقفي باغتصابه أو إتلافه، فيلزم مغتصبه أو متلفه سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا بتعويضه، وشراء ما يقوم مقامه بقيمة البدل، كما أكد المشرع بموجب نص المادة 38 من نفس القانون على أن ما فوت من أملاك وقفية تم تأميمها بموجب قانون الثورة الزراعية فإنه يجب تعويضها وفقا للإجراءات التي ينص عليها القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، حيث بموجب الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية يكون من الضروري في مثل هذه الحالة أن يشترى بقيمة التعويض

---

[1] – ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص 584 و 588.

[2] – يتفق عموم الفقهاء على أن الوقف إذا أتلفه متلف ضمن قيمته، فيؤخذ منه عوضه ويشترى بها ما يقوم مقامه. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج 4، مرجع سابق، ص 155.

ملك وقفيا جديدا مكان الوقف المغتصب، حيث يدخل في ذلك حالة تعدي الإدارة على الوقف بالاستيلاء وكذلك الأشخاص[1].

الفرع الثاني: شروط استبدال أصل الملك الوقفي

بنى الفقهاء جواز الاستبدال على توافر شروط وبضوابط أساسية حتى لا يخرج الاستبدال عن إطار المشروعية، غير أن المشرع الجزائري لم يفصل في ذلك، وهو ما لم يكن على المشرع إغفاله، لأن ضبط الاستبدال بشروط جوازه هو الذي يجعله تصرفا مشروعا، وبدون تلك الضوابط لا بد من الرجوع إلى الأصل وهو عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي.

ولا شك في أن توافر حالة من حالات الاستبدال السابق الإشارة إليها يعتبر شرطا ضروريا لمشروعية الاستبدال، إضافة إلى تبين المصلحة الراجحة من الاستبدال من جهة كفأة (أولا)، واشتراط تحقق الغبطة في العوض المترتب عن الاستبدال (ثانيا)، وكذلك إشتراط سلامة التصرف من الغبن (ثالثا).

أولا: تبين المصلحة الراجحة من الاستبدال من جهة كفأة

إن قرار الاستبدال لا يمكن أن يتخذ إلا بناءا على تبين وجود مصلحة راجحة حقيقية تدعو إلى التصرف في أصل الملك الوقفي، و المتفق عليه أنه إذا اشترط الواقف لنفسه أو للناظر الاستبدال فإنه يقوم به دون حاجة لإذن القاضي ، لأنه ثبت للواقف بالشرط ، سواء كان الموقوف عامرا أم متخربا لا ريع فيه، أما إذا لم يشترطه الواقف أو نهى عنه فلا يمكن الاستبدال إلا بإذن القاضي وفي الحالات المحددة للاستبدال[2].

---

[1] – جاء في قرار رقم 016765 مؤرخ في 12 – 07 – 2005 الصادر عن مجلس الدولة: " حيث أن قانون 91 – 10 المؤرخ في 27 – 04 – 1991 يبين أن المستفيدين بالوقف لا ينبغي أن يغيروا إرادة صاحب الملك الذي حبس الأرض على فريق (ب) للتمتع والاستغلال الدائم بها وما دامت البلدية أدمجتها في الاحتياطات العقارية فالمبالغ المحكوم بها كتعويض عن الأرض ينبغي أن تكون تحت تصرف ناظر الوقف الذي يشتري بها عقارا لنفس الغرض التي كانت عليه القطعة المحبوسة. حيث أن المادة 38 من قانون 91 – 10 تنص صراحة أن ما استحال استرجاعه وجب تعويضه وفقا للمادة 2 من نفس القانون. حيث أن ناظر الوقف يحل محل المدعين الأصليين، ويكلف بمتابعة إجراءات التعويض عن القطعة المدمجة من طرف البلدية وفتح حساب بنكي لإيداع مبالغ التعويض باعتبارها أموال محبسة وفقا للمادة 33 من قانون 91 – 10.". مجلة مجلس الدولة، 2005، العدد 07، ص 145.

[2] – ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص 586. كذلك: الحطاب، مواهب الجليل، ج 7، مرجع سابق، ص 662 – 663.

غير أنه لما أصبحت الأوقاف العامة اليوم تشرف عليها وتديرها وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، فهي بما أصبح لها من ولاية عامة على الأملاك الوقفية يثبت لها حق تقدير المصلحة والضرورة التي تجيز الاستبدال وبالتالي اتخاذ قرار الاستبدال، وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 24 من قانون الأوقاف 91 – 10 على أن تثبت حالات الاستبدال بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة، وفي هذا تأكيد على أن من يتولى تقرير الاستبدال هي السلطة الوصية والتي تكون بالنسبة للوقف العام مديرية الأوقاف على المستوى المحلي، على أن اتخاذ قرار الاستبدال يكون بعد استشارة ذوي الخبرة من مختصين في الاقتصاد والفقه الشرعي وفي القانون، وكذلك الخبراء القادرين على تقييم وضعية الملك الوقفي موضوع الاستبدال من خلال المعاينة الميدانية، إضافة إلى الاستعانة ببعض الإدارات ذات العلاقة، كمديرية أملاك الدولة خاصة في حالة استبدال الملك الوقفي عن طريق مقايضة ملك وقفي بملك للدولة، أو مديرية الفلاحة بالنسبة لاستبدال أرض زراعية، بحيث تكون لهذه المديرية بما تملكه من خبراء ومتخصصين أن تساعد على تحديد المصلحة في الاستبدال.

وبهذا الصدد تجدر الإشارة إلى إمكانية تشكيل لجنة مؤقتة متكونة من خبراء ومتخصصين لدراسة إمكانية الاستبدال، وذلك استنادا لما تنص عليه المادة 04 من القرار الوزاري رقم 29 المتعلق بإنشاء لجنة الأوقاف المركزية وتحديد مهامها وصلاحياتها، وقد صدرت المذكرة رقم 03 – 06 المؤرخة في 23 – 09 – 2006 الصادرة عن المديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية والمتعلقة بشطب الأملاك الوقفية نصت بصدد تحديد الوثائق المطلوبة لشطب الملك الوقفي على أن من بينها محضر معد من طرف لجنة خاصة لدراسة شطب ملك وقفي بحيث يوضح فيه: الوضعية الحالية للملك الوقفي، أسباب ودواعي شطب الملك الوقفي المعني، رأي أعضاء اللجنة في عملية شطب الملك الوقفي المعني، وهو ما يؤدي إلى الاعتقاد أن إعداد مثل هذا المحضر يكون بالأولوية في حالة اتخاذ قرار الاستبدال.

أما بالنسبة للملك الوقفي الخاص فالذي يقرر الاستبدال هو ناظره، ومن باب الاحتياط للوقف الذي يؤول في النهاية وقفا عاما، فلابد أن يستشير السلطة المكلفة بالأوقاف.

أما بالنسبة لدور القضاء في تقدير المصلحة الراجحة من الاستبدال وبالتالي الإذن به، فقد حددها المشرع في حالة وجود شرط من شروط الواقف يمنع ذلك، ويقدر القاضي أن في

ذلك إضرار بمصلحة الوقف والموقوف عليه طبقا للنص العام في المادة 16 من قانون الأوقاف 91 – 10 والنص الخاص المستحدث بموجب قانون 01 – 07 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف 91 – 10 في المادة 26 مكرر 4 .

كما أنه بالنسبة للاستبدال الذي يتم للضرورة العامة فقد نصت المادة 24 من قانون الأوقاف 91 – 10 على أن يتم ذلك في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية، ووفقا للمذهب المالكي الذي يجيز هذه الحالة، فإنها تتم بالاتفاق، فإن لم يكن ذلك ممكنا فإنه يتم انتزاع الملك الموقوف جبرا باللجوء إلى القضاء مع التعويض الذي يحل محل الملك الوقفي المنتزع.

ثانيا: الغبطة في العوض طبقا للسلطة التقديرية

لم يبين المشرع الجزائري شروط العوض في ما يستبدل، باستثناء حالة انعدام المنفعة بالعقار الموقوف وانتفاء إتيانه بنفع قط، فاشترط أن يعوض العقار المستبدل بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه، حيث يفهم من ذلك أن المشرع يشترط في المعاوضة في هذه الحالة أن تكون عينية، وبمفهوم المخالفة فإنه بالنسبة للحالات الأخرى يجوز أن تكون المعاوضة نقدية، بحيث يباع الموقوف أو يعوض بقيمة نقدية ويشترى بها وقفا مكانه، غير أن المماثلة التي اشترطها المشرع غير واضحة، فإذا كان لا بد من أن يكون العقار الجديد قابلا لأن ينتفع به، فهل تعني المماثلة أن يكون من نفس جنسه؟

أما بالنسبة لشرط أن يكون العقار الجديد أفضل من المستبدل، فإن ذلك يفهم على أن الجديد ينبغي أن يكون أكثر قيمة وفائدة وغلة من الموقوف المعوض، حيث لا يتصور عمليا أن يقدم أحدهم على معاوضة عقار بـأقل منه قيمته، إلا أن يكون واقفا يرغب في إنشاء وقف فيوجه إلى مثل هذا، أو أن تتم المبادلة مع أملاك الدولة[1]، وفيما عدا هذه الحالات يصبح مثل هذا الشرط مجرد عرقلة لاستبدال أصل الملك الوقفي الذي لم يعد ينتفع به، فالمقارنة بين الرضا بعين أقل تدوم معها المنفعة وبين تركها للخراب أو تضييع ثمنها بسبب عدم التمكن من شراء ما يماثلها أو أفضل من جهة أخرى، يستدعي تفضيل الاختيار الأول، مع ذلك فتطبيقا لأحكام المادة 02 من قانون الأوقاف 91 – فإنه لابد من الرجوع إلى مواقف فقهاء المذاهب الإسلامية في المسألة، فالآراء الفقهية تدور حول فكرة تقدير مصلحة الوقف والمستحقين وتحقيق مقصد

[1] – مثلا: المشروع السياحي في بني صاف يتم انجازه على أرض تملكها الدولة تم مبادلتها مع ارض موقوفة وقفا عاما.

الواقف في الانتفاع بوقفه على وجه التأبيد [1]، ولذلك يمكن القول أنه بحسب الأنفع للوقف والموقوف عليهم تتم المعاوضة العينية أو النقدية للملك الوقفي، كل ما في الأمر ينبغي أن تضبط كل منهما بشروط تتحقق بها مصلحة الملك الوقفي.

فبالنسبة للمعاوضة النقدية يشترط فيها على الأقل أن لا يكون فيها غبن فاحش، وأن يتم حفظ مبالغ البدل بما يمنع التصرف فيها إلى حين اشتراء البدل، كأن تودع خزينة المحكمة [2]، أو يفتح بالمبلغ حساب ادخار في مصرف إسلامي باسم الملك الوقفي المستبدل، وما يشترى بمال البدل لا يشترط فيه أن يكون من نفس جنس المبيع أو المعاوض، بل المهم أن تكون عين مغلة ولذلك يجوز مثلا شراء منقول بدلا من العقار إذا قدر أن في ذلك مصلحة أفضل للوقف والموقوف عليهم [3]، أما بالنسبة لحالة النزع لأجل المنفعة العامة، فيجب تحديد مصلحة الملك الوقفي بنص واضح يضمن أن تتم المعاوضة بعقار ذا قيمة تقديرية أكبر من الذي تم انتزاعه بالأولوية، فإن لم يكن ذلك ممكنا ينبغي أن يغبط الوقف في تقدير مبلغ التعويض النقدي، سواء في الاتفاق الودي مع الإدارة المكلفة بالأوقاف، حيث يجب على هذه الأخيرة تحري مصلحة الملك الوقفي وغبطته، وكذلك في حالة اللجوء إلى القضاء يقع على عاتق القاضي تحري مصلحة الملك الوقفي وغبطته في تحديد مبلغ التعويض.

---

[1] – الغبطة في العوض كشرط عند الفقهاء المالكية تقتضي أن يكون العقار المعاوض به أكثر قيمة وفائدة وغلة من الحبس المعوض، أما في حالة المبادلة التي تقتضيها الضرورة العامة فيجوز بيع العقار الموقوف وشراء بثمنه حبسا مكانه. الإمام سحنون، المدونة الكبرى، ج 15، مرجع سابق، ص 99. وعند الفقهاء الحنابلة فإنه إذا اقتضت الضرورة المبادلة، فإن أي شيء يشترى بالثمن مما يرد على الموقوف بالغلة و إن كان غير جنس ما بيع، لأن الاعتبار عندهم في دوام المنفعة ولو في عين أخرى، فإذا لم يوفي ثمن الوقف المباع في شراء وقف آخر مثله ، يوجه الثمن للمساهمة في شراء بعض مثله. ابن قدامه، المغنى و الشرح الكبير، ج 6، مرجع سابق، ص 225 و 227. والفقهاء الحنفية لم يشترطوا أن يتحد جنس البدل والمبدل غير أنهم ميزوا بين الموقوف للاستغلال والموقوف للسكن، فالأول العبرة فيه تكون بكثرة الريع وقلة المرمة والمئونة، فلو كان الموقوف حانوتا واستبدل بأرض للزراعة، وكان المحصل من الغلة مساويا للأجرة المحصل من الحانوت، فإن الأرض الزراعية ستكون أحسن لأنها أدوم و أغنى عن كافة الترميم والتعمير، بخلاف الموقوف للسكن، فلا يستبدل إلا بجنسه لظهور أن قصد الواقف الانتفاع بالسكن ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، مرجع سابق، ص 586.

[2] – لا يفضل أن تودع أموال البدل في الصندوق المركزي للأوقاف حتى لا تختلط مع غيرها من إيرادات الوقف وتنفق في غير مصرفها الذي هو شراء وقف بديل، ناهيك عما يتطلبه الحصول على المبالغ بعد إيداعها من إجراءات قد تفوت مصلحة الوقف في استغلال الفرصة المواتية و التي يتوافر فيها البدل المناسب.

[3] – شبير ويشو، مرجع سابق، ص 22 – 23.

أما بالنسبة للمعاوضة العينية خاصة بالنسبة للعقارات، فيجب أن يكون العقار المعاوض به مشهرا في المحافظة العقارية، وأن تكون قيمته التقديرية مماثلة أو أكثر من قيمة العقار المعاوض بحسب الحال، فلا ينبغي التقييد بأن يكون المستبدل بنفس قدر المبدل وقيمته، فيضيع تحقيق مقصود الواقف في دوام انتفاع الموقوف عليهم، فتتم المفاضلة بين الرضا بعين أقل تدوم معها المنفعة ويتحقق بها مقصد الواقف ، وبين تضييع الانتفاع بالكلية بسبب عدم التمكن من الحصول على ما يماثلها أو أفضل منها.

ثالثا: سلامة التصرف القانوني بالاستبدال من الغبن

الغبن هو النقص، والمراد به أن يكون أحد العوضين مقابلا بأقل ما يساويه في الأسواق[1]، فإذا كان يسيرا يغتفر، أما إن كان فاحشا فإنه يؤثر في التصرفات، والأصل العام في الشريعة والقانون عدم اعتبار الغبن سببا مستقلا لإبطال التصرف، إلا في أحوال خاصة محددة على سبيل الحصر، يراعى فيها الحرص على الأموال والمحافظة عليها مظنة إهمالها أو التواطؤ، أو التقصير أو التلاعب، فتكون بطبيعتها جديرة بمزيد من الحماية[2].

لذلك قرر الفقهاء عدم جواز الغبن في التصرفات التي يكون موضوعها أموال الوقف و المحجور عليهم وبيت المال، لأن هذه الأموال يجب أن يكون التصرف فيها في دائرة المصلحة لها، والفائدة الراجحة، لذلك فإنه يجب مراعاة ألا يكون البيع والشراء في استبدال الملك الوقفي بغبن فاحش وإلا بطل الاستبدال، لأنه في حكم التبرع بمال الوقف، وهو ما لا يجوز قطعا[3].

وبالرجوع إلى القواعد العامة فإنه طبقا لنص المادة 358 من القانون المدني فإنه إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

مع ذلك لابد من نص خاص على تعديل التصرفات القانونية التي يكون الوقف طرفا فيها للغبن، بغض النظر عن محل التصرف عقارا أو منقولا، مع تحديد كيفية رفع الغبن أخذا بعين الاعتبار الحالة التي يتم فيها الاستبدال، فإذا كان الملك الوقفي موضوع الاستبدال خربا فالمتوقع أن الرضا بشرائه لا يكون إلا بأقل من ثمن المثل، أما إذا كان الملك الوقفي

---

[1] – أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، ص 461.

[2] – نفس المرجع، ص 462 – 463.

[3] – الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، مرجع سابق، ص 470. كذلك: داغي، (تنمية موارد الوقف)، مرجع سابق، ص 31.

منتفعا به ويباع لأجل تحسين الانتفاع فالأولى تحقيق غبطة الوقف بتكملة النقص إلى ثمن المثل وإلا منح حق فسخ عقد البيع للغبن الفاحش، إذ ليس في تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل تحقيق لمصلحة الملك الوقفي.

لذلك منعا لأي غبن يضر بمصلحة الملك الوقفي لابد أن يطبق على بيع الملك الوقفي بغرض الاستبدال أحكام بيع مال ناقص الأهلية، حيث تباع أموال هذا الأخير بيعا قضائيا بالمزاد العلني، حماية لمصلحته وعدم التفريط في حقه بتهاون أو تقصير أو تلاعب، كما يتفادى بذلك أن يموت المتولي مجهلا لثمن بيع الموقوف موضوع الاستبدال [1]، إضافة إلى أن في ذلك تحري لعدم وجود تهمة في عملية الاستبدال، لأن البيع أو الشراء م من تتوفر فيهم الشبهة والتهمة فيه احتمال أن يقع غبن على الملك الوقفي.

الفرع الثالث: إجراءات استبدال أصل الملك الوقفي

لم يضع المشرع الجزائري إجراءات خاصة بالاستبدال، مما يفتح المجال واسعا أمام الجهة المكلفة بإدارة الوقف وتسييره للقيام به على النحو الذي تراه مناسبا، ولذلك عمليا تبقى ممارسة الاستبدال تخضع لإجراءات إدارية تحددها وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، وهو ما قد يقلل من تفعيل الرقابة على عمليات الاستبدال، باعتبار الوزارة هي المحددة لإجراءات الاستبدال والمنفذة له في نفس الوقت.

حيث يتم تقديم طلب الاستبدال من ناظر الملك الوقفي إلى مدير الشؤون الدينية و الأوقاف للولاية مكان تواجد العقار موضوع الاستبدال، ويقوم المدير بتكوين لجنة تتكون من وكيل الأوقاف وموظفين في الإدارة، ويوكل إليها دراسة إمكانية الاستبدال وجدواه عن طريق المعاينة والخبرة التي تتم بالاستعانة بالإدارات والهيئات المختصة، وبموافقة اللجنة على جواز الاستبدال، يصدر مدير الشؤون الدينية والأوقاف قرارا يثبت توافر إحدى حالات الاستبدال ويتم بيع الملك الوقفي المستبدل أو معاوضته بمعرفة مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، و إذا كان المستبدل عقار فإنه يتم تسجيل العقار المشترى أو المقايض في السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية، والتي تكون معفاة من رسم التسجيل وفقا لنص المادة 44 من قانون الأوقاف

[1] – القاعدة أن المتولي إذا باع عين الوقف بما له من حق الاستبدال و مات مجهلا لثمن المبيع، فإن تركته تضمن الثمن. الحريز، مرجع سابق، ص 171.

91 – 10 بالنسبة للوقف العام، ويتم وضع بطاقة خاصة للعقار الوقفي الجديد في سجل الجرد، ويعطى للملك الوقفي رقم ترتيبي طبقا لما نصت عليه التعليمة الوزارية رقم 143 المنظمة لتسيير الأملاك الوقفية المشار إليها، وبالمقابل يتم شطب العقار الوقفي المستبدل من سجل الجرد و البطاقية، حيث تأتي عملية الشطب في إطار ضبط وتحسين تسيير الأملاك الوقفية ولترشيد عملية إحصاء الأملاك الوقفية، حيث يتم الشطب عن طريق مقرر من طرف وزير الشؤون الدينية والأوقاف وباقتراح من المدير الولائي، بحيث يشار إلى مراجع المقررة الوزارية التي تبقى محفوظة ضمن ملف العقار الوقفي الذي تم تشطيبه، طبقا للتعليمة المشار إليها.

والحقيقة أن الاستبدال لابد أن يتم بمراعاة إجراءات يحددها القانون تكفل الحماية اللازمة للملك الوقفي، بوصفه طرفا ضعيفا يتعامل معه بمزيد من الحرص تماما كما عليه الحال بالنسبة لناقص الأهلية، فعدم وضع المشرع لإجراءات خاصة بالاستبدال يعد فراغا تشريعيا إذا ما تمت المقارنة مع حالة التصرف في حق الانتفاع بالإيجار العادي حيث حدد المرسوم 98 – 381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها إجراءاته بوضوح، لذلك أرى أن يأخذ بعين الاعتبار في ضبط وتحديد إجراءات الاستبدال ما يلي:

– أن يتم الاستبدال بمبادرة من السلطة الوصية على الأوقاف، أو ناظر الملك الوقفي الخاص، أو بطلب كتابي ممن يهمه الأمر، حيث تبرز أهمية هذه الحالة الأخيرة، إذا وجد من يرغب في مبادلة ملكه الخاص بملك وقفي، بحيث يكون الملك الخاص المبادل به أفضل نفعا وتحقيقا لمصلحة الوقف وأكثر قيمة في تقييم الخبراء والمختصين.

– أن يتم بيع الملك الوقفي، وفقا لإجراءات بيع ملك ناقص الأهلية، عن طريق بيع قضائي بالمزاد العلني، وفي حالة المقايضة تتم بالاتفاق مع المقايض معه، مع مراعاة تحقق مصلحة الوقف.

– إشتراط الكتابة في عقود البيع والشراء والمقايضة، وإذا كانت واردة على العقار فيجب تحريرها في عقد رسمي، وشهرها في مصلحة الشهر العقاري، مع اشتراط ثبوت أصل ملكية العقار المشترى أو المقايض به.

– أن يتم التعجيل في شراء البدل، وألا يؤخر بحجة الاستثمار، حيث يحل البدل محل المستبدل بمجرد الشراء أو المقايضة، دون حاجة إلى صيغة عقد جديدة، ولذلك فإن كل مال بدل سواء كان مال البدل ثمنا نقديا أو تعويضا أو مقابل نزع ملكية للمنفعة العامة، يحل بحكم القانون حلولا عينيا محل العين الموقوفة المستبدلة، وما يشترى بأموال البدل من عقار أو منقول يحل هو أيضا بحكم القانون محل أموال البدل، وتصير وقفا بشروط الوقف الأول [1]، وإن كان يشترط في حالة العقار أن يتم تسجيله وشهره في المحافظة العقارية كملك وقفي مقابل شطب الملك الوقفي القديم، ولابد من النص صراحة على ذلك حماية بشكل خاص للملك الوقفي الخاص، فقد يقع الاعتقاد عند الموقوف عليهم أو الواقف نفسه أن من حقهم تملك مبلغ تعويض الملك الوقفي الذي خضع للتأميم، أو قيمة تعويض الملك الوقفي المنتزع لأجل المنفعة العمومية، وهو ما من شأنه تضييع الملك الوقفي ومخالفة مقصد الواقف من وقفه.

– النص على بطلان إجراء الاستبدال الذي يتم بشكل مخالف للشروط التي يحددها القانون، ذلك أن القيمة الحقيقية لتحديد شروط الاستبدال وضوابطه تكمن في ترتيب الجزاء الملائم نتيجة مخالفتها وهو البطلان، والذي تصان به مصلحة الملك الوقفي بإعادة الوضع إلى حاله، خاصة بالنسبة لحالة الملك الوقفي الخاص.

[1] – السنهوري، الوسيط، ج 8، مرجع سابق، ص 267.

خلاصة الفصل الثالث

أخلص من خلال هذا الفصل إلى أنه إزاء ما يتصور من اعتداءات على الأملاك الوقفية سواء من قبل المتولي المنصوب عليها بمناسبة تسييره و إدارته، أو من قبل الموقوف عليهم بمناسبة انتفاعهم، أو من الأفراد ممن لا تربطهم علاقة مباشرة بالملك الوقفي بمناسبة وضعهم اليد على ملك وقفي ما بغرض إدعاء تملكه بمرور الزمن، فإن الوجود القانوني للملك الوقفي يكون مهددا، في ظل غياب حماية قانونية تمنع الاعتداء عليه ابتداءا و تعيد الحال إلى ما كان عليه إذا وقع الاعتداء.

فمتولي الوقف قد تنطوي تصرفاته في إدارة الملك الوقفي وتسييره على إهمال أو تقصير أو تواطؤ يضر بالملك الوقفي ومقصد الواقف وحتى الغير، مما يقتضي تحميل هذا الأخير المسؤولية المدنية بسبب تصرفاته الضارة بالملك الوقفي أو الغير باعتباره نائبا قانونيا عن الملك الوقفي و أمينا على أمواله، فتكون مسؤوليته شخصية ويلتزم بتعويض ما تسبب فيه من ضرر للملك الوقفي، غير أن المشرع الجزائري لم ينظم المسؤولية القانونية المترتبة على مخالفة الالتزام القانوني المفروض على متولي الوقف في حسن إدارة وتسيير الملك الوقفي، أو بسبب الاعتداء على الوجود القانوني و المادي للملك الوقفي، كما أنه لم يحل بشأنها إلى الأحكام المقررة في القواعد العامة، على الرغم من ارتباط هذه المسألة بشكل أساسي بتحصين وحماية الملك الوقفي كطرف ضعيف يحتاج إلى أن يكفل القانون له حماية خاصة في مواجهة الكافة.

وبالنسبة لما يمكن أن يقع من اعتداءات مادية على الملك الوقفي بإدعاء تملكه عن طريق الحيازة، أو اللجوء إلى التصرف في أصل الملك الوقفي عن طريق التغيير فيه، أو الاستبدال، والتي قد تقع من الواقف أو الموقوف عليهم أو حتى الأشخاص الذين ليس لهم علاقة بالملك الوقفي، فلابد من توافر أحكام قانونية واضحة وصريحة مؤهلة لحماية الملك الوقفي في مواجهة هذه الاعتداءات التي قد يكون من شأنها إنهاء وجود الملك الوقفي، فالنصوص الحالية قاصرة كلية عن منع هذه الاعتداءات أو رد الحال إلى ما كان عليه إذا حدثت.

خلاصة الباب الثاني

أخلص من خلال فصول هذا الباب إلى أن وجود أحكام قانونية تقرر الوجود القانوني للملك الوقفي، لا يمنع من احتمال مخالفة هذه الأحكام، خاصة أن الوقف من شأنه التأثير على مراكز مالية مختلفة، سواء من جهة الواقف بما يقوم به من تبرع، أو الموقوف عليهم بما يترتب لهم من حق انتفاع على حساب الورثة المستقبليين، أو على حساب بعضهم على بعض خاصة في الوقف الخاص، إضافة إلى ما يقع على متولي الملك الوقفي من واجب المحافظة على وجود الملك الوقفي.

لذلك لابد من توفر آليات قانونية فعالة يكون من شأنها ضمان المحافظة على قيمة الملك الوقفي بعد إنشائه و ضمان ديمومة استمراره في العطاء الذي رصد لأجله، حيث يفترض توفر قواعد قانونية تنظم أعمال الإدارة التي من شأنها تحقيق استدامة الملك الوقفي خاصة فيما يتعلق بتنميته، ا نطلاقا من تعريف الوقف بأنه حبس الأصل وتسبيل الثمرة، فهو في حقيقته استثمار وعملية تنموية يقصد منها إضافة أرباح إلى رأس المال لتكون المصاريف من الربح فقط، مع بقاء رأس المال محفوظا.

و لابد من جهة أخرى من توافر قواعد تبين كيفيات تثبيت الوضعية القانونية للأملاك الوقفية وتقوية مركزها القانوني بما يحصنها إزاء مختلف الأشكال المحتملة للاعتداء عليها أخذا بالاعتبار الوضعية التي توجد عليها الملكية الوقفية بالنظر للظروف التاريخية التي مرت بها.

كما يكون ضروريا تنظيم بشكل خاص لأحكام المسؤولية المترتبة على الإضرار بالملك الوقفي، حتى لا تستنزف أمواله، فتضعف قيمته ويضيع مقصده الذي وجود لأجله، والتعامل مع الملك الوقفي في هذا الخصوص بغنمه قدر الإمكان وعدم غرمه إلا استثناءا.

لذلك فإن حماية الأملاك الوقفية تتطلب إعادة النظر في القواعد المنظمة لإدارتها و آليات المحافظة عليها من الترامي و الاعتداء، فينبغي النظر إليها كطرف ضعيف، يحتاج أن يكفل لها القانون أفضل حماية في مواجهة الكافة، والشرط في التعامل معها في سبيل المحافظة على قيمتها واستمرار وجودها التعامل بشأنها بما يحقق مصلحتها و غبطتها.

الخاتمة

لقد جاءت هذه الدراسة لتشخيص الوضعية التي توجد فيها الأملاك الوقفية في الجزائر، من خلال التطرق إلى القواعد القانونية التي تحكمها على مستوى إنشاء هذا النوع من الملكية أو على مستوى المحافظة على قيمتها و استمرار وجودها.

فمن خلال هذه الدراسة تبين فعلا أن الوقف ظاهرة اجتماعية تشكل الشريعة الإسلامية مصدر مشروعيتها، بحيث يلعب الوقف دورا حيويا في تنمية المجتمعات الإسلامية، وسيظل كذلك في ظل اعتراف الدول الإسلامية بدوره و قدرته على دفع عجلة التنمية الشاملة، وبالتالي حسن تعاملها معه بتوفير الآليات القانونية الكفيلة بحماية وجوده والتشجيع على تكثير الثروة الوقفية بما يتلاءم ويغطي الحاجات المختلفة والمتزايدة للمجتمعات الإسلامية.

وقد خلصت من خلال هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج، إضافة إلى بعض الاقتراحات على النحو الآتي:

أولا: النتائج

1- تعتبر خطوة الدولة الجزائرية في تنظيم أحكام الوقف ضمن تشريع مستقل وما تلاه من تنظيم خاص لأحكام إدارته وتسييره ، وغير ذلك من النصوص التنظيمية المتعلقة به، تعبيرا عن الأهمية القانونية للملكية الوقفية ، ويعكس الرغبة الجادة في النهوض بها بعدما تعرضت له من ضياع وإهمال، بحيث تحددت من خلال قانون الأوقاف معالم نظام الوقف الجزائري.

2- يعاب على القواعد التشريعية المنظمة للملكية الوقفية أنها لم تأخذ بالاعتبار مقصد الرغبة في تجسيد إطلاق قدرات الوقف لخدمة و تنمية المجتمع ، بل انحرفت نحو تقييد حركة الوقف إلى حد مصادرته، بحيث تم إخراج تنظيم الوقف الخاص من قانون الأوقاف، إضافة إلى عدم مراعاة المستقر من القواعد العامة المقررة في القانون المدني و حتى بعض أحكام الشريعة الإسلامية التي يفترض استمداد أحكام الوقف منها، مما جعل الأحكام القانونية المقررة للوقف في وضعية غير متجانسة، وخلق تعارضا بينها.

3- إن عدم تنظيم العديد من جوانب الوقف بنصوص تشريعية و الاكتفاء بالإحالة فيها على القواعد الفقهية المقررة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، يزعزع استقرار المركز القانوني للأملاك الوقفية، وذلك بالنظر لتعدد الآراء الفقهية و تباين الاتجاهات الفقهية في ما يحال بشأنه، وحتى

على فرض الإحالة على أحكام مذهب معين، فهذا لا يخفف من حدة الإشكال بالنظر لتعدد الآراء حول المسألة الواحدة في المذهب الواحد.

4- تختلف حقيقة الوقف عند الفقهاء، وبناءا على تلك الحقيقة يختلف اجتهادهم في أحكامه، وكذلك القانون، فحقيقة الوقف عنده تبرع لازم على وجه التأبيد، فتأتي أحكامه متفقة مع هذه الحقيقة، وهذا هو الضابط في الأخذ من مذهب دون آخر، خاصة في الأحكام القضائية وفي ترك الإرادة حرة للواقفين، وإذا كان المبدأ المستقر عليه هو احترام إرادة الواقف الذي يجوز له أن يأخذ بالشروط المعمول بها في أي مذهب من المذاهب الإسلامية، فيجب مراعاة ألا تتعارض حرية الواقف مع القواعد الآمرة المرتبطة بحقيقة الوقف المقررة قانونا.

5- إن من أهم الخصائص التي يتميز بها نظام الوقف الاستمرارية في التمويل و الدعم للجهة الموقوف عليها، وقد بنا الفقهاء كثيرا من أحكام الوقف على هذه الخاصية، من ذلك وجوب بقاء أصله ومنع التصرف فيه بما يوقف استمرار نفعه، ولذلك اعتبروا انتهاء الوقف أمرا اضطراريا عارضا، فالأصل أخذ الاحتياطات لمنع انتهاء الملك الوقفي وضمان استمراره، إلا أن ذلك لا يمنع من وجود أحكام تتعلق بانهاءه لابد من أن ينص القانون عليها بصورة صريحة.

6- من حيث صياغة القواعد التشريعية المنظمة للملكية الوقفية فقد جاءت في كثير من الأحيان معيبة بالغموض، أو التناقض، أو الخطأ، أو مشوبة بالنقص، وقد ورد في بعض النصوص التنظيمية والأحكام القضائية اعتبار المال الموقوف ملكا للموقوف عليهم أو للسلطة المكلفة بالأوقاف، أو للدولة، وهو ما انعكس على تطبيق هذه النصوص على مستويي تسييرها الإداري و القضائي.

7- على الرغم من إمكانية القول أن قانون الأوقاف قد استفاد من بعض تجارب الدول الإسلامية، وطور أحكام الوقف، خاصة في المجال الاستثماري التنموي للأملاك الوقفية، إلا أنه لم يأخذ بالاعتبار اختلاف الظروف، وعدم توافر الآليات الكفيلة بتجسيد المقاصد التشريعية تطبيقيا، مما جعل النصوص التشريعية المتعلقة بالجانب التنموي للأملاك الوقفية أو تلك المتعلقة بجواز وقف المنفعة، غير ذات قيمة على المستوى التطبيقي، بل جعل بعض صيغ الاستثمار غريبة في ظل عدم وضوح تنظيمها القانوني.

8- بالنسبة للقضاء فقد جانب في كثير من الأحيان الصواب في حماية الأملاك الوقفية سواء فيما تعلق بإنشائها أو استمرار وجودها، غير أن المحكمة العليا غلب على أحكامها إقرار احترام إرادة الواقف على وفق المذهب الذي اختاره، واحترام مقتضى تأبيد الوقف و استمراره، غير أنه يعاب على قضائها أنه لم يحسن في جميع الأحوال الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وتجلى ذلك في عدم الفهم الصحيح لتلك الأحكام وبالتالي الخطأ في تطبيقها.

بالإضافة إلى هذه النتائج العامة، فقد خلصت بشكل خاص إلى مجموعة النتائج التالية:

1- فيما يخص تصرف الوقف:

أ- إن الوقف هو الوسيلة الأصلية و الأكثر شيوعا في إنشاء الملك الوقفي، وموقف المشرع الجزائري بخصوص إجازة تصرف الوقف واضح جدا، إذ ربط مشروعيته القانونية بأن يكون مؤبدا، فإذا عدل المشرع الجزائري عن موقفه وأجاز الوقف المؤقت جاز ذلك ، غير أنه يشترط في هذه الحالة أن يجعل المشرع التوقيت جزءا من معنى الوقف وحقيقته.

ب- إن الوقف تصرف قائم بذاته له أحكامه الخاصة التي تتطابق مع مضمونه وحقيقته، أما استمداد بعض أحكامه من أحكام الوصية أو الهبة فليس ذلك إلا باعتباره تصرفا تبرعيا، فما توافق من أحكام كل من الوصية والهبة مع حقيقة الوقف ومضمونه لم يمنع ذلك من استمداد أحكام الوقف قياسا عليهما فيما لم يرد به نص.

ج- لما كانت غاية الوقف استمرار تحصيل الأجر للواقف بعد مماته، فإن حماية وجوده بعد أن ينشأ صحيحا تفرضها غايته، ويكفي أن يرتبط اللزوم بطابع الوقف التبرعي، ومقصده الخيري التعبدي لترجيح الأخذ بلزوم الوقف، بما لا يجيز الرجوع فيه صراحة أو ضمنا.

2- فيما يخص تسيير و إدارة الأملاك الوقفية:

أ- إن نظام التسيير الإداري للأملاك الوقفية بنوعيه، أي الإدارة المعتادة و غير المعتادة قاصر عن الاستجابة للتحديات التي تواجه الملك الوقفي، و الأساليب المتبعة في التسيير الإداري تبدو غريبة عن الواقع و المستجدات التي تواجه الملكية الوقفية، مما يقتضي تحيين النصوص المنظمة للتسيير الإداري للأملاك الوقفية، ومن ذلك بشكل خاص تحيين قواعد الإيجار و صيغ الاستثمار الوقفي.

ب- إن نظام التسيير المالي للأملاك الوقفية يعتمد على تجميع العائدات المالية للوقف في حساب واحد هو الصندوق المركزي للوقف ليصرف منه في الأغراض المحددة قانونا، مما يجعل أموال الوقف شبيهة في ذلك بالأموال العامة، وقد تختلط بها، كما أن الآلية المتبعة لا شك أنها تتعارض مع إرادة الواقف و اشتراطاته التي يفترض أن القانون كفل احترامها، وهو ما قد يؤدي بالناس للعزوف عن وقف أموالهم خوفا من اختلاطها مع الأموال العامة أو خوفا من صرفها في غير أغراضها التي وقفت لأجلها.

ج- المفروض في الرقابة الخاصة بالوقف أن تمكن من إعطاء صورة واضحة وشفافة عن وضعيته، فضمان معرفة ما إذا كانت الأموال الوقفية تدار بشكل جيد يشجع الناس على الوقف العام، بحيث لا يكفي أن تراقب إدارة الأوقاف نفسها تنازليا، بل لابد من وجود هيئات خارجية محايدة تقوم برقابة الأوقاف خاصة من جانب المحاسبة المالية.

2- فيما يخص حماية أصل الملك الوقفي من الاعتداء عليه:

أ- قد أحسن المشرع الجزائري بنصه على بطلان التصرفات التي ترد على أصل الملك الوقفي من جهة وعلى بطلان كل شرط ينافي لزوم الوقف مع بقاء الوقف من جهة أخرى، ويتجلى من خلال ذلك الرغبة في حماية الملك الوقفي من كل شكل من أشكال المساس به وبمقتضياته.

ب- لاشك أن إجازة التصرف في أصل الملك الوقفي باستبداله مع احتمال صلاحه أولى من منع التصرف فيه مع احتمال هلاكه، فالعبرة بالمحافظة على المقصد من الوقف، لا بالمحافظة على أصل الملك الوقفي ذاته مع تضييع مقصده، وإذا كان استبدال أصل الملك الوقفي قد يخالف لفظ الواقف، فإنه إذا تم اللجوء إليه لمصلحة وقف الواقف، فسيتحقق بذلك مقصود الواقف فالعبرة بالمصلحة المحققة، كل ما في الأمر لابد من النص على الشروط والإجراءات التي تبقيه في دائرة المشروعية.

ج- إن طبيعة العمل الإداري المطلوب من الناظر القيام به يجعل مسؤوليته الإدارية قاصرة عن حماية الأوقاف العامة في مواجهته، مما يحتاج إلى تنظيم أحكام مسؤوليته المدنية، بما من شأنه حماية الملك الوقفي من أن تستنزف أمواله، وتحميله ما لا يتحمل، مما قد يؤدي إلى إنهائه نتيجة إعساره، لذلك يجب النظر إليه كطرف ضعيف يغنم ولا يغرم، و اعتبار أمواله بمنزلة أموال القاصر الذي يجب مضاعفة العناية والحرص في شؤونه.

ثانيا: الاقتراحات

1- إن أغلب القواعد المنظمة للملكية الوقفية يجب أن تكون مكملة، لأن إرادة الواقف هي القانون الأساسي للوقف، و أما القواعد الآمرة فيجب أن تنحصر في تحديد المبادئ الأساسية المستمدة من فقه الشريعة الإسلامية و التي تعبر عن حقيقة الوقف المعترف بها قانونا، بحيث لا يمكن مخالفة أحكامها حتى من إرادة الواقف نفسها، وإلا لم يحمي القانون تخصيصها.

2- ينبغي أن يكون الأصل في النصوص التشريعية المنظمة للوقف المرونة، لأن أحكام الوقف اجتهادية متطورة بتغير الزمان و المكان و الضابط في التعامل مع الوقف التصرف بما تقتضيه الغبطة الظاهرة لصالحه و لصالح الموقوف عليهم.

3- حرية الواقف في اختيار المذهب الذي يؤسس عليه وقفه، يجب ألا يتعارض مع القواعد الآمرة المرتبطة بحقيقة الوقف المقررة قانونا، وهو ما ينبغي النص عليه صراحة.

4- إن إخراج الملك الوقفي الخاص من دائرة التنظيم القانوني من شأنه أن يؤدي إلى رفع الحصانة القانونية عليه و تضييع جزء هام من الثروة الوقفية، لذلك لابد من إعادة النظر في تنظيم حماية الملكية الوقفية بأنواعها في قانون واحد، بحيث يقسم إلى قسم عام يتضمن الأحكام المشتركة للملكية الوقفية، بما في ذلك إنشاء الوقف من حيث أركانه وشروطه و من حيث آثاره، وقسمين خاصين، أحدهما يخصص لأحكام الملك الوقفي العام والآخر للأحكام الخاصة بالملك الوقفي الخاص و المشترك، والتي تتعلق بالمحافظة على قيمته وضمان استمرار وجوده.

5- لابد من وجود هيئة تتولى الرقابة على التسيير الإداري و المالي للأملاك الوقفية الخاصة، ضمانا لعدم تبديد أموالها سواء من الموقوف عليهم، أو الناظر المعين عليها، أو بتواطئ من الطرفين، في ظل عدم شعورهم بوجود جهة رقابة تحمي مصلحة الملك الوقفي الخاص الذي يؤول في النهاية إلى ملك وقفي عام.

6- أقترح أن تهتم الجهات المعنية بتشجيع إنشاء أوقاف جديدة، وفي هذا الإطار أن تضع نماذج من الوثائق الوقفية التي تضمن شرطا يشترطه الواقف للنماء، بأن تحتجز نسبة من العائدات الصافية للمال الموقوف لتزاد في أصله، فيكبر رأس المال مع الزمن وتتزايد منافعه وتنمو، ويتزايد أجر الواقف باستمرار جريان صدقته.

7- يجب تنظيم مسألة تكوين مخصصات لتعمير الملك الوقفي بنصوص تشريعية صريحة تؤكد على ضرورة اقتطاع نسبة معينة سنويا من إيرادات الأملاك الوقفية لغرض ضمان مورد مستمر لعمارة الأملاك الوقفية وتكوين احتياطي إهلاكها.

8- التأكيد على ضرورة توثيق عقود الوقف سواء كان واردا على عقار أو منقول، ففي العقار لابد من الكتابة الرسمية وفي المنقول تكفي الكتابة العرفية، والتي قد تكون في شكل اللجوء إلى اشتراط مسك مديريات الأوقاف لسجل خاص تسجل وتجرد فيه الأملاك الوقفية المنقولة.

9- جعل دين الملك الوقفي دينا ممتازا، يستوفى بالأولوية ولا يسقط بالتقادم.

10- من المستحسن في حالة تعويض الأملاك الوقفية أن يتم التعويض عينيا من أملاك الدولة، خاصة في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة أو ا لأراضي التي تعرضت للتأميم، على غرار إعطاء الأولوية للتعويض العيني للمستفيدين من الأراضي المؤممة.

في الأخير أرى أنه ما دام فقه الوقف يقوم على الاجتهاد الذي يتغير بتغير الظروف، ومادامت النصوص التي يستأنس بها في الحديث عنه مجالا للنظر والاستنباط، فهذا يقتضي من المشرع أن يبذل ما في وسعه مستعينا بالمتخصصين من فقهاء الشريعة الإسلامية ومن قانونيين و خبراء اقتصاديين، لاستخراج الأحكام التي تجعل من الوقف قوة فاعلة في تحقيق تنمية المجتمع الجزائري بما يتلاءم ومستجدات العصر، فالنصوص القانونية الحالية في الجزائر لا تجسد حماية فعالة للأملاك الوقفية بما يسمح بالاستفادة من هذه الأخيرة في المساهمة في عملية التنمية الشاملة و تحقيق التكافل الاجتماعي داخل المجتمع الجزائري، لذلك لابد من توفير غطاء قانوني يحيط بجميع جوانب الوقف ويراعي خصوصيته، ويكون من مقاصده إطلاق قدرات الوقف.

وفي هذا الإطار بالإضافة إلى ما أشرت إليه في متن البحث من ملاحظات حول بعض النصوص القانونية وضرورة تعديلها، أرى ضرورة تحيين القواعد التشريعية المنظمة للملكية الوقفية بإعادة صياغة قانون الأوقاف جملة، و الاهتمام بجودة الصياغة وسلامتها من العيوب، بما في ذلك مراعاة امتدادات الوقف إلى باقي فروع القانون وبالتالي ضرورة تعديل هذه القوانين بما يستوعب خصوصية الوقف و مقاصده التي وجد لأجل تحقيقها، وهو ما من شأنه ضمان شمولية تنظيم أحكام الوقف، بعيدا عن التضارب في الأحكام القانونية حول نفس المسألة.

قائمة المصادر و المراجع

أولا: المصادر

1- المصادر الشرعية

أ- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

ب- كتب الحديث

-أبي الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، 2006.

2- المصادر الرسمية

أ- الدساتير

- دستور الجزائر لسنة 1989.

ب- الأوامر والقوانين

1 -الأمر رقم 66 – 102 المؤرخ في 06 ماي 1966المتضمن انتقال الأملاك الشاغرة إلى الدولة، (الجريدة الرسمية رقم 36، مؤرخة في 06 – 05 – 1966.).

2 -الأمر رقم 71 – 73 المؤرخ في 08 – 11 – 1971 المتضمن الثورة الزراعية، (الجريدة الرسمية رقم 97، مؤرخة في 30 – 11 – 1971.).

3 -الأمر رقم 75 – 17 الصادر بتاريخ 16 صفر عام 1395 الموافق 27 فبراير سنة 1975 المصادق بموجبه على الاتفاقية المتعلقة بإنشاء البنك الإسلامي للتنمية الموقعة بجدة في 24 رجب عام 1394 الموافق ل 12 غشت سنة 1974، (الجريدة الرسمية رقم 22، مؤرخة في 05 ربيع الأول عام 139(الموافق 18 مارس سنة 1975.).

4 -الأمر 75 – 74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري مؤرخ في: 08 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر 1975، (الجريدة الرسمية رقم 92، مؤرخة في 18 – 11 – 1975.).

5 -القانون المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 الذي مدد العمل بالقوانين الفرنسية، (الجريدة الرسمية رقم 02، مؤرخة في 11 – 01 – 1963.).

6 قانون رقم 84 – 11 مؤرخ في: 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، (الجريدة الرسمية رقم 24، مؤرخة في 12 يونيو سنة 1984.).
7 قانون رقم 90 – 25 مؤرخ في: أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق ل 18 نوفمبر سنة 1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم، (الجريدة الرسمية رقم 49، مؤرخة في 18 نوفمبر سنة 1990.).
8 قانون رقم 90 – 29 المتعلق بالتهيئة والتعمير مؤرخ في: 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990، (الجريدة الرسمية رقم 52، مؤرخة في 02 ديسمبر 1990.).
9 قانون الأوقاف 91 – 10 مؤرخ في: 12 شوال عام 1411 الموافق ل 27 أبريل سنة 1991، (الجريدة الرسمية رقم 21، مؤرخة في 08 مايو سنة 1991.).
10 – قانون رقم 01 – 07 مؤرخ في: 28 صفر عام 1422 الموافق ل 22 مايو سنة 2001، معدل ومتمم لقانون الأوقاف 91 – 10، (الجريدة الرسمية رقم 29، مؤرخة في 23 مايو سنة 2001.).
11 – قانون رقم 02 – 10 مؤرخ في: 11 شوال عام 1423 الموافق ل 15 ديسمبر سنة 2002، معدل ومتمم لقانون الأوقاف 91 – 10، (الجريدة الرسمية رقم 83، مؤرخة في 15 ديسمبر سنة 2002.).
12 – القانون 07 – 02 المتعلق بمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري مؤرخ في: 09 صفر عام 1428 الموافق 27 فبراير 2007، (الجريدة الرسمية رقم 15، مؤرخة في 28 فيفري 2007.).
13 – القانون 07 – 05 مؤرخ في: 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2009، يعدل ويتمم القانون المدني، (الجريدة رسمية رقم 31، مؤرخة في 13 – 05 – 2007.).

14 - قانون رقم 08 - 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مؤرخ في: 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، (الجريدة الرسمية رقم، 21 مؤرخة في 23 أفريل 2008.).

ج- المراسيم

1 -المرسوم 63 – 88 المؤرخ في 18 مارس 1963 المتعلق بتنظيم الأملاك الشاغرة، (الجريدة الرسمية رقم 15، مؤرخة في 22 – 03 – 1963.).

2 -المرسوم 63 – 388 المؤرخ في 01 أكتوبر 1963 المتعلق بتأميم المنشآت الزراعية التابعة للأشخاص المعنويين أو الطبيعيين الذين لا يتمتعون بالجنسية الجزائرية، (الجريدة الرسمية رقم 73، مؤرخة في 04 – 10 – 1963.).

3 -المرسوم 64 – 283 المؤرخ في 17 سبتمبر 1964 المتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة، (الجريدة الرسمية رقم 35، مؤرخة في 25 – 09 – 1964.).

4 -المرسوم 76 – 62 مؤرخ في: 24 ربيع الأول عام 1396 الموافق 25 مارس سنة 1976، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام، (الجريدة الرسمية رقم 30، مؤرخة في 13 أفريل 1976.).

5 -المرسوم 83 – 352 الذي يسن إجراءات لإثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية مؤرخ في: 08 شعبان عام 1403 الموافق 21 مايو 1983، (الجريدة الرسمية رقم 21، المؤرخة في 24 مايو 1983.).

6 -المرسوم التنفيذي 91 – 454 مؤرخ في: 07 رمضان عام 1411 موافق ل 23 مارس سنة 1991 يتعلق ببناء المسجد وتنظيمه وتسييره وتحديد وظيفته، (الجريدة الرسمية رقم 16، مؤرخة في 10 أبريل 1991.).

7 -المرسوم التنفيذي 91 – 254 المتضمن كيفية إعداد شهادة الحيازة وتسليمها مؤرخ في: 15 محرم عام 1412 موافق 27 يوليو سنة 1991، (جريدة رسمية رقم 36، مؤرخة في 31 يوليو 1991.).

8 -المرسوم التنفيذي 91 – 81 مؤرخ في: 16 جمادى الأولى عام 1412 الموافق 23 نوفمبر سنة 1991 يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كيفيات ذلك، (الجريدة الرسمية رقم 60، مؤرخة في 24 نوفمبر 1991.).

9 -المرسوم التنفيذي 91 – 82 مؤرخ في: 07 رمضان عام 1411 الموافق 23 مارس 1991، يتضمن إحداث مؤسسة المسجد، (الجريدة الرسمية رقم 16، مؤرخة في 10 أبريل 1991.).

10 – المرسوم التنفيذي 91 – 83 مؤرخ في: 07 رمضان عام 1411 الموافق 23 مارس 1991، يتضمن إنشاء نظارة الشؤون الدينية في الولاية وتحديد تنظيمها، (الجريدة الرسمية رقم 16، مؤرخة في 10 أبريل 1991.).

11 – المرسوم التنفيذي 91 – 114 مؤرخ في: 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991، يتضمن القانون الأساسي الخاص بعمال قطاع الشؤون الدينية، (الجريدة الرسمية رقم 20، مؤرخة في أول مايو 1991.).

12 – المرسوم 92 – 134 مؤرخ في: 4 شوال عام 1412 الموافق 07 أفريل سنة 1992 يعدل ويتمم المرسوم رقم 76 – 62 المعدل والمتمم والمتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، (الجريدة الرسمية رقم 26، مؤرخة في 08 أفريل 1992.).

13 – المرسوم التنفيذي 94 – 69 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار مؤرخ في: 07 شوال عام 1414 الموافق 19 مارس سنة 1994، (الجريدة رسمية رقم 17، مؤرخة في 30– 03 – 1994.).

14 – المرسوم التنظيمي رقم 96 – 119 مؤرخ في: 18 ذي القعدة عام 1416 موافق 06 أبريل سنة 1996، يحدد كيفيات تطبيق المادة 11 من الأمر رقم 95 – 26 المعدل والمتمم للقانون 90 – 25 المتضمن التوجيه العقاري، (الجريدة الرسمية رقم 22 مؤرخة في 10 أبريل 1996.).

15 – المرسوم التنفيذي رقم 98 – 381 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وحمايتها وكيفيات ذلك مؤرخ في: 12 شعبان عام 1419 الموافق لأول من ديسمبر سنة 1998، (الجريدة الرسمية رقم 90، مؤرخة في: 02 ديسمبر 1998.).

16 - المرسوم التنفيذي 2000 – 146 مؤرخ في: 25 ربيع الأول عام 1421 الموافق 28 يونيو سنة 2000، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف (الجريدة الرسمية رقم 38، مؤرخة في 02 يوليو 2000.).
17 - المرسوم التنفيذي 2000 – 200 مؤرخ في: 24 ربيع الثاني عام 1421 الموافق 26 يوليو سنة 2000، يحدد قواعد تنظيم الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها، (الجريدة الرسمية رقم 47، مؤرخة في 02 غشت 2000.).
18 - المرسوم التنفيذي رقم 2000 – 336 المستحدث لوثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها مؤرخ في: 28 رجب عام 1421 الموافق 26 أكتوبر 2000، (الجريدة الرسمية رقم 64، مؤرخة في 31 أكتوبر 2000.).
19 - المرسوم التنفيذي 2000 – 371 مؤرخ في: 22 شعبان عام 1421 الموافق 18 نوفمبر سنة 2000، يتضمن إحداث المفتشية العامة في وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف وتنظيمها وسيرها (الجريدة الرسمية رقم 69، مؤرخة في 21 نوفمبر 2000.).
20 - المرسوم الرئاسي رقم 01 – 107 مؤرخ في 02 صفر عام 1422 الموافق 26 أبريل سنة 2001، (الجريدة الرسمية رقم 25، مؤرخة في 29 أبريل 2001.).
21 - المرسوم التنفيذي رقم 03 – 51 مؤرخ في الموافق 04 فيفري سنة 2003 يحدد كيفيات تطبيق المادة 08 مكرر من قانون الأوقاف 91 – 10، (الجريدة الرسمية رقم 08 مؤرخة في 05 فبراير 2003.).
22 - المرسوم الرئاسي رقم 05 – 104 المصادق على اتفاقية التعاون بين الجمهورية الجزائرية و المملكة العربية السعودية في مجال الشؤون الإسلامية والأوقاف الموقعة بالرياض في 01 – 01 – 2003 مؤرخ في 31 – 03 – 2005 النشرة الرسمية، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، السداسي الأول لسنة 2005.
23 - المرسوم التنفيذي رقم 05 – 427 مؤرخ في: 05 شوال عام 1426 الموافق 07 نوفمبر سنة 2005، (الجريدة الرسمية رقم 73، مؤرخة في 09 نوفمبر 2005.).

24 - المرسوم التطبيقي رقم 08 – 147 المتعلق بالتحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية مؤرخ في: 13 جمادى الأولى عام 1429 الموافق 19 مايو سنة 2008، (الجريدة الرسمية رقم 26، مؤرخة في 25 مايو 2008.).

25 - المرسوم التنفيذي 08-411 مؤرخ في: 26 ذي الحجة عام 1429 الموافق 24 ديسمبر سنة 2008، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالشؤون الدينية والأوقاف، (الجريدة الرسمية رقم 73، مؤرخة في 28 ديسمبر 2008.).

د- القرارات

1 القرار الوزاري رقم 29 المؤرخ في 21 فيفري 1999 المنشأ للجنة الأوقاف المركزية والمحدد لمهامها وصلاحياتها.

2 القرار المتعلق بتحديد كيفيات ضبط الإيرادات والنفقات الخاصة بالأملاك الوقفية صادر عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف، مؤرخ في: 05 محرم عام 1421 الموافق 10 أبريل سنة 2000، (الجريدة الرسمية رقم 29، مؤرخة في 07 مايو 2000.).

3 قرار مشترك بين الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف والوزير المكلف بالمالية يحدد شكل ومحتوى السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية المحدث لدى مصالح الحفظ العقاري صادر بتاريخ 15 نوفمبر 2003، (الجريدة الرسمية رقم 71، مؤرخة في 19 نوفمبر 2003.).

4 قرار رقم 140 (15/6)، مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الخامسة عشرة بمسقط في الفترة الممتدة بين 06 – 11 مارس 2004.

هـ- المناشير

1 المنشور الوزاري المشترك رقم 011 المؤرخ في: فاتح رجب عام 1412 الموافق لـ 06 يناير 1992.

2 المنشور رقم 56 المؤرخ في 05 أوت 1996 المتعلق بتوسيع دائرة الاهتمام بالأملاك الوقفية العقارية.

و- التعليمات والمذكرات

1 -التعليمة الوزارية رقم 37 – 96 المؤرخة في 12 – 06 – 1996 الصادرة عن وزير الشؤون الدينية المتعلقة بكيفية دفع إيجار الأوقاف.

2 -التعليمة رقم 03 – 96 المؤرخة في 13 – 08 – 1996 الصادرة عن مديرية الأوقاف المتضمنة طريقة دفع إيجار الأوقاف.

3 -التعليمة الوزارية رقم 143 مؤرخة في 03 أوت 2003 عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف محددة لوسائل الجرد.

4 -المذكرة رقم 01 – 06 المؤرخة في 12 – 04 – 2006 الصادرة عن مديرية الأوقاف والحج والعمرة تؤكد على ضرورة التصدي للإيجارات التي تتم بمبالغ رمزية.

ثانيا: المراجع

-المراجع باللغة العربية

1- معاجم اللغة

1 -ابن منظور، لسان العرب، المجلد السادس، التاسع، العاشر، الحادي عشر و الخامس عشر، دار صادر، بيروت، (د.ت).

2 -الأزهري أبي منصور محمد بن أحمد، تهذيب اللغة، تحقيق عبد السلام هارون ومحمد علي النجار، ج 9، الدار المصرية للتأليف و الترجمة، القاهرة، (د.ت).

3 -مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.

2- الكتب

أ -الكتب العامة

1 -ابن الهمام كمال الدين محمد، شرح فتح القدير، ج 6، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

2 -ابن تيميه تقي الدين، الفتاوى الكبرى، تحقيق محمد ومصطفى عبد القادر عطا، ج 4، دار الكتب العلمية، لبنان، 1987.

3 -ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، ج 6، دار عالم الكتب، الرياض، (د.ت).

4 -ابن مفلح الحنبلي أبي اسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المبدع في شرح المقنع، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، ج 5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.

5 -أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ت).

6 -أبي زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، ج 4، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 2003.

7 -اسماعيل يحي عيسى عبده أحمد، الملكية في الإسلام، دار المعارف، القاهرة، (د.ت).

8 -البهوتي منصور بن يونس، كشاف القناع عن الإقناع، تحقيق لجنة متخصصة في وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، ج 10، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، 2007.

9 -التسولي أبي الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998.

10 - الجلال السيوطي، الفتح الكبير في ضم الزيادة إلى الجامع الصغير، ترتيب يوسف النبهاني، ج 2، دار الكتاب العربي، بيروت، (د.ت).

11 - الحطاب أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه وصححه الشيخ زكريا عميرات، ج 7، دار عالم الكتب، (دون بلد نشر)، (د.ت).

12 - الخرشي أبي عبد الله محمد، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج 7، ط 2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1899.

13 - الخفيف علي، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، مصر، 1996.

14 - الخفيف علي، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.

15 - الدردير أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ضبطه مصطفى كمال وصفي، ج 4، دار المعارف، مصر، (د.ت).
16 - الدسوقي شمس الدين محمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، دار إحياء الكتب العربية، مصر، (د.ت).
17 - الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 5، ط 3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
18 - الزحيلي وهبة، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج 2، ط 2، دار الفكر، دمشق، 2006.
19 - الزحيلي وهبه، نظرية الضمان، ط 9، دار الفكر، دمشق، دار الفكر المعاصر، بيروت، 2012.
20 - الزحيلي وهبه، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج 9، ط 3، دار الفكر، 2012.
21 - الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، دار القلم، دمشق، 1998.
22 - السرخسي شمس الدين، المبسوط، ج 12، دار المعرفة، بيروت، 1989.
23 - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، الثاني، السادس، السابع والثامن، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
24 - الغزالي محمد بن محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق أحمد محمود إبراهيم، ج 4، دار السلام للطباعة والنشر، (دون بلد)، 1997.
25 - القرافي أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي، الفروق، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998.
26 - القرافي شهاب الدين أحمد، الذخيرة، تحقيق سعيد أعراب، ج 6، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994.

27 – القليوبي شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة وعميرة شهاب الدين أحمد البرلسي، حاشيتا القليوبي وعميرة على كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، ج 3، ط 3، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1956.

28 – الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.

29 – المرداوي علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، صححه وحققه محمد حامد الفقي، ج 7، (دون دار نشر)، 1956.

30 – النسفي أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود، البحر الرائق، ج 5، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.

31 – الهروس جواد، الحيازة والاستحقاق في الفقه المالكي و التشريع المغربي، مطبعة الكرامة، الرباط، 2009.

32 – الوافي فيصل، السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2010.

33 – الونشريسي أبي العباس أحمد بن يحي، المعيار المعرب، ج 7، نشر وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1981.

34 – بن عبيدة عبد المجيد، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، دار هومه، الجزائر، ط 5، 2006.

35 – بن قدامه موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد، الكافي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث و الدراسات العربية والإسلامية بدار هجر، ج 3، هجر للطباعة والنشر، مصر، 1997.

36 – بن قدامه موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد و ابن قدامه المقدسي شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد، المغنى ويليه الشرح الكبير، ج 6، ط 2، دار الكتاب العربي، مصر، 1928.

37 - بن محمد العمري فهد بن عبد الله، نزع الملكية الخاصة و أحكامها في الفقه الإسلامي، طبع الإدارة العامة للثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 2003.

38 - بن ملحه الغوثي، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.

39 - بوضرسة عبد الوهاب، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظري و التطبيق، دار هومه، الجزائر، 2005.

40 - بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، دار ريحانة، الجزائر، (د.ت).

41 - تناغو سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.

42 - حسنين محمد، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

43 - حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة، ط 4، دار هومه، الجزائر، 2006.

44 - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الجزائر، 2009.

45 - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، ط 10، دار هومه، الجزائر، 2010.

46 - حمدي باشا عمر، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الجزائر، 2013.

47 - حمدي باشا عمر و زروقي ليلى، المنازعات العقارية، ط 11، دار هومه، الجزائر، 2009.

48 - خلفوني مجيد، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2008.

49 - خلفوني مجيد، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، ط 2، دار هومه، الجزائر، 2008.

50 - دنيا أحمد شوقي، تمويل التنمية في الاقتصاد الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1984.

51 – سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى للإمام مالك بن انس، ج 15، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ.
52 – سعيدوني ناصر الدين، دراسات في الملكية العقارية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
53 – شعوة هلال، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
54 – صقر نبيل، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، الجزائر، 2008.
55 – صقر نبيل، التقادم في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2012.
56 – طلبه ليلى، الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الجزائر، 2010.
57 – عجة الجيلالي، أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها، دار الخلدونية، الجزائر، (د.ت).
58 – فيلالي علي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011 .
59 – منصوري نورة، هبة العقار في التشريع، دار الهدى، الجزائر، 2010.
60 – يحياوي أعمر، نظرية المال العام، ط 3، دار هومه، الجزائر، 2005.

ب-الكتب الخاصة

1 -أبا الخيل سليمان بن عبد الله، الوقف في الشريعة الإسلامية، جامعة نايف العربية، الرياض، 2008.
2 -أبو دنيا عبد المنعم صبحي، نظام الوقف في الإسلام و أثره في الدعوة إلى الله تعالى، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
3 -أبو زهرة محمد، محاضرات في الوقف، ط 2، دار الفكر العربي، 1972.
4 -الصبيحي عبد الرزاق، الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية، مطبعة الأمنية، الرباط، 2009.
5 -الأبياني محمد زيد، مباحث الوقف، ط 2، مطبعة سكر، مصر، 1912.
6 -الحداد أحمد بن عبد العزيز، من فقه الوقف، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، 2009.

7 #الحسني هاشم معروف، كتاب الوصاية و الأوقاف في الفقه الإسلامي، دار القلم، لبنان، 1980.
8 #الخصاف أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني، أحكام الأوقاف، تصحيح ديوان عموم الأوقاف المصري، مطبعة ديوان عموم الأوقاف المصرية، مصر، 1946.
9 #السدلان صالح بن غانم، أحكام الوقف والوصية و الفرق بينهما، دار بلنسية، (دون بلد)، 1992.
10 - الريسوني أحمد، الوقف الإسلامي: مجالاته و أبعاده، منشورات المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم و الثقافة، مطبعة فضالة، المحمدية، 2001.
11 - الزحيلي وهبه، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، بيروت، 1998.
12 - الزرقا مصطفى أحمد، أحكام الوقف، الجزء الأول، ط 2، دار عمار، عمان، 1998.
13 - الطرابلسي برهان الدين إبراهيم، الإسعاف في أحكام الأوقاف، ط 2، مطبعة هندية، مصر، 1902.
14 - العبيدي إبراهيم عبد اللطيف، استبدال الوقف رؤية شرعية اقتصادية قانونية،، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، الإمارات العربية المتحدة، 2009.
15 - العدوي المالكي محمد حسنين مخلوف، منهج اليقين في بيان أن الوقف الأهلي من الدين، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، مصر، 1932.
16 - الغندور أحمد وشعبان زكي الدين، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1984.
17 - القضاة منذر عبد الكريم، أحكام الوقف (دراسة قانونية فقهية مقارنة)، دار الثقافة، الأردن، 2011.

18 – الكبيسي محمد عبيد عبد الله، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول والثاني، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977.
19 – بن صالح الصالح محمد بن أحمد، الوقف في الشريعة الإسلامية و أثره في تنمية المجتمع، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 2001.
20 – بن عبد الله محمد بن عبد العزيز، الوقف في الفكر الإسلامي، الجزء الأول، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1996.
21 – بن عزوز عبد القادر وولد خسال سليمان، أحكام الهبة والوقف والوصية والميراث، دار ابن طفيل، الجزائر، 2011.
22 – بوضياف عبد الرزاق بن عمار، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، دار الهدى، الجزائر، 2010.
23 – حريز سليم، الوقف دراسات و أبحاث، منشورات الجامعة اللبنانية، بيروت، 1997.
24 – حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة – الوصية – الوقف)، دار هومه، الجزائر، 2004.
25 – رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومه، الجزائر، 2004.
26 – زين الدين عبد المنعم، ضوابط المال الموقوف، دار النوادر، سورية، لبنان، الكويت، 2012.
27 – سراج محمد أحمد، أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي و القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
28 – سعيدوني ناصر الدين، دراسات تاريخية في الملكية و الوقف و الجباية، دار الغرب الإسلامي، الجزائر، 2001.
29 – شلبي محمد مصطفى، أحكام الوصايا والأوقاف، ط 4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1982.

30 - شيخ نسيمه، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة، الوصية، الوقف)، دار هومه، الجزائر، 2012.
31 - فراج حسين أحمد، أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
32 - فراج حسين أحمد و إمام محمد كمال الدين، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
33 - قحف منذر، الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تنميته، ط 2، دار الفكر، دمشق، 2006.
34 - محمد السعد أحمد و العمري محمد علي، الاتجاهات المعاصرة في تطوير الاستثمار الوقفي، نشر الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، 2000.
35 - محمد شتا أبو سعد داليا، الشخصية الاعتبارية للوقف، دار الفكر العربي، مصر، 2001.
36 - مسقاوي عمر، محاضرات في الوقف ومؤسسات الوقف في الشريعة والقانون والاجتهاد اللبناني، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
37 - منصور سليم هاني، الوقف ودوره في المجتمع الإسلامي المعاصر، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، 2004.
38 - يكن زهدي، الوقف في الشريعة و القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1388 هـ.
39 - يكن زهدي، أحكام الوقف، المطبعة العصرية للطباعة والنشر، بيروت، (د.ت).
40 - يونس محمد محمد رافع، متولي الوقف، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، .2008

3- الأطروحات و الرسائل الجامعية

1 الشعيب خالد عبد الله، دكتوراه النظارة على الوقف، سلسلة الرسائل الجامعية، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، 2006.

2 المهدي محمد عطية، نظام النظارة على الأوقاف في الفقه الإسلامي والتطبيقات المعاصرة (النظام الوقفي المغربي نموذجا)، رسالة دكتوراه منشورة ضمن سلسلة الرسائل الجامعية، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، 2011.

3 بن عزوز عبد القادر، فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام (دراسة تطبيقية عن الوقف الجزائري)، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص الفقه وأصوله، نوقشت بكلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2003 – 2004.

4 بوضياف عبد الرزاق، إدارة أموال الوقف و سبل استثماره في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، تخصص علوم إسلامية، نوقشت بجامعة باتنة، السنة الدراسية 2005 – 2006.

5 عبد الباقي إبراهيم محمود، دور الوقف في تنمية المجتمع المدني، سلسلة الرسائل الجامعية، رسالة دكتوراه، نشر الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، 2006.

6 بن شقرون علي، المؤسسة القانونية للوقف من خلال بعض أدوار الأحباس في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، نوقشت بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بكلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية، فاس، 1990 – 1991.

7 بن مشرنن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، نوقشت بكلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011 – 2012.

8 زردوم بن عمار صورية، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العقاري، نوقشت بكلية الحقوق بجامعة باتنة، الموسم الجامعي 2009 – 2010.

9 سالمي موسى، التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2003.

4- مساهمات المؤتمرات، المنتديات، الملتقيات والندوات

1 أبو ليل محمود أحمد، (أثر الاجتهاد في تطور أحكام الوقف)، بحث مقدم في ندوة الوقف الإسلامي، منظمة بكلية الشريعة و القانون بدولة الإمارات، في الفترة من 06 – 07 ديسمبر 1997.

2 إدريس عبد الفتاح محمود، (وقف المنافع)، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الثاني للأوقاف، المنعقد بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2006.

3 البيومي غانم إبراهيم، (التكوين التاريخي لوظيفة الوقف في المجتمع العربي)، ندوة نظام الوقف و المجتمع المدني في الوطن العربي، نظمها مركز دراسات الوحدة العربية و الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، بيروت، 2001.

4 الحجيلي عبد العزيز بن مطيع، (الوقف الأهلي كوثيقة تأمين لصالح الذرية)، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، المنعقد بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة في الفترة ما بين 03 و 05 يناير 2010.

5 الحداد أحمد بن عبد العزيز، (الوقف الذري وأحكامه)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني، الذي نظمته الأمانة العامة للأوقاف بالكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، الكويت، في الفترة من 08– 10 مايو 2005.

6 الجواهري حسن، (وقف السندات و الصكوك والحقوق المعنوية و المنافع)، بحث مقدم لأعمال الدورة التاسعة عشرة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقد بإمارة الشارقة بتاريخ 26 أفريل 2009.

7 الرفاعي حسن محمد، (وقف العمل المؤقت في الفقه الإسلامي)، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الثاني للأوقاف، المنعقد بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2006.

8 الزحيلي محمد مصطفى، (ملكية أعيان الوقف بين مقاصد التشريع ومثالب السيطرة)، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، المنعقد بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة في الفترة ما بين 03 و 05 يناير 2010.

9 الزريقي جمعه محمود، (الوقف الذري، الواقع والآفاق (دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون))، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الثاني، الذي نظمته الأمانة العامة

للأوقاف بالكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، بالكويت، في الفترة من 08 – 10 مايو 2005.

10 – الزريقي جمعه محمود، (تعمير أعيان الوقف واختلاف وسائله قديما وحديثا)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الخامس، الذي تنظمه رئاسة الشؤون الدينية التركية و المديرية العامة للأوقاف التركية بالتعاون مع الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت و البنك الإسلامي للتنمية بجدة، الجمهورية التركية، في الفترة بين 13 – 15 مايو 2011.

11 – الشامسي جاسم علي سالم، (مسائل قانونية في أحكام الوقف)، بحث مقدم لندوة الوقف الإسلامي المنعقدة بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، خلال الفترة من 06 – 07 ديسمبر 1997.

12 – الشعيب خالد عبد الله، (استثمار أموال الوقف)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الذي تنظمه الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية بجدة، الكويت في الفترة ما بين 11 و 13 أكتوبر 2003.

13 – الضرير الصديق محمد، (ديون الوقف)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الذي تنظمه الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية بجدة، الكويت في الفترة ما بين 11 و 13 أكتوبر 2003.

14 – الطريقي عبد الرحمان بن علي، (توثيق الوقف)، بحث مقدم ضمن المؤتمر الدولي الثاني للأوقاف، المنعقد بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2006.

15 – العثمان عبد المحسن، (تجربة الوقف في دولة الكويت)، مساهمة ضمن ندوة نظام الوقف في التطبيق المعاصر(نماذج مختارة من تجارب الدول والمجتمعات الإسلامية)، منشورات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية والأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، 2003.

16 – الفعر الشريف حمزة بن حسين، (وقف الأسهم)، بحث ضمن أعمال الدورة التاسعة عشرة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقدة بدولة الإمارات العربية المتحدة (الشارقة)، في الفترة الممتدة بين 26 – 30 أبريل 2009.

17 – القرني إبتسام بالقاسم عايض، (الوقف بين حكم ملك الله تعالى والملكية العامة)، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، المنعقد بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة في الفترة ما بين 03 و 05 يناير 2010.

18 – المهدي محمد سعيد، (يد ناظر الوقف بين الأمانة والضمان)، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، المنعقد بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة في الفترة ما بين 03 و 05 يناير 2010.

19 – الناجي لمين، (مخالفة شرط الواقف، المشكلات و الحلول)، بحث مقدم ضمن أعمال المؤتمر الثاني للأوقاف، المنعقد بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2006.

20 – النجار عبد الله مبروك، (ولاية الدولة على الوقف)، بحث مقدم للمؤتمر الثاني للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، المنعقد بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2006.

21 – اليحي تركي بن محمد، (تمويل إنشاء الأوقاف الاستثمارية عن طريق القرض الحسن)، بحث مقدم لمؤتمر العمل الخيري الخليجي الثالث، بدبي، في الفترة بين 20 – 22 يناير 2008.

22 – آق كوندوز أحمد، (إعمار الأوقاف وأحكامه في الفقه الإسلامي)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الخامس، الذي تنظمه رئاسة الشؤون الدينية التركية و المديرية العامة للأوقاف بالتعاون مع الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت الجمهورية التركية، في الفترة بين 13 – 15 مايو 2011.

23 – آل خنين عبد الله بن محمد، (الأصول الإجرائية لإثبات الأوقاف)، بحث مقدم ضمن أعمال ندوة الوقف و القضاء، المنعقدة بالرياض في الفترة بين 20 – 22 مارس 2005.

24 – آل خنين عبد الله محمد بن سعد، (ضبط تصرفات نظار الأوقاف من قبل القضاء)، بحث مقدم ضمن المؤتمر الدولي الثاني للأوقاف، المنعقد بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2006.

25 – بانقا الخليفة الطيب صالح، (تجربة الوقف في السودان)، مساهمة ضمن ندوة نظام الوقف في التطبيق المعاصر(نماذج مختارة من تجارب الدول والمجتمعات

الإسلامية)، منشورات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية والأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، 2003.

26 – بن حموش مصطفى أحمد، (الوقف وتنمية المدن من التراث إلى التحديث)، بحث مقدم لندوة الوقف الإسلامي المنعقدة بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، خلال الفترة من 06 – 07 ديسمبر 1997.

27 – بن سعود خالد، (تطبيق عقد البناء و التشغيل والإعادة في تعمير المرافق العامة و الأوقاف)، بحث مقدم ضمن أعمال الدورة التاسعة عشرة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، دولة الإمارات العربية المتحدة (الشارقة)، المنعقد خلال الفترة الممتدة بين 26 – 30 أفريل 2009.

28 – بن عزوز عبد القادر، (ولاية الدولة لشؤون الوقف)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الخامس، الذي تنظمه رئاسة الشؤون الدينية التركية والمديرية العامة للأوقاف التركية بالتعاون مع الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت و البنك الإسلامي للتنمية بجدة، الجمهورية التركية، في الفترة بين 13 – 15 مايو 2011.

29 – خزنة هيثم عبد الحميد، (انتهاء الوقف الخيري)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية السادس، الذي تنظمه وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر بالتعاون مع الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت والبنك الإسلامي للتنمية بجدة، بالدوحة – دولة قطر، في الفترة ما بين 13 – 14 مايو 2013.

30 – داغي علي محي الدين القرة، (ديون الوقف)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الذي تنظمه الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية بجدة، الكويت في الفترة ما بين 11 و 13 أكتوبر 2003.

31 – داغي علي محي الدين القرة، (وسائل إعمار أعيان الوقف)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الخامس، الذي تنظمه رئاسة الشؤون الدينية التركية و المديرية العامة للأوقاف التركية بالتعاون مع الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت و البنك الإسلامي للتنمية بجدة، الجمهورية التركية، في الفترة بين 13 – 15 مايو 2011.

32 – دنيا شوقي أحمد، (مجالات وقفية مستجدة (وقف المنافع والحقوق))، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الثاني للأوقاف، المنعقد بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2006.
33 – دنيا شوقي أحمد، (استقلالية أعيان الوقف عن المال العام– الوسائل والغايات)، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، المنعقد بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة في الفترة ما بين 03 و 05 يناير 2010.
34 – سانو قطب مصطفى، (وقف المنافع والحقوق وتطبيقاته المعاصرة)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث، الذي نظمته الأمانة العامة للأوقاف بالكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، الكويت، في الفترة بين 28 – 30 أبريل، 2007.
35 – شبير محمد عثمان و يشو حسن، (استبدال الوقف)، بحث مقدم ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الرابع، المنعقد بالمملكة المغربية، تحت إشراف الأمانة العامة للأوقاف في دولة الكويت و وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية، في الفترة بين 30 مارس – أول أفريل 2009.
36 – صالح المالك، (تنمية موارد الوقف والمحافظة عليها)، بحث مقدم لمؤتمر الأوقاف الأول في المملكة العربية السعودية، تنظمه جامعة أم القرى بالتعاون مع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد في مكة المكرمة، في الفترة بين 04 – 07 شعبان عام 1422 هـ الموافق 20 – 23 أكتوبر سنة 2001.
37 – صلاح عبد الفتاح، (تجربة الوقف في المملكة الأردنية الهاشمية)، مساهمة ضمن ندوة نظام الوقف في التطبيق المعاصر(نماذج مختارة من تجارب الدول والمجتمعات الإسلامية)، منشورات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية والأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، 2003.
38 – عبد المنعم محمود عبد الرحمان، (الوقف (مفهومه – فضله – أركانه – شروطه – أنواعه))، بحث مقدم لمؤتمر الأوقاف الأول بالمملكة العربية السعودية، المنعقد بجامعة أم القرى بالتعاون مع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد في مكة المكرمة، في الفترة من 20 – 23 أكتوبر 2001.

39 – عرجاوي مصطفى محمد، (الضوابط الشرعية والقانونية للوقف الجماعي)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث، الذي نظمته الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، في الفترة بين 28 – 30 أبريل، 2007.

40 – فداد العياشي الصادق، (تنمية موارد الوقف)، بحث مقدم لمؤتمر الأوقاف الأول في المملكة العربية السعودية، تنظمه جامعة أم القرى بالتعاون مع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد في مكة المكرمة، في الفترة بين 04 – 07 شعبان عام 1422 هـ الموافق ل 20 – 23 أكتوبر سنة 2001.

41 – فداد العياشي الصادق، (مسائل في فقه الوقف)، بحث مقدم لملتقى دور الوقف في مكافحة الفقر، المنعقد بنواكشط، في الفترة بين 16 – 21 مارس 2008.

42 – محمود إدريس عبد الفتاح، (إنهاء الوقف الخيري من منظور الفقه الإسلامي)، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية السادس، الذي تنظمه وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر بالتعاون مع الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت والبنك الإسلامي للتنمية بجدة، الدوحة دولة قطر، في الفترة ما بين 13 – 14 مايو 2013.

43 – مسدور فارس، (تطوير صيغ تمويل واستثمار الأوقاف)، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، المنعقد بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة في الفترة ما بين 03 و 05 يناير 2010.

44 – مشهور نعمت عبد اللطيف، (الوقف الخيري ودوره في تغطية أوجه الإنفاق العام الخدمي في الدول)، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، المنعقد بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة في الفترة ما بين 03 و 05 يناير 2010.

45 – هزاع ماجدة محمود، (الوقف المؤقت) بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للوقف الذي نظمته جامعة أم القرى بمكة المكرمة، سنة 2006.

46 – موسى عمار عبد الله، (استثمار أموال الوقف)، بحث مقدم ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الرابع، المنعقد بالمملكة المغربية، تحت إشراف الأمانة العامة للأوقاف في دولة الكويت و وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية، في الفترة بين 30 مارس – أول أفريل 2009.

47 - هويمل عوجان وليد، (وقف النقود وصيغ الاستثمار فيه)، بحث مقدم ضمن المؤتمر الدولي الثاني للأوقاف، المنعقد بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2006.

48 - يوسف إبراهيم يوسف، (مجالات وقفية مقترحة لتنمية مستدامة (الوقف المؤقت))، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الثاني للأوقاف، المنعقد بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 2006.

5- المقالات

1 أبو ليل محمود أحمد، (وقف النقود في الفقه الإسلامي)، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 12، فبراير 1999.

2 الصبيحي عبد الرزاق، (اتجاه القضاء المغربي في موضوع إثبات الأوقاف)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة العاشرة، العدد 18، مايو 2010.

3 الصبيحي عبد الرزاق، (دراسة قانونية لعشر قضايا إشكالية في مدونة الأوقاف المغربية)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الثانية عشرة، العدد 22، مايو 2012.

4 الأرناؤوط محمد موفق، (نماذج إسلامية معاصرة في الممارسة الاقتصادية للوقف)، بحث منشور في مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الثامنة، العدد 14، مايو 2008.

5 التامري عبد الصمد، (الأحباس المعقبة: الخصوصيات و الإشكالات)، ج 1، مرفوع من موقع http ://www. Marocdroit.com بتاريخ 31 - 03 - 2011 على الساعة 20:29.

6 الجريد خالد بن عبد العزيز، الشخصية الاعتبارية، مجلة العدل، عدد 29، فيفري 2006.

7 الحوراني ياسر عبد الكريم، (المشكلات المؤسسية للوقف في التجربة الإسلامية التاريخية)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الثامنة، العدد 14، مايو 2008.

8 -الزحيلي محمد مصطفى، (مشمولات أجرة الناظر المعاصرة)، مجلة أوقاف، الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الثالثة، العدد 06، يونيو 2004.
9 -الزحيلي محمد، (الوقف الذري (الأهلي))، مجلة الشريعة والقانون لجامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد السابع والعشرون، جمادى الثانية 1427 الموافق ليوليو 2006.
10 - الزريقي جمعة محمود، (الوقف الأهلي بين الإلغاء والإبقاء)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، سنة 02، عدد 03، نوفمبر 2002.
11 - الزريقي جمعة محمود، (مستقبل المؤسسات الوقفية: في نطاق الثابت والمتغير لنظام الوقف الإسلامي)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الرابعة، العدد السابع، نوفمبر 2004.
12 - الزريقي جمعة محمود، (أحكام وضع اليد على العقار الموقوف في التشريع الليبي)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة التاسعة، العدد 16، مايو 2009.
13 - العبادي عبد السلام، (سندات المقارضة)، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 4، ج 3، 1988.
14 - العيسى حارث محمد سلامه و الخطيب أحمد غالب، (يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي)، مجلة الجامعة الإسلامية، مجلد 18، عدد 02، يونيو 2012.
15 - الفزيع أنور أحمد، (الحماية المدنية للوقف)، مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة الثالثة والعشرون، العدد 02، يونيو 1999.
16 - الميمان ناصر بن عبد الله، (ديون الوقف)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الثالثة، العدد 06، يونيو 2004.
17 - بن عزوز عبد القادر، (المسؤولية المدنية للنظارة على المرفق الوقفي في الفقه الإسلامي)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة العاشرة، العدد 18، مايو 2010.

18 - حامد أحمد عبد الله صالح، (شرط الواقف و قضايا الاستبدال)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الثالثة، العدد 05، أكتوبر 2002.

19 - حسن أحمد، (القرض الحسن، حقيقته و أحكامه)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 23، العدد الأول، 2007.

20 - حمزة حمزة، (الشخصية الاعتبارية)، مجلة جامعة دمشق، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، 2001.

21 - داغي علي محي الدين القرة، (تنمية موارد الوقف و الحفاظ عليها)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الرابعة، العدد 07، نوفمبر 2004.

22 - داغي علي محي الدين القرة، (الإطار الشرعي للوقف و مقاصده العامة)، بحث منشور على موقع الكاتب: www.qaradaghi.com // http بتاريخ 01 - 12 - 2011 على الساعة 10:26.

23 - زواوي فريدة، (الوقف الخاص وجهة نظر في وضعيته الحالية)، دورية الموثق، العدد 05، ديسمبر 1998.

24 - شحاته حسين حسين، (استثمار أموال الوقف)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، السنة الثالثة، عدد 6، يونيو 2004.

25 - عزام حمد فخري، (حقيقة الوقف)، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد السابع عشر، العدد الثامن، 2002، ص 18، مرفوع من موقع www.arablawinfo.com تم تحميله بتاريخ 05 - 11 - 2009 على الساعة 13:08.

26 - مسدور فارس و منصوري كمال، (الأوقاف الجزائرية نظرة في الماضي و الحاضر)، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمان العامة للأوقاف بالكويت، السنة الثامنة، العدد 15، نوفمبر 2008.

27 - مسدور فارس، (الأوقاف الجزائرية ين الاندثار و الاستثمار)، منشور على موقع موسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي، بتاريخ 15 - 08 - 2009. http://iefpedia.com

28 - هابيل عبد الرحمن، (وقف النقود الأهلي وأهميته للعمل المصرفي الإسلامي)، مجلة أوقاف، السنة الخامسة، العدد 09، شوال 1426هـ- نوفمبر 2005.
29 - يوسف علي وجواد كاظم، (الاستثمار في النظام الاقتصادي الإسلامي)، مجلة العلوم الاقتصادية، بدون بلد، عدد 30، مجلد 8، نيسان، 2012.

6-المحاضرات

1 إبراهيمي محمد، تجربة حصر الأوقاف في الجزائر، محاضرة قدمت للدورة الوطنية التكوينية لوكلاء الأوقاف، المنعقدة بالجزائر من 05 إلى 08 نوفمبر 2001، نشر وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، الجزائر، 2001.
2 عبد المالك أحمد علي، "المنظومة العقارية في الجزائر"، محاضرة ملقاة في إطار أعمال دورة الأوقاف الإسلامية بالجزائر، نشر وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، الجزائر، 1999.
3 عيسى يحي، (مبادئ إدارة الوقف، التخطيط والميزانية)، محاضرة قدمت لدورة إدارة الأوقاف الإسلامية، المنعقدة بالجزائر من 21 إلى 25 نوفمبر 1999، نشر وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، 1999.
4 قدي عبد المجيد، (استثمار الأوقاف في الجزائر)، محاضرة ملقاة في دورة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر، نشر وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، .1999

7- المجلات القضائية

1 نشرة القضاء، 1972، عدد 02.
2 المجلة القضائية، 1989، عدد 01، 04.
3 المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 01، 03.
4 المجلة القضائية، 1994، عدد 02، 03.
5 المجلة القضائية، 1995، عدد 02.
6 مجلة تطبيقات قضائية في المادة العقارية، 1995، عدد خاص.
7 المجلة القضائية 1996، عدد 02.
8 المجلة القضائية 1997، عدد 01.

9 المجلة القضائية 1999، عدد 01.
10 - المجلة القضائية للمحكمة العليا، 2000، عدد 01.
11 - مجلة الاجتهاد القضائي، سنة 2001، عدد خاص.
12 - المجلة القضائية، 2001، عدد 02.
13 - مجلة المحكمة العليا، 2004، عدد 02.
14 - مجلة الاجتهاد القضائي، ج 1، 2004.
15 - مجلة الاجتهاد القضائي، 2004، عدد خاص، ج 1.
16 - مجلة المحكمة العليا، 2005، عدد 02.
17 - مجلة مجلس الدولة، 2005، عدد 07.
18 - مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد 01.
19 - نشرة القضاة 2006، عدد 57.
20 - مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد 01.

8- المقابلات

1 مقابلة مع السيدة عوفي مديرة شركة المساهمة لتاكسي وقف، أجرتها لويزة دريسي خاصة بحصة الإذاعة الوطنية الجزائرية (سنة الوقف) بتاريخ 27 – 09 – 2013.
2 مقابلة مع الأمين العام للبنك الإسلامي، والخبير المحاسبي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ناصر حيدر خاصة أجرتها لويزة دريسي خاصة بحصة الإذاعة بعنوان سنة الوقف بتاريخ 13 – 12 – 2013.
3 مقابلة مع مدير الأوقاف على المستوى المركزي عبد الوهاب برتيمة أجرتها لويزة دريسي خاصة بحصة الإذاعة الوطنية الجزائرية (سنة الوقف) بتاريخ 27 – 12 – 2013.

- المراجع باللغة الأجنبية

- Dulout Fernand. Traite de droit musulman et algérien. Tome 1. La maison des livres Alger. 1947.

2- J.luccioni. Le habous ou waqf. Imprimeries Réunies de la (vigie marocaine) et du (petit marocain). Casablanca.

3- Layish Aharon. (The muslim waqf in Jérusalem).).Actes de la table ronde d'Istanbul le 13 – 14 novembre 1992. Institut français d'études anatoliennes. Istanbul. 1994.

4- Mehlal Ali. étude sur l'expérience des biens waqfs en Algérie. conférence sur la zakat et les biens waqfs. du 12 – 17 octobre 1998.

5- O.pesle. La théorie et la pratique des habous dans le rite malékite. Imprimeries réunies de la (vigie marocaine) et du (petit marocain). Casablanca.

6- Saidouni Nacerddine. (Les biens waqfs aux environs d'Alger).Actes de la table ronde d'Istanbul le 13 – 14 novembre 1992. Institut français d'études anatoliennes. Istanbul. 1994.

7- Saidouni Nacerddine. Les liens de l'Algérie ottomane avec les lieux saints de l'islam a travers le rôle de la fondation du waqf des haramayn. Journal awqafs.3éme année. N°6. juin 2004.

8- Saidouni Nacerddine. Le waqf en Algérie à l'époque ottomane. La fondation publique des awqafs. Kowët. 2009.

الفهرس

مقدمة..... 01
الباب الأول: التنظيم القانوني لقواعد إنشاء الملك الوقفي..... 09
الفصل الأول: مفهوم الملك الوقفي والتطور التاريخي للتنظيم القانوني لإنشاءه في الجزائر..... 11
المبحث الأول: مفهوم الملك الوقفي..... 11
المطلب الأول: تعريف الملك الوقفي..... 11
الفرع الأول: المعنى اللغوي للملك الوقفي..... 12
الفرع الثاني: المعنى الاصطلاحي الفقهي للملك الوقفي..... 13
الفرع الثالث: التعريف الاصطلاحي التشريعي للملك الوقفي..... 17
المطلب الثاني: طبيعة الملك الوقفي..... 19
الفرع الأول: التكييف الفقهي للملك الوقفي..... 20
الفرع الثاني: التكييف القانوني للملك الوقفي..... 23
المطلب الثالث: أنواع الملك الوقفي..... 24
الفرع الأول: أنواع الملك الوقفي بحسب غرضه..... 25
الفرع الثاني: أنواع الملك الوقفي بحسب المحل أو طبيعة الموقوف..... 33
الفرع الثالث: أنواع الملك الوقفي بحسب نوع الانتفاع..... 36
الفرع الرابع: أنواع الملك الوقفي بحسب جهة الإدارة..... 37
الفرع الخامس: أنواع الملك الوقفي بحسب مكان تواجده..... 37
المبحث الثاني: التطور التاريخي للتنظيم القانوني لإنشاء الأملاك الوقفية في الجزائر..... 38
المطلب الأول: تنظيم الأملاك الوقفية و أوضاعها خلال العهد العثماني..... 38
الفرع الأول: الانتشار الواسع للأملاك الوقفية في الجزائر في العهد العثماني..... 39
الفرع الثاني: الاهتمام بتسيير و إدارة الأملاك الوقفية من قبل الدولة العثمانية..... 43
المطلب الثاني: واقع الأملاك الوقفية خلال فترة الاحتلال الفرنسي للجزائر..... 45
الفرع الأول: نوايا المحتل الفرنسي المبيتة للاستيلاء على الأملاك الوقفية..... 45

الفرع الثاني: تصفية المحتل الفرنسي للأملاك الوقفية من خلال سياسة التدخل في تسييرها..... 47
المطلب الثالث: تنظيم الأملاك الوقفية بعد الاستقلال..... 48
الفرع الأول: عدم استقرار وضعية الأملاك الوقفية غداة الاستقلال إلى غاية صدور قانون الأسرة..... 49
الفرع الثاني: النهوض بالأملاك الوقفية من خلال ضبط إطارها القانوني ابتداءا من سنة 1990..... 52
خلاصة الفصل الأول..... 55
الفصل الثاني: وسائل تكوين الملك الوقفي..... 56
المبحث الأول: التصرف بالوقف كأصل لتكوين الملك الوقفي..... 56
المطلب الأول: طبيعة تصرف الوقف..... 57
الفرع الأول: الخلاف الفقهي حول طبيعة تصرف الوقف..... 57
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لتصرف الوقف..... 59
الفرع الثالث: تمييز تصرف الوقف عما يشابهه من تصرفات تبرعية..... 60
المطلب الثاني: أركان تصرف الوقف..... 65
الفرع الأول: شروط الصيغة الركن الشرعي للوقف..... 65
الفرع الثاني: شروط أركان الوقف المادية..... 73
المطلب الثالث: لزوم تصرف الوقف..... 82
الفرع الأول: الوقت الذي يترتب فيه لزوم الوقف..... 84
الفرع الثاني: نتائج لزوم تصرف الوقف..... 87
المبحث الثاني: الوسائل الأخرى لتكوين الملك الوقفي في القانون الجزائري..... 91
المطلب الأول: وسائل تكوين الملك الوقفي بموجب الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية..... 91
الفرع الأول: الوصية بالوقف..... 91
الفرع الثاني: التخصيص..... 95

المطلب الثاني: تكوين الملك الوقفي بقوة القانون..... 98
الفرع الأول: الاسترجاع..... 98
الفرع الثاني: التعويض..... 105
خلاصة الفصل الثاني..... 106
الفصل الثالث: الآثار القانونية المترتبة على تكوين الملك الوقفي.....107
المبحث الأول: تمتع الملك الوقفي بالشخصية الاعتبارية.....107
المطلب الأول: النظام الأساسي للملك الوقفي.....108
الفرع الأول: شروط الواقف كمصدر أصلي للنظام الأساسي للملك الوقفي.....108
الفرع الثاني: الأحكام الشرعية كمصدر احتياطي للنظام الأساسي للملك الوقفي.....110
المطلب الثاني: استقلالية الذمة المالية للملك الوقفي.....112
الفرع الأول: استقلالية الأموال الوقفية عن الأموال العامة.....113
الفرع الثاني: استقلالية الذمم المالية لأملاك وقفية متعددة.....115
الفرع الثالث: الآثار المترتبة على استقلالية الذمم المالية لأملاك وقفية متعددة.....117
المطلب الثالث: ممثل قانوني يتولى شؤون الملك الوقفي ويعبر عن إرادته.....121
الفرع الأول: الولاية على الأملاك الوقفية العامة.....122
الفرع الثاني: إدارة الأملاك الوقفية الخاصة.....129
الفرع الثالث: تقييم التسيير المركزي للملك الوقفي العام.....130
المبحث الثاني: استحقاق منفعة الملك الوقفي.....134
المطلب الأول: مضمون حق الموقوف عليهم في الاستحقاق في الملك الوقفي.....134
الفرع الأول: طبيعة حق الموقوف عليهم في الاستحقاق في الملك الوقفي.....135
الفرع الثاني: التصرفات الواردة على حق الموقوف عليهم في الاستحقاق.....138
المطلب الثاني: ضوابط استحقاق الموقوف عليهم في منفعة الملك الوقفي.....144
الفرع الأول: ثبوت حق الواقف في تحديد طريقة الانتفاع بوقفه.....144
الفرع الثاني: البحث عن مقصد الواقف في تحديد طريقة الانتفاع بوقفه.....146
خلاصة الفصل الثالث..... 149

خلاصة الباب الأول..... 150
الباب الثاني: التنظيم القانوني لآليات المحافظة على استمرار وجود أصل الملك الوقفي..... 151
الفصل الأول: التنظيم القانوني لأعمال الإدارة الواردة على الملك الوقفي.....153
المطلب الأول: الإدارة المعتادة للملك الوقفي عن طريق عقود الإيجار العادي.....153
الفرع الأول: انعقاد إيجار الملك الوقفي..... 154
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على إيجار الملك الوقفي.....162
الفرع الثالث: انتهاء عقد إيجار الملك الوقفي..... 169
المطلب الثاني: الإدارة المعتادة للملك الوقفي عن طريق أعمال صيانته وترميمه و إصلاحه..... 172
الفرع الأول: تكوين مخصصات لتمويل تعمير الملك الوقفي.....173
الفرع الثاني: الصيغ التمويلية البديلة..... 174
المبحث الثاني: التركيز على التسيير الاستثماري التنموي للملك الوقفي في إطار القيام بأعمال الإدارة غير المعتادة..... 180
المطلب الأول: مفهوم الاستثمار الوقفي..... 181
الفرع الأول: تعريف الاستثمار الوقفي..... 181
الفرع الثاني: العلاقة بين استثمار الأموال الوقفية وتنميتها واستغلالها.....182
المطلب الثاني: ضوابط جواز استثمار الأموال الوقفية.....184
الفرع الأول: الضوابط الشرعية للاستثمار الوقفي.....184
الفرع الثاني: الضوابط الاقتصادية للاستثمار الوقفي.....185
المطلب الثالث: تقييم التنظيم القانوني للاستثمار الوقفي في الجزائر.....188
الفرع الأول: عدم وضوح الرؤية التشريعية للاستثمار الوقفي.....189
الفرع الثاني: اصطدام الرغبة في الارتقاء بالاستثمار الوقفي بصعوبات واقعية.....198
خلاصة الفصل الأول..... 206
الفصل الثاني: التنظيم القانوني لكيفيات تثبيت الوضعية القانونية للأملاك الوقفية.....207

المبحث الأول: توفير وسائل إثبات الملك الوقفي تقوية لمركزه في دعوى إثبات وجوده القانوني..... 207
المطلب الأول: الاختصاص القضائي في منازعات الأملاك الوقفية بشكل عام.....208
الفرع الأول: حالات اللجوء إلى القضاء بخصوص الأملاك الوقفية.....209
الفرع الثاني: تحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا ومحليا في منازعات الأملاك الوقفية..... 211
المطلب الثاني: اعتماد الحرية في الإثبات تماشيا مع الرغبة في استرجاع الأملاك الوقفية..... 214
الفرع الأول: التنظيم الخاص للشهادة كطريقة لإثبات الملك الوقفي.....215
الفرع الثاني: الطرق الشرعية لإثبات الملك الوقفي..... 218
المطلب الثالث: اعتماد التقييد في إثبات الأملاك الوقفية تماشيا مع إشتراط الرسمية في توثيقها..... 226
الفرع الأول: إرساء نص المادة 41 من قانون الأوقاف لمبدأ التقييد في إثبات الملكية العقارية الوقفية بعد صدوره..... 226
الفرع الثاني:الجمع بين مبدأ التقييد في الإثبات و الحرية فيه كل في إطار مجاله الخاص به..... 229
المبحث الثاني: تقوية مركز الأملاك الوقفية بمناسبة تثبيت وضعيتها المادية والقانونية....230
المطلب الأول: تقوية مركز الأملاك الوقفية في تثبيت وجودها المادي بمناسبة المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري..... 232
الفرع الأول: تقوية المركز القانوني للأملاك الوقفية بمناسبة أعمال لجنة المسح العام للأراضي..... 232
الفرع الثاني: تقوية مركز الأملاك الوقفية بمناسبة مسك السجل العقاري على مستوى المحافظة العقارية..... 234
المطلب الثاني: استثناء الأملاك الوقفية من قاعدة الأثر التطهيري لشهر الملكية العقارية..... 237

الفرع الأول: تدخل القضاء لمنع سريان الأثر التطهيري لشهر الملكية على أساس التقادم في مواجهة الأملاك الوقفية..... 228
الفرع الثاني: تقوية المركز القانوني للأملاك الوقفية في مواجهة الأثر التطهيري لسند الملكية العقارية المسلم في إطار إجراء التحقيق العقاري..... 242
خلاصة الفصل الثاني..... 246
الفصل الثالث: التنظيم القانوني لحماية الأملاك الوقفية مدنيا
في مواجهة التعدي عليها..... 247
المبحث الأول: المسؤولية المدنية لمتولي الملك الوقفي..... 248
الفرع الأول: المركز القانوني لمتولي الملك الوقفي الذي على أساسه تترتب مسؤوليته تجاه الملك الوقفي..... 248
الفرع الثاني: نطاق مسؤولية ناظر الملك الوقفي في مواجهة الملك الوقفي.....252
المطلب الثاني: مسؤولية متولي الملك الوقفي المدنية في مواجهة الغير.....262
الفرع الأول: مدى مسؤولية الملك الوقفي تجاه الغير عن إخلال متوليه بالتزاماته العقدية و القانونية..... 263
الفرع الثاني: مدى مسؤولية متولي الملك الوقفي تجاه الغير عن أعماله وأعمال تابعيه وأعوانه..... 268
المبحث الثاني: الحماية المدنية للأملاك الوقفية في مواجهة التعدي على أصلها.....273
المطلب الأول: حماية الملك الوقفي في مواجهة الاعتداء المادي على أصله.....273
الفرع الأول: حماية الملك الوقفي في مواجهة التغيير في أصله.....273
الفرع الثاني: حماية أصل الملك الوقفي من إدعاء تملكه بالحيازة الطويلة المدة.....278
المطلب الثاني: حماية الملك الوقفي في مواجهة التصرف القانوني في أصله عن طريق الاستبدال..... 286
الفرع الأول: الحالات التي يجوز فيها استبدال أصل الملك الوقفي.....287
الفرع الثاني: شروط استبدال أصل الملك الوقفي..... 294
الفرع الثالث: إجراءات استبدال أصل الملك الوقفي..... 299

خلاصة الفصل الثالث..... 302
خلاصة الباب الثاني..... 303
الخاتمة..... 304
قائمة المصادر و المراجع..... 310
الفهرس..... 338

الملخصات

الملخص باللغة العربية:

إن دراسة الحماية القانونية للأملاك الوقفية تهدف إلى تقييم مدى كفاءة التنظيم القانوني لهذا الصنف من الملكية في توفير حماية حقيقية وحصانة فعلية لها من الناحية المدنية، و بيان مواطن القصور في التنظيم الحالي، ومحاولة اقتراح الحلول والبدائل بما يساهم في دعم الجهود في النهوض بالملكية الوقفية و إعادتها إلى دائرة الاهتمام الجاد، بوصفها أداة لا ينبغي الاستغناء عنها في تحقيق التكافل والتنمية الشاملة للمجتمع الجزائري.

حيث يتبين من الدراسة أن التنظيم القانوني الحالي لا يحتوي على قواعد قادرة على توفير الحماية القانونية المرجوة للأملاك الوقفية، سواء على مستوى زيادة رصيد الثروة الوقفية بالتشجيع على إنشائها، أو على مستوى حماية ما يوجد من ثروة وقفية و ضمان استمرارها في العطاء و تطويرها و تنميتها، كما أن القواعد القانونية التي جاء بها قانون الأوقاف جاءت غير شاملة لكافة المسائل التي يثيرها الملك الوقفي بمناسبة إنشائه و ما يترتب عليه من آثار بعد إنشاءه، مما يقتضي تحيين القواعد المنظمة للملكية الوقفية بإعادة صياغة قانون الأوقاف جملة.

الملخص باللغة الأجنبية:

The study of the legal protection of Waqf properties aimed to evaluate the efficiency of such type of property that provide real protection and effective immunity for Waqf properties in Algeria, concerning the civic side, also the statement of shortcomings in the current organization of the rules of Waqf property protection, besides the propose of solutions and alternatives which contribute to support efforts in the promotion of intellectual endowment and returned it to the circle of serious attention, as a tool not to be indispensable in achieving solidarity and comprehensive development of Algerian society.

As it can be seen from the study that the current legal regulation does not contain rules capable of providing the desired legal protection of Waqf properties, whether on the level of increased wealth endowment balance by encouraging the establishment, or on the level of protection of existing wealth endowment and ensure continuity in the tender and development , moreover the legal rules that came out of Awqafs law were not exhaustive of all issues raised by the Waqf property on the occasion of the endowment created and what implications are created after, thereby updating the rules governing the ownership Awqafs properties require reformulation of Awqafs law in general.