



قسم الحقوق

النظام القانوني للأراضي الفلاحية الوقفية

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة

إشراف الأستاذ:
د. لحرش أسعد المحاسن

إعداد الطالب :
- بريك طه ياسين

لجنة المناقشة

رئيسا
مقررا
ممتحنا

-د/أ. هوارى صباح
-د/أ. لحرش أسعد المحاسن
-د/أ. بنايبي سعاد

الموسم الجامعي 2021/2020

تشكرات

الشكر وإعلامه ونسبة الفضل لأصحابه، استجابة لقول النبي صلى الله عليه وسلم:

«من لم يشكر الناس لم يشكر الله»

وكما قيل: علامة شكر المرء إعلان حمده فمن كتم المعروف منهم فما شكر
فالشكر أولا لله عز وجل على أن هدانا لسلوك طريق البحث والتشبه بأهل العلم
وإن كان بيني وبينهم مفاوز.

كما نخص بالشكر أستاذي الكريم والدكتور الفاضل المشرف على هذا البحث
الأستاذ اسعد المحاسن لحرش، فقد كان حريصا على قراءة كل ما نكتب ونعمل
ثم يوجهنا إلى ما يرى، فله منا وافر الثناء وخالص الدعاء. بالإضافة إلى أعضاء
اللجنة المناقشة لقبولهم مناقشة عملنا وتقييمه،

نتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى كافة الأساتذة الذين قابلناهم في مشوارنا الدراسي،
كما نشكر كل الزملاء وكل من قدم لي فائدة أو أعانني بمرجع، أسأل الله أن
يجزيهم عني خيرا وأن يجعل عملهم في ميزان حسناتهم.

إلى الوالدين العزيزين
إلى الإخوة و الأخوات
إلى الاحباء و الزملاء

إلى الوالدين العزيزين

إلى الإخوة و الأخوات

إلى الاحباء و الزملاء

إلى كل من سلك دربا من دروب العلم

أهدي هؤلاء جميعا ثمرة هذا الجهد و البذل و العطاء

متمنيا النجاح و التوفيق للجميع

وشكرا

مقدمة

مقدمة

الوقف نظام قديم جدا، عرفته البشرية قبل الإسلام، لكنه كان محصورا في أماكن العبادة وفي القليل من الوقف الذي كان يخصصه رجال الدين للفقراء والمساكين، ثم تطور إلى وقف المكتبات عند متأخري اليونان والرومان.

عرف الوقف نقلة كبيرة بمجيء الإسلام الذي حث على الإنفاق وفعل الخير، مصداقا لقوله تعالى: { لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ۚ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ }¹، فتعددت أغراض الوقف وتتنوع أهدافه ، وانتقل من الصعيد الديني إلى الصعيد الاجتماعي، واهتم المسلمون بالوقف نظرا لمكانته وتفنونوا في الأغراض الوقفية، حتى لم تبق مصلحة اجتماعية أو منفعة عامة، إلا ولها أوقاف تنفق عليها، كما ابتكروا الوقف الذي يهدف إلى المحافظة على الكيانات الاقتصادية الكبرى للأسرة الواحدة، ويضمن زيادتها وتراكمها، وتوسعوا في مفهوم الوقف الاستثماري الذي يرمي إلى التنمية الاقتصادية، فأعطوا بذلك للوقف وجها اقتصاديا، وأقاموا للمرة الأولى في تاريخ البشرية مؤسسات اقتصادية طويلة الأمد، تقوم على مبدأ خدمة المجتمع، بشكل هو أشبه ما يكون بما يسمى اليوم؛ مؤسسات المجتمع المدني.²

اعتمدت الجزائر على جملة من القوانين خاصة في التسعينات ساهمت في تفعيل النشاط الوقفي نظرا لوظيفته المزدوجة الاجتماعية والاقتصادية التي أصبح يؤديها العقار الفلاحي بصفة عامة، والعقار الفلاحي الوقفي بصفة خاصة، ويمكن إبراز ذلك من خلال دور الوقف في الاستثمار والتنمية ، حيث ابرز المشرع الجزائري قانون 64/283 كاول مرسوم اقر بتأجيرملك وقفي و قانون رقم 91/10 المتضمن قانون الأوقاف عن طريق إمكانية تأجير الأملاك الوقفية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، و صدر مرسوم رقم 98/381³ منظما لأحكامه حيث نصت المادة 22 منه أن " إيجار الملك الوقفي سواء كان بناء أو أرضا بيضاء أو أرضا زراعية أو مشجرة يتم عن طريق المزاد العلني أو بالتراضي " .

¹سورة آل عمران، الآية 92.

²منذر فحف، الوقف الإسلامي (تطوره، إدارته، تنميته)، دار الفكر المعاصر، دمشق، 2006، ص 09.

³مرسوم تنفيذي رقم 98/381 مؤرخ في 01/12/1998 يحدد شروط ادارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك ، الجريدة الرسمية العدد 90، مؤرخة في 1998/12/02

أجاز المشرع الجزائري تأجير الأراضي الوقفية الفلاحية وفقا لنص المادة 26 مكرر 9 من القانون رقم 01/07 المعدل والمتمم لقانون رقم 91/10¹ والمتضمن قانون الأوقاف واعتبره حقا مخولا للسلطة المكلفة بالأوقاف نظرا لخصوصية هذه العقارات وأحال شروطه وأحكام تنفيذه إلى المرسوم التنفيذي رقم 70/14² الذي يحدد شروط وكيفيات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة .

يشكل استثمار الوقف تحديا مهما بالنسبة للجهات المسيرة له ، ويعتبر الإيجار الوسيلة المثلى لتنمية الوقف واستثماره، وهو الصيغة الأكثر تطبيقا على الأوقاف الجزائرية إذ يعتبر هذا الأخير أي الإيجار من أهم العقود الأكثر تداولاً وشيوعاً .

تكمن أهمية الموضوع من خلال اعتبار الوقف هو المرة التي تعكس حجم التضامن بين أفراد المجتمع الإسلامي، ومدى مشاركة كل فرد فيه بأعمال الخير والبر ، كما يساهم الوقف في ترقية الاستثمار وذلك بخلق حركية ناجحة ومستمرة وحيوية أكثر لاقتصاد الوطني وتحقيق التنمية ، كما أن الأملاك الوقفية كفيلة بتقليل العبء المالي على الدولة من خلال مداخيل خاصة وما يمكن لها أن توفره من مكاسب أخرى.

الإشكالية :

أولى المشرع الجزائري اهتماما بالثروة الوقفية وعلى الأخص العقارات في الفترة الأخيرة ودليل على ذلك الترسانة القانونية الهائلة في هذا المجال ، ولعل من أهم ما ركز عليه المشرع هو البحث عن الصيغ المناسبة لاستثمار الأملاك الوقفية والنهوض بها من حالة الركود إلى حالة النماء ، وهذا من أجل توفير موارد مالية تحقق أهداف الوقف الدينية والاجتماعية والاقتصادية والعلمية وذلك أن المشرع رأى ضرورة انماء الأوقاف فلو بقيت دون استثمار وتثمين لتلاشت وانقطعت منفعتها فكان أحسن طريق الاستثمارها هو أجارها وذلك وفق النصوص القانونية المنظمة لذلك وبناء على ما سبق، تتمحور إشكالية البحث في السؤال الجوهرى التالي: ما هو مضمون النظام القانوني للأراضي الفلاحية الوقفية في الجزائر وكيفية تنظيمها ؟

التساؤلات الفرعية:

إن هذا التساؤل يؤدي بنا إلى طرح عدد من التساؤلات الفرعية والمتمثلة فيما يلي:

¹قانون رقم 01/07 مؤرخ في 22/05/2001 يعدل ويتمم قانون رقم 91/10 المؤرخ في 27/05/1991 المتضمن قانون الوقاف الجريدة الرسمية العدد 29 ، مؤرخة في 23/05/2001

²مرسوم تنفيذي رقم 14/70 مؤرخ في 10/02/2014 يتضمن إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة الجريدة الرسمية، العدد 09، مؤرخة في 20/02/2014

- ماهية الوقف وخصائصه، وما هي مراحل تطوره في الجزائر؟

- ما هي مختلف النظم التي خولها القانون الجزائري لتسيير الأملاك الوقفية؟

- ما هي مختلف الصيغ التصرف القانوني في الاملاك الفلاحية الوقفية في الجزائر؟

أسباب إختيار الموضوع :

تعود أسباب اختيارنا الموضوع الى الرغبة الذاتية في تناول هذا الموضوع الذي يمس بالاساس الجانب الديني للجزائر و المواطن الجزائري ، و كذلك الى اسباب موضوعية اذ أن الجزائر في الآونة الأخيرة بدأت تفكر في استرجاع مكانة الوقف ، واستغلاله استغلالا امثل عن طريق استثماره بالإيجار و ابراز دور هذا الأخير كأحد طرق استغلال الأملاك الوقفية فضلا عن حداثة الموضوع خصوصا مع ظهور مرسوم خاص بتنظيم إيجار الأراضي الوقفية الفلاحية رقم 14/70 .

أهمية و أهداف الموضوع:

يمكن القول أن الوقف هو المرأة 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 للإقتصاد الوطني .

كما أن الأملاك الفلاحية الوقفية كقيلة بتقليل العبء المالي على الدولة من خلال مداخيلها الخاصة وما يمكن لها أن توفره من مناصب شغل ومكاسب أخرى .

منهج الدراسة:

واعتمدنا في دراستنا بشكل أساسي على المنهج الوصفي من خلال إيراد التعريفات و ابراز الخصائص التي تضمنتها الدراسة والمنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية و ابراز ما تضمنته من أحكام .

صعوبات البحث:

لا يخلو بحث من صعوبة ، و خصوصا قلة المراجع التي نتحدث عن موضوعنا، إلا أننا حاولنا إعطاء بعد جديد ومفهوم إضافي للوقف من خلاله يمكن التعمق أكثر في موضوع البحث من طرف باحثين آخرين حتى نصل إلى الهدف المتوخى من هذا البحث ألا وهو هيكله وتأطير الأملاك الوقفية وجعلها تساهم في النهوض بالاقتصاد الوطني .

خطة الدراسة :

ولدراسة موضوعنا قسمنا بحثنا إلى فصلين ، نتناول في الفصل الأول الجانب النظري من موضوعنا ماهية الاملاك الوقفية ، إذ تطرقنا للأحكام الوقفية العقارية ، ماهيتها و مصدرها ، التصرفات على أصل ملك الوقف ، وفي الفصل الثاني التصرف القانوني في الاملاك الفلاحية الوقفية . تطرقنا إلى التصرف الأراضي الوقفية الفلاحية ، وإيجار و لإستبدال الاراضي الفلاحية الوقفية.

وفي أخير الخاتمة، التي حاولنا فيها تلخيص ما انتهينا إليه من خلال البحث.

الفصل الأول

ماهية الأملاك العقارية الوقفية

الفصل الأول: ماهية الأملاك العقارية الوقفية

تمهيد

تعتبر الأملاك الوقفية في الأصل، أملاكاً خاصة، تحولت بالإرادة الحرة الملاكها الواقفين إلى نظام مستقل بذاته، يرمي إلى تحقيق غاية نبيلة، تتمثل في تسبيل منفعة ذلك الملك، والتصدق به على وجوه البر والخير.

لذلك يجب استيعاب الطبيعة الخاصة للوقف، واستقلاليته التامة عن الملكية الخاصة للأفراد، وكذلك عن الملكية العامة للدولة، فهو نظام قائم بذاته، يتمتع بالشخصية المعنوية، ويعترف به القانون ويحميه.

تقتضي حماية الوقف حسب الأصل عن التملك، والمحافظة عليه من الضياع والسلب لذلك؛ أقر المشرع الجزائري منع التصرف في أصل الملك الوقفي بأية صفة من صفات التصرف، سواء كان هذا التصرف مادياً أو قانونياً. فلا يجوز بيع أصل الملك الوقفي، أو هبته، أو التنازل عليه، كما لا يجوز التغيير فيه.

إن أغلب الأحكام التي ناقشها الفقهاء بخصوص الوقف، هي آراء اجتهادية لم ترد بخصوصها نصوص ولا أدلة خاصة، وإنما حكموا فيها قواعد الشريعة الإسلامية العامة ومقاصدها الشرعية لذلك؛ يمكن اعتبار معيار المصلحة أساساً في الاجتهادات الفقهية¹. والغرض من الاجتهاد المصلحي في الأوقاف هو المحافظة عليها، وضمان ديمومتها من أجل تحقيق مقاصد الوقف².

¹ عبد الله بن بيه، «رعاية المصلحة في الوقف الإسلامي»، مقال منشور على موقع: <http://www.islamonline.net>

² كمال لدرع، «مدى جواز التصرف في الوقف للمصلحة»، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، العدد 24، ديسمبر 2009، ص 52.

المبحث الأول : الأملاك العقارية الوقفية

إن ملكية الأراضي الفلاحية الوقفية هي ذلك المال العقاري الذي حبس المالك فيه ملكية الرقبة ، أي جعلها غير قابلة للتصرف فيها بمحض إرادته وتبرع على وجه التأييد بحق الانتفاع، تنتفع به جهة خيرية أو مؤسسة ذات منفعة عامة أو مسجد أو مدرسة قرآنية سواء كان هذا التمتع فوراً أو بعد وفاة الأشخاص الطبيعيين الذين يعينهم المالك¹، ماهية الأملاك العقارية الوقفية و حالتها (المطلب الأول)، و مصدر الوقف العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول : ماهية الأملاك العقارية الوقفية و حالتها

تعرضت الأملاك العقارية الوقفية للغصب والاستيلاء من طرف الخواص والمؤسسات العمومية في السبعينات² وبداية الثمانيات³ بسبب الفراغ القانوني الذي عاشه الوقف في تلك الفترة وتجاهل أحكام الشرع التي تقضي بأن أصل الملك الوقفي ، أي ملكية الرقبة ، غير قابل للتصرف فيه أو الحجز عليه أو توريثه ، ولا هو بملكية تابعة للدولة ، أو ملكية خاصة ، يتمتع بالشخصية المعنوية ، وعلى الدولة حماية الأملاك العقارية الوقفية وضمان ريعه طبقاً لإرادة الواقف.

أولاً : الصبغة القانونية والدستورية

الدساتير المتعاقبة لم تعط اهتماماً وافراً لهذه الأملاك العقارية ، باستثناء دستور 1989 ، المعدل سنة 1996 ، الذي نص في مادته 03 / 52 ، على أن الأملاك الوقفية معترف بها ويحمي القانون تخصيصها، ولذا صدر القانون 91/10 بتاريخ 1991/04/27 يحدد القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية ، عدل بقانونين ، الأول في 2001 / 05/22 ، تحت رقم 01/07 ، الذي أعطى أكثر تفصيلاً فيما يتعلق باستثمار الوقف ، والثاني بتاريخ 2002/02/14 تحت رقم 02/10 ، الذي خص تطبيق قانون 91/10 على الوقف العام دون الوقف الخاص، و الذي أحاله للأحكام التشريعية السارية المفعول⁴، ولذا فإن دراسة النظام القانوني للأراضي الفلاحية الموقوفة تقتصر على الأراضي الفلاحية الموقوفة وفقاً عاماً دون الوقف الخاص .

¹ المادة 31 من قانون التوجيه العقاري. رقم 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990

² تم تأميم الأراضي الفلاحية الوقفية بموجب قانون الثورة الزراعية ، المادة 36 منه. الأمر 73/71 المؤرخ في 1971/11/08 المتضمن الثورة الزراعية

³ المادة 16 من قانون الأملاك الوطنية لسنة 1984 ، الملغي بموجب قانون الأملاك الوطنية لسنة 1990 نصت على أن الأراضي الفلاحية الموقوفة وفقاً عاماً هي ملك من أملاك الدولة.

⁴ المادة الأولى الفقرة الثانية من قانون الأوقاف

ثانيا : تعريفه القانوني و الاجرائي

طبقا لنص المادة 6 من قانون الأوقاف ، فإن الوقف العام هو ما حبس على جهات خيرية أو مؤسسة ذات منفعة عامة أو مسجد أو مدرسة قرآنية ، أو لنشر العلم وسبل الخيرات، ويقسم الوقف العام بناء على ذلك إلى صنفين ، وقف يحدد فيه جهة معينة يصرف ريعه عليها ، ويسمى وقفا عاما محدد الجهة ، ولا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير الذي أراده الواقف ، إلا إذا زالت تلك الجهة، أي تم حلها، ووقف لا يعرف فيه وجه الخير، ويسمى وقفا عاما غير محدد الجهة ، ويصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبل الخيرات ، ومصدر الوقف العام بنوعيه هو التصرف القانوني الصادر من جانب واحد ، طبقا للمادة الرابعة من قانون الأوقاف ، نتعرض لهذا المصدر في مطلب أول، وعند صحة هذا التصرف، يجوز للموقوف عليه بعد ذلك التنازل عن المنفعة ، نعالجه في مطلب ثاني، أو استنثاره، يكون محل دراسة في مطلب ثالث.

المطلب الثاني : مصدر الوقف العام

مصدر الوقف العام ، طبقا للمادة الرابعة من قانون الأوقاف، هو التصرف القانوني الصادر من جانب واحد¹، ولصحة هذا التصرف يجب توافر بعض الشروط ، نتعرض إليها في الفروع التالية :

الفرع الأول : بلوغ سن الرشد

يعد الوقف من التصرفات الناقلة للملكية العقارية ولذا يتعين أن يكون الواقف بالغا سن الرشد ، متمتعا بكافة قواه العقلية غير محجور عليه لسفه أو غفله أو جنون أو عته ، أما صاحب الجنون المتقطع فيصح تصرفه أثناء افاقته ، وتام عقله ، شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة شرعا² ، ولا يجوز للمدين المريض مرض الموت أن يوقف جميع ممتلكاته المساوية لدينه .³

الفرع الثاني : محل الوقف

يجب أن يكون الواقف مالكا للأرض الفلاحية المراد وقفها ، معينة تعيينا نافيا للجهالة ، محدد المساحة ومع ذلك يصح وقف الأرض الفلاحية المشاعة ، وفي هذه الحالة تجب القسمة ، بمعنى

¹ هناك نوع من الخلط في ترجمة المادة الرابعة إذ ترجم مصطلح acte بعقد والأصح محرر، وبالتالي فإن الترجمة الصحيحة

للمادة الرابعة هي: الوقف محرر تلتزم بموجبه الإرادة المنفردة القيام بتصرف تبرعي .

² المادة 31 من قانون الأوقاف

³ المادة 32 من قانون الأوقاف

أنه يجوز للشريك على الشيوع أن يوقف حصته ، ويقوم بالإجراءات المطلوبة ، كالتسجيل و الشهر في المحافظة العقارية ، ثم تطالب الجهة الموقوف عليها فيما بعد بالخروج من الشيوع¹.

الفرع الثالث : الموقوف عليه

يكون الموقوف عليه في الوقف العام ، إما جمعية خيرية أو مؤسسة عمومية ذات منفعة عامة ، مثل المستشفى ، الجامعة ، أو مسجد أو مدرسة قرآنية أوزاوية ، وتؤول الأرض الموقوفة على هذه الجهات بعد حلها أو انتهاء المهمة التي أنشئت من أجلها لوزارة شؤون الدينية و الأوقاف باعتبارها المشرفة على الأوقاف العامة ، إذا لم يعين الواقف الجهة التي يؤول إليها الوقف فيما بعد تصبح وقفا عاما غير محدد الجهة²

الفرع الرابع : التسجيل والشهر

يحرر التصرف القانوني في قالب رسمي ، يسجل ويشرفي المحافظة العقارية وفق الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 03/51 ، المؤرخ في 04/02 2003 ، المحدد لكيفيات تطبيق المادة 8 مكرر من قانون الأوقاف ، لا سيما المادة الرابعة منه ، والقرار الوزاري المشترك ، المؤرخ في 11/15 /2003 ، المتضمن شكل السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية ، تقدم نسخة منه للواقف وأخرى للسلطة المكلفة بالأوقاف³.

¹المادة 11 من قانون الأوقاف

²المادة 06 من قانون الأوقاف.

³المادة 41 من قانون الأوقاف

المبحث الثاني : التصرفات الواردة على أصل الملك الوقفي

إن الحفاظ على الوقف وأدائه لدوره، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال صور وأساليب الحماية المتعددة، التي تهدف إلى منع أي تعد أو ضرر على عين الوقف، وتحافظ على ديمومتها وأدائها لدورها على أكمل وجه. ومن صور الحماية المكفولة لأصل الملك الوقفي، الشخصية المعنوية للوقف (المطلب الأول)، ومنع التصرف في أصل الملك الوقفي كقاعدة عامة (المطلب الثاني)، وكذلك اعتبار كل تغيير في الوقف عديم الأثر، وإلحاقه بالعين الموقوفة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الشخصية المعنوية للوقف

تعني الشخصية القانونية؛ صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات، ومناطق هذه الصلاحية؛ هو ما للكائن من قيمة اجتماعية تدعو إلى تحقيق مصالح جديرة بالرعاية¹. ولا يقتصر مفهوم الشخص على الكائن الإنساني فحسب، بل يشمل أيضا الشخصيات التي تقوم بنشاط قانوني وتصلح لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، والتي تنشأ عن اجتماع جماعة من الأشخاص الطبيعيين أو من تخصيص مجموعة من الأموال لتحقيق غرض معين².

الوقف باعتباره مجموعة أموال، وباعتبار أن له قيمة اجتماعية تتبع من قيمة الهدف الذي أنشئ من أجله، وجب الاعتراف له بالشخصية المعنوية، فماذا كان موقف الفقه الإسلامي من الشخصية المعنوية للوقف؟ (الفرع الأول)، وهل اعترف المشرع الجزائري للوقف بالشخصية المعنوية؟ (الفرع الثاني)، وماهي نتائج الشخصية المعنوية للوقف؟ (الفرع الثالث).

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من الشخصية المعنوية للوقف

اختلف الفقهاء في مسألة الشخصية المعنوية للوقف، وتباينت آراؤهم بين مؤيد ومعارض. يتمثل الرأي المعارض لفكرة الشخصية المعنوية للوقف في مذهبين، رأى أحدهما أن ملكية الوقف تبقى على ملك الواقف، وبهذا الرأي قال أبو حنيفة والمالكية³، ورأى الآخر أن ملكية الوقف تنتقل إلى الموقوف عليهم، وبهذا الرأي قال الحنابلة في المشهور من مذهبهم، وكذلك بعض الشافعية⁴.

¹ شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري (دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري واجتهادات القضاء الفرنسي)، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ص 382.

² المرجع نفسه، ص 382.

³ محمد عبيد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977، ص 214؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 10، الطبعة الرابعة، دار الفكر المعاصر، دمشق 1997، ص 7617.

⁴ محمد عبيد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 217.

أما الأحكام التي نستشف من خلالها الشخصية المعنوية للوقف، فتتجلى أكثر في الرأي القائل بأن ملكية الوقف تخرج من يد الواقف، ولا تدخل في يد الموقوف عليه. ومعنى ذلك؛ أن تكون ملكية الوقف لله تعالى، تخرج عن اختصاص الأدميين، وبهذا الرأي قال ومحمد من الحنفية، وهو الرأي الراجح عند الشافعية¹، وإحدى الصحابة أبو يوسف الرويات عن أحمد². لجأ الفقه إلى فكرة إسناد ملكية الوقف لله عز وجل؛ بحثاً عن أصل يسوغ القول بلزوم الوقف وما يتفرع عنه من أحكام، على نحو يكشف عن طبيعة الوقف والمقصود منه، وهو التقرب والتصدق³.

من السمات التي تدل على شخصية الوقف الاعتبارية ما أوضحه الفقهاء في كتبهم، فقد أثبتوا للوقف حقوقاً وواجبات، فأثبتوا له الملك بالوقف أو الوصية أو الهبة، ومن اعتدى عليه يجب عليه الضمان في ماله، ولو كان الواقف نفسه، ويكون مال الضمان حقا للوقف، وتجري العقود بين الوقف وبين أفراد الناس، وكل ما يعقده الناظر من عقود؛ فإن حقوقها ترجع إلى الوقف وليس للناظر، كما تفرض على الوقف الالتزامات التي تتطلبها إدارة الوقف. هذه الأحكام تدل بصورة واضحة جلية، على اعتراف الفقه الإسلامي بالشخصية الاعتبارية للوقف بوجه عام، وإن لم يسموا ذلك صراحة في كتبهم⁴.

أما الفقهاء المعاصرون فقد أقرروا مفهوم الشخصية المعنوية، وأدخلوه في دراساتهم المعاصرة⁵. والمتوقع من أي قانون معاصر للأوقاف الإسلامية، أن يستفيد من الإنجازات البشرية في المجالات القانونية وغيرها، وأن يضع بشكل واضح ملامح الشخصية القانونية المستقلة للوقف، مع العمل على حماية الوقف من تصرفات الناظر وغيره. كما ينبغي للقانون أن لا يرتب على الوقف نتائج أعمال قد يقوم بها الناظر؛ مما قد يؤثر على وجود

الوقف نفسه، كأن يغرقه بالديون، مما يجعل من الصعب الوفاء بها بدون زوال الوقف نفسه، أو أن يقوم بإهمال أغراضه الأصلية التي وضع الوقف من أجلها⁶.

¹ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 7617.

² محمد عبيد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 216.

³ محمد أحمد سراج، أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون (دراسة فقهية قانونية مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص ص 265-266.

⁴ خالد بن عبد العزيز بن إبراهيم الجريد، «الشخصية الاعتبارية»، مجلة العدل، العدد 29، الرياض، محرم 1427، ص 74.

⁵ منذر قحف، مرجع سابق، ص 119.

⁶ المرجع نفسه، ص 119.

الفرع الثاني: اعتراف المشرع الجزائري بالشخصية المعنوية للوقف

لم ينص المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم 64-283¹ المتعلق بنظام الأملاك الحسبية، على ملكية الوقف، أما في قانون الأسرة²، فقد عرفت المادة 213 منه الوقف من خلال نصها: «الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق». وبه ينص صراحة على خروج المال عن ملك الواقفه³. فاقترب موقف المشرع الجزائري بذلك من الرأي القائل بإسناد هذه الملكية لله عز وجل، ونفي فرضيتي بقاء ملكية الوقف في يد الواقف، وكذا انتقالها إلى الموقوف عليه.

أما قانون الأوقاف رقم 91-10، فقد نصت المادة 3 منه على أن: «الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير». أورد المشرع كلمة "التملك" لينفي بها صفة التملك عن الوقف إطلاقاً سواء عن الواقف أو غيره⁴، وأكدت ذلك المادة 5 من نفس القانون بنصها: «الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين»، فتزول بذلك ملكية الواقف بتمام انعقاد الوقف صحيحاً، وهذا ما نصت عليه المادة 17 من نفس القانون: «إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف»، غير أن الملكي ة

لا تنتقل إلى الموقوف عليه، لأن حقه في الوقف حق انتفاع لا غير، وهذا ما أكدته نفس المادة بنصها: «ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه»، وكذلك المادة 18 من نفس القانون بنصها: «ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه، وعليه استغلالها استغلالاً غير متلف للعين وحقه حق انتفاع لا حق ملكية». وبالتالي فالمشرع الجزائري أخرج العين الموقوفة من ملك الواقف ولم ينقلها إلى ملكية الموقوف عليهم، بل اعتبر الوقف مؤسسة، أو بالأحرى ما لا يتمتع بالشخصية المعنوية⁵، وفقاً لنص المادة الخامسة أعلاه التي نصت: «ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها». ويستنتج

¹ مرسوم رئاسي رقم 64-283 مؤرخ في 17 سبتمبر سنة 1964، يتضمن نظام الأملاك الحسبية، ج.ر عدد 35، صادر في 25 سبتمبر سنة 1964.

² قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 24، صادر في 12 يونيو سنة 1984.

³ شريف بن عقون، «الوقف في التشريعات الجزائرية»، مجلة الموثق، العدد 07، الجزائر، جويلية 2002، ص 47.

⁴ إبراهيم بلبالي، قانون الأوقاف الجزائري (دراسة تحليلية نقدية مقارنة بالفقه الإسلامي)، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، التخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005، ص 89.

⁵ عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 17.

من هذا النص أن الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية من وقت نشأته صحيحا وفق أحكام قانون الأوقاف¹. كما أن المادة 49 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم 05-310²، نصت صراحة على تمتع الوقف بالشخصية المعنوية.

الفرع الثالث: نتائج الشخصية المعنوية للوقف

يترتب على إضفاء الشخصية المعنوية للوقف؛ نتائج قانونية على قدر من الأهمية³ تتلخص في إضفاء الطابع المؤسسي على الوقف، مما يجعله يخدم فكرة الدوام أو التأييد، ذلك أن المؤسسات أكثر دواما من الشخص الطبيعي، وأن عملها أكثر قابلية للتنظيم، وهذه النتيجة تؤسس لإمكانية التخطيط وحسن استغلال الموارد وحصر النفقات، وتسهل إمكانية المحاسبة والتقييم⁴، وتمكن الوقف من حق اتخاذ جميع القرارات التي ترجع بالفائدة عليه ولكن بما يوافق مقتضيات الشرع، فربط شخصية الوقف بالشرع يوفر له حماية أكثر من تلك المتوفرة للمؤسسات الأخرى⁵، وتتمتع مؤسسة الوقف

- الذمة المالية المستقلة: تشكل الذمة المالية شرطا لازما لكل شخص معنوي له شخصية قانونية⁶، فهي من أهم نتائج التمتع بالشخصية المعنوية، ويقصد بها؛ مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية في الحال والاستقبال⁷. تتميز هذه الذمة باستقلاليتها عن الدولة من جهة، وعن الذمة المالية للواقف والناظر، فلا يسأل أي منهما عن ديون الوقف، كما أن ديون الوقف لا يطالب بها غير الوقف نفسه، من خلال ممثله القانوني.

- أهلية قانونية في الحدود التي يعينها عقد إنشاء الوقف أو التي يقرها القانون، تمكنها من اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، مع عدم تجاوز الغرض الذي نشأ من أجله الوقف، أو الدخول

¹ شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 466.

² قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر عدد 44، صادر في 26 يونيو سنة 2005.

³ خير الدين بن مشرن، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011-2012، ص 22.

⁴ خير الدين بن مشرن، مرجع سابق، ص 23.

⁵ إبراهيم بلبالي، مرجع سابق، ص 128.

⁶ خير الدين بن مشرن، مرجع سابق، ص 24.

⁷ شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 175.

في أي أعمال أو أغراض أو تصرفات لم يقرها القانون، وأن لناظر الوقف أن يقوم بإجراء التعاقد نيابة عن الشخص الحكمي - الوقف ويكون التعاقد باسم الوقف لا باسم ناظره، ويتم لحساب الوقف لا لحساب ناظره، ويقتصر دور الناظر فقط على التعبير عن إرادة الشخص الحكمي، أما الآثار، فتتصرف كلها إلى الوقف¹.

- حق التقاضي في كل الدعاوى التي يكون فيها الوقف مدعياً أو مدعى عليه، وذلك باعتبار أن له حقوقاً وعليه التزامات، كما يكون دائناً ومديناً. وبيشّر هذا الحق نيابة عن الوقف ممثله القانوني.

المطلب الثاني: منع التصرف في أصل الملك الوقفي

كقاعدة عامة اختلف الفقهاء في مسألة مدى جواز التصرف في أصل الملك الوقفي، إلا أن الجمهور منهم أجمع على عدم جوازه، فإذا صح الوقف، لم يجز بيعه ولا تملكه ولا قسمته²، أما المشرع الجزائري فقد نص صراحة في المادة 23 من قانون الأوقاف، على عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي بأية صفة كانت، ولهذا المبدأ مبررات (الفرع الأول)، كما أن مخالفته ترتب جزاء (الفرع الثاني) يتمثل في بطلان التصرف.

الفرع الأول: مبررات عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي

القاعدة منع التصرف في أصل الملك الوقفي مبررات منطقية، تتمثل في زوال ملكية العين الموقوفة، وعدم انتقالها إلى الموقوف عليهم، وكذلك فإن التصرف في العين الموقوفة يتناقض ومبدأي لزوم الوقف وتأييده.

أولاً: زوال ملكية العين الموقوفة عن المالك

يرتبط التصرف في المال بحق الملكية، وبما أن ملكية الواقف لعين الوقف تزول بمجرد صحة الوقف، وذلك وفقاً للمادة 17 من قانون الأوقاف، وتنتقل الملكية إلى الوقف في حد ذاته، فبالنتيجة؛ لا يجوز للواقف القيام بأي تصرف من شأنه الإضرار بعين الوقف.

¹ منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف (دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2011، ص 141.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 7617.

ثانياً: حصر سلطات الموقوف عليهم في حق الانتفاع

حصرت المادة 18 من قانون الأوقاف رقم 10-91، حق الموقوف عليهم في الانتفاع دون التصرف، فلم بذلك حق الانتفاع بما تنتجه العين الموقوفة، وعليهم استغلالها استغلالاً غير متلف لها. كما لا يجوز لهم التنازل عن حقهم في الانتفاع، إلا لجهة من نوع جهات الخير الموقوف عليها أصلاً، وذلك بعد الموافقة الصريحة من السلطة المختصة طبقاً للمادة 21 من قانون الأوقاف رقم 10-91.

ثالثاً: لزوم الوقف

معنى اللزوم؛ عدم جواز إبطال الحكم الثابت بالوقف في العين الموقوفة، وذلك بعدم جواز رجوع ما أخرج بالوقف عن ملكية الواقف إليها أو إلى ملكية شخص آخر¹.

1- لزوم الوقف في الفقه الإسلامي: الوقف عند أبي حنيفة تصرف غير لازم²، إلا في حالات استثنائية³، وبالتالي للواقف أن يرجع فيه متى شاء⁴، وله أن يتصرف فيه بكل أنواع التصرفات من بيع وهبة وغير ذلك⁵. أما عند جمهور الفقهاء، فالوقف إذا صح؛ صار لازماً ولا يفسخ بإقالة ولا غيرها، وينقطع تصرف الواقف فيه ولا يملك الرجوع عنه⁶.

2- لزوم الوقف في التشريع الجزائري: أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء، فصرح قانون الأوقاف

بلزوم الوقف في المادة 16 منه، في مسألة تدخل القاضي لإلغاء اشتراطات الواقف لأسباب منها، إذا كان الاشتراط منافياً لمقتضى حكم الوقف وهو اللزوم، ويدل على اللزوم أيضاً نص المادة

¹ إبراهيم بلبالي، مرجع سابق، ص 284.

² أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 235.

³ لا يلزم الوقف إلا بأحد أمور ثلاثة: أن يحكم به الحاكم المولى لا المحكم، بأن يختصم الواقف مع الناظر، لأنه يريد أن يرجع بعلة عدم اللزوم، فيقضي الحاكم باللزوم، فيلزم، لأنه أمر مجتهد فيه، وحكم الحاكم يرفع الخلاف. أو أن يعلق الحاكم بموته: فيقول: إذا مت فقد وقفت داري مثلاً على كذا، فيلزم كالوصية من الثلث بالموت، لا قبله. أن يجعله وقفاً لمسجد، ويفرزه عن ملكه، ويأذن بالصلاة فيه: فإذا صلي فيه واحد، زال ملكه عن الواقف. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص ص 7599-7600.

⁴ المرجع نفسه، ص 7604.

⁵ رمضان علي السيد الشرنباصي، الوجيز في أحكام الوصية والوقف، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 197؛ محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف (في الفقه والقانون والقضاء)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 517.

⁶ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 7604: أحمد فراج حسين، مرجع سابق ص 236.

الثالثة والعشرين والتي جاء فيها: «لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها». فالتصرف في العين الموقوفة ممنوع، حتى ولو كان من الواقف نفسه، لأن تصرفه فيها، رجوع عن الحكم الثابت لها بالوقف¹. إلا أنه وبالنظر إلى صياغة المادة 16 المذكورة أعلاه، والتي اعتمدت صيغة يجوز " يمكن القول أن الصياغة غير باتة، فرغم أن المادة أكدت أن مقتضى حكمالوقف هو اللزوم، إلا أنها جعلت إلغاء اشتراط الواقف المنافي للزوم يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، هذا الأخير، يمكن له أن يلغي الشرط إقرارا المبدأ للزوم، كما يمكن له الإبقاء عليه، وبالتالي إجازة رجوع الواقف، وكذا التصرفات الأخرى المنصبة على أصل الوقف، والمنافية لمبدأ اللزوم في الوقف، مما يقتضي إعادة النظر في صياغة نص المادة. من التطبيقات القضائية لمبدأ اللزوم، ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها: الصادر بتاريخ: 2011/07/14²، الذي جاء في فحواه أن «الحبس متى وجد مستوفيا لأركانه وشرائطه؛ أصبح لازما لا يجوز للواقف الرجوع فيه، ولا لورثته من بعده، ولو اشترط ذلك في عقد الحبس وبالتالي؛ فإن قضاة المجلس بقضائهم بجواز رجوع المحبسة عن الحبس الذي أبرمته لفائدة الطاعنة على وجه البر قد عرضوا قرارهم للنقض»..

رابعا: التصرف في أصل الملك الوقفي ينافي مبدأ التأييد يعني تأييد الوقف استمراره قائما إلى الأبد³.

1- تأييد الوقف في الفقه الإسلامي:

يرى أكثر أئمة الفقه الإسلامي تأييد الوقف ويعتبرونه داخلا في مقتضياته وجزءا من معناه، أما الإمام مالك، فهو لا يشترط التأييد في الوقف بل يجيزه مؤقتا، كما جاز مؤبدا.

2- تأييد الوقف في التشريع الجزائري:

نص قانون الأوقاف في مادته الثالثة التي عرفت الوقف على أن: «الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير»، فجعل التأييد جزءا من مفهوم الوقف وحقيقته، فإذا أقت الواقف وقفه؛ يكون قد ناقض حقيقة الوقف؛ فيكون وقفه باطلا⁴، وهو ما نصت عليه المادة 28 من نفس القانون: « يبطل الوقف إذا

¹ابراهيم بلبالي، مرجع سابق، ص 284.

²قرار مؤرخ في: 14/07/2011، ملف رقم 692342، م.م.ع، العدد 02، 2011، ص 302.

³ابراهيم بلبالي، مرجع سابق، ص 278.

⁴ابراهيم بلبالي، مرجع سابق، ص 279.

كان محددًا بزمناً». فالمشرع الجزائري لم يأخذ برأي المالكية الذي يجيز الوقف المحدد المدة، بل أخذ برأي جمهور الفقهاء، باعتبار أن الوقف صدقة جارية، ولكي يكون كذلك، فلا بد من تأييده¹. من التطبيقات القضائية لمبدأ تأبيد الوقف، ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15/07/2009²، الذي جاء في فحواه « حيث أن قضاة الاستئناف عندما انتهوا إلى اعتبار هذا الحبس صحيحاً مع تخويل المحبس عليهم التصرف فيه، قد أخطئوا في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التي تستوجب أن يكون الحبس مؤبداً وغير قابل للتصرف فيه بأي وجه من أوجه التصرف، مما يعرض قرارهم للنقض».

الفرع الثاني: جزاء التصرف في أصل الملك الوقفي

الأصل أن الوقف لا يباع ولا يشتري، لأن صاحبه قام بحبس عينه حتى ينفق من منفعتها على جهة معينة، فيكون بيعه من قبيل التعدي على حقوق الغير³، كما أن التصرف في الوقف يؤدي إلى إنهائه، وينافي مبدئياً للزوم والتأبيد الذين أقرهما قانون الأوقاف الجزائري.

نص المشرع الجزائري في المادة 23 من قانون الأوقاف على منع التصرفات التي ترد على أصل الملك الوقفي، سواء كانت بيعاً أو هبة أو تنازلاً أو غيرها. وهذه التصرفات تعتبر ممنوعة سواء كان المتصرف واقفاً، أو موقوفاً عليه، أو متولياً على الوقف، أو غيراً. ويكون هذا التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولا ينفذ في مواجهة الوقف. يخضع البطلان إلى أحكام القانون المدني، مع مراعاة نص المادة 25 من قانون الأوقاف، ويمكن لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان، ويجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، ولو لم يطلبه الخصوم.

تطبيقاً لنص المادة 23 سألقة الذكر أقرت المحكمة العليا بطلان التصرفات التي تجعل الوقف محل تملك أو دعوي تملك، وذلك في عدة قرارات نذكر منها القرار المؤرخ في 26/05/2004⁴ « تجوز قسمة الاستغلال والانتفاع بين المستفيدين من عقد الحبس، ولا تجوز القسمة الناقلة للملكية».

¹ عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة - الوصية الوقف)، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 99.

² قرار مؤرخ في: 15/07/2009، ملف رقم 499084، م.م.ع، عدد 02، 2009، ص 172.

³ كمال لدرع، مرجع سابق، ص 43.

⁴ قرار مؤرخ في 26/05/2004، رقم 271 299، الغرفة العقارية، غم؛ نقلاً عن: عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة - الوصية الوقف)، مرجع سابق، ص 227.

كذلك القرار المؤرخ في 14/02/2007¹، الذي جاء فيه: « الأمر بقسمة الأملاك العقارية المحبسة خرق للقانون». وأيضا القرار المؤرخ في 10/03/2011²، الذي جاء في فحواه أنه لا يجوز المساس بأركان الوقف طبقا للمادة 23 من قانون الأوقاف، وبأن الواقفة عندما تصرفت لفائدة الغير في القطعة الأرضية، فإن ذلك مس بجوهر الوقف وأبطله. تطبيقا للقاعدة التي تقول، بأن "كل ما لا يجوز التصرف فيه، لا يجوز كسبه بالتقادم"³، هل يعتبر اكتساب الوقف بالتقادم غير جائز؟

لم ينص قانون الأوقاف الجزائري صراحة على منع اكتساب الوقف بالتقادم، إلا أنه يمكن استخلاص ذلك من تعريف الوقف الوارد في المادة 3 من القانون التي نصت: «الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق»،

فالوقف لا يمكن أن يكون محل ملكية، لتمييزه بصفة التأييد، وبالتالي لا يمكن تملكه بالتقادم الذي يعد سببا من أسباب اكتساب الملكية.

أما القضاء الجزائري، فتباينت أحكامه، فقد فرق أحيانا بين الوقف العام والخاص في مسألة التقادم، فجاء في فحوى ق رار المحكمة العليا المؤرخ في 16/07/1997⁴، منع التقادم المكسب في الحبس الخيري؛ باعتباره يأخذ حكم العقارات التي تخضع للمنفعة العمومية، وإخضاع الحبس الأهلي للتقادم المكسب؛ عملا بالمادة 828 من القانون المدني، حفاظا على استقرار المعاملات. وحكم أحيانا أخرى، بمنع التقادم المكسب حتى في الوقف الأهلي، ومثاله ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 22/04/2010 «وحيث أن ما انتهوا إليه عن كون العقار محبسا ولا يجوز تحرير عقد الشهرة به قصد التملك في محله، يتفق والتطبيق السليم للقانون، كما أنه مبرر بما فيه الكفاية؛ مما يجعل الوجه غير سديد وهو مرفوض بدوره».

¹قرار مؤرخ في 14/02/2007، ملف رقم 393 937، م.م.ع، العدد 02، 2007، ص 423.

²قرار مؤرخ في 10/03/2011، ملف رقم 636028، م.م.ع، العدد 02، 2011، ص 156.

³خير الدين فنطازي، نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2006-2007، ص 82.

⁴قرار مؤرخ في 16/07/1997، ملف رقم 157 310، م.م.ع عدد 01، 1997، ص 343.

أما فيما يخص قبول دعوى الوقف، فالقضاء الجزائري أقر تارة أن الدعوى لا تقبل بمرور مدة التقادم المسقط، وذلك في القرار الصادر بتاريخ: 2001/12/29¹ الذي جاء فيه «ولما كان الثابت في قضية الحال - أن الطاعن لم يرفع دعواه للإبطال عقد بيع للعقار المحبس إلا بعد مرور أكثر من 50 سنة بدون أن يقدم عذرا شرعيا للهيئة القضائية، فإن قضاة الموضوع أصابوا عندما حكموا بعدم سماع دعواه وهذا حفاظا على استقرار المعاملات واحتراما لحجية العقود الرسمية التي كسب بها العقار المحبس مع الإشهار بالمحافظة العقارية واحترامها لنصوص التشريع الخاص بالتقادم المسقط»

كما أقر تارة أخرى بأنه لا تقادم في الحبس، وذلك في القرار المؤرخ في 2009/02/11²، الذي جاء فيه « لكن حيث أنه تبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أجابوا - وعلى الصواب - على الدفع المتعلق بالتقادم، بأن النزاع يدور حول قطعة أرض محبسة والمادة 213 من قانون الأسرة التي تنص على أن الوقف حبس المال عن التملك على وجه التأييد والتصديق وأن التصرف في الأرض المحبسة باطل. وحيث أن هذا التسبب كاف للرد على دفع الطاعنين الخاص بالتقادم مادام عقد الحبس ذا طبيعة خاصة»..

لتفادي هذه التناقضات في الأحكام، وجب توفير الحماية اللازمة للوقف من تقادم دعواه، وإلا فما الفائدة من تكريس منع التقادم المكسب في الوقف.

لم يشر قانون الأوقاف إلى مسألة الحجز على العقار الموقوف، غير أنه يمكن القول أن الحجز على عقار موقوف، غير ممكن على الإطلاق؛ إذ أن الحجز في الواقع يؤدي إلى نقل الملكية بصورة جبرية وإلى عملية بيع بالمزاد³. غير أن منع الحجز يتعلق بعين العقار الوقفي، ولا يوجد ما يمنع من حجز الدائن نصيب المستحقين في الوقف، في حالة ما إذا كان هذا الأخير مدينا، لأن الوقف بذاته غير مهدد في هذه الحالة، إنما ينصب الحجز على الغلة فقط دون الوقف⁴.

¹قرار مؤرخ في 29/12/2001، ملف رقم 21 394، الغرفة العقارية، غ.م؛ نقلا عن: عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبّة - الوصية الوقف)، مرجع سابق، صص 231-232.

²قرار مؤرخ في 2009/02/11، ملف رقم 478951، م.م.ع، العدد 2، 2009، ص 285.

³نادية ابراهيمي، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون (الجزائر)، 1996، ص 205.

⁴المرجع نفسه، ص 205.

المطلب الثالث: التغيير في الوقف يلحق العين الموقوفة

التغيير أو الزيادة في العين الموقوفة بإحداث أعيان زائدة - بناء كانت أو غرسا- تعتبر تصرفا في الوقف؛ لأنها قد تؤدي إلى ادعاء حق على الوقف يجعله محل ملكية أو دعوى تملك، تكون نتيجتها إنهاء الوقف وانقضائه، لذلك أقر الفقهاء والمشرع الجزائري، اعتبار التغيير في الوقف تصرفا ينبغي بطلانه¹، قبل الوصول إلى هذا الحكم ينبغي علينا التعرف على التغيير باعتباره تصرفا في الوقف (الفرع الأول)، والإحاطة بشروطه (الفرع الثاني)، ثم كنتيجة، التعرف على آثاره على العين الموقوفة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف التغيير باعتباره تصرفا في الوقف

كثيرا ما يستعمل لفظ "التغيير" في الوقف متصلا بلفظ "الرجوع" في الوقف أو مرادفا له، فيؤخذ معنى التغيير هنا بمعنى؛ الرجوع في الوقف وهو ما ذهب إلى إجازته جانب من الفقه ممن رأوا أن الوقف تصرف غير لازم، ولقد رأينا موقف المشرع الجزائري من ذلك.

ويقصد بالتغيير في الوقف أيضا، التغيير الذي يحدثه الواقف في شروط المستحقين للوقف، فيدخل التغيير بذلك ضمن ما يسمى بالشروط العشرة² تحت عنوان التغيير والتبديل فيشمل ذلك كل تعديل في شروط الوقف، من إدخال وإخراج في المستحقين، وزيادة أو نقص أو تفضيل أو تخصيص ونحو ذلك³.

إلا أن التغيير الذي يعتبر تصرفا في الوقف؛ هو كل تغيير يحدث في العين الموقوفة بناء كان أو غرسا، كما نص عليه المشرع الجزائري في المادة الخامسة والعشرين من قانون الأوقاف رقم 91-10، ويستوي في ذلك أن يكون محدث التغيير؛ الواقف نفسه، أو أن يكون شخصا آخر من الواقفين، أو الناظر، أو الغير. فالعبرة بالتغيير الذي يمس بأصل الملك الوقفي، مما قد يجعله محل دعوى تملك وما ينتج عن ذلك من إنهاء الوقف وانقضاء غرضه الذي أنشئ من أجله. ورغم أن قانون الأوقاف لم يصرح بأن التغيير يعتبر التصرفا، عند تعرضه له في المادة السالفة الذكر، إلا أن القضاء الجزائري تولى ذلك في قضايا عديدة منها:

¹ موسى سالمي، التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، ص 51.

² الشروط العشرة هي: الزيادة والنقصان، الإدخال والإخراج، الإعطاء والحرم، الإبدال والاستبدال، التغيير والتبديل، نقلا عن: محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 169.

³ مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، الطبعة الثانية، دار عمار، عمان (الأردن)، 1998، ص 170.

نص القرار الصادر بتاريخ: 16/07/1997، والذي جاء فيه أنه « متى تبين - من قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قرروا أن البناء فوق القطعة الأرضية المحبسة لا يعد تصرفا يمس بمقتضيات عقد الحبس، فإن تعليلهم جاء ناقصا ويتناقض مع عقد الحبس ومع إرادة المحبس، ما يجعل القرار المطعون فيه غير معلل وليس له أساس قانوني، ومتى كان كذلك استوجب النقض»¹.

كذلك القرار الصادر بتاريخ: 25/11/1998، أين أقرت المحكمة العليا أن إحداث البناء والغرس في العين، يعتبر تصرفا في الوقف، ويمس بمقتضيات عقد الحبس وأعيب على قضاة الموضوع عدم اعتبار التغيير في الوقف تصرفا، مما أدى إلى نقض قرارهم لأنه ناقض عقد الحبس و إرادة المحبس².

الفرع الثاني: شروط التغيير باعتباره تصرفا في الوقف

لكي يكون التغيير تصرفا في الوقف ينبغي بطلانه، يجب أن يقام بناء أو غرس أو كليهما على الوقف بنية التملك، وأن تنعدم الصفة فيمن أقام هذه المنشآت³.

أولا: البناء والغرس في الوقف بنية التملك

حصرت المادة الخامسة والعشرون من قانون الأوقاف، كل تغيير يحدث في العين الموقوفة في البناء والغرس، فلا يعتبر من قبيل التغيير الذي ينبغي بطلانه؛ أعمال الحفظ والصيانة كالترميم والطلاء وتقوية الأساسات واستصلاح الأراضي، لأنها لا تؤثر في أصل الوقف بل ترتبط باستغلال العين الموقوفة واستعمالها، وكذلك الخيام الصغيرة والأكشاك المقامة، لأن إزالتها لا تحدث ضررا بالعين الموقوفة.

ولكي يعتبر هذا البناء أو الغرس يكون متبوعا ، فإذا أقامها الشخص بنية التملك رس تصرفا في الوقف، يجب أن بنية التبرع للوقف، فلا يعتبر تصرفا فيه⁴.

ثانيا: انعدام الصفة فيمن أقام المنشآت

جاء ن ص المادة الخامسة والعشرين من قانون الأوقاف مجملا في ألفاظه، فلم يتطرق إلى الشخص محدث التغيير وصفته، بل ألحق التغيير بالعين الموقوفة وأعطى للمغير في الوقف الحق

¹قرار مؤرخ في 16/07/1997، ملف رقم 157 310، م.ق، العدد 01، 1997، ص 34.

²قرار مؤرخ في: 25/11/1998، ملف رقم 183 643، م.ق، العدد 01، 1999، ص 89.

³موسى سامي، مرجع سابق، ص 57.

⁴المرجع نفسه، ص ص 58، 68.

في طلب التعويض، وهذا ما أقره قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1999/09/29 ، الذي جاء فيه « تلحق البناء المشيدة على أرض محبسة بجوهر المال المحبس، ويستمر الحبس قانونا، مهما كان مشيد البناء»¹.

فالمغير يمكن أن يكون الناظر أو من يقوم مقامه؛ باعتباره المسير المباشر للوقف والقائم بمصالحه، فإذا قام بالبناء أو الغرس في الوقف لصالح هذا الأخير أو لصالحه الشخصي، فإن في الحالتين، البناء والغرس يكون ملكا للوقف، مع اعتبار الناظر متعديا في الحالة الثانية، مما يستوجب عزله أو إعفائه من مهامه طبقا للمادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 381-98².
بالبناء في الوقف، ثم ادعى ملكية ما بني، فإن ذلك يعد وكذلك الأمر إذا قام الواقف رجوعا و إبطالا له.

قد يكون القائم بالتغيير الموقوف عليه، فليس له أن يدعي بملكية ما بني، لأن البناء المشيد على أرض الوقف لا يمكن أن يكون له طابع مخالف لطبيعة الأرض المحبسة، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 18/05/2005، حيث جاء فيه « فإن أرضية المسكن المتنازع عليه ملك محبس، والبناءات المشيدة لاحقا على تأسيس الحبس على هذه القطعة الأرضية لا يمكن أن يكون لها طابع مخالف لطابع الأرضية فهي بالتالي حبس. وبهذا فإن المدعي في الطعن ليست له الصفة للأمر بطرد المدعى عليه في الطعن من المسكن المشيد على قطعة أرضية للحبس، وأن المستفيدين من الحبس لهما حق في الانتفاع، وما دام أن العقار المتنازع عليه ليس بملك المدعي في الطعن، فإن الأمر بطرد المدعى عليه في الطعن يحرم هذا الأخير من الانتفاع من القطعة الأرضية التي أقيم عليها البناء، في حين أن حقه في الانتفاع مستخلص من عقد الحبس»³.

كما قد يكون القائم بالتغيير من الغير ، ويشمل الغير من تربطه علاقة قانونية بالوقف، وكذلك الغير الأجنبي الذي لا تربطه أية علاقة بالوقف.

¹قرار مؤرخ في 1999 /09/29 ، ملف رقم 188 432 ، الغرفة العقارية، غ.م؛ نقلا عن: عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهيئة - الوصية الوقف)، مرجع سابق، ص 226.

²مرسوم تنفيذي رقم 98-381 مؤرخ في 01 ديسمبر سنة 1998، يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، ج.ر عدد 90. صادر في 02 ديسمبر سنة 1998.

³قرار مؤرخ في: 2005/05/18، ملف رقم 290875، مم. ع، العدد 02، 2005، ص 331.

أما بالنسبة للغير الذي تربطه علاقة بالوقف، كالمستأجر والمحتكر، فإنه وإن قام أحدهما بالبناء أو الغرس في الأرض الموقوفة المتعاقد عليها، بموجب موافقة صريحة من السلطة المتعاقد معها أو بموجب العقد نفسه، فإن البناء أو الغرس المقام يلحق بالعين الموقوفة ولا يملك الباني حق تملك ما أقامه طبقاً لنص المادة 25 من قانون الأوقاف، أما إذا قام المستأجر مثلاً بالبناء بدون موافقة الناظر أو من يقوم مقامه، فإن تصرفه لا يكون له أثر، ويعتبر متعدياً. أما بالنسبة للغير الذي لا تربطه أية علاقة بالوقف، فهو يعتبر في حكم المعتدي، وتطبق عليه أحكام جزائية عن التغييرات التي يحدثها في الوقف، باعتباره لا يملك الصفة للقيام بالتغييرات، وقد يضر بالوقف ويمس بأحكامه¹، وذلك طبقاً للمادة السادسة والثلاثين من قانون الأوقاف التي نصت: «يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو تدليسية أو يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستندات أو يزورها، إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات».

الفرع الثالث: آثار التغيير على العين الموقوفة

لا يؤثر التغيير في الوقف - بالبناء والغرس فيه - على وجوده، فيبقى قائماً شرعاً، مهما كان نوع ذلك التغيير حسب نص المادة 25 من قانون الأوقاف. فيعتبر التغيير باطلاً، أما البناء والغرس المقام فيتملكه الوقف، وتسوى الحالات المخالفة لأحكام المادة السالفة الذكر، عن طريق التراضي بين المعنيين والسلطة المكلفة بالأوقاف.

ويكتسب الوقف كل تغيير يحدث في العين الموقوفة، من بناء وغرس، مهما كان الشخص المغير². وأكد المشرع ذلك في نصوص قانون الأوقاف المعدل رقم 07-01³ وذلك بموجب المادة 26 مكرر²، التي نظمت كيفية استثمار الأرض الموقوفة عن طريق عقد الحكر، الذي يخول للمحتكر حق البناء أو الغرس في الأرض الموقوفة لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض و إيجار سنوي يحدد في العقد، مقابل حقه في الانتفاع بالبناء والغرس وتوريثه خلال مدة العقد. فينحصر حقه على ما أقامه من منشآت في الانتفاع لا غير، ولا يكون له بمقتضى عقد الحكر الحق في تملك ما أقامه ولا تملكه لغيره. وكذلك ما نص عليه نفس القانون بموجب المادة 26

¹ موسى سالمي، مرجع سابق، ص 61

² قرار مؤرخ في: 1999/09/29، ملف رقم 188 432، الغرفة العقارية، غ.م، نقلاً عن: عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهيئة - الوصية الوقف)، مرجع سابق، ص 226.

³ قانون رقم 07-01 مؤرخ في 22 مايو سنة 2001، يعدل ويتم القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 والمتعلق بالأوقاف، ج.ر عدد 29، صادر في 23 مايو سنة 2001.

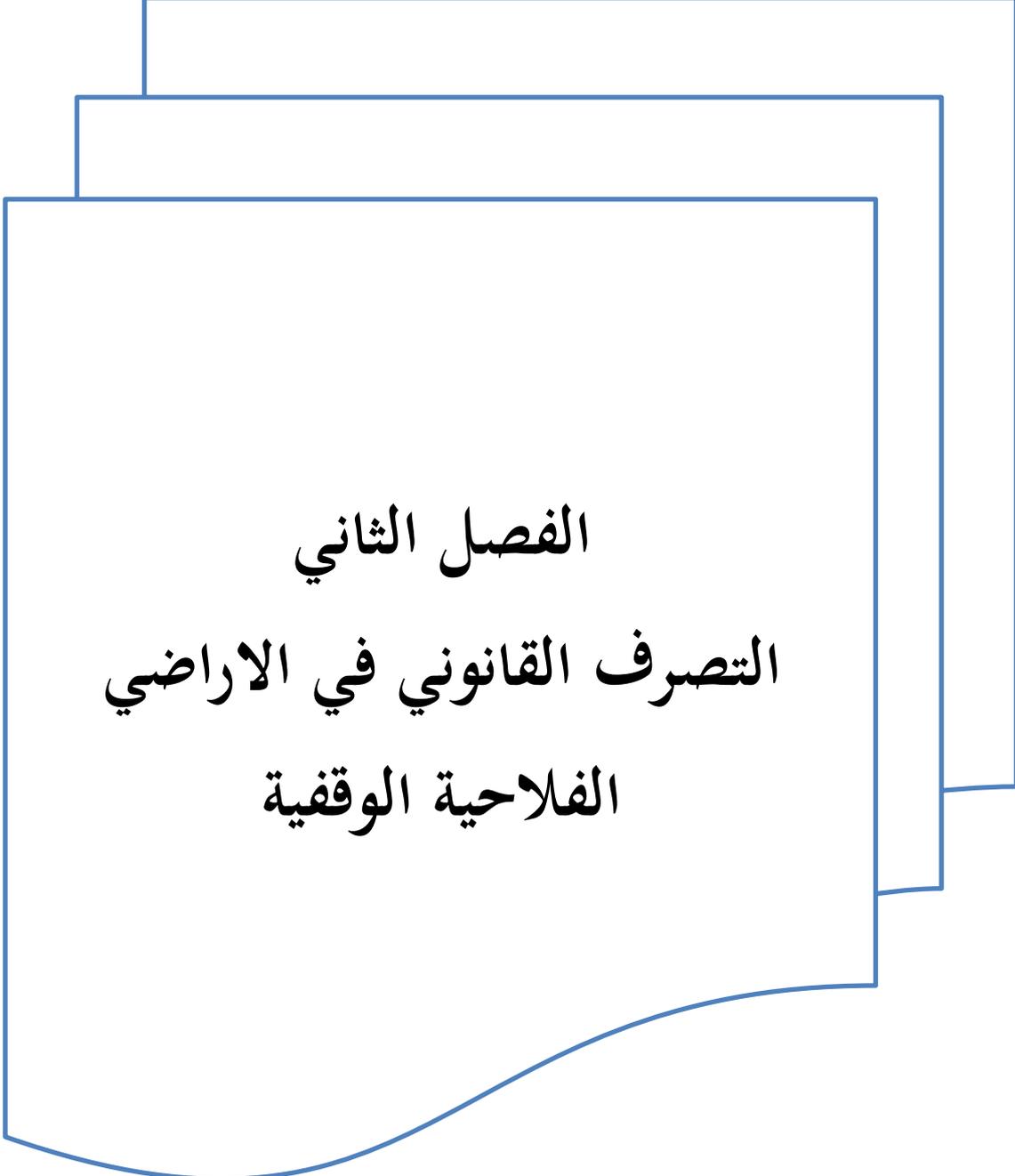
مكرر 5 من نفس القانون، التي نظمت كيفية استثمار الأرض الموقوفة عن طريق عقد المرصد الذي يسمح بموجبه لمستأجر الأرض بالبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء، فيرتبط حق صاحب المرصد باستغلال إيرادات البناء دون أن يتعدها إلى حقه في تملك البناء الذي يكون ملكا للوقف، وفقا لنص المادة 25.

أما بالنسبة للحالات المخالفة لأحكام المادة 25، فإن المشرع الجزائري لم ينظم طريقة تسويتها، واكتفى بالقول أنها تسوى بالتراضي. مع استثناء ما جاء به المنشور الوزاري المشترك، المؤرخ في 06/01/1992¹، الذي يتعلق بتطبيق المادة 38 من قانون الأوقاف، حيث نظم عملية استرجاع الأملاك الوقفية المؤممة وكيفية التعويض عنها وإجراءات ذلك.

ففرق المنشور أولا بين نوعي الوقف، فيما يخص الجهة التي تتم التسوية الصالحها. فبالنسبة لأراضي الوقف العام، فإنها تعود إلى المؤسسات التي كانت تشرف عليها قبل تطبيق قانون الثورة الزراعية، ويعتبر المستفيدون مستأجرين، بعد الاتفاق والتراضي، وفي حالة الرفض، يعوضون بأراضي من قطع أملاك الدولة. وعند تعذر تطبيق هذا الإجراء، يعوضون ماليا. أما بالنسبة لأراضي الوقف الخاص، فتعود إلى الموقوف عليهم، وتبقى تحت تصرفهم، ويعوض المستفيدون بأراضي أخرى، وفي حالة تعذر ذلك، يمكنهم الاتفاق مع الموقوف عليه على الاستمرار في استغلال الملك الوقفي، بما لا يتنافى مع أحكام الوقف، ريثما يتم تحويلهم أو تعويضهم ماديا. يمثل الوقف في إجراءات الاسترجاع، الجهة الموقوف عليها، أو السلطة الوصية المكلفة بالأوقاف، طبقا للمادة 40 من قانون الأوقاف، ولا تؤخذ بعين الاعتبار الآجال المنصوص عليها في المادة 81 من قانون التوجيه العقاري، التي حددت ب 06 أشهر ثم بعد تعديلها بموجب قانون رقم 95-26²، مددت لتصبح 12 شهرا.

¹ منشور وزاري مشترك مؤرخ في 06/01/1992، يتعلق بتطبيق المادة 38 من قانون الأوقاف، صادر عن وزير الشؤون الدينية و وزير الفلاحة.

² أمر رقم 95-26 مؤرخ في 25 سبتمبر سنة 1995، يعدل ويتم القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1190 والمتضمن التوجيه العقاري، ج.ر. عدد 55، صادر في 27 سبتمبر سنة 1995.



الفصل الثاني
التصرف القانوني في الاراضي
الفلاحية الوقفية

الفصل الثاني : التصرف القانوني في الاراضي الفلاحية الوقفية

تمهيد

ينصب الوقف على الملكية العقارية دون حق الانتفاع، لأن قانون 91/10 المؤرخ في 04/27/1991 المتضمن قانون الأوقاف المعدل والمتمم يشير إلى المالك لا إلى المنتفع في المادة 10 منه، وهذا شيء منطقي الآن حق الانتفاع مؤقت، وهذه الصفة تتنافى مع الوقف الذي يشترط التأييد، ولذا فإن ملكية الأراضي الفلاحية الوقفية هي ذلك المال العقاري الذي حبس المالك فيه ملكية الرقبة، أي جعلها غير قابلة للتصرف فيها بمحض إرادته وتبرع على وجه التأييد بحق الانتفاع، تنتفع به جهة خيرية أو مؤسسة ذات منفعة عامة أو مسجد أو مدرسة قرآنية سواء كان هذا التمتع فوراً أو بعد وفاة الأشخاص الطبيعيين الذين يعينهم المالك

المطلب الأول : التصرف في الأراضي الفلاحية

إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف ، ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه ، ولذا فإن مصدر الوقف العام هو التصرف القانوني الصادر من جانب واحد والذي يجزي الملكية ، ملكية الرقبة تصبح لها شخصية معنوية ، وتسمى بمؤسسة الوقف ، وحق الانتفاع ينقل للموقوف عليه ، يجوز له التنازل عنه ، أو يقدمه كضمان لدين ، نعالج هاتين المسألتين في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : التنازل عن حق الانتفاع

طبقاً لنص المادة 20 من قانون الأوقاف ، لا يجوز التنازل عن حق الانتفاع في الوقف العام إلا لجهة من نوع جهة الخير الموقوف عليها أصلاً ، بعد موافقة صريحة من السلطة المكلفة بالأوقاف ، وعليه فإن بيع حق الانتفاع من طرف الهيئة الموقوف عليها جائز، لكن بشرطين ، أولهما أن يكون المتنازل إليه من نفس جهة الخير، أي لا يجوز التنازل عن حق الانتفاع لشخص طبيعي أو لشركة ، ثانيهما الموافقة الصريحة من طرف وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ، بصفتها هيئة مكلفة بتسيير الأملاك العقارية الموقوفة وفقاً لما يحرر عقد التنازل أمام الموثق ، يسجل ويشرب بالمحافظ العقارية ، يصبح بعد ذلك المتنازل إليه صاحب حق الانتفاع ، يطبق عليه أحكام الانتفاع المنصوص عليها في القانون المدني ، يمكن أن يكون مؤقتاً ، أي محدد المدة ، أو يكون لمدة وجود المؤسسة المتنازل إليها ، وعند انتهاء الأجل أو حل الجهة المتنازل إليها يعود حق الانتفاع للجهة الموقوف عليها أصلاً، أو يصبح وفقاً لغير محدد الجهة إذ ما تم حل هذه الأخيرة .

الفرع الثاني : تقديم حق الانتفاع كضمان لدين

طبقا لنص المادة 21 من قانون الأوقاف ، يجوز رهن حق الانتفاع رهنا رسميا ، وتطبق في هذا الإطار أحكام الرهن الرسمي المنصوص عليها في المواد 882 وما بعدها من القانون المدني ، عند تقاعس المدين الراهن عن تسديد الدين يحجز على حق الانتفاع ، وتطبق أحكام المواد 721 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية ، غير أن الأشخاص الذين يحضرون المزايمة والراسي عليه المزاد يجب أن يكونوا من نفس جهة المحجوز عليها ، طبقا لنص المادة 20 من قانون الأوقاف .

المطلب الثاني : عقود استثمار الأراضي الفلاحية

هناك صنفين من الأراضي الفلاحية الموقوفة وفقا عاما، أولاهما أراضي فلاحية معلومة والتي تم حصرها وثانيها أراضي مسترجعة من الدولة .

الفرع الأول: الأراضي الفلاحية المسترجعة

لقد تعرضت الأراضي الفلاحية الموقوفة وفقا عاما إلى عدة انتهاكات من طرف المؤسسات العمومية أو الخواص بسبب الفراغ القانوني الذي وجد غداة الاستقلال ، إذ تم تأمينها بموجب قانون الثورة الزراعية¹ وبعد فشل الثورة الزراعية و صدور دستور جديد سنة 1989 ، المعدل سنة 1996 ، والذي نص في مادته 52 على حماية الأملاك الوقفية والاعتراف بها ، أصبح من الضروري تحرير الأوقاف من كل يد وضعت عليها ، ولذا صدر قانون 91/10 ، المؤرخ في 1991/04/24 ، ونص في المادة 38 منه على استرجاع الأراضي الفلاحية المؤممة للجهات التي أوقفت عليها أساسا قبل تطبيق قانون الثورة الزراعية ، ولذا يتعين دراسة شروط وإجراءات إعادة الأراضي المؤممة الموقوفة وفقا عاما قبل معالجة عقود استثمار الأراضي الفلاحية.

1- شروط وإجراءات إعادة الأراضي المؤممة

لم يفرض المشرع إلا شرطا واحدا فيما يتعلق بإعادة الأراضي الفلاحية الموقوفة وفقا عاما للجهات التي أوقفت عليها قبل تطبيق قانون الثورة الزراعية ، وهو أن لا تكون هذه الأراضي قد فقدت طابعها الفلاحي كأن تكون قد أدرجت ضمن الاحتياطات العقارية مثلا، أو تم نزعها من أجل المنفعة العامة² باستثناء هذا الشرط فعلى السلطة المكلفة بالأوقاف ، أي وزارة الشؤون الدينية

¹المادة 29 من قانون الثورة الزراعية.

²المنشور الوزاري رقم 011 : الصادر بتاريخ 1992./01/06

والأوقاف ، أو الجهة الموقوفة عليها أصلاً تقديم طلب استرجاع الأراضي إلى الوالي ، المختص إقليمياً ، مرفقاً بملف ، يتكون من قرار التأميم ، السند القانوني الذي يثبت بأن الأرض موقوفة وفقاً عاماً¹ ، ولا يعتد بالمدة المذكورة في المادة 81 من قانون التوجيه العقاري² يدرس الملف من طرف اللجنة الولائية ، المتساوية الأعضاء ، المنصوص عليها في المادة 82 من قانون التوجيه العقاري ، يضاف إليها ممثل السلطة المكلفة بالأوقاف ، يصدر بعد ذلك قرار قابل للطعن أمام المحكمة الإدارية الكائن بها الأرض الفلاحية ، في حالة الرفض ، أما في حالة الموافقة تعاد الأرض للجهة التي أوقفت عليها أصلاً قبل تطبيق قانون الثورة الزراعية.

المنشآت الأساسية والأغراس والتجهيزات الثابتة المشيدة فوق الأراضي موضوع الاسترجاع ، والتي أنجزت بعد مرحلة التأميم هي جزء من العين الموقوفة طبقاً لنص المادة 25 من قانون الأوقاف ، وتسوى حالات النزاع التي تحدث بين المستفيدين والجهات الموقوفة عليها الأرض عن طريق التراضي أو القضاء.

لا يمكن للجهات الموقوفة عليها الأرض أصلاً حيازتها إلا بعد دفع مبالغ التعويض التي تلقتها عند التأميم ، كما لا يتم حيازة الأرض إلا بعد نزع الأغراس الحينية الجني ، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك.

2- إيجار الأراضي الفلاحية المسترجعة:

طبقاً للمرسوم التنفيذي رقم 14-70 المؤرخ في 10/02/2014 والمحدد لشروط وكيفيات إيجار الأراضي الفلاحية الوقفية المخصصة للفلاحة خاصة المادة 24 وما بعدها ، فإنه يتم إيجار الأراضي الفلاحية المسترجعة طبقاً لهذا المرسوم ، ويستفيد من هذا الإيجار أعضاء المستثمرة الفلاحية الجماعية والفردية الحائزون على حق انتفاع دائم في ظل قانون 87-19 ، المؤرخ في 08/12/1987 المتعلق بالمستثمرات الفلاحية أو الحائزون على عقود امتياز في ظل قانون 10-03 المؤرخ في 15/08/2010 والذي ألغى قانون 87-19 .

يتعين على المستفيدين تقديم طلب تحويل حق الانتفاع الدائم أو حق الامتياز إلى إيجار في أجل سنة من تاريخ نشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية ويقدم إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بالتنسيق مع وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ، ويكرس الإيجار بعقد تعدده وزارة الشؤون الدينية

¹ المرسوم التنفيذي رقم 96/119 ، المؤرخ في 06/04/1996 ، المتضمن كيفية تطبيق المادة 11 من الأمر رقم 95/26 ،

المؤرخ في 25/09/1995 ، المعدل و المتمم لقانون العقاري ج ر 1996 ، العدد: 22 ص 07.

² المادة 40 من قانون الأوقاف

والأوقاف مقابل دفع إيجار سنوي للصندوق المركزي للأوقاف، مدته أربعون سنة قابلة للتجديد، يشهر في المحافظة العقارية مرفقا بدفتر الشروط.

تستغل الأرض محل الإيجار في شكل جماعي أو فردي و في هذا الإطار تكتسب المستثمرة الفلاحية الأهلية القانونية الكاملة للاشتراط و المقاضاة والتعاقد طبقا لأحكام القانون المدني ، ولها الحق في إبرام عقد الشراكة مع الغير .

الفرع الثاني : استثمار الأراضي الفلاحية المعلومة التي تم حصرها

تستغل وتتمى الأملاك العقارية الموقوفة وقفا عاما المعلومة والتي تم حصرها إذا كانت أرضا زراعية أو شجرا بعقد المزارعة أو المساقاة أو الحكر أو الإيجار، نتطرق إليهم ضمن النقاط التالية:

1- عقد المزارعة

لقد عرفت المادة 26 مكرر 1 فقرة أولى من قانون الأوقاف عقد المزارعة وهو إعطاء الأرض للمزارع لاستغلالها مقابل حصة من المحصول ، يتفق عليها عند إبرام العقد . يتبين من خلال هذا التعريف بأن المشرع قد تبني المذهب الحنفي عند تعريفه لعقد المزارعة ، لأنه أجاز المزارعة ببعض الخارج من الأرض¹ عكس المذهب المالكي الذي لا يسمح بتأجير الأرض بطعام أو محصول زراعي² والسبب في ذلك أن المحل غير معروف ، إذ فيه غرر ، كما أن المشرع قد حدد المقصود من المزارعة ألا هو منفعة الأرض لا منفعة عمل المزارع ، أو بعبارة أخرى أن المزارع قد استأجر الأرض مقابل دفع حصة من منتج الأرض ، ولذا تستبعد فكرة استئجار عمل المزارع من طرف صاحب الأرض ، وهو ما يعد في حكم الخماس ، وهذا الأسلوب من الاستغلال قد ولى إلى الأبد بعد أن ألغي بموجب قانون الثورة الزراعية .

2- عقد المساقاة

المساقاة هي كلمة مشتقة من السقي ، وهي أن يعمل شخص في كروم أو غيرها لإصلاحها وخدمتها على أن يأخذ منها معلوما من غلتها ، و قد سمي اللغويون عقد خدمة الشجر مساقاة ، مع أنه يشتمل على غير السقي ، كتتقية الشجر وتقليمه ، لأن السقي يعد أهم أعماله خصوصا ، ولذا عرفت المادة 26 مكرر 1 الفقرة الثانية من قانون الأوقاف عقد المساقاة وهو إعطاء الشجر للاستغلال لمن يصلحه مقابل جزء معين من ثمره .

¹ ج رلسنة 2014 عدد 09

² المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 14-70 .

3- الإيجار

يكون إيجار هذه الأراضي عن طريق المزاد العلني طبقا لأحكام المادة 14 وما بعدها من المرسوم التنفيذي رقم 14/70 أو بالتراضي ، بعد ترخيص من الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف، وبعد تنظيم عمليتين متتاليتين للإيجار عن طريق المزاد العلني وأثبتتا عدم الجدوى يدون عقد الإيجار في شكل مكتوب وفق النموذج المرفق بالمرسوم كما يرفق هذا العقد بدفتر الشروط، يشهر في المحافظة العقارية إذا كانت مدته 12 سنة وفق ما تنص عليه المادة 9/02 من المرسوم التنفيذي ويشترط في المستأجر أن يكون شخصا طبيعيا جزائري الجنسية وله صفة الفلاح أوله تكوين في المجال الفلاحي، أما الشخص المعنوي فلا يسمح له بذلك إلا إذا كان خاضعا للقانون الجزائري، ويمارس نشاطا فلاحيا¹.

4- عقد الحكر

يمكن استغلال الأرض البور عن طريق الحكر، وهو ما نصت عليه المادة 26 مكرر 2 من قانون الأوقاف ، إذ ورد فيها ما يلي « يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر، الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة للبناء و/أو للغرس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد مع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي ، يحدد في العقد ، مقابل حقه في الانتفاع بالبناء و/أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد ، مع مراعاة أحكام المادة 25 من قانون 91/10...» يجب على ناظر الوقف تقديم مبرر للتحكير، كان يثبت بأن إنشاء الحكر أمر تقتضيه المحافظة على الأرض ويجب أن يكون هذا التصرف في شكل رسمي ، يسجل ويشهر بالمحافظة العقارية .

عقد المزارعة :

طبقا للمادة 26 مكرر 01 فقرة أولى من قانون الأوقاف، فان عقد المزارعة هو إعطاء الأرض للمزارع لاستغلالها مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد يتبين من ذلك بأن المشروع قد تبني المذهب الحنفي عند تعريفه لعقد المزارعة، إذ أنه قد أجاز المزارعة ببعض الخارج من الأرض، عكس المذهب المالكي لا يسمح بتأجير الأرض بطعام أو محصول زراعي²

¹المادتان 07 و 08 من المرسوم التنفيذي رقم 14-70

²وهيبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء الخامس ، طبعة دار الفكر العربي 1985 ، ص 618 .

والسبب في ذلك أن المعقود عليه غير معروف ، إذ فيه غرر، كما أن المشرع حدد المقصود من المزارعة ألى وهو منفعة الأرض لا منفعة عمل المزارع، أو بعبارة أخرى أن المزارع قد استأجر الأرض مقابل دفع حصة من منتج الأرض، ولذا نستبعد فكرة استئجار عمل المزارع من طرف صاحب الأرض، وهو ما يعد في حكم الخماس، وهذا الأسلوب من الاستغلال قد ولى إلى الأبد بعد أن ألغي بموجب قانون الثورة الزراعية . إذا كان هذا هو مفهوم عقد المزارعة فما هي شروطه وما هي الآثار المترتبة عليه؟

1-شروط عقد المزارعة:

تتضمن المادة 26 مكرر 01 فقرة أولى من قانون الأوقاف عدة شروط هي: ¹

- الأطراف:

عقد المزارعة هو عقد رضائي يتم بإيجاب وقبول بين ناظر الوقف والمزارع، فإذا قال ناظر الوقف للمزارع أعطيك هذه الأرض للعمل فيها مزارعة بالنصف أو الثلث ، وقال المزارع قبلت فقد تم التعاقد بينهما، ولا يشترط إفراغه في عقد رسمي مثلما تشترطه المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، ويفرغ في العقد النموذجي المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 94-69 المؤرخ في 19/03/1994، وتسجيله بمصلحة الضرائب .

- الأرض:

يجب أن تكون الأرض الموقوفة صالحة للزراعة، فإذا كانت بورا فانه يطبق عليها عقد الحكر، كما يجب أن تكون معلومة الحدود وفارغة من كل ما يمنع زرعها وأن يمكن المزارع من العمل فيها .

- البذر أو الزريعة:

يجب أن تبين في العقد من عليه البذرو الزريعة والغالب المتعارف عليه هو أن تكون عليهما مناصفة، والنوع المراد زرعه من قمح أو شعير أو حمص أو فول، لأن صفة المزروع تختلف باختلاف الزرع، فهناك زرع يزيد في خصبة الأرض وآخر ينقصها، كالحمص مثلا، إلا إذا قال ناظر الواقف للمزارع ازرع ما شئت فانه يجوز له أن يزرعها ما يشاء .

¹ عبد الرحمن الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، قسم المعاملات ، بدون سنة الطبع ، ص 4.

المبحث الثاني: ايجار الأراضي الوقفية الفلاحية

يخضع ايجار الملك الوقفي للمزاد العلني كقاعدة عامة وهذا حسب المواد من 23 الى 25 بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المذكور سالفا إلى غاية صدور المرسوم التنفيذي رقم 14-70 المؤرخ في 10-02-2014 الذي يحدد شروط وكيفيات ايجار الأراضي الوقفية الفلاحية ، والذي يعتبر خطوة هامة جدا في تمييز العقار الفلاحي الوقفي ، اذ جاء مواكبا لأهم التطورات الخاصة في المجال الاستثماري والاقتصادي متماشيا مع النصوص القانونية ذات الصلة بعقار الفلاحي عامة، والأملك الوقفية المخصصة للفلاحة بصفة خاصة ، وقد تطرق المرسوم التنفيذي رقم 14-70 الى ايجار بالمزاد العلني (المطلب الأول) وتطرق الى ايجار بتراضي حسب المواد من 20 الى 23 سابق الذكر (المطلب الثاني) ثم اجراءات تحويل حق الانتفاع الدائم او الامتياز الى حق ايجار وقفي (مطلب الثالث).

المطلب الاول ايجار الأراضي الوقفية الفلاحية بالمزاد العلني

بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم

98/381 المحدد لشروط ادارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها، والمرسوم التنفيذي رقم 14/70 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات ايجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة، نجد أن المشرع حدد تاجير الأملاك الوقفية العامة عن طريق المزاد العلني¹ ، حيث تختص وزارة الشؤون الدينية والأوقاف بتنظيم اجراءات تاجير الأراضي الوقفية الفلاحية ، وذلك طبقا لاحكام المرسوم التنفيذي رقم 14/70 ، ووفقا الدفتر شروط نموذجي يحدد الشروط المطبقة لذلك .

تجرى المزايدة تحت اشراف ناظر الشؤون الدينية والأوقاف باعتباره القائم او المسؤول الأول على ادارة وتسيير العين الموقوفة² ، وتختلف الطرق التي يتم بها ايجار الأراضي الوقفية الفلاحية ومنها صيغة المزاد العلني ، فيقع في بعض الأحيان أن يتم التعاقد بطرق المزايدة وهذا الطريق يستلزمه القانون في بعض الأحوال، كما قد يكون اختيارا مثل اذ نظم شخص مزايدا بنفسه ، او بواسطة اخر ينوب عنه في اجراءته لتاجير العقار³ ، ويجري المزاد على اساس دفتر شروط نموذجي يحدده الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف ، حيث يجب أن يحدد فيه التعيين الدقيق والمفصل لقطعة الأرض وحدودها ، ويعلن المزاد في الصحافة الوطنية او طرق الاعلان الأخرى قبل عشرون 20

¹ المادة 22 من المرسوم التنفيذي 98/381. متضمن شروط ادارة الأملاك الوقفية ، مرجع سابق.

² خالد رمول، مرجع سابق، ص 128

³ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، دار الهدي، ط2، عين ميله، الجزائر، 2004، ص 128

يوما من تاريخ اجرائه ويحتوي دفتر الشروط بيانات تتعلق بالعقار الوقفي المؤجر ، و مدة الايجار، والشروط العامة والخاصة التي تفرض على المستاجر¹.

يفتح المزاد في التاريخ والمكان المحدد تحت اشراف مدير الشؤون الدينية والأوقاف المختص اقليميا ، وبمشاركة مجلس سبل الخيرات المنصوص عليه بالمادتين 8 و12 من المرسوم التنفيذي رقم -91-82² المتضمن احداث مؤسسة المسجد طبقا لنص المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 381-98 ويفوز بالايجار المستاجر الذي يقترح اكبر ثمن ممكن الايجار³، وقد نصت على هذا المواد من 14 الي 19 من المرسوم التنفيذي رقم 14/70 المحدد الشروط وكيفيات ايجار الأراضي الوقفية الفلاحية دون الإخلال بأحكام المواد من 22 الي 24 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 والايجار عن طريق المزاد العلني يعطي الحق لجميع الأفراد في استئجار الاملاك الوقفية دون تفضيل طرف على آخر⁴.

تحدد السلطة المكلفة بالاوقاف القيمة الدنيا للايجار بايجار المثل وفق مقتضيات السوق العقارية عن طريق الخبرة ، وبعد معاينة او استطلاع راي مصالح ادارة أملاك الدولة طبقا لنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 والمادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 14-70 ويعتبر هذا السعر بمثابة السعر الافتتاحي للمزاد ، ويفتتح المزاد⁵ في التاريخ والمكان المحدد تحت اشراف السلطة المكلفة بالاوقاف تطبيقا لنص المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 14-70، افتتاح المزاد العلني ولو كان علي اساس سعر معين لا يعتبر ايجابا فهو دعوة الي التعاقد فقط.

فاذا تقدم شخص الى المزاد واداي بعطائه فيه كان عطاؤه هذا هو ايجاب ويلتزم المزايد بالابقاء على عطائه⁶، وعليه يرسو المزاد على من يتقدم بأ على عرض وكان اخر مزاييد ، واذا لم يتقدم أحد قبل النداء ثلاث مرات متتالية تفصل بين كل نداء دقيقة واحدة⁷، ويمكن تأجير الملك الوقفي عند

¹ سعاد لعامرة، التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماستر ، عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة البويرة ، الجزائر ، 2013 ، ص 57.

² مرسوم تنفيذي رقم 91/82 المؤرخ في 23 مارس 1991 المتضمن احداث مؤسسة المسجد، الجريدة الرسمية العدد 16 الصادرة 1991/04/10

³ خير الدين بن مشرين، المرجع السابق، ص 170

⁴ خولة بن عون، التسيير الاداري للوقف العام، مذكرة ماستر، قانون اداري، كلية الحقوق ، جامعة ورقلة، الجزائر 2015، ص 29.

⁵ خير الدين بن مشرين، المرجع السابق، ص 170.

⁶ محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص 128.

⁷ محمد صالح قروي، التنفيذ الجبري على العقار ، مذكرة ماستر ، قانون اعمال، كلية الحقوق، جامعة قالمه، الجزائر 2014 ص 65

الضرورة باربعة اخماس 4/5 ايجار المثل اذ كان العقار المراد ايجاره مثقلا بدين ، اولم تسجل رغبة فيه الا بقيمة أقل من ايجار المثل ،غير انه يمكن الرجوع والتقييد بهذه الأخيرة متى توافرت الفرصة لذلك وفي هذه الحالة لا بد من تحرير عقد ايجار من جديد¹.

جاء في نص المادة 03 من دفتر الشروط الذي يحدد الشروط المطبقة على الايجار عن طريق المزاد العلني طريقتين لاجراء المزاد العلني، وهي اما المزايدات الشفوية (الفرع الاول) ، او بالتعهدات المختومة (الفرع الثاني) كما لمكتب المزاد مهام كثيرة (الفرع الثالث).

الفرع الأول : المزايدات الشفوية

تناول المشرع من هذا النوع من المزاد بموجب الفقرة امن المادة 03 من دفتر الشروط المحددة لبنود وشروط الايجار عن طريق المزاد العلني للاراضي الوقفية المخصصة للفلاحة، اذ جاء فيها مايلي يعلن الموظف الذي يرأس جلسة المزايدة عن الثمن الادني المعروض المذكور في الملصقات ، تكون المزايدات بمبلغ لا يقل عن الفين دينار 2000دج اذا لم تتجاوز القيمة الادني المعروضة خمسمائة الف دينار 500000دج ،وبخمساة الاف دينار 5000دج عندما يفوق الثمن الادني المعروض خمسمائة الف دينار 500000دج، لا يعلن المزاد حتي تتم مزايدة واحدة علي الاقل بمبلغ الثمن الادني المعروض ولا يمكن تخفيض هذه القيمة في الجلسة نفسها .

اذا لم تجر اية مزايدة يؤخر منح الايجار ويؤجل الى جلسة يحدد تاريخها فيما بعد ويعلن عنها حسب نفس اشكال الجلسة الأولى، اذا قدم شخصان اوعدة اشخاص في ان واحد مزايدات متساوية تخولهم حقوقا متساوية في رسو المزاد²، و تجري مزايدات جديدة يشارك فيها هؤلاء الأشخاص دون سواهم ،واذا لم تقع أي مزايدة جديدة تجر القرعة بينهم حسب الكيفية التي يحددها رئيس مكتب المزاد ،ان المزاد الشفوي يضمن ارتفاعا اكيدا للاسعار بفضل الحيوية والنشاط الذي يخلقهما جو المزايدة ، غيرانه مشروط في المقابل حضور كافة المشاركين ،والمزايدة الشفوية تكون عن طريق الزيادة في الثمن علنا ، فعندما تطرح الصفقة في مزاد عام وعلني وبحضور الراغبين إلى مكان المزايدة ولا بد من أبعاد مكتب المزايدات عن الجمهور الحاضر ، وينبغي على المكلف أن

¹دة 24 من المرسوم التنفيذي 98/381 ، مرجع سابق.

²محمد الصالح قروي، مرجع سابق، ص 65.

يحتل مكانا مرتفعا ومقابلا للجمهور حتى يتمكن من رؤية الجميع ثم يعلن عن افتتاح الجلسة ويلبها فورا قراءة دفتر الشروط الخاصة¹.

الفرع الثاني : التعهدات المختومة

جاء في الفقرة ب من المادة 03 من دفتر الشروط المحدد لبنود وشروط الايجار عن طريق المزاد العلني للاراضي الوقفية الفلاحية مايلي : "يقدم عرض الايجار عن طريق تعهد عليه طابع ومصحوب باستمارة معلومات مطابقة للنموذج الذي تسلمه الادارة مع اثبات الكفالة المذكورة في المادة 05 ادناه."

يمكن أن يرسل عرض الايجار عن طريق البريد ، او يودع مباشرة في مقر المديرية الولائية للشؤون الدينية والأوقاف المعنية ، كما هو محدد في الاعلانات الاشهارية في موعد اقصاه اخر يوم عمل يسبق اليوم الذي تجري في عملية الفرز قبل اغلاق المكاتب ، ويترتب عن الايداع المباشر تسليم المودع وصلا، واذا كان الارسال عن طريق البريد يجب ان يكون في رسالة موسى عليها مع اشهار بالاستلام وفي ظرف مزدوج يحمل الظرف الداخلي منها العبارة التالية :التعهد من اجل ايجار الجزء رقم المزاد المؤرخ في ويترتب على عرض الإيجار قانونا قبول المتعهد كل الأعباء والشروط المفروضة في دفتر الشروط هذا ، ولا يمكن سحب التعهد ولا الغاؤه بعد تاريخ الاجل النهائي لإيداع المبين في الاشهار، وتحرر التعهدات المختومة بموجب مطبوعة تسلم مجانا للمزايدين بطلب منهم ويجب أن تصل هذه التعهدات المرسله عبر البريد في الآجال المحددة ، كما يمكن أن تلغي العروض قبل افتتاح جلسة الفرز، وفي المزاد، لصالح الملتزم الذي يعرض ثمنا اعلى ويجب أن يكون الملتزم حاضرا في جلسة فتح التعاهدات²

الفرع الثالث : المكتب المزاد

نبين هنا تركيبة المكتب ثم التزامات المكتب في اطار المرسوم التنفيذي رقم 14-70

اولا: تركيبة مكتب المزاد

استحدث مكتب المزاد لجنة فتح الاظرفة بوجب نص

¹ محمد امين بلقاسم، احكام البيع بالمزاد العلني وتطبيقاته في التشريع الجزائري ، مذكرة ماستر ، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة البويرة ، الجزائر، 2014، ص 36.

² محمد امين بلقاسم، مرجع سابق، ص 37.

الفقرة ج من المادة 3 من دفتر الشروط المتعلقة ببنود وشروط ايجار الأراضي الوقفية الفلاحية عن طريق المزاد العلني ،اذ تتكون للجنة التي تشرف على هذه العملية من :

- مدير الشؤون الدينية الأوقاف بالولاية او ممثله رئيسا
- مدير الفرع الولائي لديوان الوطني لأراضي الفلاحية او ممثله عضوا
- موظف بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف بالولاية عضوا
- حضور المتعهدين او من يمثلهم بموجب وكالة

ثانيا : مهام مكتب المزاد

ويجب على اللجنة المذكورة أعلاه أن تقبل العرض الوحيد المتعلق بجزء معين، أو العرض الانفع لحساب الأوقاف في حالة تعدد التعهدات التي تتعلق بالجزء نفسه ، في حالة تساوي العروض يدعى المتنافسون لانتقاء الفائز منهم بعد تقديم تعهدات جديدة اعتمادا على العروض المذكورة ، وإذا انعدمت العروض يعين الراسي عليه المزاد من بين المتنافسين المعنيين بواسطة القرعة.

المطلب الثاني: ابرام عقد الايجار الأراضي الوقفية الفلاحية عن طريق التراضي

تعد هذه الطريقة استثناء عن القاعدة العامة المزاد العلني ، اقرها المشرع الجزائري تطبيقا لنص المادة 25 من المرسوم رقم 98-381 في حالات خاصة هي نشر العلم وتشجيع البحث العلمي فيه وسبل الخيرات، كما أنه تؤجر الأملاك الوقفية المخصصة للفلاحة استثناء عن طريق التراضي وذلك لسببين، اذا اثبت عدم جدوى الايجار عن طريق المزاد العلني بعد تنظيم عمليتين متتاليتين للايجار¹ اولتشجيع الاستثمارات الفلاحية المنتجة المستدامة²، والايجار بالتراضي يتطلب ترخيصا من الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف، بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف من اجل قفل الباب أمام الذين يريدون التلاعب بالاملاك الوقفية ،وتاجيرها عن طريق المحاباة ، او اصحاب النفوذ.³ وقد أجاز المشرع الجزائري هاذا الاستثناء في ايجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة بموجب المواد من 20 الى 2 من المرسوم التنفيذي رقم 14-70 بحيث يتم ابرام عقود ايجار الأملاك الوقفية بين الهيئة المكلفة بالاوقاف ممثلة على المستوى الولائي بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف تطبيقا للمادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 200/2000 ، وعليه يكون ابرام هذه العقود تطبيقا لنص المادتين 324-324 مكرر أمن القانون المدني المعدل والمتمم، ويكرس الايجار بالتراضي بعقد

¹المادة 20 من المرسوم التنفيذي 98 / 381 يحدد شروط ادارة الأملاك الوقفية ، مرجع سابق

²المادة 21 من المرسوم التنفيذي 14 / 70 يتضمن ايجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة ، مرجع سابق .

³خالد رمول، المرجع سابق، ص 128. خير الدين بن مشرين، المرجع السابق، ص171.

يرفق بدفتر شروط يعد وفق شكل نموذجي يحدد بقرار من وزير الشؤون الدينية والأوقاف تطبيقاً لنص

المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 14-70 ومن خلال هذا المرسوم السالف الذكر والمرسوم التنفيذي رقم 381-98 فقد بين دوافع الجوء لصيغة الايجار بالتراضي (الفرع الأول) ولهذا النوع من صيغ الايجار اهداف اقراها مرسوم تنفيذي رقم 14/70 (الفرع الثاني) اضافة الى شروط اللجوء لهذه الصيغة من الإيجار (الفرع الثالث).

الفرع الأول: دوافع للجوء لصيغة الايجار بالتراضي

سبق وان اشرنا بان الايجار بتراضي ماهو الا استثناء يرد على القاعدة العامة الا وهي ايجار الأراضي الوقفية الفلاحية عن طريق المزاد العلني ، ويتم اللجوء الي صيغة الايجار بالتراضي لدوافع نصت عليها المادة 20 من المرسوم التنفيذي 14-70 حيث نص على "تؤجر الأراضي الوقفية الفلاحية بالتراضي بترخيص من الوزير المكلف بالشؤون الدينية والاوقاف بعد تنظيم عمليتين متتاليتين للايجار عن طريق المزاد العلني اثبتا عدم الجدوى"، وتتحق عدم الجدوى عندما يتضح أن الدعوى للمنافسة غير مجدية ، او كانت العروض المستلمة غير مطابقة لدفتر الشروط، أو لعدم بلوغها التاهيل الأولي التقني كما نكون أمام هذه الحالة اذا تم استلام عرض واحد فقط ، او اذا تم التاهيل الأولي والتقني العرض واحد فقط، أو لم يتم تأهيل اي عرض بعد تقييم العروض المستلمة .¹

الفرع الثاني: اهداف للجوء لصيغة الايجار بالتراضي

نصت المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 14-70 علي انه ".... يمكن أن يتم التاجير بالتراضي لتشجيع الاستثمارات الفلاحية المنتجة المستدامة"، وقد اقر المشرع الجزائري هذه الطريقة بموجب المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 381-98 بحيث اكد من خلالها على امكانية تاجير الملك الوقفي بالتراضي لفائدة نشر العلم والبحث فيه، وسبل الخيرات.²

فإيجار الأراضي الوقفية عن طريق التراضي يشجع على الاستثمار في المجال الفلاحي مما يحقق التنمية المستدامة.

¹ عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الادارية، دار الهدى، دط، الجزائر، 2010، ص 105.

² خير الدين بن مشرين ، المرجع السابق ، ص 193.

الفرع الثالث: شروط اللجوء لصيغة الايجار بالتراضي

اعتبر المشرع الجزائري ايجار الأملاك الوقفية بالتراضي كطريقة استثنائية عن القاعدة العامة تشجيعا للاستثمارات الفلاحية وشروط صيغة ايجار الأراضي الوقفية الفلاحية تتمثل في مايلي :

1- استصدار إذن من الوزير المكلف

بالشؤون الدينية والأوقاف ، فالتراضي يجب أن يكون مسبقا بترخيص من الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف المنصوص عليها بالمادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381¹.

2- تحديد السلطة المكلفة بالأوقاف قيمة الايجار بالتراضي وفق مقتضيات السوق العقارية تطبيقا لنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 14-70، ويكرس الايجار بالتراضي بعقد مرفق بدفتر شروط يعد وفق شكل نموذجي يحدد بقرار من الوزير الشؤون الدينية والأوقاف نشير في الاخير الى انه في اطار التسيير الاستثماري للوقف تقوم اللجنة بدراسة واعتماد الوثائق النمطية المتعلقة بايجار الأملاك الوقفية عن طريق المزاد العلني ، او بالتراضي، كما تشرف على اعداد دفتر شروط نموذجي لايجار الأملاك الوقفية في ضوء فقه الأوقاف ، والتنظيمات سارية المفعول.²

المطلب الثالث: اجراءات تحويل حق الانتفاع الدائم او الامتياز الى حق ايجار وقفي

لقد تعرضت الأملاك الوقفية للتأميم والاستحواذ عليها شأنها في ذلك شأن العقار الفلاحي في الجزائر ، حيث طالها التعدي سواء من قبل الدولة ، او من الخواص ، علما أن الأراضي الوقفية المؤممة منها قد منحت للأفراد في ايطار مختلف الصيغ الاستثمارية الفلاحية ، وقد عملت السلطات الجزائرية الى استرجاع هذه الأراضي وايجارها بالطرق العادية، أو عن طريق تحويل حق الانتفاع الدائم (الفرع الاول) وحق الامتياز الى ايجار (الفرع الثاني) والسلطة المكلفة بتحويل حق الانتفاع الدائم وحق الامتياز الى حق ايجار وقفي (الفرع الثالث) وهذا ما سيتم ادناه .

اولا : تعريف حق الانتفاع الدائم

صدر القانون رقم 87-19 المؤرخ في 1987/12/08 ونص على حق الانتفاع الدائم الذي يحمل مدلولا مخالفا لما جاء في النصوص السابقة ، حيث كيفه بانه حق عيني عقاري يمنح على

¹صورية زردوم، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة مجيستير، قانون العقاري، كلية الحقوق جامعة باتنة، الجزائر، 2010، ص134.

²خير الدين بن مشرين ، الادارة المركزية للأوقاف العامة في الجزائر من التاصيل الفقهي الي الاختيارات القانونية دار الخلدونية، دط، الجزائر، 2016، ص 103

الشيوع بالتساوي بين الاعضاء المستثمرة الجماعية ، وانه حق قابل للنقل والتنازل والحجز عليه ، وهذا هو تعريف حق الانتفاع الدائم في مفهوم قانون المستثمرات الفلاحية.¹

كما يمكن تعريف من خلال الأحكام المنظمة لحق الانتفاع في التقنين المدني، حيث يعرف : انه حق عيني، يخول للمنتفع سلطة استعمال شيء مملوك للغير ، واستغلاله مع وجوب المحافظة عليه لرده إلى صاحبه عند نهاية الانتفاع الذي ينتهي حكما بموت المنتفع² ، وقد منح قانون المستثمرات الفلاحية حقين هما حق الانتفاع دائم على مجمل الأراضي المكونة للمستثمرة ، وحق امتلاك جميع الممتلكات وتبعاً لذلك تبقى الارض ملكاً للدولة يكون لها حق امتلاك الرقبة ، ولاعضاء المستثمرة حق الانتفاع الذي يورث.³

ثانيا : الاجراءات تحويل حق الانتفاع الدائم الي حق الايجار

نصت المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 14-70 على انه " يستفيد من الايجار الذي يخضع لنظام خاص ، اعضاء المستثمرات الجماعية ، والفردية ، الحائزون حق الانتفاع الدائم بموجب عقد رسمي ، او قرار من الوالي " ، ونصت المادة 29 من المرسوم التنفيذي ذاته ؛ "يتعين على اعضاء المستثمرة الفلاحية المنصوص عليهم في المادة 25 اعلاه ان يقوموا في اجل سنة واحدة (1) ابتداء من تاريخ نشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية بايداع طلباتهم لديوان الوطني لأراضي الفلاحية التحويل حق الانتفاع الدائم الى ايجار بالتنسيق مع السلطة المكلفة بالأوقاف" باستقراء المادتين 25 و 29 من مرسوم التنفيذي رقم 14-70، ويلاحظ بان المشرع الجزائري لم يبين الاجراءات المتبعة في تحويل حق الانتفاع الدائم الى حق الايجار، واكتفى بالقول أن لى الاعضاء المستثمرة ايداع طلباتهم لديوان الوطني للأراضي الفلاحية بالتنسيق مع السلطة المكلفة بالأوقاف.

¹ مؤمن بوضيبيات، المرجع السابق، ص 118.

² اسلام شريفي، حق الانتفاع الدائم في ظل قانون المستثمرات الفلاحية، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق جامعة المدية، الجزائر، 2012، ص 24.

³ محمد حجازي، (اشكاليات العقار الصناعي والفلاحي وتأثيرها على الاستثمار في الجزائر)، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، الجزائر، ع 16، سنة 2012، ص 328.

المبحث الثالث: التصرف في أصل الملك الوقفي بالاستبدال

إن استبدال الوقف استثناء من المبدأ العام القائل بعدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي، وكما أن منع التصرف يخدم الوقف ويرعى مصلحته؛ من حيث أنه يحقق الديمومة والاستمرارية للعين الموقوفة، فإن الاستبدال أيضا أقره الفقهاء رعاية المصلحة الوقف وحفاظا على الغرض الذي أنشئ من أجله. ورغم أن الاستبدال كتصرف قانوني، يعتبر من أهم التصرفات وأكثرها حساسية، إلا أن الفقهاء لم يتناولوه بإسهاب في كتبهم، كما أن المشرع الجزائري خصص له مادة وحيدة في قانون الأوقاف رقم 91-10، اقتصر في نصها على تعداد حالاته فقط، مما يستدعي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لبحث مفهوم الاستبدال (المطلب الأول)، وإلى شروطه (المطلب الثاني)، وأخيرا إلى إجراءاته (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم الاستبدال

يعتبر الاستبدال من أهم وأخطر الشروط التي يهتم الواقفون بالنص عليها أو النهي عنها، وذلك نظرا لأهميته وتعلقه بمشيئة الواقفين وتأثيره الكبير في تنظيم أحوال أوقافهم¹ كما أنه أحد التصرفات القانونية الهامة، التي أقرها الفقهاء مراعاة لمصلحة الوقف وإعمالا لمقاصده. ودراسة مفهوم الاستبدال تقتضي تناول تعريفه وحكمه (الفرع الأول)، ثم التعرف على حالاته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الاستبدال وحكمه

مصطلح الاستبدال ليس بالمصطلح الغريب عن اللغة العربية، ولا عن الفقه الإسلامي الذي عني بموضوع الوقف، وهو معروف كذلك في القوانين العربية والإسلامية التي تبنت نظام الوقف. ولكن رغم شيوع هذا المصطلح، إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في جواز هذا التصرف من عدمه.

أولا: تعريف الاستبدال

الاستبدال في اللغة مأخوذ من البذل، وبذل الشيء غيره. وتبذل الشيء وتبدل به و استبدله واستبدل به، كله: اتخذ منه بدلا. واستبدل الشيء بغيره وتبدله به، إذا أخذه مكانه². وفي الاصطلاح الفقهي، الاستبدال أحد التصرفات الخاصة ومعناه: مبادلة العين الموقوفة بغيرها أو بيعها والشراء بثمنها عينا أخرى تكون وقفا بدلا منها³. فهو يعني أحد أمرين:

¹ جمال الخولي، استبدال واغتصاب الأوقاف (دراسة وثائقية)، دار الثقافة العلمية، الإسكندرية، 2001، ص 32.

² لسان العرب المحيط، نقلا عن الباحث العربي (قاموس عربي عربي)، على موقع: www.baheth.info

³ جمال الخولي، مرجع سابق، ص 22.

- بيع العين الموقوفة لشراء عين أخرى تكون وقفا بدلها¹.

- المقايضة على عين الوقف بعين أخرى².

ما المشرع الجزائري فلم يعرف الاستبدال عند تطرقه إليه في نص المادة 25 من قانون الأوقاف، بل اقتصر على ذكر حالاته فقط. ولكنه تطرق إلى المقايضة، في إطار تنظيمه لطرق استغلال الأملاك الوقفية، وذلك بموجب الفقرة الثانية من المادة 26 مكرر 6 من قانون الأوقاف المعدل رقم 01-07، بنصها: « عقد المقايضة الذي يتم بمقتضاه استبدال جزء من البناء بجزء من الأرض، مع مراعاة أحكام المادة 24 من القانون رقم 91-10 ». فحصر بذلك عملية المقايضة في استبدال جزء من البناء بجزء من الأرض، دون أن تمتد العملية إلى مقايضة جزء من الأرض بجزء من البناء.

ثانيا: حكمه

راعي الفقهاء عند كلامهم في إبدال الوقف المصلحة، فكانت تقييماتهم، وكذلك فتاواهم مرتبطة بالمصلحة؛ سواء كانت هذه التقييمات بجواز استبدال الوقف أم منعه³.

وقد اتفق جمهور الفقهاء على عدم جواز استبدال المسجد مطلقا، خلافا للحنابلة الذين لم يفرقوا في الاستبدال بين المسجد وبين غيره، إذا خرب وتعطلت منافعه⁴.

أما فيما عدا المسجد فاختلفت آراؤهم. **فصل الحنفية القول في مسألة استبدال الوقف، وانقسموا في ذلك إلى رأيين. أولهما: رأي أبي يوسف ومن تبعه، ورأوا بأن الواقف إذا شرط استبدال الوقف، فالوقف يكون صحيحا والشرط نافذا⁵، أما إذا لم يذكره الواقف في وقفه وسكت عن ذلك، وصار الوقف غير منتفع به بالكلية أو لا يفي مؤنته، فإنه إعمالا لمصلحة الوقف والموقوف عليهم، يجوز استبدال الوقف بغيره⁶.** وأما الرأي الثاني وهو رأي محمد بن الحسن الشيباني ومن تبعه وهم قليل

¹المرجع نفسه، ص 22.

²محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 269. و 37

³راغب السرجاني، روائع الأوقاف في الحضارة الإسلامية، الطبعة الأولى، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، الجيزة (مصر)، 2010، ص 39.

⁴ابراهيم عبد اللطيف ابراهيم العبيدي، استبدال الوقف رؤية شرعية اقتصادية قانونية، الطبعة الأولى، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، 2009، ص 60.

⁵المرجع نفسه، ص 60.

⁶راغب السرجاني، مرجع سابق، ص 39.

- فيرون أن الاستبدال لا يجوز، فالوقف جائز وقائم، إلا أن شرط الاستبدال باطل، لأن هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زوال الوقف¹.

وفرق المالكية في الاستبدال بين العقار والمنقول. فأجمعوا على عدم جواز استبدال العقار الموقوف كأصل عام، واستثنوا من ذلك حالات الضرر البالغ. أما المنقول فأغلب أقوالهم مالت إلى جواز استبداله إذا دعت إلى ذلك مصلحة². والذي يفهم من قول المالكية أن الأصل عدم بيع الموقوف إذا تغيرت صورته، إن كانت ترجى منفعته، أو ينتفع به على حالته تلك، سدا لذريعة التلاعب بالوقف وأكل ثمنه³ فقد يهمله الناظر عمداً أو يشترك مع من يريد شراءه، في تخريبه⁴. أما الشافعية، فتدل عبارة بعض كتبهم على منع الاستبدال مطلقاً، إذ نصوا على ذلك بعبارة مشهورة عندهم «لا يباع موقوف وإن خرب»⁵. فالوقف إذا كان فيه ريع ولو كان قليلاً لا يباع عند الشافعية، حتى ولو و أذن بذلك القضاء على مذهبهم؛ الحاصل أن الشافعية في الجملة، والمالكية أشد الآراء في عدم جواز بيع الوقف.

وحصر الحنابلة جواز استبدال الوقف على حال الضرورة، المتمثلة بكون الوقف غير صالح للغرض الذي كان منه، بحيث صار لا ينتفع به على الوجه الذي وقف لأجله⁶. ولا يفرقون في ذلك بين المسجد وغيره، فرغم أن الأصل أنه لا يجوز نقل المسجد وإيداله وبيع ساحته، وجعلها سقاية وحوانيت⁷، إلا أنهم أفتوا بجواز إبدال مسجد بغيره، إذا كان في ذلك مصلحة ينتفع بها الموقوف عليهم، أو الناس عامة⁸.

بهذا نصل إلى أن الفقهاء قد أجازوا مبدأ استبدال العقارات الوقفية في حالات معينة، وضمن شروط خاصة من شأنها؛ بقاء عطاء هذه العقارات واستمرار ثوابها، وهو ما يعرف بالمسوغ

¹ راغب السرجاني، مرجع سابق، ص 40.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 7677.

³ كمال لدع، مرجع سابق، ص 44.

⁴ راغب السرجاني، مرجع سابق، ص 42.

⁵ ابراهيم عبد اللطيف ابراهيم العبيدي، مرجع سابق، ص 77.

⁶ المرجع نفسه، ص 80.

⁷ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 76_81.

⁸ راغب السرجاني، مرجع سابق، ص 42.

الشرعي للاستبدال، وبعبارة أخرى، لا يجوز بيع الوقف إلا في الحالات التي تحفز إليها الضرورة الملحة وتتجلى منها مصلحة الوقف.¹

الفرع الثاني: حالات الاستبدال

يجوز استبدال الوقف في حالات محددة، اختلف الفقهاء في تعدادها، كما أن المشرع الجزائري لم يغفل حصرها في نص المادة 24 من قانون الأوقاف رقم: 10-91.

أولاً: حالات الاستبدال في الفقه الإسلامي

الاستبدال عند الحنفية يختلف حسب وضعية العين الموقوفة، إذا ما كانت خربة أو عامرة. فالوقف الذي خرب بحيث لا يمكن الانتفاع به كلياً، يجوز استبداله إذا كان الاستبدال بإذن القاضي. أما الوقف العامر من الأرض، فلا يجوز استبداله إلا في أربعة مسائل:

1. إذا شرط الواقف استبداله.
2. إذا غصبه غاصب، وأجرى عليه الماء، حتى صار بحراً، فيضمن القيمة، ويشترى المتولي بها أرضاً بدلاً.
3. أن يجده الغاصب ولا بينة، وأراد دفع القيمة فللمتولي أخذها ليشتري بها بدلاً.
4. أن يرغب إنسان فيه ببديل أكثر غلة، أحسن مكاناً، فيجوز على قول أبي يوسف وعليه الفتوى².

أما المالكية فالاستبدال عندهم يجوز في حالة واحدة وهي: أن يشتري منه بحسب الحاجة لتوسعة مسجد أو طريق³.

وكذلك الأمر عند الحنابلة الذين يحصرون الاستبدال في حالة الضرورة المتمثلة في كون الوقف غير صالح للغرض الذي أنشئ لأجله.

ثانياً: حالات الاستبدال في قانون الأوقاف الجزائري

نص قانون الأوقاف الجزائري في المادة 24 منه على حالات الاستبدال، والتي جاءت على سبيل الحصر لا الاستثناء، على أن الحالات المبينة في نص المادة، تثبت بقرار من السلطة الوصية، بعد المعاينة والخبرة، وهذه الحالات هي:
و حالة تعرضه للضياع أو الاندثار.

¹ منذر عبد الكريم القضاة، مرجع سابق، ص 168

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 7676.

³ المرجع نفسه، ص 7677.

و حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه. و حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية. و حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء اتيانه بنفع قط.

الملاحظ من المادة، أن الحالة الثانية المسماة حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه، هي في العقار تكرر مع الحالة الأخيرة المسماة حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء اتيانه بنفع قط.

كما وضع قانون الأوقاف حالة أخرى خاصة، يجوز فيها الاستبدال في غير هذه المادة وهو ما نص عليه في المادة 38 منه في فقرتها الثانية بقوله "وما فوت منها باستحالة استرجاع العين الموقوفة وجب تعويضها وفقا للإجراءات المعمول بها". والحالة هذه في الأوقاف التي أمتت في إطار أحكام الأمر رقم 71-73، المتضمن الثورة الزراعية.

المطلب الثاني: شروط الاستبدال

انقسم الفقه في مسألة استبدال الأوقاف إلى فريقين: مؤيد ومعارض، وكان كل فريق يبحث عن غاية مهمة جدا، وهي تحقيق المصالح والمنافع المرجوة من الوقف؛ فالذي قال بجواز البيع أو البديل، كان يرمي إلى تأييد الوقف، واستمرارية النفع والفائدة، ولو في مكان آخر أو في وقت آخر، والذي قال بعدم جوازه كان يهدف إلى عدم التلاعب بالأوقاف؛ حفاظا على مصلحة الموقوف عليهم¹، فأما الذين قالوا بجواز استبدال الوقف، فقد وضعوا له شروطا إذا تحققت، كان الاستبدال صحيحا لا ينقض، ولا يمكن الطعن فيه². تم تناول العملية فتعلقت الشروط بالعين الموقوفة (الفرع الأول)، كما تعلقت بالشخص الاستبدال الفرع الثاني)، وكذلك بالبديل (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالعين الموقوفة

تختلف شروط الاستبدال المتعلقة بالعين الموقوفة، حسب اختلاف نوع العين وطبيعتها. فإذا كانت العين الموقوفة مسجدا، أجمع الفقهاء على عدم جواز بيعه واستبداله، فقال الحنفية، لا تتسلخ عن المسجد صفة المسجدية ولو استغني عنه، فلو خرب المسجد وليس له ما يعمر به، وقد استغني الناس عنه ببناء مسجد آخر، يبقى مسجدا³. بينما أجاز الحنابلة استبداله بشرط توفر المصلحة؛ فإذا صار المسجد غير صالح للغاية التي شيد من أجلها كأن ضاق

¹ راغب السرجاني، مرجع سابق، ص 45.

² جمال الخولي، مرجع سابق، ص 94.

³ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 7673.

على أهله، ولم يمكن توسيعه حتى يسعهم جميعا، أو خربت الناحية التي فيها المسجد، وصار غير مفيد؛ بحيث صار لا رواد له، ولا نفع منه، فيمكن أن يباع ي مثل هذه الأحوال، ويصرف ثمنه في بناء مسجد آخر¹.

أما في غير المسجد، فقد رأى الفقهاء أن استبدال الوقف، لا بد أن ينضبط بالمصلحة العائدة على العين الموقوفة والموقوف عليهم، هذه المصلحة التي تكمن في استمرارية الوقف في الصرف على أوجه البر والخير²، لذلك وجب قيام المصلحة التي تستدعي الاستبدال، كخروج العين الموقوفة عن الانتفاع بها بالكلية، مع عدم وجود ريع للوقف يعمر به³. وكان تقتضي المصالح العامة للأمة توسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام، فتباع الأحباس لأجل أن لا تتعطل مصالح الناس الدنيوية، من شوارع وجسور وما إلى ذلك، والأخروية المتعلقة بها، من دفن الموتى أو غيرها⁴. اشترط المشرع الجزائري في نص المادة 24 من قانون الأوقاف، أن يكون الوقف تعرض للضياع والاندثار، أو فقدت منفعته، ولم يمكن إصلاحه، أو حالة الضرورة العامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام، على أن تحديد الحالات التي يستوجب فيها الاستبدال وإثباتها يكون بموجب قرار من السلطة الوصية، بعد إجراء المعاينة والخبرة.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالقائم بعملية الاستبدال

قد يشترط الواقف استبدال الوقف لنفسه، أو لغيره، باعتبار الواقف أو الغير الذي حدده هو المتولي على الوقف. وفي حالة ما إذا صار الموقوف بحالة لا ينتفع بها عموما، فقد رأى جمهور الفقهاء، ممن أجازوا الاستبدال، أن يحكم به القاضي. أما الحنابلة الذين أجازوا الاستبدال أيضا بشرط المصلحة، فقد قرروا أن الذي له البيع والشراء في الاستبدال، إنما هو الحاكم، إذا كان الوقف على مصلحة عامة، أما إذا كان على معين، فالذي يتولى ذلك إنما هو الناظر الخاص، ويحتاط الناظر بالحصول على إذن الحاكم لها⁵.

هو ناظر الوقف، حسب نص المادة 33 بالنسبة للمشرع الجزائري، فإن متولي الوقف من قانون الأوقاف رقم 91-10.

¹ابراهيم عبد اللطيف ابراهيم العبيدي، مرجع سابق، ص 90.

²المرجع نفسه، ص 40.

³رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص 69؛ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 7676.

⁴ابراهيم عبد اللطيف ابراهيم العبيدي، مرجع سابق، ص 71.

⁵ابراهيم عبد اللطيف ابراهيم العبيدي، مرجع سابق، ص 134.

يشترط في متولي الوقف أو الناظر عند قيامه بعملية الاستبدال؛ أن لا يبيع العين الموقوفة ، لمن لا تقبل شهادتهم له من الأصول والفروع، لأن في ذلك شبهة ، ولا لمن عليه دين على الناظر¹، لأن الأخير قد يعجز عن الوفاء بالثمن فيضيع الوقف².

كما لا يجوز للمتولي على الوقف أن يبيع العقار الموقوف لنفسه، وذلك حفاظا على الوقف وعدم تعرضه للضياع، بأن يبيعه لنفسه بثمن بخس أو يبدله بشيء رخيص. كما أنه لا يجوز له بيع الموقوف بثمن مؤجل، وذلك خوفا من العجز عن الأداء، مما يؤدي كذلك إلى ضياع الوقف³. اشترط الفقهاء كذلك، عدم توزيع ثمن الوقف على المستحقين، خوفا من ضياع ثمن الوقف قبل شراء البديل، أي قبل شراء عقار آخر يحل محل العقار المباع، وعلى هذا يصح استبدال العقار الموقوف بالدرهم، على أن يأخذ من العقار المباع حكم الوقف، حتى يتم شراء عقار آخر⁴. ولذلك يجب أن يوضع المال المتحصل عليه من بيع المال الموقوف لدى الصندوق المركزي للأوقاف، الذي أنشأته وزارة الشؤون الدينية، بقرار مشترك مع وزير المالية⁵.

الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالبديل

اتفق الفقهاء على أنه لصحة الاستبدال، يشترط أن لا يكون البيع بغبن فاحش⁶. والغبن عند الفقهاء، هو ما لا يدخل في تقويم الخبراء؛ لأن البيع بغبن فاحش، ظلم وتبرع بجزء من عين الوقف⁷. فالغبن هو عدم التعادل المادي للأداءات، فهو عيب في محل العقد لا في الإرادة، فمعيار الغبن إذا هو معيار مادي⁸.

حدد الفقهاء الغبن بالخمسة في ثمن العقار وقت البيع، وتبعهم في ذلك المشرع الجزائري، حيث نص في المادة 358 ق.م.ج «إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل». هذا إذا تم الاستبدال عن طريق البيع بثمن نقدي وشراء

¹ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 7676.

² جمال الخولي، مرجع سابق، ص 95

³ موسى سامي، مرجع سابق، ص 42

⁴ نادية ابراهيمي، مرجع سابق، ص 124.

⁵ قرار وزاري مشترك مؤرخ في 02 مارس سنة 1999، يتضمن إنشاء صندوق مركزي للأموال الوقفية، ج.ر. عدد 32، صادر في 02 ماي 1999.

⁶ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 7676؛ محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 273، جمال الخولي، مرجع سابق، ص 95.

⁷ محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مطبعة أحمد علي مخيمر، القاهرة، 1959، ص 197.

⁸ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المنى الجزائري، د.و.م.ج، بن عكنون، 2001، ص 70.

وقف آخر، يكون وقفا على ما كان عليه الأول، أما إذا كان الاستبدال بالمقايضة، فإذا أبدل المال الموقوف بآخر، فإن مال البديل ينبغي أن يكون متلائماً مع المال الموقوف أصلاً، وإلا اعتبر ذلك غيباً فاحشاً¹.

المطلب الثالث: إجراءات الاستبدال

إن الاستبدال تصرف هام، ينبغي لإتمامه المرور بمراحل تبدأ من وقت طلبه حتى الحكم بنفاذه ولزومه². ولقد أغفلت المصادر الفقهية هذه النقطة رغم أهميتها، حيث لا يوجد نص يمكن الرجوع إليه، سوى ما ذكره الطرسوسي في كتابه "أنفع الوسائل"، فقد أعطى رأيه فيما ينبغي أن يكون عليه الاستبدال، وصور لنا بدقة الخطوات التي يجب أن تمر بها قضية الاستبدال، وذلك حتى يخرج سالماً من كل عيب، خالياً من كل مأخذ، وهو يشدد فيه كثيراً، ويحتاط لكل خطوة، حتى ذهب إلى القول بأن على القاضي أن يقف بنفسه على العين المراد استبدالها (أي يقوم بكشفها)، وكذلك على العين التي تؤخذ بدلاً، ويتحقق من وجود الغبطة والمصلحة في جانب الوقف، ثم يكلف اثنين من عدوله لهم خبرة بالعقارات، أن يكشفاه ويقدرا قيمته، وبعد ذلك يأذن فيه، ثم يشهد على الاستبدال ويحكم به³.

لم ينظم المشرع الجزائري إجراءات الاستبدال، غير أنه من البديهي أن أول إجراء ينبغي تحقيقه هو إثبات الملك الوقفي (الفرع الأول)، وبعده يتم بيع الملك الوقفي أو مقايضته (الفرع الثاني)، ثم حلول العين المبدلة محل العين المستبدلة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: إثبات الملك الوقفي

تظهر أهمية توفير وسائل إثبات الوقف والبحث عنها الاستعمالها، خصوصاً في استرجاع الأوقاف التي تم الاستيلاء عليها طوالة عقود طويلة من الزمن⁴، وكذلك استعمالها في عملية الاستبدال، ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 35 من قانون الأوقاف: « يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية ». ومن أهم طرق إثبات الوقف:

¹ موسى سالمي، مرجع سابق، ص 41.

² جمال الخولي، مرجع سابق، ص 96.

³ جمال الخولي، مرجع سابق، ص 96.

⁴ محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري (دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والقرارات القضائية)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة (الجزائر)، 2006، ص 94.

أولاً: العقد:

وهو إما أن يكون عقدا رسميا أو عرفيا.

1- **العقد الرسمي:** عرفته المادة 324 ق.م.ج، وهو أنواع:

أ- **العقد التوثيقي:** وهو العقد الذي يبرمه الموثق، وفقا لما نصت عليه المادة 41 من قانون الأوقاف.

ب- **العقد الإداري:**

وهو المحرر الرسمي الذي يصدر عن جهة إدارية مخولة قانونا، يتضمن بيع أو نقل، أو تنازل عن عقار أو حق عيني عقاري، ومثله العقود المتضمنة تحويل الأملاك المخصصة للمساجد والمشاريع الدينية، أو عقود إرجاع الأملاك الوقفية التي كانت موضوع تأميم طبقا لقانون الثورة الزراعية¹.

ج- **العقد الشرعي:** الذي كان من اختصاص القاضي الشرعي قبل صدور قانون التوثيق السنة 1970 ودخوله حيز التنفيذ، و تعتبر عقود القاضي الشرعي رسمية، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 03/06/1989.²

2- **العقد العرفي:**

هو العقد الذي يبرمه الأطراف بينهم دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة، وهنا لا بد من التمييز بين مرحلتين:

- العقود العرفية المبرمة قبل 01/01/1971، تاريخ بدء سريان قانون التوثيق 70/91³، تكون صحيحة متى اكتسبت تاريخا ثابتا قبل هذا التاريخ.

- العقود العرفية المبرمة بعد 01/01/1971، ثار خلاف حول إخضاع العقود العرفية القاعدة الرسمية المنصوص عليها في المادة 12 من القانون رقم 91/70، فبينما نصت المادة على اشتراط الرسمية في كل المعاملات العقارية، مهما كان نوعها، تحت طائلة البطلان، صدر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية في 16/11/1999⁴، ليقر بأن عقد الحبس لا

¹ محمد كنازة، مرجع سابق، ص 97.

² قرار مؤرخ في 03/06/1989، ملف رقم 40097، م.ق عدد 01، سنة 1992، ص 119.

³ أمر رقم 70-91 مؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970، يتضمن تنظيم التوثيق، ج.ر عدد 107، صادر في 25 ديسمبر سنة 1970.

⁴ قرار مؤرخ في 16/11/1999، ملف رقم 234 655، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص 2001، ص 314.

يخضع للرسمية ، لأنه من أعمال التبرع، التي تدخل في أوجه البر المختلفة، المنصوص عليها شرعا.

ثانيا: الشهادة:

اعتمد المشرع الجزائري على الشهادة في إثبات الوقف، فنصت المادة 08 فقرة 05 من قانون الأوقاف: «الأملك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار»..

نظم المشرع الجزائري مسألة الشهادة ليعطيها طابعها الرسمي¹، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-2336²، المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها.

1- وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي: هي عبارة عن شهادة مكتوبة يدلي بها شاهد عدل³، وفقا للنموذج المحدد في ملحق المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 تتضمن الشهادة، طبقا لنص المادة 04 من المرسوم، وجوبا ما يأتي:

و المعلومات الخاصة بالشهود مع توقيعاتهم. و التصديق من قبل المصلحة المختصة بالبلدية أو أي سلطة أخرى مؤهلة قانونا. و رقم تسجيلها في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا.

وبعد جمع أكثر من ثلاث وثائق من الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي، تصدر مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا، وطبقا للمادة 5 من المرسوم، شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي محل الإشهاد.

2- الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي: هي وثيقة تصدر في الشكل الرسمي، وتخضع إلى التسجيل والإشهار العقاري، طبقا لنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-336، حدد

¹ محمد كنانة، مرجع سابق، ص 100.

² مرسوم تنفيذي رقم 2000-336 مؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2000، يتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها، ج.ر عدد 64، صادر في 31 أكتوبر سنة 2000.

³ محمد كنانة، مرجع سابق، ص 100.

شكلها ومحتواها بموجب القرار المؤرخ في 26 مايو سنة 2001¹، الصادر عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف، وطبقا للمادة 3 من القرار، تتضمن الشهادة وجوبا: عنوان الشهادة. و المراجع القانونية المعتمدة و رقم وتاريخ تسجيل وثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف، المختصة إقليميا و تحديد مساحة الملك وموقعه.

توقع الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقف من قبل مدير الشؤون الدينية والأوقاف، وتخضع إلى إجراء التسجيل في السجل الخاص بالملك الوقفي، وكذلك إلى إجراء الإشهار في المحافظة العقارية المختصة، طبقا للأحكام المرسوم التنفيذي رقم 336-2000. ويكون إجراء الإشهار مجانيا طبقا لنص المادة 44 من قانون الأوقاف

التي تعفي الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى، لكونها عملا من أعمال البر. وبعد إتمام هذه الإجراءات، يمكن إجراء عملية الاستبدال.

الفرع الثاني: بيع الملك الوقفي أو مقايضته

يتم استبدال الوقف إما بعقار أو بالنقود، غير أن بعض الفقهاء، يرون حصر المبادلة بالعقار فقط، لئلا يأكل النظار النقود، ولأنه قل أن يشتري بها الناظر بدلا².

لكي يكون بيع العين الموقوفة مضمونا ويرجى منه تحقيق أعلى مبلغ، تذهب جل التشريعات إلى أن تجله عن طريق المزايدة أولا وإن لم يكن، فيكون عن طريق التراضي³.

فالمشرع العراقي وضع عدة تعليمات ونصوص تنظم عملية استبدال الوقف، وفق أنظمة تبين طرائق المزايدات والمناقصات فيه، من أجل أن تكون حاجزا يمنع الغبن في عملية الاستبدال والانحراف بالمحاباة أو بتفويت مصلحة الوقف، لحساب أشخاص لهم نفوذ أو سلطان⁴، فصدر بذلك نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم 45 لسنة 1969⁵، المعدل سنة 1970، وتضمنت المادة 18 منه، منع طائفة من الأشخاص أن يكونوا طرفا في الاستبدال، وهم: رئيس

¹ قرار مؤرخ في 26 مايو سنة 2001، يحدد شكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، ج.ر عدد 31، صادر في 6 يونيو سنة 2001.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 7676.

³ موسى سامي، مرجع سابق، ص 47.

⁴ محمد عبيد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الثاني، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977، ص 47-48.

⁵ نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم 45 لسنة 1969، الوقائع العراقية، العدد رقم: 1777،

تاريخ: 14/09/1969.

الوزراء، ونوابه، والوزراء، وأعضاء المجلس الأعلى للأوقاف، وأعضاء لجنة المزايدات والمناقصات ولجنة التقدير، وأقرباؤهم لحد الدرجة الرابعة، ومستخدموهم¹. أما المشرع الجزائري، فلم ينص على إجراءات الاستبدال، ولم يقرر طريقة بيع الوقف، ولكنه أشار إلى المقايضة، حيث نص على جواز استبدال الوقف بعقار آخر، شريطة أن يكون مماثلا له أو أفضل منه.

والمقايضة كالببيع من عقود التمليك بمقابل، والذي يميزها عن البيع هو أنها مبادلة شيء بشيء آخر غير النقود. فكل متعاقد يتعهد بتمليك المتعاقد الآخر شيئا أو حقا ماليا على سبيل التبادل. ولذلك قيل بأن كل طرف في المقايضة يعتبر بائعا ومشتريا في آن واحد، فهو بائع الشيء الذي قايس به، و مشتري للشيء الذي قايس عليه².

يعتبر عدم نص المشرع الجزائري في قانون الأوقاف على إجراءات الاستبدال، فراغا تشريعا واسعا يجب سده، خاصة وأن المشرع نظم الإيجار، وهو يعتبر تصرفا واردا على الانتفاع فقط، بينما ترك إجراء الاستبدال غامضا رغم أن هذا التصرف الوارد على أصل الملك الوقفي هو الأولى بالرعاية والتنظيم، فكان من الأجدر إنشاء لجان متخصصة، تتكفل بدراسة ملفات الاستبدال، وجعل الاختصاص في البت في جدواه من عدمها إلى وزير الشؤون الدينية والأوقاف دون غيره من السلطات المكلفة بالأوقاف على المستوى المحلي، وذلك كله حفظا ورعاية لأصل الملك الوقفي.

عملية بيع العقار الوقفي أو مقايضته تخضع لإجراءات التسجيل والشهر العقاري، في المحافظة العقارية المختصة، باعتبار أن انتقال الملكية في العقار مرتبط بهذه الإجراءات، مع الإشارة إلى أن الأملاك الوقفية العامة معفاة من رسا التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى، لكونها عملا من أعمال البر والخير، طبقا لنص المادة 44 من قانون الأوقاف.

الفرع الثالث: حلول العين المبدلة محل العين المستبدلة

بإتمام عملية الاستبدال، تصبح العين الجديدة وقفا، فتطبق عليها جميع الأحكام المطبقة على الأوقاف، فتخرج من دائرة التمليكات، فلا يجوز التصرف في أصلها بأية صفة من صفات التصرف، سواء البيع أو الهبة أو التنازل، أو غيرها، وتكون وقفا على ما كانت عليه العين الأولى.

¹ محمد عبيد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 48.

² محمد حسنين، مرجع سابق، ص 232.

كما تخرج العين التي كانت وقفا، من دائرة الاحتباس الذي يقتضي عدم التصرف، إلى كل التصرفات التي يتيحها حق الملكية، فيمكن بالتالي؛ بيعها والتنازل عنها، والتصرف فيها بكل التصرفات الناقلة للملكية.

ولكي تحل العين المبدلة محل العين المستبدلة، فإنه يلزم لذلك عملية التسجيل، الذي يقتضي إيداع عقد البيع لدى مديرية الشؤون الدينية للوقف المباع، وبعد ذلك إيداع المستندات الخاصة بال عقار المشتري، ليسجل في السجل الخاص بالملك الوقفي¹، وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 336-2000.

إن عملية استبدال الوقف، تعد تصرفا يمتاز بالجرأة والخطورة معا، لذلك يحتاج إلى اجتهاد فقهي وقانوني، فإذا قيد الاستبدال بشروط واضحة، وحددت ضوابطه، وأحكمت الرقابة عليه، وفصلت إجراءاته بشكل لا يدع مجالا لأي لبس، فإن ثمره هذا الاجتهاد تكون على المال الموقوف الذي قد يرتقي مما عليه من جمود وتآكل واندثار، إلى ما هو أفضل من حيث المنفعة والغلة معا.

يتبين لنا مما سبق ذكره في هذا الفصل، أن حبس العين عن التملك الذي يعني زوال الملكية عن الوقف مع عدم انتقالها لأي شخص سواء كان طبيعيا أو معنويا، لا يتجسد إلا من خلال الحماية التي يوفرها القانون للعين الموقوفة، من خلال إسناد ملكيتها للشخصية المعنوية للوقف، ومنع التصرف فيها بكل التصرفات الناقلة للملكية، وكذلك اعتبار أي تغيير فيها عديم الأثر، وإلحاق نتائجه بالعين الموقوفة. ولكن خروجنا عن القاعدة العامة في منع التصرف في العين الموقوفة، يمكن التصرف في هذه العين بالاستبدال، إذا توفرت الحالات المحصورة المنصوص عليها في القانون، ولا يتم ذلك إلا وفق شروط وضوابط محددة، وذلك كله إعمالا للمصلحة الوقف ورعاية لمقاصده.

¹ موسى سامي، مرجع سابق، ص 49.

الخاتمة

خاتمة

يعد الوقف سواء أكان وقفا عاما أو وقفا خاصا، أحد نماذج الملكية العقارية في القانون الجزائري، والتي نص عليها قانون التوجيه العقاري في المادة 23، وهو مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، لأنها تملك حق الانتفاع ولا يملك ملكية الرقبة، عكس القانون الوضعي الذي يملك العقار رقابة وانتفاعا، حيث رأينا من خلال دراستنا للنظام القانوني للأراضي الفلاحية الوقفية بأنه إذا صح الوقف زالت حق ملكية الواقف ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه بصفة مؤبدة، يمكن له أن يتصرف فيه للغير أو يقدمه كضمان لدين، أما ملكية الرقبة فتصبح لها شخصية معنوية من أجل مراقبة الموقوف في كيفية استغلال حق الانتفاع بصفة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق المزارعة والمساقاة أو الإيجار .

رغم وضوح نصوص قانون الأوقاف فإنه لا يجوز التصرف في أصل الملك، أي ملكية الرقبة، فيما حق الانتفاع يجوز التنازل عنه، فإن الكثير من رجال القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية لا يؤمنون بذلك، بل يرون بأن الأملاك العقارية الوقفية غير قابلة للتصرف أو الحجز عليها أو كسبها بالتقادم، وإزالة هذا اللبس يتعين تعديل قانون الأوقاف الحالي من أجل النص الصريح على أن الوقف يخص حبس ملكية الرقبة وليس حق الانتفاع.

نص المشرع الجزائري على استبدال الملك الوقفي، وحدد حالاته، غير أنه لم يتناوله بإسهاب يشمل عناصره الجوهرية، باعتباره تصرفا خطيرا يرد على أصل الملك الوقفي، فلم يحدد الشروط الواجبة فيه، ولا إجراءاته، لذلك وجب إحاطة الاستبدال بالأهمية اللازمة وتنظيمه تنظيما دقيقا، لا يدع فراغا ولا غموضا، وإنشاء لجنة خاصة بهذا الإجراء، تضم علماء ومتخصصين في الأوقاف. الغرض من إنشاء الوقف، بغض النظر عن حبس العين عن التملك، هو تسهيل المنفعة والتصدق بها، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال تثمير الملك الوقفي، وتتميته واستغلاله استغلالا عقلانيا، دون الإضرار بأصله.

ويعتبر إيجار الوقف سبيلا من سبل الاستثمار، ومن أشهر التصرفات التي ترد على الانتفاع بالوقف. نظمه المشرع الجزائري وأخضعه لأحكام القانون المدني وأحكام القانون التجاري، بحسب نوع الوقف المؤجر، كما أخضعه للأحكام الخاصة بالوقف التي جاءت في المرسوم التنفيذي رقم 98-381. فينعتد الوقف الخاص بإيجار الأراضي الوقفية الفلاحية مؤخرا بصدور مرسوم تنفيذي خاص رقم 70 / 14، وذلك لضمان التسيير الحسن لها ، حيث حدد من خلاله احكاما خاصة لعقد

الايجار الوقفي الفلاحي بما يتماشى مع طبيعة العين المؤجرة، وبرز اجراءات ابرام العقد وشروطه بالتوفيق بين احكام الايجار العامة ،والنصوص المتعلقة بالأراضي الفلاحية ، مما يسهل على المسيرين لهذه الاملاك معرفة أحكام ابرام هاذا النوع من العقود دون اللجوء الى القواعد العامة للايجار .

كما أدرج المشرع نماذجاً لعقود الايجارات الفلاحية الوقفية مع دفاتر الشروط الخاصة بها بالنسبة لايجار بالمزاد العلني ، وكذلك بالنسبة للايجار الناتج عن تحويل حق الانتفاع الدائم او عقد الامتياز بعد ثبوت ان المستثمرة محل الانتفاع هي ملكية وقفية، وتجد بنا الإشارة أن المشرع لم يدرج في الملاحق المدرجة مع المرسوم رقم 14/70 نموذج عقد ايجار الأملاك الوقفية بصفة عامة ، وهو من اكثر الوسائل نجاعة في استثمار هذه الأملاك وذلك التنمية موارد الوقف من جهة ولاضفاء نوع من الحماية من جهة .

قائمة المراجع

قائمة المراجع :

الكتب :

- ابراهيم عبد اللطيف ابراهيم العبيدي، استبدال الوقف رؤية شرعية اقتصادية قانونية، الطبعة الأولى، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الامارات العربية المتحدة 2009.
- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2003.
- خير الدين بن مشرين ، الادارة المركزية للأوقاف العامة في الجزائر من التاصيل الفقهي الي الاختيارات القانونية دار الخلدونية، دط، الجزائر، 2016.
- راغب السرجاني، روائع الأوقاف في الحضارة الإسلامية، الطبعة الأولى، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، الجيزة (مصر)، 2010.
- رمضان علي السيد الشرنباصي، الوجيز في أحكام الوصية والوقف، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الجزائر 2005.
- شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري (دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري واجتهادات القضاء الفرنسي)، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2010.
- عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الادارية، دار الهدى، دط، الجزائر، 2010 .
- عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة - الوصية الوقف)، دار هومة، الجزائر، 2010.
- عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مطبعة أحمد علي مخيمر، القاهرة، الجزائر 1959.
- محمد أحمد سراج، أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون (دراسة فقهية قانونية مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، الجزائر.
- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، د.و.م.ج، بن عكنون، الجزائر 2001،
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، دار الهدى، ط2، عين ميله، الجزائر، 2004،
- محمد عبيد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مطبعة الإرشاد، بغداد، العراق، 1977،
- محمد عبيد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الثاني، مطبعة الإرشاد، بغداد، العراق، 1977،
- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف (في الفقه والقانون والقضاء)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007،

قائمة المراجع

- محمد كنانة ، الوقف العام في التشريع الجزائري (دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والقرارات القضائية)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة (الجزائر)، 2006،
- مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، الطبعة الثانية، دار عمار، عمان (الأردن)، 1998،
- منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف (دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2011،
- منذر قحف، الوقف الإسلامي (تطوره، إدارته، تنميته)، دار الفكر المعاصر، دمشق، 2006
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 10، الطبعة الرابعة، دار الفكر المعاصر، دمشق 1997،
- وهيبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء الخامس ، طبعة دار الفكر العربي، مصر 1985 ،

قوانين و أوامر و مراسيم

- الوقائع العراقية، نظام المزايدات والمناقصات الخاصة بالأوقاف رقم 45 لسنة 1969، العدد رقم: 1777، تاريخ:14/09/1969.
- الجريدة الرسمية العدد16 الصادرة 10/04/1991، مرسوم تنفيذي رقم 91/82 المؤرخ في 23 مارس 1991، الجزائر.
- منشور وزاري مشترك مؤرخ في 06/01/1992، يتعلق بتطبيق المادة 38 من قانون الأوقاف، صادر عن وزير الشؤون الدينية و وزير الفلاحة، الجزائر.
- مرسوم التنفيذي رقم 96/119 ، المؤرخ في 06/04/1996، المتضمن كليات تطبيق المادة 11 من الأمر رقم 95/26 ، المؤرخ في 25/09/1995، المعدل و المتمم لقانون العقاري ج ر 1996، الجزائر.
- مرسوم تنفيذي رقم 2000-336 مؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2000، يتضمن إحداث وثيقة الإثهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها، ج.ر عدد 64، صادر في 31 أكتوبر سنة 2000، الجزائر.
- مرسوم تنفيذي رقم 98/381 مؤرخ في 01/12/1998 يحدد شروط ادارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك ، الجريدة الرسمية العدد 90، مؤرخة في 02/12/1998، الجزائر.
- مرسوم تنفيذي رقم 14/70 مؤرخ في 10/02/2014 يتضمن ايجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة الجريدة الرسمية، العدد 09، مؤرخة في 20/02/2014، الجزائر.
- المنشور الوزاري رقم 011 : الصادر بتاريخ 06/01/1992، الجزائر.
- قانون رقم 01-07 مؤرخ في 22 مايو سنة 2001، يعدل ويتمم القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 والمتعلق بالأوقاف، ج.ر عدد 29، صادر في 23 مايو سنة 2001، الجزائر.
- قانون رقم 25-90. التوجيه العقاري مؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990، الجزائر.
- قانون رقم 01/07 مؤرخ في 22/05/2001 يعدل ويتمم قانون رقم 91/10 المؤرخ في 27/05/1991 المتضمن قانون الوقاف الجريدة الرسمية العدد 29 ، مؤرخة في 23/05/2001 الجزائر.

قائمة المراجع

- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 02 مارس سنة 1999، يتضمن إنشاء صندوق مركزي للأموال الوقفية، ج.ر عدد 32، صادر في 02 ماي 1999، الجزائر.
- قرار مؤرخ في: 29/09/1999، ملف رقم 188 432، الغرفة العقارية، غ.م، نقلا عن: عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة - الوصية الوقف) ، الجزائر.
- قرار مؤرخ في 16/11/1999، ملف رقم 234 655، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص 2001، الجزائر.
- قرار مؤرخ في 11/02/2009، ملف رقم 478951، م.م.ع، العدد 2، 2009، الجزائر.
- قرار مؤرخ في 16/07/1997، ملف رقم 157 310، م.ق، العدد 01، 1997، الجزائر.
- قرار مؤرخ في 26 مايو سنة 2001، يحدد شكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، ج.ر عدد 31، صادر في 6 يونيو سنة 2001، الجزائر.
- أمر رقم 95-26 مؤرخ في 25 سبتمبر سنة 1995، يعدل ويتم القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1190 والمتضمن التوجيه العقاري، ج.ر عدد 55، صادر في 27 سبتمبر سنة 1995
- أمر 73/71 المؤرخ في 08/11/1971 المتضمن الثورة الزراعية، الجزائر.
- أمر رقم 70-91 مؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970، يتضمن تنظيم التوثيق، ج.ر عدد 107، صادر في 25 ديسمبر سنة 1970، الجزائر.

المذكرات العلمية

- ابراهيم بلبالي، قانون الأوقاف الجزائري (دراسة تحليلية نقدية مقارنة بالفقه الإسلامي)، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، التخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005.
- اسلام شريفي، حق الانتفاع الدائم في ظل قانون المستثمرات الفلاحية، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق جامعة المدينة، الجزائر، 2012.
- خير الدين بن مشرني، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر 2011-2012.
- خير الدين فنطازي، نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة الجزائر، 2006-2007.
- صورية زردوم، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة مجيستير، قانون العقاري، كلية الحقوق جامعة باتنة، الجزائر، 2010.
- موسى سالم، التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003.
- نادية ابراهيمي، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون (الجزائر)، 1996.

قائمة المراجع

- خولة بن عون، التسيير الاداري للوقف العام، مذكرة ماستر، قانون اداري، كلية الحقوق ، جامعة ورقلة، الجزائر 2015.
- سعاد لعمارة، التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماستر ، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق ، جامعة البويرة ، الجزائر ، 2013 .
- محمد امين بلقاسم، احكام البيع بالمزاد العلني وتطبيقاته في التشريع الجزائري ، مذكرة ماستر، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة البويرة ، الجزائر ، 2014.
- محمد صالح قروي، التنفيذ الجبري على العقار ، مذكرة ماستر، قانون اعمال، كلية الحقوق، جامعة قالمة، الجزائر 2014.

مقالات

- كمال لدرع، «مدى جواز التصرف في الوقف للمصلحة ، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة، العدد 24، ديسمبر 2009،
 - محمد حجازي، (اشكاليات العقار الصناعي والفلاحي وتأثيرها على الاستثمار في الجزائر)، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، الجزائر، ع 16، سنة 2012
- المواقع الكترونية عبد الله بن بيه، «رعاية المصلحة في الوقف الإسلامي»، مقال منشور على موقع: net
<http://www.islamonline>

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

تشكرات

الاهداء

1 مقدمة

الفصل الأول: ماهية الأملاك العقارية الوقفية

6..... تمهيد

7..... المبحث الأول : الأملاك العقارية الوقفية

7..... المطلب الأول : ماهية الأملاك العقارية الوقفية و حالتها

7..... أولا : الصبغة القانونية والدستورية

8..... ثانيا : تعريفه القانوني و الاجرائي

8..... المطلب الثاني : مصدر الوقف العام

8..... الفرع الأول : بلوغ سن الرشد

8..... الفرع الثاني : محل الوقف

9..... الفرع الثالث : الموقوف عليه

9..... الفرع الرابع : التسجيل والشهر

10..... المبحث الثاني : التصرفات الواردة على أصل الملك الوقفي

10..... المطلب الأول: الشخصية المعنوية للوقف

10..... الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من الشخصية المعنوية للوقف

12..... الفرع الثاني: اعتراف المشرع الجزائري بالشخصية المعنوية للوقف

13..... الفرع الثالث: نتائج الشخصية المعنوية للوقف

14..... المطلب الثاني: منع التصرف في أصل الملك الوقفي

14..... الفرع الأول: مبررات عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي

15..... أولا: زوال ملكية العين الموقوفة عن المالك

15..... ثانيا: حصر سلطات الموقوف عليهم في حق الانتفاع

15..... ثالثا: لزوم الوقف

16..... 1- تأبيد الوقف في الفقه الإسلامي :

17..... 2- تأبيد الوقف في التشريع الجزائري:

17..... الفرع الثاني: جزاء التصرف في أصل الملك الوقفي

20..... المطلب الثالث: التغيير في الوقف يلحق العين الموقوفة

20	الفرع الأول: تعريف التغيير باعتباره تصرفاً في الوقف
21	الفرع الثاني: شروط التغيير باعتباره تصرفاً في الوقف
21	أولاً: البناء والغرس في الوقف بنية التملك
22	ثانياً: انعدام الصفة فيمن أقام المنشآت
23	الفرع الثالث: آثار التغيير على العين الموقفة
الفصل الثاني : التصرف القانوني في الاراضي الفلاحية الوقفية	
27	تمهيد
27	المطلب الأول : التصرف في الأراضي الفلاحية
27	الفرع الأول : التنازل عن حق الانتفاع
28	الفرع الثاني : تقديم حق الانتفاع كضمان لدين
28	المطلب الثاني : عقود استثمار الأراضي الفلاحية
28	الفرع الأول: الأراضي الفلاحية المسترجعة
30	الفرع الثاني : استثمار الأراضي الفلاحية المعلومة التي تم حصرها
30	1- عقد المزارعة
30	2- عقد المساقاة
31	3- الإيجار
31	4- عقد الحكر
33	المبحث الثاني: ايجار الأراضي الوقفية الفلاحية
33	المطلب الاول ايجار الأراضي الوقفية الفلاحية بالمزاد العلني
35	الفرع الأول : المزايدات الشفوية
36	الفرع الثاني : التعهدات المختومة
36	الفرع الثالث : المكتب المزاد
37	المطلب الثاني: ابرام عقد الايجار الأراضي الوقفية الفلاحية عن طريق التراضي
38	الفرع الأول: دوافع للجوء لصيغة الايجار بالتراضي
38	الفرع الثاني: اهداف للجوء لصيغة الايجار بالتراضي
39	الفرع الثالث: شروط للجوء لصيغة الايجار بالتراضي
39	المطلب الثالث: اجراءات تحويل حق الانتفاع الدائم او الامتياز الى حق ايجار وقفي
41	المبحث الثالث: التصرف في أصل الملك الوقفي بالاستبدال
41	المطلب الأول: مفهوم الاستبدال
41	الفرع الأول: تعريف الاستبدال وحكمه
41	أولاً: تعريف الاستبدال

42	ثانيا: حكمه
44	الفرع الثاني: حالات الاستبدال
44	أولا: حالات الاستبدال في الفقه الإسلامي
44	ثانيا: حالات الاستبدال في قانون الأوقاف الجزائري
45	المطلب الثاني: شروط الاستبدال
45	الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالعين الموقفة
46	الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالقائم بعملية الاستبدال
47	الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالبدل
48	المطلب الثالث: إجراءات الاستبدال
48	الفرع الأول: إثبات الملك الوقفي
49	أولا: العقد:
50	ثانيا: الشهادة:
51	الفرع الثاني: بيع الملك الوقفي أو مقايضته
53	الفرع الثالث: حلول العين المبدلة محل العين المستبدلة
55	خاتمة
58	قائمة المراجع :