جامعة زيان عاشور الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

أحكام الوقف في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي (دراسة فقهية مقارنة)

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصيـة

** إعداد الطالب

– حميدة محمد

** إشراف الدكتور

– جمال عبد الكريم

أعضاء لجنة المناقشة

د. بشـار رشيـد ..... رئيسا

د. جمـال عبد الكريم.....مقررا

د.بن يحي أبوبكر الصديق..... مناقشا

السنة الجامعية : 2016/2015

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة شكر

قَالَ تَعَالَىٰ: أَعُوذُ بِٱللَّهِ مِنَ ٱلشَّيۡطَٰنِ ٱلرَّجِيمِ

﴿ وَإِذۡ تَأَذَّنَ رَبُّكُمۡ لَئِن شَكَرۡتُمۡ لَأَزِيدَنَّكُمۡۖ ﴾

سورة إبراهيم: الآية 7

"ربنا لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك، وعظيم سلطانك ومجدك على ما أنعمت عليّنا من نعم لا تحصى..."

وبعد....

الشكر ابتداء لله تعالى مغدق النعم و رافع الهمم ، على توفيقه و تيسيره و امتنانه علي بالجهد والوقت الذي سمح لي بإعداد هذه المذكرة ، فالشكر له أولا و أخيرا ، و الحمد له ابتداء وانتهاء.

ثم الأحق بالشكر بعد الله عز و جل هو أستاذي الفاضل الدكتور جمال عبد الكريم حفظه الله تعالى، الذي بقدر ما كنت نازلا من حيث اللقاءات و المواقيت المفاجئة التي كنت أقصده فيها, بقدر ما كان صدره واسعا و باله متسعا و ابتسامته حاضرة و هو أهل

لذلك ؛ و لقد تحملني مشكورا طوال أشهر البحث و الإعداد لهذه المذكرة , و أفادني بتوجيهاته و آرائه الصريحة و الضمنية رغم كثرة أشغاله وانشغالاته ، فجزاه الله خيرا ، و أرجو له دوام العافية و موفور الصحة و العافية في الدنيا و التوفيق و الثبات وحسن الخاتمة.

كما لا يفوتني في هذا الإطار أن أتقدم بخالص التشكرات إلى كل من كان قلبه و قالبه معي أثناء لحظات البحث ، طالبا لي المولى التوفيق و السداد ، و إلى كل من شجعني .

كما أوجه شكري إلى جميع القائمين على شؤون المكتبات مكتبة الكلية ، المكتبة الجامعية ، الذين قدموا لنا يد العون و المساعدة في إتمام هذا البحث.

إهداء

نشكر الله الذي خلقنا

و شق سمعنا و بصرنا بحوله ..سبحانه و قوته عز و جل

نحمده حمدا كبيرا فيه أن وفقنا لإتمام هذا العمل ....

إلى أغلى ما منحني الله

إلى النور الذي أمشي به و الهواء الذي أتنفسه .. إلى الأغلى في حياتي أمي ..

إلى روح والدي العزيز الذي رباني و رعاني و كان سببا في نجاحي ..رحمه الله

إلى الذين كانوا معي في السراء و الضراء...

أهدي هذا العمل...

إلى كل من عرفني من قريب أو من بعيد و لم أتذكر أو أذكر أسمائهم .

إلى كل هؤلاء اهدي هذا العمل .

" محمد حميدة "

مقدمة:

يعد نظام الوقف أحد الابتكارات التي أبدعها الفقه الإسلامي للعالم ، و قد كان له على مر العصور دور هام في التنمية الشاملة للمجتمع على جميع الأصعدة الحياتية الاقتصادية و الاجتماعية والثقافية..إلخ , و لقد ارتبطت الأوقاف في المجتمعات الإسلامية بأهم الأهداف النبيلة التي سعت من أجل تحقيقها في واقعها اليومي ، مما جعلها تتقدم و ترقى إلى مستويات راقية في الحياة الاجتماعية ، حتى لكأنك تصل إلى نتيجة لا غبار عليها مفادها أن التقدم في المجتمعات الإسلامية له علاقة طردية مع تاريخ الأوقاف و تطورها, بمعنى أنه كلما تطورت الأوقاف و توسعت كلما ازداد تطور المجتمع وتقدمه و العكس بالعكس .

و بما أن الأوقاف قامت بهذا الدور الحضاري الكبير و الفعال في المجتمع ، فقد كان لزاما عليها أن تتبنى قواعد قانونية عامة و آليات عملية و فاعلة لتأطيرها, بالنظر إلى التوسع الذي عرفته الأوقاف عبر الزمان ، و تعدد مواردها و الجهات المنتفعة بها ، فرض على القائمين عليها التفكير في وضع إطار للإشراف عليها و إدارتها بغية حمايتها و ضمان استمرار عطائها الذي وجدت من أجله تحقيقا لمصلحة الأمة و جميع المنتفعين بها .

و لتحقيق هذا الغرض من الحماية و التطوير سعت العديد من البلدان الإسلامية و منها الجزائر في السنوات الأخيرة إلى تفعيل دور هذه الأوقاف و إعادة بعثها من جديد بصورة فعالة ، وذلك من خلال سن القوانين و التشريعات ، و إحداث اللجان و الهيئات التي تقوم بهذا الدور الكبير .

و رغم أن السعي قد انطلق إلا أنه ما يزال بحاجة إلى مزيد تدقيق و تفعيل ، و بخاصة من حيث الماكنة التشريعية المتعلقة بالأوقاف , و في هذا الإطار تأتي أهمية البحوث العلمية الأكاديمية المساهمة في حل بعض المشاكل المتعلقة بالجوانب التشريعية و العملية للأوقاف التي تعد ضرورة ملحة إذا ما أردنا المحافظة على هذه الأوقاف من الاستغلال أو التهالك المفضي إلى زوالها .

وعليه فإن الوضعية التي وصلت إليها الأوقاف في الوقت الحاضر يدعو إلى ضرورة إحيائها والتفكير في كيفية الاستفادة منها في دعم التنمية الاقتصادية والاجتماعية وهذا لا يتأتى إلا عن طريق إعادة هذه المؤسسة إلى ساحة الاهتمام والعمل وذلك باستغلالها وتثمير أموالها وإخراجها من حالة الركود وحيز العمل الخيري إلى آفاق تكون فيها أكثر نفعا وخدمة للصالح العام.

لذا نجد الجزائر منذ بداية التسعينيات اهتمت بهذه الثروة الوقفية الهائلة وذلك بصدور القانون (10/91) المؤرخ في 12 شوال عام 1410 الموافق 27 أبريل لسنة 1991 يتعلق بالأوقاف، وهذا بعد ما عانى هذا القطاع من الإهمال والتهميش وغياب الإطار التشريعي لفترة طويلة، كما توج ذلك الاهتمام بضم قطاع الأوقاف إلى صلاحيات وزارة الشؤون الدينية، حيث تم إنشاء مديرية مكلفة بالأوقاف بموجب المرسوم التنفيذي رقم : 470/94 في 1995/12/25م و التي تضم مديرية فرعية مكلفة باستثمار الأموال الوقفية.

إن التشريعات المتعلقة بالأوقاف في الجزائر و على رأسها قانون الأوقاف وما يلحق به , تحتاج إلى مزيد من الدراسة و البحث في مجالات كثيرة ، تتمكن الأوقاف عبرها من سد العديد من الثغرات التي تواجهها في أرض الواقع , و سعيا إلى المساهمة في تحصيل ذلك يأتي موضوع مذكرتنا هذه الموسوم بـ: " **أحكام الوقف في التشريع الجزائري و الفقه الإسلامي**" ليكون إضافة و دفعة و لو متواضعة و رؤية نحو تطوير أداء الوقف .

**** أهمية الموضوع :**

يمكن القول أن الوقف هو المرآة التي تعكس حجم التضامن بين أفراد المجتمع الإسلامي ومدى مشاركة كل فرد فيه بأعمال الخير والبر، كما يساهم الوقف في ترقية الاستثمار مساهمة فعالة من خلال خلق حركية ناجعة ومستمرة وحيوية أكثر للاقتصاد الوطني.

**** أسباب اختيار الموضوع :**

لقد شدني هذا الموضوع بالبحث – رغم الصعوبات التي واجهتني– خاصة ندرة المراجع المتخصصة و قلة الدراسات في هذا الموضوع , نظرا لأهميته من حيث إزالة الغموض عن الموضوع و اعتماده على دراسة مقارنة بين التشريع و الشريعة الإسلامية وفق:

– إخراج هذا الموضوع من الظل من خلال تسليط الضوء عليه و الغوص فيه و سبر أغواره.

– إبراز نظام الوقف كمؤسسة إسلامية تعنى بأمور البر و الإحسان و التكاتف المجتمعي و التحسيس بجوانبه الاقتصادية والاجتماعية والإنسانية التي هي من شيم الإسلام.

– تبيان المنظومة التشريعية الجزائرية التي عنيت بالوقف و محاولة ضبط جوانب القصور التي اعترت هذه القوانين.

**** منـهج الدراسة :**

استنادا إلـى الموضـوع المـدروس ومـن اجـل إبـراز أحكـام الوقـف فـي الفقـه و التشـريع اخترت أن أُبـرز المفاهيم العامة كتعريف الوقف وشروطه وأركانه وأقسامه...، و التعريج على أحكام الوقف و إعطائه الصبغة القانونية باستعراض المنظومة التشريعية الجزائرية .

كل ذلك تناولناه وفق الخطة التالية :

**** صعوبات البحث :**

لا يخلو بحث من صعوبة تواجه الباحث على إثراء موضوعه ، فرغم خلو بحثنا من الجانب التطبيقي والذي عادة ما يكون حجر الإعاقة للباحث، إلا أن قلة المراجع التي تتناول الموضوع و إن وجدت فإنها لا تفي بالمطلوب , و رغم ذالك حاولت متواضعا إعطاء بعد جديد ومفهوم إضافي للوقف من خلاله يمكن التعمق أكثر في موضوع البحث.

**** تقسيمات البحث :**

قمت بتقسيم عناصر هذه المذكرة الى ثلاثة محاور أو فصول ، استهلته بفصل تمهيدي ضمنته مفهوم الوقف بين التعريف اللغوي و التأصيل الفقهي , أما المبحث الثاني فخصصته لمفهوم الوقف في التشريع الوضعي , و في الفصل الأول تناولت فيه أحكام الوقف في التشريع الجزائري مبرزا فيه خصائص الوقف و التمييز بينه والعقود الأخرى المشابهة له و كذا أركانه و أنواعه و وسائل إثباته .

أما الفصل الثاني فأفردته لأحكام الوقف في الفقه الإسلامي و كذا ومشروعيته و الحكمة منه , أركانه , شروطه و ملكيته , و أخيرا أنواع الوقف وإبداله واستبداله .

وفي الأخير قدمنا خاتمة هي عبارة عن خلاصة عامة حول الدراسة .

الفصل التمهيدي

مفهوم الوقف

المبحث الأول : الوقف بين التعريف اللغوي و التأصيل الفقهي

تقديم:

الوقف بفتح الواو وسكون القاف ، مصدر وقف الشيء وأوقفه بمعنى حبسه وأحبسه, وتجمع على أوقاف ووقوف, وسمي وقفاً لما فيه من حبس المال على الجهة المعينة .

و قد ذكر الفقهاء تعريفات مختلفة للوقف تبعاً لآرائهم في مسائله الجزئية ، إلا أنني بعون الله سأذكر أشمل هذه التعريفات و أقربها إلى الصواب اللغوي و الاصطلاحي .

المطلب الأول / التعريف اللغوي :

الوقف مصدر وقف من باب وعد ويطلق على المصدر هو الإعطاء، وهكذا يتضح أن الوقف هو الحبس وهما لفظان مترادفان يعبر بهما فقهاء اللغة عن مدلول واحد.

الحبس والمنع كقولنا وقفت الدار حبسا أي حبستها في سبيل الله والجمع أوقاف، الحبس في الدابة منعها من السير وحبسها وفي الدار منعها وحبسها أن يتصرف فيها من غير الوجه الذي وقفت له ،قد أشتهر إطلاق كلمة الوقف على اسم المفعول وهو الموقوف [1].

أما كلمة أوقف فهي تفيد معنى أقلعت عن الأمر الذي كنت فيه، ولا يمكن استعمال هذه الكلمة في حبس المال كقول أوقفت الدار أو أوقفت المزرعة ، بل نقول وقفت الدار أو وقفت المزرعة لأن كلمة أوقفت لغة ثقيلة التعبير[2], وهناك بعض الفقهاء الذين يضيفون كلمة" التسبيل "على أنها من الألفاظ الصريحة ، مثال ذلك سبلت هذا المنزل للفقراء للانتفاع به, بمعنى جعلت لهم سبيلا أي طريقا لانتفاعهم بالمنزل ، بالإضافة إلى الألفاظ الصريحة هناك ألفاظ أخرى للوقف جاءت على سبيل الكناية مثل " **تصدقت**", " **حرمت**" ," **وأبدت** " [3].

و قد اتفق اللّغويون وعلماء الشريعة بأن الوقف مصدر يراد به اسم المفعول، بمعنى الشيء الموقوف، والوقف عندهم هو الحبس والمنع:

1- د/ أنيس إبراهيم ومن معه، المعجم الوسيط، الطبعة الثانية 1973، ص .6

2- د/ أحمد علي الخطيب, الوقف و الوصايا, الطبعة 2 مطبعة جامعة بغداد, 1978 ص43

3- د/ أحمد علي الخطيب, الوقف و الوصايا، مرجع سابق, ص 66.

فقال الأزهري في تهذيب اللغة :

"قال الليث: الوَقْف: مصدرُ قولك: وقفتُ الدابة ووقَفْتُ الكلمةَ وَقْفاً، وهذا مُجاوِزٌ، فإذا كان لازماً قلتَ :وقفت وُقُوفاً. وإذا وقّفْتَ الرجلَ على كلمةٍ قلتَ وقَّفتُه توقيفاً" ، قال:" وقال أبو زيد:.. ومالك تقف دابتك: تحبسها بيدك" [1].

وقال محمد بن منظور في لسان العرب :

"فأَما أَوْقَفَ فِي جَمِيعِ مَا تَقَدَّمَ مِنَ الدَّوَابِّ و الأَرضين وَغَيْرِهِمَا فَهِيَ لُغَةٌ رَديئة؛ قَالَ أَبو عَمْرِو بْنُ الْعَلَاءِ: إِلَّا أَني لَوْ مَرَرْتُ بِرَجُلٍ وَاقِف فَقُلْتُ لَهُ: مَا أَوْقَفَك هاهنا، لرأَيته حسَناً. وَحَكَى ابْنُ السِّكِّيتِ عَنِ الْكِسَائِيِّ: مَا أَوْقَفَك هاهنا وأَيُّ شيء أَوْقَفَك هاهنا أَي أَيُّ شَيْءٍ صيَّرك إِلَى الوُقُوف، وَقِيلَ: وَقَفَ وأَوْقَفَ سَوَاءٌ...

ثم نقل عن الجوهري قوله: وَتَقُولُ: وَقَفْت الشَّيْءَ أَقِفه وَقْفاً وَلَا يُقَالُ فِيهِ أَوقفت إِلَّا عَلَى لُغَةٍ رَدِيئَة " .

"وَفِي الْحَدِيثِ: ذَلِكَ حَبيسٌ فِي سَبِيلِ اللَّه، أَي مَوْقُوفٌ عَلَى الْغُزَاةِ يَرْكَبُونَهُ فِي الْجِهَادِ، والحَبِيسُ فَعِيلٌ بِمَعْنَى مَفْعُولٍ. وَكُلُّ مَا حُبِسَ بِوَجْهٍ مِنَ الْوُجُوهِ حَبيسٌ. اللَّيْثُ: الحَبيسُ الْفَرَسُ يُجْعَلُ حَبِيساً فِي سَبِيلِ اللَّه يُغْزى عَلَيْه " [2].

وقال الفيروز آبادي في القاموس المحيط :

" الحَبْسُ: المَنْعُ،.. وكلُّ شيءٍ وقَفَهُ صاحِبُهُ من نَخْلٍ أو كَرْمٍ أو غيرِها يُحَبَّسُ أصْلُهُ، وتُسَبَّلُ غَلَّتُهُ... قال: وتَحبيسُ الشيءِ: أن يُبَقَّى أصْلُهُ، ويُجْعَلَ ثَمَرُهُ في سَبيلِ الله "[3] .

وقال قاسم بن عبد الله في أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء :

الوقف في الأصل مصدر وقفه إذا حبسه وقفاً، ووقف بنفسه وقوفاً يتعدى ولا يتعدى، وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر.

وفي الدرر :

فإنّ وقف الذي مصدره الوقف متعد معناه ما ذكر، ووقف الذي مصدره الوقوف لازم."

---

1 – أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري , تهذيب اللغة , الهيئة المصرية العامة للكتاب , طبعة 1975 , ص :169.

2 – ابن منظور , لسان العرب , الدار المصرية للتأليف والترجمة ' الطبعة الثالثة , ص : 187.

3 – مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي, القاموس المحيط , مؤسسة الرسالة , طبعة 2005 , ص:402.

وقال الحسيني في تاج العروس :

" الحُبُسُ: كُلُّ شيءٍ وقَفَه صاحِبُه وَقفاً مُحَرَّماً لَا يُباعُ وَلَا يُورَثُ من نَخْلٍ أَو كَرْمٍ أَو غَيرهَا، كأَرْضٍ أَو مُسْتَغَل يُحَبَّسُ أَصلُه وتُسَبَّلُ غَلَّتُه" [1] .

وقال أيضا :

"قال شيخنا: وَقَالَ قومٌ: الفَصيحُ :أَحْبَسه وحَبَّسَه تَحْبِيساً, وَحَبَسه مُخفَّفاً، لغةٌ رديئةٌ، وَبِالْعَكْسِ وَقَفَه وأَوْقَفَه فإنّ الأفصَحَ وَقَفَه مُخفَّفاً، ووَقَّفَ مُشَدَّداً مُنكرَةٌ قليلة".

وقال الصغاني في العباب الزاخر :

"وأَوْقَفْتُ وَقْفاً للمساكين؟ بالألف- ، لغة رديئة، وليس في الكلام أَوْقَفْتُ إلاّ حرف واحد، يقال: أَوْقَفْتُ عن الأمر الذي كنت فيه: أي أقلعت."

وقال الفيروز آبادي في القاموس المحيط :

"وأَوْقَفَ: سَكَتَ، وعنه: أَمْسَكَ وأَقْلَعَ، وليس في فَصِيح الكَلامِ: أَوْقَفَ، إِلاَّ لِهذا المَعْنَى [2] ".

وقال الحموي في المصباح المنير :

"وَقَفْتُ الدار وَقْفًا حبستها في سبيل الله، وشيء مَوْقُوفٌ و"وَقْفٌ" أيضا تسمية بالمصدر والجمع أَوْقَافٌ مثل ثوب وأثواب، ووَقَفْتُ الرجل عن الشيء "وَقْفًا": منعته عنه، و"أَوْقَفْتُ "الدار والدابة بالألف لغة تميم، وأنكرها الأصمعي وقال: الكلام "وَقَفْتُ "بغير ألف، و"أَوْقَفْتُ" عن الكلام بالألف: أَقْلَعْتُ عنه، وكلمني فلان" فَأَوْقَفْتُ" أي أمسكت عن الحجة عيًّا، وحكى بعضهم ما يمسك باليد يقال فيه "أَوْقَفْتُهُ" بالألف وما لا يمسك باليد يقال "وَقَفْتُهُ" بغير ألف والفصيح وقَفْتُ بغير ألف في جميع الباب إلا في قولك "ما أَوْقَفَكَ" ههنا وأنت تريد أي شأن حملك على الوقوف"[3].

---

1 – الحسيني , تاج العروس من جواهر القاموس , دار الهداية, ص:211.

2 – مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي , المرجع السابق , ص : 413.

3 – أحمد بن محمد بن علي الحموي , المصباح المنير في غريب الشرح الكبير,دار العلم , ص : 119.

المطلب الثاني / التعريف الاصطلاحي الفقهي:

هو حبس العين عن أن تكون مملوكة لأحد من الناس ، وجعلها على حكم ملك الله تعالى، والتصرف بريعها على جهة من جهات الخير في الحال والمآل .

و يعتبر فقه الوقف من أكثرِ النماذج الفقهية دلالةً على التوافق وقلة النزاعات الفقهية بين شتى المذاهب الإسلامية المختلفة، بل إن عامة ما يبدو فيه من خلاف، فإنما هو خلاف لفظي لا حقيقي كما سيتبين.

فقد عُرِف الوقف في الصدر الأول من الإسلام باسم الصدقة تجوّزا، وباسم الحبس أيضا، والأصل المُبيِّن له عند العلماءِ ما قاله النبي ρ لعمرَ لما أصاب أرضا بخيبر " إِنْ شِئْتَ حَبَّسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا غير أَنَّهُ لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ "، فتصدق بها عمر فِي الْفُقَرَاءِ وَالْقُرْبَى وَالرِّقَابِ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالضَّيْفِ وَابْنِ السَّبِيلِ لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيه" [1].

ولذلك اعتُبر هذا الحديثُ أصلا عظيما ومنطلقا متينا، للعلماء من شتى المذاهب في تعريفهم للوقف، فإنهم وإن اختلفوا في بعض جزئياته، فكلهم متفقون على أنه: "حبس الأصل وتسبيل المنفعة"، كما سيتبين من خلال هذا العرض:

أولا: مذهب المالكية :

قال ابن قاسم في شرح حدود ابن عرفة: "الفقهاء بعضهم يعبر بالحبس وبعضهم يعبر بالوقف، والوقفُ عندهم أقوى في التحبيس"، ثم نقل عن ابن عرفة أنه حدّه بقوله: "إعطاء منفعةِ شيءٍ مدةَ وجوده، لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا".

ومن خلال هذا التعريف يتضح بأن المالكية لا يخرجون العين الموقوفة عن ملك الواقف كلية بل تبقى على ملكه ولو تقديرا، فهل يعني هذا أنّهم قد اختلفوا مع الجمهور؟ .

و الجواب: لا , لأن الخلاف لفظي بدليل قولهم "ولو تقديرا"، كما أنهم يمنعون من التصرف في الوقف بعوض أو بدون عوض، ويُلزمون الواقف بالتصدق بمنفعة وقفه ولا يجيزون له الرجوع فيه , و على هذا الأساس فإن التعريف الذي جاء به الإمام مالك كان كما يلي "الوقف هو حبس العين

---

1 – أبو الحسين مسلم بن الحجاج , صحيح مسلم ,كتاب الوصية , باب الوقف ,ص:520.

على ملك الواقف ،أو عن التمليك والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو صرفها في وجه من وجوه الخير [1].

ثانيا: مذهب الشافعية :

ذكر زكريا الأنصاري في أسنى المطالب في شرح روض الطالب – في مذهب الشافعية – أنهم قالوا في حدّه: "وشرعا حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح"، وكذلك نقل نفس هذا التعريفِ ابنُ حجر الهيتمي في تحفة المنهاج، والخطيب في مغني المحتاج، والبيجرمي في حاشيته، وغيرهم من فقهاء الشافعية في باب الوقف.

ثالثا: مذهب الحنفية:

للحنفية تعريفان للوقف:

** التعريف الأول أن الوقف هو: "حبس العين على حكم ملك الواقف".

** التعريف الثاني : حبس العين عن التمليكِ، والتصدق بالمنفعة في سبل البر"، وهذا كتعريف الجمهور.

ويفهم من هذين التعريفين بأن الشيء الموقوف يبقي في ملك الواقف , وله حق التصرف فيه بكل أنواع التصرفات من بيع وهبة.... الخ ، وفي حالة ما إذا تراجع الواقف عن وقفه يحق للورثة إرث هذا الوقف بعد موته [2].

رابعا: مذهب الحنابلة :

ذكر الحنابلة ومنهم الحجاوي في الإقناع في فقه الإمام أحمد: "هو تحبيسُ مالكٍ مطلق التصرف، مالَه المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقفة وغيره في رقبته يصرف ريعه إلى جهة بر تقربا إلى الله تعالى"، وأخذ الحنابلة هذا التعريف من قول الرسول صلي الله عليه وسلم " حبس الأصل وسبل المنفعة " .

هذا وقد عرّفه أبو زهرة في " محاضرات في الوقف " بقوله: "هو منع التصرف في رقبة العين التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداء وانتهاء".

ومن هنا تظهر العلاقة بين المعنى اللغوي والشرعي للوقف، فإنهما يجتمعان في حبس أصل الشيء الموقوف، ومنع ملكيته وإرثه وبيعه وهبته وغير ذلك كما سيأتي.

1– د/ زهدي يكن , أحكام الوقف, المكتبة العصرية, بيروت, ص 8.

2– د/ أحمد علي الخطيب, الوقف والوصايا، مرجع سابق، ص 303.

المبحث الثاني : مفهوم الوقف في التشريع الوضعي

تقديم:

لقد عملت الدولة الحديثة على تصفية مؤسسات المجتمع التقليدية ، ليس لإحلال المؤسسات الأهلية الجديدة محلها ولكن لإحلال السيطرة المركزية للدولة الحديثة.

وكما كانت الثقافة العربية الإسلامية مازالت متجذرة في الوعي الشعبي العام، مما يصعب أن تقوم به كيانات تنظيمية حديثة أن تحل محلها فقد بقيت العلاقات البشرية ذات قدرة على التسيير الذاتي والاحتكام إلى أصول شرعية ذات تقبل شعبي عام, وذات انتشار معرفي أوسع من جهاز الدولة , ولذلك فإن جهاز الدولة الحديثة بصياغته للقوانين المنظمة للوقف وجد فيها الصياغة الثقافية والتنظيمية الأوفق لاستتباب هذا الجهاز وترسيخه والسيطرة عليه وفق أصل الشرعية التي تصدر عنها القوانين والقواعد والأوامر [1] .

المطلب الأول / مفهوم الوقف وفق بعض التشريعات العربية :

من خصائص الدولة الحديثة التي تسعى أن يسودها التكافل الاجتماعي أن يكون للمجتمع المدني دورا في مساندة مجهودات الدولة في التنمية. كما أنه من خصائص الدولة الحديثة أن تعزز هذا الدور وتؤطره بالنصوص القانونية المناسبة، وذلك بالسهر على احترام إرادة الخيرين وتنفيذها [2].

وقد تأخذ هذه المساندة عدة أشكال وتكون فيه المساندة عبر فتح المجالات لاستيعاب سعي الكثير من الراغبين في تفعيل التكافل الاجتماعي بتخصيص جزء من ثروتهم الخاصة لخدمة المجتمع. فقد تكون هذه المساندة عبر الصدقات، وعبر الزكاة، وقد تكون عبر المشروعات الخيرية المقننة والمهيكلة أساسها الوقف, وهذا ما يهمنا في هذا البحث.

و اليوم ومع الحديث عن التنمية المستدامة، وتعاظم دور القطاع الخاص وانسحاب نسبي لدور القطاع العام الذي أحدث فجوة ملموسة أدت إلى تراجع الطبقة المتوسطة وانتشار مظاهر الفقر

---

1 – د/ عبد الرزاق بن عمار بوضياف ، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، دار الهدى، الجزائر 2010 , ص 98 .

2 – عبد الملك السيد ، الدور الاجتماعي للوقف ، ص 182.

على نطاق واسع مما يعني الرجوع للمجتمع المدني لتحمل المسئولية. ومن هنا يبدو من المناسب أن يكون للوقف دورا في هذه التحولات.

و قد تفطنت الدول العربية و الإسلامية لأهمية الوقف مما حدا بها إلى وضع منظومات قانونية لتأطيره و تنظيره قانونا دون إغفال ارتباطه بالشريعة الإسلامية التي يستمد منها تعريفه و جل عناصره و أركانه.

و نذكر بعض القوانين الخاصة بتنظيم الوقف في الدول العربية [1] :

- ليبيا: القانون رقم 124 لسنة 1392هـ/1972م في 1972/9/19 (مكمل ومنقح بالقانون رقم 16 لسنة 1973 بتاريخ 1973/3/15).
- مصر: القانون رقم 28 لعام 1946. والمرسوم بقانون رقم 180 لعام 1952. وقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 80 لسنة 1971 بإنشاء هيئة الأوقاف المصرية.
- اليمن: قرار جمهوري بالقانون رقم (23) لسنة 1990 بشأن الوقف الشرعي.
- إمارة الشارقة: القانون رقم 4 لسنة 2011م في شأن الوقف في إمارة الشارقة.
- قطر: القانون رقم (8) لسنة 1996 المتعلق بالوقف.
- السودان: قانون الأوقاف الإسلامية لسنة 2008 الذي ألغى قانون هيئة الأوقاف الإسلامية لعم 1996.
- لبنان: قانون الأوقاف الذرية في لبنان الصادر في 10 آذار 1947.
- الإمارات العربية المتحدة: القانون الاتحادي رقم 29 لسنة 1999 بشأن الهيئة العامة للأوقاف.

1 – أ/ مصطفى أحمد الزرقا , أحكام الأوقاف، الطبعة الثانية، ، دار عمار، الأردن، ص :68 .

المطلب الثاني / مفهوم الوقف في التشريع الجزائري:

عرف المشرع الجزائري الوقف في المادة 213 من قانون الأسرة، التي تنص على أن الوقف " هو حبس المال عن التمليك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق".

فالتعريف المذكور هو ذاته المذكور في المادة 213 من قانون الأسرة سابق الذكر، إلا أن المشرع الجزائري استعمل كلمة " **مال** " في المادة المذكورة، بينما استعمل لفظ العين في القانون الجديد المتعلق بالأوقاف، مع العلم أن لفظ المال يشمل الأموال السائلة التي بدأ بعض الواقفين في الآونة الأخيرة من تخصيصها للصرف من ريعها على جهات متعددة، بينما تعبير " عين" ضيق لا يشمل إلا العقارات والمنقولات.

أما القانون رقم31/90 المتعلق بالتوجيه العقاري فقد جاء بتعريف للوقف، في المادة 25 منه والتي تنص" الأملاك الوقفية هي الأملاك الوقفية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية ،أو جمعية ذات منفعة عامة سواء أكان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعيينهم المالك المذكور ".

أما أهم تعريف للوقف فقد جاء في المادة 03 من قانون 10/91 المؤرخ في 12 شوال 1411هـ الموافق لـ 27 أفريل 1991م المتعلق بالأوقاف على أنه:"حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير", و أيد هذا التعريف و فصله في القانون رقم 02-10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 المعدل والمكمل لقانون رقم 91-10.

ومن يمكن الوصول إلى تعريف الوقف : على أنه" تخصيص مال معين ليصرف ريعه على جهة معينة مع حبس العين عن التملك, على أن يكون الوقف مؤبدا أو مؤقتا احتراما لإرادة الواقف مع إبعاد كل شرط من الشروط المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامي **(1)**.

1- محمد مصطفي شلبى، أحكام الوصايا و الأوقاف، الطبعة4 ، الدار الجامعية ، بيروت 1982 ، ص 320 .

خلاصة الفصل التمهيدي:

تطرقنا في هذا الفصل إلى مفهوم الوقف وقلنا انه من الأمور المهمة التي تطرق لها الإسلام ، والوقف لغوياً تعني الحبس والمنع ،و اصطلاحيا تعني حبس الممتلكات ومنع امتلاكها لأي جهة معيّنة للاستفادة منها وتوزيعها للمحتاجين والتصرّف فيها بشكل جيّد ، مما ينتج عنه بث روح التعاون والتكافل بين أبناء المجتمع الإسلامي، على أساس أن أفراد المجتمع الإسلامي كالجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالحمى والسهر.

وهكذا يتضح لنا أن للمؤسسة الوقفية في الإسلام ميزة خاصة تميزها عن غيرها من صور الإنفاق الأخرى، فقد شرعه الإسلام لمصالح لا توجد في سائر الصدقات، لأن الإنسان ربما يصرف في سبيل الله مالا كثيرا ثم يفنى فيحتاج الفقراء مرة أخرى ، فلا يوجد أنفع ولا أفضل لعموم المسلمين من أن يحبس لأصحاب الحاجات منهم شيئا يبقى أصله وتصرف عليهم منافعه، ومن هنا يعتبر الوقف مصدرا منظما ودوريا غير منقطع يعمل باستمرار على تمويل وتحقيق الأهداف ، مما جعله يحتل مكانة متميزة بين سائر أوجه الصدقات والإنفاق الأخرى، و هذا ما تفطنت له التشريعات في الدول العربية و الإسلامية و من بينها الجزائر التي حاولت أن تحتوي الوقف ضمن سلسلة من المنظومات و التشريعات القانونية كمحاولة لصيانة الوقف من جهة , و وضع اليد و العين عليه لمراقبته و تتبع مسار الانتفاع به من جهة أخرى .

الفصل الأول

أحكام الوقف في التشريع الجزائري

مدخل تمهيدي :

يتسابق الناس في الوقف من أموالهم العقارية والمنقولة ودافعهم الأساسي الاستمرار في الحصول على الأجر بعد الممات،مصداقا لحديث النبي صلى الله عليه وسلم :[إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلا مِنْ ثَلاثٍ : مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ].

وهذا الهدف هو هدف خاص ، ناهيك عن الأهداف العامة للوقف كتحقيق تكافل وتعاون المجتمع الإسلامي وتقويته والنهوض به،مما يجعل انتشار ثقافة الوقف في وقتنا الحاضر ضرورة لا بد منها خاصة الوقف العام ، باعتبار أن الوقف يكون خاصا (الوقف الذري) إذا كان ريعه مصروفا على الواقف نفسه أو على أولاده وذريته ابتداء أو من بعده وبعد انقراضهم يصرف على جهات الخير بينما الوقف العام أو(الوقف الخيري) يصرف ريعه من البداية على جهات الخير كالمساجد والمستشفيات وطلبة العلم[1] .

وقد اعترف المشرع الجزائري بالوقف كتصرف قانوني يخرج المال الموقوف من ملكية الواقف على سبيل التبرع من خلال قانون11/84 الصادر في09 جوان 1984, المتضمن قانون الأسرة ، ثم بموجب قانون91-10الصادر في27أفريل1991المتعلق بالأوقاف و الذي يعد المصدر الأساسي في تنظيم أحكام الوقف العام في الجزائر[2].

وقد نص هذا القانون في المادة الثالثة منه:« الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير»وهذا التعريف يشمل نوعي الوقف العام والخاص إلا أنه بموجب القانون رقم10/02 المؤرخ في14 ديسمبر2002 المعدل والمتمم لقانون10/91 أخرج تنظيم أحكام الوقف الخاص وخص الوقف العام وحده بالتنظيم في قانون 10/91 وهو اتجاه يبرر بما يتميز به الوقف العام من أهمية تجعله الأكثر شيوعا .

إن الوقف كتصرف يخرج المال الموقوف من ذمة الواقف على سبيل التبرع أي من غير عوض طلبا للأجر الأخروي كمقصد عام والمساهمة في التكافل الاجتماعي كمقصد خاص؛ يقتضي حماية خاصة تتبع من الخطورة التي تشكلها تصرفات التبرع بصفة عامة و أهمية مقاصد الوقف بصفة خاصة،فالواقف ينتقص من ماله طالبا العوض الأخروي ذلك أن الوقف صدقة جارية لا ينقطع الأجر

---

1 – د/ الشافعي أحمد محمود : الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي , الدار الجامعية , بيروت ,طبعة 2000 , ص 197 .

2 – د/ خالد رمول ، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة ، طبعة 2006 , ص 21.

فيها وهنا مكمن الخطورة فإرادة الواقف هي محور التصرف الوقفي وبالتالي يجب تحقيقها،أما الموقوف عليهم فقد تضيع حقوقهم في المال الموقوف إذا لم يوجد دليل يثبت أحقيتهم له في مواجهة الورثة أو الغير الذي قد يستولي على المال الموقوف باعتباره مالا خرج من مالك إلى غير مالك، مما يتطلب توافر شكلية معينة في إنشاء الوقف تضمن للواقف تحقق إرادته وللموقوف عليهم حقهم في المال الموقوف،دون أن يكون الوقف منفذا لمخالفة قواعد الميراث وحرمان الغير من حقه في الميراث.

إن توفير وسائل إثبات الوقف هو صورة حماية أساسية لضمان تحقق مقاصد الوقف، وباستقراء قانون الأوقاف 10/91 يتبين أن المشرع نص على العقد والشهادة الرسمية بشكل صريح كوسائل لإثبات الوقف العام ،غير أنه لم يكن صريحا وواضحا بشأن قيمتهما وقوتهما في الإثبات[1].

1- أ/ محمد كنازة ، الوقف العام في التشريع الجزائري ، دار الهدى , عين مليلة , الجزائر, 2006 ، ص 152.

المبحث الأول: خصائص الوقف و التمييز بينه والعقود الأخرى المشابهة له

تقديم:

يتميّز الوقف عن غيره من الصدقات وأنواع التكافلات بعدة خصائص ومميزات متفق عليها بين العلماء و أقرها المشرع الجزائري و ضمنها في القانون 10/91 يتمثل أبرزها في " البقاء والاستمرارية و أن الوقف تستغل منفعته، ولا تُتَملّك عينه و أخيرا العموم" و هو ما سنأتي تبيانه لاحقا.

المطلب الأول/ خصائص الوقف :

يتميز الوقف بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى ، سنحاول أن نوجزها في النقاط التالية.

الفرع الأول / الوقف عقد تبرعي من نوع خاص:

لقد صنف المشرع الجزائري الوقف ضمن عقود التبرعات, فهو تصرف تبرعي تنتقل بموجبه منفعة المال الموقوف من الواقف إلى الموقوف عليه, على وجه التبرع دون مقابل او عوض، لان الغاية منه هو التقرب إلى الله عز وجل, فالوازع الديني هو الدافع الأساسي لإنشاء الوقف، وهذا ما عبر عنه المشرع في المادة 04 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف التي نصت "على الوقف عقد التزام و تبرع" [1].

وما يميز الوقف هو خروج المال الموقوف من ملكية الواقف لا إلى أحد بل يبقي على حكم ملك الله تعالى أي أن ملكية الرقبة تبقى محبسه ، وتنتقل فقط المنفعة إلى الموقوف عليه.

الفرع الثاني /الوقف حق عيني:

يرى الفقهاء أن الوقف حق عليهم لكونه تصرفا يرد على حق الملكية ، ويعتبر من طبيعته إسقاطا لملكية الواقف ، وجعل المال الموقوف غير مملوك لأحد مع ثبوت التصرف العيني في المنفعة للموقوف عليهم أي أنه ينشئ لهم حقوقا عينية.

---

1 – أ/ حمدي باشا عمر : عقود التبرعات , دار هومة , الجزائر , طبعة 2004 , ص 96.

والقول بذلك ينجر معه انتقال هذا الحق العيني إلى ورثة الموقوف عليه ، في حين أن الموقوف عليه الذي يتقرر له حق الانتفاع بالوقف**(ريع الوقف)** باسمه وصفته وهو محل اعتبار، فإن مات انتقل حق الانتفاع إلى الموقوف عليه من العقب الجهة الموقوف عليها مباشرة والتي حددها الواقف في عقد الوقف ، وهو ما دفع ببعض الفقهاء الى القول بأن الوقف حق شخصي.

غير أن استحقاق ورثة الموقوف عليه لحق الانتفاع بالوقف خاضع لإرادة الواقف، وليس للقواعد العامة في المواريث –ودون خرقها – فاستحقاق ورثة الموقوف عليه لحق الانتفاع ، يثبت إذا نص عليه الواقف في عقد الوقف فالوقف حق عيني ذو طبيعة خاصة ومتميزة [1].

الفرع الثالث / الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية:

المال الموقوف يخرج عن ملكية الواقف لا إلى ملك أحد بل على حكم ملك الله تعالى ، و هذا ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 5 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف المذكور سابقا بقوله "الوقف ليس ملك للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين"وهذا مفاده بأن الوقف مستقل من شخصية منشئيه أي أن له شخصية معنوية أو اعتبارية طبقا وتكملة لنص المادة سالفة الذكر" ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف و تنفيذها " فالمشرع الجزائري اعترف صراحة بالشخصية المعنوية للوقف , وهذه الشخصية المعنوية المعترف بها تنحدر منها عدة نتائج هي كالتالي.

❖**أولا :** للوقف ذمة مالية مستقلة لأنه بمجرد انعقاد الوقف يصبح المال الموقوف كيانا ماليا خاصا ومستقلا يوجه ريعه في المحافظة عليه وصيانته و استغلاله و تنميته.

❖ **ثانيا :** تثبت للوقف أهلية التقاضي في حالة تعرضه للاعتداء أو المساس به، و يمثله أمام القضاء شخص طبيعي يسمى ناظر الوقف للدفاع عن حقوق الوقف , وهو خاضع لنظام قانوني خاص يضبط تصرفاته محيطا الوقف بعدة ضمانات.

❖ **ثالثا :**خروج الوقف من ملكية الواقف وانصهارها في الشخصية المعنوية للوقف، التي تبقى مسيجة بإرادة الواقف التي تعتبر جوهر الوقف ،والدولة بسهرها على احترام إرادة الواقف فهي بذالك تحمي الشخصية المعنوية للوقف، تطبيقا لقاعدة " نصوص الوقف كنصوص الشارع[2]" .

1- د/ عبد الرزاق بن عمار بوضياف ، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، دار الهدى 2010ص31

1- د/ خالد رمول ، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة ، طبعة 2006 , ص 23.

وتأكيدا منه على الاعتراف أو تكريس الشخصية الاعتبارية للوقف فقد نص المشرع الجزائري على ذلك صراحة في المادة 49 من القانون المدني والتي تنص على "الأشخاص الاعتبارية" هي:

- ❖ الدولة , الولاية , البلدية.
- ❖ المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري .
- ❖ الشركات المدنية والتجارية .
- ❖ الجمعيات والمؤسسات .
- ❖ الوقف.
- ❖ كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية.

الفرع الرابع / الوقف يتمتع بحماية قانونية متميزة :

تتنوع صور الحماية القانونية للوقف بتنوع القوانين المنظمة له و بدأ بالدستور لتجسدها بعد ذلك كل من الحماية المدنية والجزائية والإدارية , وسنتناول كل ذلك بشيء من التفصيل.

أولا : الحماية الدستورية للوقف : لقد كرس المشرع الجزائري حماية الأملاك الوقفية في دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر في 1989 الذي نص صراحة في الفقرة 03 منه من المادة 49 على " إن الأملاك الوقفية و أملاك الجماعات الخيرية معترف بها و يحمي القانون تخصيصها" .

كما أبقى التعديل الدستوري لسنة 1996 بموجب القانون 19/08 على تكريس حماية الأملاك الوقفية حيث حافظ على نفس المادة 49 سالفة الذكر نصا وروحا ومنه فالأملاك الوقفية محمية دستورا وقانونا .

ثانيا :الحماية المدنية

فقد عمد المشرع الجزائري إلى تقرير الحماية المدنية إلى الأملاك الوقفية بدأ بالقانون المدني سالف الذكر , باعتباره الشريعة العامة من خلال المواد 674 إلى 689 التي كرست الحماية المدنية للملكية العقارية بوجه عام.

ليأتي بعد ذلك قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 سالف الذكر لإعادة الاعتبار للملكية العقارية بصفة عامة ، و الملكية العقارية بالملكية الخاصة.

فتم بذلك تعزيز الملكية الوقفية بتصنيفها إحدى أصناف الملكية صراحة بنص المادة 29 منه التي نصت على " تصنف الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ضمن الأصناف القانونية التالية" :

- ❖ الأملاك الوطنية.
- ❖ أملاك الخواص و الأملاك الخاصة.
- ❖ الأملاك الوقفية .

ليسويا قانون التوجيه العقاري الوضعية المزرية التي كانت تسود المنظومة العقارية , و التي أفرزها قانون الثورة الزراعية , و ذلك بإلغاء هذا الأخير و على اثر ذلك تمت إعادة جزء من الأراضي الزراعية الموقوفة إلى مستحقيها و يمكن إجمال الحماية المدنية للملك الوقفي من خلال المبادئ التالية [1]:

- ❖ عدم اكتساب الوقف بالتقادم .
- ❖ الوقف غير قابل للشفاعة .
- ❖ الوقف غير خاضع للحجز .
- ❖ الوقف لا يرهن .
- ❖ عدم جواز التصرف في الوقف.

ثالثا: الحماية الجزائية :

ضمانا منه لحماية الملك الوقفي و حمايته من الاعتداء عليه من طرف الغير, فقد قرر المشرع عقوبات جزائية للجناة الذين يقومون بأفعال و اعتداءات وصفها المشرع بأنها جريمة معاقب عليها , و قد كرس المشرع الجزائري الحماية الجزائية للوقف من خلال المادة 36 من قانون 10/91 المتعلق بقانون الأوقاف المذكور سابقا" يتعرض

1 – أ/ بن مشرنن خير الدين ، إدارة الوقف في القانون الجزائري ، دار الآفاق , الجزائر , طبعة 2007 , ص 28 .

كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو تدليسية , أو يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستنداته أو يزورها الى الجزاءات المنصوص عليها بقانون العقوبات.

وبالرجوع الى قانون العقوبات 2010 نجده قد جرم الأفعال التي تمس بالعقارات عموما , ذلك أن جميع النصوص الواردة فيه والمتعلقة بالجرائم الواقعة على عقار مثل المادة 386 التي تعتبر الإطار العام والمتعلقة بتهمة التعدي على الملكية العقارية و المادتين407 و 406 من قانون العقوبات والمتعلقتين بجنحة التخريب العمدي للعقارات يصلح تطبيقها على العقارات الموقوفة لان هذه النصوص تجرم واقعة الاعتداء على العقار بصرف النظر عن صنفه سواء كان عاما أو خاصا أو وقفا وبالنتيجة يكفي لقيام الجريمة بكافة أركانها أن يتم الاعتداء على العقار حيث تنص الماد ة 406 من قانون العقوبات" كل من خرب أو هدم عمدا مبان أو جسور أو سدود أو خزانات أو طرق أو منشآت موانئ أو منشآت صناعية، وهو يعلم أنها مملوكة للغير وكل من تسبب سواء في انفجار آلة أو في تخريب محرك يدخل ضمن منشآت صناعية وذلك كليا أو جزئيا بأية وسيلة كانت يعاقب بالسجن المؤقت من خمسة الى عشرة سنوات.

ونصت المادة 406 مكرر على " يعاقب بالحبس من شهرين الى سنتين أو بغرامة مالية من 20.000 إلى 100.000 دج كل من خرب عمدا أجزاء من عقار هو ملك الغير" .

كما تنص المادة 407 من نفس القانون على " كل من خرب و أتلف عمدا أموال الغير المنصوص عليها في المادة 396 بأية وسيلة أخري كليا أو جزئيا يعاقب بالحبس من سنتين الى خمسة سنوات و بغرامة مالية من 20.000 الى 100.000 دج"...

في هذا السياق نصت المادة 408 على " كل من وضع شيء في طريق أو ممر عمومي من شأنه أن يعوق سير المركبات، أو استعمل أية وسيلة لعرقلة سيرها كان ذلك بقصد التسبب في ارتكاب حادث أو عرقلة المرور أو إعاقتها ، يعاقب بالسجن المؤقت من خمس الى عشر سنوات و بغرامة مالية من 500.000 الى 1000.000 و إذا نتج عن الجرائم المنصوص عليها في المادتين 406 و 408 إزهاق روح إنسان ، يعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة مع غرامة مالية من 1000.000 الى 2000.000 دج ، عند حدوث جروح أو عاهة مستديمة للغير [1].

1 – أ/ محمد كنازة ، الوقف العام في التشريع الجزائري ، دار الهدى , عين مليلة , الجزائر, 2006 ، ص 58.

وباستقراء أحكام المواد المذكورة أعلاه يتضح أن المشرع قد أحاط الأموال عموما ، والتي من بينها الوقف بجملة من العقوبات الصارمة، والمشددة في الأفعال المجرمة تصل الى عقوبة الإعدام , وهذا لاعتبارات عديدة قصد المشرع منها إرساء قواعد العدالة ومعاقبة الجناة وحماية القيمة الروحية والتعبدية بالنسبة للوقف [1] .

ونلاحظ أن المشرع قد رفع من قيمة الغرامات المالية المقررة لهذا النوع من الجرائم التي تمس العقارات عموما لجعلها تتناسب مع قيمتها المادية إلا أن قداسة الأملاك الوقفية وقيمتها المعنوية تتجاوز في الحقيقة تلك العقوبات المالية التي أحدثها المشرع.

وتجدر الإشارة الى أن المحكمة العليا أكدت وكرست الحماية الجزائية للأملاك الوقفية في حالة المساس بها ، أو بتغير وجهتها خاصة منها أماكن العبادة لقداستها وقيمتها الروحية والتعبدية.

ويتضح ذلك في العديد من القرارات من بينها القرار المؤرخ في 1994/01/16 الذي يقضي بان" من المستقر على شرعا انه إذا ثبت بشهادة رسمية أن المحل قد بناه جماعة المسلمين لتقام فيه الصلوات ، فهو لهم ومن استول عليه يعد مغتصبا له معتديا على أحباس المسلمين ويعامل معاملة المعتدي على ملك الغير ويستوجب طرده من المحل و إرجاعه إلى مهمته الأصلية ومن ذم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا للقانون.

رابعا: الحماية الإدارية للوقف:

لقد أحاط المشرع الوقف بنوع أخر من الحماية ، هي الحماية الإدارية التي تختص بها الإدارة بما تملكه من امتيازات وصلاحيات لمنع المخالفات والتجاوزات التي من شأنها المساس بالملك الوقفي أو تعطيل وظيفته سواء كان هذا الوقف عقارات حضاريا "بناء أو أرض قابلة للبناء" أو عقارا فلاحيا [2].

الفرع الخامس / الوقف غير خاضع لإجراء نزع الملكية من اجل المنفعة العمومية:

الأملاك الوقفية لا تخضع لإجراء نزع الملكية للمنفعة العمومية إلا استثناء والمشرع الجزائري واستثناء على القاعدة العامة أجاز نزع الملكية من أجل المنفعة العامة العمومية والتي تعتبر الملكية الوقفية في ثلاث حالات :

- ❖ توسيع مسجد .
- ❖ توسيع مقبرة .
- ❖ توسيع طريق عام.

1- أ/ اعمر يحياوي, الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة و الجماعات المحلية, دار هومة, ط 2004, ص 112 .

2- أ/ بن رقية يوسف: شرح قانون المستثمرات الفلاحية , الديوان الوطني للأشغال التربوية , الجزائر , ط 2001 ,ص 72.

وهذا تطبيقا لنص المادة 24 من قانون الأوقاف سالفة الذكر، وهذا النزاع قد أحاطه المشرع بضمانات تتمثل في التعويض الذي يجب أن يكون عينا لا نقدا على حد تعبير المشرع الجزائري , ليثير مسألة أخري حول طبيعة التعويض في حالة ما إذا كانت هناك استحالة في التعويض العيني.

وتجدر الإشارة إلى وجود عدة حالات تم من خلالها خضوع أملاك وقفية لعملية نزع الملكية ، بطريقة غير قانونية أدت إلى نشوء نزاعات قضائية لم يتم الفصل فيها بعد [1].

الفرع السادس / الوقف عقد شكلي:

الوقف وعلى غرار كل العقود التي تنصب على العقار اشترط القانون لصحتها إفراغها في الشكل الرسمي، وهذا تطبيقا لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني, والمادة 12 من قانون التوثيق والمادة 217 من قانون الأسرة سالف الذكر التي تشترط الرسمية في الوقف قياسا على الوصية بالإحالة على المادة 191 من قانون الأسرة.

وشرط التقيد بالرسمية أكده المشرع الجزائري صراحة في قانون الأوقاف المذكور سابقا من خلال المادة 41 منه التي نصت على أنه " يجب على الوقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة إلى السلطة المكلفة بالأوقاف.

الفرع السابع / الوقف عقد معفي من رسوم التسجيل:

لكون الوقف من عقود التبرع الموجهة لأعمال البر والإحسان وسعيا منه على تشجيع الناس على وقف أمواله فقد أعفى المشرع أصحاب هذه الوسيلة الخيرية من رسوم التسجيل ورسوم أخرى في المادة 44 من القانون 10/91 التي تنص" تعفي الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل والضرائب من الرسوم الأخرى لكونها من عمل من أعمال البر والخير" .

وما يلاحظ على المادة أن المشرع الجزائري جعل الإعفاء من الرسم حكرا على الوقف العام دون الوقف الخاص، وكأن المشرع يقلل من أهميته [2] , ويفاضل بذلك بين الوقف العام والخاص رغم أن المال الموقوف يؤول في النهاية إلى الجهة الخيرية المحددة في عقد الوقف وقد يفهم من ذلك أن المشرع ربما قد يتراجع عن الوقف الخاص.

1- أ/ حمدي باشا عمر : عقود التبرعات - دار هومة – الجزائر – طبعة 2004 , ص 96.

2- د/ خالد رمول ، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة ، طبعة 2006 , ص 54 , 55 .

الفرع الثامن/ الوقف عقد مؤبد :

القاعدة العامة في الوقف، هو الديمومة والاستمرار غير أن جانب من الفقه أجاز انقضائه، استثناء فكان هذا محل خلاف بين فقهاء المذاهب الإسلامية، فالمالكية يميزون بين الوقف المؤبد وغير المؤبد، فيجيزونا انتهائه إذا كان الوقف غير مؤبد(مؤقت) بانتهاء المدة المحددة له أو بانقراض الموقوف عليه أو الجهة الموقوف عليها، إذا كانت غير محددة فإنه يعود إلى بيت مال المسلمين أما إذا كان الوقف مؤبدا فإنه لا يجوز انتهاؤه كالوقف على المساجد والفقراء والمعوزين، والإمام مالك يمنع من بيع العقار الموقوف حتى ولو تخرب وكذلك منع بيع أنقاضه مستندا في هذا المنع إلى بقاء أحباس السلف من الصحابة وغيرهم [1] من غير تصرف فيها وسد لذريعة الفساد ،حتى لا يتخذ جواز بيع المتخرب طريقا لبيع الأوقاف وهذا باستثناء جواز بيعه لتوسيع مسجد أو طريق أو مقبرة لان نفعها اعم من نفع الوقف.

أما الأحناف ففي رواية عن أبي يوسف انه لا يشترط التأبيد لصحة الوقف و إذا انتهى الوقف عادت العين الموقوفة إلى مالكها وبالنسبة للحنابلة فإنهم يجيزون بيع الأنقاض وصرف المبلغ إلى مسجد آخر.

كما نصت المادة 37 من نفس القانون على" تؤول الأموال العقارية والمنقولة والموقوفة على الجمعيات والمؤسسات إلى السلطة المكلفة بالأوقاف العامة عند حل الجمعيات أو انتهاء المهمة التي أنشئت من اجلها إذا لم يعين الواقف الجهة التي يؤول إليها وقفه وذلك وفق إجراءات تحدد عن طريق التنظيم".

ويتضح أن الوقف الذي ينقرض فيه العقب وكذا الوقف على المؤسسات الخيرية التي تم حلها وانتهت مدتها فإنه يؤول إلى الجهة المكلفة بالأوقاف فهو يظل قائما لا ينتهي إلا بالنسبة إليها فقط لان جوهره هو التأبيد وعلى غرار ذلك فإن الوقف الذي يتعرض للاندثار أو الضياع أو يفقد منفعته لا ينتهي بل يستبدل عينا وهذا تطبيقا لنص المادة 24 من قانون الأوقاف وعليه فالمشرع الجزائري لا يجيز انتهاء الوقف.

1- د/ الشافعي أحمد محمود : الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي , الدار الجامعية , بيروت ,طبعة 2000 , ص 201 .

المطلب الثاني: التمييز بين الوقف والعقود الأخرى المشابهة له

الفرع الأول / الوقف والهبة:

الهبة في فقه اللغة يقصد بها التبرع والتفضيل والإحسان بمال ينفع الموهوب له وهذا ما جاء في قوله تعالى: ﴿ يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ ﴿٤٩﴾ ﴾ – الشورى: الآية 49–وتتقارب الهبة مع الصدقة و العطية لتقاربهما في التمليك بلا عوض وقد عرض العلماء عقد الهبة " بأنه عقد يفيد تمليك العين مالا بدون عوض"[1] .

وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 202 من قانون الأسرة سابق الذكر"إن الهبة تمليك بلا عوض " [2].

أولا : أوجه الشبه بين الوقف والهبة:

تتقارب أوجه الشبه بين الهبة و الوقف في كون كل منهما لا يصح الاشتراط فيه كشرط الإثابة عليهما و مكافأة عنها , كما يشترط في الهبة إن تكون منجزة و ليست معلقة على شرط أو مضافة الى المستقبل لان القصد في الهبة التمليك حالا ففي هذه الحالة تتفق مع الوقف من تمليك المنفعة.

و من الشروط الواجب توافرها في الواهب والواقف أن يكون كامل الأهلية فالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه ليست لهما أهلية للهبة أو الوقف لكون التعاقد يقوم على الإرادة وهؤلاء لا إرادة لهم , فالهبة والوقف الذي يصدر منهم يكون باطلا لا تلحقه الإجازة أما فيما يتعلق بالرجوع في الوقف والهبة ففي الوقف يجوز الرجوع فيه أما الهبة فالقاعدة العامة شرعا انه يجوز الرجوع عن الهبة التامة إلا لمانع وهذا استنادا لقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث الشريف" الواهب أحق بهبته ما لم يرجع عنها[3] .

1– د/ وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي و أدلته , دار الفكر العربي, دمشق , طبعة 1989 , ص81.

2– أ/ بن مشرنن خير الدين ، إدارة الوقف في القانون الجزائري ، دار الآفاق , الجزائر , طبعة 2007 , ص 28 .

3– أ/ بن مشرنن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص30 .

ثانيا : أوجه الاختلاف بين الوقف والهبة :

من المتفق عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الوقف يمكن أن ينشأ بإرادة منفردة للواقف إلا أن الهبة هناك خلاف بين الفقهاء و الحنفية و مالكية عندهم يكفي لإنشاء عقد الهبة الإيجاب فقط أما المذهب الحنفي و الشافعي ذهبوا إلى عدم صحة الهبة دون الإيجاب و القبول.

أما المشرع الجزائري فقد نص صراحة بأنه يشترط لانعقاد الهبة لابد من توفر عنصر الإيجاب و القبول و هذا طبقا لنص المادة 206 من قانون الأسرة سالف الذكر و أنه" تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم الحيازة "و بالتالي نلاحظ أن المشرع الجزائري كان صريحا في اشتراط الإيجاب و القبول و عليه يمكن القول أن إنشاء عقد الهبة يختلف عن عقد الوقف لأن القبول ركن من الهبة أما الوقف فليس ركن في صحته و الصورة الواضحة من الاختلاف بين الهبة و الوقف من حيث اللزوم فمتى لزمت الهبة للموهوب التصرف فيها بجميع التصرفات الناقلة للملكية إلا أنا الأموال الموقوفة لا يجوز هبتها و هذا ما استقر عليه القضاء الجزائري.

الفرع الثاني / الوقف و الوصية :

الوصية : لغة

تطلق على فعل الموصي و على من يوصى به من مال أو تصرف[1] و سميت بهذه التسمية لأن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته و بالتالي فهي تتناول الوصايا المادية و الأدبية سواء كانت تبرعا بمال أو عهد للغير كأن يقول الشخص أوصيت بكذا لفلان من مال أو عهدت إليه بأن يكون وصيا على أولادي.

كما تعرف فقها :

فهي عند الحنفية هي تمليك يضاف الى ما بعد الم وت بطريقة التبرع أما الشافعية فعفوها بأنها تخصيص بالتبرع مضاف لما بعد الموت و يعرفها المالكية بأنها هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به .

أولا : أوجه الشبه بين الوقف و الوصية:

إن الصدقات في الإسلام أبوابها متنوعة منها الوقف و الوصية لأن القصد منها البر و عمل الخير و الإحسان فمثل هذا التصرف لا يعد صاحبه ملزما بالقيام به [(1)], فله الحرية المطلقة في

1 – د/ محمد مصطفى شلبي : أحكام الوصايا و الأوقاف , الدار الجامعية , بيروت , الطبعة الرابعة , 1982 , ص 82 .

أن يوقف أو يوصي أو لا [1], وعند تطرقنا للوقف قلنا أنه يعد عقد من عقود التبرع فالوصية تعتبر كذلك و هذا ما حددته المادة 4 من قانون الأوقاف سالف الذكر و التي تنص" الوقف عقد التزام تبرع و المادة 184 من قانون الأسرة سالف الذكر و التي تعتبر أن الوصية من عقود التبرع فالوصية و الوقف تصرف إرادي محض كما سبق القول و بالتالي فالإرادة عنصر هام من الوقف إذ لا بد من احترام إرادة الوقف عملا بما جاءه به الشريعة الإسلامية و كذا إرادة الموصي لا بد من احترامها بعد وفاة الموصي , و تشترك الوصية و الوقف من حيث القانون الذي نظمها و هو قانون الأسرة فالوقف عند صدور قانون الأسرة نظمه في مواد معدودة منه. و نظرا لأهميته الاجتماعية لجأ إلى تنظيمه بقانون خاص أما من جهة الانتفاع فالوقف يمكن أن يكون لأشخاص طبيعية أو معنوية و يمكن أن تأخذ الوصية حكم الوقف في حالة واحدة و هي متى كان الموصي به منفعة خصصت على الدوام و الاستمرار لجهة من جهات الخير من المال أو المآل, و في المقابل يمكن أن يخرج الوقف مخرج الوصية في حالة واحدة هي متى ما أضاف الوقف حكمه إلى ما بعد الموت و عليه يمكن إجمال صور التشابه بين الوقف و الوصية

في النقاط التالية أن الوقف و الوصية من باب التبرعات المنصوص عنه فقها و قانونا من حيث الإثبات يتم الإثبات في كل منهما بنفس الطرق المتبعة و المنصوص عليها قانونا و هي الرسمية

ثانيا :أوجه الاختلاف بين الوقف و الوصية:

إن الوقف لم ترد بشأنه نصوص صريحة من القرآن الكريم، و إنما هناك آيات تدل دلالة ضمنية على فعل الخير، و يعود الفضل لفقهاء الشريعة باجتهاداتهم و استنباطهم من الآيات القرآنية ،أنه يوجد ما يطلق عليه بالوقف في الشريعة الإسلامية , أما الوصية وردت بشأنها العديد من الآيات القرآنية و السنة النبوية ، منها قوله ρ : [إِنَّ اللهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ].

و ما استقر عليه الاجتهاد القضائي أنه لا يمكن اعتبار الوقف كالوصية ، بل أن الوقف عقد صحيح يخضع لإرادة المحبس، أما ما ورد بشأن الوصية في القانون المدني سالف الذكر في المواد 775 و 776 ، أما الوقف فلم ينظم في القانون المدني.

1- إسماعيل بن عبد الله الوظاف ، أحكام الوقف في الفقه الإسلامي, الطبعة 3، الجامعة اليمنية 2008 , ص 119 .

و الملاحظ أن الوقف التصرف فيه يؤول في الأخير أو في البداية إلى جهة بر لا تنقطع ، و تختلف الوصية عن الوقف في أن الموصي له يستطيع أن يتملك العين الموصى له بها ، إلا أن هذا التمليك لا يكون ولا يتحقق إلا بعد الموت، أما الوقف فتخرج العين فلا مملوك لأحد و إنما فيه تخصيص منفعة و هنا عبر عن الوقف بالملكية الناقصة، بحيث يكون للموقوف الانتفاع بالوقف لا غير , أما الموصي له فبعد أن يتملك ما أوصي له به الموصى فيستطيع التصرف في الشيء الذي تملكه بكل أنواع التصرفات الناقلة للملكية من بيع و هبة.

ومما تقدم يتضح أن الاختلاف بين الوصية و الوقف و الهبة أن الوقف قد يتم بين الواقف و ذريته و هو ما يطلق عليه اصطلاحا الوقف الذري أو الأهلي.

أما الوصية فلا تجوز لوارث لما ينطوي هذا الإجراء من تحايل على قواعد الميراث الصارمة، و إعطاء بعض الورثة أكثر من نصيبه الشرعي ، وهذا مما جاء في قولهρ [إِنّ الله عَزّ وَجَلّ أَعْطَى كُلّ ذِي حَقّ حَقّهُ فلا وَصِيَةَ لِوَارِثٍ] [1].

1- د/ عبد الرزاق بن عمار بوضياف ، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، دار الهدى، الجزائر 2010 , ص 204.

المبحث الثاني : أركان الوقف و أنواعه

تقديم:

قبل الحديث عن الأركان التي وضعها الفقهاء للوقف و الشروط التي تتعلق بها لابد لنا أن نبين الفرق بين الركن والشرط ، فالركن هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءا داخلا في حقيقة ، أما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون جزءا خارجا عن حقيقته ، و للوقف أربعة أركان وهي: الواقف، الموقوف، الموقوف عليه والصيغة، ولكل ركن من هذه الأركان شروط خاصة به، تعرف بشروط الوقف، وسنتناول هذه الأركان وما يشترك فيها[1].

المطلب الأول / أركان الوقف

حدد المشرع الجزائري أركان الوقف بموجب المادة 09 من قانون الأوقاف سالف الذكر أخذ برأي جمهور الفقهاء و هي الواقف ,صيغة الوقف, محل الوقف ,الموقوف عليه.

الفرع الأول / الواقف :

وهو الشخص الذي ينشأ الوقف بإرادته ، ولم ينص القانون الجزائري على ضرورة كونه شخصا طبيعيا ،غير أنه في تعريفه ذكر نية التصدق ، فإذا أمكن انصراف هذه النية على الشخص المعنوي ، كأن يتصرف الشركاء في شركة أو أعضاء في جمعية ، فيمكن هنا تصور الوقف و لكن بتوفر شروط خاصة، و هي أن يكون التبرع أو الوقف من أهداف الإنشاء، و أن يتم الوقف بإجماع كل الأعضاء المالكين، أما إذا كان الشخص المعنوي لا يمكن أن تتصور منه نية التصدق مثل البلدية أو الولاية فإنه لا يتصور الوقف منها لانعدام نية التصدق، و إن وجدت أركان الوقف جميعها و قد اشترط القانون الجزائري في الواقف شروط هي:

-**أهلية التبرع** : و تكون بالبلوغ و العقل أما البلوغ فيشترط سن 19 سنة كاملة طبقا للقانون المدني الجزائري سالف الذكر و قد نصت المادة 30 من قانون الأوقاف سالف الذكر على عدم جواز وقف الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز ، و لو أذن بذلك الوصي و أما العقل فلا يجب أن يكون الواقف ناقص العقل كالمعتوه أو فاقده كالمجنون لأن صحة التبرعات تتوقف على كمال العقل و قد نصت المادة 31 من قانون الأوقاف الجزائري " لا يصح وقف المجنون

---

1 – د/ زهدي يكن , أحكام الوقف, المكتبة العصرية, بيروت, ص 12.

و المعتوه لأن الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير أما صاحب الجنون المنقطع فيصح أثناء إفاقته و تمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية [1].

أن لا يكون محجور عليه لسفه أو دين و الحجر للسفه مبني على عدم رشد الواقف والخوف من إتلاف ماله بينما الحجر للدين مبني على عدم التصرف بالمال صيانة لحقوق الدائنين مع تمام أهلية المحجور في ذاته فتصرفه بماله معلق نفذه على رضاهم لأن لهم إسقاط حقوقهم و هذا معنا عدم النفاذ.)

غير أن المشرع الجزائري قد نص على مسألة الحجر بسبب الدين متأثرا بالآراء الفقهية خاصة رأي مالك و الشافعي و ابن حنبل الذين يرون الدين المستغرق للمال و الحال الأجل سبب للحجر على الرغم من أن القانون المدني و قانون الأسرة لم يذكر الدين كسبب من أسباب الحجر و الراجح أن المشرع الجزائري كان يجب عليه أن يفرق بين الحجر على الشخص و الحجر على المال ، و هو ما يسمى في القوانين بالحجز.

و الصحيح أن من شروط الواقف كما يجب أن لا يكون محجورا عليه لسفه أو غفلة و أن لا يكون المال المراد وقفه محجوزا لدين ، و بذلك يصبه هذا الشرط من شروط محل الوقف و ليس من شروط الواقف.

– أن لا يكون الوقف في مرض الموت و الدين يستغرق كل التركة و هو ما نص عليه القانون الجزائري في المادة 32 من قانون الأوقاف سالف الذكر حيث أجاز للدائنين إبطال الوقف و عليهم إثبات أن الوقف تم فعلا في مرض الموت كما هو معروف في التقنين الوضعي و الشريعة الإسلامية [2].

– ويشترط أيضا أن يكون الواقف مالكا ملكا مطلقا للعين الموقوفة حين الوقف إذ يجب أن تكون ملكيته أثناء الوقف ثابتة قانونا و بذلك يبطل في القانون الجزائري وقف غير المالك و إن أجازه بعض الفقهاء على شرط إجازته من طرف الأصل سياقا للقاعدة القائلة " الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة " كما يبطل وقف الأملاك التابعة للدولة أو الولاية أو البلدية أو الأملاك الوطنية لأن واقفها لا يملكها و هي ملك عام.

1- أ/ حمدي باشا عمر : عقود التبرعات - دار هومة – الجزائر – طبعة 2004 , ص 157.

2– أ/ محمد كنازة ، الوقف العام في التشريع الجزائري ، دار الهدى , عين مليلة , الجزائر, 2006 ، ص 69.

الفرع الثاني / محل الوقف :

المال الوقفي يمكن أن يكون حسب نص المادة 11 من قانون الأوقاف عقارا أو منقولا أو منفعة أما بالنسبة لشروط محل الوقف فهي:

– أولا : أن يكون معلوما:

فلا يصح وقف المجهول كما يجب أن يكون محددا ، و التحديد يقتضي تعيين الموقوف حسب قواعد التعيين المتعارف عليها, فلو كان أرضا فيجب أن تحدد المساحة و الحدود و غير ذلك ،و لا يصح الوقف إذا قال إني أقف جزء من أرضي دون أن يحدد مقدار هذا الجزء ، أما بالنسبة لوقف المشاع فأجازه القانون الجزائري بموجب المادة 11 فقرة 3 من قانون الأوقاف " و يصح وقف المال المشاع و في هذه الحالة تتعين القسمة " أي أن القسمة في الوقف المشاع أمر وجوبي و ليس اختياري ، لذلك يجب أن نميز نوعين من الأموال المشاعة.

– ثانيا : المال المشاع الغير قابل للقسمة :

المال المشاع القابل للقسمة جائز و يصح وقفه في أغلب المذاهب الفقهية و هو الراجح الذي أخذ به المشرع الجزائري ، و لكن جعله موقوفا على شرط القسمة أي ضرورة أن يكون الموقوف مفرزا عملا بالمذهب المالكي ، و هو غير جائز وقفه ولا يصح و هنا يجب التوضيح أن القسمة تكون غير ممكنة بسبب طبيعة محل الوقف كوقف سفينة لا يمكن قسمتها أو بسبب طبيعة خدمته كوقف مسجد ، أو مقبرة و هما مما أجمع الفقهاء على عدم جواز وقفهما على الشيوع.

ثالثا : أن يكون محل الوقف مشروع

أي أن يكون محل الوقف مما يجوز الانتفاع به و ليس مما لا يمكن الانتفاع به إما لاستحالة ذلك كأن يكون محل الوقف متمثلا في الشمس أو الهواء و إما لمخالفته للتشريع أو الآداب العامة كأن يكون محل الوقف خمرا أو مخدرات ففي هاتين الحالتين لا يصح الوقف و عموما بالنسبة لشروط الموقوف يمكن الرجوع الى نصوص المواد 92 إلى 98 من القانون المدني سالف الذكر المتعلقة بمحل العقد [1].

1– أ/ بن مشرنن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص47 .

الفرع الثالث / صيغة الوقف :

نصت المادة 12 من القانون المتعلق بالأوقاف 10/91 سالف الذكر على ما يلي " تكون صيغة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 02 أعلاه" والصيغة هنا مقصورة على الإيجاب ، لأن القبول ليس مشروطا في التقنين الجزائري ومن ثم يشترط في الصيغة ما يلي:

أولا- أن تكون منجزة :

أي نافذة في الحال وهو ما نصت عليه المادة 17 من قانون الأوقاف " إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه" ويلحق بالصيغة المنجزة الصيغة المعلقة غلى شرط صوري أو على موت الواقف.

ثانيا- أن لا تقترن بشرط باطل:

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 29 من قانون الأوقاف على عدم صحة الوقف المقترن بشرط باطل فإذا وقع صح الوقف وبطل الشرط أخذ بالمذهب المالكي ومن الشروط الباطلة في التقنين الجزائري اشتراط عدم لزوم الوقف وبذلك نصت المادة 16 من قانون الأوقاف سالف الذكر "يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم أو ضار بمحل الوقف بمصلحة الموقوف عليه[1]" .

ثالثا- أن لا تقترن بما يفيد التأقيت :

ذلك أن المشرع الجزائري أخذ سواء عند تعريفه للوقف في قانون الأسرة سالف الذكر أو في قانون الأوقاف 10/91 سالف الذكر والذي نص صراحة بموجب المادة 28 من قانون الأوقاف " أنه يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن".

الفرع الرابع / الموقوف عليه :

إن الموقوف عليه يختلف بسبب نوع الوقف، فإذا كان الوقف خاصا فإن الموقوف عليه خاص، و إذا كان الموقوف جهة خير عامة فهنا يكون الوقف وقفا عاما.

** الموقوف عليه لم يرد ذكره في القانون الجزائري في القانون10/91 سالف الذكر والذي عدلت أحكامه لتختصر على الوقف العام دون الخاص وهو التعديل الذي مس المادة 13 والتي تعرف

1- أ/ محمد كنازة ، الوقف العام في التشريع الجزائري ، دار الهدى , عين مليلة , الجزائر, 2006 ، ص 71.

الموقوف عليه بعد تعديلها بما يلي" الموقوف عليه بمفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية ".

** وعبارة الشخص المعنوي لا تبدو واضحة ولا يفهم مغزاها الحقيقي المقصود من القانون فإذا كان المقصود بها أن الموقوف عليه " شخص معنوي " بالمفهوم القانوني للشخصية المعنوية فذلك لا يستقيم مع حقيقة الوقف والذي قد يكون إلى جهات غير معنية ، كالأوقاف على الفقراء والمساكين أو الوقف على العلماء أو الوقف على اليتيم والمسلمين, وهذه الجهات لا يمكن أن نتصور تمتعها بشخصياتها المعنوية بالمفهوم القانوني أي أن يكون لها ذمة مالية مستقلة وممثل يمثلها , وكما هو معلوم أن الوقف غير المعين جائز لا خلاف فيه بين الفقهاء [1] .

أولا – شروط الموقوف عليه :

يشترط في الموقوف عليه أن يكون جهة بر وخير كلمة البر كلمة جمعت لكل أنواع الخير وأساس ذلك أن سبب الوقف هو القربة إلى الله ، والقربة لا تكون إلا وفق مقاصد الشريعة الإسلامية ولعل ذلك ما عناه المشرع الجزائري في نص المادة 13 من قانون الأوقاف باشتراطه في الموقوف عليه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية ونميز في كل ذلك أربع حالات :

** الجهة الموقوف عليها قربة في نظر الإسلام وغيره من الديانات لا خلاف في جواز الوقف عليها.

** الجهة الموقوف عليها ليست قربة في جميع الديانات كالوقف على نادي للقمار فالوقف هنا باطل.

** الجهة الموقوف عليها قربة في نظر الإسلام وليست قربة في نظر الشرائع الأخرى فهنا اتفق العلماء على جواز الوقف عليها من المسلم واختلف في الوقف عليها من غير مسلم فذهب الشافعية والحنابلة الى جوازه وذهب المالكية والحنفية الى صحته أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينص صراحة على رأيه لكنه يستشف من خلال عدم اشتراطه شرط الإسلام في الوقف, وأشترط في الموقوف عليه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية أنه يذهب إلى رأي الشافعية والحنابلة بصحة وقف غير المسلم على جهة القربة في الإسلام الجهة الموقوف عليها ليست قربة في الإسلام ولكنها قربة في شريعة الواقف فهنا الوقف لا يصح.

1- أ/ محمد كنازة ، الوقف العام في التشريع الجزائري ، دار الهدى , عين مليلة , الجزائر, 2006 ، ص 74.

المطلب الثاني / أنواع الوقف.

الوقف ينقسم الى قسمين هما الوقف العام والوقف الخاص، وهو ما سنتناوله في هذا المطلب.

الفرع الأول / الوقف العام (الوقف الخيري) :

هو ما يصرف فيه الريع ابتداء على جهة من جهات البر ولو كان ذلك لمدة معينة يؤول الاستحقاق بعدها إلى شخص أو أشخاص معينين.

و قد عرفه الدكتور محمد مصطفي شلبي هو" ما جعل ابتداء على جهة من جهات البر ولو لمدة معينة يكون بعدها على شخص أو أشخاص معينين مثال ذلك أن يجعل الواقف أرضه وقفا ابتداء لمدة 15 سنة ثم بعد ذلك على أشخاص معينين كأولاده [1].

وعرفه الدكتور ناصر الدين سعيدوني " هو الوقف الذي يعود أساسا على المصلحة العامة التي حبس من أجلها وهو يتكون من الأوقاف الأهلية التي انقرض عقب محبسيها " [2].

وقد عرف أيضا" هو الذي يوقف في أول الأمر على جهة خيرية ولو لمدة معينة يكون بعدها وقفا على شخص معين أو أشخاص معينين كأن يقف أرضه على مستشفى أو مدرسة ثم من بعد ذلك على نفسه وأولاده .

أما المشرع الجزائري قد تعرض لأنواع الوقف في القانون رقم10/91سالف الذكر في المادة 06 من الفصل الأول على أن الوقف نوعان عام وخاص:

الوقف العام : هو ما حبس على جهات خيرية من إنشائية ويهدف إلى المساهمة في سبل الخيرات وهو قسمان قسم يحدد فيه مصرف معين لريعه فلا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير إلا إذا استنفذوا قسم فيه وجه الخير الذي أراده الواقف و يسمى وقفا عاما غير محدد الجهة ويصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبيل الخيرات.

أما الوقف الخاص فسنتناوله في الفرع الثاني.

1- د/ محمد مصطفى شلبي : أحكام الوصايا و الأوقاف , الدار الجامعية , لبنان , الطبعة الرابعة , 1982 , ص 87 .

2- ناصر الدين سعيدوني ، دراسات في الملكية العقارية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر , 1998, ص 78.

الفرع الثاني /الوقف الخاص:

هو ما جعل أول الأمر على معين سواء كان واحد أو أكثر، سواء كانوا معينين بالذات كأحمد و إبراهيم ومحمود أو معينين بالوصف كأولاده وأولاد فلان، وسواء كانوا أقارب ثم من بعد هؤلاء المعنيين على جهة بر [1].

وعرفه بدران أبو العينين بدران "هو ما جعل استحقاق الريع فيه أولا للواقف نفسه أو لغيره من الأشخاص المعنيين بالذات أو الوصف سواء كانوا من الأقارب أو من غيرهم "

وعرف الدكتور زهدي يكن الوقف الخاص " بأنه ما جعل استحقاق الريع فيه أولا ثم لأولاده ثم لجهة بر تنقطع حسب إرادة الواقف" [2].

وعرفه الدكتور ناصر الدين سعيدوني بقوله (الوقف الخاص هو الوقف الذي يحتفظ المحبس أو عقبه بالانتفاع به بحيث لا يتحول طرف منفعته على المصلحة التي حبس عليها أساسا إلا بعد انقراض العقد و انقطاع نسل صاحب الحبس .

وقد عرفه المشرع الجزائري: بقوله الوقف الخاص هو ما يحبسه الواقف على عقبة من الذكور و الإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الوقف بعد انقطاع الموقوف عليهم.

1- د/ محمد مصطفي شلبي، أحكام الوصايا و الأوقاف ، مرجع سابق ، ص 320.

2- د/ زهدي يكن , أحكام الوقف, المكتبة العصرية, بيروت, ص 13.

المبحث الثالث : وسائل إثبات الوقف

تقديم:

لقد نص القانون 91-10 المعدّل والمتمّم على الإثبات في المادة 35 بالقول: " يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية مع مراعاة أحكام المادتين 29 و30 من هذا القانون ".

قراءتنا لهذا النص القانوني تُشير إلى عديد الملاحظات التي تَبِينُ عن خصوصية إثبات الملك الوقفي:

إن وسائل الإثبات في الأملاك الوقفية متنوعة ومتعدّدة، وهي على تنوّعها وتعدّدها غير محصورة في وسائل بعينها أو مقصورة على وسائل دون أخرى، وهذا واضح من عبارة : " بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية ".

أما بالنسبة للإثبات في مسائل الملك الوقفي؛ فقد تقدّم أن المشرع القانوني الجزائري لم يحصره في وسائل محدّدة , فقد جعل هامش الإثبات واسعا بحيث يستوعب جميع وسائل الإثبات المتاحة شرعا وقانونا دون استثناء، فيمكن الإثبات بما اتفق من الوسائل.

المطلب الأول / العقد :

نصت المادة الرابعة فقرة 1 من قانون91-10 أن:« الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة ».

لقد أضفى المشرع الجزائري على التصرف المنشأ للوقف صفة العقد على الرغم من أنه يعتبره في نفس الوقت تصرفا صادرا عن إرادة منفردة ،مما يكشف عن تناقض لا يوجد له مثيل في النص الفرنسي للمادة, فاعتبار تصرف الوقف عقد يستلزم تطابق إرادتين،الإيجاب الصادر من الواقف وقبول الموقوف عليه للوقف [1] .

غير أن المتفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية أن الأصل أن ينشأ الوقف بإيجاب الواقف دون حاجة لقبول الموقوف عليهم واستثناءا إذا كان الموقوف عليهم معينين ومحصورين يبقى الأمر محل خلاف بين الفقهاء في اشتراط القبول[2].

ولعل رغبة المشرع الحقيقية التعبير أن الوقف التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة باعتبار أن المشرع الجزائري متأثر بتعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية للوقف، من ذلك أن الإمام أبو زهرة يرى أن الوقف

1- أ/ حمدي باشا عمر : عقود التبرعات , دار هومة , الجزائر , طبعة 2004 , ص 167.

2- د/ وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي و أدلته , دار الفكر العربي, دمشق , طبعة 1989 , ص 103.

عندما يحكم بلزومه التزام تبرع.من جهة أخرى يذهب إلى أن للعقد عند الفقهاء تعريفان أحدهما خاص وآخر عام وهذا الأخير يقضي بأن العقد هو " كل تصرف يترتب عليه التزام ولو بإرادة واحدة " .

وقد ذهب الأستاذ كنازة إلى أن عدم وضوح المشرع الجزائري يعود لأمرين:أولهما اعتبار الوقف عقد ليخضع لشروط العقد خاصة شرط الشكلية والشهر وثانيهما تعذر القبول في أغلب الأحيان[1] .

إن نية المشرع الجزائري في اعتبار الوقف عقد تتأكد بنص المادة41 من قانون الأوقاف:«يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف » .

وبموجب هذا النص يشترط المشرع لإنشاء الوقف كتصرف قانوني أن يحرر في وثيقة رسمية وان يخضع للإشهار معتبرا بذلك عقد الوقف عقدا رسميا.

والسؤال الذي يثور هل الرسمية المطلوبة للانعقاد أم للإثبات؟ خاصة إذا قارنا نص المادة41 بنص المادة 35 من قانون الأوقاف والتي تقرر حرية الإثبات.

من جهة أخرى يثور السؤال هل تكفي الرسمية وحدها في الإثبات أم لابد من الإشهار إلى جانبها ؟ تماشيا مع النظام القانوني الخاص بالملكية العقارية والذي يستلزم إخضاع جميع التصرفات الواردة على عقار للشكلية والإشهار العقاري ولا يخفى علينا أن أصل الوقف و أغلبه يرد على العقار .

1/ الرسمية :

يعرف العقد الرسمي طبقا للمادة 324 من التقنين المدني الجزائري:«العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه ».

وبالمقارنة مع نص المادة41 من قانون الأوقاف فالعقد الرسمي للوقف هو العقد الذي يحرره الموثق في شكل وثيقة مكتوبة تثبت التصرف الذي أنشأ الوقف،ولما كان الأصل في التصرفات القانونية الرضائية والشكلية استثناء عن الأصل لابد من نص تشريعي يقرره فالعقد الرسمي للوقف في الجزائر يرتبط أساسا بتاريخ إنشاء تصرف الوقف، لذلك ينبغي التمييز بين:

1 – أ/ محمد كنازة ، الوقف العام في التشريع الجزائري ، دار الهدى , عين مليلة , الجزائر, 2006 ، ص 114.

-1-1العقود الشرعية ما قبل صدور قانون التوثيق ودخوله حيز التنفيذ:

أغلب العقود قبل صدور قانون التوثيق بموجب الأمر 91/70 المؤرخ في1970/12/15 ودخوله حيز التنفيذ في1971/01/01 كانت عرفية ولم يكن يشترط فيها الرسمية ، وعقود الوقف بسبب طابعها الديني كانت تحرر من قبل القضاة الشرعيين , وبموجب القرار رقم 40097 المؤرخ في 1989/06/03 تأكد الطابع الرسمي لهذه العقود[1] .

-2-1الفترة الممتدة بين إصدار قانون التوثيق ودخوله حيز النفاذ إلى غاية صدور قانون الأسرة بتاريخ1984/06/09 :

في ظل هذه الفترة المبدأ هو خضوع التصرفات العقارية للشكلية تحت طائلة البطلان،وذلك طبقا لقانون التوثيق خاصة المادة12منه وبموجب نصوص التقنين المدني خاصة المواد324 مكرر 1 و 793، فالمفروض أن كل تصرف وارد على العقار بعد صدور قانون التوثيق ينبغي أن يحرر في شكل رسمي ويخضع للإشهار باعتبار أن نظام الشهر العقاري الجزائري هو الإطار القانوني الأساسي لنظام الملكية العقارية،وذلك بسبب رغبة المشرع الجزائري في تحقيق الاستقرار اللازم للملكية العقارية وتكريس مبدأ الثقة في المعاملات المتعلقة بها [2].

وبالتالي كل عقد عرفي موضوعه العقار ينشأ بعد تاريخ1971/01/01 يعتبر باطلا بطلانا مطلقا ، غير أن الواقع العملي أثبت أن القضاء لم يحترم دائما هذه القاعدة حيث لم يحكم ببطلان كثير من العقود العرفية المتعلقة بنقل الملكية العقارية،مما استدعى اجتهادا واضحا للمحكمة العليا وهو ما حدث فعلا بموجب القرار رقم136.156 الصادر في1997/02/18.

وبالنسبة للعقود العرفية المنشأة للوقف الوارد على عقار لم تكن بعيدة عن الخلاف بشأن صحتها خاصة في ظل غياب نص قانوني واضح يشترط الرسمية تحت طائلة البطلان ، وإن كان القضاء بموجب قرار المحكمة العليا رقم234655 الصادر في1999/11/16 اتجه إلى عدم إخضاع عقد الوقف للرسمية باعتباره من أعمال التبرع [3]، كما أن المشرع في قانون الأسرة الصادر في1984/06/09 اكتفى بالإشارة في المادة217 إلى أن الوقف يثبت بما تثبت به الوصية و أحال إلى المادة191 في بيان ما تثبت به الوصية دون أن يشير صراحة إلى أن الوقف عقد.

1- د/ خالد رمول ، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة ، طبعة 2006 , ص .193

2- أ/ بن عبيدة عبد الحفيظ : إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية , دار هومة , الجزائر , ط 2004 , ص 147.

3- أ/ حمدي باشا عمر : عقود التبرعات , دار هومة , الجزائر , طبعة 2004 , ص 192.

وطبقا لنص المادة 191 فإن الوصية تثبت بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك،أما في حالة وجود مانع قاهر فتثبت الوصية بحكم يؤشر به على هامش أصل الملكية, و الواضح أن نص المادة جاء صريحا بشأن اشتراط الرسمية في إثبات الوصية وبالتبعية يكون إثبات الوقف بعقد رسمي واستثناءا في حالة وجود مانع قاهر يكون الإثبات بحكم قضائي .

-3-1 الفترة الممتدة من صدور قانون الأوقاف10/91 في1991/04/27 إلى يومنا :

بموجب المادة41 من قانون الأوقاف السابق الإشارة إليها اشترط المشرع صراحة في عقد الوقف أن يكون رسميا،غير أن الإشكال الذي أثارته المادة هل الشكلية المطلوبة ركن للانعقاد أم وسيلة للإثبات باعتبار أن المشرع لم ينص صراحة على بطلان العقود التي لم تخضع للرسمية،وإذا كانت الرسمية وسيلة للإثبات فما قوتها إذا قارنا نص المادة41 مع نص المادة35من قانون الأوقاف التي جاء فيها:«يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية. »؟

هناك من ذهب إلى أن المشرع الجزائري بعدم نصه على جزاء للعقود غير الرسمية تتجه إرادته إلى اعتبارها عقودا صحيحة مستوفية لأركانها المنصوص عليها في المادة التاسعة من قانون الأوقاف،خاصة أن إبطالها يضر بالطابع الخيري لغرضها ، وقد أكد قرار المحكمة العليا رقم234655 السابق الإشارة إليه هذا الرأي .غير أنه استنادا إلى جملة من المبررات يمكن القول بأن الشكلية تكون مطلوبة كركن للانعقاد خاصة إذا تعلق الأمر بعقد وقف وارد على عقار[1].

وبمفهوم المخالفة فإن عقد الوقف الغير رسمي الوارد على عقار هو عقد باطل بطلانا مطلقا لانعدام أحد أركانه التي اشترطها القانون:

إن القاعدة القانونية المقررة في المادة41 من قانون الأوقاف10/91هي قاعدة قانونية آمرة وفقا للمعيار اللفظي لأنها جاءت بصيغة الإلزام(يجب) وكل نص آمر يترتب على مخالفته البطلان المطلق.

– إن نظام الشهر العقاري الجزائري هو الإطار القانوني الأساسي لنظام الملكية العقارية،والمشرع الجزائري منذ صدور قانون التوثيق بموجب الأمر 91/70 ومن بعده صدور قانون الشهر العقاري بموجب الأمر رقم 74/75 الصادر في1975/11/12 وما تلاه من قوانين وأوامر ومراسيم وتعليمات أكد دائما على اشتراط الرسمية والإشهار في التصرفات العقارية وذلك سعيا إلى تكريس وإرساء منظومة

1– أ/ بن عبيدة عبد الحفيظ : إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية , دار هومة , الجزائر , ط 2004 , ص 178.

واضحة وموحدة للملكية العقارية.فكان لابد لقانون91-10أن يأتي مؤكدا ،مواكبا ومتفقا مع السياسة التشريعية الخاصة بالملكية العقارية خاصة أن الوقف العام يرد في أغلبه على العقار..

– نصت المادة793من التقنين المدني:«لا تنقل الملكية والحقوق العينية العقارية في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار»ونصت المادة324مكرر 1من التقنين المدني:« زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي،يجب تحت طائلة البطلان،تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية...في شكل رسمي... », وهذا النص الأخير يتفق مع نص المادة12من قانون التوثيق91/70 والتي جاء فيها: «زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي،يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد » وتجدر الإشارة إلى أن مرسوم 63/76 المؤرخ في1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري نص في المادة61 منه: « كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي»إن هذه النصوص جميعا تؤكد على إلزامية تحرير عقد الوقف الوارد على عقار في شكل رسمي ولا يقدح في هذه الحقيقة القول بأن عقد الوقف يسقط الملكية ولا ينقلها والمشرع لم ينظم مسألة إسقاط الملكية ،فالمواد رقم 17و18من قانون الأوقاف نصت على أن تصرف الوقف يرتب حق انتفاع للموقوف عليه, وحق الانتفاع هو حق عيني ، وإذا كان الوقف وارد على عقار يكون حق الانتفاع حق عيني عقاري وبالتالي يدخل في مفهوم المواد السابقة،كما أن المادة الرابعة من قانون الأوقاف نصت في فقرتها الثانية: «يثبت– الوقف– وفقا للإجراءات المعمول بها، مع مراعاة أحكام المادة 2 المذكورة أعلاه» فهذه الفقرة تؤكد أن إثبات الوقف لا يجب أن يخرج عن الإجراءات المعمول بها،ما يفهم منه أنه بالنسبة للوقف الوارد على عقار يجب أن يتبع الإجراءات المعمول بها وهي الرسمية والإشهار،لذلك تكون الرسمية المطلوبة في نص المادة41 من قانون الأوقاف ركن للانعقاد.

نصت المادة 63 من قانون رقم91-25 مؤرخ في1991/12/16المتضمن قانون المالية1992: « يمنع مفتشوا التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية.. »[1].

1 - أ/ شامة سماعين : النظام القانوني للتوجيه العقاري , دار هومة , الجزائر , طبعة 2004 , ص .56

لقد أريد بهذه المادة القضاء على العقود العرفية و التأكيد على اشتراط الرسمية في العقود المتضمنة أموال أو حقوق عقارية،مع ذلك فالمحكمة العليا لم تقضي في جميع الأحوال ببطلان العقود العرفية الواردة على الأملاك العقارية، ما استدعى صدور الاجتهاد القضائي رقم 156-136 بتاريخ 1997/02/18 الذي جاء فيه:"حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع محل تجاري شرط ضروري لصحته، وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان العقد" [1].

وإذا كان هذا الاجتهاد يتعلق بالعقود العرفية المتضمنة بيع المحلات التجارية فإن نطاق القرار يتسع ليشمل جميع المعاملات العقارية،وهو ما أكدته المذكرة الصادرة عن المفتشية العامة لوزارة العدل تحت رقم97-02 وكذلك القرار الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا في23-05-1997 الذي جاء فيه: "من المقرر أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر على الشكل الرسمي" , وهذا يدل دون أي مجال للشك أن العقود الواردة على عقار بما فيها عقد الوقف الوارد على عقار يجب أن يحرر في شكل رسمي تحت طائلة البطلان.

- إن نصي المادة35 والمادة41 من قانون الأوقاف متفقان تماما ومما تجدر الإشارة إليه بداية أن كليهما ورد ضمن أحكام مختلفة في قانون الأوقاف.

إن المادة35 في ظاهرها تأخذ بمبدأ الحرية في الإثبات وذلك تكريسا لأفضل حماية للأوقاف ،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 73/71 المؤرخ في1971/11/08المتضمن الثورة الزراعية الذي أمم الأملاك الوقفية وكذلك في فتره فراغ قانوني ، إذ لم يوجد قانون خاص ينظم الوقف إلا ما ورد من نصوص قليلة في قانون الأسرة.

إن ما سبق الإشارة إليه يعطي للمادة 35 من قانون الأوقاف بعدا ودلالة تؤدي إلى الاعتقاد بأن حرية الإثبات تتعلق بالأوقاف المنشأة في ظل الأوضاع الخاصة السابق الإشارة إليها، من أجل التمكن من استرجاع جميع الأملاك الوقفية.

وما يؤكد ذلك نص المادة 38 من قانون الأوقاف الذي جاء فيه:« تسترجع الأملاك الوقفية التي أممت في إطار أحكام الأمر 73/71 المؤرخ في 1971/11/02 والمتضمن الثورة الزراعية إذا ثبتت بإحدى

1- أ/ شامة سماعين : النظام القانوني للتوجيه العقاري , دار هومة , الجزائر , طبعة 2004 , ص 57.

الطرق الشرعية والقانونية..» [1].

والملفت للانتباه في هذا النص ورود عبارة "إذا ثبت بإحدى الطرق الشرعية والقانونية" وهي نفس العبارة الوارد في نص المادة 35 من قانون الأوقاف، بالإضافة إلى أن نص المادة 40 من قانون الأوقاف لم تحدد فيه آجال لاسترجاع الأملاك الوقفية المؤممة أو التعويضات .

من جهة أخرى يجب احترام طريقة الإثبات التي ينص عليها القانون،والمعلوم أن الوقف كما يرد في الغالب على العقار قد يرد على منقول أو منفعة طبقا للمادة11من قانون الأوقاف،والقانون بالنسبة للعقود الواردة على عقار لا يعتد في إثباتها إلا بالعقود الرسمية،ولذلك يمكن اعتبار نص المادة41الآمر هو الأصل ونص المادة35إستثناءا بالمفهوم السابق توضيحه،ولما كان الأمر على هذا النحو فلا يتصور بعد تاريخ صدور قانون الاوقاف91-10في27-04-1991أن ينشأ عقد وقف عرفي وارد على عقار ولا يكون البطلان المطلق جزاء له وبهذا المعنى تكون الرسمية مطلوبة للانعقاد في الوقف الوارد على عقار.

نصت المادة44 من قانون الأوقاف:«تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عملا من أعمال البر والخير»إن هذا النص يؤكد إرادة المشرع، ذلك أنه لم يغفل أن الوقف عمل من أعمال الخير والبر وفرض الرسمية والشهر قد يثبط الناس عن الوقف، فقرر حماية هامة لتشجيع الواقفين على الوقف , فالمشرع أصبح يدرك أن أفضل حماية لإرادة الواقف وما يتبعها بالضرورة من حماية لحقوق الموقوف عليهم و الغير أن تثبت في محرر رسمي، لأن الموثق من جهة من شأنه أن يبصر الواقف إلى خطورة التصرف الذي يقدم على إبرامه ، مما يفسح له المجال لأن يتراجع عنه أو يعدل فيه ،كما يحرص من جهة أخرى ألا يقع الوقف مخالفا لقواعد الميراث حتى لا تضيع حقوق الورثة، ويكون المحرر الرسمي دليل إثبات قوي في يد الموقوف عليهم تحفظ به حقوقهم كما أرادها الواقف.والحقيقة أن عمل البر والخير لا يوقفه إجراء بسيط وهو إفراغ الوقف في محرر رسمي لأن من قرر التضحية بماله طلبا للأجر الأخروي يبذل جهده لضمان تحقق مقصده،خاصة أن الأجر على الوقف كصدقة جارية لا ينقطع ما استمرت هذه الصدقة ،كما أن مفهوم الصدقات لا يقف عند مجرد إخراجها بل يتعداه إلى تأديتها لمستحقيها، فلا يكون من مصلحة المتبرع ألا يتحقق مقصده بسبب

1- أ/ بن رقية يوسف: شرح قانون المستثمرات الفلاحية, الديوان الوطني للأشغال التربوية, الجزائر, ط 2001 , ص 42.

إجراء بسيط ،ومع ذلك فقد أحسن المشرع إذ تنبه إلى هذه المسألة والهدف هو تشجيع الأوقاف العامة لما تلعبه من دور هام في تحقيق الانتعاش الاجتماعي والاقتصادي في المجتمع الإسلامي .

بموجب المرسوم التنفيذي رقم2000-336 المؤرخ في2000/10/26 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط و كيفيات إصدارها وتسليمها استحدث المشرع وثيقة الإشهاد المكتوب التي تكلل في النهاية بشهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي،وهذا دليل واضح على اتجاه المشرع نحو تأكيد ضرورة الرسمية لإثبات الوقف.كذلك استحداث سجل عقاري خاص بالأملاك الوقفية بموجب المادة 08 مكرر من قانون رقم91-10المعدل والمتمم هو تأكيد آخر على اشتراط الرسمية لأن التسجيل لا يرد إلا على عقود رسمية.

بالنسبة للتشريع المقارن نجد أن المشرع المصري بموجب قانون الوقف رقم48 لسنة 1946 في المادة الأولى منه اشترط أن يصدر بالوقف إشهاد رسمي وإلا كان التصرف غير صحيح ، ولا يعتبر موجودا في نظر القانون ، بالإضافة إلى أن قانون الشهر العقاري المصري جاء بنص ليس له مثيل في القانون الجزائري من شأنه أن يحل كل الإشكالات التي يمكن أن تثور، إذ نص في المادة التاسعة:« جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل، و يدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية .

ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم» ، إن هذا النص صيغ بعبارات دقيقة وواضحة ولا يترك مجالا للتأويل ،فعبارة "جميع التصرفات"يدخل فيها مفهومي العقد والتصرف من جانب واحد ، ومن ثم لا حاجة لاعتبار الوقف عقدا على الرغم من عدم اشتراط القبول في إنشاءه [1].

و عبارة " زوال حق من الحقوق العينية" تكفي ليدخل في مفهومها إسقاط الملكية ومع ذلك أكد المشرع المصري في نص المادة على أن "الوقف والوصية كتصرفات قانونية" تدخل في مفهوم المادة. أما عبارة "يترتب على عدم التسجيل...لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم" تحدد الجزاء مما لا يدع مجال للشك في أن الرسمية للانعقاد, ومع ذلك فقد وجه النقد للمشرع المصري، من حيث أن عموم لفظ الوقف ينبغي

1 – أ/ حمدي باشا عمر : عقود التبرعات , دار هومة , الجزائر , طبعة 2004 , ص 218.

أن يستثنى منه وقف المسجد، لأن وقف المسجد بدون إشهاد رسمي لا يمكن اعتباره باطلا لعدم مخالفته إجماع فقاء المسلمين.

وهناك من ذهب إلى أن وقف المساجد ودور اليتامى والمستشفيات لا يحتاج إلى كتابة إشهاد لأن الوقف يثبت بتخصيصها لما أعدت له فعلا،غير أن الوقف من حيث أنه حق عيني يجب فيه الإشهاد ثم التسجيل في السجل العقاري لأن معالم المسجد قد تختفي بالإضافة إلى احتمال إدعاء البعض ملكيتها [1].

2- الإشهار:

استنادا لنص المادة41 من قانون الأوقاف يلزم المشرع أن يشهر عقد الوقف الرسمي، وهي نتيجة طبيعية خاصة إذا تعلق الأمر بعقد وقف وارد على عقار استنادا لنصوص المواد14،15،16من الأمر 74/75 [2] التي تؤكد جميعها أن عقد الوقف الرسمي الذي محله عقار أو حق عيني عقاري لا بد أن يخضع للإشهار.

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه فيما يخص إثبات الوقف الوارد على عقار ،هل يكفي فيه عقد رسمي أم لابد من عقد رسمي مشهر كما تنص عليه المادة29من قانون التوجيه العقاري والتي تتطلب لإثبات الملكية الخاصة عقد رسمي مشهر؟

للإجابة على هذا السؤال لا بد من التمييز بداية بين الرسمية والإشهار، ثم تحديد أهمية الإشهار في عقد الوقف الرسمي .

2-1 التمييز بين الرسمية والإشهار :

يعرف الإشهار العقاري بأنه نظام قانوني يتم وفقا لإجراءات محددة قانونا تضمن حق الملكية والحقوق العينية الواردة على عقار وجميع العمليات القانونية الواردة على العقارات.

وتكمن أهمية الإشهار العقاري في إعلام الغير بالوضعية القانونية للعقار، والاحتجاج عليهم ،وكذلك تقدير الثروة العقارية للأشخاص،أما أهم دور فهو ترتيب الأثر العيني الذي لا يمكن أن يترتب إلا بإتمام

1- أ/ محمد كنازة ، الوقف العام في التشريع الجزائري ، دار الهدى , عين مليلة , الجزائر, 2006 ، ص 169.

2- أ/ حمدي باشا عمر : عقود التبرعات , دار هومة , الجزائر , طبعة 2004 , ص 214.

الشهر،فشهر التصرفات العقارية هو مصدر وجود ونشأة الحق العيني العقاري[1] .

أما الرسمية فهي ركن في التصرف الذي يشترط القانون أن تكون الشكلية ركنا فيه ،وتكمن أهميتها في تنبيه الأشخاص إلى أهمية وخطورة التصرف المقدمين عليه خاصة في عقود التبرع ،وكذلك توفير سند إثبات يكون حجة على الجميع ما لم يثبت تزويره .وتختلف الرسمية للانعقاد عن الرسمية للإثبات فالأولى يؤدي تخلفها إلى البطلان المطلق للتصرف وهو حال التصرفات الواردة على عقار أو حق عيني عقاري أما الثانية فلا يترتب على تخلفها البطلان .

2-2 أهمية الإشهار في عقد الوقف:

إن خصوصية الوقف تعطي لإشهار عقد الوقف أهمية وأبعادا خاصة:

** مواد التقنين المدني الجزائري165 مكرر 324 ،792 و 793 والمواد 14 و 15 و 16 من الأمر 75-74السابق الإشارة إليها وكذلك المادة 29 من قانون التوجيه العقاري تؤكد على أن إثبات حق الملكية والحقوق العينية العقارية وجميع العمليات القانونية الواردة على عقار يثبتها عقد رسمي مشهر ، و طبقا لنص المادة41 من قانون الأوقاف يشترط إلى جانب اشتراط الرسمية في عقد الوقف ضرورة إشهاره ، و المصالح المكلفة بالسجل العقاري تكون ملزمة بتقديم إثبات للواقف بهذا الإشهار ،كما تحيل نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف ، مما يدل من خلال عبارة إثبات الواردة في نص المادة أن المشرع يعتد في إثبات الوقف الوارد على عقار بالعقد الرسمي المشهر.والمعلوم أنه بمناسبة الشهر العقاري في السجل العقاري للأملاك العقارية بصفة عامة والعقارية الوقفية بصفة خاصة التي شملها المسح والإيداع لدى المحافظة العقارية يتم تسليم دفتر عقاري إلى مالك العقار طبقا لأحكام المادة 18 من مرسوم 76-63 المؤرخ في1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، وبالنسبة للوقف فإن الدفتر العقاري باسم الوقف , خاصة وأن هذا الأخير قد منحه القانون شخصية معنوية يسلم إلى الهيئة المكلفة بالأوقاف, وعلى ضوء ما سبق فإن عقود الوقف التي يكون محلها عقار أو حق عيني عقاري لا تنتج آثارها بالنسبة للغير إلا من تاريخ شهر العقد .

** إن المشرع الجزائري أخذ بلزوم الوقف على رأي جمهور الفقهاء ، ولذلك لا يجوز للواقف أن يرجع عن وقفه استنادا للمادة 16 من قانون الأوقاف، ومتى أبرم الواقف عقد الوقف الرسمي تتأكد إرادته في الوقف وعدم

1- أ/ بن عبيدة عبد الحفيظ : إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية , دار هومة , الجزائر , ط 2004 , ص 151.

الرجوع فيه وهي إرادة يحميها القانون، وبالنسبة لورثة الواقف باعتبارهم من الغير لا يمكن الاحتجاج عليهم بوقف عقار مورثهم إذا كان عقد الوقف لم يخضع للإشهار, ومن هنا تظهر قيمة الإشهار, على هذا الأساس يكفي لإثبات الوقف الوارد على عقار استثناءا عقد رسمي حماية لإرادة الواقف وحقوق الموقوف عليهم، وهذا الاستثناء يدخل في مفهوم المادة 8 من قانون الأوقاف ، التي تعتبر في فقرتها الخامسة أن من بين الأوقاف العامة المصونة الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية.

وما يؤكد هذا الرأي أن المذكرة رقم00389 الصادرة في 2001/01/23 الصادرة عن مديرية الأملاك الوطنية جاء فيها : "أن حق الموقوف عليهم بالنسبة لعقار وقف وقفا خاصا هو بالتأكيد ليس حق ملكية كامل وشامل ولكنه حق انتفاع وبالتالي هو خاضع للإشهار العقاري ، وبالنسبة للشهادة التوثيقية بعد الوفاة المتضمنة العقارات الموقوفة وقفا خاصا يكون لها أثر تبيان هوية الموقوف عليهم كما تم تحديدهم في عقد تأسيس الوقف كما أنها تشكل في حد ذاتها السند الرسمي المثبت لممارسة حق الانتفاع على عقار موقوف وقفا خاصا" ، و إذا كانت هذه المذكرة تتعلق بالوقف الخاص، فمن باب أولى في حالة الوقف العام يمكن للموقوف عليهم أو السلطة المكلفة بالأوقاف تقديم عقد الوقف الرسمي للإشهار.إن ما سبق يؤكد على أهمية الرسمية كركن في عقد الوقف حماية لإرادة الواقف ولحقوق الموقوف عليهم،وعلى العموم إذا كانت المادة41 من قانون الأوقاف تلزم الواقف بإشهار عقد الوقف الرسمي،فالحقيقة أن الذي يلتزم بذلك هو الموثق تطبيقا لأحكام المادة 90 من مرسوم63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري التي جاء فيها:« ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة إلى الإشهار العقاري والمحررة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال المحددة» والتزام الموثق في هذه الحال هو التزام بتحقيق نتيجة يترتب عليه مسؤولية مدنية وإدارية 27، وبالتالي أمام تحمل الموثق لهذا الالتزام فكل عقد رسمي محرر أمامه سيخضع بالضرورة للإشهار بما في ذلك عقد الوقف [1].

** يعتبر الإشهار وسيلة هامة لجرد الأملاك الوقفية العامة، وعملية الجرد لا بد منها لحماية الأوقاف من الضياع والاستيلاء وكل التصرفات الغير جائزة قانونا كالبيع والهبة...الخ .وقد نصت المادة8مكرر من قانون الأوقاف المعدل والمتمم:« تخضع الأملاك الوقفية لعملية جرد عام حسب الشروط و الكيفيات والأشكال القانونية والتنظيمية المعمول بها.يحدث لدى المصالح المعنية لأملاك الدولة سجل عقاري

1 – أ/ حمدي باشا عمر : عقود التبرعات , دار هومة , الجزائر , طبعة 2004 , ص 220.

خاص بالأملاك الوقفية وتشعر السلطة المكلفة بالأوقاف بذلك.تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم»[1].

يؤكد هذا النص على ضرورة إشهار الوقف الوارد على عقار من حيث أنه من جهة وارد على عقار فلا بد من تسجيله في مجموعة البطاقات العقارية ، ومن جهة ثانية التمكين من جرد الأملاك الوقفية العامة, وبموجب المرسوم التنفيذي رقم51/03 المؤرخ في 2003/02/04 المحدد لكيفيات تطبيق أحكام المادة 08 مكرر نصت المادة الرابعة منه على أن يحدد شكل ومحتوى السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية بموجب قرار مشترك ، وقد صدر هذا الأخير بتاريخ2003/11/15 ونص في المادة الثانية منه:« يأخذ السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية شكل البطاقات العقارية المنصوص عليها في القرار المؤرخ في27 جمادى الأولى1369هـ الموافق27 ماي1976 م والمتعلق بالبطاقات العقارية المستعملة من قبل المحافظات العقارية وتكون باللون الأزرق».

1 – أ/ بن عبيدة عبد الحفيظ : إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية , دار هومة ,الجزائر , ط 2004 , ص .147

المطلب الثاني / الشهادة :

تعرف الشهادة على أنها:« إخبار شخص لإثبات حق لغيره على غيره في مجلس القضاء» , وتعتبر الشهادة من أهم وسائل إثبات أصل الوقف في الشريعة الإسلامية ، ولا يشترط فيها المعاينة حيث تقبل عند فقهاء الإسلام ولو بنيت على التسامع فقط[1] .

وقد أخذ المشرع الجزائري بالشهادة كوسيلة لإثبات الوقف حيث نصت المادة 08 فقرة05 من قانون الأوقاف أنه تعتبر من الأوقاف العامة المصونة:« الأملاك التي تظهر تدريجيا بناءا على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار» وجاء في فتوى صادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى في1989/01/17 أنه: " إذا ثبت بشهادة جماعة من المسلمين أو شهادة رسمية أن المحل قد بناه جماعة من المسلمين لتقام فيه الصلوات فهو لهم".

و تطبيقا لأحكام المادة 08 السابقة صدر المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 2000/10/26 المستحدث لوثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط و كيفيات إصدارها وتسليمها، وقد أضفى المشرع بهذا المرسوم الرسمية على شهادة الشهود لتتحول من شهادة مكتوبة إلى وثيقة رسمية تخضع للتسجيل في السجل العقاري.

1/ 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 التنفيذي2000-336 الذي حدد نموذجها بالملحق التابع له:

- المعلومات الخاصة بالشهود مع التوقيع .
- التصديق من قبل المصلحة المختصة بالبلدية أو أي سلطة أخرى مؤهلة قانونا.
- رقم تسجيلها بالسجل العقاري الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا.

2/ الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي:

طبقا للمادة 05 من مرسوم 2000-336 تصدر مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي محل الإشهاد إذا اجتمعت أكثر من ثلاث وثائق إشهاد مكتوب لإثبات الملك الوقفي. هذه الشهادة هي وثيقة تتوج بها شهادات الشهود، تصدر في شكل رسمي

1- د/ زهدي يكن , أحكام الوقف, المكتبة العصرية, بيروت, ص 77.

وتخضع للإشهار, وقد حدد القرار المؤرخ في2001/05/26 نموذج هذه الشهادة ومحتواه حيث نص في المادة03 منه أن تتضمن وجوبا:

* 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:

نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي2000-336 على خضوع الملك الوقفي محل وثيقة الإشهاد إلى التسجيل والإشهار العقاري، وهو ما يتوافق مع نص المادة41 من قانون الأوقاف ، مما يدل على أن القيمة القانونية للشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي هي من قيمة العقد الرسمي المثبت للملك الوقفي ، وهو ما أكدته التعليمة الوزارية المشتركة رقم09 المؤرخة في2002/09/16 الصادرة عن وزيري الشؤون الدينية والمالية والمتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، حيث اعتبرت أن الشهادة الرسمية هي بمثابة عقد تصريحي يبرمه موظف مختص ومؤهل توافقا مع المادة324 من التقنين المدني التي تحدد مفهوم العقد الرسمي , والمادة 26 مكرر 11 من قانون الأوقاف ، وهذا الموظف هو مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية بصفته أعلى سلطة مكلفة بالأملاك الوقفية على المستوى المحلي, كما حددت التعليمة كيفيات إشهار الشهادة الرسمية [1].

غير أن المرسوم التنفيذي2000-336 أشار في المادة05 منه إلى إرفاق الشهادة الرسمية بشرط البطلان عند ظهور أدلة مضادة،وهذا الشرط كان محل انتقاد لأنه من شأنه أن ينقص من القيمة القانونية لهذه الشهادة ،كما يتنافى مع شرط إشهارها ، فالمعلوم كما سبق البيان أن الإشهار هو الذي يعطي للوثيقة الرسمية حجيتها كما أنه هو مصدر الحق العيني ،بالإضافة إلى أن الورقة الرسمية ذات قوة ثبوتية قاطعة ما لم يثبت تزويرها طبقا للمادة 324 مكرر 5 من التقنين المدني، لذلك فإن إغفال هذا الشرط في قرار 2001/05/26 المحدد لشكل ومحتوى الشهادة الرسمية وكذلك الملحق الموضح لنموذجها يعتبر في محله.

1- أ/ بن مشرنن خير الدين ، إدارة الوقف في القانون الجزائري ، دار الآفاق , الجزائر , طبعة 2007 , ص 92.

خلاصة الفصل الأول :

اعتبارا أن الوقف يعبّر بحق عن قيمة حضارية نادرة، ويمثل أحد خصائص الدولة القوية بإعمال مبدأ تضامن أفراد المجتمع فيها، ولا شك أن موضوع الأملاك الوقفية من المواضيع الفقهية والقانونية المتجدّدة في بعض جزئياتها, كونها ترتبط بتغيّر ظروف وأحوال الأشخاص والمجتمعات وتطور حاجاتهم المعاصرة الاقتصادية والاجتماعية منها، مما جعل الأحكام القانونية النّاظمة لها، تخضع للتّعديل والإصلاح حتى تواكب التّحول المستجد في المجتمع المعاصر .

وعليه فقد اهتم المشرع القانوني الجزائري بالأوقاف , حيث أصدر في هذا الإطار حزمة من القوانين والنصوص التنظيمية على رأسها قانون الأوقاف رقم 91–10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 02–10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 وهو آخر تعديل له بعد القانون رقم 01–07 المؤرخ في 22 مايو 2001 .

و قد استأنف المشرع الجزائري اهتمامه بالوقف، بإصداره هذا القانون ، وهو تشريع أوسع من سابقيه وضع المشرع فيه نظاما جديدا للوقف، و يعتبر أحدث نظام تشريعي للوقف في دول المغرب العربي، و هو يضم 50 مادة ، ومقسم إلى سبعة فصول :" الأحكام العامة، أركان الوقف وشروطه ، اشتراطات الواقف، التصرف في الوقف، مبطلات الوقف، ناظر الوقف، وأحكام مختلفة ".

ولم يخرج المشرع في تنظيمه للوقف عن قواعد الشريعة الإسلامية، غير أنه لم يتقيد بمذهب معين، ونص على الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية، فى ما لم يرد فيه نص في هذا القانون.

كما منح للوقف الشخصية المعنوية، وألزم الدولة بالسهر على احترام إرادة الواقف وتنفيذها، ولم يلغ المشرع الجزائري الوقف الخاص أو الذري، بل قنن أحكامه ، ونص على أن يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم، وعدد الأملاك التي تعتبر من الأوقاف العامة المصونة ومن ضمنها الأملاك الموقوفة أو المعلومة وقفا، والموجودة خارج الوطن، وأما فيما يتعلق بأركان الوقف وشروطه، فهي لم تختلف عن الأحكام المقررة في الشريعة الإسلامية، كما أكد المشرع من خلال هذا القانون، على زوال حق ملكية الواقف إذا صح الوقف، كما نصت بقية أحكام الفصل الرابع منه، على التصرفات غير الجائزة ، كما أكدت أحكامه استبدال عقار الوقف بآخر في حالات محددة نصت عليها المادة 24 منه.

كما تعرض الفصل الخامس من هذا القانون إلى مبطلات الوقف، ومنها بطلان الوقف إذا كان محددا بزمن، كما قرر المشرع إسناد إدارة الوقف لناظر الوقف حسب تنظيم يصدر استنادا إلى هذا القانون طبقا للمادة 34 ويشتمل التنظيم على شروط الناظر، وحقوقه وحدود تصرفاته .

ليختم المشرع بتخصيص فصل يتضمن أحكاما مختلفة لنظام الوقف، وذلك في الفصل السابع والأخير، و من هذه الأحكام التأكيد على تطبيق قانون العقوبات على كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو تدليسية، أو يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستندات أو يقوم بتزويرها، وفي ذلك إضفاء حماية قانونية على أموال الوقف .

كما نصت المادة 38 منه، على أن تسترجع الأملاك الوقفية ، التي أممت في إطار أحكام الثورة الزراعية إذا ثبت تلك الأملاك بإحدى الطرق الشرعية والقانونية، وتؤول إلى الجهات التي أوقفت عليها أساسا، وفي حالة انعدام الموقوف عليه الشرعي، تؤول إلى السلطة المكلفة بالأوقاف .

الفصل الثاني

أحكام الوقف في الفقه الإسلامي

مدخل تمهيدي :

تمثل الأوقاف إحدى أهم الأدوات التنموية التي تساعد في تحقيق التنمية المتوازنة وتحقيق أعلى عائد اقتصادي للمجتمع إذا أحسن تنظيمها وتسييرها. وقد كان المسلمون رواد هذه الصناعة والتي كانت في العصور المتعاقبة من أدوات التنمية التي اعتمدت عليها الدول الإسلامية لتلبية احتياجات المجتمع وجزء من الحضارة الإسلامية المشرقة.

و سنتناول في هذا الفصل أحكام الوقف في الفقه الإسلامي ومشروعيته و الحكمة منه ، ومستنده الشرعي من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وإجماع أهل العلم , و بعد ذلك التفريع في مسائل أركان الوقف و شروطه و ملكيته ثم المرور إلى أنواع الوقف وإبداله واستبداله.

المبحث الأول : الوقف في الفقه الإسلامي ومشروعيته و الحكمة منه

تقديم:

الوقف من المؤسسات التي اعتنى بها المسلمون عبر تاريخهم، امتثالا لتوجيهات النبي الكريم ρ وفعل الصحابة وتابعيهم ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وكان لمؤسسة الوقف دور مهم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للمجتمعات الإسلامية عبر التاريخ الإسلامي الزاهر, فقد تكفلت الأوقاف بتمويل العديد من الحاجات والخدمات العامة للمجتمع مما خفف العبء على الدول وموازناتها.

وفي ظل الوعي الديني و الثقافي الذي عم أرجاء العالم الإسلامي كانت الأوقاف من أول المؤسسات الإسلامية التي حظيت بالاهتمام لما لها من دور إيجابي في دعم جهود التقدم و الرفاه الاجتماعي ,

وقد تمثل هذا الاهتمام في توجه الكثير من الدول الإسلامية إلى إحياء هذا المرفق والعمل على دعمه وتطويره وانشغال العديد من الباحثين والمفكرين ومؤسسات البحث العلمي بإعداد الأبحاث والدراسات التي تبرز ما كان لهذا المرفق من أثر بالغ على المجتمع الإسلامي في الماضي وما ينتظر أن يكون له من إسهام في مسيرة المجتمع الإسلامي المستقبلة.

المطلب الأول / مشروعية الوقف :

الوقف قربة من القرب ، مندوب فعله دلت على مشروعيته نصوص عامة من القرآن الكريم ، وفصلته أحاديث من السنة النبوية المطهرة ، وعمل به الصحابة ، وأجمعوا على مشروعيته كما نقل ذلك أهل العلم وذهبوا إليه جميعا إلا ما نقل عن شريح القاضي وهو رواية عن أبي حنيفة.

أما النصوص العامة من القرآن الكريم ، فمنها :

1. قول الحق تبارك وتعالى : ﴿ لَن تَنَالُواْ ٱلۡبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَۚ وَمَا تُنفِقُواْ مِن شَيۡءٖ فَإِنَّ ٱللَّهَ بِهِۦ عَلِيمٞ ﴿٩٢﴾ ﴾, وقد جاء في صحيحي الإمامين البخاري ومسلم ، عن أنس بن مالك ، رضي الله عنه أنه قال : كان أبو طلحة أكثر الأنصار بالمدينة مالاً من نخْل ، وكان أحبَّ أمواله إليه بَيرُحاء[1] ، وكانت مستقبلة المسجد ، وكان رسول الله ρ يدخلها ويشرب من ماء فيها طيب ، قال أنس : فلما أُنزلت هذه الآية : ﴿ لَن تَنَالُواْ ٱلۡبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَۚ ﴾ قام أبو طلحة إلى رسول الله ، ρ، فقال : يا رسول الله ، إن الله تبارك وتعالى يقول : ﴿ لَن تَنَالُواْ ٱلۡبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَۚ ﴾ ، وإن أحب

1 – بيرحاء على صيغة فعيل من البراح وهي الأرض الظاهرة. انظر: ابن منظور ، لسان العرب ، ج2 ، ص 412.

أموالي إليّ بيرحاء ، وإنها صدقة لله، أرجو برّها وذخرها عند الله فضعها يا رسول الله حيث أراك الله , قال : فقال رسول الله ρ: (بَخْ[1] ذلك مال رابح ، ذلك مال رابح ، وقد سمعت ما قلت ، وإني أرى أن تجعلها في الأقربين), فقال أبو طلحة افعل يا رسول الله , فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبني عمه, قال البخاري: تابعه روح ، وقال يحيى بن يحيى وإسماعيل عن مالك (رابح)[2].

2. الآيات الكثيرة التي تحث على الإنفاق وخاصة التطوعي منه ، وقد تكررت في القرآن الكريم آيات كثيرة في هذا المقام.

أما السنة : فمنها :

1. حديث وقف عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وقد قال الحافظ ابن حجر في هذا الحديث : (وحديث عمر هذا أصل في مشروعية الوقف)[3] , والحديث عن ابن عمر رضي الله عنهما فيما رواه الإمام البخاري وغيره : أن عَمْرًا أصاب أرضًا من أرض خيبر ، فقال يا رسول الله ρ، أصبت مالاً بخيبر لم أصب قطُّ مالاً خيرًا منه ، فما تأمرني؟ فقال : (إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها ، غير أنه لا يباع أصلها ، ولا يبتاع ، ولا يوهب ، ولا يورث) قال ابن عمر : فتصدق بها عمر على ألاّ تباع ، ولا توهب ، ولا تورث، في الفقراء ، وذي القربى ، والرقاب ، والضعيف ، وابن السبيل ، ولا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ، ويطعم غير متمول[4].
2. جاء في نصب الراية للزيلعي : أن هناك لرجل من بني غفار عينا يقال لها : رومة ، وكان يبيع منها القربة بمد ، فقال له ρ: (أتبعنيها بعين في الجنة) ؟ فقال : يا رسول الله ليس لي ولا لعيالي غيرها, فبلغ ذلك عثمان بن عفان رضي الله عنه ، فاشتراها منه بخمسة وثلاثين ألف درهم ، ثم أتى النبي ρ، فقال : أتجعل لي ما جعلت له ؟ قال : نعم ، قال : قد جعلتها للمسلمين[5].

---

1 – بَخ كلمة إعجاب ورضا بالشيء ومدح به ، تخفف وتثقل، وإذا كررت فالاختيار أن ينون الأول ويسكن الثاني، وفيها أربع لغات: الجزم، والخفض، والتنوين، والتخفيف. انظر: الخطابي، غريب الحديث، ج1، ص61 . وتستعمل أحيانًا للإنكار وقد تكون معربة عن كلمة (بَهْ) الفارسية. انظر : أحمد رضا ، معجم متن اللغة ، ج1 ، ص 247.

2 – البخاري ، صحيح البخاري ، ج2 ، ص 530 ، كتاب الزكاة ، باب الزكاة على الأقارب.

3 – فتح الباري ، ج5 ، ص 402.

4 – صحيح البخاري ، ج2 ، ص 70.

5 – نصب الراية لأحاديث الهداية ، ج3 ، ص 477. وهذه العين (عين رومة) هي التي أشار إليها الإمام البخاري رضي الله عنه ، فيما رواه عن أبي عبد الرحمن ، أن عثمان بن عفان رضي الله عنه حيث حوصر أشرف وقال : أنشدكم ولا أنشد إلا أصحاب النبي ، صلى الله عليه وسلم ، ألستم تعلمون أن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، قال : (من حفر رومة فله الجنة) فحفرتها. انظر: صحيح البخاري ، ج3 ، ص 198 ، كتاب الوصايا ، باب إذا وقف أرضًا أو بئرًا.

3. ما ورد عن النبي ، صلى الله عليه وسلم في الصدقة الجارية ، حيث قال : (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علمٍ ينتفع به ، أو ولدٍ صالح يدعو له)[1], والصدقة الجارية هي التي تتجدد منافعها عبر الزمن كسكنى الدار ، وركوب الدابة ، وماء البئر.

أما الإجماع:

فقد صرّح غير واحد من أهل العلم بأن إجماع الصحابة منعقد على صحة الوقف، فقد ذكر صاحب المغني ، أن جابرًا رضي الله عنه قال : (لم يكن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ذو مقدرة إلا وقف ، وهذا إجماع منهم ، فإن الذي قدر منهم على الوقف وقف ، واشتهر ذلك ولم ينكره أحد ، فكان إجماعًا)[2].

وقال الحافظ ابن حجر نقلا عن الإمام الترمذي قوله: (لا نعلم بين الصحابة والمتقدمين من أهل العلم خلافا في جواز وقف الأراضين، وجاء عن شريح أنه أنكر الحبس)[3].

وقال صاحب الإسعاف بعد ذكره لأوقاف الصحابة : (وهذا إجماع منهم على جواز الوقف ولزومه ، ولأن الحاجة ماسة إلى جوازه)[4].

هذا في الإجماع المنقول على صحة الوقف ، أما اللزوم وعدمه فقد وقع فيه الخلاف ، فأبو حنيفة يقول : صحيح غير لازم ، وأبو يوسف ومحمد وعامة الفقهاء يقولون بأنه صحيح لازم[5].

---

1 – رواه مسلم وأبو داود وغيرهما ، انظر: صحيح مسلم ، ج2 ، ص 1255 ، كتاب الوصية , سنن أبي داود ، ج3 ، ص 300.

2 – ابن قدامة ، المغني ، ج8 ، ص 186.

3 – فتح الباري ، ج5 ، ص 402. وخبر شريح أورده البيهقي في سننه الكبرى، ج6، ص163.

4 – برهان الدين الطرابلسي ، الإسعاف في أحكام الأوقاف ، ص 13.

5 – السنوسي ، الروض الزاهر ، ص 9 , برهان الدين الطرابلسي ، الإسعاف ، ص8،7.

المطلب الثاني / حكمة مشروعية الوقف :

الوقف نوع من البر يقصد به التقرب إلى الله عز وجل والإحسان إلى المحتاجين والتعاون على البر والتقوى، وإذا كان الناس مسلطين على أموالهم فلا جناح في إنفاق تلك الأموال فيما يحقق أغراضا دينية أو اجتماعية أو اقتصادية من أغراض النفع العام, ويمكن أن نعرض أغراض الوقف فيما يلي للتذكير لا للبيان والاستقصاء.

أغراض الوقف: تتنوع أغراض الوقف بحسب تعدد أوجه البر، ويمكن ذكر أهمها، والتي تتمثل في:

1. **نشر الدعوة الإسلامية :** ومن أهم مظاهر هذا الغرض وقف المساجد التي كانت عبر التاريخ منارات لنشر الدعوة وتعليم الناس وتربيتهم وتهذيبهم، وما ألحق بها من أوقاف للإنفاق عليها وعلى القائمين على شؤونها كالدكاكين والضيعات والمساكن وغير ذلك, ولازال لهذا الغرض أهميته فإضافة إلى المساجد فهناك العديد من المراكز الدعوية التي تقوم على الأوقاف.
2. **الرعاية الاجتماعية :** من خلال صلة الرحم بالإنفاق على القرابة من الأبناء وبنيهم من خلال الوقف الأهلي أو الذري, وكذلك رعاية الأيتام وأبناء السبيل وذوي العاهات من خلال الأوقاف الخيرية التي يخصصها الواقفون لمثل هذه الأغراض.
3. **الرعاية الصحية :** يعد هذا الغرض من أوسع المجالات التي وقف المحبسون أملاكهم عليها، وشملت أنواعا كثيرة مثل بناء "المستشفيات والمصحات" ، والبحث العلمي المرتبط بالمجالات الطبية ، كالكيمياء والصيدلة[1].
4. **التعليم:** التعليم أشهر من أن نخصص له بعض الأسطر لبيانه، فيكفي المدارس الوقفية المنتشرة في سائر أنحاء العالم الإسلامي وعلى رأسها تلك المساجد والجوامع التي أضحت منارات للعلم وفي مقدمتها الحرمان الشريفان، والأزهر الشريف في مصر، والقرويين في المغرب والزيتونة في تونس ، والأمويين في دمشق, ناهيك عن المكتبات والمعاهد التي لا يمكن عدها أو حصرها في هذه العجالة.
5. **أغراض الأمن والدفاع :** ربما كان مستند هذا الغرض ما فعله خالد بن الوليد حينما وقف أدراعه وأعتاده في سبيل الله , فقد روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ρ بعث عمرًا على الصدقة ، فقيل منع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس عم رسول الله ρ ، فقال الرسول ρ : (ما

---

1 – عبد الملك السيد ، الدور الاجتماعي للوقف ، ص 282–283.

ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيرًا فأغناه الله ، وأما خالد فإنكم تظلمون خالدًا ، قد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله وأما العباس فهو عليّ ومثله معه)[1], وقد سار على هذا النهج الصحابة الكرام والتابعون ومن تبعهم بإحسان من العلماء والحكام وذوي اليسار في الأمة فوقفوا الأموال على سد الثغور والحفاظ على حرمة ديار المسلمين[2].

6. **الوقف على البنية الأساسية:** كالوقف على إنشاء الطرق، والجسور، وآبار الشرب وقد سبقت الإشارة إلى بئر رومة في المدينة المنورة التي وقفها عثمان رضي الله عنه.

1 – رواه البخاري ومسلم واللفظ لمسلم. انظر : البخاري، صحيح البخاري، ج2، ص534، كتاب الزكاة ، باب قوله تعالى : ﴿ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلۡغَٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِۖ ﴾ ، صحيح مسلم ، ج1 ، كتاب الزكاة ، ص 676.

2 – البلاطنسي ، تحرير المقال ، ص 102–103.

المبحث الثاني: الوقف أركانه , شروطه و ملكيته :

تقديم:

للوقف أركان لا يتم إلا بها ، إلا أن العلماء اختلفوا في هذه الأركان ، ومذهب الجمهور أن للوقف أربعة أركان : الواقف والموقوف , والموقوف عليه والصيغة , أما شروط الوقف فهي مرتبطة بالأركان السابقة.

و منه لا بد لانعقاد الوقف من وجود شخص تصدر عنه الصيغة وهو الواقف، ومال تقع عليه وهو الموقوف أو عين الوقف، وجهة تعين لتصرف إليها منافع الوقف وهو الموقوف عليه.

المطلب الأول / أركان الوقف وشروطه:

الوقف مثل سائر الالتزامات والعقود لا بد له من توافر أركان معينة لقيامه وهي:[1]

1- الشخص الواقف (المحبِس).
2- المال الموقوف (المحبَس).
3- الشخص أو الجهة الموقوف عليها (المحبَس له).
4- الصيغة المعتبرة فهي هنا الإيجاب من الواقف.

شروط الواقف وتتمثل في[2] :

1. أن يكون أهلاً للتبرع ، يتمتع بالأهلية الكاملة ، عاقلا ، بالغا، حرا، غير محجور عنه لسفه أو غفلة.
2. ألا يكون مريضًا مرض الموت إذ يأخذ الوقف حكم الوصية في هذه الحالة.

شروط المحل :

وهو المال الموقوف الذي يرد عليه الوقف, فيشترط فيه ما يلي[3] :

1. أن يكون الموقوف مالاً متقومًا : إذ لا يتأتى وقف ما ليس من الأموال ، كالأتربة في مواقعها ، وما ليس بمتقوم كالخمر والخنزير.

---

1 – ابن جزي، القوانين الفقهية، ص243 , الدردير، الشرح الصغير، ج5 ، ص 378.

2 – برهان الدين الطرابلسي، الإسعاف، ص14 , أبو زهرة، محاضرات في الوقف، ص 127 , الزرقاء ، أحكام الوقف ، ص 43.

3 – السنوسي، الروض الزاهر، ص16 , الزرقاء أحكام الوقف، ص 45-51.

2. أن يكون الوقف مملوكًا : فلا يصح وقف غير المملوك ، مثل : الأراضي الموات وشجر البوادي ، وحيوان الصيد قبل صيده.
3. أن يكون معلومًا حين الوقف : فلا يصح وقف الشيء المجهول، كقوله وقفت جزاءًا من مالي ، أو داري.
4. أن يكون مالاً ثابتًا : فيخرج به ما لا يبقى على حاله التي يتحقق بها الانتفاع ، كالثمار، والخضر وات ، والثلج.

شروط الموقوف عليه[1] :

1. أن تكون الجهة الموقوف عليها قربة من القربات فلا يجوز الوقف على المعاصي والمنكرات وأهلها ، ولا على الحربيين ، والكنائس والشعائر الدينية غير الإسلامية, وقد حدد الحنفية اعتبار القربة بأمرين اثنين هما:[2]
   أ- أن يكون الموقوف عليه قربة في نظر الشريعة.
   ب- أن يكون قربة في اعتقاد الواقف.
2. أن يكون الموقوف عليه موجودًا إذا كان الوقف لمعين وذلك عند إنشاء العقد, أما انقطاع الجهة الموقوف عليها فهو محل خلاف بين الفقهاء بين من يرى أن الأصل عدم صحة الوقف المنقطع انتهاء فقط أو ابتداء وانتهاء، وبين من يرى صحة الوقف المنقطع مطلقا[3].
3. تأبيد الوقف : أن تكون الجهة الموقوف عليها دائمة الوجود عند من يشترط التأبيد.

شروط الصيغة:[4]

1. أن تكون صيغة الوقف منجزة : أي لا تقترن بتعليق أو إضافة إلى مستقبل ، إذ لا بد أن تدل على إنشاء الوقف وقت صدوره، كقوله : وقفت أرضي على الفقراء والمساكين, والصيغ المقترنة بالتعليقات تبطل عقود التمليكات كالهبة والصدقة والعارية, كقوله : إذا اشتريت هذه الأرض فهي

---

1 - السنوسي، الروض الزاهر، ص16 , الزرقا، أحكام الوقف، ص 51-54.

2 - ابن نجيم، البحر الرائق، ج5، ص204 .

3 - انظر الموضوع تفصيلا : الحنفية: السرخسي، المبسوط، ج13، ص41 . , ابن نجيم، البحر الرائق، ج5، ص213 . المالكية: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، ص85. الشافعية: الشيرازي، المهذب، ج1، ص441-442 , الخطيب الشربين، مغني المحتاج، ج2، ص384 . الحنابلة: ابن قدامة، الشرح الكبير مع المغني، ج6، ص215-217 .

4 - السنوسي، الروض الزاهر، ص17،18.

وقف للفقراء، والصيغة المضافة إلى زمن قادم ، كقوله : وقفت أرضي ابتداءً من السنة القادمة يصححها بعض الحنفية في صور معينة.

2. أن يكون العقد فيها جازمًا إذ لا ينعقد الوقف بوعد، كقوله سأقف أرضي أو داري على الفقراء.
3. ألا تقترن الصيغة بشرط يناقض مقتضى الوقف ، كقوله وقفت أرضي بشرط أن لي بيعها متى أشاء.
4. أن تفيد الصيغة تأبيد الوقف لمن لا يقول بصحة تأقيته.

انعقاد الوقف بالفعل دون القول:

من المناسب في هذا المقام أن نذكّر بأقوال أهل العلم في هذه المسألة نظرا لوقوعها في الحياة العملية وخاصة فيما يتعلق بوقف أماكن العبادة بالمعاطاة دون الصيغة , ويمكن أن نصنف أقوال أهل العلم من حيث الإجمال إلى رأيين:

أولهما: لجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة الذين يقولون بالجواز.

وثانيهما: للشافعية الذين يقولون بعدم صحة هذا الوقف.

وتفصيل مذاهبهم كما يلي:

1. **الحنفية:** يجوزون وقف المسجد بالفعل لأن العرف يقتضي الإذن بالصلاة فيه، فيكون ذلك في حكم التعبير, أما الفقراء فإنه لم يجر العرف فيه عادة بالتخلية والاستغلال[1].
2. **المالكية:** الذي يبدو من عبارات المالكية أنهم يجيزون الوقف بالفعل وأنه يقوم مقام القول مسجدا كان أو غيره, ويشترطون في المسجد أن يخلي بينه وبين الناس وأن لا يخص قوما دون آخرين[2] , يقول الدردير: (وناب عنها, أي عن الصيغة التخلية بين الناس كالمسجد من رباط مدرسة ومكتب وإن لم يتلفظ بها)[3]، وعلق الصاوي بقوله: [(وإن لم يتلفظ بها) أي كما لو بنى مسجدا وخلى بينه وبين الناس ولم يخص قوما دون قوم لا فرضا دون نفل][4] .

---

1 – انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج5، ص268 , الطرابلسي، الإسعاف، ص59 .

2 – انظر: الخرشي، شرح الخرشي، ج7، 88 .

3 – الشرح الصغير، ج5، ص383 .

4 – بلغة السالك، ج5، ص383 .

3. **الحنابلة:** يرى الحنابلة أنه يصح الوقف بالقول والفعل الدال عليه مثل أن يبني مسجدا ويأذن للناس للصلاة فيه، أو مقبرة ويأذن لهم بالدفن فيها على ظاهر الرواية, وعن الإمام أحمد رواية أخرى بأنه لا يصح ولا ينعقد إلا بالقول الدال على الوقف[1].
4. **أما الشافعية:** فلا يصح الوقف عندهم إلا بصيغة دالة على الوقف، لأنه تمليك للعين والمنفعة فأشبه سائر التمليكات، كما أن العتق مع قوته لا يصح إلا باللفظ, إلا أن يبني مسجدا في موات وينويه مسجدا فإن يصح الوقف لأن الموات لم يدخل في ملك من أحياه، وإنما نحتاج للفظ لإخراج ما كان ملكه عنه[2].

1 – انظر: ابن قدامة، المقنع، ج2، ص308 , مجد الدين أبو البركات، المحرر في الفقه، ج1، ص370 .

2 – انظر: النووي، روضة الطالبين، ج5، ص322 , الرملي، نهاية المحتاج، ج4، ص268.

المطلب الثاني / ملكية الوقف:

1. **بالنسبة لمنفعة الوقف** (غلة الوقف): اتفق الفقهاء جميعًا على أن ملكيتها للموقوف عليهم.
2. **أما العين الموقوفة** (الأصل الموقوف): فهي محل خلاف بين الفقهاء ، ويمكن تصنيف أقوالهم في ذلك إلى ثلاثة آراء[1] :

الرأي الأول : زوال ملكية الواقف للعين الموقوفة وانتقال ملكيتها للموقوف عليه, وهو قول الشافعية في المشهور من مذهبهم ، ومذهب الحنابلة إذا كان الوقف لآدمي معين كزيد وعمرو أو جمع محصور كأولاد فلان ، أو علان, وهو قول عند الإمامية.

الرأي الثاني : زوال ملكية الواقف للعين الموقوفة دون انتقال ملكيتها للموقوف عليه ، بل هي في حكم ملك الله تعالى, وهو رأي الصاحبين في المذهب الحنفي (وهو المفتى به) ، والأظهر في مذهب الشافعية ، وهو قول الحنابلة إذا كان الوقف على مسجد ونحوه كمدرسة ، ورباط ، وقنطرة ، وفقراء، وغزاة ، وما أشبه ذلك.

الرأي الثالث : عدم زوال ملكية الواقف للعين الموقوفة ، بل تظل ملكيتها له , وهو مذهب المالكية في غير المسجد[2] ، يقول القرافي: (...أما أصل ملكه فهل يسقط أو هو باق على ملك الواقف ؟ وهو ظاهر المذهب لأن مالكاً – رحمه الله– أوجب الزكاة في الحائط الموقوف على غير المعين نحو الفقراء..)[3] وهو رأي أبي حنيفة ، وقول للحنابلة ، والإمامية, ولكل رأي من هذه الآراء أدلته ليس هذا البحث محل بسطها.

وقف المنقول:

المنقول من الأموال هو: ما سوى العقار, وقد اختلف فيه النظر الفقهي إلى رأيين:

أولهما : لجمهور الفقهاء (المالكية ، والشافعية ، والحنابلة) الذين قالوا بجواز وقف المنقول[4], مع توسع عند المالكية في عدم اشتراط بقاء المنقول بقاءً متصلاً كما يقول الشافعية والحنابلة.

ثانيهما : للحنفية وهو عدم صحة وقف المنقول من حيث الأصل, واستثنوا بعض المسائل منها:

---

1 – السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج3، ص375 , الكمال ابن الهمام، فتح القدير، ج6، ص 206 , الدردير، الشرح الصغير، ج5، ص423 , النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، ص 237 , الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص389 , ابن قدامة، المغني، ج8، ص186 , الزركشي شرح الزركشي على الخرقي، ج4 ، ص270 , أبو زهرة، محاضرات في الوقف، ص 99.

2 – الصاوي، بلغة السالك، ج5، ص423–424 .

3 – الفروق، ج2، ص111 فرق (79).

4– انظر في ذلك: ابن الجلاب، التفريع، ص 309–311 , ابن جزي، القوانين الفقهية ، ص243 , السمرقندي، تحفة الفقهاء ، ج3، ص378 , ابن عابدين، الحاشية، ج4، ص375.

1. إذا كان للأصل وليس وقفا مستقلا، وقد أخضعوها لقواعد فقهية حكاها ابن نجيم رحمه الله تعالى, ففي القاعدة: "التابع تابع"، أدخل فيها قواعد فرعية شتى منها:
   - قاعدة (يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها).
   - قاعدة (يغتفر في الشيء ضمنًا ما لا يغتفر قصدًا).
   - قاعدة: (قد يثبت الشيء ضمنًا وحكمًا ولا يثبت قصدًا)[1].

وفي التطبيق على القواعد السابقة يدرج الحنفية مسألة وقف المنقول التابع للعقار، جاء في شرح القواعد: (مما يتفرع على هذه القاعدة... ومنه: ما لو وقف العقار ببقره وأَكَرَته يصح ، ويغتفر دخول البقر و الأكارين تبعًا، لأنهما من حوائج المتبوع ولوازمه، وعليه الفتوى).[2]

2. إذا وقف المنقول مستقلاً وكان مما يجري فيه التعامل وتعارفه الناس وهو معتاد بينهم، كوقف السلاح والكُراع في سبيل الله، وكذلك وقف الكتب والمصاحف، وأدوات غسل الموتى.[3]

وقف النقود وما في حكمها:

يمكن للناظر في نصوص الفقهاء أن يحصر آراءهم في اتجاهين رئيسين:

الاتجاه الأول: يرى عدم جواز وقف النقود وهو رأي غالب فقهاء الحنفية، ومذهب الشافعية، والصحيح من مذهب الحنابلة، والزيدية .

** نصوص أهل العلم : جاء في فتح القدير: (وأما وقف ما لا ينتفع به إلا بالإتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء، والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بحلي)[4], وجاء في الفتاوى الهندية: (ولو وقف دراهم أو مكيلا أو ثيابا لم يجز)[5].

وورد في حاشية عميرة على شرح المنهاج : (لا يَصِحُّ وَقْفُ آلَةِ لَهْوٍ ولا دَرَاهِمَ غَيْرِ مُعَرَّاةٍ ، وَكَوْنُهُ مَقْصُودًا فلا يَصِحُّ وَقْفُ دَرَاهِمَ مُعَرَّاةٍ لِلزِّينَةِ سَوَاءٌ نَقْشُهَا أَوْ مَا يَحْصُلُ مِنْهَا بِنَحْوِ تِجَارَةٍ , لأَنَّ

1- انظر: ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 120، 121, الزرقا، شرح القواعد، 229, البورنو، الوجيز في إيضاح القواعد، ص 206.

2 - الزرقا، شرح القواعد، ص 229, وانظر: البورنو، الوجيز، ص207.

3 - انظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج3، ص378, برهان الدين الطرابلسي، الإسعاف، ص14 . مع الإشارة إلى أن بعض الأمثلة المذكورة جرى الخلاف في صحة وقفها من عدمه مستقلة بين فقهاء الحنفية.

4- الكمال بن الهمام، فتح القدير، ج6، ص218 .

5- البلخي، نظام الدين، الفتاوى الهندية، ج2، ص362 .

الزِّينَةَ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ وَغَيْرَهَا لا دَوَامَ لَهُ وَفَارَقَ صِحَّةَ إعَارَتِهَا لِلزِّينَةِ لِعَدَمِ اعْتِبَارِ الدَّوَامِ فِيهَا، وَاعْتَمَدَ شَيْخُنَا صِحَّةَ وَقْفِهَا لِتُصَاغَ حُلِيًّا)[1], كما جاء في كشاف القناع قوله: [(ولا) يَصِحُّ (وَقْفُ مَا لا يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ دَائِمًا كَالْأَثْمَانِ) كَحَلَقَةِ فِضَّةٍ تُجْعَلُ فِي بَابِ مَسْجِدٍ، وَكَوَقْفِ الدَّرَاهِمِ، وَالدَّنَانِيرِ لِيُنْتَفَعَ بِاقْتِرَاضِهَا, لأَنَّ الْوَقْفَ تَحْبِيسُ الأَصْلُ، وَتَسْبِيلُ الثَّمَرَة، وَمَا لا يُنْتَفَعُ بِهِ إلا بِالإِتلافِ لا يَصِحُّ فِيهِ ذَلِك، فَيُزَكِّي النَّقْدَ رَبُّهُ بِبَقَائِهِ فِي مِلْكِهِ (إلا) إذَا وَقَفَ الأَثْمَانَ (تَبَعًا كَفَرَسٍ بِسَرْجٍ وَلِجَامٍ مُفَضَّضَيْنِ فَيُبَاعُ ذَلِكَ) أَيْ : مَا فِي السَّرْجِ، وَاللِّجَامِ الْمُفَضَّضَيْنِ مِنْ الْفِضَّة,لأَنَّ الْفِضَّةَ فِيهِ لا يُنْتَفَعُ بِهَا (وَيُنْفِقُ) مَا حَصَلَ مِنْ ثَمَنِهِ (عَلَيْهِ) أَيْ : عَلَى الْفَرَسِ الْحَبِيسِ; لأَنَّهُ مِنْ مَصْلَحَتِهِ][2], وجاء في الإنصاف قوله: (ولا مَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ دَائِمًا , كَالأَثْمَانِ) .

إذَا وَقَفَ الْأَثْمَانَ , فَلَا يَخْلُو : إمَّا أَنْ يَقِفَهَا لِلتَّحَلِّي وَالْوَزْنِ , أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ , فَإِنْ وَقَفَهَا لِلتَّحَلِّي وَالْوَزْنِ , فَالصَّحِيحُ مِنْ الْمَذْهَبِ : أَنَّهُ لا يَصِحُّ , وَنَقَلَهُ الْجَمَاعَةُ عَنْ الإِمَامِ أَحْمَدَ رحمه الله وَهُوَ ظَاهِرُ مَا قَدَّمَهُ فِي الْمُغْنِي , وَالشَّرْحِ , قَالَ الْحَارِثِيُّ : وَعَدَمُ الصِّحَّةِ أَصَحُّ, وَقِيلَ : يَصِحُّ , قِيَاسًا عَلَى الْإِجَارَةِ , قَالَ فِي التَّلْخِيصِ : إنْ وَقَفَهَا لِلزِّينَةِ بِهَا , فَقِيَاسُ قَوْلِنَا فِي الْإِجَارَةِ : إنَّهُ يَصِحُّ , فَعَلَى هَذَا : إنْ وَقَفَهَا وَأَطْلَقَ : بَطَلَ الْوَقْفُ , عَلَى الصَّحِيحِ , وَقِيلَ : يَصِحُّ , وَيُحْمَلُ عَلَيْهِمَا , وَإِنْ وَقَفَهَا لِغَيْرِ ذَلِكَ: لَمْ يَصِحَّ عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ الْمَذْهَبِ .

وَقَالَ فِي الْفَائِقِ وَعَنْهُ : يَصِحُّ وَقْفُ الدَّرَاهِمِ , فَيُنْتَفَعُ بِهَا فِي الْقَرْضِ وَنَحْوِهِ اخْتَارَهُ شَيْخُنَا , يَعْنِي بِهِ الشَّيْخَ تَقِيَّ الدِّينِ رحمه الله , وَقَالَ فِي الِاخْتِيَارَاتِ : وَلَوْ وَقَفَ الدَّرَاهِمَ عَلَى الْمُحْتَاجِينَ : لَمْ يَكُنْ جَوَازُ هَذَا بَعِيدًا)[3].

أما الزيدية فقد جاء في البحر الزخار ما نصه: (وَفِي وَقْفِ الدَّرَاهِمِ وَجْهَانِ ، يَصِحُّ كَتَأْجِيرِهَا لِلزِّينَةِ وَالتَّجَمُّلِ والأصَحُّ الْمَنْعُ ، إذْ لَوْ غُصِبَتْ لَمْ تَلْزَمْ لَهَا أُجْرَةٌ)[4].

الاتجاه الثاني: يرى جواز وقف النقود وهو مذهب المالكية، ورواية عن الإمام أحمد اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية، ورواية الأنصاري من أصحاب زفر من الحنفية وقول عند الزيدية.

1- عميرة، حاشية عميرة على شرح المنهاج، ج3، ص99 .

2- البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص244 . ومثله في: شرح المنتهى، ج2، ص400 .

3- الماوردي، الإنصاف، ج7، ص11 .

4- ابن المرتضي، أحمد بن يحي، البحر الزخار، ج5، ص152 .

** من نصوص الفقهاء: جاء في شرح فتح القدير: (عن الأنصاري – وكان من أصحاب زفر – فيمن وقف الدراهم أو الطعام أو ما يكال أو يوزن أيجوز ذلك ؟ قال: يدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه)[1]، وجاء في تأصيل المسألة عند صاحب المجمع ما يلي: (حَكَى فِي الْمُجْتَبَى الْخِلافَ عَلَى خلافِ هَذَا الْمَنْقُولِ فَقِيلَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ بِجَوَازِهِ مُطْلَقًا جَرَى التَّعَارُفُ بِهِ أَولا وَقَوْلُ أَبِي يُوسُفَ إنْ جَرَى فِيهِ تَعَامُلٌ وَلَمَّا جَرَى التَّعَامُلُ فِي وَقْفِ الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ فِي زَمَان زُفَرَ بَعْدَ تَجْوِيزِ صِحَّةِ وَقْفِهِمَا فِي رِوَايَةٍ دَخَلَتْ تَحْتَ قَوْلِ مُحَمَّدٍ الْمُفْتَى بِهِ فِي وَقْفِ كُلِّ مَنْقُولٍ فِيهِ تَعَامُلٌ كَمَا لا يَخْفَى فَلا يَحْتَاجُ عَلَى هَذَا إلَى تَخْصِيصِ الْقَوْلِ بِجَوَازِ وَقْفِهِمَا لِمَذْهَبِ زُفَرَ مِنْ رِوَايَةِ الأَنْصَارِيِّ , وَقَدْ أَفْتَى صَاحِبُ الْبَحْرِ بِجَوَازِ وَقْفِهِمَا وَلَمْ يَحْكِ خِلافًا كَمَا فِي الْمِنَحِ وَعَنْ زُفَرَ رَجُلٌ وَقَفَ الدَّرَاهِمَ أَوْ الطَّعَامَ أَوْ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ قَالَ يَجُوزُ قِيلَ لَهُ وَكَيْفَ يَكُونُ , قَالَ يَدْفَعُ الدَّرَاهِمَ مُضَارَبَةً ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِفَضْلِهَا فِي الْوَجْهِ الَّذِي وَقَفَ عَلَيْهِ وَمَا يُوزَنُ وَيُكَالُ يُبَاعُ فَيُدْفَعُ ثَمَنُهُ بِضَاعَةً أَوْ مُضَارَبَةً كَالدَّرَاهِمِ قَالُوا عَلَى هَذَا الْقِيَاسِ)[2], أما المالكية فقد جاء في شرح ميارة بعد ذكره لجواز تحبيس الأصول كالدور والجات والحوانيت والأرض ونحو ذلك في مذهب مالك قال: (وأما وقف العين بقصد السلف فنقله في التوضيح من كتاب الزكاة ومن المدونة وإنه يجوز وقف الدنانير والدراهم لتسلف)[3].

وقف الودائع النقدية: وهي تأخذ حكم النقود، فإذا كانت حسابا جاريا فيصرف منه حسب شروط الواقف, إما للاقتراض منه ورد مثله بإذن من الواقف أو الناظر، أو للصرف على الجهات التي يحددها الواقف, أما إذا كانت ودائع استثمار فيكون في الغالب أصل الوديعة هو الموقوف وريعه من ربح سنوي هو الذي يتم توزيعه على المستفيدين حسب شروط الواقف. ونظرا لسهولة التعامل في القطاع المصرفي ومرونته فقد شاع هذا النوع من الوقف في الفترة الأخيرة وبخاصة في مجال العلاقات الفردية والأسرية، حيث يكون الواقف في الغالب أو من ينوب عنه المشرف على مثل هذه الحسابات ومتابعة أداء الحقوق إلى أصحابها، ولا يحتاج هذا النوع من الوقف إلى كلفة في الإدارة والمراقبة، وغالبا ما تتخذ مثل هذه الصور شكل الوقف المؤقت بحيث تكون صيغة الوقف مؤقتة مرهونة باحتياج الواقف إلى استعمال أمواله.

1- الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير ، ج6، ص218 .

2- داما أفندي، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ج1، ص739 .

3- الفاسي، شرح ميارة ، ج2 ، ص137 .

توقيت الوقف بمدة محددة :

هذه المسألة وقع الخلاف فيها بين الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة وبين المالكية حسب التفصيل التالي:

1. **الحنفية :** وقع عندهم اشتراط التأبيد للوقف بالإجماع، إلا أن محمدًا اشترط النص عليه من قبل الواقف، فقال : لا يتعين التأبيد إلا بالتنصيص[1].
2. **الشافعية :** لا يجوز عندهم تأقيت الوقف إلى مدة , لأن الوقف إخراج مال على وجه القربة[2] فلا يتأتى معه التوقيت.
3. **الحنابلة :** جاء في الفروع : (لا يصح . الوقف . معلقًا بشرط ، وفيه وجه وكذا مؤقتًا ... وقيل يلغو توقيته)[3].
4. **أما المالكية :** فقالوا أن الوقف يقع مؤقتا، لكن إذا كانت الصيغة بلفظ التأبيد فيكون مؤبدًا على الوجه الذي جعل فيه ملكًا لمالكه، وينتقل إلى ورثته كسائر أملاكه[4].

1- انظر: الموصلي، الاختيار، م2 ، ج3 ، ص 42.

2- انظر: الشيرازي، المهذب ، ج ، ص 441.

3- ابن مفلح، الفروع، ج4 ، ص588.

4- انظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج3، ص37.

المبحث الثالث : أنواع الوقف وإبداله واستبداله

تقديم:

الوقف إما أن يكون على شخص مثلاً.. أو يكون على جهة خيرية كمسجد أو مدرسة أو مستشفى أو بئر ماء ونحو ذلك.. أو يكون على صنف معين كالفقراء، أو طلبة العلم ونحو ذلك.

المطلب الأول / أنواع الوقف

يُستنبط مما ذكره الفقهاء من صور الوقف أنه يمكن أن يقسم إلى ثلاثة أنواع هي:

- **النوع الأول / الوقف الذري أو الأهلي أو العائلي (الخاص) :**

وهو ما جعل استحقاق ريعه للواقف نفسه أو ذريته وأحفاده وأسباطه ونحوهم من قرابته، ثم إلى جهة برّ لا تنقطع , فمصرف الوقف محصور على الواقف وقرابته، وليس على جهة بر عامة، ومن أمثلته وقف الزبير رضي الله عنه "فإنه جعل دوره صدقة وقال: للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضر بها، فإن استغنت بزوج فلا شيء لها.[1]

كما يدل عليه حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال: "كان أبو طلحة أكثر الأنصار بالمدينة مالاً من نخل، وكان أحب أمواله إليه بيرحاء، وكانت مستقبلة المسجد، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخلها ويشرب من ماء فيها طيب. قال أنس: فلما أنزلت هذه الآية ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ ۚ وَمَا تُنفِقُوا۟ مِن شَىْءٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ بِهِۦ عَلِيمٌ ﴿٩٢﴾﴾ – آل عمران الآية :92– قام أبو طلحة إلى رسول الله ρ فقال: يا رسول الله إن الله تبارك وتعالى يقول: ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ ۚ﴾ وإن أحب أموالي إلي بيرحاء وإنها صدقة لله أرجو برها وذخرها عند الله، فضعها يا رسول الله حيث أراك الله. قال: فقال رسول الله ρ: بخ ذلك مال رابح، ذلك مال رابح، وقد سمعت ما قلت، وإني أرى أن تجعلها في الأقربين. فقال أبو طلحة: أفعل يا رسول الله , فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبني عمه" [2].

وقد استدل بهذا الحديث كثير من العلماء كالبخاري وأبي داود والنووي والصنعاني والشوكاني على مشروعية الوقف الأهلي[3].

1– أخرجه البخاري تعليقاً في كتاب الوصايا، باب إذا وقف أرضاً أو بئراً واشترط لنفسه مثل دلاء المسلمين .

2– أخرجه البخاري في مواطن كثيرة، منها في 109/7، حديث رقم 5611، ومسلم في كتاب الزكاة، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين والزوج والأولاد والوالدين ولو كانوا مشركين في 693/2، حديث رقم 998.

3– صحيح البخاري 13/5، 14، 17، وصحيح مسلم بشرح النووي 85/11، وسنن أبي داود 131/2، ونيل الأوطار 26/6،

كما أن حديث عمر السابق جمع فيه بين الوقف الخيري والأهلي، حيث تصدق بها في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف , فجعل من بين مصارف الوقف ذوي القربى.

كما أن كثيراً من الصحابة رضي الله عنهم وقفوا أوقافاً على أولادهم وقرابتهم، قال الزيلعي رحمه الله: "وفي "الخلافيات" للبيهقي، قال أبو بكر عبد الله بن الزبير الحميدي: تصدق أبو بكر بداره بمكة على ولده، فهي إلى اليوم، وتصدق عمر بربعه عند المروة، وبالثنية على ولده، فهي إلى اليوم، وتصدق علي بأرضه، وداره بمصر، وبأمواله بالمدينة على ولده، فذلك إلى اليوم، وتصدق سعد بن أبي وقاص بداره بالمدينة، وبداره بمصر على ولده، فذلك إلى اليوم، وعثمان برومة، فهي إلى اليوم، وعمرو بن العاص بالوهط من الطائف، وداره بمكة، والمدينة على ولده، فذلك إلى اليوم، قال: وما لا يحضرني كثير" [1].

وقال الإمام الشافعي في معرض حديثه عمن أوقف من الصحابة: "ولقد حفظنا الصدقات عن عدد كثير من المهاجرين... وإن نقل الحديث فيها كالتكلف".

وقال أيضاً: "بلغني أن ثمانين صحابيا من الأنصار تصدقوا بصدقات محرمات"، قال الخطيب الشربيني: "والشافعي يسمى الأوقاف الصدقات المحرمات".

وهذا النوع من الوقف قد جرى عليه تضييق ومحاولات لإلغائه ومصادرته من قبل بعض الحكام بدءاً بالملك الظاهر بيبرس، الذي عارضه معارضة شديدة الإمام النووي ومَن وراءه من علماء الشام ومصر، ثم سلك نهجه بعض المماليك الذين حكموا من بعده، ثم حاكم مصر محمد علي باشا. وفي القرن العشرين تعالت صيحات عديدة في كل من مصر والعراق وسوريا ولبنان تنادي بإلغاء الوقف الذري، وذلك بسبب المضارة في كثير من هذه الأوقاف من خلال الشروط التي يضعها الواقفون من صرفها على الذكور دون الإناث، أو بعض الأولاد دون بعض لغير سبب شرعي، أو لتلاعب النظار فيها واعتدائهم عليها، أو إهمالهم لها وتفريطهم في المحافظة عليها، أو بسبب الديون المتراكمة على هذه الأوقاف [2].

1- نصب الراية لأحاديث الهداية 3 / 478. وينظر: الأم 76/4، والمبسوط 28/12، وبدائع الصنائع 219/5، وتفسير القرطبي 339/6، ونيل الأوطار 22/6، ومحاضرات في الوقف ص: 11، والوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق ص: 55.

2- كتاب حسن المحاضرة 105/2، وحاشية ابن عابدين 389/4، وكتاب محاضرات في الوقف لأبي زهرة ص: 29، 44، والوقف في الشريعة والقانون ص: 223، وأحكام الوقف في الشريعة 42/1، والوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق ص: 123.113.

- النوع الثاني/ الوقف الخيري أو العام:

وهو ما يصرف ريعه في وجوه وجهات جهات الخير والبر التي لا تنقطع ، سواء أكان على أشخاص معينين كالفقراء، والمساكين، واليتامى، وطلاب العلم، أم كان على جهة من جهات البر العامة، كالمساجد، والمدارس، والمستشفيات، والمكتبات، والأربطة، والدعوة، وتمهيد الطرق وغيرها مما ينتفع به عامة الناس [1].

ومدار الفرق بين الوقف الخيري والذري هو الجهة الموقوف عليها، فإن كانت خاصة بالواقف وقرابته كان الوقف أهليا أو ذرياً، وإن كانت عامة كان الوقف خيرياً. مع التأكيد على أن كلاً منهما يعتبر قربة إلى الله وصدقة جارية لصاحبها[2], كما أن الوقف الذري مآله في الغالب إلى أن يكون وقفاً خيرياً، كأن يشترط الواقف صرفه على أولاده من صلبه ثم إلى الفقراء من بعدهم، أو على الفقير منهم، فإن لم يكن فيهم فقير فيصرف لغيرهم من الفقراء، أو انقراض الموقوف عليهم من الذرية والقرابة، أو يكثر الأحفاد وينتشرون فلا ينتفعون بالوقف فيصرف على جهات البر العامة، إلى غير ذلك من الأسباب.

- النوع الثالث / الوقف المشترك :

وهو ما خصصت منافعه إلى الذرية وجهة بر معًا, جاء في المغني : (وإن وقف داره على جهتين مختلفتين، مثل: أن يقفها على أولاده، وعلى المساكين : نصفين ، أو أثلاثًا ، أو كيفما شاء ، جاز ،

1- المبسوط 27/12، وتنوير الأبصار 328/4، وشرح الخرشي 78/7، ومغني المحتاج 376/2، والمغني 597/5، وأحكام الوقف ص: 26، ومحاضرات في الوقف ص: 15.

2- فالنفقة على النفس والأهل والقرابة، ومنها الوقف عليهم من أفضل الصدقات إذا صاحبتها النية الصالحة ولم يكن فيها إسراف ولا مخيلة، وقد دل على ذلك أحاديث كثيرة، ومنها قول النبي صلى الله عليه وسلم: "ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك، فإن فضل عن ذي قرابتك شيء فهكذا وهكذا، يقول فبين يديك وعن يمينك وعن شمالك" أخرجه مسلم 692/2، حديث رقم 997، وأخرج البخاري عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: "جاءت زينب امرأة ابن مسعود, فقالت: يا رسول الله, إنك أمرت اليوم بالصدقة, وكان عندي حلي لي, فأردت أن أتصدق به, فزعم ابن مسعود أنه وولده أحق من تصدقت به عليهم, فقال النبي صلى الله عليه وسلم: صدق ابن مسعود, زوجك وولدك أحق من تصدقت به عليهم" صحيح البخاري 120/2، حديث رقم 1462.

وسواء جعل مآل الموقوف على أولاده وعلى المساكين أو على جهة أخرى سواهم)[1] , وقال البهوتي: (وإن قال وقفته , أي العبد ، أو الدار، أو الكتاب ونحوه على أولادي وعلى المساكين فهو بين الجهتين نصفان ، يصرف لأولاده النصف والمساكين النصف, لاقتضاء التسوية) [2]، وجاء في المادة (667) من مجلة الأحكام العدلية الحنبلية: (يصح وقف داره على جهتين مختلفتين كأولاده والمساكين)[3]، وهو ما يفهمه القارئ ضمنًا من كلام الفقهاء عن الوقف في أبواب البر ، والوقف على الذرية ، والعقب ، دون التصريح بالشراكة[4].

وقد نصت بعض القوانين المدنية المعاصرة المنظمة للأوقاف في بعض الدول الإسلامية، على الوقف المشترك مثل القانون المدني السوداني في مادته (907)، والقانون المدني الأردني في مادته (223)[5].

1- ابن قدامة، المغني ، ج8 ، ص233.

2- كشاف القناع، ج4 ، ص258.

3- القاري، مجلة الأحكام العدلية، ص 279.

4- ينظر على سبيل المثال: برهان الدين الطرابلسي، الإسعاف ، ص139-140 وغيرهما.

5- علي النصري، دراسة حول أنظمة وقوانين الوقف، ص162 .

المطلب الثاني / إبدال الوقف و استبداله :

الإبدال والاستبدال : والمراد بالإبدال إخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها في مقابلة بدل من النقود أو الأعيان بمعنى بيع العين الموقوفة ، والمراد بالاستبدال أخذ البدل ليكون وقفاً مكان العين التي كانت وقفاً وبمعنى آخر شراء عين أخرى تكون وقفاً بدلها , وإذا ما ذكر أحدهما وحده فإنه يراد به معنى يشملهما ، وهو بيع العين الموقوفة عقار كان أو منقولا بالنقد وشراء عين بمال البدل لتكون موقوفة مكان العين التي بيعت والمقايضة على عين الوقف بعين أخرى.

وقد اختلف الفقهاء حول جواز استبدال الوقف بين مضيق وموسع, فأغلب الشافعية وأكثر المالكية لم يجيزوا استبدال الوقف من العقار وخاصة المسجد ولو تخرب ,أصبح لا يستعمل، وقليل منهم أجاز ذلك للضرورة, والحنفية يجيزون استبدال الوقف بصيغة البيع إذا تخرب ولو كان مسجدا ويشترى بثمنه ما يجعل وقفا كالأول وشراء أخرى لتكون وقفاً بدلها .

أولا : المالكية

المالكيَّة يُفَرِّقُون بين الوقف المنقول والثابت, وما ذلك إلا حرصًا منهم على المصلحة المتعلِّقَة بالعين أولاً، ومن هذا المنطلق فقد جوَّزوا استبدال الوقف المنقول، شريطة أن يجلب هذا الاستبدال المصلحة العائدة على الوقف والموقوف عليهم, لأن المنقول مُعَرَّض للتَّلف والخراب، واستبداله يكون بقاءً للوقف واستمرارًا له.

وقد أكَّد الخَرَشِيُّ [1] ذلك بقوله" :إن الشيء الموقوف على مُعَيَّن أو على غير مُعَيَّن من غير عقار، إذا صار لا يُنتفع به في الوجه الذي وُقف فيه, كالثوب يخْلُق، والفرس يكْلَب، والعبد يعْجِز، وما أشبه ذلك، فإنه يُباع ويُشْتَرَى بثمنه مثله ممَّا يُنْتَفَع به في الوجه الذي وُقِفَ فيه".

وممَّا يَدُلُّ على اتزان المالكيَّة في استبدال الوقف المنقول ما ذكره الإمام مالك بن أنس رحمه الله بقوله: "ما ضعف من الدوابِّ المحبَّسة في سبيل الله تعالى حتى لم يبقَ فيها قوَّةُ عملِ الغزو، بيعت واشْتُرِيَ مثلها ممَّا يُنْتَفَع به من الخيل فتُجْعَل في السبيل" وهو ما ذكره ابن القاسم في الثياب بقوله:

---

1 – الخرشي: هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي (1010– 1101هـ=1601 – 1690م) ، أول من تولى مشيخة الأزهر، نسبته إلى قرية يقال لها: أبو خراش, من البحيرة بمصر، أقام وتوفي بالقاهرة، من مؤلفاته: فتح الجليل على مختصر خليل, انظر: الزركلي: الأعلام 240/6، 241، وكحالة: معجم المؤلفين 210/10، 211.

"وما بلي من الثياب المحبَّسة، ولم يبقَ فيها منفعة بِيعَتْ واشْتُرِيَ بثمنها ثياب يُنْتَفَع بها، فإن لم تبلغ تُصُدِّق به في السبيل" , ووافق ذلك ابن عبد البر القرطبي بقوله: "ومَنْ حبس حيوانًا فكبر وهرم، فلا بأس ببيعه واستبدال مثله".

لكن جمهور المالكيَّة منعوا استبدال العقار الموقوف غير المنقول، وجعلوا ذلك أصلاً عندهم , وهو ما يُوَضِّحه النَّفَراوي بعد تَتَبُّعِه لآراء فقهاء المالكيَّة في هذا الأمر بقوله: "لا يصحُّ عندنا الاستبدال في الوقف, ورغم ذلك نراهم يُجَوِّزون الاستبدال في حالات الضرر البالغ، التي لا بُدَّ أن تُدْرَأ فيها المفسدة الغالبة قبل وقوعها, فقالوا: "إنه يجوز بيع ما خرِب، ولم تُرْجَ عمارته من العقار المُحْبَس على أن يُجعل ثمنه في مثله".

وقد ذُكر في الشرح الصغير أنه لا يجوز بيع العقار الخَرِب الذي لا يُنتفع به، أو استبداله بمثله غير خرب، "ولا يجوز بيع نقضه من أحجار أو أخشاب, فإن تعذَّر عودها فيما حُبست فيه جاز نقلها في مثله" .

والسبب في تمسُّك المالكيَّة بعدم الاستبدال حرصهم على عدم التلاعب بالوقفيَّة, فقد يُهْمِلُها الناظر عمدًا، أو يشترك مع مَنْ يُريد شراءها في تخريبها, فتضيع بذلك مصلحة الموقوف عليهم، ومن هنا رأى المالكيَّة أنه لا يجوز بيعها بحالٍ، ولكن يجوز نقل أخشابها وحجارتها إلى مكان وقفيٍّ آخر , بحيث تظلُّ العينُ موقوفةً عند انتقالها من مكانها أو بلدتها.

ورغم تمسُّك المالكيَّة بعدم إبدال الوقف, فإنهم يَتَّفقون مع بقيَّة الجمهور في الغاية من هذا النقاش, حيث الحرص الشديد على مصالح المسلمين، والاحتياط من كل ما من شأنه تبديد الأوقاف وضياعها، وهذا من روعة أخلاق فقهائنا الأجلاَّء، ورؤيتهم الثاقبة.

– ثانيا : الحنفية

انقسموا في استبدال الوقف إلى رأيين: أولهما: رأي أبي يوسف ومَنْ تبعه، فقد رَأَوْا أن الوقف وشرط الاستبدال صحيحان, وذلك إذا شرطه الواقف في وقفيته، وأمَّا إذا لم يذكر الواقف الاستبدال في وقفيته وسكت عن ذلك، فإن أبا يوسف وهلالاً و الخصاف [1] , ومَنْ تبعهم يَرَوْنَ أنه إذا صار الوقف غير منتفَع به بالكليَّة، أو لا يفي بمؤنته , فإنه إعمالاً لمصلحة الوقف والموقوف عليهم، يجوز استبدال الوقف بغيره لما سبق ذكره, وأمَّا الرأي الثاني: وهو رأي محمد بن الحسن الشيباني ومَنْ

1– الخصاف : هو أبو بكر أحمد بن عمر الشيباني، المعروف بالخصاف، فقيه، فرضي، محدث، عالم بالرأي، عارف بمذهب أبي حنيفة، كان مقدَّمًا عند الخليفة المهتدي بالله، توفي ببغداد سنة (261هـ)، من تصانيفه : أحكام الوقف.

تبعه – وهم قليل– فيَرَوْنَ أن الاستبدال لا يجوز, فالوقف جائز وقائم إلاَّ أن شرط الاستبدال باطل, لأن هذا الشرط لا يُؤَثِّر في المنع من زوال الوقف.

ومما يُؤَكِّد على اتزان التشريع الحكيم في هذا الأمر أن مَنْ قال بجواز استبدال الوقف، شَرَطَ أن يكون ذلك بموافقة القاضي, لذا جاء في البحر الرائق "أنه لا يملك الاستبدال إلاَّ القاضي إذا رأى المصلحة في ذلك، ولو شرط أن يبيعها ويشتري بثمنها أرضًا أخرى ولم يَزِدْ, صحَّ استحسانًا، وصارت الثانية وقفًا بشرائطه الأولى ولا يحتاج إلى إيقافها" [1].

ولعلَّهم شرطوا في صحَّة استبدال الوقف موافقة القاضي, لكونه الأعلم بما يحتاجه المسلمون من مصالح مختلفة ومتفاوتة، ولكونه المفوَّض الوحيد في سرعة البتِّ واتخاذ القرار, ممَّا يُيَسِّر على المسلمين تسيير شئونهم، فلو كان أمر استبدال الوقف مُتَوَقِّفًا على ما يراه الموقوف عليهم –مثلاً– لكان في تشتُّتِ آرائهم ضياع المصلحة المرجوَّة من الوقف, لأن كلَّ واحد منهم قد يبحث في المقام الأوَّل عن مصلحته الذاتيَّة، وهو أمر مخالف للمصلحة العامَّة التي جاءت الشريعة الإسلاميَّة لحفظها وبقائها.

وقد رأى جمهور الحنفيَّة أن استبدال الوقف لا بُدَّ أن ينضبط بالمصلحة العائدة على العين الموقوفة والموقوف عليهم، هذه المصلحة التي تكمن في استمراريَّة الوقف على الصرف على أوجه البِرِّ والخير, لذلك جاء في الفتاوى السِّراجيَّة أن الاستبدال إذا تَعَيَّن بأن كان الموقوف لا يُنتفع به، وثَمَّ مَنْ يرغب فيه ويُعطي بدله أرضًا أو دارًا لها ريع يعود نفعه على جهة الوقف, فالاستبدالُ في هذه الصورة قولُ أبي يوسف، وإن كان للوقف ريع ولكن يرغب شخص في استبداله إن أُعْطِيَ مكانه بدلاً أكثر ريعًا منه في صُقع أحسن من صقع الوقف, جاز والعمل عليه [2].

1– ابن نجيم الحنفي: البحر الرائق 240/5 ، وكمال الدين السيواسي: شرح فتح القدير 227/6، و السرخسي: المبسوط 37/12، 42، وابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار 384/4.

2– ابن نجيم الحنفي: البحر الرائق 241/5، وابن عابدين: رد المحتار 387/4, وقد أكَّد الإمام محمد بن الحسن على ضرورة وجود مصلحة مُحَقَّقَة عند إبدال الوقف أو بيعه، فأفتى قائلاً: "إذا ضعفت الأرض الموقوفة عن الاستغلال، والقيِّم يجد بثمنها أرضًا أخرى هي أكثر ريعًا, كان له أن يبيع هذه الأرض، ثم يشتري بثمنها ما هو أكثر ريعًا", انظر: برهان الدين مازه: المحيط 738/5.

– ثالثا : الشافعية

تابع الشافعيَّةُ المالكيَّةَ في تفريقهم بين الوقف المنقول وبين الوقف غير المنقول، لكنهم اختلفوا في حكم الاستبدال، ففي الوقف المنقول اختلف فقهاء الشافعيَّة فيما بينهم، فمنهم مَنْ أجاز استبدال المنقول, مثل : النخلة إذا جَفَّت، أو الجذع في المسجد إذا كُسِرَ, وذلك ببيع الوقف المنقول الذي لا تُرجى منفعته، ويُشترى بالثمن ما يكون وقفًا مكان الذي أُتْلِفَ، ومنهم مَنْ منع بيع أو استبدال الوقف المنقول وغير المنقول عامَّة, فقد جاء في (فتح الوهاب): "(ولا يباع موقوف وإن خرب) كشجرة جفَّت ومسجد انهدم ،وتعذَّرت إعادته، وحُصُره الموقوفة البالية، وجذوعه المنكسرة إدامةً للوقف في عينه",

والسبب في هذا المنع هو السبب نفسه الذي اعتمد عليه المالكيَّة وهو منع التلاعب بالوقف.

ومن فقهاء الشافعيَّة –وهم قليل– مَنْ أجاز بيع الوقف سواء كان منقولاً أو ثابتًا, إعمالاً للمصلحة العائدة على الوقف والمتمثِّلة في استمراريَّتِه، والمصلحة العائدة على الموقوف عليهم، والمتمَثِّلَة في ثبات المنفعة العائدة عليهم، وكذا المصلحة العائدة على الواقف نفسه في دوام عمله الصالح الذي بَثَّه في وقفه، فقد أجاز الشافعي "بيعهما (الوقف المنقول وغير المنقول) لئلاَّ يضيعا، ويُشْتَرَى بثمنهما مثلهما، والقول به يؤدِّي إلى موافقة القائلين بالاستبدال" .

إن جمال التشريع الإسلامي وروعته تظهر في هذه الفتوى التي ذكرها الإمام الشافعي رحمه الله قبل اثني عشر قرنًا, فقد ارتأى أنه إن كانت المصلحة مرتبطة ببيع العين الموقوفة لشراء أخرى تصلح لذات الغرض، وتتحقَّق منها المنافع المختلفة فهذا جائز, بيد أنه وضع ضابطًا مهمًّا وهو شراء عين أخرى مثلها، وقاسوا على ذلك جواز استبدال الأوقاف [1].

– رابعا : الحنابلة

أمَّا الحنابلة فقد توسَّعُوا في استبدال الأوقاف بصفة عامَّة, سواء كانت منقولة أم غير منقولة، وما فعلوا ذلك إلا لأنهم راعَوْا في المقام الأول مقاصد الشارع الكريم، والمصالح بأنواعها المختلفة العائدة على الوقف والموقوف عليهم.

فمَنْ وقف على ثغر فاختلَّ الثغر –كقلعة خربت، أو ثغر احتلَّه العدُوُّ -الموقوف عليه، صُرف الموقوف في ثغر مثله, إذ المقصود الأصلي هنا الصرف إلى المرابط, فإعمال شرط الثَّغر المُعَيَّن مُعَطِّلٌ له, فوجب الصرف إلى ثغر آخر، وقاسوا على جواز استبدال وقف الثغر إلى صرفه في مثله، المسجد

1 – الشيخ أبو زهرة محمد , محاضرات في الوقف , دار الفكر العربي, الطبعة الثانية , القاهرة, 1982 , ص 113

والمدرسةَ والرباط والسقاية، فقالوا: "ولو وُقِفَ على مسجد أو حوض، وتَعَطَّل الانتفاع بهما , صُرِفَ إلى مثلهما" [1].

وممَّا يَدُلُّ على توسُّع الحنابلة في إبدال الوقف بغيره جلبًا للمصلحة، أو درءًا للمفسدة المتوقَّعة ما أفتى به شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله بجواز استبدال أي وقف –سواء كان منقولاً أم غير منقول– بغيره للمصلحة، بل أفتى بجواز إبدال مسجد بغيره، إذا كان في ذلك مصلحة يَنْتَفِعُ بها الموقوف عليهم، أو الناس عامَّة, إذ المسجد من المنافع العامَّة فأفتى بمسألة مفادها: "إن المسجد إذا كان موقوفًا ببلدة أو محلَّة، فإذا تعذَّر انتفاع أهل تلك الناحية به، صُرفت المنفعة في نظير ذلك، فيُبنى بها مسجد في موضع آخر، كما يقول مثل ذلك في زيت المسجد وحُصُرِه، إذا استغنى عنها المسجد: تُصْرَف إلى مسجد آخر، ويجوز صرفها عنده في فقراء الجيران, واحتجَّ على ذلك: بأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يقسم كسوة الكعبة بين المسلمين، فكذلك كسوة سائر المساجد, لأن المسلمين هم المُسْتَحِقُّون لمنفعة المساجد [2].

إن هذه الفتوى جميلة حقًّا, إذ إننا نجد أن ابن تيمية رحمه الله استطاع أن يُفَرِّق بين مقاصد الشارع الكريم من الوقف –وهي في حقيقتها مجموعة من الأهداف الثابتة– وبين الوسائل المتغيِّرَة المُعِينَة على تحقيق مصلحة الوقف والموقوف عليهم، فلَمَّا كان مقصد الواقف من وقفه تحصيل الأجر والمثوبة، ومقصد الشارع حفظ الدين من خلال إقامة مسجد عامر بالمُصَلِّينَ, فقد أفتى ابن تيمية رحمه الله بإبدال مكان المسجد بمكان آخر, لينتفع به المسلمون المتواجدون في المحَلَّة العامرة, إذ ما الفائدة من وجود المسجد في محَلَّة خرِبة؟!

وقد نظر ابن قدامة المقدسي إلى المصلحة عند كلامه عن إبدال الوقف أو بيعه، فقال: "إن الوقف إذا بِيعَ، فأي شيء اشْتُرِيَ بثمنه ممَّا يُرَدُّ على أهل الوقف جاز, سواء كان من جنسه أم من غير جنسه, لأن المقصود المنفعةُ لا الجنس، لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التي كانت الأُولَى تُصْرَف

1– الرحيباني: مطالب أولي النهى 373/4.

2– ابن تيمية: مجموع الفتاوى 213/31.

فيها, لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه، كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به" [1].

وذهب بعض الحنابلة في استبدال الوقف إلى أبعد من ذلك, فجوَّزُوا تغيير جنس الموقوف بجنس آخر نظرًا للمصلحة المُحَقّقة للوقف ذاته أو الموقوف عليهم, ومثال ذلك "الفرس الحبيس إذا لم يصلح للغزو: بِيعَ واشْتُرِي بثمنه ما يصلح للجهاد" , كالسلاح ونحوه.

ومن هنا فإننا نرى أن كلا الفريقين –الذي قال بجواز الاستبدال أو البيع، والذي منعه– كان يبحث عن غاية مهمة جدًّا، وهي تحقيق المصالح والمنافع المرجوَّة من الوقف, فالذي قال بجواز البيع أو البدل كان يرمي إلى تأبيد الوقف، واستمراريَّة النفع والفائدة، ولو في مكان آخر أو في وقف آخر، والذي قال بعدم جوازه كان يهدف إلى عدم التلاعب بالأوقاف, حفاظًا على مصلحة الموقوف عليهم، ويبقى القاضي فيصلاً يُحَدِّد الحكم في القضيَّة بحسب أدلَّتِه، وما يراه محَقِّقًا لمصلحة شرعيَّة أعلى، ولعلَّ في هذه الوفرة من الآراء الفقهيَّة ما يرفع الحرج في قضيَّة ما، ويصل بالموقوف عليهم والمجتمع إلى أفضل نتيجة، وهذا من عظمة التشريع الإسلامي.

1– ابن قدامة المقدسي: المغني 253/6, أجاز الحنابلة بيع الوقف الذي لا يُرجى منفعته رعاية للمصلحة, فقد جاء في (مطالب أولي النهى) أنه "إذا أشرف جذع الوقف على الانكسار، أو داره على الانهدام، وعُلِمَ أنه لو أُخِّرَ لخرج عن كونه مُنْتَفَعًا به, فإنه يباع رعاية للمالية، أو يُنْقَض تحصيلاً للمصلحة", انظر: الرحيباني: مطالب أولي النهى 37/4.

خلاصة الفصل الثاني:

إن من أسباب تقدم البلاد الإسلامية في العصور الإسلامية الأولى هو مشاركة الأمة الإسلامية وتفاعلها مع القضايا السياسية والاقتصادية للدولة الإسلامية والوقف هو أحد مفردات هذهِ المشاركة الذي أعطى للأمة يد المبادرة في بناء اقتصاديات المجتمع الإسلامي على أسس متينة حيث إنّ هذهِ المشاركة لم تكن على صورة السخرة وتمت بدون إجبار بل تطوعاً واندفاعاً من الأعماق لكسب الأجر والثواب .

وقد دخل الوقف كركن مِن أركان النظام الاقتصادي الإسلامي الذي أطلقته الرسالة لمحو آثار الفقر والفاقة والعوز من المجتمع الإسلامي. ومع فكرة الوقف قفز الاقتصاد الإسلامي قفزة نوعية بحيث كانت الحياة تسير بانتظام نحو مجتمع التكامل والتضامن، كل عضو فيه هو عنصر خير , وعلى مدى القرون الماضية كان الوقف يدفع بالاقتصاد الإسلامي قفزة نوعية بحيث كانت الحياة تسير بانتظام نحو المجتمع الإسلامي .

وبتراجع ظاهرة الوقف، وفقدان روح المبادرة لإنشاء المؤسسات الوقفية ظهرت الثغرات الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع الإسلامي على رغم الثروات التي يمتلكها المسلمون اليوم، لكن لا نجد أثراً لهذهِ الثروات على مستوى التقدم في المجتمع الإسلامي الذي يُعاني مِن الفقر والفاقة , أضف إلى ذلك أنّ ما شهدته العلوم الاقتصادية مِن تطور هائل كان لابد أن يرافقه تطور في أدواتنا الاقتصادية ومنها الوقف بحيث يتناغم مع التقدم الكبير في الاقتصاد العالمي لكي يتمكن مِن دفع اقتصاديات العالم الإسلامي إلى الأمام بالسرعة التي شهدتها الاقتصاديات الأخرى في العالم.

من هنا جاءت ضرورة إعادة النظر في الوقف على ضوء المستجدات والعلوم الاقتصادية بحيث يُعاد لهذهِ المفردة دورها المهم في تحريك عجلة الاقتصاد الإسلامي سيما وإن غالبية أحكام الوقف هي اجتهادية تخضع للقواعد الفقهية وحاجات المجتع المتطورة.

خاتمة

خاتمة:

الوقف نظام قديم عرفته النظم والشرائع السابقة عن الإسلام، إلا أن الإسلام جاء فأقر أصله وأعترف بوجوده ونظمه بطريقة تكفل توافقه مع قواعد الميراث ومقاصد الشرع. فلقد عرفت الشرائع السابقة بعض النظم التي تشبه الوقف بالمفهوم الإسلامي الحديث بنوعيه الأهلي والخيري.

لكن الإسلام وضع نظام الوقف في سياق يستقلّ بقواعده بل يجد في القرآن والسنة أصولا ومصادرا يعتمد عليها ولو كانت أحكاما إجمالية عامة، ذلك أن القرآن يدعو إلى فعل الخير وبذل الإنفاق في سبيل الله لقوله تعالى : " لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ", وفي السنة قوله صلى الله عليه وسلم " إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية، وعلم ينتفع به، وولد صالح يدعو له ". والصدقة الجارية تؤخذ هنا على معنى الوقف.

لذلك فالوقف بالمعنى الحالي نظام إسلامي ظهر مع الإسلام وتطور عبر مراحل تطور المجتمع الإسلامي باختلاف مذاهبه لأن جل أحكام الوقف اجتهادية لعدم وجود تصريح عام بها في كتاب الله وسنة رسوله.

ويعتبر بذلك من أهم خصائص الإسلام ومميزات نظامه العام وسمات حضارته الرائدة، لما يمثله من أهمية خاصة في النسيج الاجتماعي والاقتصادي بما يضمن تنفيذ قوانين التكافل الاجتماعي على وجه يحقق العدالة الاجتماعية التي تعتبر من صلب النظام الإسلامي الاجتماعي.

فآثار الوقف لا تنحصر بذلك في البر والإحسان على الأهل، إنما تتجلى أهميته الكبرى في الدور الذي تقوم به مؤسسة الوقف في كافة مجالات الحياة حسب طبيعة المجتمعات واختلاف أمصارها وعدم اقتصاره على مجال معين كما في السابق.

فهو نظام اجتماعي أصيل يستمد أسسه من الشريعة الإسلامية ويهدف إلى تعزيز الروابط بين الأفراد ، لأنه يعبّر عن إرادة الفرد في فعل الخير ومشاركته في التضامن الاجتماعي والاقتصادي، فهو نظام ينشأ عن عقد بإرادة منفردة يهدف إلى تحقيق غاية دينية لها إبعاد اقتصادية واجتماعية.

والمشرع الجزائري وعبر تطور التشريع الجزائري تدخل مباشرة بعد الاستقلال لينظم الأملاك الوقفية، فأصدر المرسوم التنفيذي 263/64 المتعلق بتسيير الأملاك المحبسة إلا أن ذلك لم يحقق الحماية الكاملة لها، مما جعلها عرضة للنهب فجاء قانون الثورة الزراعية 73/71 والذي أثر كثيرا

خاتمة

على الأوقاف، حيث جعلها المشرع مجالا لتطبيق هذا القانون فأدى إلى تملكها والتغيير فيها فخرجت عما وقفت له بما يمس مقتضيات الوقف وأحكامه وفقا لما يقرره الفقه و التشريع.

ورغم ذلك فقد تعاظم دور الوقف في الجزائر لإقبال أهل الإحسان على وقف أموالهم لمختلف أنواعها خاصة العقارية، بشكل استوجب تنظيمها في مؤسسة خاصة بالأوقاف تسهر على تسييرها والحفاظ عليها.

وطبقا لهذا جاء قانون الأسرة 11/84 في محاولة لتنظيم الأوقاف إلا أنه قصرها في مواد قليلة لم تستطع الإحاطة به و حمايته بشكل جيد، إلى أن جاء دستور 1989 حيث اعترف بالأملاك الوقفية في المادة 49 منه .

و تكريسا لهذه المادة جاء قانون الأوقاف 10/91 يحدد تنظيم الأملاك الوقفية وكيفيات حمايتها،مركزا على حماية الأوقاف و أوجه الانتفاع بها بما يتماشى و أحكام الوقف و شروطه .

قائمة المصادر والمراجع

المصادر و المراجع المعتمدة

1 الشيخ أبو زهرة محمد:

– محاضرات في الوقف –دار الفكر العربي– الطبعة الثانية – القاهرة–1982..

2 د/ وهبة الزحيلي :

– الفقه الإسلامي و أدلته– دار الفكر العربي– دمشق – طبعة 1989.

3 د/ الشافعي أحمد محمود :

– الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي – الدار الجامعية – بيروت – طبعة 2000.

4 أ/ بن رقية يوسف :

– شرح قانون المستثمرات الفلاحية – الديوان الوطني للأشغال التربوية – الجزائر – طبعة 2001.

5 د/ أنيس إبراهيم :

– المعجم الوسيط، الطبعة الثانية 1973

6 أ/ بن عبيدة عبد الحفيظ :

– إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية – دار هومة – الجزائر –طبعة 2004.

7 أ/ حمدي باشا عمر :

– عقود التبرعات – دار هومة – الجزائر – طبعة .2004

8 د/ خالد رمول:

– الإطار القانوني و التنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر – دار هومة – الجزائر – طبعة 2004.

9 أ/ شامة سماعين :

– النظام القانوني للتوجيه العقاري – دار هومة – الجزائر – طبعة .2004

10 د/ محمد مصطفى شلبي :

– أحكام الوصايا و الأوقاف – الدار الجامعية – بيروت – لبنان – الطبعة الرابعة – 1982.

11 أ/ أعمر يحياوي:

– الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة و الجماعات المحلية – دار هومة – الجزائر – طبعة 2004.

12 ** د/ عبد الرزاق بن عمار بوضياف :**

- مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، دار الهدى، الجزائر2010.

13 ** د/ أحمد علي الخطيب:**

- الوقف و الوصايا, الطبعة 2 مطبعة جامعة بغداد, 1978

14 ** د/ زهدي يكن:**

- أحكام الوقف, المكتبة العصرية, بيروت.

15 ** أ/ بن مشرنن خير الدين:**

- إدارة الوقف في القانون الجزائري ، دار الآفاق , الجزائر , طبعة 2007 .

16 ** أ/ محمد كنازة :**

- الوقف العام في التشريع الجزائري , دار الهدى ,عين مليلة, الجزائر, 2006

17 ** د/ محمد كمال الدين امام:**

- الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت ، .1998

18 ** أ/ مصطفى أحمد الزرقا :**

- أحكام الأوقاف، الطبعة الثانية، ، دار عمار، الأردن، 1998.

19 ** د/ سعاد سطحي:**

- فقه المعاملات المالية وأدلته عند المالكية، المطبعة العربية ، الجزائر، سنة 2002.

20 ** أبو القاسم محمد بن جزي الكلبي الغرناطي:**

- القوانين الفقهية , المطبعة الأمنية , الرباط , 1962م.

21 ** د/ محمد بوجلال :**

- نحو صياغة مؤسسية للدور التنموي للوقف, العدد الأول , دار الآفاق , الجزائر , طبعة 1997.

فهرس المواضيع

فهرس المواضيع

الموضوع	الصفحة
– المقدمة	01
الفصل التمهيدي : مفهوم الوقف	
– المبحث الأول: الوقف بين التعريف اللغوي و التأصيل الفقهي	04
** المطلب الأول / التعريف اللغوي	04
** المطلب الثاني / التعريف الاصطلاحي الفقهي	07
– المبحث الثاني : مفهوم الوقف في التشريع الوضعي	09
** المطلب الأول / مفهوم الوقف وفق بعض التشريعات العربية	09
** المطلب الثاني / مفهوم الوقف في التشريع الجزائري	11
الفصل الأول : أحكام الوقف في التشريع الجزائري	
– مدخل تمهيدي	13
– المبحث الأول: خصائص الوقف و التمييز بينه والعقود الأخرى المشابهة له	15
** المطلب الأول/ خصائص الوقف	15
الفرع الأول / الوقف عقد تبرعي من نوع خاص	15
الفرع الثاني / الوقف حق عيني	15
الفرع الثالث / الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية	16
الفرع الرابع / الوقف يتمتع بحماية قانونية متميزة	17
الفرع الخامس / الوقف غير خاضع لإجراء نزع الملكية من اجل المنفعة العمومية	20
الفرع السادس / الوقف عقد شكلي	21
الفرع السابع / الوقف عقد معفي من رسوم التسجيل	21
الفرع الثامن / الوقف عقد مؤبد	22

الموضوع	الصفحة
** المطلب الثاني: التمييز بين الوقف والعقود الأخرى المشابهة له	23
الفرع الأول / الوقف والهبة	23
الفرع الثاني / الوقف و الوصية	24
– **المبحث الثاني : أركان الوقف و أنواعه**	27
** المطلب الأول/ أركان الوقف	27
الفرع الأول / الواقف	27
الفرع الثاني / محل الوقف	29
الفرع الثالث / صيغة الوقف	30
الفرع الرابع / الموقوف عليه	30
** المطلب الثاني / أنواع الوقف	32
الفرع الأول / الوقف العام (الوقف الخيري)	32
الفرع الثاني /الوقف الخاص	33
– **المبحث الثالث : وسائل إثبات الوقف**	34
** المطلب الأول / العقد	34
** المطلب الثاني / الشهادة	46
الفصل الثاني : أحكام الوقف في الفقه الإسلامي	
– مدخل تمهيدي	50
– **المبحث الأول : الوقف في الفقه الإسلامي ومشروعيته و الحكمة منه**	51
** المطلب الأول / مشروعية الوقف	51
من النصوص العامة من القرآن الكريم	51
من السنة	52
من الإجماع	53

الموضوع	الصفحة
** المطلب الثاني / حكمة مشروعية الوقف	54
أغراض الوقف	54
- **المبحث الثاني: الوقف أركانه , شروطه و ملكيته**	56
** المطلب الأول / أركان الوقف وشروطه	56
** المطلب الثاني / ملكية الوقف	60
- **المبحث الثالث : أنواع الوقف وإبداله واستبداله**	65
** المطلب الأول / أنواع الوقف	65
النوع الأول / الوقف الذري أو الأهلي أو العائلي (الخاص)	65
النوع الثاني/ الوقف الخيري أو العام	67
النوع الثالث / الوقف المشترك	67
** المطلب الثاني / إبدال الوقف و استبداله	69
أولا : المالكية	69
ثانيا : الحنفية	70
ثالثا : الشافعية	72
رابعا : الحنابلة	72
- **الخاتمة**	76
- **المصادر و المراجع المعتمدة**	78
- **الفهرس**	80