

جامعة زيان عاشور - الجلفة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

قضايا الوقف في التشريع الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

تخصّص: أحوال شخصية

إشراف الأستاذة:

مارية عمراوي

إعداد الطالبة:

فريحة رحماني

لجنة المناقشة:

- الأستاذ: أحمد بورزق..... رئيسا.

- الأستاذة: مارية عمراوي..... مشرفا و مقررا.

- الأستاذ: محمد حتحاتي..... مناقشا.

السنة الجامعية 2014-2015

قال الله تعالى:

"آمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ

مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ فَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَأَنْفَقُوا لَهُمْ

أَجْرٌ كَبِيرٌ "

سورة الحديد الآية 7.

إهداء

إلى حياتي وسندي في هذه الدنيا بعد المولى عز وجل إلى والدي الغالي

أسعدك الله في الدنيا والآخرة.

إلى الشمعة التي أنارت لي دربي وأوصلتني بدعائها إلى ما أنا عليه اليوم إلى تاج حياتي أُمي

الحبيبة أدخلك ربي من أحسن أبواب الجنان.

إلى أخواتي الطاهرات العفيفات حفظهن الله وجعل جنة الفردوس سكنا لهن .

إلى كل عالم وطالب علم جعل منهجه التواضع لله ولخلق الله.

كلمة شكر

أشكر الله عز وجل على توفيقه لي في أداء هذا العمل.

كما أتقدم بالشكر للأستاذة الكريمة ماريا عمرأوي لإشرافها على هذه المذكرة

وعلى ما قدمته من توجيهات.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى أخي الحبيب عبد الغني الذي قدم لي يد العون لإتمام هذه المذكرة.

وإلى كل من قدم لي المساعدة قليلة كانت أو كثيرة.

مقدمة

الحمد لله الذي هدانا لهذا المنهج النافع، والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد الهادي إلى سبيل المنافع،
بأكمل الوسائل وأحكام الذرائع، وعلى اله وأصحابه، الذين وقفوا أنفسهم على إعلاء شأن العالمين، وحبسوا
أموالهم لمنفعة الفقراء والمساكين أما بعد.

إن المال كان ولا يزال موضوع اهتمام الناس ومحور نشاطهم منذ خلق الإنسان لكونه يشمل وسيلة لإشباع
حاجاتهم الغير منتهية إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها والأصل في المال أنه قابل للتداول بمختلف التصرفات
والمعاملات كالبيع والهبة... الخ، غير أن هناك نوع من الأموال، لا يجوز التصرف في أصلها الذي يخرج عن دائرة
التعامل الناقل للملكية فيفضل محبوسا أو موقوفا على شخص أو أشخاص طبيعية أو معنوية، ولقد أطلق على هذا
المال الغير قابل للتصرف بالوقف، فالوقف سنة إسلامية أصلية شرعها الله وجعلها شكل من أشكال العطاء
والتبرع في الإسلام ولم يكن الوقف معروفا في عهد الجاهلية وإنما دعا إليه الرسول صلى الله عليه وسلم بعد ظهور
الإسلام، فحرص المسلمون على تطبيقها منذ عهده صلى الله عليه وسلم، حيث وقف الكثير منهم عقارات
وأراضي خصص ريعها لأعمال الخير والبر وإيجاد مصادر دائمة للإنفاق على المصالح العامة في المجتمع.

وفي الجزائر يمكن القول أن منشأ الأوقاف كان بعد الفتح الإسلامي، حيث كان الجزائريون يتسابقون في
أعمال الخير بدءا ببناء المساجد ثم يوقفون لها العقارات لتأمين خدماتها وخدماتها العلمية والدراسية فضلا على ما
يخصص للفقراء والمساكين وأبناء السبيل... الخ، وقد مرت الأوقاف في الجزائر بعدة مراحل، حيث تميز العهد
العثماني بكثرة الأوقاف وانتشارها في مختلف أنحاء البلاد وتزايدت حتى أصبحت الأوقاف تشكل نسبة كبيرة من
الممتلكات الزراعية الحضرية فاتسع الوعاء الاقتصادي للأوقاف وكانت هذه الأوقاف تتوزع على عدة مؤسسات
خيرية ذات طابع ديني وشخصية قانونية، ووضع إداري خاص كمؤسسة الحرمين الشريفين، ومؤسسة أوقاف
الجامع الأعظم، ومؤسسة أوقاف الأندلسيين، ولقد كان للاحتلال الفرنسي للجزائر آثار سلبية شملت كل
مجالات الحياة وخاصة في محاولة المحتل طمس الهوية العربية والإسلامية للأمة، وهكذا ومنذ الوهلة الأولى لدخول

المستعمر الفرنسي لأراضي الجزائر شرع في إصدار مجموعة من القوانين التي تهدف إلى تطبيق سياسته الاقتصائية، لأن أول ما قامت به السياسة الفرنسية هو تحديد ملكية الدولة والسماح للأوروبيين بامتلاك الثروة الوقفية.

وعند بزوغ فجر السيادة الوطنية ونتيجة للفراغ القانوني الذي واجهته الدولة الجزائرية آنذاك صدر أمر في ديسمبر 1962 يمدد سريان القوانين الفرنسية في الجزائر ماعدا تلك التي تمس بالسيادة الوطنية وممارسة الحريات، فعندئذ لم تهتم الدولة برعاية الأوقاف المتبقية وصيانتها وحمايتها ، بل استمر العمل بالقانون الفرنسي في تسيير الأملاك الوقفية ، فلم تكتسب الأوقاف الشرعية الإدارية اللازمة للقيام بدورها الحضاري والتنموي على الساحة الاقتصادية والاجتماعية ، بل أن القوانين المتعلقة بالأملاك الوقفية آنذاك حصرت في دور العبادة والكتاتيب وما إلى ذلك ، وتعرضت للغصب والاستيلاء عليها سواء من الخواص أو المؤسسات العمومية ضارين بذلك الحكم الشرعي القاضي بأن أملاك الوقف ليست من الأملاك القابلة للتصرف فيها ، ولا هي من أملاك الدولة بالمفهوم القانوني ، وإنما هي ملك الجماعة المسلمة، وعلى الدولة شرعا واجب الإشراف على تسييرها والحفاظ عليها وضمان صرف ريعها وفقا لإرادة المحبسين.

وكمحاولة لتدارك الأمر صدر مرسوم في سبتمبر 1964 يتضمن نظام الأملاك المحبسة العامة باقتراح من وزير الأوقاف لكنه لم يعرف التطبيق الميداني فبقي على حاله.

وفي نوفمبر 1971 صدر مرسوم الثورة الزراعية 71-73 الذي استثنى الأراضي الموقوفة من التأميم إلا أن تطبيق ذلك لم يكن كما نص عليه، بل أدرجت معظم الأراضي الوقفية ضمن الثورة الزراعية، مما زاد من تفهقر وضعية الأملاك الوقفية وأدى إلى تعقد مشكلة العقار الوقفي، وظلت وضعية هذه الأملاك سيئة حتى بعد صدور قانون الأسرة الجزائري رقم 84-84 المؤرخ في 09-06-1984 وما يؤخذ عليه أنه اكتفى بالإشارة إلى القواعد العامة للوقف دون التفصيل في كيفية تمييز هذه الأوقاف، ومنه فان الإهمال الذي تعرضت له الأملاك الوقفية في الجانب التشريعي قبل الاستقلال وبعده كان له أثر سلبي بالغ على استمرارية هذه الممتلكات، فتعرض معظمها للاندثار خاصة العقارات بسبب تقادمها وعدم صيانتها وضاعت معظم الوثائق والعقود الخاصة بالأملاك الوقفية،

وتوقفت عملية الحبس. ولم تكن الانطلاقة الفعلية في حماية الممتلكات الوقفية وإصلاح حالها إلا بصدور دستور 1989 الذي أعطى للملك الوقفي الحماية القانونية الدستورية، ولم يكن ذلك إلا بالتجارب المعاصرة لأحكام الأوقاف نتيجة لردود الفعل المعاصرة تجاه الواقع الذي كانت تعيشه هذه الأوقاف من استحالة معرفة شرط الواقف بسبب تباعد الزمان وضياع العقود الوقفية التي ترشد إلى ذلك.

ومن هذا المنطلق تم تقنين الأوقاف في سنة 1991 حيث صدر القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، الذي حدد تنظيم الأملاك الوقفية وكيفية حمايتها، وذلك بمنع التصرف فيها كأصل عام، وتحديد أوجه تمييزها بما يتماشى مع أحكام الوقف، ثم تلتها تعديلات جديدة أدخلت عليه ومراسيم تنفيذية لتطبيقه. ومن ثمة كانت الحاجة إلى جعل الأوقاف تتبوأ مكانتها المرموقة المؤثرة اقتصاديا واجتماعيا، فقررت الجزائر الخروج من زمرة الدول السلبية التي استسلمت لظاهري الفقر والبطالة فقررت محاولة القضاء عليها، من خلال مجموعة من القضايا الجديدة. ومن ضمن هذه القضايا التي أتى بها المشرع الجزائري كتطبيق معاصر لأحكام الوقف من أجل ضمان ديمومة الوقف هي مجموع التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية.

أهمية هذه الدراسة:

تعود هذه الدراسة إلى أهمية الأملاك الوقفية في حد ذاتها إذ تقوم فكرة الوقف على دعم اقتصاد الجزائر وهو خارج عن القطاع العام والخاص وتحمل مؤسسة الأوقاف مسؤولية النهوض بمجموعة من الأنشطة، لا تتحمل بطبيعتها ممارسات السلطة وما يرافقها من فساد إداري واستغلال السلطة ولا دوافع الربحية لأنها تدخل ضمن نطاق البر والإحسان.

و لكثرة العبث الحاصل على هذه الأملاك كالاستيلاء عليها بحجة المصلحة الخاصة للوقف والذي من صوره في العصر الحديث هو التأميم.

كما نحاول الوقوف من خلال هذه الدراسة على النقاط التي عرفها تشريع الوقف في الجزائر عند تناوله للتصرفات الواردة على الأملاك الوقفية.

أهداف الدراسة:

في العصور المتأخرة غلب طابع التحفظ في القضايا المعاصرة المتعلقة بالوقف، مع العلم أن آراء الفقهاء في الماضي كانت تواكب التطورات في وقتنا، ومن هذا المنظور فإن الهدف الأساسي لهذه الدراسة هو التطرق للقضايا المتعلقة بالوقف في عصرنا الحالي وفق ما جاء به التشريع الجزائري ليأخذ دوره في دعم الاقتصاد الجزائري.

أسباب اختيار الموضوع:

1- أسباب ذاتية:

- ميولي الشخصي لمثل هذه المواضيع المتعلقة بالشريعة الإسلامية.
- ارتباط الوقف مباشرة بعقيدة المجتمع الجزائري.

2- أسباب موضوعية:

- من أجل معرفة أهم تطبيق من التطبيقات المعاصرة لقضايا الوقف من خلال التشريع الجزائري، على اعتبار أن الجزائر في الآونة الأخيرة بدأت تفكر في استرجاع مكانة الوقف واستغلاله استغلالاً أمثل.
- إعطاء أهمية أكبر للموضوع من خلال تبيان جوانبه الاقتصادية وعلاقته بالإسلام.
- نظراً لاعتبار الوقف جزءاً من الأملاك العقارية في الجزائر كان من الضروري معرفة الوضعية القانونية لهذا الصنف من الملكية والأحكام التي تضبطها.

الدراسات السابقة:

بعد الإطلاع والبحث في هذا الموضوع في دليل رسائل الماجستير والدكتوراه وبعد الرجوع إلى العديد من المكتبات الخاصة والعامة وأيضا الشبكة العنكبوتية وجدت دراسات تكلمت عن الأوقاف بعناوين مختلفة بالإضافة إلى بعض البحوث المقدمة للمؤتمرات والملتقيات المتعلقة بقانون الأوقاف الجزائري و العربية وقد استفدت منها بقدر كبير .

صعوبات الدراسة:

- تكمن صعوبة هذا البحث في صعوبة تحصيلي على المراجع القانونية المتخصصة في مجال الأوقاف في التشريع الجزائري.
- صعوبة ضبط ما يحتويه البحث من معلومات تتوافق والقضايا المعاصرة للوقف في التشريع الجزائري.
- كذلك صعوبة الحصول على إحصائيات ونماذج فيما يخص العقود الواردة على الأملاك الوقفية بالرغم من تحصلنا على تسهيل المهمة من الكلية وسعينا إلى مديرية الشؤون الدينية والأوقاف, إلا أنه لم يتم إفادتنا بما يخص الموضوع.
- ويعتبر ضيق الوقت من أهم الصعوبات التي واجهت هذا الموضوع.

الإشكالية:

فيما تتمثل التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية؟

وما هي مختلف الجهود التي تسعى من خلالها مؤسسة الأوقاف في الجزائر ترقية وضعية الأوقاف وتمكينها من خدمة المجتمع مما يتوافق وتطلعاته اليومية؟ وما هي الصيغ المعتمدة بغية التوصل إلى تنمير الأملاك الوقفية ؟

المنهج المتبع في الدراسة:

للإجابة على الإشكالات المطروح تؤدي بنا إلى الاعتماد على المنهج التحليلي الوصفي وأحيانا



المقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية.

الخطة المتبعة:

لقد قسمنا بحثنا استنادا إلى تعريف من تعريفات الوقف الذي هو حبس الأصل وتسبيل الثمرة حيث يفسر ديمومة الوقف ففي الشرط الأول يعبر عن تكوين رأسمال المؤسسة الوقفية الذي يعتبر الأصل للملك الوقفي فيقتضي ذلك صيانتها لضمان الدخل المستمر ورعايته، فتطرقنا إلى رعاية المصلحة في أصل الملك الوقفي (الفصل الأول) الذي قسمناه إلى مبحثين فتناولنا في المبحث الأول حماية أصل الملك الوقفي من التصرف فيه، وفي المبحث الثاني التصرف في الوقف بالاستبدال ،أما الشرط الثاني من التعريف هو أن يكون ما ينتجه الوقف من عائدات موجهة لخدمة الجهات الموقوف لها ،ويعتبر تسبيل الثمرة أهم مؤشر على مدى نجاح إدارة الوقف في تحقيق العائد على المدى الطويل ،فناقشنا التصرفات الواردة على الوقف تمييزا له (الفصل الثاني) الذي قسمناه إلى مبحثين فتناولنا في المبحث الأول تمييز الوقف عن طريق الإيجار، وفي المبحث الثاني استغلال و تمييز وتنمية الوقف عن طريق العقود الواردة في القانون رقم 01-07 الصادر في 22 مايو 2001 المعدل لقانون الأوقاف رقم

.10_91

الفصل الأول

رعاية المصلحة في أصل الملك

الوقف

بما أن الوقف كمنتج إسلامي فريد من نوعه فيه مجموعة من المصالح، فإن الإنسان في طريقه لتحقيق هذه المصالح، يتولد في نفسه العديد من المقاصد الدافعة له ولا تخرج في مجملها عن مقاصد الشريعة الإسلامية وغاياتها⁽¹⁾، فمن مقاصد الوقف إيجاد مورد دائم ومستمر لتحقيق غرض مباح من أجل مصلحة معينة، كذلك لبقاء الوقف ودوام الانتفاع به والاستفادة منه مدة طويلة، لذلك فقد تشدد المشرع الجزائري على ضرورة الاهتمام بالوقف والعناية به واختيار الأساليب والطرق المناسبة لإدارته بالشكل الصحيح الذي يضمن الحفاظ عليه من المتربصين ومن بعض الورثة الذين كانوا يعتقدون أن لهم الحق بالتصرف في الوقف وإعادة توزيع عائدات الوقف بما يتواءم وأطماعهم الخاصة على اعتبار أن الأملاك التي وقفت كانت من أملاك أجدادهم السابقين، ومن هذا المنطلق وجب حماية أصل الملك الوقفي من التصرف الوارد عليه (المبحث الأول)، والتصرف في الوقف بالاستبدال متى اقتضت الضرورة (المبحث الثاني).

(1) محي الدين يعقوب منيزل أبو الهول، الأوقاف الإسلامية بين الواقع والمأمول، بحث مقدم إلى مؤتمر عالمي عن: قوانين الأوقاف وإدارتها، وقائع وتطلعات، كلية أحمد إبراهيم للحقوق، الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، 20-22/10/2009، ص10.

المبحث الأول: حماية أصل الملك الوقفي من التصرف فيه

إن حماية أعيان الوقف واجب شرعي على من يتولى إدارته، لأن منافع الوقف قد تم التصديق بها على معينين فأصبح في حكم الزكاة، لذا وجب حمايته.

ولم تكن الانطلاقة الفعلية في حماية الممتلكات الوقفية وإصلاح حالها إلا بصدور دستور 1989 الذي نص في المادة 49 منه على أن "الأموال الوقفية وأملاك الجمعيات معترف بها ويحمي القانون تخصيصها"، فأصبحت الأملاك الوقفية بدأ من ذلك الوقت تتمتع بالحماية القانونية الدستورية⁽¹⁾. وهذا ما يؤكد لنا رغبة المشرع الجزائري في حماية الأملاك الوقفية وتطويرها⁽²⁾. فللحماية أثر عظيم في الحفاظ على الوقف وأدائه لدوره، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال صور وأساليب الحماية المتعددة، التي تمنع أي تعد أو ضرر على عين الوقف، لذلك تم منح الوقف الشخصية المعنوية وهذا من خلال تحديد ملكية الوقف (المطلب الأول)، وخضوع الوقف للحماية الثلاثية المقررة للمال العام (المطلب الثاني)، والتصرف في الوقف عن طريق التغيير (المطلب الثالث).

المطلب الأول: ملكية الوقف

قبل أن نصل إلى حكم ملكية الوقف لا بد أن نتعرف على مفهوم مصطلح الملكية، فحقيقة الملكية في القانون المدني الجزائري عرفتها المادة 674 منه "الملكية حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة"، فحقيقة الملكية في شيء ما، هو ثبوت حق التمتع بذلك الشيء باستعماله

(1) محمود أحمد مهدي، نظام الوقف في التطبيق المعاصر (نماذج مختارة من تجارب الدول والمجتمعات الإسلامية)، وقائع ندوات، رقم 45، الطبعة الأولى، جدة، 2003، ص 35.

(2) سعاد لعامرة، التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محمد أولحاج، البويرة، 2013/07/03، ص 17.

من مالكة ولو باستهلاكه، وله أن يتصرف فيه تصرفاً قانونياً أو تصرفاً مادياً بإتلافه⁽¹⁾، وقد عرفها فقهاء الشريعة بأنها "علاقة شرعية بين الإنسان والأشياء تجعله مختصاً فيه اختصاصاً يمنع غيره عنه بحيث يمكنه التصرف فيه عند تحقق أهليته للتصرف بكل الطرق السائغة له شرعاً، وفي الحدود التي بينها الشرع"⁽²⁾.

وعليه فإن معالجة ملكية الوقف قد اتخذت اتجاهات متعددة، سواء كان ذلك في الفقه الإسلامي أو في النظم القانونية⁽³⁾، لذلك سوف نتطرق إلى ملكية الوقف في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، وموقف المشرع الجزائري منها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ملكية الوقف في الفقه الإسلامي

لقد اختلف الفقهاء في ملكية محل الوقف، فهناك من رأى بقاءها على ملك الواقف، وهناك من رأى انتقالها عن ملك الواقف.

أولاً: بقاء ملكية محل الوقف على ملك الواقف

وهو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة و الإمام مالك، حيث يرى الإمام مالك أن ملكية الوقف لا تخرج عن ملكية الواقف، ولكنها ملكية مقيدة فليس له حق بيعها أو التصرف في رقبته فهي ملكية تثبت بحكم القواعد الفقهية والتنسيق الفكري⁽⁴⁾.

أما أبو حنيفة فيجيز للواقف أن يتصرف بها كما يشاء⁽⁵⁾.

(1) إبراهيم بلالي، قانون الأوقاف الجزائري (دراسة تحليلية نقدية مقارنة بالفقه الإسلامي)، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، التخصص: الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2004، ص77.

(2) بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، بدون تاريخ، ص305-306.

(3) منذر قحف، قضايا فقهية معاصرة في الأوقاف الإسلامية، بدون بلد، بدون تاريخ، ص92.

(4) محمد أبو زهرة، محاضرات الوقف، جامعة الدول العربية (معهد الدراسات العربية العالية)، 1959، ص106.

(5) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1985، ص169.

ثانيا: انتقال ملكية محل الوقف

إن انتقال ملكية محل الوقف، يكون بزوالها عن ملكية الواقف، وانتقالها للموقوف عليه إذا كان الوقف لأدمي معين كزيد، أو عمر، أو جمع محصور كأولاد فلان، وهو قول الشافعية في المشهور عنهم ومذهب الحنابلة⁽¹⁾.

وهناك من رأى زوال ملكية الواقف دون انتقالها للموقوف عليه، بل إذا صح الوقف صار حبيسا على ملك الله تعالى، وهو ما ذهب إليه الصاحبين⁽²⁾ محمد ابن الحسن وأبو يوسف .

والأظهر في مذهب الشافعية حيث يرون أن الملك في ربة الموقوف تنفك عن اختصاص الأدمي فلا يكون للواقف ولا للموقوف عليه⁽³⁾.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من ملكية الوقف

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على انتقال ملكية المال الموقوف وبقائها على ملك صاحبها، وذلك من خلال التعريف الوارد في نص المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري، فعبارة "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص" قد تعني خروج هذه الملكية عن الواقف لا إلى مالك وقد تعني انتقالها إلى الموقوف عليهم، أي أن قانون الأسرة الجزائري فيما يخص ملكية الوقف كانت غير واضحة⁽⁴⁾.

(1) الصادق فداد العياشي، مسائل في فقه الوقف، دورة الوقف في مكافحة الفقر بنواكشط، 16-21/03/2008، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، جدة، 2008، ص13.

(2) الصادق فداد العياشي، المرجع نفسه، ص13.

(3) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص170.

(4) خير الدين بن مشرزن، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر-بلقايد، تلمسان، 2004، ص19.

كذلك لم يحدد المشرع الجزائري إلى من تنتقل ملكية المال الموقوف، من خلال قانون التوجيه العقاري 90-

25 المعدل والمتمم في نص المادة 31 منه، بل اكتفى فقط بذكر صاحب المنفعة⁽¹⁾.

أما المادة 3 من قانون الأوقاف 91-10 فقد عرفت الوقف على أنه "حبس العين عن التملك" فقد أوردت

كلمة التملك لينفي بها صفة التملك عن الوقف إطلاقاً سواء من الواقف أو غيره وأكدت هذا الإطلاق المادة 5

منه حيث نصت على أن "الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتبارية.."⁽²⁾.

وبمجرد أن ينشأ العقد صحيحاً فإن حق ملكية الواقف يزول وتنزل معه كل سلطات المالك⁽³⁾.

وخروج الوقف عن ملكية الواقف أكدها قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/01/31، الذي ينص

منطوقه على ما يلي: "بما أن الوقف تصرف نهائي ... فإن أثره هو إلغاء عقد ملكية المحبس، أي ملكية المالكين

الأصليين، ولم يعد في إمكانهم تغيير طبيعة الوقف بتصرفات أخرى كالهبة..."⁽⁴⁾ وهو ما عبر عنه الأستاذ عمر

بوحلاسة بقوله: فبانعقاد الوقف تسقط الملكية عن الواقف وينتقل حق الانتفاع إلى الموقوف عليهم، وهذا ما

أكدته المادة 18 من قانون الأوقاف 91-10 بأن حق الموقوف عليهم حق انتفاع لا حق ملكية⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ قانون رقم 90-25 مؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري، المادة 31 منه تنص على ما يلي: "الأموال الوقفية هي الأملاك العقارية

التي حبسها مالكها بمحض إرادته لجعل التمتع بها دائماً تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء أكان هذا التمتع فوراً أو عند وفاة

الموصين الوستاء الذين يعينهم المالك المذكور".

⁽²⁾ إبراهيم بلبالي، مرجع سابق، ص 77.

⁽³⁾ خير الدين بن مشرني، المرجع السابق، ص 20.

⁽⁴⁾ يراجع تعليق السيدة بوتارن فايذة رئيسة قسم بالغرفة العقارية على القرار الصادر عن م ع غ ع، القسم الثالث، ملف رقم: 204 958، الصادر

بتاريخ: 2001/01/31، منشور بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج 1، 2004، ص 136، نقلاً عن: نسيم شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات

الترعية في القانون الجزائري - الهبة، الوصية، الوقف - (دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهادات القضائية)، الطبعة الثانية، دار

هومة، الجزائر، 2014، ص 252.

⁽⁵⁾ خير الدين بن مشرني، المرجع السابق، ص 20.

وهنا قانون الأوقاف قد ارتقى بالوقف من مجرد مال مملوك إلى مال ذي شخصية معنوية⁽¹⁾، وهذا ما تم النص

عليه في المادة 5 منه، كما أن المادة 49 من القانون المدني المعدل بموجب القانون رقم 05-10 نصت

صراحة على تمتع الوقف بالشخصية المعنوية⁽²⁾، والاعتراف بهذه الخاصية يضمن للوقف الاستقلال المالي والإداري

من خلال تمتعه بذمة مالية مستقلة عن ذمة الواقف والموقوف عليه، وتمثيله من طرف ممثل قانوني يسمى ناظر

الوقف⁽³⁾.

إذن المشرع الجزائري اعتمد فكرة الشخصية المعنوية للوقف من أجل فض النزاع حول الجهة التي تؤول لها

ملكية الوقف وهو رأي صائب حيث أصبح الوقف مؤسسة قائمة بذاتها ينظمها قانون خاص بها.

وتستند الشخصية المعنوية للوقف إلى ما سبق الإشارة إليه في كلام أهل العلم حول ملكية الوقف، ومعنى هذا

أن للوقف وجودا مستقلا، ولهذا أجاز الفقهاء على سبيل المثال الاستدانة على الوقف⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: خضوع الوقف للحماية الثلاثية المقررة للمال العام

إن بقاء الملك الوقفي في مركز متميز عن مركز كل من الواقف والموقوف عليه واعتراف المشرع الجزائري له بهذه

المكانة يفرض خضوعه لحماية قانونية تنم عن الغاية التي يسعى لتحقيقها، وهي الحماية التي تتميز بها الأموال

العامّة إذ كفل قانون الأملاك الوطنية رقم 90-30 المؤرخ في 01/12/1990 لهذه الأخيرة قواعد

(1) إبراهيم بلبالي، مرجع سابق، ص 79.

(2) سعاد لعامرة، مرجع سابق، ص 21.

(3) نسيمة شيخ، المرجع السابق، ص 260.

(4) الصادق فداد العياشي، مرجع سابق، ص 23.

ثلاثية حمايتها تتمثل في عدم جواز التصرف فيها، وعدم جواز اكتسابها بالتقادم، وعدم جواز الحجز عليها، وهذا ما نصت عليه المادة 4 من قانون الأملاك الوطنية التي جاء فحواها على ما يلي: "الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف ولا للتقادم ولا للحجز"، وباعتبار أن كل من الوقف والمال العام يسعيان إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية داخل الدولة⁽¹⁾ فالصالح العام يقضي بأن وزارة الأوقاف تكون أحق بالنظر على الأوقاف الخيرية إذا لم يكن النظر عليها للواقف أو لمن شرط الواقف النظر عليها، لأنها وزارة تتوافر لديها كل وسائل الاستغلال من أقسام دراسية وهندسية، ما يمكنها من إدارة ما يعهد إليها على وجه أتم مع مطابقته لأحكام الشريعة و القانون وهي بحكم وظيفتها مخصصة للقيام بالتصرف على جهات البر و الخير و رعاية المساجد والفقراء⁽²⁾، لذلك تم إخضاع الوقف لنفس الحماية التي يخضع لها المال العام وهي التصرف في الوقف غير جائز كقاعدة عامة(الفرع الأول)ومنع اكتساب الوقف بالتقادم (الفرع الثاني)وفي الأخير منع الحجز عليه(الفرع الثالث).

الفرع الأول: التصرف في الوقف غير جائز كقاعدة عامة

إن الملك الوقفي في الأصل لا يجوز التصرف فيه بأي تصرف ناقل للملكية⁽³⁾، كالبيع أو الهبة أو التنازل وغيرها من التصرفات الناقلة للملكية وهذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء، و نصت على ذلك المادة 23 من قانون الأوقاف 91-10 فجاء نصها كالآتي: " لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها"، إلا استثناء في بعض الحالات المنصوص عليها قانونا، وتبرير عدم جواز التصرف في الملك الوقفي هو زوال ملكية العين الموقوفة عن المالك، وكذلك حصر سلطات الموقوف عليهم في حق الانتفاع، وفي حالة التصرف في الوقف فقد جعل له المشرع الجزائري جزاء.

(1) خير الدين بن مشرني، مرجع سابق، ص39.

(2) محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية وتشريعية)، منشآت المعارف، الإسكندرية، 2002، ص315.

(3) أحمد هواجي وباسين وازة، طرق استغلال وتنمية الأملاك الوقفية العقارية العامة(مذكرة تحاية الدراسة)، المدرسة العليا للقضاء، 2006، ص4.

أولاً- زوال ملكية العين الموقوفة عن المالك

إن التصرف في المال مرتبط بحق الملكية⁽¹⁾، وبما أن ملكية الواقف تزول بمجرد صحة الوقف، وذلك وفقاً لنص المادة 17 من قانون الأوقاف 91-10 حيث جاء نصها كما يلي: "إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف..."، وتنتقل الملكية إلى الوقف في حد ذاته، فالنتيجة لا يجوز للواقف القيام بأي تصرف من شأنه الإضرار بعين الوقف⁽²⁾.

وقد أكد القضاء الجزائري على هذا الموقف بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 1997/7/16 بما يلي: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو غيرها"⁽³⁾.

ثانياً- حصر سلطات الموقوف عليهم في حق الانتفاع

بالرجوع للمادة 17 من قانون الأوقاف 91-10 التي جرى نصها كالآتي: "...ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه"، والمادة 18 من نفس القانون "ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه، وعليه استغلالها غير متلف للعين وحقه حق انتفاع لاحق ملكية"⁽⁴⁾، ومنه يتبين لنا جلياً أن الوقف لا يهدف إلى التمليك ولا تنتقل بموجبه ملكية المال الموقوف إلى الموقوف عليه، وإنما يكون لهذا الأخير الانتفاع فقط بالوقف⁽⁵⁾.

(1) خير الدين بن مشرني، مرجع سابق، ص 40.

(2) سعاد لعامرة، مرجع سابق، ص 23.

(3) قرار م ع غ ع، ملف رقم: 157 310، الصادر بتاريخ: 1997/07/16، منشور ب م ق، ع 1، 1997، ص 34، نقلاً عن: نسيمه شيخ، مرجع سابق، ص 258.

(4) قانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتضمن التوجيه العقاري.

(5) نسيمه شيخ، مرجع سابق، ص 257.

ونفس الموقف أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها من بينها القرار الصادر عنها بتاريخ **2000/05/31**⁽¹⁾، والتي قضت فيه بما يلي: "الحبس يعد من أعمال التبرع التي يستفيد المحبس له من حق الانتفاع فقط..."، كما لا يجوز لهم التنازل عن حقهم في الانتفاع، إلا لجهة من جهات الخير الموقوف عليها أصلا، وذلك بعد الموافقة الصريحة من السلطة المختصة طبقا لنص المادة 20 من قانون الأوقاف 91-10⁽²⁾ التي تنص على ما يلي: "لا يجوز التنازل في الوقف العام إلا لجهة من نوع جهة الخير الموقوف عليها أصلا بعد موافقة صريحة من السلطة المكلفة بالأوقاف".

ثالثا- جزاء التصرف في أصل الملك الوقفي لدى المشرع الجزائري

الأصل أن الوقف لا يباع ولا يشتري لأن صاحبه قام بحبس عينه حتى ينفق منفعتها على جهة معينة، فيكون بيعه من قبيل التعدي على حقوق الغير⁽³⁾، كما أن التصرف فيه يؤدي إلى إنهائه وينافي بمبدأي اللزوم والتأييد⁽⁴⁾، حيث صرح قانون الأوقاف على لزوم الوقف في المادة 16 منه. ونص المادة 3 من قانون الأوقاف التي جعلت التأييد جزءا من مفهوم الوقف وحقيقته فإذا أقت الواقف وقفه يكون قد ناقض حقيقة الوقف فيكون وقفه باطلا⁽⁵⁾.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 23 من قانون الأوقاف على منع التصرفات التي ترد على أصل الملك الوقفي، سواء كانت بيعا أو هبة أو تنازلا. هو نص صريح في غل يد الموقوف عليه أو الغير من التصرف في

(1) يراجع قرار م ع غ ع، ملف رقم: 195 280، الصادر بتاريخ 2000/05/31، منشور ب ا ج ق للغة العقارية، ج1، 2004، ص138، نقلا

عن: نسيم شيخ، مرجع سابق، ص257.

(2) سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص23.

(3) إبراهيم بلبالي، مرجع سابق، ص279.

(4) سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص26. إن شرط التأييد يعود إلى شرائط الجهة الموقوف عليها، لأن الدوام وعدمه إنما هما من أحوالها، وليس معنى

تأييد الوقف إلا دوام الموقوف عليه، أنظر في ذلك مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الوقف، الطبعة الثانية، دار عمار، الأردن، 1998، ص54.

(5) إبراهيم بلبالي، مرجع سابق، ص279.

المال الموقوف بأي تصرف يرد على ملكية الرقبة، وهي تصرفات ربطها كلها بأصل الملك الوقفي⁽¹⁾. وكل تصرف في أصل الملك الوقفي يكون باطلا بطلانا مطلقا، ولا ينفذ في مواجهة الوقف.

يخضع البطلان إلى أحكام القانون المدني، مع مراعاة نص المادة 25 من قانون الأوقاف 91-10 التي تنص على ما يلي: "كل تغيير يحدث بناء كان أو غرسا يلحق بالعين الموقوفة ويبقى الوقف قائما شرعا مهما كان نوع ذلك التغيير"، ويمكن لكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان، ويجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، ولو لم يطلبه الخصوم⁽²⁾.

وتطبيقا لنص المادة 23 من قانون الأوقاف السالف ذكرها أقرت المحكمة العليا بطلان التصرفات التي تجعل الوقف محل تملك أو دعوى تمليك، وذلك في عدة قرارات نذكر منها قرار رقم 157310 المؤرخ في 16/07/1997⁽³⁾ الذي بموجبه أبطل بيعا انصب على أملاك موقوفة.

والقرار المؤرخ في 26/05/2004⁽⁴⁾ "تجوز قسمة الاستغلال والانتفاع بين المستفيدين من عقد الحبس، ولا تجوز القسمة الناقلة للملكية".

كذلك القرار المؤرخ في 14/02/2007⁽⁵⁾ الذي جاء فيه: "الأمر بقسمة الأملاك العقارية المحبسة حرق

للقانون". وأيضاً القرار المؤرخ في 10/03/2011⁽⁶⁾ الذي جاء في فحواه أنه لا يجوز المساس بأركان الوقف

(1) خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف - (دراسة قانونية في الملكية العقارية)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013، ص 85.

(2) سعاد لعامرة، مرجع سابق، ص 27.

(3) المجلة القضائية لسنة 1997، عدد 10، ص 35، نقلا عن: خير الدين فنطازي، نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، ص 85.

(4) قرار مؤرخ في 26-05-2004، رقم 271 299، الغرفة العقارية، غ.م، نقلا عن: سعاد لعامرة، مرجع سابق، ص 27.

(5) قرار مؤرخ في 14-02-2007، ملف رقم 393 937، م.م. ع. العدد 02، 2007، ص 423، نقلا عن: سعاد لعامرة، مرجع سابق، ص 27.

(6) قرار مؤرخ في 10-03-2011، ملف رقم 636 028، م.م. ع. العدد 02، 2011، ص 156، نقلا عن: سعاد لعامرة، مرجع سابق،

طبقا للمادة 23 من قانون الأوقاف، وبأن الواقفة عندما تصرفت لفائدة الغير في القطعة الأرضية، فإن ذلك مس بجوهر الوقف وأبطله.

الفرع الثاني: الوقف لا يكتسب بالتقادم

بما أن الوقف يغير من ملكية العقار، فيجعله غير قابل للتملك بأي طريق كان، فقد أكد المشرع الجزائري على حماية الوقف من التصرف الذي يناقض هذا المبدأ، وتطبيقا للقاعدة القانونية التي تقول بأن: "كل ما لا يجوز التصرف فيه لا يجوز كسبه بالتقادم" لذلك فإن كل من يحاول التمسك بالتقادم المكسب في استغلال الملك الوقفي، يكون تمسكه مرفوضا، واستغلاله لها باطلا⁽¹⁾.

وكذلك استنادا لنص المادة 4 من قانون 90-30 المتعلق بالأموال الوطنية. وأيضا المادة 689 القانون المدني "لا يجوز التصرف في أموال الدولة، أو حجزها أو تملكها بالتقادم غير أن القوانين التي تخصص هذه الأموال لإحدى المؤسسات المشار إليها في المادة 688 تحدد شروط إدارتها، وعند الاقتضاء شروط عدم التصرف فيها". لم ينص قانون الأوقاف صراحة على منع اكتساب الوقف بالتقادم إلا أنه يمكن استخلاص ذلك من تعريف الوقف الوارد في المادة 3 منه، فالوقف لا يمكن أن يكون محل ملكية لتمييزه بصفة التأيد وبالتالي لا يمكن تملكه بالتقادم الذي يعد سببا من أسباب اكتساب الملكية⁽²⁾.

غير أنه وطبقا للمرسوم 83-352 المؤرخ في 1983/05/21 الذي سن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، وبموجبه تم الاستيلاء على العديد من الأراضي الوقفية في عقود

(1) خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، المرجع السابق، ص 119.

(2) سعاد لعامرة، مرجع سابق، ص 28.

عرفية غير مشهورة، وبصدور القانون 02-07 المؤرخ في 2007/02/27 ألغى مرسوم 352-83 و نص هذا القانون في مادته 3 صراحة على "عدم جواز تملك الأملاك العقارية الوقفية"⁽¹⁾.

وهذا ما درج عليه القضاء الجزائري من خلال تصديبه لمثل هذه الأوضاع وحكمه صريح ببطلان عقود الشهرة التي تتضمن الاعتراف بالملكية على أساس التقادم المكسب على عقار محبس⁽²⁾.

فقرروا بأنه لا تقادم في الحبس، وذلك في القرار المؤرخ في 2009/02/11⁽³⁾ " لكن حيث 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، وأن التصرف في الأرض المحبسة باطل، وحيث أن هذا التسبيب كاف للرد على دفع الطاعنين الخاص بالتقادم ما دام عقد الحبس ذا طبيعة خاصة".

أما بخصوص التقادم المكسب لصالح الوقف، فباعباره شخصا معنويا، استنادا لنص المادة 5 من قانون الأوقاف 10-91 حيث تنص أن "الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها"، فله أن يستفيد من أحكام القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، خاصة التقادم المكسب المؤدي إلى التملك، نظرا لعدم وجود نص يجرمه من ذلك وينقص من شخصيته المعنوية، إذ للوقف الحق بأن يبيع ويشترى، وله كذلك أن يملك بالتقادم⁽⁴⁾.

(1) خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق، ص 36.

(2) خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص 119.

(3) قرار مؤرخ في 11-02-2009، ملف رقم 478 951، م م ع، العدد 2، 2009، ص 285.

(4) خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق، ص 37.

أما فيما يخص قبول دعوى الوقف، فالقضاء الجزائري أقر أن الدعوى لا تقبل بمرور مدة التقادم المسقط، وذلك بالقرار الصادر بتاريخ : **2001/12/29**⁽¹⁾ الذي جاء فيه "وكما كان ثابت - في قضية الحال - أن الطاعن لم يرفع دعواه لإبطال عقد بيع العقار المحبس إلا بعد مرور أكثر من 50 سنة بدون أن يقدم عذرا شرعيا للهيئة القضائية، فان قضاة الموضوع أصابوا عندما حكموا بعدم سماع دعواه وهذا حفاظا على استقرار المعاملات واحتراما لحجية العقود الرسمية التي كسب بها العقار المحبس مع الاشهاد بالمحافظة العقارية واحترامها للنصوص التشريعية الخاصة بالتقادم المسقط".

الفرع الثالث: الوقف غير قابل للحجز عليه

من المتعارف عليه قانونا، أن عملية الحجز لا تكون إلا على أموال المدين، إذ أن عدم وفائه بالتزام عليه بعد صدور حكم أو قرار قضائي واجب التنفيذ، يحق للطرف الصادر الحكم لفائدته القيام بالتنفيذ الجبري وفقا للإجراءات المحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، إذ بإمكانه حجز ما للمدين من عقارات أو منقولات أو حجز ماله عند الغير⁽²⁾.

لكن الأملاك الوقفية غير قابلة للحجز عليها أو بيعها بالمزاد العلني، والعبرة في ذلك هو أن الموقوف عليه لا يملك ربة الشيء الموقوفة، ذلك أن الحجز على الملك الوقفي وبيعه لاستفءاء قيمة الدين منه، يؤدي إلى نقل ملكية الشيء المبيع، إلى الشخص الذي رسا عليه المزاد، وهي عملية تتناقض وطبيعة الوقف⁽³⁾، التي مبنية على عدم جواز تملك أصل الملك الوقفي⁽⁴⁾، وهو ما منحه شخصية حكومية، وذمة مالية مستقلة، وقد يترتب على

(1) قرار مؤرخ في 29-12-2001، ملف رقم 21 394، الغرفة العقارية، غ.م، نقلا عن: سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص 28.

(2) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص 38.

(3) خير الدين فنطازي، التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص 120.

(4) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص 38.

الوقف تحقق ريع نقدي أو ثمري⁽¹⁾، تصرف منفعته لصالح العام من محتاجين أو في الأعمال الخيرية⁽²⁾، مما يعني أن الوقف تحكمه الأصول المتعلقة في حكم الاعتداء على المال العام⁽³⁾.

وبالرجوع إلى قانون الأوقاف 91-10 نجد أنه لم يتطرق إلى عملية الحجز على الوقف، لكن أجاز للموقوف عليه أن يجعل حقه في المنفعة بالملك الوقفي ضامناً للدين الذي عليه لفائدة دائنة، ومن ثمة يكون الحجز على المدين-الموقوف عليه- منصبا على حصته في المنفعة فحسب، دون المساس برقبة الشيء الموقوف، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 21 منه حيث جاء فيها: "يجوز جعل حصة المنتفع ضامناً للدائنين في المنفعة فقط، أو في الثمن الذي يعود عليه"⁽⁴⁾. لكن أصل الملك الوقفي لا يكون ضامناً للدين.

ومن ثمة ضمن المشرع للدائنين حقوقهم اتجاه الموقوف عليه المدين، إذا كانت الديون مضمونة بحق المنفعة

الذي يعود لمدينهم أو ما يدره عليه هذا الحق من مال⁽⁵⁾.

ونجد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد فصل في الموضوع بموجب المادة 2/636 منه والتي تنص على عدم جواز الحجز على الأموال الموقوفة وقفا عاما أو خاصا ماعدا الثمار والإرادات⁽⁶⁾.

المطلب الثالث: التصرف في الوقف عن طريق التغيير

إن مجمع التعريفات الفقهية متفقة على عدم جواز التصرف في الوقف، وعلى الطابع الخير للجهة التي يؤول

(1) منذر عبد الكريم قضاة، أحكام الوقف (دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015، ص153.

(2) خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق، ص38.

(3) منذر عبد الكريم قضاة، المرجع نفسه، ص153.

(4) خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص121.

(5) خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص121.

(6) خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق، ص38.

إليها الوقف⁽¹⁾، حيث يصرف ريعه على جهة بر سواء أنشئ خيريا أو لم تعرف جهة الصرف الموقوف عليها بأن كان وقفا مما يعرف بالوقف المندر .

ومنه أعتبر التغيير في الوقف تصرفا فيه، لأنه قد يؤدي إلى ادعاء حق على الوقف يجعله محل ملكية أو دعوى تملك تكون نتيجتها إنهاء الوقف وانقضائه⁽²⁾، مما يعرقل دور الوزارة في تنمية مواردها وتوفير الطاقة الاقتصادية والمالية التي تساعد وتيسر لها أداء رسالتها لذلك كان الاهتمام بأموال الأوقاف والمحافظة عليها⁽³⁾، فأقر الفقهاء والمشرع الجزائري اعتبار التغيير في الوقف تصرفا ينبغي بطلانه⁽⁴⁾، قبل الوصول لهذا الحكم ينبغي التعرف على التغيير باعتباره تصرفا في الوقف (الفرع الأول)، والإحاطة بشروطه (الفرع الثاني)، ثم التعرف على آثاره على العين الموقوفة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم التغيير الذي يعتبر تصرفا في الوقف

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز إحداث التغيير في أرض الوقف سواء كان المغير هو الواقف أو الموقوف عليه أو المستأجر لأرض الوقف أو كان أجنبيا مادام التغيير مفيد للوقف، لكنهم يختلفون في ملكية هذا التغيير⁽⁵⁾.

(1) صورية زردوم، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010، ص 9 .

(2) موسى سالمي، التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون فروع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، ص 51، نقلا عن: سعاد لعامرة، مرجع سابق، ص 30.

(3) أحمد أمين حسان و فتحي عبد الهادي، موسوعة الأوقاف (تشريعات قضاء- إفتاء، فتاوى الأوقاف منذ 1890 حتى 1997)، منشآت المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 21.

(4) موسى سالمي، المرجع نفسه، ص 51، نقلا عن: عمارة سعاد، مرجع سابق، ص 30.

(5) الموسوعة الفقهية (وضعية- الوقف)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الجزء أربعة وأربعون، الطبعة الأولى، الكويت، 2006، ص 184.

أولا: تعريف التغيير

كثيرا ما يستعمل لفظ التغيير في الوقف متصلا بلفظ "الرجوع" في الوقف أو مرادفا له، فيؤخذ معنى التغيير هنا بمعنى الرجوع في الوقف⁽¹⁾ وهو ما ذهب إلى إجازته جانب من الفقه مما رأوا أن الوقف تصرف غير لازم، فنجد أبا حنيفة يرى أن الوقف كالعارية يصح للواقف الرجوع فيه متى شاء، ويبطل بموته، وينتقل عنه إلى ورثته⁽²⁾، ولا يجوز الرجوع فيه وهذا عند جمهور الفقهاء حيث يرون أن الوقف إذا صح، صار لازما ولا يفسخ بإقالة ولا غيرها وينقطع تصرف الواقف فيه ولا يملك الرجوع عنه وهذا ما أخذ به أبا يوسف ومحمد من الأحناف⁽³⁾.

وقد أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء، فصرح قانون الأوقاف 91-10 بلزوم الوقف في المادة 16 منه، في مسألة تدخل القاضي لإلغاء اشتراطات الواقف لأسباب، منها إذا كان الاشتراط منافيا لمقتضى حكم الوقف وهو اللزوم⁽⁴⁾.

ويدل على اللزوم أيضا نص المادة 23 من قانون الأوقاف السالف ذكره، فالتصرف في العين الموقوفة ممنوع حتى ولو كان من الواقف نفسه، لأن تصرفه فيه رجوع عن الحكم الثابت لها بالوقف⁽⁵⁾.

ويقصد بالتغيير في الوقف كل ما يحدث من بناء أو غراس على أرض الوقف. وكذلك يأخذ مفهوم التغيير

كل ما يحدثه الواقف في شروط المستحقين للوقف⁽⁶⁾، فيدخل التغيير بذلك ضمن ما يسمى بالشروط

(1) سعاد لعامرة، مرجع سابق، ص 30.

(2) محمد أحمد سراج، أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون (دراسة فقهية قانونية مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، 1998، ص 252-253.

(3) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 158.

(4) إبراهيم بلبالي، مرجع سابق، ص 284.

(5) إبراهيم بلبالي، مرجع سابق، ص 284.

(6) محمد أحمد سراج، المرجع نفسه، ص 218.

العشرة وهذه الشروط قد أجازها المذهب الحنفي، وكثرت في أوقاف المتأخرين وأفرد لها الموثقون هذا العنوان⁽¹⁾.

ثانيا: اعتبار التغيير في الوقف تصرفا

لقد عالج القانون هذه المسألة في المادة 25 من قانون الأوقاف رقم 90-10 بنصها: "كل تغيير يحدث بناء أو غرسا، يلحق بالعين الموقوفة ويبقى قائما شرعا مهما كان نوع ذلك التغيير"، ولاشك أن القانون يقصد بالتغيير هنا الزيادة في العين الموقوفة سواء أكانت بناء أو غراسا تلحق بها وتصير وقفا معها⁽²⁾.

ورغم أن قانون الأوقاف لم يصرح بأن التغيير يعتبر "تصرفا"، عند تعرضه له في نص المادة السالفة⁽³⁾، إلا أن القضاء الجزائري تولى ذلك في قضايا عديدة منها: القرار الصادر بتاريخ: 16/07/1997⁽⁴⁾، والذي جاء فيه أنه "متى تبين - من قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قرروا أن البناء فوق القطعة الأرضية 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) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 170. أما الشروط العشرة هي: الزيادة والنقصان، الإعطاء والحرمان، الإدخال والإخراج، التغيير والتبديل، الإبدال والاستبدال. فللأوقاف أن يشترط هذه الشروط. بالإضافة إلى اعتبار التغيير والتبديل يشمل كل تعديل في شروط الواقف أنظر مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص 170. ويعتبر هذا الشرط أهم من غيره فيما يتعلق بالغلة ومصرفها وما يشترط في ذلك، فللواقف بمقتضاه أن يغير إنشاء وقفه وسائر شروطه وله أن يدخل ويخرج ويزيد وينقص كما يريد. أنظر أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف، في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، الإسكندرية، 2003، ص 27.

(2) سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص 30.

(3) سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص 31.

(4) قرار مؤرخ في 16-07-1997، ملف رقم 157 310، م.ق، العدد 01، 1997، ص 34، نقلا عن: سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص 31.

كذلك القرار الصادر بتاريخ: 1998/11/25⁽¹⁾، أين أقرت المحكمة أن إحداث البناء والغرس في العين الموقوفة، يعتبر تصرفا في الوقف، وبمس بمقتضيات عقد الحبس وأعيب على قضاة الموضوع عدم اعتبار التغيير في الوقف تصرفا مما أدى إلى نقض قرارهم لأنه ناقض عقد الحبس وإرادة المحبس.

ثالثا: ارتباط التغيير بشروط الوقف

يقصد بشروط الوقف كل ما يمليه في عقد الوقف بمحض إرادته تعبيرا عن رغبته في الكيفية التي ينشأ بها وقفه والنظام الذي يتبع فيه من حيث الولاية عليه وتوزيع ريعه⁽²⁾.

فإذا ضمن الوقف وقفه بشروط معينة وجب الوفاء بها وإلا بطل الوقف وذلك احتراماً لإرادة الواقف، ومن هنا شاع على لسان الفقهاء إطلاق عبارة " شروط الوقف كنص الشارع"⁽³⁾.

وقد نص المشرع الجزائري على جواز أن يشترط الواقف في عقد الوقف أي شرط وذلك بطريقة غير مباشرة في قانون الأوقاف فجاءت على الإطلاق و دون ذكر مصطلح الشروط العشرة من خلال المادة 14 من القانون 91-10⁽⁴⁾ التي تنص على أن : "اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها"، وكذلك المادة 15 و16 و29 من قانون الأوقاف 91-10 ، والمادة 218 من قانون الأسرة الجزائري نصت على مشروعية شروط الوقف.

(1) قرار مؤرخ في: 25-11-1998، ملف رقم 183 643، م.ق، العدد 01، 1999، ص 89. نقلا عن: سعاد لعامرة، مرجع سابق، ص 31.

(2) نسيمه شيخ، مرجع سابق، ص 282.

(3) نسيمه شيخ، مرجع سابق، ص 283.

(4) خير الدين فنتازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية- الوقف -، مرجع سابق، ص 77.

وترتيباً على ما تقدم فإن كل شرط يضعه الواقف في العقد لا ينافي حكم الوقف ولا يضر بالموقوف ولا بمصلحة الموقوف عليهم ولا يخالف حكم الشرع يجب إتباعه والعمل به وإلا كان الوقف باطلاً⁽¹⁾. ولذلك أجاز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف التي تكون مخالفة لأحكام الوقف⁽²⁾.

فالتغيير إذا مرتبط بشروط الواقف، فإذا كانت شروطاً لا تمس بمحل الوقف ومصلحة الموقوف عليهم، كما لو اشترط الواقف عدم البناء على العقار الزراعي الموقوف، فهذا يجوز للواقف، إلا إذا وردت ظروف جعل تطبيقها عسيراً كما لو احتاج متولي الوقف إلى سكن للعمارة وزراعي للمواشي ومخزن لمحاصيل الأرض، فإنه يجوز مخالفة هذا الشرط، فيصح التغيير في العقار الموقوف إلى ما هو أصح له وللمستحقين، على أن يرجع المتولي إلى القاضي⁽³⁾.

الفرع الثاني: شروط التغيير الذي يعتبر في الوقف

ينبغي أن لا يدخل أي تغيير على الملك الوقفي يجعل من حالته تختلف عن تلك التي كان عليها، والمقصود بالتغييرات التي تمس الملك الوقفي هي تلك التغييرات المادية وليست المعنوية أو التغيير في استعماله، فالتغيير المادي هو كل ما يلحق كيان أو جسم هذا الملك أو أحد ملحقاته⁽⁴⁾. وما على السلطات المكلفة بالأوقاف إلا القيام بأعمال الصيانة التي تحتاجها مصلحة الوقف. ولكي يكون التغيير في الوقف تصرفاً ينبغي بطلانه⁽⁵⁾ يجب أن تتوفر الشروط التالية:

(1) نسيمه شيخ، مرجع سابق، ص 284-285.

(2) نسيمه شيخ، مرجع سابق، ص 286.

(3) خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق، ص 254.

(4) خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق، ص 189.

(5) موسى سالمي، مرجع سابق، ص 57. نقلاً عن: سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص 31.

أولاً: البناء والغرس في الوقف بنية التملك

لقد حصرت المادة 25 من قانون الأوقاف 91-10 السابق ذكره، أن كل تغيير يحدث في العين الموقوفة في البناء أو الغرس فلا يعتبر من قبيل التغيير الذي لا ينبغي بطالانه، أعمال الحفظ والصيانة كالترميم والطلاء وتقوية الأساسات واستصلاح الأراضي، لأنها لا تؤثر في أصل الملك الوقفي بل ترتبط باستعمال العين الموقوفة واستغلالها، وكذلك الخيام الصغيرة والأكشاك المقامة، لأن إزالتها لا تحدث ضرراً بالعين الموقوفة⁽¹⁾.

ولكي يعتبر هذا البناء أو الغرس تصرفاً في الوقف، يجب أن يكون متبوع بنية التملك، فإذا أقامها الشخص بنية التبرع للوقف، فلا يعتبر تصرفاً فيه⁽²⁾.

وعليه يفهم من نص المادة 25 من قانون الأوقاف 91-10 أن الوقف لا يتغير طابعه الوقفي رغم ما يمكن أن يطاله من تغيير مادي فانه يبقى دائماً وقفاً⁽³⁾، وهذا ما أكدته المادة 220 من قانون الأسرة الجزائري "يبقى الحبس قائماً مهما طرأ على الشيء الحبس تغيير في طبيعته. وإذا نتج عن التغيير تعويض ينزل منزلة الحبس".

وكذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2002/10/23⁽⁴⁾ "تلحق البناية المشيدة على أرض محبس بجوهر المال المحبس، ويستمر الحبس قانوناً مهما كان مشيد البناية".

(1) موسى سالمي، مرجع سابق، ص 58-68. نقلاً عن سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص 32.

(2) سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص 32.

(3) عبد الكريم تقار، تسيير الأملاك الوقفية في الجزائر وطرق تنميتها، جامعة بومرداس، الجزائر، بدون تاريخ، ص 11.

(4) قرار مؤرخ في 23-10-2002، ملف رقم 235 094، م.ق، العدد 02، 2004، ص 275، نقلاً عن: باديس دياي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية (النص الكامل لقانون الأسرة مدعم بأكثر من 350 اجتهاداً قضائياً حديثاً ومراسيم تنظيمية وتنفيذية)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 131.

ثانيا: انعدام الصفة فيمن أقام المنشآت

نجد نص المادة 25 من قانون الأوقاف السالف ذكره لم تتطرق إلى الشخص محدث التغيير وصفته⁽¹⁾، فواضع البناء أو الغرس إما أن يكون هو الواقف أو الموقوف عليه وإما أن يكون هو الناظر، وعلى كل فإما أن يكون من مال الوقف أو من مال الواضع ، فإذا كان الواضع هو الواقف⁽²⁾، وادعى ملكية ما بنى أو غرس فإن ذلك يعد رجوعاً⁽³⁾ ولا رجوع في الوقف لدى المشرع الجزائري، وهذا من خلال نصوص المواد 3،16،23،و28 من قانون الأوقاف السالف ذكره حيث يستنتج من هذه النصوص، أن الوقف تصرف تبرعي نهائي غير قابل للتراجع فيه مطلقاً، ومن ثم لا يجوز للواقف أن يتصرف فيه بأي تصرف ناقل للملكية⁽⁴⁾.

وقد يكون القائم بالتغيير الموقوف عليه، فليس له أن يدعي ملكية ما بنى، لأن البناء المشيد على أرض الوقف لا يمكن أن يكون له طابع مخالف لطبيعة الأرض المحبسة⁽⁵⁾. وليس للموقوف عليه إلا الانتفاع بريع الوقف.

وقد يكون القائم بالبناء الناظر أو من يقوم مقامه باعتباره المسير المباشر للوقف والقائم بمصلحه⁽⁶⁾ فإن التغيير يكون ملكاً للوقف حتى ولو ادعى ملكيته مع هذا يستوجب عزله أو إعفائه من مهامه طبقاً للمادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 1998/12/1 يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك .

(1) سعاد لعامرة، مرجع سابق، ص32.

(2) محمد زيد الأبياني بك، مباحث الوقف، الطبعة الثانية، مصر، 1912، ص68.

(3) سعاد لعامرة، مرجع سابق، ص32.

(4) نسيم شيخ، مرجع سابق، ص326.

(5) سعاد لعامرة، مرجع سابق، ص33.

(6) سعاد لعامرة، مرجع سابق، ص33.

وإذا كانت الزيادة في العين الموقوفة من غلة المستحقين وهم لا يرضون بذلك فيرى الأستاذ خالد عبد الله الشعيب : أن هذه الزيادة لا تجوز لأن في ذلك مخالفة لشرط الواقف في صرف الربيع⁽¹⁾.

كما قد يكون القائم بالتغيير من الغير ويشمل الغير من تربطه علاقة قانونية بالوقف، كالمستأجر والمحتكر، حيث يمكن أن يقوم أحدهما بالبناء أو الغرس إما بموجب موافقة صريحة من السلطة المتعاقد معها أو بموجب العقد نفسه، فإذا أقام المستأجر البناء بدون موافقة الناظر أو من يقوم مقامه، فإن تصرفه لا يكون له أثر ويعتبر متعديا⁽²⁾.

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 بأحكامه⁽³⁾.

وفي إطار التعدي على الأملاك الوقفية وردت المادة 36 من قانون الأوقاف الجزائري 91-10 التي تنص على ما يلي "يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو تدليسية أو يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستنداته أو يزورها ، إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات " وهذه المادة إجمالية إلى حد بعيد قد اقتصر في معالجتها لموضوع التعدي على الوقف على استغلال الأملاك الوقفية بطريقة مستترة أو تدليسية إلى آخر ما ذكر فيها، لكنه لم يخلنا إلى مواد معينة من قانون العقوبات الجزائري⁽⁴⁾.

ثم إن هذه الحالة في التعدي على الوقف لا يقدم فائدة مباشرة للوقف، لأن قانون العقوبات لا يضمن التعويض عن الضرر الذي يلحق أهل الوقف من جراء الاعتداء عليه، فهو من القانون العام، ولا ينظر إلى

(1) منتدى قضايا الوقف الفقهية الأولى، بحوث ومناقشات المنتدى الذي نظّمته الأمانة العامة للأوقاف بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية بالكويت، 2003/10/13-11، الطبعة الأولى، الكويت، 2004، ص252.

(2) سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص33.

(3) موسى سالمي، مرجع سابق، ص61، نقلا عن سعاد لعمارة، ص34.

(4) إبراهيم بلبالي، مرجع سابق، ص462.

الجرائم إلا من حيث كونها ضارة بمصلحة المجتمع، فيعاقب عليها بعقوبات لا ترجع بفائدة مباشرة على المجني عليه، وكان الأولى للقانون في هذا المقام لو تمت الإحالة للقانون المدني وتحديدًا إلى مسألة العمل المستحق للتعويض وأساسه المادة 124 من القانون المدني⁽¹⁾.

الفرع الثالث: آثار التغيير في الوقف

لا يؤثر التغيير في الوقف - بالبناء والغرس فيه - على وجوده فيبقى قائمًا شرعًا، مهما كان نوع ذلك التغيير⁽²⁾. لذلك فآثاره هي بطلان التغيير وتملكه للوقف وتسوية الحالات المترتبة على التغيير.

أولاً: بطلان التغيير وتملكه للوقف

لقد نصت المادة 25 من قانون الأوقاف السالف ذكره على ما يلي "كل تغيير يحدث بناءً كان أو غرساً، يلحق بالعين الموقوفة ويبقى الوقف قائمًا شرعًا مهما كان نوع ذلك التغيير" وكذلك المادة 219 قانون الأسرة الجزائري "كل ما أحدثته المحبس عليه من بناء أو غرس في المحبس يعتبر من الشيء المحبس" فالنصين واضحين على إلحاق كل تغيير بالعين الموقوفة.

وأكد المشرع الجزائري ذلك في نصوص كثيرة من قانون الأوقاف 01-07 المؤرخ في 22 مايو 2001⁽³⁾ وذلك بما جاءت به المادة 26 مكرر²، التي نصت على كيفية استثمار العين الموقوفة عن طريق عقد الحكر، الذي يخصص بموجبه للمحتكر حق البناء أو الغرس في جزء من العين الموقوفة لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض وإيجار سنوي يحدد في العقد، مقابل حقه في الانتفاع بالبناء و الغرس وتوريثه خلال مدة العقد.

(1) إبراهيم بلبالي، مرجع سابق، ص 463.

(2) سعد لعامة، مرجع سابق، ص 34.

(3) قانون رقم 01-07 مؤرخ في 22 مايو 2001 يعد ويتمم القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتضمن قانون الأوقاف .

فينحصر حقه على ما أقامه من منشآت في الانتفاع لا غير ولا يكون له بمقتضى عقد الحكر الحق في تملك ما أقامه ولا تملكه للغير⁽¹⁾.

وكذلك ما نص عليه نفس القانون بموجب المادة 26 مكرر5، التي نصت على كيفية استثمار العين الموقوفة عن طريق عقد المرصد الذي يسمح بموجبه لمستأجر الأرض بالبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء، فيرتبط حق صاحب المرصد باستغلال إيرادات البناء على أن لا يتعداها إلى حقه في تملك البناء الذي يكون ملكا للوقف، وفقا لنص المادة 25 سالفه الذكر. ومنه إذا أحدث المستأجر أي تغيير على الملك الوقفي المؤجر فانه يلحق به كما سبق وأن أشرنا إلى ذلك إلا إذا أمكن رد هذا الملك إلى ما كان عليه دون إضرار به⁽²⁾.

وهذا أيضا ما أقرته المحكمة العليا بقرارها الصادر في **1999/09/29**⁽³⁾ الذي جاء فيه "يكتسب الوقف كل تغيير يحدث في العين الموقوفة، من بناء وغرس، مهما كان الشخص المغير" سواء أقيم البناء لصالحه أو لصالح الوقف.

وعليه فكل تغيير في الوقف يعتبر باطلا ويعود ملكه للوقف وهذا دائما مراعاة لمصلحة الوقف.

ثانيا: تسوية الحالات المترتبة عن التغيير

بالنسبة للحالات المخالفة لأحكام المادة 25 من قانون الأوقاف فان المشرع الجزائري لم ينظم طريقة تسويتها، واكتفى بالقول أنها تسوى بالتراضي⁽⁴⁾، أي بطريقة ودية والتي من ضمنها التعويض أو إعادة الملك الوقفي إلى ما كان عليه قبل إحداث التغيير⁽⁵⁾.

(1) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص190.

(2) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص190.

(3) قرار مؤرخ في: 29-09-1999 ملف رقم 188 432، الغرفة العقارية، نقلا عن سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص34.

(4) سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص35.

(5) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص190.

أما بالنسبة للوضعية المتعلقة بالثورة الزراعية هذه الأخيرة التي صدرت بموجب مرسوم 71-73، وبالرغم من أن هذا المرسوم قد استثنى الأراضي الموقوفة من التأمين إلا أن تطبيق ذلك لم يكن عند حسن الظن حيث أدرجت معظم الأراضي الوقفية ضمن الثورة الزراعية⁽¹⁾، فمثل هذه العقارات التي كانت موقوفة قد يحدث أن يبني فيها من هي تحت يده بناء كبيرا أو يغرس فيها غرسا عظيما، فهل يطالب بكل بساطة بالتخلي عن ملكه فيه ؟ صحيح أنه إذا ثبت الوقف في الأرض فهي ليست ملكا له، أما البناء والغرس فلا يستطيع أحد أن يخرجها من ملكه⁽²⁾.

لذلك جاء المنشور الوزاري المشترك المؤرخ في 1992/01/06 الذي يتعلق بتطبيق المادة 38 من قانون الأوقاف 91-10 حيث نظم عملية استرجاع الأملاك الوقفية المؤممة وكيفية التعويض عنها وإجراءات ذلك.

فقد ميز قانون الأوقاف بين نوعين من الوقف شأنه في ذلك شأن الفقه، ومن ثمة كان معيار إرجاع الأوقاف المؤممة هو نوع تلك الأوقاف فاختلقت الطريقة باختلاف نوع الوقف⁽³⁾.

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 الدولة. وعند تعذر تطبيق هذا الإجراء يعوضون ماليا⁽⁴⁾.

أما بالنسبة لأراضي الوقف الخاص، فتعود إلى الموقوف عليهم وتبقى تحت تصرفهم ويعوض المستفيدون بأراضي أخرى، وفي حالة تعذر ذلك، يمكنهم الاتفاق مع الموقوف عليهم على الاستمرار في استغلال الملك

(1) محمود أحمد مهدي، مرجع سابق، ص 35.

(2) إبراهيم بلبالي، مرجع سابق، ص 454-455.

(3) خير الدين فنتازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص 155.

(4) سعاد لعامرة، مرجع سابق، ص 35.

الوقفي، بما لا يتنافى مع أحكام الوقف، ريثما يتم تحويلهم أو تعويضهم ماديا⁽¹⁾. وعملية التعويض في حالة الوقف الخاص هو جوهر الاختلاف عن عملية استرجاع الوقف العام التي تطرقنا لها من قبل.

ولقد انتهجت الدولة خلال عملية تعويض الأراضي الوقفية لأصحابها أسلوبا خاصا يتمثل في "التعويض العيني" كقاعدة عامة، وذلك حفاظا على بقاء واستمرار الوقف، علما أن السبب الذي حال دون استعادة العين الموقوفة ذاتها هو تغيير وظيفتها الفلاحية، أو فقدت طابعها الفلاحي⁽²⁾. ويكون هذا وفقا للمادة 13 من الأمر 95-26 المعدل لقانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري، لذلك تم تعويض الموقوف عليهم بعين مكان تلك العين وهذا ما تمت إجازته من خلال المادة 24 من قانون الأوقاف.

إلا أن مسألة التعويض تشكل إشكالا بسبب الحالة التي يكون عليها العقار الموقوف عند استرجاعه وهي حالة وجود أغراس واستثمارات تم تشييدها من طرف المستغل للأرض المؤتممة فالمرجع الجزائري يجعل منها جزءا من الوقف فألحقها بالعين الموقوفة مع بقاء الوقف شرعا⁽³⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 25 من قانون الأوقاف السابق ذكرها، وبذلك يقوم الموقوف عليه بشراء تلك الأغراس وتملكها من الشخص الذي أقامها سواء الدولة أو شخص آخر وذلك وفق إجراءات. والثانية حالة وجود بنايات معدة للسكن أو لممارسة حرفة تجارية أو مهنية وفي هذه الحالة الموقوف عليه يقوم بتقديمها للتأجير لفائدة الأشخاص الذين يستغلونها⁽⁴⁾.

ولقد نظم المشرع الجزائري إطار المطالبة بحق استرجاع الوقف، وفق الإجراءات التالية⁽⁵⁾: حيث يتقدم المالك (الموقوف عليه) بطلب استرجاع الوقف مرفوقا لهذا الغرض بملف يوجهه إلى الوالي المختص إقليميا في أجل لا

(1) سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص 35.

(2) خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص 156.

(3) خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص 157.

(4) خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص 157-158.

(5) قانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم بالأمر 95-26 المؤرخ في 25/09/1995.

يتجاوز 12 شهرا، ابتداء من تاريخ نشر هذا الأمر وذلك طبقا للمادة 81 من قانون التوجيه العقاري المعدل بموجب الأمر رقم 95-26 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 1990/25/90 المتضمن التوجيه العقاري.

فيقوم الوالي بتحويل الملف للدراسة إلى لجنة ولائية متساوية الأعضاء وذلك طبقا لنص المادة 82 من قانون 25-90، والتي يرأس هذه اللجنة المندوب للإصلاح الفلاحي وأغلب ما فصلت به هذه اللجنة بشأن الأملاك الوقفية هو⁽¹⁾ :

إما إرجاع الأرض نفسها للموقوف عليهم، وإما تعويض الموقوف عليهم بمنحهم قطعة أرض مماثلة، ويكون قرار اللجنة قابلا للطعن بالطرق القانونية.

(1) خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص 158.

المبحث الثاني: التصرف في الوقف بالاستبدال

الأصل أن الوقف غير قابل لتصرف فيه بأي تصرف تملكي نظرا للزوم الوقف فهو مؤبد، لا يجوز الرجوع فيه، غير أنه وحتى يكون التعامل مع الوقف مرنا وتفاديا لجموده الذي يعطله فيضيع الغرض منه، أجاز الفقهاء والقانون صورة استثنائية للتصرف في الوقف تعرف بالاستبدال، إذ يعتبر وسيلة للحفاظ على استمرارية الانتفاع بالوقف من خلال استبدال الأصول القديمة بغيرها من الأعيان الصالحة.

فبالضرورات العملية تجعل الملك الوقفي قابلا للتصرف فيه باستبداله بأخر صالحا إذا أصبح خرابا، لذا أقر الفقهاء شرط الاستبدال ضمن الشروط المنظمة للوقف⁽¹⁾ فالاستبدال له أحكام خاصة لأنه يتصل ببقاء الوقف، وبقاء الوقف هو بقاء أعيانه، والاستبدال طريق من طرق البقاء وقد اختلف الفقهاء على جوازه⁽²⁾، ونجد المشرع الجزائري قد نص عليه في قانون الأوقاف حين اقتصر على حالات الاستبدال مما يستدعي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لبحث مفهوم الاستبدال (المطلب الأول)، ومرورا بضوابط صحة الاستبدال (المطلب الثاني)، وأخيرا التطرق إلى إجراءاته (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم الاستبدال

يعد الاستبدال من سمات الوقف ومرونته أي إمكانية تحويله أو تغييره بشروط⁽³⁾، فالقاعدة الأساسية أن يظل المال الموقوف مملوكا للجهة الموقوف لها، وله شخصية اعتبارية ولا يجوز نقل الملكية إلى الغير إلا في حالة الاستبدال، وذلك بهدف تطوير وتنمية المنافع والعوائد وهذا يوجب دراسة البدائل المختلفة وحساب العائد لكل بديل واختيار الأفضل⁽⁴⁾ كما أن الاستبدال يرتبط بشرط الواقف وذلك حرصا على رعاية وحفظ الوقف،

(1) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص 229.

(2) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 183.

(3) سليم هاني منصور، الوقف ودوره في المجتمع الإسلامي المعاصر، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ناشرون، لبنان، 2004، ص 179.

(4) منتدى قضايا الوقف الفقهية الأولى، مرجع سابق، ص 158.

وبالتالي يتم احترام شروط الواقف مادامت لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وتحقق مصلحة الوقف وتخلو من الظلم للموقوف عليهم⁽¹⁾، ومن خلال هذا المنطلق سنتطرق إلى تعريف الاستبدال (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى حكمه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الاستبدال

يعد موضوع استبدال الوقف واحدا من الموضوعات التي أثارت بعض الإشكالات بسبب المنافع والمفاسد التي تترتب عليه، الأمر الذي دفع الفقهاء أن ينظروا إليه بنظرات متفاوتة، بين مؤيد له مدافع عنه⁽²⁾.

وقد وضع الفقهاء للاستبدال عدة تعريفات منها أنه "بيع الموقوف عقارا أو منقولا بالنقد وشراء عين بثمنه لتكون موقوفة مكان العين التي بيعت"⁽³⁾ وكذلك يعرف بأنه "بيع مال الوقف، ويشترى بالثمن مال وقفي آخر يستعمل لنفس الغرض الأصلي للوقف، مع الإبقاء على الالتزام بسائر شروط الواقف"⁽⁴⁾، ويعرف بأنه "بيع عين من أعيان الوقف وشراء عين تحل محلها عن طريق عمليات البيع والشراء"⁽⁵⁾. لكن الموثقين كانوا يطلقون الاستبدال على شراء عين بالنقد، وكان يطلق التبادل أو البديل عندهم على معنى المقايضة⁽⁶⁾ مما يجعل الاستبدال يتم إما عينا وذلك بمقايضة العين الموقوفة بعين أخرى تصبح وقفا بدلا منها، وإما ببيع العين الموقوفة وتخصيص الثمن لشراء عين أخرى تصبح وقفا أيضا⁽⁷⁾.

(1) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص 130-131.

(2) محي الدين حسين يوسف، استبدال الوقف رؤية شرعية اقتصادية قانونية، الطبعة الأولى، حقوق الطبع محفوظة، الإمارات العربية المتحدة، دبي،

2009، ص 56-57.

(3) محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 269.

(4) منذر قحف، الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تنميته، دار الفكر المعاصر، دمشق، 2000، ص 244.

(5) منتدى قضايا الوقف الفقهية الأولى، مرجع سابق، ص 163.

(6) محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 269.

(7) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص 232.

وبالرجوع إلى قانون الأوقاف ومن خلال المادة 25 منه التي تطرقت إلى الاستبدال لكنها لم تعرفه وإنما تطرق إلى المقايضة الذي اعتبره أسلوب من أساليب استثمار الأملاك الوقفية وذلك بموجب المادة 26 مكرر 2/6 من قانون الأوقاف 01-07 المعدل والمتمم التي تنص على ما يلي: "...عقد المقايضة يتم بمقتضاه استبدال جزء من البناء بجزء من الأرض مع مراعاة أحكام المادة 24 من قانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991" ونجد القانون حصر في استبدال جزء من البناء بجزء من الأرض و السؤال يطرح: هل تصلح العملية العكسية؟ أي استبدال جزء من الأرض بجزء من البناء، وقد يقع هذا، ثم لما تم حصر العملية بهذا الشكل وهي في أصلها مفتوح⁽¹⁾.

الفرع الثاني: حكم الاستبدال

لقد اختلف الفقهاء في جواز الاستبدال ما بين مضيق وموسع، بل من الفقهاء من كان يمنعه، ولم يجزه إلا في أحوال استثنائية قليلة الوقوع⁽²⁾.

وعليه فقد أجاز الفقهاء استبدال الوقف وبيعه للضرورة بقيود وتفصيلات لديهم⁽³⁾ فإذا تعطل الموقوف وصار بحالة لا ينتفع بها فقد أجاز الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية بيعه وجعل ثمنه مثله⁽⁴⁾.

ونجد الحنفية قد أجاز البيع والاستبدال ولو لم يتعطل الموقوف، لكن ذلك يكون بشروط خاصة⁽⁵⁾، فالاستبدال عند الحنفية به صور وهي:

(1) فارس مسدور، الأوقاف الجزائرية بين الاندثار والاستثمار، ورقة بحثية، جامعة سعد دحلب، بدون تاريخ، ص 13.
(2) محمد عبید عبد الله الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الثاني، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977، ص 9.
(3) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 219.
(4) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 194.
(5) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 194.

أن يشترط الواقف لنفسه أو لغيره الاستبدال بأرض الوقف أرضاً أخرى تحل محل الوقف⁽¹⁾، وحينئذ يجوز له استبداله أو بيعه متى شاء ولا يجوز له أن يستبدله مرة أخرى إلا إذا ذكر في الوقفية عبارة تفيد الاستبدال دائماً، والاستبدال في هذه الحالة جائز ولو كان الشيء المستبدل عامراً ذا ريع ينتفع به وكذلك جاز للغير الاستبدال⁽²⁾. وعند الاستبدال لا بد من إتباع جنس البديل والمبدل⁽³⁾، فلو اشترط الواقف أن يستبدل الأرض الموقوفة بأرض فليس له أن يستبدلها بدار، ولو شرط أن يكون البديل داراً لا يجوز له أن يستبدلها بأرض غيرها⁽⁴⁾. فإذا انعدم الاشتراط فلا يجوز للواقف ولا للمتولي استبدالها ولو صارت الأرض دون منفعة، وإنما الذي يملك الاستبدال في هذه الحالة هو القاضي⁽⁵⁾.

و جاء في البحر الرائق: روى عن محمد، إذا ضعفت الأرض الموقوفة عن الاستغلال والقيم يجد بثمنها أخرى هي أكثر ريعاً، كان له أن يبيعها ويشترى بثمنها ما هو أكثر ريعاً، ثم قال ومن المشايخ من لم يجز بيعه تعطل الوقف أو لم يتعطل وكذا لم يجز الاستبدال في الوقف⁽⁶⁾.

وألا يشترط الواقف الاستبدال وللوقف ريع وغلاة وغير معطل، تم نقل ابن عابدين عن الأشباه، أنه لا يجوز استبدال العامر إلا في حالات⁽⁷⁾.

(1) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 194.

(2) محمد زيد الأبياني بك، مرجع سابق، ص 43.

(3) محمد زيد الأبياني بك، مرجع سابق، ص 44.

(4) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 196.

(5) محمد زيد الأبياني بك، مرجع سابق، ص 44.

(6) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 197.

(7) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 198.

أما المالكية فلهم تفصيل آخر إذ أنهم يفرقون بين العقار والمنقول في بيعه واستبدال غيره به⁽¹⁾.

فبالنسبة للعقار فقد منعه منعا باتا وذلك في حالتين، إذا كان الموقوف مسجدا⁽²⁾، أو كان قائم المنفعة⁽³⁾، وأجازه (أي بيع العقار الموقوف) لضرورة توسيع مسجد جامع، وسواء كان الوقف على معينين أو غير معينين. كما يجوز بيع الوقف لتوسعة مقبرة أو طريق لمرور الناس، ولو جبرا على المستحقين أو الناظر، أما بالنسبة للمنقول فقد أجاز الاستبدال فيه إذا لم توجد جهة تنفق عليه وخيف عليه الهلاك أو تعطلت منافعه وصار لا ينتفع به فيما حبس من أجله⁽⁴⁾.

ويفهم عند المالكية منع الاستبدال مطلقا إلا إذا وجدت منفعة عامة ولا يكون إلا بطريق المبادلة بعقار آخر⁽⁵⁾، ومنهم من منع بيع الوقف حتى لو تحرب وأصبح لا يستغل في شيء، وقد قالوا في تعليل رأيهم هذا: إنما لم يبيع العقار المحبس إذا حرب، لأنه يجد من يصلحه بإيجار سنين فيعود كما كان⁽⁶⁾.

وسبب التفرقة بين العقار والمنقول عندهم هو بما سيؤول إليه الوقف مستقبلا، وما يمكن أن يستفاد منه حتى تشددوا في استبدال العقار ولم يتشددوا في استبدال المنقول - باستثناء بعضهم - لعدم إمكانية الانتفاع به مستقبلا، إذ أن منع الاستبدال فيه قد يؤدي إلى إتلافه⁽⁷⁾.

(1) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 198.

(2) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 183.

(3) محمد عبيد عبد الله الكبيسي، مرجع سابق، ص 34.

(4) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 198-199.

(5) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 185.

(6) محمد عبيد عبد الله الكبيسي، مرجع سابق، ص 37.

(7) محي الدين بن حسين بن يوسف، مرجع سابق، ص 76.

وبالنسبة لشافعية فرأيهم يقارب المالكية وذلك بالتشديد في منع الاستبدال حتى لا يكون في ذلك ضياع للأوقاف⁽¹⁾.

جاء في المذهب: إن وقف مسجدا فحرب المكان وانقطعت الصلاة فيه لم يعد إلى الملك ولم يجز له التصرف فيه، لأنه مازال الملك فيه لحق الله تعالى لا يعود إلى الملك بالاختلال، لأن المسجد يمكن الصلاة فيه مع خرابه⁽²⁾. وعليه فان الوقف إذا كان فيه ريع ولو كان قليلا، لا يباع عند الشافعية حتى ولو أذن بذلك القضاء على مذهبهم⁽³⁾.

فتشدد الشافعية في أمر استبدال العين الموقوفة أو شك بهم أن يمنعه مطلقا⁽⁴⁾، وكأنهم ذهبوا إلى أنه لا يمكن أن تسلب منفعة بحال، فما دام الأمر كذلك فلا يصح بيعه واستبداله⁽⁵⁾.

وقد تحلل مذهب أحمد من قيود التشديد قليلا⁽⁶⁾، فالاستبدال عندهم جائز إذا كان غير صالح للغرض الذي وقف من أجله ولم يعد صالحا للانتفاع به، وسواء أكان الموقوف منقولاً أو عقاراً، مسجداً أو غير مسجد⁽⁷⁾.

وعليه فقد سار الحنابلة في ركب الاستبدال وقال به، لكنهم قصره على حالة واحدة هي الضرورة أو المصلحة لكون الموقوف قد صار غير صالح للغرض الذي وقف لأجله فلم يعد ينتفع به كلية، لذلك لم يجز

(1) محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص.186

(2) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص200-201.

(3) محي الدين حسين يوسف، مرجع سابق، ص79.

(4) محمد عبيد عبد الله الكبيسي، مرجع سابق، ص39.

(5) محمد عبيد عبد الله الكبيسي، مرجع سابق ، ص 41.

(6) محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص187.

(7) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 202.

الاستبدال من أجل زيادة الغلة وكثرتها مع بقاء الانتفاع المقصود من العين إذا كان لها غلة قليلة وتوجد غيرها أكثر منها، من أجل عدم فتح باب الاستبدال على مصراعيه⁽¹⁾.

ويقول عبد العزيز علوان سعيد عبده: أن الأوقاف التي لا فائدة من استمرارها وإنما تكون المصلحة في بيعها، وإحلال ما يقوم مقامها، حتى لو شرط الواقف في وثيقة وقفه ألا يباع الوقف ولا يستبدل ثم تحققت مصلحة للوقف في بيع الوقف أو استبداله فلا ينظر إلى شرط الواقف بل النظر في مصلحة الوقف⁽²⁾.

المطلب الثاني: ضوابط صحة الاستبدال

يقتصر التصرف في الوقف باستبداله بما يحقق المصلحة ويضمن استمرار نفعه، ذلك أن هذا التصرف من عوامل بقاء الوقف والمحافظة عليه⁽³⁾، وقد اشترطوا لصحة الاستبدال شروطا كثيرة منها ما تطابقت عليه كلمة أكثر الفقهاء والكتاب ومنها ما هو موضوع خلاف، واشترطه من المتأخرين لما لاحظوه من مظالم ومفاسد ظهرت⁽⁴⁾، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي: الشروط المتعلقة بالشخص طالب الاستبدال (الفرع الأول)، والشروط المتعلقة بالعين محل الاستبدال (الفرع الثاني)، وكذلك الشروط المتعلقة بالبدل (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالشخص طالب الاستبدال

أقر الفقه الإسلامي جواز الاستبدال في عدة حالات مميّزا فيها بين أن يكون الواقف قد اشترط الاستبدال في كتاب وقفه أو نهي عنه⁽⁵⁾ وهي كما يلي:

(1) محي الدين حسين يوسف، مرجع سابق، ص 89.

(2) عبد العزيز علوان سعيد عبده، أثر الوقف في التنمية الاقتصادية والاجتماعية مع دراسة تطبيقية للوقف في اليمن، رسالة لنيل درجة الماجستير في

الاقتصاد الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات العليا الشرعية، جامعة أم القرى، 1997، ص 158.

(3) خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق، ص 233.

(4) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 196.

(5) خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق، ص 233.

أولاً: حالة اشتراط الواقف الاستبدال

قد يشترط الواقف الاستبدال لنفسه أو لغيره، أو لنفسه ولغيره، فإذا اشترط الاستبدال لنفسه فقط جاز له الاستبدال والبيع دون غيره وليس له أن يكرر الاستبدال إلا إذا شرط لنفسه التكرار بعبارة تفيد هذا المعنى⁽¹⁾. و إذا شرط الاستبدال لغيره جاز للمشروط له أن يستبدل بالموقوف غيره، وإذا اشترط لنفسه ولغيره معاً، جاز لهما أن يشتركا به ويجوز للواقف أن ينفرد بالاستبدال في هذه الحالة، ولكن لا يجوز لغيره الانفراد به، ولا يجوز لمن شرط له الاستبدال أن يوصي بهذا الحق لأحد بعد وفاته إلا إذا وجد نص صريح من الواقف على ذلك، ويجوز في كل الأحوال لمن شرط له الاستبدال أن يمارس هذا الحق بنفسه أو بواسطة وكيل⁽²⁾.

ثانياً : حالة سكوت الواقف عن الاستبدال

إذا سكت الواقف بأن لم يشترط في الوقف الاستبدال له أو لغيره فليس له يبيعه واستبداله ولو صارت الأرض سبخة والدار خربة لا ينتفع بها. وإنما الذي يملك الاستبدال في هذه الحالة هو القاضي⁽³⁾، وهذا ما حكم به جمهور الفقهاء⁽⁴⁾ و يكون ذلك في الحالات التالية⁽⁵⁾:

- 1 - أن يصبح الوقف عديم المنفعة .
- 2 - أن لا يكون هناك ريع للوقف يعمر به.
- 3 - أن لا يكون البيع مظنة محاباة من البائع للمشتري كما باع القيم لمن لا تقبل شهادتهم له من الأصول

(1) محمد زيد الأبياني بك، مرجع سابق ، ص43.

(2) خير الدين بن مشرزن ، مرجع سابق ، ص 233.

(3) محمد زيد الأبياني بك ، مرجع سابق ، ص44.

(4) سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص43.

(5) وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص222.

والفروع أو لمن له عليه دين⁽¹⁾. لأن البيع لمن لا تقبل شهادته له مدعاة إلى الاتهام، إذ فيه احتمال أن يقع غبن على الوقف، أو يكون التصرف ليس من مصلحته في شيء، والبيع لمن له دين على القيم فيه احتمال ضياع مال البدل بعجز القيم عند السداد، فيضيع الوقف، ولأنه لا يصح أن يقرض من ثمن الوقف قبل شراء البدل، فالأول فيه احتمال أن يذهب بالمال، بل إن الظاهر لا يباع بثمن مؤجل خشية العجز عن الأداء، و الوقف يحتاط له ما أمكن الاحتياط⁽²⁾.

4- أن يكون الوقف منتفعا به في الجملة ولكن يمكن استبداله بأكثر منه نفعا كما إذا فرضنا أن هناك من يرغب فيه ويعطى بدله أرضا أو دارا أكثر منه ريعا وأحسن⁽³⁾. ويجب أن يكون المستبدل شخصا نزيها ومن ذوي الفقه والخبرة لتلا يؤدي الاستبدال إلى ضياع أموال أوقاف المسلمين ولهذا اشترط أكثر الفقهاء أن يتولى القاضي دون الناظر التحقق من المصلحة ليحكم بالاستبدال الذي لم يشترطه الواقف⁽⁴⁾.

ونشير هنا أن صاحب الحق في الاستبدال لم يحدده المشرع الجزائري، غير أنه وفي إطار الولاية العامة لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف التي تعتبر الجهة الوصية على الأوقاف على المستوى المحلي⁽⁵⁾، وفقا للمرسوم التنفيذي 381-98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية من خلال نص مادته 10 التي تقضي بما يلي: "تسهر نظارة الشؤون الدينية في الولاية على تسيير الأملاك الوقفية وحمايتها والبحث عنها، وجردها وتوثيقها إداريا طبقا للتنظيم المعمول به"، فهي صاحبة الحق في الاستبدال.

ومنه لا بد من اشتراط ناظر الملك الوقفي لأنه هو المسير المحلي المباشر للملك الوقفي طبقا لنص المادة 12 من نفس المرسوم التنفيذي 381-98 التي جاء نصها كالآتي: "تسند رعاية التسيير المباشر للملك الوقفي إلى

(1) محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 273.

(2) محمد عبد الله الكبيسي، مرجع سابق، ص 27-28.

(3) محمد زيد الأبياني بك، مرجع سابق، ص 44-45.

(4) محمد عبيد عبد الله الكبيسي، مرجع سابق، ص 33.

(5) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص 234.

ناظر الملك الوقفي في إطار أحكام القانون رقم 91-10... " وأن هذا الأخير من مهامه طبقاً لنص المادة 13 من هذا المرسوم أيضاً هو المحافظة على الملك الوقفي وملحقاته وتوابعه⁽¹⁾.

وعليه يعتبر ناظر الوقف وكلياً عن الواقف حال حياته ويعتبر كالوصي المختار له بعد موته... ولذلك يقدم وصي ذلك الناظر على القاضي في الولاية على الوقف وهو في كلتا الحالتين أمين على ما يكون تحت يده من أعيان الوقف، وغلاته، فتسري عليه أحكام الأمناء⁽²⁾.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالعين محل الاستبدال

تختلف الشروط المتعلقة بالعين محل الاستبدال، حسب اختلاف نوع العين الموقوفة وطبيعتها⁽³⁾، فإذا كانت العين الموقوفة مسجداً فقد أجمع جمهور الفقهاء على عدم جواز استبداله حتى ولو كان خراباً فالمسجد يبقى مسجداً. بينما أجاز الحنابلة استبداله بشرط توفر المصلحة، فإذا صار المسجد غير صالح للغاية التي شيد من أجلها كأن ضاق على أهله، ولم يمكن توسيعه حتى يسعهم جميعاً، أو خربت الناحية التي فيها المسجد، وصار غير مفيد فيمكن أن يباع في مثل هذه الأحوال، ويصرف ثمنه في بناء مسجد آخر⁽⁴⁾.

أما في العقار الموقوف غير المسجد فتراع فيه المصلحة، فإذا اقتضت المصلحة الاستبدال كان الاستبدال مثلاً كتعطل منافع العين الموقوفة كلية⁽⁵⁾، أو وجود عين أخرى أكثر ريباً وأعم نفعاً⁽⁶⁾، كانت هناك مصلحة راجحة في استبداله⁽⁷⁾.

(1) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص 234.

(2) محمد بن عبد العزيز بن عبد الله، الوقف في الفكر الإسلامي، الجزء الأول، موقع مؤسسة مولاي عبد الله الشريف، 1996، ص 314.

(3) سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص 42.

(4) إبراهيم العبيدي إبراهيم عبد اللطيف، استبدال الوقف رؤية شرعية اقتصادية قانونية، الطبعة الأولى، دائرة الشؤون الدينية الإسلامية والعمل

الخيري، دبي، 2009، ص 6060.

(5) إبراهيم بلبالي، مرجع سابق، ص 469.

(6) محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 273.

(7) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص 234.

وتعني المصلحة جلب نفع أو دفع ضرر ،لأنه قوام الإنسان في دينه ودنياه ومعاشه ومعاده وبحصول الخير واندفاع الشر، والمصلحة المعتبرة التي يمكن أن تأثر في الوقف هي المصلحة الغالبة والتي يطلب جلبها شرعا، أو مفسدة غالبية، يطلب درؤها شرعا فإذا لم تتحقق غلبت المصلحة على المفسدة، لأن الإبقاء على أصل الوقف هو المحتم إذ ليست كل مصلحة عارضة يمكن أن تززع أركان الوقف، وتصرف ألقاظ الواقف عن مواضعها، وتحرك الغلاة عن مواقعها و الذي يتحقق من وجود المصلحة هو الناظر والإمام والقاضي الشرعي فأولئك عليهم أن يقدروا رجحان نية المصلحة وغلبتها على المفاسد التي قد تنشأ عن التصرف في الوقف⁽¹⁾.

حدد المشرع الجزائري في المادة 24 من قانون الأوقاف 91-10 حالات أربعة مرتبطة بالمال الموقوف محل الاستبدال⁽²⁾، ويقع عبئ إثباتها على السلطة المكلفة بالأوقاف بعد معاينة ذلك من ذوي الخبرة وهذه الحالات هي:

- 1- حالة تعرضه للضياع والاندثار .
- 2- حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه .
- 3- حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية.
- 4- حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء إتيانه بنفع فقط، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه.

لكن هذه الحالات التي ذكرها القانون لجواز استبدال الوقف تبدو نظرية أكثر منها عملية وخصوصا في العنصر الأخير، فكيف يتصور وجود شخص يقبل بعقار منعدمة منافعه ومنتفي إتيانه بنفع قط ويعوض بعقار

(1) محمد بن عليشة بن عسير الفزي، استبدال أعيان الوقف بين المصلحة والاستيلاء، بحث مقدم إلى المؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، الوقف الإسلامي "اقتصاد وإدارة، وبناء وحضارة، الجامعة الإسلامية، 2009، ص 28 و31.

(2) خير الدين بن مشرّن ، مرجع سابق، ص 235.

مماثل له أو أفضل منه، وحتى هذه المماثلة ينبغي أن لا تشتت لأنّه إذا أُبدل بعقار مماثل له فما الفائدة منه؟⁽¹⁾.

أما بالنسبة لحكم استبدال المسجد من عدمه لم يتطرق إليها المشرع الجزائري مما يحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمذاهبها الأربعة كونه لم يحدد مذهبا دون آخر في غير المنصوص عليه⁽²⁾.

الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالبدل

اتفق جمهور الفقهاء على اشتراط أن لا يكون البيع بغبن فاحش⁽³⁾، وهو ما لا يدخل في تقويم المقومين، لأن البيع بغبن فاحش تبرع بجزء من الوقف، وهو مما لا يجوز لأحد، سواء في ذلك القاضي وغيره⁽⁴⁾، فالغبن هو عدم التعادل المادي للأداءات فهو عيب في محل العقد لا في الإرادة فمعيار الغبن إذا هو معيار مادي⁽⁵⁾ وهو أيضا النقص، والمراد به أن يكون أحد العوضين مقابلا بأقل مما يساوي في السوق وهو قسمان : غبن يسير وغبن فاحش⁽⁶⁾.

وقد نصت المادة 358 قانون مدني جزائري على أنه : "إن بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع ". هذا إذا تم الاستبدال عن طريق البيع بثمن نقدي وشراء وقف آخر يكون وقفا على ما كان عليه الأول، و أما إذا كان الاستبدال بالمقايضة فيجب أن يراعى شرط الواقف بالنسبة إلى نوع البديل⁽⁷⁾.

(1) إبراهيم بلالي ، مرجع سابق ، ص 447.

(2) خير الدين بن مشرّن ، مرجع سابق ، ص 236.

(3) محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 273.

(4) محمد عبد الله الكبيسي ، مرجع سابق ، ص 27.

(5) محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2000، ص 70.

(6) خير الدين بن مشرّن ، مرجع سابق ، ص 237.

(7) خير الدين بن مشرّن ، مرجع سابق ، ص 237.

و أن يتحقق من أن العين التي اشترت أكثر خيرا وأبعد عن الضرر من العين التي بيعت⁽¹⁾.

المطلب الثالث: إجراءات الاستبدال

كان لتطبيق الاستبدال على الأوقاف الكثير من الآثار الايجابية و السلبية، حيث كان الاستبدال سببا في بقاء كثير من الأوقاف قائمة بالرغم من مرور عشرات السنين عليها، ولو منع الاستبدال لأدى إلى بقاء كثير من دور الأوقاف خربة لا ينتفع بها أحد والى بقاء بعض الأراضي الموقوفة جدباء لا يستفاد منها، وفي مقابلة جعل جواز الاستبدال ذريعة للاستيلاء على الأوقاف وأكل أموال الناس بالباطل⁽²⁾. لذلك وجب إتباع مجموعة من الإجراءات حتى يكون التصرف تصرفا قانونيا.

بالنسبة للمشرع الجزائري لم ينظم إجراءات خاصة بالاستبدال كما فعل مع الإجارة العادية للأموال الوقفية في المرسوم 98-381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية، وباعتبار الولاية العامة التي تحوزها وزارة الشؤون الدينية والأوقاف فان عملية الاستبدال تتم وفق إجراءات إدارية تثبت بموجبها مشروعيتها⁽³⁾، وهي تقديم طلب الاستبدال (الفرع الأول) بعدها بيع الملك الوقفي أو مقايضته (الفرع الثاني) حلول العين المبدلة محل العين المستبدلة(الفرع الثالث).

الفرع الأول: تقديم طلب الاستبدال

يجب على الشخص الذي يتخذ قرارات الاستبدال أو الإبدال أن يعد الدراسات اللازمة لبيان الجدوة من ذلك، وهذا أصبح أمرا ميسرا في الوقت المعاصر⁽⁴⁾.

(1) محمد عبيد عبد الله الكبيسي، مرجع سابق، ص33.

(2) محمد عبيد عبد الله الكبيسي، مرجع سابق، ص34.

(3) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص238-239.

(4) منتدى قضايا الوقف الفقهية الأولى، مرجع سابق، ص165.

فعلى ناظر الوقف أن يقدم طلبا إلى مديرية الشؤون الدينية والأوقاف للولاية مكان تواجد العقار المراد استبداله، ويقوم هذا المدير بتكوين لجنة تتكون من وكيل الأوقاف وموظفين في الإدارة، وتقوم هذه اللجنة بدراسة إمكانية الاستبدال وجدواه بالنسبة للوقف، فإذا وافقت اللجنة على القيام بعملية الاستبدال، يصدر مدير الشؤون الدينية قرارا يثبت إحدى الحالات المبينة في المادة 24 من قانون الأوقاف 91-10 وذلك بعد المعاينة والخبرة والتي تتم بالاستعانة بالإدارة والهيئات المختصة في تحديد أن الوقف خرب لا يمكن عمارته أو إصلاحه وأن المصلحة في استبداله، كالخبراء الخاصين وإدارة الحماية المدنية و بعد ذلك يشرع في عملية الاستبدال⁽¹⁾.

الفرع الثاني: بيع الوقف أو مقياضته

من المستحسن أن تكون عملية استبدال الوقف بعقار لا دراهم ودنانير لئلا يأكلها النظار، ولأنه قل أن يشتري بها الناظر بدلا، و أجاز بعضهم الاستبدال به نقود⁽²⁾.

ولكي يكون الاستبدال ببيعه مدرا يجب أن يتم عن طريق المزاد العلني، وإلا يكون عن طريق التراضي فالذي يقدم أكبر عرض هو الذي يرسو عليه المزاد العلني، وإذا لم يحقق المزاد عرضا جيدا يسمح باستبدال الوقف فلا يجرى المزاد لانتفاء مصلحة الوقف⁽³⁾.

وبذلك يمكن أن يجرى الاستبدال - بحسب طرق إيجار الأملاك الوقفية - إما عن طريق المزاد العلني أو بطريق التراضي بعد استطلاع رأى لجنة الأوقاف طبقا للمادة 25 من المرسوم التنفيذي 98-381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية، فيحدد لسعر المثل كسعر أدنى للبيع بعد استطلاع المصالح المختصة في إدارة أملاك الدولة أو الجهات الأخرى المختلفة في إدارة أملاك الدولة أو الجهات الأخرى المختصة بحسب طبيعة

(1) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص 239.

(2) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 222.

(3) أحمد أمين حسين و فتحي عبد الهادي، مرجع سابق، ص 188.

الملك الوقفي⁽¹⁾ طبقا لنص المادة 22 من نفس المرسوم التنفيذي ويعلن المزاد في الصحافة الوطنية أو طرق الإعلان الأخرى طبقا لنص المادة 23 من نفس المرسوم. إلا أن الاستبدال عادة ما يتم بطريق التراضي بحيث يبحث ناظر الملك الوقفي على من يدفع ثمنا جيدا ليبيع له العقار ليشتري بثمنه عقارا آخر محل العقار المستبدل⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري لم يقرر طريقة بيع الوقف ولكنه أشار إلى المقايضة⁽³⁾، حيث أجازت المادة 26 مكرر 2/6 على أنه يتم بمقتضى هذه المقايضة استبدال عقار موقوف بعقار آخر.

والمقايضة كالبيع من عقود التمليك بمقابل والذي يميزها عن البيع هو أنها مبادلة شيء بشيء آخر غير النقود، فكل عاقد يتعهد بتمليك العاقد الآخر شيئا أو حقا ماليا على سبيل التبادل ولذلك قيل بأن كل طرف في المقايضة يعتبر بائعا ومشتريا في آن واحد فهو بائعا للشيء الذي قايس به و مشترا للشيء الذي قايس عليه⁽⁴⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 413 من القانون المدني الجزائري.

يعتبر عدم نص المشرع الجزائري في قانون الأوقاف على إجراءات الاستبدال فراغا تشريعا واسعا يجب سده، خاصة وأن المشرع نظم الإيجار وهو يعتبره تصرفا واردا على الانتفاع فقط، بينما ترك إجراء الاستبدال غامضا رغم أن هذا التصرف الوارد على أصل الملك الوقفي هو الأولى بالرعاية والتنظيم⁽⁵⁾.

(1) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص 240.

(2) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص 240.

(3) سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص 49.

(4) محمد حسنين، مرجع سابق، ص 232.

(5) سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص 50.

الفرع الثالث: حلول العين المبدلة محل العين المستبدلة

يُتِمُّ عملية الاستبدال، تصبح العين الجديدة وقفاً، فتطبق عليها جميع الأحكام المطبقة على الأوقاف فتخرج من دائرة التمليكات، فلا يجوز التصرف في أصلها بأية صفة من صفات التصرف، سواءً بالبيع أو الهبة أو التنازل، أو غيرها وتكون وقفاً على ما كانت عليه العين الأولى⁽¹⁾.

يستلزم عملية التسجيل للعقار المشتري أو المقايض في السجل العقاري الخاص بالأموال الوقفية طبقاً للقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2003/11/14 المحدد لشكل ومحتوى السجل العقاري الخاص بالأموال الوقفية المحدث لدى مصالح الحفظ العقاري⁽²⁾. ووفقاً للمرسوم التنفيذي رقم 336-2000 المؤرخ في 2000/10/26 الذي يتضمن إحداث وثيقة الأشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها.

كما تخرج العين التي كانت وقفاً، 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⁽³⁾.

وطبقاً لما ورد في التعلية الوزارية رقم 143 المؤرخة في 2003/08/03 المنظمة لتسيير الأملاك الوقفية، فإنه يتم وضع بطاقة خاصة للعقار الوقفي الجديد في سجل الجرد، فيعطى له رقم حسب ترتيبه فيه، وهو الرقم الذي تحمله البطاقة. وهذا بعد أن يتم تسجيله لدى المحافظة العقارية وإعفائه من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عملاً من أعمال البر والخير طبقاً لنص المادة 44 من قانون الأوقاف 91-10.

(1) سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص 50-51.

(2) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص 240.

(3) سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص 51.

ويشطب العقار الوقفي المستبدل من سجل الجرد و البطاقيه باللون الأحمر عن طريق مقررة من طرف وزير الشؤون الدينية والأوقاف وباقتراح من المدير الولائي، بحيث يشار إلى مراجع المقررة الوزارية وتبقى محفوظة ضمن ملف العقار الوقفي الذي تم شطبه⁽¹⁾، وهو الأمر الذي نصت عليه المذكرة رقم 06-03 المؤرخة في 2006/9/23 المتعلقة باستثمار الأملاك الوقفية، فحددت الوثائق اللازمة لطلب شطب الوقف والمتمثلة فيما يلي⁽²⁾:

- 1- وثيقة تثبت أن هذا العقار موضوع الشطب غير مترتبة عليه مخلفات إيجار.
 - 2- وثيقة من الجهات التقنية المختصة توضح رأيها في الموضوع .
 - 3- بطاقة تقنية للملك الوقفي موضوع الشطب طبقا للنموذج المرفق بالمذكرة
 - 4- محضر معد من طرف لجنة خاصة لدراسة شطب ملك وقفي يوضح فيه ما يلي: الوضعية الحالية للملك الوقفي ، وأسباب ودواعي شطب هذا الملك، و رأي أعضاء اللجنة في عملية شطب هذا الملك الوقفي، وتتكون هذه اللجنة من: مديرية الشؤون الدينية والأوقاف للولاية (رئيسا)، رئيس مصلحة الأوقاف والتوجيه الديني (عضوا).
- وكيل الأوقاف أو المكلف بها (عضو)، مفتش التعليم المسجدي للمقاطعة التي يقع فيها العقار (عضو)، رئيس اللجنة الدينية للمسجد إذا كان العقار من ملحقات المسجد (عضو)، إمام المسجد إذا كان العقار من ملحقاته.
- و ما نخلص إليه في هذا الفصل أن الوقف هو حبس العين الموقوفة عن التملك لأي جهة من الجهات سواء الطبيعية أو المعنوية، وتكوين رأسمال المؤسسة الوقفية. ومن أجل المحافظة على هذا الملك منحت له الشخصية المعنوية، واعتبر كل تغيير في الملك الوقفي يأخذ وصف الوقف، وقد حضي الوقف بالحماية الثلاثية للأملاك

(1) خير الدين بن مشرزن ، مرجع سابق ، ص241.

(2) المذكرة رقم 06-03 المؤرخة في 23-09-2006 الصادرة عن المديرية الفرعية لاستثمارية الأملاك الوقفية المتعلقة بشطب الأملاك الموقوفة.

العامّة من بينها منع التصرف في الملك الوقفي كالبيع أو الهبة أو التنازل عنه... كقاعدة عامّة، واستثناء من الأصل يمكن التصرف في الملك الوقفي بالاستبدال الذي يعتبر وسيلة للمحافظة على الأملاك الوقفية من الاندثار متى وجدت مصلحة تقتضي ذلك وقد حدد قانون الأوقاف الجزائري أربع حالات لذلك.

الفصل الثاني

التصرفات الواردة على الوقف

تتميرا له

إن المراد بتمير أموال الوقف هو تثير أصل الوقف عقارا أو منقولا أو تثير الربح الناتج عن استغلال الوقف⁽¹⁾.

ويهدف إصلاح قطاع الأوقاف ورفع كفاءته الاقتصادية لم تنحصر الجزائر بجانبه التنظيمي والإداري فقط ولكنها أخذت طريقها نحو الجانب الاقتصادي من خلال العمل على تنمية الأملاك الوقفية بمختلف الصيغ التثيرية الحديثة وإقامة عدة مشاريع وقفية.

وعليه يمكن اعتبار قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف أول خطوة في إطار التقنين لتثير الوقفي، وقانون 01-07 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف فصل صيغ التثير الوقفي بشكل أكثر وضوح.

وفي هذا الإطار يقع على عاتق إدارة الشؤون الدينية والأوقاف تثير الوقف وذلك بتثيره عن طريق الإيجار(المبحث الأول)، وكذلك استغلال وتثير وتنمية الوقف عن طريق العقود الواردة في القانون رقم 01-07 (المبحث الثاني).

(1) من معاني الإنماء هو الاستثمار والتثير.

المبحث الأول: تثمير الوقف عن طريق الإيجار

يعد إيجار الأملاك الوقفية من أهم الصيغ الاستثمارية الشائعة في الجزائر⁽¹⁾، لأنه يحافظ على ديمومة الوقف وبقائه بالإضافة إلى مساهمته في تنمية الوقف وتحقيق أهدافه⁽²⁾، وفي هذا الإطار أصدرت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف مجموعة من اللوائح والتعليمات تتضمن كيفية إيجار الأملاك الوقفية⁽³⁾، وعليه نجد المادة 42 من قانون الأوقاف رقم 91-10 تنص على ما يلي "تؤجر الأملاك الوقفية وفقا للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول، مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية". معنى هذا أن الإيجار يخضع للمرسوم التنفيذي 98-381 المتعلق بتسيير الأملاك الوقفية. ويخضع لأحكام الإيجار المنصوص عليه في القانون المدني وقانون التوجيه العقاري⁽⁴⁾، ومراعاة أحكام الشريعة الإسلامية في كل ذلك⁽⁴⁾، ونجد أن هذا العقد متميز من حيث كيفية انعقاده (المطلب الأول)، وآثاره (المطلب الثاني)، وكذلك من حيث طريقة الانتهاء (المطلب الثالث).

المطلب الأول: انعقاد إيجار الوقف

إيجار الأملاك الوقفية يخضع لنفس القواعد التي يخضع لها إيجار الملك العادي ولكنها تستقل عن هذه القواعد ببعض القواعد الخاصة⁽⁵⁾، لاسيما فيما يتعلق بالأمور التالية: أطراف العلاقة التجارية (الفرع الأول)، وطرق إبرام العقد (الفرع الثاني)، وكذلك من حيث المحل والمدة (الفرع الثالث) وهذه الخصوصية تنبع من طبيعة الوقف.

(1) صليحة حازم، نظام الولاية على الأملاك الوقفية في ظل التشريع الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، فروع قانون خاص، كلية الحقوق بن عكنون، 2011، ص 75.

(2) عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في علوم إسلامية، التخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2006، ص 118.

(3) صليحة حازم، مرجع نفسه، ص 76.

(4) أحمد هواجي و ياسين وازة، مرجع سابق، ص 8. ونجد المادة 51 من قانون التوجيه العقاري تنص على ما يلي: "إذا ثبت عدم استثمار أرض فلاحية ينذر المستثمر ليستأنف استثمارها، وإذا بقيت غير مستثمرة لدى انتهاء أجل جديد مدته سنة تقوم الهيئة العمومية المخولة لهذا الغرض بما يأتي: وضع الأرض حيز الاستثمار لحساب وعلى نفقة المالك أو الحائز الظاهر إذا كان المالك الحقيقي غير معروف، أو عرض الأرض للتأجير أو بيعها إذا كانت الأرض خصبة جدا."

(5) خير الدين بن مشرنن، مرجع سابق، ص 166.

الفرع الأول: أطراف عقد إيجار الوقف

لا بد في عقد الإيجار من طرفين، مؤجر ومستأجر فقد ورد في المادة 467 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، أن الإيجار ينعقد بمقتضى اتفاق بين المؤجر والمستأجر. فالإيجار عقد يلتزم بموجبه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بشيء معين لمدة لقاء أجر معلوم⁽¹⁾. وعليه سنتطرق إلى مؤجر الوقف ومستأجره من خلال ما يلي:

أولاً: مؤجر الوقف

إن الإقرار الذي منحتة المادة 5 من قانون الأوقاف رقم 91-10 والمادة 49 من القانون المدني للوقف يتمتع به بالشخصية المعنوية، يعد ضمانا لاستمرارية الوقف ويعطي للوقف الحق في تحمل الالتزامات واكتساب الحقوق أما إدارته فيتولاها ناظر الوقف⁽²⁾، استنادا لنص المادة 33 من قانون الأوقاف "يتولى إدارة الأملاك الوقفية ناظر للوقف حسب كيفية تحدد عن طريق التنظيم"، واستنادا لنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 98-381. ولا يملك إيجار الوقف الموقوف عليه، أي المستحق فيه ذلك أنه إذا كان يملك ريعه لا يملك إدارته فلا يملك إيجاره والذي يملك ذلك هو الناظر دون غيره، وقد يكون المستحق متوليا من قبل الواقف فيملك الإيجار بصفته متوليا من قبل الواقف لا بصفته مستحقا⁽³⁾ سواء عينه الواقف أو باقتراح ناظر الشؤون الدينية طبقا لنص المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381.

(1) خير الدين فنتازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص 191.

(2) أحمد ياسين و وازة ياسين، مرجع سابق، ص 10.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، المجلد الثاني، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء - الإيجار والعارية -، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1963، ص 1409.

وإذا أجز الناظر الوقف، صحت إجارته وتبقى سارية حتى ولو مات الناظر أو عزل قبل انقضاء مدة الإجارة⁽¹⁾.

وعلى كل فان المتعاقد في إطار الأملاك الوقفية، مديرية الشؤون الدينية على المستوى المحلي الذي لها صلاحية

إبرام العقود وفي صلاحياتها القانونية⁽²⁾. وما منحها ذلك المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-200⁽³⁾

كطرف مؤجر وبين المستأجر كطرف ثان.

ثانيا: مستأجر الوقف

لم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الأوقاف 91-10 والمرسوم التنفيذي 98-381 لمسألة مستأجر الوقف،

لذلك يتعين علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لبحث المسألة⁽⁴⁾.

إلا أنه يجوز إيجار الوقف لأي مستأجر يتعاقد معه الناظر، حيث يمكن أن يستأجر الوقف مستحق فيه،

وبذلك يكون المستحق مدينا للوقف بالأجرة ودائنا له بمقدار استحقاقه، وقد تقع المقاصة بين الدينين إذا

توافرت شروطها⁽⁵⁾.

وقد قيد فقهاء الشريعة الإسلامية الناظر بأن يكون هو المستأجر وذلك كما يلي: ليس للمتولي أن يؤجر عينا

من أعيان الوقف لنفسه ولا لولده الصغير لأنه بهذا يكون مؤجرا ومستأجرا والواحد لا يتولى طرفي العقد

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق، ص1409-1410.

(2) عبد الرزاق بوضياف ، مرجع سابق، ص115.

(3) المرسوم التنفيذي رقم 2000-200 المؤرخ في 26/60/2000 يحدد قواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها.

(4) سعاد لعامرة، مرجع سابق، ص56.

(5) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص1413.

إلا في مواضع استثنائية ليس هذا منها⁽¹⁾.

ولا يصح للمتولي أن يؤجر عينا من أعيان الوقف ممن لا تقبل شهادتهم له وهم أصولهم وفروعهم وزوجته، بعدا عن التهمة. فان انتفت التهمة وتحقق أن الخير والمصلحة في هذا التأجير صح التصرف، وذلك إذا كانت الأجرة أكثر من أجرة المثل على مذهب الإمام أو كانت قدر أجر المثل عند الصاحبين⁽²⁾.

الفرع الثاني: طرق إيجار الوقف

بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 98-381 من المادة 22 إلى المادة 30 يتبين جليا موقف المشرع الجزائري من كيفية إيجار هذه الأملاك بالذات⁽³⁾. وقد تم تحديدها بطريقتين هما: الإيجار عن طريق المزاد العلني والإيجار بالتراضي.

أولا: إيجار الوقف عن طريق المزاد العلني

يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد جعل إيجار الأملاك الوقفية عن طريق المزاد العلني كقاعدة عامة طبقا لنص المادة 22 من المرسوم 98-381 سواء كان الملك الوقفي بناء أو أرضا زراعية أو مشجرة⁽⁴⁾ بحيث يجر المزاد طبقا لنص المادة 23 من نفس المرسوم تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية وبمشاركة مجلس سبل الخيرات⁽⁵⁾. على أساس دفتر شروط يحدده الوزير المكلف بالشؤون الدينية ويعلن المزاد بالصحافة الوطنية أو طرق الإعلان الأخرى

(1) محمد عبيد عبد الله الكبيسي، مرجع سابق، ص 66.

(2) محمد عبيد عبد الله الكبيسي، مرجع سابق، ص 68.

(3) خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص 192.

(4) صورية زردوم، مرجع سابق، ص 68.

(5) سعاد لعامرة، مرجع سابق، ص 57.

قبل (20) يوما من تاريخ إجرائه، ويحتوي دفتر الشروط على بيانات العقار الوقفي المؤجر ومدة الإيجار والشروط العامة والخاصة التي تفرض على المستأجر⁽¹⁾.

ثانيا: إيجار الوقف بالتراضي

لقد اعتبر المشرع الجزائري إيجار الأملاك الوقفية بالتراضي كطريقة استثنائية عن القاعدة العامة⁽²⁾ وهي الإيجار عن طريق المزاد. وقد أقر المشرع هذه الطريقة من خلال المادة 25 من المرسوم التنفيذي 98-381 بحيث أكد من خلالها إمكانية تأجير الملك الوقفي بالتراضي لفائدة نشر العلم وتشجيع البحث فيه، وسبل الخيرات⁽³⁾.

ويكون هذا التراضي بعد ترخيص من الوزير المكلف بالشؤون الدينية وبعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف المذكورة في المادة 9 من نفس المرسوم⁽⁴⁾ التي تنص على أنه: "تحدث لدى الوزير المكلف بالشؤون الدينية لجنة للأوقاف، تتولى إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها في إطار التشريع والتنظيم المعمول به...". وتنشأ اللجنة بقرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينية الذي يحدد تشكيلها ومهامها وصلاحياتها.

ولقد حددت الفقرة "د" من المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 91-82 المتضمن إحداث مؤسسة المسجد

سبل الخيرات ب⁽⁵⁾:

(1) خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص 192-193.

(2) صورية زردوم، مرجع سابق ص 134.

(3) خير الدين فنطازي، التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص 193.

(4) خير الدين بن فنطازي، التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص 193.

(5) المرسوم التنفيذي رقم 91-82 المؤرخ في 1991/03/23 المتضمن إحداث مؤسسة المسجد.

الحفاظ على حرمة المساجد وحماية الأملاك، وتنشيط الحركة الوقفية وترشيد استثمار الأوقاف وترشيد أداء الزكاة وصرفها، وكذلك المساهمة في حل المشكلات الاجتماعية، مثل تيسير الزواج للشباب ورعاية اليتامى، ومساعدة المحتاجين والمنكوبين، بالإضافة إلى محاربة المحرمات والانحرافات والآفات الاجتماعية، وأسبابها.

وعلى كل فإن إبرام هذه العقود يكون طبقاً لأحكام القانون المدني والتجاري وحسب النموذج المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري والصادر بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-69. والملاحظ أن هذا النوع من الإيجار يتعلق بالمقصد المرجو منه وهو مرضاة الله تعالى، والهدف النبيل المتمثل في التكافل الاجتماعي إسهاماً في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وعموم سبل الخيرات⁽¹⁾.

الفرع الثالث: المحل والمدة في إيجار الوقف

يعتبر المحل والمدة من المسائل الجوهرية في إيجار الأملاك الوقفية⁽²⁾، فالمحل في عقد الإيجار الوقفي هو العين المؤجرة والأجرة، وتعتبر المدة ركناً في عقد الإيجار لأنه عقد زمني، ولأن المدة مقياس الانتفاع بالعين المؤجرة وعلى قدرها يتم دفع الأجرة⁽³⁾ لذلك سوف نتطرق إلى المحل في عقد إيجار الوقف ثم إلى المدة في عقد إيجار الوقف.

أولاً: المحل في عقد إيجار الوقف

تتضمن هذه الجزئية أعيان الوقف الجائز تأجيرها والأجرة⁽⁴⁾، فإيجار الوقف طبقاً لنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 ينصب على الوقف سواء كان بناءً أو أرضاً بيضاء أو أرضاً زراعية أو مشجرة،

(1) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص 171.

(2) أحمد هواجي وباسين وازة، مرجع سابق، ص 16.

(3) سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص 59.

(4) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص 173.

ومحتوى المرسوم التنفيذي رقم 98-381 يشير إلى أن الوقف قابل للإيجار أيا كانت طبيعته⁽¹⁾، لكن هذا الحكم كان قبل تعديل قانون الأوقاف بالقانون رقم 01-07 الذي طرح في المادة 26 مكرر 1 منه عقدين آخرين لاستغلال الأراضي الفلاحية وهذا زيادة على العقد الأصلي وهو الإجارة التي استبقاها في المادة 26 مكرر 9⁽²⁾، ويستثنى من التأجير ما كانت طبيعته تتعارض مع التأجير ومثال ذلك: النقود التي لا يمكن إيجارها بل يتم تثميرها بطرق تناسب طبيعتها⁽³⁾.

أما أجرة الملك الوقفي هو مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة وهو التزام من التزامات المستأجر وهذا ما نصت عليه المادة 467 القانون المدني⁽⁴⁾ حيث جاء مضمونها كما يلي: "الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم. يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقداً أو بتقدم أي عمل آخر". فإذا انعقد الإيجار الوقفي عن طريق المزاد العلني طبقاً لنص المادة 22 والمادة 23 من المرسوم التنفيذي 98-381⁽⁵⁾ فإنه يتم تحديد السعر الأدنى بإيجار المثل عن طريق الخبرة بعد إجراء المعاينة واستطلاع رأي المصالح المختصة في إدارة أملاك الدولة أو الجهات الأخرى التي يؤول إليها الاختصاص في ذلك .

أما إذا أجر الوقف بالتراضي وفقاً لنص المادة 25 من المرسوم التنفيذي 98-381 فإن ثمن الإيجار يحدد بالتراضي بين ناظر الوقف والمستأجر، ويخضع لرقابة السلطة المركزية ممثلة في الوزير ولجنة الأوقاف، على أنه لا يجوز تأجير الوقف بثمن يقل عن أجرة المثل⁽⁶⁾. وعليه فأجرة الموقوف يكون بأجرة المثل فلا يجوز بالأقل المشتمل على غبن فاحش، ولو رخصت الأجرة بعد العقد لا يفسخ العقد للزوم الضرر على الوقف، ولو زادت

(1) مجيد خلفوني، الإيجار المدني في القانون الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008، ص 124.

(2) إبراهيم بلالي، مرجع سابق، ص 406.

(3) خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق، ص 174.

(4) خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق، ص 174.

(5) المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 1998/12/1 يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك.

(6) خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق، ص 176-177.

الأجرة عن أجر المثل بعد العقد بأجر المثل⁽¹⁾. إلا أن المادة 24 من المرسوم التنفيذي 98-381 أجازت تأجير الوقف عند الضرورة بأربعة أخماس إيجار المثل.

ولا يمكن أن تكون الأجرة في الوقف إلا نقودا خلافا للقواعد العامة وهذا لتحقيق عمارة الوقف وهو المعمول به في النموذج المعد من طرف وزارة الشؤون الدينية والأوقاف⁽²⁾.

وإجمالا فإن الأجرة تحدد باتفاق الطرفين وهو ما يؤكد نموذج إيجار السكنات الوقفية الصادر عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف في المادة 3 منه، وإذا لم يتوصل الطرفان إلى تحديد الأجرة مطلقا يكون عقد الإيجار باطلا ولا يستطيع القاضي أن يحل محلهم في تحديد الأجرة⁽³⁾.

ثانيا: المدة في إيجار الوقف

تعتبر المدة عنصرا أساسيا في عقد الإيجار وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى ضرورة تقييد إيجار الوقف بزمن معين ولا يملك الناظر الحق في تأجيله لمدة غير محددة وهو ما يجنب عدم خرابه وهو المبدأ الذي أقره المشرع في المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 كما يؤكد النموذج الخاص بالإيجار⁽⁴⁾.

فمدة إيجار الملك الوقفي حددتها المادة 27 من المرسوم التنفيذي 98-381 التي جاء نصها كالتالي: "لا تصح تأجير الملك الوقفي لمدة غير محددة وتحدد مدة عقد الإيجار حسب طبيعة الملك الوقفي ونوعه" هذا ويمكن مراجعة شروط عقد الإيجار عند نهاية سنة تاريخ سريان العقد أو عند تجديده، ولاسيما قيمته ومدته وذلك تطبيقا للمادة 28 من نفس المرسوم. ويحدد عقد الإيجار خلال الأشهر الثلاثة الأخيرة من مدته وان لم

(1) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 234.

(2) أحمد هواحي و ياسين وازة ، ص 16.

(3) أحمد هواحي وياسين وازة، مرجع سابق، ص 17.

(4) أحمد هواحي وياسين وازة، مرجع سابق، ص 17-18.

يتم ذلك تطبيق أحكام الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني الجزائري، المادة 468 منه⁽¹⁾ التي تنص على أنه: "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك. وإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى ثلاث سنوات".

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه لم يفرق بين أنواع الوقف ولا المدة المطبقة على كل نوع لذلك يتوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 2 من قانون الأوقاف رقم 91-10⁽²⁾. إذا لم يحدد الواقف مدة إيجار الوقف، ملك المتولي إيجارته مدة قصيرة، والقول المعول عليه فيها أن لا تزيد مدة الإجارة عن سنة في الدار والحانوت وعن ثلاث سنين في الأراضي الزراعية إلا إذا كانت المصلحة تقتضي الزيادة أو النقص في إجارة الوقف⁽³⁾.

المطلب الثاني: آثار عقد إيجار الوقف

إن إيجار الوقف يترتب التزامات على طرفي العقد وهما الوقف ممثلا في الناظر وهذه الالتزامات لا تختلف كثيرا عما هو محدد في القانون المدني فيقع على عاتق الناظر كل الالتزامات الواقعة على المؤجر، ويقع على المؤجر الالتزامات العادية الواردة أيضا في القانون المدني والتزامات أخرى خصه بها المشرع في نموذج عقد الوقف⁽⁴⁾. لذلك سوف نتطرق إلى التزامات المؤجر (الفرع الأول)، والتزامات المستأجر العامة والخاصة هذه الأخيرة وفق نموذج عقد الوقف (الفرع الثاني).

(1) عبد الرزاق بوضياف، مرجع سابق، ص 115.

(2) سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص 62.

(3) محمد زيد الأبياني بك، مرجع سابق، ص 88.

(4) أحمد هواجي و ياسين وازة، مرجع سابق، ص 20.

الفرع الأول: التزامات المؤجر (الناظر)

يتحمل المؤجر مجموعة من الالتزامات تقع على عاتقه وهي تسليم العين المؤجرة، والقيام بصيانتها، والامتناع عن المساس بحقوق المستأجر في التمتع بالأماكن المؤجرة.

أولاً: تسليم العين المؤجرة وملحقاته

نصت على هذا الالتزام المادة 4 من نموذج عقد إيجار الأوقاف وهو أول التزام يقع على جهة الوقف، ويتم التسليم بتحرير محضر جرد يراد به حصر ما سلمه المؤجر للمستأجر وكذلك مقدار وصفات ما سلمه له، ويتم جرد كل ما في الوقف من مساحة الأرض أو البناء وعدد الشقق وأوصاف كل ملحقاته ويقوم المستأجر بالتوقيع على المحضر⁽¹⁾، ويلتزم المستأجر بتقديم مبلغ مالي مقابل وصل مخالصة ضمانا على محتويات الوقف وهذا حسب نص المادة 5 من نموذج عقد إيجار الوقف. وينتهي هذا الالتزام بالتوقيع على محضر التسليم من قبل المستأجر وتركه يتمتع به⁽²⁾.

ثانياً: صيانة العين المؤجرة

يقع على عاتق الممثل القانوني للوقف الحفاظ على الوقف وصيانتته وترميمه لكي يكون صالحا للانتفاع به ويقع هذا الواجب تلقائيا على عاتق الناظر باعتباره ممثلا للوقف⁽³⁾، ومن أجل استمرارية الانتفاع بالوقف لا يتوقف هذا الالتزام عند تسليم العين المؤجرة بل عليه القيام بالترميمات الضرورية وهذا ما نصت عليه المادة 479 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾.

(1) أحمد هواجي و ياسين وازة ، مرجع سابق ، ص 20 .

(2) خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق، ص 183.

(3) المواد 7، 8، 12، 13 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك.

(4) خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق، ص 185.

وقد أعفت المادة 4 من نموذج عقد الإيجار الوقفي المؤجر عن بعض الترميمات الداخلية و جعلت من الإصلاحات الخارجية مناصفة بين المؤجر والمستأجر⁽¹⁾.

ثالثا: الامتناع عن المساس بحقوق المستأجر في التمتع بالعين المؤجرة

نصت على هذا الالتزام المادة 8 من النموذج الخاص بإيجار الوقف. وهو نفس الالتزام الذي جاءت به المادة 483 من القانون المدني الجزائري، فيجب على المؤجر أن يمنع كل تعرض للمستأجر يحول دون تمكنه من الانتفاع بالعين المؤجرة ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغيير ينقص من هذا الانتفاع⁽²⁾.

وهذا الالتزام يقع على عاتق المؤجر ضمانا للعيوب الخفية وضمنان التعرض وفقا للقواعد العامة، سواء كان التعرض شخصيا أو قانونيا صادر عن الغير وكل العيوب الخفية التي تحول دون الانتفاع بالعين وتخضع هذه الأحكام للقواعد العامة في القانون المدني⁽³⁾.

الفرع الثاني: التزامات المستأجر

على المستأجر مقابل انتفاعه بالوقف انتفاعا هادفا كاملا أن يوفي بدوره بمجموعة من الالتزامات التي تعتبر في الوقت ذاته حقوقا للمؤجر⁽⁴⁾ وتخضع هذه الالتزامات للأحكام العامة وأخرى لنموذج عقد الإيجار المعتمد من وزارة الشؤون الدينية والأوقاف.

(1) خير الدين بن مشرن، مرجع سابق، ص 185.

(2) مجيد خلفوني، مرجع سابق، ص 182.

(3) أحمد هواجي وباسين وايزة، مرجع سابق، ص 21.

(4) خير الدين بن مشرن، مرجع سابق، ص 188.

أولاً: الالتزامات العامة لمستأجر الوقف

نصت المادة 7 من نموذج عقد إيجار الملك الوقفي المعتمد من قبل وزارة الشؤون الدينية والأوقاف على الالتزامات العامة للمستأجر⁽¹⁾ وهذه الالتزامات هي الالتزام باستعمال العين المؤجرة وفقا لما أعدت له، وعدم إحداث تغييرات في العين المؤجرة، وكذلك الالتزام بدفع الأجرة ودفع الشيء المؤجر:

1- الالتزام باستعمال العين المؤجرة وفقا لما أعدت له : وهذا بالرجوع إلى طبيعة الوقف أو وفقا لما أعدت

له، أضيف إلى ذلك عدم ترك العين دون استعمال⁽²⁾.

2-عدم جواز إحداث تغييرات في العين الموقوفة المؤجرة: والتغيير الذي يقصد به هنا هو الذي يمس أصل الوقف كإحداث بناء جديد أو تهدم ما كان مبني مما يحول دون الانتفاع بالوقف المقرر في عقد الوقف أو بعدم هذا الانتفاع⁽³⁾ ويبقى هذا المنع إلا بعد الموافقة الخطية لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف بموجب وصل مسجل⁽⁴⁾. ولا تعد التحسينات التي يحتاجها الوقف من قبيل التغييرات.

3-الالتزام بدفع الأجرة ودفع الشيء المؤجر: يعتبر هذا الالتزام أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المستأجر. إذ يعتبر مدينا للملك الوقفي وفقا لنص المادة 26 من المرسوم التنفيذي 98-381، وعليه أن يدفع الإيجار مع بداية كل شهر⁽⁵⁾.

(1) خير الدين بن مشرن، مرجع سابق، ص188.

(2) سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص65.

(3) أحمد هواجي ، مرجع سابق ، ص23.

(4) خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص195.

(5) خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق ، ص194.

ثانياً: الالتزامات الخاصة لمستأجر الوقف

رتب عقد الإيجار الوقفي، التزامات على عاتق مستأجر الوقف وفقاً لنموذج المعتمد لإيجار الأملاك الوقفية وهذا تماشياً مع الخصوصية التي يتمتع بها الوقف وهي كما يلي:

1 - الالتزام بتسليم تكاليف إيصال الكهرباء والغاز والماء وفاتورة استهلاكها، ولا يجوز الاتفاق على عكسها، كما يتحمل المستأجر كافة مصاريف الترميمات والإصلاحات الضرورية. ويقع هذا الالتزام مباشرة دون الاتفاق عليه⁽¹⁾ فإن لم يتم ذلك فإنه يحق للناظر في طلب التعويض عن الأضرار الناجمة عن ذلك.

2 - الالتزام بجميع الأعباء الواردة على العقار الوقفي المؤجر باستثناء دفع الضرائب والرسوم على العقار، وذلك تطبيقاً لنص المادة 44 من قانون الأوقاف 91-10 التي تنص على ما يلي: "تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عملاً من أعمال البر والخير".

3 - الالتزام بعدم نقل القاعدة التجارية للغير إلا بعد الموافقة الكتابية المسبقة من مديرية الشؤون الدينية والأوقاف⁽²⁾.

4 - الالتزام بتقديم طلب تجديد عقد الإيجار الوقفي خلال المدة المحددة وهذا طبقاً لنص المادة 27 من المرسوم

التنفيذي رقم 98-381⁽³⁾ حيث يجدد عقد الإيجار خلال الأشهر الثلاثة الأخيرة من مدته.

المطلب الثالث: انتهاء عقد إيجار الوقف

إن إيجار الوقف كما قد تقدمنا إليه سابقاً أنه تحكمه الأحكام العامة في القانون المدني والقانون التجاري وأحكام الشريعة الإسلامية مع مراعاة الأحكام المذكورة في قانون الأوقاف وخاصة المرسوم التنفيذي 98 - 381.

(1) خير الدين بن مشرن، مرجع سابق، ص 194.

(2) خير الدين بن مشرن، مرجع سابق، ص 194.

(3) مجيد خلفوني، مرجع سابق، ص 160.

وبما أن عقد الإيجار عقد زمني فانه ينتهي بانتهاء مدته (الفرع الأول)، وقد ينتهي لأسباب أخرى قبل انتهاء مدته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: انتهاء عقد إيجار الوقف بانتهاء مدته

ينتهي عقد إيجار الوقف بانقضاء المدة المتفق عليها دون الحاجة إلى تنبيه بالإخلاء⁽¹⁾، فمصلحة الوقف تقتضي تحديد مدة الإيجار لأنها إذا كانت طويلة قد تؤدي إلى خراب الوقف⁽²⁾ وهذا ما أقره فقهاء الشريعة الإسلامية لأن الثابت إلى غاية ينتهي بانتهاء الغاية إلا إذا وجد عذر يقتضي بقاء الإيجار بعد انتهاء مدتها⁽³⁾، كأن يكون للمستأجر فيه زيادة فان كان لزوالها نهاية معلومة تترك الأرض في يده ويلزم بدفع أجر المثل وقد تم هذا الحكم رعاية لمصلحة الجانين⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: انتهاء عقد إيجار الوقف قبل انتهاء مدته

ينتهي عقد الإيجار في الأصل بانتهاء مدته⁽⁵⁾، إلا أنه ينتهي قبل انقضائه، ويكون ذلك إما طبقا للأسباب العامة لانتهاء عقد الإيجار، وإما طبقا لما جاء به المرسوم التنفيذي 381-98⁽⁶⁾.

أولاً: انتهاء عقد إيجار الوقف قبل انتهاء مدته للأسباب العامة

ويكون هذا الانتهاء بسبب الهلاك الكلي للعين المؤجرة فهذا يؤدي إلى فسخ الإيجار بقوة القانون دون الحاجة إلى حكم قضائي يصدر بذلك، وهو فسخ تلقائي، وقد يكون الهلاك جزئيا مما يؤدي إلى نقص أو زوال

(1) المادة 469 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007.

(2) أحمد هواجي وياسين وازة، مرجع سابق، ص 24.

(3) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 184.

(4) محمد زيد الأبياني بك، مرجع سابق، ص 92.

(5) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص 198.

(6) سعاد لعمارة، مرجع سابق، ص 69.

المنفعة فانه في هذه الحالة يجوز للمستأجر أن يطلب - حسب الحالة- إما إنقاص بدل الإيجار أو فسخ العقد⁽¹⁾. وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 481 من القانون المدني التي تقضي بما يلي: " إذا هلكت العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار هلاكا كلياً يفسخ الإيجار بحكم القانون. إذا كان هلاك العين المؤجرة جزئياً، أو إذا أصبحت في حالة لا تصلح للاستعمال الذي أعدت من أجله، أو نقص هذا الاستعمال نقصاً معتبراً ولم يكن ذلك بفعل المستأجر، يجوز لهذا الأخير، إذا لم يقم المؤجر في الوقت المناسب برد العين المؤجرة إلى الحالة التي كانت عليها، أن يطلب حسب الحالة، إما إنقاص بدل الإيجار أو فسخ الإيجار."

وعدم قيام أحد المتعاقدين بالتزاماته يؤدي إلى انتهاء إيجار الوقف فيجوز فسخ الإيجار بعدم وفاء أحد المتعاقدين بما التزم به⁽²⁾.

ثانياً: انتهاء عقد إيجار الوقف قبل انتهاء مدته بالموت

ينتهي عقد إيجار الوقف بموت أحد المتعاقدين ويقصد هنا هو المستأجر فقط لأن المؤجر سواء كان الواقف أو ناظر الوقف لا ينتهي الإيجار أو يفسخ بموته. لأنه كالوكيل عن الموقوف عليهم والعقود لا تنفسخ بموت الوكيل وهذا باتفاق فقهاء الشريعة⁽³⁾. وبموجب المرسوم التنفيذي 98-381 نجد المادة 20 منه تنص على أن حالة انتهاء إيجار الوقف قبل انتهاء مدته تكون بسبب وفاة المستأجر⁽⁴⁾. والفسخ يكون من قبل وكيل الأوقاف باعتباره السلطة المكلفة بتحضير عقود الأوقاف، ويتم إعادة تحرير عقد إيجار وقفي لصالح الورثة وجوباً ما لم يتنازلوا على ذلك⁽⁵⁾.

(1) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص 198-199.

(2) أحمد هواجي و ياسين وازة، مرجع سابق، ص 25.

(3) حاشية ابن عابدين 398/3 نقلاً عن: الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 182.

(4) مرسوم تنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 01/12/1998 يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك .

(5) أحمد هواجي و ياسين وازة، مرجع سابق، ص 25-26.

المبحث الثاني: استغلال و تميم وتنمية الوقف عن طريق العقود الواردة في القانون رقم

07-01

إن الوقف باعتباره ذو طبيعة خاصة تصبغها البصمة الشرعية عكس الأموال العادية، فإن المشرع ظل يسعى جاهدا إلى تحقيق أهدافها التنموية اقتصاديا واجتماعيا من خلال الاستثمار في قطاعات النشاط الاقتصادي المختلف سواء كانت زراعية أو صناعية أو تجارية أو خدمية في دائرة ما أحل الله تعالى⁽¹⁾، وفق العقود التي أقرها الفقه الإسلامي والتي يحكمها قوله تعالى "وأحل الله البيع وحرم الربا"⁽²⁾، وفي هذا الإطار وسعيا من المشرع الجزائري الذي حاول استدراك النقص الموجود في قانون الأوقاف 91-10 من حيث تميم أموال الوقف حيث جاء تعديل لهذا القانون بتاريخ 22 ماي 2001 بقانون 01-07 الذي حدد أساليب تميم أموال الوقف في الجزائر لأن مسألة تنمية الوقف و تميمه ما زالت تواجه مشاكل عديدة ومع ذلك لا بد من البحث عن الطرق التي حددها المشرع الجزائري لاستثمار وتنمية الوقف⁽³⁾، فقد أقر المشرع الجزائري عدة صيغ في مجال تميم الوقف من خلال قانون 01-07 المعدل والمتمم لقانون 91-10 لذلك سوف نتناول كيفية استغلال و تميم الوقف الفلاحي بمختلف أنواعه (المطلب الأول)، كما سوف نتكلم عن استغلال و تميم الأوقاف المبنية أو القابلة للبناء (المطلب الثاني)، ونخلص في الأخير إلى أهم العقود التي تنمي الوقف العام (المطلب الثالث). لكن المشرع اكتفى بالتعريف بهذه العقود دون ذكر أحكامها مما يستلزم الرجوع إلى القواعد العامة و وفقا أحكام الشريعة الإسلامية.

(1) خير الدين فنطازي ، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق ، ص197.

(2) سورة البقرة الآية 275.

(3) عبد الرزاق بوضياف ، مرجع سابق ، ص104.

المطلب الأول: استغلال واثمير الوقف الفلاحي

انه ونظرا للعدد الهائل من الأراضي الفلاحية الممتدة في ربوع البلاد ولكونها تتمتع بوظيفة هامة على المستوى الاقتصادي والاجتماعي الأمر الذي يحتم على المنتفعين بها أن يستغلوها كما يجب⁽¹⁾، وقد اعتبر المشرع الجزائري عدم تثمير الأرض الفلاحية تعسفا في استعمال الحق نظرا إلى الأهمية الاقتصادية والاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي وفي هذا الإطار يشكل التثمير الفعلي والمباشر أو الغير المباشر واجبا على كل مالك للحقوق العينية العقارية أو حائزها⁽²⁾ ومن هذا المنطلق فقد أوجد المشرع الجزائري صيغ وآليات لتثمير الأراضي الوقفية العامة تختلف باختلاف نوعها فإذا كانت قابلة للزراعة فتثمر بنوعين من العقود (الفرع الأول)، وإذا كانت عاطلة فتثمر وتنمى بعقد الحكر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: استغلال واثمير الأراضي الوقفية القابلة للزراعة

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى سبل تثمير الأملاك الوقفية الفلاحية الصالحة للزراعة. وتطبيقا لنص المادة 26 مكرر 1 من قانون 01-07 فإنه يمكن أن تستغل وتنمى الأملاك الوقفية إذا كانت زراعية أو مشجرة بإحدى العقود⁽³⁾ التي سيتم ذكرها لاحقا وتعتبر هذه العقود من العقود الواردة على الانتفاع بالأرض الفلاحية الموقوفة والغير موقوفة وهي من عقود تثمير الممتلكات الفلاحية وللوقوف على أحكام هذه العقود يتعين علينا الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية وهذا لما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 2 من قانون الأوقاف 91-10 كل ما لم يوجد فيه نص يتم الرجوع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

(1) خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص 198.

(2) المادة 48 و 49 من قانون التوجيه العقاري رقم 90-25 المؤرخ في 18-11-1990.

(3) أحمد هواحي و ياسين وازة، مرجع سابق، ص 30.

أولا: عقد المزارعة

المزارعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج فمن كانت له أرض وسلمها لغيره يتولى زراعتها وكل منهما يأخذ جزءا من المحصول سمي هذا عقد مزارعة⁽¹⁾.

بغية تحقيق الوظيفة الاقتصادية للأراضي الوقفية، استحدثت المشرع عقد المزارعة دون أن يبين الأحكام المطبقة على هذا العقد الإسلامي⁽²⁾، وقد عرفها المشرع الجزائري وفق نص المادة السابقة بأنها "إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد".

فالمزارعة إذن عقد إيجار يقع على أرض زراعية، سواء كانت أرضا عراء أو كانت مغروسة بالأشجار كأرض الحدائق، وتتميز عن الإيجار العادي للأرض الزراعية بأن الأجرة فيها نسبة معينة من نفس المحصول الناتج من الأرض كالنصف أو الثلث⁽³⁾. ولقد تباينت نظرة الفقهاء إلى طبيعة عقد المزارعة وبأي العقود المسماة التي يمكن أن يلحق بها، ولم يتفقوا في ذلك على رأي واحد⁽⁴⁾. فهناك من رأى أن المزارعة عقد إيجار وهناك من رأى أنه عقد شركة وهناك من رأى أنه ينعقد إيجار ويتم شركة وهناك من رأى أنه عقد عمل. فكان ينبغي على المشرع أن يختار من هذه الاتجاهات الفقهية ما يراه مناسبا لطبيعة عقد المزارعة، وتنضبط حينئذ اجتهادات القضاء⁽⁵⁾.

(1) محمد زيد الأبياني بك، مرجع سابق، ص 120-121.

(2) أحمد هواجي و ياسين وازة، مرجع سابق، ص 30.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1365.

(4) خالد بوشمة، إشكالية المرجعية في تنظيم استثمار الملك الوقفي في التشريع الجزائري - عقد المزارعة نموذجاً -، السنة السادسة، العدد 14، منشورات مركز الحكمة للدراسات والبحوث والنشر والتوثيق، جامعة الجلفة، الجزائر، مارس 2014، ص 70.

(5) خالد بوشمة، المرجع نفسه، ص 71.

وتتعدد المزارعة وفقا للقواعد العامة لانعقاد الإيجار إلا أن لها أحكام خاصة بما، فعقد المزارعة يحتوي على طرفين، أحدهما يقدم الأرض والآخر عامل يتعهد مقابل جزء معلوم من الغلة⁽¹⁾، مع شرط احترام مهنة المزارعة باعتبار شخصية المزارع محل اعتبار في هذا النوع من العقود⁽²⁾.

ويعتبر هذا العقد عقد رضائي في الشريعة الإسلامية، إلا أن المشرع اشترط الكتابة في عقد الإيجار حسب نص المادة 467 مكرر القانون المدني الجزائري⁽³⁾، وفي جانب آخر نجد المادة 53 من قانون التوجيه العقاري تجيز أن يكون عقد إيجار الأراضي الفلاحية عرفيا، ولكن بالرجوع إلى طبيعة الوقف وضرورة المحافظة عليه يجب أن يكون عقد المزارعة الواقع على الوقف خاضعا للشكلية.

ومحل هذا العقد هو أرض موقوفة، التي ينبغي أن تكون أرضا زراعية عراء أو أرضا زراعية مغروسة بالأشجار كأرض الحدائق، والمهم أن تكون أرضا تنتج محصولا زراعيا دوريا⁽⁴⁾. أما بالنسبة للأجرة فهي حصة معينة من المحصول يتم تقسيمها حسب الشروط المتفق عليه تنفيذها لغرضها⁽⁵⁾.

أما بالنسبة لمدة هذا العقد، فالمشرع الجزائري لم يتعرض للمدة في مثل هذه العقود مما يتحتم الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية، وباعتبار أن الملك الوقفي المؤجر هو أرض فلاحية ينتج محصولا دوريا، كان لابد من الأخذ بمدة العرف الفلاحي كأن تعقد لموسمين زراعيين أو أكثر بحسب طبيعة الأرض، وعلى الناظر أن يتقيد بالمدة التي يشترطها الواقف في عقد وقفه⁽⁶⁾.

(1) خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص 200.

(2) خالد رامول، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 134، نقلا عن خير الدين بن

مشرنن، مرجع سابق، ص 207.

(3) سعاد لعامرة، مرجع سابق، ص 73.

(4) سعاد لعامرة، مرجع سابق، ص 73.

(5) محمد الأبياني بك، مرجع سابق، ص 122.

(6) خير الدين بن مشرنن، مرجع سابق، ص 207.

وينتهي عقد المزارعة عموماً بانتهاء المدة المتفق عليها، أو باتفاق الطرفين، أو بفسخه لإحدى الأسباب التي تؤدي إلى الفسخ طبقاً للقواعد العامة، كما لو غير المنتفع من عقد المزارعة من طبيعة الأرض، أو تصرف فيها بإحدى التصرفات التي تمس بأصل ملكية الرقبة فيها، أو بتسليمها إلى مزارع آخر يزرعها بدلاً من الطرف المتفق معه أو بإثبات إهماله لها⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن عقد المزارعة رغم أنه من أبرز أنواع التثمير في مجال الوقف الفلاحي، إلا أن مساحات شاسعة من الأراضي الموقوفة ذات الطابع الفلاحي بقيت قاحلة وغير مستغلة في الزراعة لأنه يتعذر على السلطة المكلفة بالأوقاف زراعة كل تلك الأراضي الموقوفة وفي نفس الوقت نجد كثير من المزارعين من يملك الرغبة والقدرة المالية على تثمير تلك الأراضي والذين لا سلطان لهم عليها إلا إذا مكنتهم إدارة الأوقاف من ذلك، هذه الأخيرة التي تشهد تقاعساً في هذا المجال⁽²⁾.

ثانياً: عقد المساقاة

لقد تفتن فقهاء الإسلام لأهمية التثمير الزراعي وعلاقته بحياة الناس لتأمين حاجات الموقوف عليهم خصوصاً، و لتنمية ريع الأوقاف من جهة ثانية، فجاءت فتاوى الفقهاء في المضمون تسائر اهتمامات الأمة في جانبها الاقتصادي والاجتماعي والإنساني⁽³⁾.

ولذلك فقد أجاز عقد المساقاة. الذي يعتبر أحد الطرق التنموية لأموال الأوقاف الزراعية وهذا لتحقيق المقصد من وقف هذه الأرض⁽⁴⁾.

(1) خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص 202.

(2) صورية زردوم، مرجع سابق، ص 140-141.

(3) عبد القادر عزوز، فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام (دراسة تطبيقية عن الوقف الجزائري)، رسالة جامعية لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص: الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2004، ص 166.

(4) عبد القادر عزوز، المرجع نفسه، ص 166.

ورغبة في استغلال وتثمين الأراضي الوقفية المشجرة أدرج المشرع عقد المساقاة في المادة 26 مكرر 1/2 من القانون السابق ذكره فاكتفى بتعريف بسيط لها⁽¹⁾، حيث جاء على النحو التالي: يقصد بعقد المساقاة إعطاء الشجر للاستغلال لمن يصلحه مقابل جزء معين من ثمره. فعقد المساقاة إذن تعاقداً جهة الوقف مع الغير على أن يتعهد بالسقي وخدمة الأشجار في أرض وقف وتقسيم الناتج بينهما حيث يتميز هذا العقد بدفع المتعاقد على بذل أكبر جهد لتحقيق أقصى غلة ممكنة مما يزيد من نصيب الوقف⁽²⁾ فهي نوع من أنواع استغلال البساتين الموقوفة الذي ضعف نتاجها لسبب إهمال نخيلها أو أشجارها أو كرومها، وبالتالي يتم تسليمها إلى مساق يقوم بسقيها والعناية بأشجارها⁽³⁾، وبذلك إصلاحها مقابل جزء معلوم من ثمرها يتفق عليه عند إبرام عقد المساقاة⁽⁴⁾.

ويشترط ضرورة بيان محل العقد أي نوع الشجر المراد سقيه كأن يكون نخيلاً أو أشجاراً أو كروماً وكذلك ضرورة تحديد نصيب المساق وهي مقابل ما أداه من عمل وما قدمه للوقف من خدمة⁽⁵⁾.

وتنقده المساقاة وفقاً للقواعد العامة لانعقاد الإيجار. حيث تعتبر الإجارة في هذا العقد هي الأصح⁽⁶⁾.

(1) أحمد هواجي و ياسين وازة ، مرجع سابق ، ص 37.

(2) محمد عبد الحليم عمر ، الاستثمار في الوقف وفي غلاته و ريعه ، بحث مقدم ل: الدورة 15 لمجمع الفقه الإسلامي الدولي ، سلطة عمان ، 9-11/3/2004 ، ص 25.

(3) خير الدين فنطازي ، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف - ، مرجع سابق ، ص 202.

(4) مالية سعدي ، إدارة الوقف والمنازعات التي يثيرها على ضوء النصوص التشريعية والاجتهادات القضائية ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرس العليا للقضاء ، الدفعة 16 ، المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر ، 2006 ، ص 20.

(5) أحمد هواجي و ياسين وازة ، مرجع سابق ، ص 38.

(6) إبراهيم بلبالي ، مرجع سابق ، ص 413.

أما بالنسبة لمدة هذا العقد فلم تحدد لكن كان من اللازم الأخذ بالعرف الزراعي كأن تعقد لموسم أو موسمين زراعيين حسب طبيعة الأرض⁽¹⁾.

أما أسباب انقضاء المساقاة فهي نفس الأسباب التي ينقضي بها عقد المزارعة، غير أن تحقق أسباب طارئة تكون دافعا إلى إنهائه أو فسخ العقد المبرم ما بين مؤجر الأرض والعامل، وإذا حصل للعامل عجز أدى به إلى الوفاة قبل بدأ عملية البذر أو هرب العامل قبل البذر فللمؤجر حق الفسخ، غير أنه إذا هرب بعد عملية البذر فتمم المساقاة عامل آخر مقابل أجره تخصم أجرته من نصيب العامل الهارب⁽²⁾.

الفرع الثاني: استغلال واثمير الأراضي الوقفية البور

إن المقصود بالأراضي الوقفية البور تلك الأراضي التي لا تصلح للزراعة والغراس أي أنها معطلة عن الإنتاج وربما يحتاج اعمارها إلى أموال كثيرة، وبهدف استغلال واثمير هذا النوع من الأراضي الوقفية⁽³⁾، استحدثت المشرع عقد الحكر طبقاً لنص المادة 26 مكرر من قانون 01-07.

إن عقد الحكر هو الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة للبناء أو الغرس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد ودفع إيجار سنوي مقابل حق الانتفاع بالبناء أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد⁽⁴⁾، وإذا رجعنا إلى القانون المدني لا نجد فيه تعريفاً للحكر لكن عند تحليل عناصر الحكر بالمفهوم الذي تقدم نجدها نفس عناصر الإيجار قانوناً فهو إذن عقد إجارة من نوع خاص⁽⁵⁾.

فعقد الحكر إذن ينشئ للمحتكر حقاً عينياً أصلياً في الأرض المحتكرة، هو حق الحكر ويجوز له هذا الحق الانتفاع بالأرض بجميع وجوه الانتفاع، بشرط أن تكون الأعمال التي يجريها في الأرض من شأنها أن تؤدي إلى

(1) أحمد هواجي و ياسين وازة ، مرجع سابق ، ص34.

(2) خالد رامول ، مرجع سابق ، ص137، نقلاً عن: خير الدين بن مشرّن، مرجع سابق ، ص209.

(3) سورية زردوم ، مرجع سابق ، ص143.

(4) سورية زردوم ، مرجع سابق ، ص143.

(5) إبراهيم بلبالي ، مرجع سابق ، ص420.

تحسينها، وله حق القرار في الأرض بينائه أو غراسه إلى أن ينتهي حق الحكر. وله أن يحدث تصليحات في الأرض، وأن يغير فيها بشرط ألا ينقص من قيمتها⁽¹⁾. ولا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المحكر، وينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تم التعاقد لأجله فحسب وهذا ما نصت عليه المادة 18 من قانون الأوقاف 10-91 "ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه، وعليه استغلالها غير متلف للعين وحقه حق انتفاع لا ملكية".

يخضع عقد الحكر للقواعد العامة، فينقذ بالتراضي بين المتعاقدين، ونظرا لخطورته يشترط فيه الرسمية حتى يكون له حجة في مواجهة الغير طبقا لما جاء في المادتين 324 مكرر1 و المادة 793 من القانون المدني الجزائري.

ومدة هذا العقد يتفق عليها بين المحتكر وناظر الوقف، حتى يطمئن المحتكر أن أمواله التي سينفقها في التصليح والتعمير ستثمر ولو بعد زمن طويل، والمشرع الجزائري لم يضع مدة محددة بل اكتفى بذكر عبارة "المدة معينة"⁽²⁾ في مقابل ذلك نجد القانون الأردني يشترط الاتفاق على مدة الحكر وتحديداتها فان لم يوجد الاتفاق فينتهي العقد بعد مرور 50 سنة⁽³⁾، أما في القانون المصري فمدة الحكر 60 سنة⁽⁴⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1471-1472.

(2) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق، ص 222.

(3) علي هاني العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، حقوق الملكية والحقوق المنفردة عن حق الملكية - (دراسة موازنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 21.

(4) محمد عبد الحليم عمر، تجربة إدارة الأوقاف في جمهورية مصر العربية (محاضرة)، ندوة التطبيقات المعاصرة للوقف (تجربة صناديق الأوقاف وأفاق تطبيقها في المجتمع الإسلامي في روسيا، فازان - تارستان -، 14-17/6/2004، ص 21.

وبالنسبة لأجرة عقد الحكر منقسمة إلى قسمين أجرة معجلة تقارب قيمة الأرض يدفعها المحتكر سلفا، وأجرة رضائية سنوية لا تقل عن أجرة المثل وهذه الأخيرة تخضع للمتغيرات المحتملة فتزيد وتنقص⁽¹⁾، أما المشرع الجزائري لم ينص على وجوب أجرة المثل .

وقد جعل المشرع الجزائري للمحتكر الحق في التنازل عن حق الحكر لورثته حسب نص المادة 26 مكرر 2 من القانون رقم 01-07.

إن كل ما يحدثه المحتكر من تغيير في العين الموقوفة المحكرة ملك للوقف. فالتشدد في إبرام هذا العقد على الأراضي الوقفية العاطلة هو أن ما ينشئه المحتكر من بناء أو غراس يكون محلا للميراث وينتقل لورثته ولذلك فهو قابل للبيع والشراء خلال فترة الحكر⁽²⁾.

غير أن المشرع الجزائري جعل اللجوء إلى عقد الحكر لتثمين الوقف لا يكون إلا استثناء وعلى الأرض الموقوفة العاطلة فقط وضمن ملكية الأرض الموقوفة وما ينجز فوقها من غرس أو بناء للوقف وذلك بالإحالة للمادة 25 من قانون الأوقاف 91-10⁽³⁾ وهذا ما تم الإشارة إليه سابقا.

وينتهي عقد الحكر بانتهاء مدته وذلك لأن المدة تكون محددة في العقد، إلا أنه يمكن أن ينتهي بأسباب أخرى⁽⁴⁾، كموت المحتكر قبل بدء تنفيذ التزامه، وكذلك بزوال صفة الوقف عن الأرض المحكرة، فإذا أبطل الوقف أو استبدل وزالت صفة الوقف عن الأرض، انتهى عقد الحكر وفقا للأسباب العامة، كهلاك العين المؤجرة وكذلك بالفسخ⁽⁵⁾.

(1) إبراهيم بلبالي، مرجع سابق، ص 419.

(2) مالية سعدي، مرجع سابق، ص 21.

(3) خالد رامول، مرجع سابق، ص 141، نقلا عن: مالي سعدي، مرجع سابق، ص 21.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1483.

(5) سعاد لعامرة، مرجع سابق، ص 89.

المطلب الثاني: استغلال واثمير الأوقاف المبنية أو القابلة للبناء والمبنية المعرضة للاندثار

تنتهي الأوقاف في أغلب الأحيان إلى أن تكون أراضي قابلة للبناء أو مباني خربة وتمدنية الريع بدرجة تتسبب في تعطيل الأهداف التي أنشئت الأوقاف من أجلها، هذا دون أن تستطيع السلطة المكلفة بالأوقاف إصلاحها ولا إيجاد من يستأجرها على هذه الحالة لكثرة نفقات إصلاحها وقلة عائداتها⁽¹⁾. لذلك أوجد المشرع الجزائري عدة أساليب لتنميتها وهي التي سوف نتطرق لها على النحو التالي : استغلال واثمير الأوقاف المبنية أو القابلة للبناء (الفرع الأول)، وكذلك استغلال واثمير الأوقاف المبنية المعرضة للاندثار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: استغلال واثمير الأوقاف المبنية أو القابلة للبناء

تنصرف الدراسة هنا إلى موضوع العقار العمراني، أي المبني وكذلك القابل للتعوير والبناء، وهو جزء ضئيل إذا ما قيس بالعقار الوقفي الفلاحي و العقار المقصود هنا هو كل أرض موقوفة يشغلها تجمع بنايات في مجالاتها الفضائية وفي مشتملات تجهيزها وأنشطتها، حتى ولو كانت هذه القطعة الأرضية غير مزودة بكل المرافق فإنها تدخل في مصاف الأوقاف المبنية⁽²⁾، أما العقارات القابلة للبناء وللتعوير فهي كل قطعة أرضية وقفية خصصت للتعوير في آجال معينة بواسطة أدوات التهيئة والتعوير⁽³⁾، واثمير مثل هذه الأوقاف يكون وفق العقود التالية :

أولاً: عقد المرصد

إن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا لعقد المرصد حيث نص عليه في المادة 26 مكرر 5 يمكن أن تستغل واثمير الأملاك الوقفية بعقد المرصد الذي يسمح بموجبه لمستأجر الأرض بالبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء⁽⁴⁾.

(1) خير الدين بن مشرزن، مرجع سابق ، ص 217.

(2) خير الدين فنطازي ، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف - ، مرجع سابق ، ص 209.

(3) خير الدين فنطازي ، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف - ، مرجع سابق ، ص 209.

(4) أحمد هواجي و ياسين وازة ، مرجع سابق ، ص 51.

وقد عرفه مرشد الحيران "المرصد هو دين مستقر على جهة الوقف للمستأجر الذي عمر من ماله، عمارة ضرورية في مستغل من مستغلات الوقف بإذن ناظره عند عدم مال حاصل في الوقف وعدم من يستأجره بأجرة معجلة يمكن تعميده منها"⁽¹⁾، فعقد المرصد هو إيجار من نوع خاص، حيث يحوي عقدين منضويين في عقد واحد، أحدهما دين على الوقف كأجرة يقدمه المستأجر لعمارة الوقف، وأخرى يقع على اثر إتمام المستأجر للعمارة فيتم تأجير الوقف له لينتفع به طول مدة معينة تمتد طيلة استهلاك قيمة ذلك البناء التثميري⁽²⁾. ويتم اللجوء إلى هذا العقد لعدم وجود غلة في الوقف يعمر بها وأن تكون العمارة ضرورية للوقف⁽³⁾.

وبموجب هذا العقد يقع على عاتق المستأجر التزامات وحقوق فيجب عليه البناء فوق أرض الوقف وكذلك دفع أجرة مقابل استغلال إيرادات البناء⁽⁴⁾، وله أن يطالب بالدين الذي له .

كما يحق للمستأجر أن يتنازل عن هذا الحق للغير وذلك باتفاق مسبق طيلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار إلا أن البناء المنجز يرجع وقفا بانتهاء المدة المحددة في العقد طبقا لنص المادة 25 من قانون الأوقاف 10-91⁽⁵⁾.
فالقاعدة في هذه المعاملات تقضي بأن عقد المرصد هو عقد اسمي، أي الشخص المنتفع له اعتبار في العقد، فلا يجوز له التصرف فيه لمصلحة الغير إلا إذا تضمن العقد ذاته هذا الشرط⁽⁶⁾.

يقول فارس مسدور: إن اعتبار المرصد كعقد مقبول لكن الصيغة التي اعتمد بها في القانون يشوبها نقص كبير إذ لم توضح أن المرصد هو تلك النفقة التي تكون دينا على الوقف ذاته ، وأن ذلك مربوط بخراب الوقف إذ يحتاج

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 1437.

(2) خير الدين بن مشرّن ، مرجع سابق ، ص 215.

(3) أحمد هواجي وياشين وازة ، مرجع سابق ، ص 50

(4) أحمد هواجي و ياسين وازة ، مرجع سابق ، ص 53.

(5) سورية زردوم ، مرجع سابق ، ص 145-146.

(6) خير الدين فنطازي ، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف - ، مرجع سابق ، ص 211.

إلى الإصلاح، وأنه ليس شكلا من أشكال استثمار الوقف بالصيغة التي طرح وإنما أداة لتمويل رعاية الوقف وإصلاحه⁽¹⁾.

ثانيا: عقد المقاولة

لقد أقر المشرع إمكانية إبرام عقود المقاولة في سبيل ترميم العقارات الوقفية المبنية أو القابلة للبناء من خلال نص المادة 26 مكرر 6 من قانون 01-07 بحيث اعتمد في ضبط لهذا العقد على الأحكام المقررة في القانون المدني الجزائري لاسيما في المادة 549 وما بعدها من حيث الثمن والالتزامات المتقابلة وكذلك من حيث انقضاء عقد المقاولة⁽²⁾ حيث نصت المادة 549 كالتالي : " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، ويكون الثمن حاضرا كلياً أو مجزئاً على أقسام حسب الاتفاق المبرم بينهما ويجوز للموقوف عليه أو السلطة القائمة على الوقف أو الناظر التحلل من عقد المقاولة المبرم و وقف التنفيذ قبل إتمام العقد على أن يتم تعويض المقاول عن جميع ما أنفقه و أنجزه و ما فاته من كسب ولحقه من خسارة بمقتضى عقد المقاولة⁽³⁾.

كما يجوز تأخير الدفع بالاتفاق بين الجهتين على أن تستغل إيرادات الوقف ذاته أو غيره في سداد الدين⁽⁴⁾.

(1) فارس مسدور ، مرجع سابق ، ص13.

(2) خير الدين فنتازي ، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف - ، مرجع سابق ، ص211.

(3) عبد الكريم تقار ، مرجع سابق ، ص27.

(4) فارس مسدور ، مرجع سابق ، ص13.

أما قانون الأوقاف فلم يعرف عقد المقاولة الذي هو في الأصل عقد استصناع⁽¹⁾، حيث يعتبر أسلوب شرعي للتمويل ينص عقده على أن يقوم الممول ببناء المشروع وتقديمه مكتملا إلى الإدارة الوقفية كي تقوم بتمويله وتسديد تكاليف الإنشاء مع الربح الممول من واردات المشروع⁽²⁾.

بالإضافة إلى ما تقدم فقد حدد القانون التجاري الجزائري العديد من المقاولات التي يمكن استغلالها

وإسقاطها على أموال الوقف، وذلك من خلال نص المادة 2 من القانون التجاري⁽³⁾.

وانقضاء عقد المقاولة يخضع للمواد من 566 إلى 570 من القانون المدني الجزائري.

وعلى كل فعن انقضاء العقد يموت المقاول يوجب على الجهة المكلفة بالأوقاف أن تدفع قيمة ما تم من

الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم للتركة وذلك بقدر النفع الذي يعود عليها من هذه الأعمال والنفقات

وحسب ما جاء في المادة 570 من القانون المدني⁽⁴⁾.

ثالثا: عقد المقايضة

تعتبر المقايضة أسلوب من أساليب تمييز الأوقاف المبنية أو القابلة للبناء وقد نص عليها المشرع الجزائري في

المادة 26 مكرر 6 من قانون الأوقاف 01-07 التي جاء نصها كالاتي: "يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمي

الأماكن الوقفية حسب ما يلي: بعقد المقاولة... و بعقد المقايضة: الذي يتم بمقتضاه استبدال جزء من البناء بجزء

(1) فارس مسدور ، مرجع سابق ، ص13.

(2) محمود أحمد مهدي، مرجع سابق، ص87.

(3) عبد الرزاق بوضياف، مرجع سابق، ص130.

(4) خير الدين فنطازي ، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق ، ص212.

من الأرض مع مراعاة أحكام المادة 24 من قانون الأوقاف 91-10" وهذه الجزئية تأخذ أحكام التصرف في الوقف بالاستبدال⁽¹⁾.

الفرع الثاني: استغلال و ترميم الأوقاف المبنية المعرضة للاندثار والخراب

تم الاهتمام بالأوقاف القديمة التي آلت إلى الخراب والاندثار وذلك من خلال التفكير في إنقاذ ما يمكن إنقاذه منها، وإحياء ما خرب، وذلك باستحداث عقد الترميم والتعمير كطريقة لاستغلال هذا النوع من الأوقاف و ترميمه وقد تبناها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 26 مكرر 7 من قانون 01-07⁽²⁾.

يقصد بعقد الترميم والتعمير إعادة بناء وتصليح البنايات الموقوفة التي في طريقها للخراب و الاندثار، حيث يدفع المستأجر بموجبه ما يقارب قيمة الترميم مع خصمها من مبلغ الإيجار مستقبلا⁽³⁾، لأن هذا النوع من الأوقاف يحتاج إلى تكاليف قد تفوق في بعض الأحيان إيرادات ذلك الوقف، الأمر الذي دفع المشرع إلى فتح الباب أمام الأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين يرغبون في الانتفاع من البناء الوقفي الذي يحتاج إلى ترميم⁽⁴⁾.

يقول مسدول فارس بأن التعريف الذي خص به عقد الترميم ما هو إلا بالمرصد وهو التعريف الصحيح للمرصد عوض ذلك المعتمد في المرصد بنفس القانون⁽⁵⁾.

إن محل عقد الترميم والتعمير عقارات و قفية مبنية مخربة ومعرضة للاندثار، وتثبت الحالة بواسطة خبرة بعد المعاينة من قبل السلطة المختصة، ويقع على عاتق المستأجر الالتزام بدفع قيمة الترميم والتعمير مع التزامه بدفع

⁽¹⁾ إن المقايضة نوع من أنواع المحافظة على الملك الوقفي من الاندثار والخراب وهذه الجزئية تم التطرق لها في المبحث الخاص بالاستبدال، الفصل الأول من هذا البحث ص35.

⁽²⁾ خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص215.

⁽³⁾ عبد الكريم تقار، مرجع سابق، ص28.

⁽⁴⁾ صورية زردوم، مرجع سابق، ص148.

⁽⁵⁾ فارس مسدور، مرجع سابق، ص13.

الأجرة⁽¹⁾ وهذه الأجرة الخاصة بعقد الترميم والتعمير تبقى ثابتة في مثل هذه العقود⁽²⁾ و لا يجوز له التنازل عنه أو توريثه إلا أنه يكون لورثته المطالبة بتسديد الديون التي لمورثهم⁽³⁾.

وقد قيد القانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير شرط الحصول على شهادة التعمير تطبيقا لنص المادة 51 منه، وهذه الشهادة متمثلة في الرخصة التي يتم استصدارها من السلطة المختصة بذلك⁽⁴⁾. و ينتهي عقد الترميم والتعمير بانتهاء مدة استهلاك الإصلاح وقد ينتهي بتسديد الدين الذي على الوقف من قبل الناظر⁽⁵⁾.

المطلب الثالث: تنمية الأملاك الوقفية العامة

إن قضية التنمية في مجال الأملاك الوقفية، أصبحت من أولويات القضايا في عصرنا هذا، وذلك من تزايد الاهتمام بها مؤخرا، سواء من ناحية الفكر أو التطبيق، ومما زاد الاهتمام بها التجارب الغير ناجحة والممارسات المتبورة لكثير من نظار الوقف، والوضعية السلبية التي وصلت إليها هذه الأملاك⁽⁶⁾. لذلك يجب أن ينظر إليها على أنها قضية جديدة حديثة وان كانت قديمة بطبيعتها وأصولها وجذورها⁽⁷⁾.

ومفهوم التنمية كما تقدم لدى الدكتور منذر قحف هي زيادة حجم الأموال المستغلة أو الرأسمالية⁽⁸⁾ وتبقى

(1) أحمد هواجي و ياسين وازة، مرجع سابق، ص55.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1503.

(3) أحمد هواجي و ياسين وازة، مرجع سابق، ص56.

(4) أحمد هواجي و ياسين وازة، مرجع سابق، ص54.

(5) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص1500.

(6) خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص217.

(7) منذر قحف، الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تنميته، مرجع سابق، ص217.

(8) منذر قحف، الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تنميته، مرجع سابق، ص221.

فكرة الوقف في الأساس فكرة تنمية المنحى لأن المجالات التي يعمل فيها الوقف تتسم بالتنامي والزيادة⁽¹⁾.

فالوقف كصدقة جارية يسهم في تحرير رؤوس الأموال العينية والنقدية من سيطرة أصحابها ويجعلهم

يدفعون بها للمشاركة في تنمية المجتمع وقد حاول المشرع الجزائري تنمية الوقف العام بإتباع أساليب حديثة⁽²⁾ فنجد

المادة 26 مكرر 10 من القانون 01-07 نصت على ثلاث طرق، التي سوف نتطرق إليها كالاتي: القرض

الحسن (الفرع الأول) وكذلك الودائع ذات المنافع (الفرع الثاني) وختاما المضاربة الوقفية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: القرض الحسن

يقصد بالقرض هي الأموال التي تحصل عليها الدولة الإسلامية من الأفراد والمؤسسات المالية غير المصرفية

والمصارف المقيمة داخل إقليمها أو الدولة الأجنبية والمؤسسات المالية الدولية لتغطية النفقات الضرورية لإقامة

العدل الاجتماعي عندما لا تكفي الإيرادات السابقة بحقوق بيت المال، فقد ذكر الماوردي أن عمليات الاقتراض

تكون خالية من الربا⁽³⁾.

ولقد نص المشرع الجزائري على القرض في المادة 450 من القانون المدني الجزائري الذي جاء نصها كالاتي:

"قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر،

على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة". وتم اللجوء إلى هذا النوع من

المعاملات وذلك في مجال الأملاك الوقفية العامة، من أجل إقراض المحتاجين قدر حاجتهم، على أن يعيدوه في

(1) خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص 217.

(2) صورية زردوم، مرجع سابق، ص 149.

(3) جمال لعمارة، النظام المالي في الإسلام، دار النبأ، 1996، ص 52.

أجل متفق عليه⁽¹⁾، من أجل إعادة ترميم أو إصلاح ما يمكن إصلاحه من الأوقاف كالعقارات والمباني⁽²⁾ وقد أضاف المشرع للقرض كلمة "الحسن" ويقصد به القرض الذي لا يتضمن فوائد ربوية لأن فكرة الربا تحرمها الشريعة الإسلامية⁽³⁾.

إن القرض الحسن الذي تم النص عليه في قانون الأوقاف ليس صيغة تنموية للأوقاف لأن الشكل الذي قدم به أن الأوقاف هي التي تقرض المحتاجين وبالتالي لا يمكن اعتباره بهذا الشكل صيغة استثمارية تنموية لأن الاستثمار مرتبط بالجدوى الاقتصادية للمشاركة والأرباح والنتائج مرجوة التحقيق، لكن لو كانت العملية من جهة تمويلية خارجية (مؤسسات حكومات أفراد...) لصالح الأوقاف لمكن هذا من تمويل الأوقاف دون أعباء مالية إضافية فوق الدين⁽⁴⁾.

وإنما صورة القرض الحسن لتنمية الوقف هو عجز الوقف المادي في استثمار أصله فتتلقى مؤسسة الأوقاف قروضا من المصارف الإسلامية والمحسنين عن طريق استشعار الأجر الأخرى بفضل الإعلام الهادف⁽⁵⁾.

ولقد طرح حديثاً أسلوباً لإعمال الوقف بأموال مستثمرين يشتركون في تقديم أموالهم للوقف مقارضة سمي ب: سندات المقارضة، وقد أقرها مجمع الفقه الإسلامي بضوابط معينة في قراره رقم 88/8/455 العدد الرابع الجزء 3 رقم 2161، وكيفية استثمار الوقف بهذه السندات أن يكون ناظر الوقف النقدي نائباً عن حملة الصكوك هو رب المال، ويكون البنك الإسلامي أو المؤسسة الإسلامية مضارباً ويكون الربح بين الوقف النقدي، وبين العامل⁽⁶⁾.

(1) خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص 219.

(2) عبد الرزاق بوضياف، مرجع سابق، ص 124.

(3) صورية زردوم، مرجع سابق، ص 151.

(4) فارس مسدور، مرجع سابق، ص 13.

(5) صورية زردوم، مرجع سابق، ص 151.

(6) منتدى قضايا الوقف الفقهية الأولى، مرجع سابق، ص 227.

الفرع الثاني: الودائع ذات المنافع الوقفية

لقد عرف المشرع الجزائري الوديعة في المادة 590 من القانون المدني التي جاء نصها على النحو التالي: "الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولاً إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا"⁽¹⁾.

فالوديعة إذن هي كل ما يودع من مال وغيره لدى من يحفظه ليرده إلى مودعه متى طلبه، وتعتبر الوديعة من جنس الأمانات، فعقد الوديعة لا يوجد فيه نقل ملكية الشيء المودع عنده، ذلك أن المودع يبقى مالكا للشيء الذي أودعه، كما أنه يسترد فيما بعد بذاته⁽²⁾، وقياسا عليه فقد استحدث المشرع طريقة الودائع ذات المنافع الهامة للوقف وفق القانون المعدل لقانون الأوقاف 91-10 والتي تمكن صاحب مبلغ من المال الذي ليس في حاجة إليه لفترة معينة بتسليمه للسلطة المكلفة بالأوقاف في شكل وديعة يسترجعها متى شاء وتقوم السلطة المكلفة بالأوقاف بتوظيف هذه الوديعة مع ما لديها من أوقاف⁽³⁾ وهذا ما جاءت به المادة 26 مكرر 10/2 من القانون 01-07 . وتصدر الإشارة هنا أن هذه الفكرة كانت راسخة منذ التواجد العثماني في الجزائر وقد كرسها المشرع الوقفي⁽⁴⁾.

وبموجب هذا العقد يقع على عاتق كل من المودع لديه والمودع التزامات ، فعلى المودع لديه أن يتسلم الوديعة وليس له أن يستعملها دون إذن من المودع ويجب عليه أن يلتزم بحفظها وعليه أن يسلم الوديعة بمجرد أن يطلبها

(1) صورية زردوم ، مرجع سابق ، ص149.

(2) خير الدين فنتازي ، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف - ، مرجع سابق ، ص220.

(3) عبد الرزاق بوضياف ، مرجع سابق ، ص124.

(4) صورية زردوم ، مرجع سابق ، ص150.

صاحبها إلا إذا ظهر أن الأجل عين لمصلحة المودع لديه. وعلى المودع أن يدفع الأجرة إذا اتفقا عليها رغم أن الوديعة في الأصل دون أجر، وعليه أيضا أن يدفع مصروفات التي أنفقت في سبيل حفظها⁽¹⁾.

وحسب التعريف الخاص بالوديعة الذي أتى به قانون الأوقاف المعدل والمتمم يجعلها تدخل ضمن القروض وهو نوع من أنواع الودائع حيث جاء نص المادة 598 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو أي شيء آخر مما يستهلك وكان المودع لديه مأذونا في استعماله أعتبر العقد قرضا"⁽²⁾. وعليه يمكن أن تدرج ضمن القرض الحسن من طرف جهات خارجية فالوديعة نوع من الائتمان، وإذا كانت دون عائد فهي ضمن القرض الحسن من الأفراد والمؤسسات والهيئات⁽³⁾.

إن فكرة الودائع ذات المنافع الوقفية من الأفكار المثلى والناجعة في استمرار الوقف ونمائه بزيادة رأسماله وتحويل عائداته إلى استثمارات منتجة تخدم المجتمع⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: المضاربة الوقفية

تعتبر المضاربة وسيلة من الوسائل التي أقرتها الشريعة الإسلامية لتثمير أموال الوقف وقد نص عليها المشرع الجزائري بنص صريح من خلال المادة 26 مكرر 10/3 "...المضاربة الوقفية : وهي التي يتم فيها استعمال بعض ريع الوقف في العمل المصرفي والتجاري مع مراعاة أحكام المادة 2 من قانون رقم 91-10". فالمضاربة إذن هي مشاركة بين رأس المال والعمل⁽⁵⁾، حيث يتم تقديم الموقوف أو مبلغ معين من هذا الوقف ويسلم إلى شخص أو

(1) المواد من 591 إلى 597 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل بقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007.

(2) عبد الرزاق بوضياف ، مرجع سابق ، ص 220-221.

(3) فارس مسدور ، مرجع سابق ، ص 13.

(4) صورية زردوم ، مرجع سابق ، ص 150.

(5) فارس مسدور ، مرجع سابق، ص 13.

مؤسسة مالية للتجارة به، والربح بين هذا العامل وبين الوقف، والمضاربة صالحة للاستثمار في الأوقاف ومواردها في حالات منها⁽¹⁾:

في حالة الوقف نقدي وفي حالة الفائض من مصرف الوقف، و ما سوى ذلك من نقود متجمعة لدى إدارة الوقف بأي سبب من الأسباب والحالة الأخيرة هي حالة وقف آلات و وسائل نقل وحيوانات ونحوها.

وقد اقتبس المشرع الجزائري المضاربة في إطار تنمية الأوقاف العامة وزيادة عائداتها ولكن في إطار المنحى الشرعي الذي يستمد منه الوقف وجوده، وهو ما سماه بالمضاربة الوقفية⁽²⁾، لكنه لم يضع شروطا للمضاربة وسكوت المشرع في هذا الإطار يحيلنا إلى القواعد الفقهية وهذا ما حددته المادة 45 من قانون الأوقاف 91-10⁽³⁾ التي جاء نصها على النحو التالي : "تنمى الأملاك الوقفية وتستثمر وفقا لإرادة الواقف، وطبقا لمقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف حسب كفاءات تحددها عن طريق التنظيم " .

فطرفا المضاربة هما السلطة المكلفة بالأوقاف وأحد المؤسسات المصرفية التجارية⁽⁴⁾ ويشترط فيهما أهلية التوكيل والوكالة لأن المضارب يتصرف بأمر الناظر بالنسبة للوقف، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يجوز في المضاربة الوقفية تعدد المضاربين بشرط تحديد نصيب كل واحد من الأرباح⁽⁵⁾.

ويكون رأس مال المضارب به معلوما وهذا ما تقتضيه القواعد العامة في المعاملات المالية، كما يجب أن لا يكون ديناً في ذمتها، ذلك أن ما في الذمة لا يتحول ويعود أمانة، مع احتمال أن يكون أحد طرفي المضاربة

(1) منتدى قضايا الوقف الفقهية الأولى، مرجع سابق، ص 226.

(2) صورية زردوم، مرجع سابق، ص 152.

(3) عبد الرزاق بوضياف، مرجع سابق، ص 126.

(4) خير الدين فنتازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف -، مرجع سابق، ص 222.

(5) صورية زردوم، مرجع سابق، ص 152.

معسراً، فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزيد فيه، فيقع الربا المنهي عنه لذلك من الضروري أن يتحقق رأس المال عيناً⁽¹⁾.

بالإضافة إلى كونه نقداً حتى لا يؤدي إلى الغرر والجهالة⁽²⁾، وأن يتم تسليمه إلى العامل ليتمكن من العمل فيه لأنه رأس أمانة، فلا يصح إلا بالتسليم و التخلية كالوديعة⁽³⁾. وقد اشترط الفقهاء شرطين يحققان الربح هما⁽⁴⁾:
أن يكون العمل في مجال التجارة وذلك بالربح بالبيع والشراء وما يلزم ذلك من الحرف والصناعة والزراعة وغيرها.
وعدم تضيق السلطة المكلفة بالأوقاف على المؤسسة المضاربة بتقييد غير مفيد، لأن الأصل في المضاربة أن تكون مطلقة مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال .

يقول فارس مسدور: أن الشكل الذي طرحت به المضاربة في هذا القانون حصر في التعامل المصرفي والتجاري علماً أنها أوسع من ذلك⁽⁵⁾.

وفي ختام هذا الفصل نخلص إلى أن المشرع الجزائري أتى بمجموعة من الصيغ القانونية من أجل تثير الملك الوقفي وتنميته بما يعود على الوقف والمستفيدين بالفائدة وتقديم خدمات للمجتمع ذات نفع، ولا شك أن هذه الأساليب التي أتى بها المشرع الجزائري تعتبر من أحسن الوسائل لتثير الأراضي الوقفية لأنها تسمح لمؤسسة الوقف بأن تبقى على صلة مباشرة بأراضيها وبأن تسهر بالتوجيه واختيار أفضل الطرق، وهذه العقود نص عليها من طرف المشرع على سبيل المثال وليس الحصر لأن الهدف من إخضاع الملك الوقفي لهذه العقود هو مصلحة للملك الوقفي فإذا وجد عقد صالحاً لتثير الملك الوقفي غير المنصوص عليه وجب العمل به.

(1) صورية زردوم ، مرجع سابق ، ص 152.

(2) خير الدين فنطازي ، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف - ، مرجع سابق ، ص 223-224

(3) عبد الرزاق بوضياف، مرجع سابق، ص 127.

(4) خير الدين فنطازي ، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية - الوقف - ، مرجع سابق ، ص 225-226.

(5) فارس مسدور، مرجع سابق، ص 13 .

غير أنه من يتتبع هذه الصيغ التي نص عليها قانون 01-07 المعدل لقانون الأوقاف 91-10 لا يجد لها وجودا في الواقع العملي إلا في بعض التجارب الضيقة جدا، وهذا الأمر لا يعتبر مانعا من أننا تطرقنا إليه نظريا.

خاتمة

تعتبر الأملاك الوقفية تسبيل للمنافع على الدوام على جهة من جهات الخير والبر ذات نفع عام تملك حق التصرف في ريعه بحسب غايات وأهداف تواكب التطورات الحديثة في الأساليب والإجراءات، فالوقف يحقق جملة من المقاصد كتحقيق التكافل الاجتماعي والحفاظ على المال لاستمرار عطائه ونفعه.

لذلك لما أخذت الجزائر استقلالها استرجعت كيانها ثم استرجعت مؤسساتها ومن ضمن هذه المؤسسات، مؤسسة الوقف وسعت الدولة الجزائرية المستقلة إلى إصدار جملة من القوانين في حق الأملاك الوقفية ساعدت في تفعيل الوقف واستعادة ما ضاع من الأوقاف وكذا نشر ثقافة الوقف، فقد ارتقت بالوقف من مجرد مال مملوك إلى مال ذي شخصية معنوية، وقد أقيمت الأوقاف على فكرة حفظ الأصل والإنفاق من الثمرة .

وقد حظيت الأملاك الموقوفة بالحماية التي حظي بها المال العام لأن لها نفس الغاية وهي تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية داخل الدولة، فقد ذهب المشرع الجزائري إلى منع التصرف في الأملاك الوقفية وإطلاق الانتفاع بعين الوقف والتصرف قد يكون بنقل الملكية أو يكون تصرفا ماديا كاستهلاك الشيء والتغيير فيه، لذلك ذهب فقهاء الشريعة وتبعهم في ذلك المشرع الجزائري إلى منع التصرف في أصل الملك الوقفي مهما كان التصرف لأن نقل ملكية العين الموقوفة للغير يؤدي إلى إنهاء الغرض الذي أنشئ من أجله، وأي تصرف في الملك الوقفي مآله البطلان .

وبالرجوع إلى قانون الأوقاف نجد المشرع الجزائري لم ينص صراحة على منع اكتساب الوقف بالتقادم لكن يستخلص ذلك من التعريف الوارد في المادة 3 منه على أن الوقف ليس محلا للتملك وبالتالي لا يمكن تملكه بالتقادم الذي يعتبر سببا من أسباب اكتساب الملكية وهذا ما أكدته المحكمة العليا من خلال اجتهاداتها القضائية.

كذلك قانون الأوقاف لم يتطرق إلى مسألة الحجز على الوقف لكن ما هو معروف أن الموقوف عليه لا يملك المال الموقوف فكيف يتم الحجز على ما ليس للمدين بالإضافة إلى اعتبار الحجز على الوقف يؤدي إلى نقل ملكية الموقوف بالبيع وهذا ما منعه المشرع الجزائري صراحة.

إن المشرع الجزائري وعبر تطور التشريعات الجزائرية تدخل مباشرة لينظم الأملاك الوقفية التي غيرت ملكيتها بالبناء أو الغرس فيها، أوقافا صحيحة قائمة، لأن ذلك يمكن السلطة المكلفة بالأوقاف من المطالبة بها، باعتبار أن التغيير تصرف باطل لا يؤثر على وجود الوقف وقيامه، و فوق ذلك فإن المنشآت المقامة تكون مملوكة للوقف مع ضرورة تسوية الحالات المخالفة لذلك بالتراضي بين المعنيين، إلا أن المشرع الجزائري ترك مسألة هذه التسوية للسلطة التقديرية للهيئة المكلفة بالأوقاف باستثناء ما تم تحديده في المنشور الوزاري المشترك المؤرخ في 1992/01/06 والمخاص بكيفية استرجاع الأراضي الوقفية المؤممة وطرق التعويض فيها.

وكاستثناء عن القاعدة العامة التي تقضي بمنع التصرف في الملك الوقفي هي جواز التصرف في الملك الوقفي باستبداله وذلك بالبيع أو المقايضة عند وجود ضرورة تقتضي ذلك كالحراب الواقع على الأملاك الموقوفة وذلك من أجل المحافظة على ديمومته رغم تشدد الفقهاء في المسألة لأن هناك من جعلها ذريعة للاستيلاء على الوقف، وقد حدد لها المشرع الجزائري حالات تعتبر ضرورة لاستبدال العقار الوقفي غير أنه لم يتطرق إلى العناصر الجوهرية باعتباره تصرف خطير يرد على أصل الملك الوقفي فلم يحدد الشروط الواجبة فيه ولا إجراءاته .

إن المحافظة على أصول الأوقاف أمر واجب ولولا الوجوب لما بقيت الأوقاف نفسها، فالأوقاف إنما وجدت لتحقيق أغراضها، فإذا تركت ولم تستعمل في تحقيق أغراضها فان وجودها نفسه يصبح غير ذي معنى، لذلك فقد استأنف المشرع الجزائري محاولات لإصلاح منظومة الوقف بإصدار قانون الأوقاف رقم 91-10 الذي يعتبر الإطار القانوني المنظم للأملاك الوقفية بمختلف مسائلها لتليه العديد من القوانين المعدلة والمتممة له بما يتوافق مع مصلحة الوقف ولم يكتفي المشرع برسم هذا النظام للوقف فحسب، بل تطلع إلى أكثر من ذلك

بالتفكير في تنمية الأوقاف من خلال البحث عن الطرق المثلى لشميرها، إلى جانب إقراره بالإيجار كأسلوب أنجع لشمير الملك الوقفي وزيادة عائداً فقد أضاف المشرع عقوداً أخرى بموجب القانون 01-07 كعقد المزارعة والمساقاة بالنسبة للأراضي الوقفية ذات الطابع الفلاحي ، وعقد الحكر لاستصلاح الأراضي الفلاحية الموقوفة، وحتى الأوقاف المبنية فقد حاول المشرع استغلالها من خلال عقد المرصد وعقد المقاوله والمقايضة بالإضافة إلى الأوقاف المعرضة للخراب والاندثار والتي كانت موضوع اهتمام المشرع الجزائري حيث فكر في إصلاحها وإعادة إحيائها من جديد عن طريق عقد الترميم والتعمير، وبالنسبة للأوقاف العامة فقد كان لها حظ وافر من اهتمام المشرع بمجال تنميتها حيث نص على مجموعة من العقود ذات فكر اقتصادي حديث وهي القرض الحسن و الودائع ذات المنافع الوقفية والمضاربة.

رغم وجود تنوع في أساليب شمير الملك الوقفي إلا أن متمعن النظر يجد أن مجمل الصيغ والعقود التي تم التعرض لها فيها تشابهاً كبيراً من حيث الصياغة القانونية فهي في مضمونها مستمدة من عقد الإيجار الوقفي بالإضافة إلى ذلك فانه باستثناء الإيجار الوقفي فان باقي العقود تكاد تكون منعدمة من الناحية الميدانية و بقيت مجرد مواد قانونية تنتظر الضبط.

وعليه فالشمير الوقفي العقاري في الجزائر لم يعرف إلى غاية يومنا هذا تطبيقات ميدانية قوية، ذلك أن الوتيرة التي تسير عليها مختلف المشاريع الاستثمارية الوقفية ضعيفة جداً علماً أنها مشاريع واعدة وتبرز النقلة النوعية في هذا المجال ومن بين هذه المشاريع نجد مشروع حي الكرام ببلدية سحولة بالعاصمة ومشروع المركب الوقفي (البشير الإبراهيمي) ببلدية بوفاريك ولاية البلدية ومشروع المسجد الأعظم (مسجد الجزائر العاصمة)... الخ.

اقتراحات:

1- وجوب توعية الناس بمفهوم الوقف بحيث يقتنع كل مسلم بأن العين التي يوقفها ستكون لا محالة بمثابة دعم للمركز المالي للمؤسسة الوقفية لزيادة رأسمالها.

2- العمل على تطوير التشريعات المنظمة للوقف في المنظومة القانونية وفق رؤية واضحة هدفها النهوض بمؤسسة الوقف في الجزائر خاصة ما تعلق بعقود تميم الملك الوقفي.

3- وجوب إحاطة الاستبدال بالأهمية اللازمة وتنظيمه تنظيما دقيقا باعتباره تصرف خطير يرد على الأملاك الوقفية .

4- العمل على إزالة ما لحق الأوقاف من ضعف.

5- على المشرع أن يرفع من إيجار الأملاك الوقفية أكثر من أجرة المثل.

6- دعوة البنوك الإسلامية لتوجيه استثماراتها إلى المؤسسة الوقفية في الجزائر التي تزداد حاجتها إلى تميم أوقافها .

7- ينبغي على المشايخ والعلماء المراقبة والإطلاع على سير الوقف.

8- إن العقود التي تم التطرق إليها صالحة لتميم الأملاك الوقفية العامة لذلك وجب على المشرع الاهتمام بالأملاك الوقفية الخاص حيث هذه الأخيرة تعاني من الخراب و الاندثار بسبب الإهمال الصادر من الموقوف عليهم .

قائمة المصادر

والمراجع

أولاً: المصادر

1- المصادر الشرعية

- القرآن الكريم .

2- المصادر الرسمية

- الدستور الجزائري المعدل سنة **1989** الجريدة الرسمية العدد **9** لسنة **1989** .

- الأمر رقم **58-75** المؤرخ في **1975/09/26** المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم **05-10** المؤرخ في **2005/06/20** .

- قانون رقم **84-11** المؤرخ في **1984/06/09** المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم **05-02** المؤرخ في **27** فبراير **2005** .

- قانون رقم **90-25** المؤرخ في **1990/11/18** المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم بالأمر **95-26** المؤرخ في **1995/09/25** .

- قانون رقم **90-30** المؤرخ في **1990/12/01** المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم بالقانون **08-14** المؤرخ في **2008/07/20** .

- قانون رقم **91-10** المؤرخ في **1991/04/27** المتضمن قانون الأوقاف المعدل والمتمم بالقانون **01-07** المؤرخ في **2001/05/22** .

- قانون رقم **02-05** المؤرخ في **2005/02/06** المعدل والمتمم بالأمر رقم **59-75** المؤرخ في **1975/09/26** المتضمن القانون التجاري.
- قانون رقم **09-08** المؤرخ في **2008/02/23** الإجراءات المدنية والإدارية .
- المرسوم التنفيذي رقم **82-91** المؤرخ في **1991/03/23** المتضمن إحداث مؤسسة المسجد .
- المرسوم التنفيذي رقم **381-98** المؤرخ في **1998/12/01** المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك .
- المرسوم التنفيذي رقم **200-2000** المؤرخ في **2000/60/26** المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها.
- المرسوم التنفيذي رقم **2000-336** مؤرخ في **2000/10/26** يتضمن إحداث وثيقة الاشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وكيفيات إصدارها وتسليمها.
- المنشور الوزاري المشترك المؤرخ في **1992/01/06** الصادر عن وزير الشؤون الدينية ووزير الفلاحة ،المحدد لكيفيات استرجاع الأراضي الوقفية التي أدمجت في الصندوق الوطني للثورة الزراعية .
- التعليم الوزاري رقم **143** المؤرخة في **2003/8/03** الصادرة عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف المتعلقة بتسيير الأملاك الوقفية .
- المذكرة رقم **06-03** المؤرخة في **2006/09/23** الصادرة عن المديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية المتعلقة بشطب الأملاك الموقوفة.

ثانيا: المراجع

1- الكتب

أ - الكتب العامة

- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، بدون تاريخ.
- جمال لعمارة، النظام المالي في الإسلام، دار النبأ، 1996.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، المجلد الثاني، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء - الإيجار والعارية -، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1963.
- علي هاني العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية - حق الملكية والحقوق المتفرعة عن حق الملكية - (دراسة موازنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- مجيد خلفوني، الإيجار المدني في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، دوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1985.

ب - الكتب المتخصصة

- أحمد أمين حسان وفتحي عبد الهادي، موسوعة الأوقاف - تشريعات قضاء ، إفتاء -، فتاوى الأوقاف منذ 1990 حتى 1997، منشآت المعارف، الإسكندرية، 2003.
- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- إبراهيم عبد اللطيف إبراهيم العبيدي، استبدال الوقف رؤية شرعية اقتصادية قانونية، الطبعة الأولى، دار الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، 2009.
- باديس دياي، قانون الأسرة على ضوء الممارسات القضائية(النص الكامل لقانون الأسرة مدعم بأكثر من 350 اجتهادا قضائيا حديثا ومراسيم تنظيمية وتنفيذية)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- خير الدين فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية -الوقف- (دراسة في الملكي العقارية)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن، 2013.
- سليم هاني منصور، الوقف ودوره في المجتمع الإسلامي المعاصر، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ناشرون، لبنان، 2004.
- محمد أبو زهرة، محاضرات الوقف، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، 1959.
- محمد أحمد سراج، أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون (دراسة فقهية قانونية مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998 .

- محمد بن عبد العزيز بن عبد الله، الوقف في الفكر الإسلامي، الجزء الأول، موقع مؤسسة مولاي عبد الله شريف،
1969.

- محمد زيد الأبياني بك، مباحث الوقف، الطبعة الثانية، مطبعة علي سكر أحمد، مصر، 1912.

- محمد عبيد عبد الله الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، جزء ثاني، مطبعة الإرشاد، بغداد،
1977.

- محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية وتشريعية)، منشآت المعارف،
الإسكندرية، 2002.

- محمود أحمد مهدي، نظام الوقف في التطبيق المعاصر (نماذج مختارة من تجارب الدول والمجتمعات الإسلامية)،
وقائع ندوات، رقم 45، الطبعة الأولى، جدة، 2003.

- محي الدين حسين يوسف، استبدال الوقف رؤية شرعية اقتصادية قانونية، الطبعة الأولى، الإمارات العربية
المتحدة، دبي، 2009.

- مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الوقف، الطبعة الثانية، دار عمار، الأردن، 1998.

- منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف، دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر
والتوزيع، الأردن، 2015.

- منذر قحف، الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تنميته، دار الفكر المعاصر، دمشق، 2000.

- منذر قحف، قضايا فقهية معاصرة في الأوقاف الإسلامية، بدون بلد، بدون تاريخ .

- نسيمة شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري - الهبة، الوصية، الوقف- (دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهادات القضائية)، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2014.
- الموسوعة الفقهية - وضعية الوقف-، عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الجزء أربعة وأربعون، الطبعة الأولى، الكويت، 2006.

2 - الرسائل الجامعية

- أحمد هواجي و ياسين وازة، طرق استغلال وتنمية الأملاك الوقفية العقارية العامة، مذكرة نهاية الدراسة، المدرسة العليا للقضاء، 2006.
- إبراهيم بلبالي، قانون الأوقاف الجزائري (دراسة تحليلية نقدية مقارنة بالفقه الإسلامي)، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، التخصص: الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2004.
- خير الدين بن مشرنن، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر - بلقايد-، تلمسان، 2012.
- خير الدين فنطازي، نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2007.
- سعاد لعمارة، التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محمد أولحاج، البويرة، 2013.
- صليحة حازم، نظام الولاية على الأملاك الوقفية في ظل التشريع الجزائري، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، فروع قانون خاص، كلية الحقوق بن عكنون، 2012.

- صورية زردوم، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010.
- عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في علوم إسلامية، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2006.
- عبد العزيز سعيد عبده، أثر الوقف في التنمية الاقتصادية والاجتماعية مع دراسة تطبيقية للوقف في اليمن، رسالة لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات العليا الشرعية، 1997.
- عبد القادر بن عزوز، فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام (دراسة تطبيقية عن الوقف الجزائري)، رسالة جامعية لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2004.
- مالية سعيدي، إدارة الوقف والمنازعات التي يثيرها على ضوء النصوص التشريعية والاجتهادات القضائية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدورة 16، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008.

3 - المؤتمرات والدوريات والبحوث

أ - المؤتمرات

- سعاد ميلودي ومحمد زيدان، مداخل استثمار أموال الوقف، الإشارة إلى تجارب عربية رائدة، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الدولي الثاني حول دور التمويل الإسلامي غير الربحي (الزكاة والوقف) في تحقيق التنمية المستدامة، يومي 2013/05/21-20 في الجزائر، جامعة سعد دحلب بالبلدية.

- محمد بن عليشة بن عسير الفزري، استبدال أعيان الوقف بين المصلحة والاستيلاء بحث مقدم للمؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، الوقف الإسلامي "اقتصاد وإدارة وبناء وحضارة"، المنعقد في الفترة من 3 إلى 5 يناير 2010، الجامعة الإسلامية، 2009.

- محي الدين يعقوب منيزل أبو الهول، الأوقاف الإسلامية بين الواقع والمأمول، بحث مقدم لمؤتمر عالمي عن : قوانين الأوقاف وإدارتها (وقائع وتطلعات)، كلية إبراهيم للحقوق، الجامعة العالمية بماليزيا، 20-22 أكتوبر 2009.

- منتدى قضايا الوقف الفقهية الأولى، بحوث ومناقشات المنتدى الذي نظمته الأمانة العامة للأوقاف بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، 11-13/10/2003، الطبعة الأولى، جميع الحقوق محفوظة بالأمانة العامة للأوقاف، الكويت، 2004.

ب - دوريات وندوات

- الصادق فداد العياشي، مسائل في فقه الوقف، دورة الوقف في مكافحة الفقر بنواكشوط، 16-21/3/2008، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، جدة، 2008.

- خالد بوشمة، إشكالية المرجعية في تنظيم واستثمار الملك الوقفي في التشريع الجزائري-عقد المزارعة نموذجاً-، السنة السادسة، العدد أربعة عشر، منشورات مركز الحكمة للدراسات والبحوث والنشر والتوثيق جامعة الجلفة، الجزائر، مارس 2014.

- محمد عبد الحليم عمر، محاضرة تجربة إدارة الأوقاف في جمهورية مصر العربية، ندوة (التطبيق المعاصر للوقف)، تجربة صناديق الأوقاف وآفاق تطبيقها في المجتمع الإسلامي في روسيا، فازان (تتارستان)، 14-17/06/2004.

ج- المقالات

- عبد الكريم تقار، تسيير الأملاك الوقفية في الجزائر وطرق تنميتها، جامعة بومرداس، الجزائر، بدون تاريخ .
- فارس مسدور، الأوقاف الجزائرية بين الاندثار والاستثمار، سعد دحلب، البلدية، بدون تاريخ.

الفهرس

مقدمة	(أ - و)
الفصل الأول: رعاية المصلحة في أصل الملك الوقفي	8
المبحث الأول: حماية أصل الملك الوقفي من التصرف فيه	9
المطلب الأول: ملكية الوقف	9
الفرع الأول: ملكية الوقف في الفقه الإسلامي	10
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من ملكية الوقف	11
المطلب الثاني: خضوع الوقف للحماية الثلاثية المقررة للمال العام	13
الفرع الأول: التصرف في الوقف غير جائز كقاعدة عامة	14
الفرع الثاني: الوقف لا يكتسب بالتقادم	18
الفرع الثالث: الوقف غير قابل للحجز عليه	20
المطلب الثالث: التصرف في الوقف عن طريق التغيير	21
الفرع الأول: مفهوم التغيير الذي يعتبر تصرفا في الوقف	22
الفرع الثاني: شروط التغيير الذي يعتبر في الوقف	26
الفرع الثالث: آثار التغيير في الوقف	30
المبحث الثاني: التصرف في الوقف بالاستبدال	35
المطلب الأول: مفهوم الاستبدال	35

- 36..... الفرع الأول: تعريف الاستبدال
- 37..... الفرع الثاني: حكم الاستبدال
- 41..... المطلب الثاني: ضوابط صحة الاستبدال
- 41..... الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالشخص طالب الاستبدال
- 44..... الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالعين محل الاستبدال
- 46..... الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالبدل
- 47..... المطلب الثالث: إجراءات الاستبدال
- 47..... الفرع الأول: تقديم طلب الاستبدال
- 48..... الفرع الثاني: بيع الملك الوقفي أو مقايضته
- 50..... الفرع الثالث: حلول العين المبدلة محل العين المستبدلة
- 54..... الفصل الثاني: التصرفات الواردة على الوقف تسميرا له
- 55..... المبحث الأول: تسمير الوقف عن طريق الإيجار
- 55..... المطلب الأول: انعقاد إيجار الوقف
- 56..... الفرع الأول: أطراف عقد إيجار الوقف
- 58..... الفرع الثاني: طرق إيجار الوقف
- 60..... الفرع الثالث: الحل والمدة في إيجار الوقف
- 63..... المطلب الثاني: آثار عقد إيجار الوقف

- 64..... الفرع الأول: التزامات المؤجر (الناظر)
- 65..... الفرع الثاني: التزامات المستأجر
- 67..... المطلب الثالث: انتهاء عقد إيجار الوقف
- 68..... الفرع الأول: انتهاء عقد إيجار الوقف بانتهاء مدته
- 68..... الفرع الثاني: انتهاء عقد إيجار الوقف قبل انتهاء مدته
- 70..... المبحث الثاني: استغلال وتثمين وتنمية الوقف عن طريق العقود الواردة في القانون رقم 01-07
- 71..... المطلب الأول: استغلال وتثمين الوقف الفلاحي
- 71..... الفرع الأول: استغلال وتثمين الأراضي الوقفية القابلة للزراعة
- 76..... الفرع الثاني: استغلال وتثمين الأراضي الوقفية البور
- 79..... المطلب الثاني: استغلال وتثمين الأوقاف القابلة للبناء والمبنية المعرضة للاندثار
- 79..... الفرع الأول: استغلال وتثمين الأوقاف المبنية أو القابلة للبناء
- 83..... الفرع الثاني: استغلال وتثمين الأوقاف المبنية المعرضة للاندثار والخراب
- 84..... المطلب الثالث: تنمية الأملاك الوقفية العامة
- 85..... الفرع الأول: القرض الحسن
- 87..... الفرع الثاني: الودائع ذات المنافع الوقفية
- 88..... الفرع الثالث: المضاربة الوقفية
- 93..... خاتمة

