وزارة التعليم العالي و البحث العلي
جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم: الحقوق

تخصص:قانون عقاري

عنوان المذكرة:

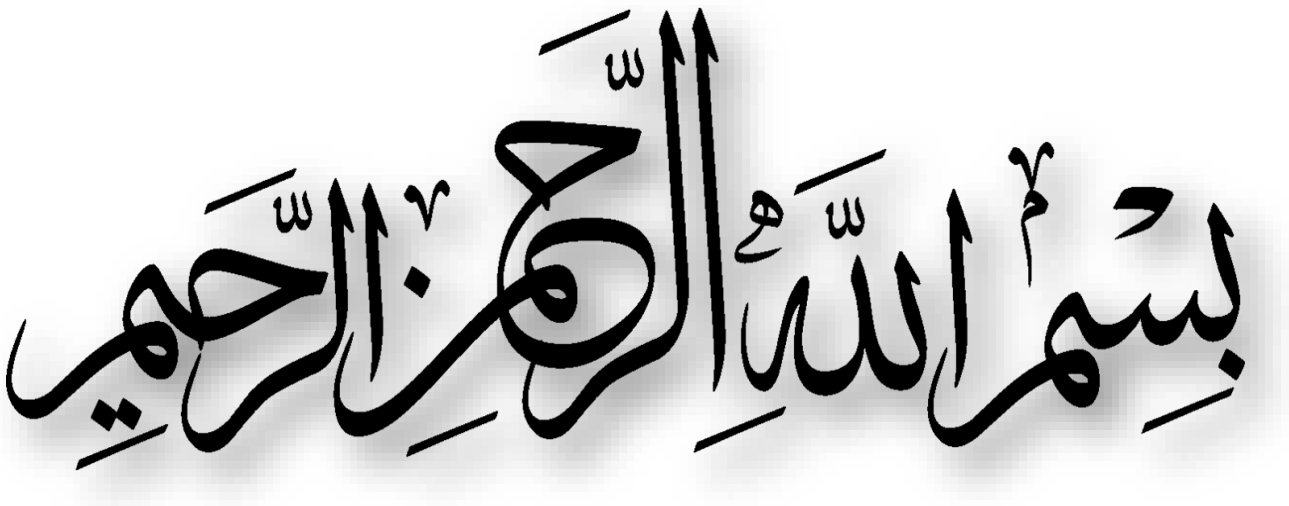
أركان الوقف وشروطه

مذكرة تخرج ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر الأكاديمي
في القانون العقاري

إعداد الطالب:
- خليفة عبد الله

تحت إشراف الاستاذة:
- بلعباس ع

الموسم الجامعي 2014- 2015


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله أولا وأخيرا على نعمة العلم.

أشكر الأستاذة بلعباس عائشة على قبولها الإشراف على هذه المذكرة،وكان ذلك شرفا لي، فلم تبخل عليّ بما أكرمها الله من علم، جزاها الله خيرا.

كما أتقدم بالشكر الخاص للدكتور إبراهيم بن داود...وكذلك للأستاذ مسلمي بن عبد الله على دعمهما لي ،الشكر أيضا لصديقي أمين على دعمه و نصيحته لي.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

والدي الكريم تغمده الله برحمته الواسعة

آمين

إلى والدتي الكريمة،اعترافا بفضلها وبرا لإحسانها...

إلى ينبوع الحنان ...والدتي، أطال الله في عمرها وأعانني على إسعادها.

إلى أستاذي وعدتي وعددي الشيخ محمد الهادي البرقاوي

الى أبنائي الأعزاء،إلى إخواني وأخواتي

إلى كل تذكره قلبي ونسيه قلمي .

عبد الله

الحمد لله رب العالمين ،والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين ، سيدنا محمد، وعلى آله ،وصحبه أجمعين وبعد :

فإن الوقف تشريع إسلامي أصيل ، يستمد مشروعيته من السنة النبوية القولية والفعلية ، وهو أسلوب حضاري متقدم للتمويل الذاتي للمرافق الإسلامية ، ومؤسساته الاجتماعية ، والدينية ، والعلمية .

ورد تعريفه في اللغة بأنه : "الحبس والمنع ، وفيه لغتان : أوقف يوقف إيقافاً، ووقف يقف وقفاً . قال تعالى (وقفوهم إنهم مسؤولون)

وفي الشريعة بصورة عامة : عبارة عن حبس المملوك عن التمليك من الغير

مصدره الفرد المسلم من حيث هو فرد، بصرف النظر عن منصبه ، ومستواه الاجتماعي ؛

ذلك أن الفرد في الشريعة الإسلامية هو مناط التكاليف والمسؤوليات الشرعية، والاجتماعية ، وهو معقد الآمال بعد الله عز وجل في عون أمته سلماً ، ينهض بمؤسساته العلمية ، والاجتماعية ، كما يخفف وطأة الحياة وقسوتها على الأفراد المعوزين ، أو الغارمين ، أو من أثقلتهم الديون ، أو إيجاد مأوى للمحتاجين، وغير ذلك من أعمال الخير التي يعود نفعها على أفراد الأمة.

وحرباً ، يشدَّ أزر الأمة بتجهيز الجيوش لرد اعتداء المعتدين ، وكيد المتربصين .

يتمثل العمل الخيري على اختلاف مقاصده ومصادره في الوقف أصدق تمثيل ، فيه متسع للإسهام في إنشاء المرافق ، والمؤسسات التي من شأنها أن تحقق السعادة للمجتمع بعامة ، والأفراد بخاصة.

ومنذ ظهور مؤسسة الوقف وهي في تطور مستمر حيث بدأت بالجانب الاجتماعي الخيري، وتوسعت لتشمل كل ما يتعلق بخدمة الإنسان بتقديم خدماتها الجليلة للمعوزين والضعفاء في مختلف أقطار المجتمع الإسلامي، تمد لهم يد المساعدة والرعاية وتعوضهم عن حرمانهم، ولم يقصر ذلك على المسلمين وحدهم، بل شملت خدماتها الجليلة كل من يعيش داخل المجتمع الإسلامي، ناهيك عن الجانب الروحي المجسد في إنشاء المساجد والزوايا ومدارس تحفيظ.

القرآن الكريم، وكذا اهتمامها بالميادين العلمية والثقافية أين أصبحت المساجد الكبرى جامعات إسلامية ومنارات علمية لنشر العلم وتطوير الحركة الفكرية، تدل عليها المصنفات المطبوعة والمحفوظة التي تزخر بها المكتبة الإسلامية، إن أن معظم ما وجد من كتب مخطوطة في تلك الأماكن كان وقفا في سبيل الله.

ان التشريع الوقفي الجزائري يستمد نصوصه من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء في معالجة مختلف المسائل المنظمة للوقف متأثرا بمختلف الأنظمة السياسية والاستعمارية والظروف الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي مرت بها الجزائر والتي كان لها اثر بالغ على أوضاع الوقف.

وعلى هذا الأساس، فإن الوقف في التشريع الجزائري شهد ترسانة من النصوص القانونية التي تحيل على الشريعة الإسلامية كل ما لم يرد بشأنه نص.

يعد موضوع الوقف من المواضيع المهمة بوصفه نظاما قانونيا من خلق الفقه الاسلامي للمحافظة على وحدة المجتمع والتمسك بارضائه ,ولقد عرفت فكرة الوقف اشباها في النظم القديمة والشرائع السابقة, لكن جاء الاسلام ووضع هذا النظام في سياق مستقل بقواعده ومصادره, وقد الاثار الفقهاء بخصوص الوقف في اكثر مسائله وتفرعاته وجزئياته جدلا علميا واسعا يعد بحق ثورة عظيمة جديرة بالاعتزاز والدراسة , ونظرا للاهمية البالغة واجره العظيم كان لابد من تبيان الاساسيات التي يقوم عليها الوقف خاصة من خلال تبيان الاركان التي يقوم عليها والشروط الاساسية التي يبنى عليها.

أولا – تحديد إشكالية البحث

يتمحور البحث حول جزئية من جزئيات الوقف تتمثل في أركان الوقف وشروطه, وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما هي أركان الوقف ؟ وما هي شروطه ؟

وتندرج ضمن البحث العديد من التساؤلات منها:

- مامفهوم الوقف؟
- ماهي أركان الوقف؟
- ماهي شروط الوقف؟.

و قد إرتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة فصول:

– الفصل تمهيدي: مفهوم الوقـــف وخصائصه

– الفصل الأول: أركان الوقـــف و شروطه

–الفصل الثاني: إدارة الأمـلاك الوقفية ومنازعاتها.

تمهيـد:

للخوض في موضوع الوقف، يقتضي الأمر أولا تحديد إطاره النظري من خلال مفهومه و الخلفيات التاريخية وأطرها القانونية التي كان لها أثر في تطوره.وهذا ما سنتناوله بالدراسة في فصلنا التمهيدي و الذي قسمناه إلى مبحثين،نتناول في المبحث الأول مفهوم الوقف ، وفي المبحث الثاني الخصائص القانونية والشرعية للوقف.

المبحث الأول: مفهوم الوقف

المطلب الأول: تعريف الوقف

سنتناول تعريف الوقف في اللغة و الاصطلاح الفقهي و التشريع في الفروع التالية:

الفرع الأول: التعريف اللغوي للوقف:

الوقف في اللغة معناه الحبس و المنع والإمساك.

يقال: وقفت الدار إذا منعتها عن التمليك ولا يقال: أوقفتها لأنها لغة رديئة، فالوقف بهذا الشكل هو الحبس عن التصرف[1] و الحبس أو التحبيس هو وصفا ووقف. ولفظ الوقف يراد به الشيء الموقوف عادة. وجاء لفظ الوقف في غير هذا المعنى قوله عز وجل:(وقفوهم انهم مسؤولون)* بمعنى: امنعوهم عن الانصراف حتى يسألوا.وجاء في هذا المعنى حديث الرسول— صلى الله عليه وسلم-:"إن شئت حبست أصلها..." وفي حديث الزكاة، أن خالدا جعل أدراعه و أعتاده حبسا في سبيل الله[2]

و الوقف عند النحويين مصدر فعله: وقف— يوقف— وقفا: وهو جمع أوقاف، ومنه جاءت تسمية ا وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف.

الفرع الثاني: تعريف الوقف اصطلاحا

لتعريف الوقف في الاصطلاح الفقهي، يجدر بنا أولا تعريفه عند المذاهب الفقهية الأربعة ثم تعريفه لدى فقهاء الشريعة و القانون المحدثين الذين اجتهدوا في المسائل الشرعية التي من بينها الوقف.

أولا: تعريف الوقف عند المذاهب الفقهية الشرعية

لقد دأبت مختلف المناهب الشرعية على تعريف الوقف وتغصيلتها كالآتي:

فالوقف عند المنهب الحنفي هو: حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر في الحال أو المآل.

---

(1)- جمعة محمود الزريقي: الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، ص 15 انظر كذلك: زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، سنة الطبع 1388 هـ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ص 07.

*سورة الصافات، الآية 24.

(2)-محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، (تحقيق و تخريج و فهرسة احمد إبراهيم زهوة)، سبل السلام :شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، بيروت-لبنان، دار الكتاب العربي، ط 1،2004، ص 638.

وعرفه أبو يوسف بأنه: حبس العين على ألا نكون مملوكة لأحد من الناس و جعلها على حكم الله تعالى والتصدق بريعها على جهة من جهات الخير في الحال أو المآل[1]

أما المالكية، فقد عرفوا الوقف بأنه إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا[2]

و عند الحنابلة، فالوقف هو حبس المال على مللى الموقوف عليه بحيث يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه وذلك بقطع التصرف في رقبته[3]

أما المذهب الشافعي، فقد عرف الوقف بأنه حبس مال يمكن الاندفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح و موجود[4].

يتضح من خلال تعاريف المذاهب الأربعة للوقف، أنها كلها جاءت متفقة ومجمعة على حبس المال على جهة خيرية في الحال أو المآل..

لكن هناك اختلافات جوهرية تمس بأصل المال الموقوف، ومسألة الرجوع عن الوقف. فمن حيث ملكية الواقف عند الأحناف و المالكية: فإن المال الموقوف يبقى في ملكية الواقف ولا يخرج عنها مع اشتراط المالكية حيازة الموقوف عليه للمال الموقوف وعدم جواز بقائه في ذمة الواقف إلا إذا كان وليا عنهم، وهذا بخلاف المذهب الشافعي والحنبلي، فإن ملكية المال الموقوف تخرج عن الواقف مع الاختلاف في الجهة التي يؤول إليها المال الموقوف، فبالنسبة للشافعية، الملكية تنتقل إلى الله تعالى(على حكم الله تعالى) بينما عند الحنابلة تنتقل إلى ذمة الموقوف عليه.

وبالنسبة إلى مسألة الرجوع في الوقف، فالأحناف يجيزون ذلك للواقف متى شاء باستثناء عدم جواز ذلك في الوقف على المسجد و الوقف إلى ما بعد الوفاة و الوقف المتنازع فيه بشرط أن يفصل في النزاع قاضي الجنة.

أما عند المالكية فلا يجوز للواقف الرجوع عن وقفه إذا انعقد صحيحا[5]

---

(1) –وهبة الزحيلى: الوصايا والأوقاف فى الفقه الإسلامى، دمشق– سورية، دار الفكر، ص 153.

(2)–المرجع نفسه، ص 155.

. (3)-GHOUTI, BENMELHA, le droit patrimoniale algérien de la famille, office des publications universitaires, p 215

(4)–وهبة الزحيلى، المرجح السابق، 154.

(5)–حمدان بن عثمان خوجة، المرآة (تقديم و تعريب و تحقيق: د. محمد العربي الزبيري)، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، ط2، 1982، ص 270.

ثانيا: تعريف الوقف عند فقهاء الشريعة و القانون المحدثين *:

اقتبس العديد من فقهاء الشريعة و القانون المحدثين تعريف الوقف من المذاهب الفقهية الشرعية و نذكر من هذه التعاريف:

تعريف الإمام محمد أبو زهرة ـــ رحمه الله- للوقف بأنه منع التصوف في رقبة العين التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء أصلها و جعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداء أو انتهاء[1]

والوقف عند الأستاذ زهدي يكن هو حبس العين على أن لا تكون مملوكة لأحد من الناس، وجعلها على حكم ملك الله تعالى التصرف بريعها على جهة من جهات الخير في الحال أو المآل.* [2]

فمجمل هذه العاريف منفقة على عدم جواز التصوف في الوقف وعلى الطابع الخيري للجهة التي يؤول إليها الوقف.

الفرع الثالث:التعريف التشريعي للوقف

عرف المشرع الجزائري الوقف في أكنر من قانون وفي مراحل زمنية مختلفة.

فقد عرف المشرع الوقف من خلال المادة 213 من قانون الأسرة و التي نصت على: الوقف حبس المال عن التملك لأي شخصى على وجه التأبيد والتصدق. [3]

كما عرف القانون 90/25 المؤرخ 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري الوقف في المادة 31 منه التي نصت على:"الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة أو مسجد أو مدرسة قرآنية سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور".

و عرف المشرع الوقف في القانون رقم 91/10 المتعلق بالأوقاف و المؤرخ في27-04-1991 في المادة 03 منه التي نصت على:"الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد و التصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير.

---

*-لا يمكن بأي حال فصل تعريف القانون للوقف عن منظور الشريعة الإسلامية أو تعريفه خارج اطاره الشرعي.

(1)- الإمام محمد أبو زهرة: محاضرات في الوقف، القاهرة، دار الفكر العربي، ص 07

(2)-زهدي يكن: أحكام الوقف، صبدا_ بيروت، المكتبة العصرية، ط1 ، ص 07

(3)- يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 02/05، دار هومة، ص 192.

يتضح من خلال اسدقراء أحكام المواد أعلاه، أن قانون الأسرة عبر عن الوقف بكلمة لمالاا التي نشمل المنقول و العقار، في حين جعله قانون التوجيه العقاري حكرا على العقار وحده دون غيره، بينما جاء قانون الأوقاف شاملا للعقار و المنقول و المنفعة و فيما عدا ذلك، فإن هذه القوانين تتفق جميعها على فكرة التأبيد في الوقف وطابعه الخيري.

المطلب الثاني: خصائص الوقف

لكون الشريعة الاسلامية المصدر الأصيل للوقف، فإنه ينبغي أولا تحديد خصائصه الشرعية لنتطرق بعدها إلى خصائصه القانونية، و التي سنخصى كلا منهما بفرع مسنقل.

الفرع الأول: الخصائص الشرعية للوقف

الوقف من الناحية الشرعية هو صاقة جار ية إلى يوم القيامة و هو مقصود الواقف من الوقف، لقوله- صلى اش عليه وسلم-:" إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له" [1]، بمعنى أن المال الموقوف يبقى أثره نافعا ومنتجا للحسنات للواقف حتى بعد مماته وليس فقط حال حياته وهذا أيضا من أعظم خصائص الوقف وهذا مفاده أن الوقف يقتضي أن ينصف بالديمومة والاستمرار والتي لا تتحقق إلا بالمحافظة على الوقف وصيانته و اعماره بأن يصرف جزء من ريع الوقف وبالأولوية على صيانته وترميمه، وذلك حتى يحقق الوقف الأغراض التي أنشئ من أجلها، وهذا استنادا إلى القاعدة الفقهية الشرعية التي تقول:"ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"[2] والخاصية الشرعية الأخرى في الوقف هي الطابع الخيري ، للجهة التي يؤول إليها المال الموقوف ابتداء في حالة الوقف الخيري أو انتهاء بعد انقراض العقب في الوقف الأهلي (الخاص)، إذ يشترط أن تكون جهة مآل المال الموقوف ذات طابع خيري بتقديم مختلف الخدمات الدينية كمساعدة الفقراء والمعوزين والتكفل بدفن الموتى منهم، والتشجيع على العلم بإنجاز المساجد والمؤسسات التعليمية والتربوية، لكونه من بين أهم الأولويات.

الخاصية الشرعية الأخرى التي تسبغ الوقف هي كونه مستحبا و نابعا عن إرادة الشخص الحرة المخيرة، لكونه ليس مجبرا على وقف أمواله*، بخلاف بعض الأنظمة المالية التي شرعت على وجه الإلزام بتكليف الشارع مثل الزكاة التي هي ركن من أركان الإسلام

(1)-رواه الترمذي، انظر في ذلك: شمس الدين، السرخسي، كتاب المبسوط، ح12، م6، لبنان، دار المعرفة للطباعة و النشر، ط2، ص 32.

(2)محمد محدة، مختصر علم أصول الفقه الإسلامي، دار الشهاب، ص 360

*محمد،محدة، مختصر علم اصول الفقه الاسلامي،دار الشهاب، ص 337

وفريضة على كل مسلم بلغ ماله النصاب أن يؤديه، فضلا على أن الوقف غالبا ما تكون قيمته المالية كبيرة تعكس كرم صاحبها وزهده في الدنيا وإقباله على فعل الخير عن طيب خاطر تقربا لله عز و جل* .وهذا ما جعل الوقف ينفرد بهذه الخاصية العظيمة.[1]

والوقف من جهة أخرى، لا يقف عند الحدود الاقليمية لأي دولة، بل يتجاوزها إلى أبعد من ذلك، فالجزائريون مثلا كانوا و لا زالوا يوقفون العديد من أموالهم على الحرمين الشريفين (أوقاف الحرمين الشريفين)، فكانت عائداتها أيام الحكم العثماني للجزائر ترسل كل سنة مع وفد الحجيج إلى الحرمين الشريفين **، فدار الإسلام واحدة، والوقف مثال لتجسيد هذه الوحدة وهي واحدة من أعظم خصائصه.

الفرع الثاني: الخصائص القانونية للوقف

يتميز الوقف من الناحية القانونية بالخصائص التالية:

أولا: الوقف عقد تبرعي من نوع خاص

لقد صنفا المشرع الجزائري الوقف ضمن عقود الدبرعات، فهو تصرف تبرعي تندقل بموجبه منفعة المال الموقوف من الواقف إلى الموقوف عليه على وجه الدبرع دون مقابل أو عوض، لأن الغاية منه هي الدقرب إلى الله عز وجل ، فالوازع الديني هو الدافع الأساسي لإنشاء الوقف، وهذا ما عبر عنه المشرع في المادة 04 من القانون10/91التي نصت على: أن الوقف عقد التزام تبرع..[2]

وما يميز الوقف هو خروج المال الموقوف من ملكية الواقف لا إلى أحد، بل يبقى على حكم ملك الله تعالى- كما عبر عنه الفقهاء- أي أن ملكية الرقبة تبقى محبسة ونتنقل فقط المنفعة إلى الموقوف عليه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 109957 المؤرخ في 1994/03/30

*يستبعد من ذلك الوقف الطاغوتي الذي يحرر بسوء نية أو لأغراض غير مشروعة كحرمان بعض الورثة.

(1)- الشيخ عبد القادر الخطيب الحسني، "أثر مقاصد الوقف"، الموقع الإلكتروني http://www.waqfuna.com/kutab.php :

**توجد كذلك العديد من الأراضي الوقفية الجزائرية في القدس الشريف في فلسطين. راجع بخصوص ذلك: ن.ق.ج

"آلاف الهكتارات من الأراضي الوقفية الجزائرية تحت السيطرة الإسرائيلية"، الخبر، (05 فيفري 2009)، ص 23.

(2) خالد، رمول، الاطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة، ط2، 2006، ص5.

وعلى هذا الأساس، فالوقف عقد تبرعي من نوع خاص، وسنوضح ذلك أكنر عند مقارنتنا ووقف بغيره من العقود التبرعية.

ثانيا: الوقف حق عيني

يرى الفقهاء بأن الوقف حق عيني لكونه تصرفا يرد على حق الملكية، ويعتبر من طبيعته إسقاطا ملكية الواقف، وجعل المال الموقوف غير مملوك لأحد مع ثبوت التصوف في المنفعة للموقوف عليهم، أي أنه ينشئ لهم حقوقا عينية[1]

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

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

ثالثا: الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية

المال الموقوف يخرج عن ملكية الواقف لا إلى ملك أحد بل على حكم ملك الله تعالى*، وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 05 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف بقوله:" الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين" . وهذا مفاده بأن الوقف مستقل عن شخصية منشئيه أمن المقرر قانونا أن الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق الا أنه يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته على أن يكون مل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية .

---

(1)- خالد رمول، المرجع السابق، ص50.

*قال ابن حزم ردا على من قال بأن الأحباس باطلة لأنها تخرج إلى غير مالك: أ و هذه وساوس لأن الحبس ليس إخراجا إلى غير مالك، بل إلى أجل المالكين و هو الله تعالى . انظر: المحلى لابن حزم، ج9، ص 218 . نقلا عن: محمد فاروق النبهان، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، ص 240 .

الوقف مستقل عن شخصية منشئيه[1]،أي أن له شخصية معنوية أو اعتبارية طبقا وتكملة لنص المادة سالفة النكر:"ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها"

فالمشرع الجزائري اعترف صراحة بالشخصية المعنوية للوقف، وهذه الشخصية المعنوية المعترف بها تنحدر منها عدة نتائج هي كالتالي:

- للوقف ذمة مالية مستقلة، لأنه بمجرد انعقاد الوقف يصبح المال الموقوف كيانا ماليا خاصا ومستقلا يوجه ريعه في المحافظة عليه وصيانته واستغلاله وتنميته[2]

- تثبت ووقف أهلية التقاضي في حالة تعرضه للاعتداء أو المساس به، ويمثله أمام القضاء شخصى طبيعي يسمى ناظر الوقف للدفاع عن حقوق الوقف وهو خاضع لنظام قانوني خاص يضبط نضرفاته، محيطا الوقف بعدة ضمانات، وسنرجئ الكلام عن ذلك بالتفصيل عند تناولنا لعنصر الولاية على الوقف.

- خروج الوقف من ملكية الواقف وانصهارها في الشخصية المعنوية ووقف التي تبقى مسيجة بإرادة الواقف التي تعتبر جوهر الوقف، والدولة بسهرها على احترام إرادة الواقف فهي بذلك تحمي الشخصية المعنوية ووقف تطبيقا لقاعدة "نصوص الواقف كنصوص الشارع" *.

و تأكيدا منه على الاعتراف أو تكريس الشخصية الاعتبارية للوقف، فقد نصى المشرع الجزائري على ذلك صراحة في المادة 49 من القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون 07—05 المؤرخ في 2007/05/13 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم حيث تنص هذه المادة على:اا الأشخاص الاعتبارية هي:

- الدولة، الولاية، البلدية
- المؤسسات العمومية نات الطابع الإداري
- الشركات المدنية و التجارية
- الجمعيات و المؤسسات
- الوقف
- كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية

(1)- جمعة محمود الزريقي، المرجع السابق، ص 29.

(2)-محمد كنازة: الوقف العام في النشريع الجزائري، دار الهدى، ص 35. انظر كذلك: عابدين مصطفى: وقف العقار فى القانون الجزائري على ضوء الشريعة الاسلامية واجتهاد المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد 59، ص 115.

*يعنى فى الفهم و الدلالة لا فى وجوب العمل. راجع فى ذلك: أبي العباس، تقى الدين احمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، بيروت– لبنان، دار المعرفة للطباعة و النشر، ص 509.

رابعا: الوقف يتمتع بحماية قانونية متميزة

تتنوع صور الحماية القالنونية للوقف بتنوع القوانين المنظمة له لتجسدها بعد ذلك كل من الحماية المدنية والجزائية والإدارية، وسنتناول كل ذلك بشيء من التفصيل.

أـــ الحماية الدستورية للوقف:

لقد كرس المشرع الجزائري حماية الأملاك الوقفية في دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر في 1989 الذي نص صراحة في الفقرة 03 منه من المادة 49 على:"إن الأملاك الوقفية وأملاك الجماعات الخيرية معترف بها ويحمي القانون تخصيصها.

وبعد تعديل دستور 1989 موجب الدستور المؤرخ في 1996/11/28، إلى غاية أحدث تعدل دستوري موجب القانون 08-19 المؤرخ في 2008/11/15 والذي أبقى مؤكدا على تكريس حماية الأملاك الوقفية، حيث حافظ على نفس المادة 49 سالفة الذكر نصا وروحا، فقط مع تغيير ترقيمها فأصبحت مرقمة 52 وجاءت واردة في الفصل الرابع تحت عنوان الحقوق والحريات، فالأملاك الوقفية محمية دستوريا بإرادة المشرع[1]

ب ـــ الحماية المدنية:

لقد عمد المشرع إلى نرير الحماية المدنية للاملاك الوقفية بدء بالقانون المدني باعتباره الشريعة العامة من خلال المواد (674 إلى 689) التي كرست الحماية المدنية للملكية العقارية بوجه عام.

ليأتي بعد ذلك قانون التوجيه بالعقاري رقم 90/25 المؤرخ في 1990/11/18 الذي جاء لإعادة الاعتبار للملكية العقارية بصفة عامة والملكية الوقفية بصفة خاصة.

فتم بذلك تعزيز الملكية الوقفية بتصنيفها إحدى أصناف الملكية صراحة في نص المادة 23 منه التي نصت على:

"تصنف الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ضمن الأصناف القانونية التالية:

(1)- مصطفى عابدين، نشرة القضاة، ع59، مديرية الدراسات القانونية والوثائق؛ ص 106.

انظر كذلك: عمر حمدي باشا، عقود التبرعات: الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، ص 96

- الأملاك الوطنية
- أملاك الخواص أو الأملاك الخاصة
- الأملاك الوقفية

ليسوي هذا الأخير— قانون التوجيه بالعقاري— الوضعية المزرية التي كانت تسود المنظومة العقارية والتي أفرزها قانون الثورة الزراعية، وذلك بإلغاء هذا الأخير وعلى اثر ذلك تمت إعادة جزء من الأراضي الزراعية الموقوفة إلى مستحقيها.

خامسا: الوقف غير خاضع لإجراء نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية

الأملاك الوقفية لا تخضع لإجراء نزع الملكية للمنفعة العمومية إلا استثناء [1] والمشرع الجزائري استثناءا على القاعدة العامة، أجاز نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية والتي تعتبر الملكية الوقفية في ثلاث حالات محددة على سبيل الحصر وهي:

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

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

سادسا: الوقف عقد شكلي

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

(1)-احمد حططاش، النظام القانوني للوقف، بحث لنيل شهادة الدراسات العليا المتخصصة (P.G.S) - فرع الدراسات العليا المتخصصة، كلية الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون — جامعة الجزائر، 2004-2005، ص 50.

*قديما كان الوقف لا يسجل الا في المحاكم الشرعية، أما الآن فهو يسجل في مصالح الشهر العقاري. انظر: عبد الرزاق اللسنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: أسباب كسب الملكية، ج9، بيروت- لبنان، دار إحياء التراث العربي، ص 348.

وشرط التقيد بالرسمية أكده المشرع الجزائري صراحة في قانون الأوقاف من خلال المادة 41 منه التي نصت على:"يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة إلى السلطة المكلفة بالأوقاف[1]

سابعا: الوقف عقد معفى من رسوم التسجيل

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

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

ثامنا: الوقف عقد مؤبد

القاعدة العامة في الوقف هو الديمومة والاستمرار، غير أن جانبا من الفقه أجاز انقضاءه استثناء، فكان هذا محل خلاف بين فقهاء المناهب الإسلامية.

فالمالكية يميزون بين الوقف المؤبد وغير المؤبد، فيجيزون انتهائه إذا كان غير مؤبد(مؤقت) بانتهاء المدة المحددة له، أو بانقضاء الموقوف عليهم أو الجهة الموقوف عليها، وإذا كانت غير محددة فإنه يعود إلى بيت مال المسلمين.

أما إذا كان الوقف مؤبدا فإنه لا يجوز انتهاؤه كالوقف على المساجد والفقراء والمعوزين.

والإمام مالك يمتنع من بيع العقار الموقوف حتى ولو تخرب، وكذلك منع بيع أنقاضه مستندا في هذا المنع إلى بقاء أحباس السلف من الصحابة وغيرهم من غير تصرف فيها، وسدا لذريعة الفساد حتى لا يتخذ جواز بيع المتخرب طريقا لبيع الأوقاف، وهذا باستثناء جواز بيعه لتوسيع مسجد أو طريق أو مقبرة لأن نفعها أعم من نفع الوقف.

أما الأحناف، ففي رواية عن أبي يوسف أنه لا يشترط التأبيد لصحة الوقف وإذا انتهى الوقف عادت العين الموقوفة إلى مالكها

(1)-خالد رمول، المرجع السابق، ص 54، 55.

(2)-خالد ومول، المرجع السابق، ص 67.

و بالنسبة للحنابلة فإنهم يجيزون بيع الأنقاض وصرف المبلغ إلى مسجد آخر[1]

و المشرع الجزائري لم ينص صراحة على جواز انتهاء الوقف إلا أنه يستشف ذلك بالرجوع إلى قانون الأوقاف نفسه في المادة 22 منه التي ألغيت بموجب القانون.

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

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

(1)-خالد، ومول، المرجع السابق، ص 82.

تمهيد:

الوقف باعتباره عقدا، فإن ذلك يقتضي بيان أركانه المتمثلة في: الواقف، محل الوقف، صيغة الوقف، الموقوف عليه.

أما الشكلية في عقد الوقف، فهي ليست ركنا فيه، بل هي شرط لنفاذه.

و على هذا الأساس، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول أركان الوقف و شروطه في المبحث الثاني.

المبحث الأول:أركان الوقف

اختلف الفقهاء في تحديد محل الوقف، و لعل السبب في ذلك هو تفسيرهم للركن في حد ذاته.

فجانب من الفقه،يرى أن للوقف ركنا وحينا واحدا فقط هو الصيغة المنشئة،وما عداها هي أمور لازمة لوجود الصيغة على أساس تفسير الركن بأنه جزء من حقيقة الشيء.بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن ووقف أركانا أربعة هي الواقف، الموقوف عليه وصيغة الوقف، وهؤلاء فسروا الركن بأنه ما يتوقف عليه الشيء.

و هذا الرأي قد وافقه المشرع الجزائري بنصه على ذلك في المادة 09 من القانون 91/10المتعلق بالأوقاف.

و الوقف كما رأينا نظام قانوني متميز ينشأ بموجب عقد، و المتفق عليه فقها أن أركان العقد تتمثل في طرفي العقد، محل العقد، صيغة العقد (الرضا) و السبب. وبإسقاط هذه العناصر على الوقف فإنه ينتج أن الوقف له طرفين هما الواقف والموقوف عليه، ومحل الوقف هو الشيء الموقوف ويقابل الرضا المتمثل في الإيجاب والقبول صيغة الوقف، وإن كان القبول لا يشترط في الوقف إلا لتثبيت الوقف في ذمة الموقوف عليه[1]

أما السبب الذي يقصد به الباعث أو الدافع للتعاقد فهو في عقد الوقف يتمثل في نية التقرب إلى الله عز وجل.

و سنتناول في هذا الفصل أركان عقد الوقف التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 09 من قانون الأوقاف، حيث نصت هذه المادة على:

– أركان الوقف هي:

- الواقف
- محل الوقف
- صيغة الوقف
- الموقوف عليه.

(1)الوقف في الأصل ينشأ بالإرادة المنفردة للواقف. راجع في ذلك: محمد، تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، الديوان الوطني للأشغال التربوية 1992، ص 188.

و تجدر الإشارة إلى أن الترديب الفقهي الأصلي لأركان الوقف يجعل صيغة الوقف في المرتبة الرابعة بعد الواقف و محل الوقف والموقوف عليه[1]

هذا الترتيب لأركان الوقف، قد خالفه المشرع الجزائري، حيث جعل صيغة الوقف من حيث المرتبة قبل الموقوف عليه، ولعل السبب في تقديمها هو أن الموقوف عليه قد لا يكون موجودا عند انعقاد الوقف في أحيان كنيرة عند المالكية[2]، في حين أن صيغة الوقف كركن ركين في الوقف مدفق عليه بإجماع الفقهاء إذ لا ينعقد الوقف إلا بوجودها.

و على هذا الأساس، سنتناول دراسة أركان الوقف حسب الترتيب الذي كرسه المشرع الجزائري، وسنخص كل ركن بمطلب مستقل.

المطلب الأول: الواقف

الواقف هو الركن الأول في عقد الوقف، وإرادة الوقف هي المصدر المنشئ ووقف لذا لا يتصور انعقاده بدون وجود الواقف.

والواقف هو الشخص الذي تتجه إرادته في إبرام عقد الوقف بدافع أو باعث ديني هو التقرب إلى الله عز وجل*، أولغرض تأمين مستقبل عقبه ليؤول بانقراضهم إلى جهة الخير التي حددها الواقف في وقفه. و قد عرف السنهوري الواقف على أنه الشخصن الذي يصدر منه تصرف قانوني من جانبه من شأنه أن يفير ملكية العقار الموقوف ويجعله غير مملوك لأحد من العباد، وينشئ حقوقا عينية فيه ممقوف عليهم. و إرادة الواقف ليست مطلقة، بل هي محاطة بشروط عددها المشرع الجزائري على سبيل الحصر من خلال تصر المادة 10 من القانون 10/91 سالف الذكر، والتي تنص على: "يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي:

1-أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا.

2- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله و غير محجور عليه لسفه أو دين.

و سنتناول كل شرط بشيئ من التفصيل في الفرعين التاليين:

(1)- مصطفى عابدين: وقف العقار فى القانون الجزائري على ضوء الشريعة الاسلامية واجتهاد المحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد 59، ص 121.

(2)عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: أسباب كسب الملكية، ج9، بيروت- لبنان، دار إحياء التراث العربى ص 348.

*اشترط الحنفية في الواقف شرط الإسلام.

الفرع الأول: أن يكون الواقف مالكا للعين الموقوفة

الملكية المطلقة التي عبر عنها المشرع بقوله:"ملكا مطلقا" مفادها أن المالك يستجمع فيها جميع السلطات المقررة له (عناصر الملكية) المتمثلة في حق الاستغلال والاستعمال والتصرف *تطبيقا لنص المادة 674من القانون المدني الجزائري بقولها:"الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة "أما قانون التوجيه العقاري فهو يجرد حق الملكية من صيغة الإطلاق، فجعله حقا مقيدا أصبحت الملكية بمقتضاه حقا ذو طبيعة مزدوجة اجتماعية واقتصادية.

أما المقصود بملكية العين المراد وقفها ملكا مطلقا، هو عدم تعلق هذه العين بأي قيد يجعل ملكيتها ليست باتة و ثابتة في ذمة الواقف المالك، وذلك بألا تكون ملكيته محل نزاع أو مطالبة قضائية أو أن تكون محلا لتصرفات سابقة كالوعد بالبيع مثلا أو أن يعمد الواقف على وقف ملك الغير.

فكون ملكية الواقف محل نزاع ينفي عن الوقف صغة الملكية المطلقة خاصة إذا لم يكن الحكم أو القرار الفاصل في النزاع في صالح الواقف كأن يقضي بنزع ملكيته مثلا، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث والمؤرخ في 1993/09/28تحت رقم 94323 بقوله :"من المقرر شرعا وقانونا أن يكون المال المحبس ملكا للواقف، و إلا لما جاز له أن يحبسه، وأن يكون معينا— غير مجهول— وخاليا من كل نزاع**".

و كذلك الشأن إذا كانت العين الموقوفة محلا للوعد بالبيع، فإن الملكية الباتة للعين الموقوفة لا تثبت في ذمة الواقف إلا إذا تم فسخ الوعد بالبيع.

و نفس الشيء في حالة قيام الواقف بعقد وقف محله عينا مملوكة للغير، رغم أن هذه المسألة تلقى تفسيرا متباينا لدى الفقهاء، إذ اعتبر البعض هذا النوع من الوقف صحيحا بإجازة المالك الأصلي.

---

*اشترط جانب من الفقه في الواقف أن يكون حرا، فلا يصح الوقف من الرقيق لأنه لا ملك له يتبرع به أو يسقطه، بل هو مملوك لسيده.

انظر: محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا و الأوقاف، بيروت، الدار الجامعية للطباعة و النشر،ص.350

انظر كذلك : محمد كنازة، المرجع السابق، ص 70.

**يوسف دلاندة، قانون الأسرة، دار هومة، ط 2005، ص 199.

وعموما فالمشرع الجزائري ضبط هذه المسألة بإبطال كل التصرفات الواردة على ملك الفير بما فيها للوقف واعتبارها باطلة بطلانا مطلقا، و هو ما أكدته المحكمة العليا في العديد من المناسبات منها القرار المؤرخ في 1988/11/21 تحت رقم 46546 والذي قامت فيه المحكمة العليا بمقتضى قرار المجلس الذي صحح عقد حبس محرر من طرف شخص رغم أن العين الموقوفة هي ملك لشخص آخر. و فقهاء المذاهب الشرعية عدا الحنفية والشافعية أقروا بعدم جواز وقف أراضي بيت المال من طرف الدولة باسم الحاكم على اعتبار الحاكم ليس مالكا لها لأنها ملك لعامة الناس، والحاكم هو وكيل عام وليس خاص، وإنما يجوز له فقط ارصادها وتخصيص جزء من ريعها للانفاق على المساجد مثلا إذا لم يكن ريعها كافيا لعمارتها أو لاقامة الشعائر الدينية فيها.

و الحنفية والشافعية يعتبرون ذلك – الارصاد والتخصيص– يأخذ حكمه بعض أحكام الوقف على أساس أن الحاكم لا يجوز له التغيير في تخصيص الأموال المرصدة للانفاق على المساجد. و قد وافق بعخر الفقهاء الشافعية والحنفية الذين أجازوا لولي الأمر، أن يأخذ من الأموال المرصدة على العلماء والمساجد للانفاق في حالة الحرب تطبيقا للقاعدة الشرعية التي تقضي بتقديم المصلحة الكبرى على المصلحة التي دونها ودفعها للضرر الأكبر باحتمال الضرر الأصغر[1].

و في حالة كون الواقف وكيلا عن المالك، فإن وقفه صحيح إذا كانت الوكالة خاصة أما إذا كانت الوكالة عامة، فلا يجوز وقفه.

و قياسا على ذلك، فالوصي رغم أنه ليس مالكا لمحل الوقف، إلا أنه يستطيع وقف المال الموصى به يشرط أن يتم ذلك بعد وفاة المالك، ذلك أن الوصية لا يسري نفاذها إلا بعد وفاة الموصي.

و تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان محل الوقف عقارا، فإن ملكية الواقف تثبت بعقد رسمي مسجل ومشهر لدى المحافظة العقارية تطبيقا لنص المادة 104 من المرسوم 76/63الصادر في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري بقولها:"يحقق المحافظ بأن البطاقة غير المؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من قبل صاحبه الأخير".

(1)–الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص 122

أما إذا كان الوقف مسجلا قبل 1970/12/31 فإن الملكية يجوز إثباتها بموجب عقد عرفي.

و إذا كان محل الوقف منقولا أو منفعة، فان الملكية يتم إباتها بجميع طرق الإبات. وسنرجئ التفصيل في مسألة إبات الملكية الوقفية العقارية عند دراستنا لإثبات الوقف في الفصل الثاني.

الفرع الثاني: كون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله

مفاد هذا الشرط أن الوقف لا ينعقد صحيحا، إلا إذا كان الواقف أهلا للتبرع بمعنى أن يكون أهلا لممارسة ومباشرة التصرفات الإدارية و التي يعبر الوقف من بينها.

و هذا لا يتحقق إلا إذا كانت إرادة الواقف صحيحة وليست مشوبة أو معيبة بعارض من عوارض الأهلية، كما ويشترط فيه أن يكون عاقلا بالغا وغير محجوز عليه لسفه أو دين.

أولا: العقل:

جميع التصرفات الإدارية و التي يعبر الوقف من بينها، يشترط فيها أن يكون صاحبها عاقلا مميزا وهذا ما نستشغه من تحر المادة 31 من القانون 10/91 التي تنص على:" لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرف يتوقف على أهلية التسيير.

أما صاحب الجنون المنقطع فإنه يصح أثناء إفاقته وتمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية.!!

و في نفس السياق، نصت المادة 42 من القانون المدني على: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون".

و من خلال استقراء أحكام المادتين أعلاه، فإن فقدان التمييز بالجنون يمنع من انعقاد الوقف صحيحا، لكن ما يلاحظ أن المادة 31 جاءت دقيقة من حيث التفرقة بين الجنون المستمر والجنون المتقطع.[1]

فإذا انعقد الوقف صحيحا، ثم طرأ بعد ذلك على الواقف الجنون، فإن ذلك لا يؤثر في صحة الوقف ويظل قائما، لأن العبرة هي بوقت انعقاد الوقف. هذا بخلاف المادة 42 التي جاءت بإطلاقها على الجنون ولم تفرق بين الجنون المنقطع والجنون المستمر، لنجد أنفسنا أمام نصين متعارضين في مسألة جوهرية خصوصا

انظر كذلك: احمد فراج حسين، المرجع السابق، 256.

زهدي يكن، أحكام الوقف، ص 234.

(1)- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 442

في مسألة إثبات حالة الجنون لإبطاله أو عدم إبطاله، و هذا مما لا شك فيه يعرقل و يصعب عمل القاضي في حالة وجود نزاع مطروح على القضاء.

و مسألة إثبات عدم أهلية الواقف، قد فصلت فيها المحكمة العليا في اجتهادها حيث جعلت عبء الإثبات يقع على ورثة الواقف، وذلك في قراراتها التي من بينها القرار المؤرخ في 2000/05/31 الذي يقضي بأن: الحبس من عقود التبرع التي يستعيد فيها المحبس له من حق الاندفاع، ويمكن أن يتم لجميع الورثة أو لبعض منهم، وعليه

فالتمسك ببطلانه بحجة عدم أهلية المحبس وقت إعداد عقد الحبس دون تقديم أي دليل على عدم الأهلية يجعل الدفع ببطلانه غير مؤسس *.

ثانيا: بلوغ سن الرشد

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 30 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف على:"وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي". يستشف من أحكام المادة أعلاه أن كل وقف صدر عن شخص غير راشد يعد باطلا بطلانا مطلقا حتى ولو أجازه الوصي[1]، ذلك أن الوقف من التشرفات التبرعية التي يشترط فيها توفر أهلية التبرع وهي أهلية الأداء إذ لا تكفي فيها أهلية الوجوب لكون العقود التبرعية والتي من بينها الوقف هي من العقود الضارة بالمتبرع [2].

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد سن الرشد في هذه المادة مما يحيلنا إلى الأحكام العامة في القانون المدني من خلال المادة 40 مته التي نصت على:" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسع عشر(19) سنة كاملة.

---

*القرار 195280 المؤرخ في 2000/05/31، أنظر: المجلة القضائية، ج1، 2004، قسم الوثائق، ص 138/142.

(1) Ghaouti, Benmelha, op.cit, p218

انظر كذلك: محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، ص 455.

احمد فراج حسين، المرجع السابق، 256. زهدي، يكن، أحكام الوقف، ص 233

(2) بدران أبو العينين بدران، المرجع اسابق، ص 435. انظر كذلك:

François-Pol Blanc, LE DROIT MUSULMAN, 2o Edition2007, France, Imprimerie CHIRAT, p 104

Voir aussi : Fernard, Dulout, Traite De Droit Musulman Et Algérien, Tome1, Alger, la Maison des livres, 1947, p 338.

و حسب هذه المادة أعلاه، فإن سن الرشد في عقد الوقف هي 19 سنة كاملة يوم انعقاد الوقف.

غير أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة جواز أو عدم جواز الترشيد في عقد الوقف، مما يحيلنا إلى المبادئ العامة في القانون المدني.

و لكن القانون المدني بعد تعديله بموجب الأمر 05-10 المؤرخ في 2005/0620 سالف الذكر، ومن خلال المادة 38 الجديدة قد حذف سن الترشيد، خلافا للقانون المدني القديم الذي حددها بثمانية عشر (18) سنة كاملة تطبيقا لنص المادة 38 القديمة.

و تطبيقا لذلك، فالترشيد يصحح التصرفات الإدارية التي أبرمها المرشد سواء تلك التي تعود عليه بالنفع وتلك التي تعود عليه بالضرر وعلى الخصوص منها العقود التبرعية كالوقف.

و هذا يتوافق مع جانب من الفقه الإسلامي الذي يقول بصحة الوقف الذي أبرمه الصبي المميز بشرط إجازة أو إذن القاضي، وهنا استثناء على القاعدة التي تقول: " الإجازة اللاحقة كالإذن السابق".

و من جهة أخرى، فإحالة مسألة الترشيد على قانون الأسرة الذي كان له نصيب في تنظيم بعض مسائل الوقف، قد ربط سن الرشد بسن التمييز، وهذا خلافا للقانون المدني حيث نصت المادة 84 من قانون الأسرة على:" للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله...".

و مؤدى هنا النص هو جواز ترشيد الصبي المميز الذي بلغ ثلاثة عشر(13) سنة من طرف القاضي، وهنا أيضا ما يتعارض مع نص المادة 30 من قانون الأوقاف سالف الذكر والتي نصت صراحة على بطلان تصرفات ناقص الأهلية حتى ولو أجازها الوصي.

فرغم تنوع النصوص القانونية في هنا الشأن إلا أنها لم تتمكن من ضبط معيار تحديد سن الرشد اللازمة في عقد الوقف، و كنتيجة حتمية، فإن ذلك يحيلنا مباشرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و هنا حسب صريح نص المادة 02 من قانون الأوقاف بقولها :"على غرار كل مواد هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليها".

وبالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، نجد أن الفقهاء قد حددوا سن التمييز بسبع(7) سنين، وسن الرشد ببلوغ الحلم بأربعة عشر (14) سنة، على أن الأخذ بهذا الرأي يجعل من عقد الوقف الذي يبرمه من بلغ 14 سنة صحيحا.

و على العموم، فإن العمل القضائي يعتد بسن الرشد المحددة بتسعة (19) سنة كاملة كما جاء في القانون المدني الجزائري.

ثالثا: أن يكون الواقف غير محجور عليه لسفه أو لدين

اشترط القانون لصحة الوقف أن يكون الواقف غير محجور عليه إما لسفه أو دين معتبرا الحجر من موانع الوقف*.

و الحجر قد نظمه المشرع الجزائري في القانون المدني من خلال المادتين 43 و 44وكذا المواد من (101 إلى 108) من قانون الأسرة مع وجوب تقرير وإثبات حالة الحجر بموجب حكم قضائي تطبيقا لنص المادة 103 من قانون الأسرة والتي جاء فيها "يجب أن يكون الحجر بحكم قضائي، وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر". و سنتناول مسألة الحجر لسفه لنتقل بعدها إلى حالة الحجر لدين.

أ- ألا يكون الواقف محجورا عليه لسفه

السفه هو أحد موانع التصرف، و السفيه هو من يبذل ماله في ما لا يعني ويصرفه عن طيش و هوى جامح.

و الحجر على السفيه لا يعتد به في نظر القانون إلا إذا صدر بموجب حكم قضائي بشأنه ويكون نهائيا لتنفيذه، فالقاضي هو الذي يملك السلطة التقديرية في الحجر أو عدم الحجر على الشخص[1]،مع وجوب الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات حالة الحجر وأسبابه.

و ثبوت حالة الحجر هي في مصلحة السفيه لأن إبرامه للتصرفات التبرعية التي يعتبر الوقف من بينها يعود عليه بالضرر، والحجر شرع للحفاظ على أمواله، وعليه فكل تصرفات المحجور عليه باطلة .

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتعرض لذي الغفلة إلا بعد تعديل القانون المدني بموجب الأمر 05-10 سالف الذكر من خلال المادة 43، إذ أن ذا الغفلة في الحقيقة.

*المحجوزون سبعة و هم: الصغير، المجنون، السفيه، العبد، المريض، المرأة، المفلس. انظر في ذلك: أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، المرجع السابق،1988،ص 325.

و يرى ابن حزم عدم جواز الحجر على أحد في ماله إلا على من لم يبلغ و المجنون في حال جنونه، فإذا بلغ الصغير و أفاق المجنون، زال الحجر عن أموالهما، و يستوي في ذلك الحر و العبد و الذكر و الأنثى و البكر ذات الأب و غير ذات الأب و ذات الزوج و التي لا زوج لها.

انظر في ذلك: ابن حزم، المحلى، ج8، م5، بيروت، دار الآفاق الجديدة، ص 278،279.

(1) بدران أبو العينين بدران المدخل للفقه الإسلامي دار الهدى ، ص 444،445، انظر كذلك: زهدي يكن، أحكام الوقف، ص 234، 235.

يأخذ حكم السفيه *، لأن إبرامه لعقد تبرعي كالوقف يضر بذمته المالية، وقياسا على ذلك فإنه يشترط لانعقاد الوقف صحيحا ألا يكون الواقف محجورا عليه بكونه ذا غفلة.

ب- أن يكون الواقف محجورا عليه لدين

مفاد هذا الشرط أن الوقف الذي يبرمه الواقف المدين، سواء لجميع أمواله أو لجزء منها يعد باطلا، لأن ذلك ضر بلدائنيه، و لأن جميع أمواله ضامنة لديونه كقاعدة عامة.

و ينبغي التفرقة بين ثلاث صور من الدين: الصورة الأولى: وهي الحالة التي يستغرق فيها الدين بعض الأموال الموقوفة، فصحة الوقف هنا مرتبطة بإجازة دانيه، فينعقد بإجازتهم كما يكون لهم الحق في إبطاله.

الصورة الثانية: هي الحالة التي يستغرق فيها الدين جميع الأموال الموقوفة، ففي حالة إذا لم يكن الواقف محجورا عليه، .بتوقف نفاذ وقفه على إجازة دانيه أو عدم إجازتهم بطلب منهم، ذلك أن الحجر تقرر للمحافظة على حقوقهم التي اصبحت مرتبطة بمال الواقف بمجرد الحجر، بعد أن كانت مرتبطة بذمته فقط، وتسري إجازتهم من وقت إنشاء الوقف.

و في حالة ما إذا كان الواقف غير محجور عليه، فإن وقف المدين ينعقد صحيحا ونافذا و لا .بتوقف على إجازة الدائنين الذين لهم الحق في الرجوع على الواقف المدين لهم بمقاضاته، وخاصة إذا كان الوقف خاصا قام فيه الواقف بحبس أمواله على عقبه، فهنا تثبت سوء نيته، لأنه ينبغي الأخذ بأسبقية الدين على الوقف من الناحية الشرعية[1]

الصورة الثالثة: حالة المدين المريض مرض الموت

مرض الموت الذي يؤثر في التصرفات الإدارية والتي من بينها الوقف هو المرض الذي يخاف منه الموت ويتصل الموت به، ومرض الموت فيه أمران:

الأول: أن يكون من الأمراض التي يغلب فيها الموت عادة حسب تقرير الأطباء. **

---

*الفرق بينهما أن ذا الغفلة ضعيف الإدراك، أما السفيه فكامل الإدراك لكنه مكابر في اندفاعه في إتلاف المال مدما يجعله ضعيف الإرادة.

راجع في ذلك أيضا: محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص 463/466.

(1) أحمد، فراج حسين، المرجع السابق، ص 256، 257. زهدي يكن، المرجع السابق، ص 235.

**كان الفقهاء قديما لا يستطيعون الجزم بأن المرض هو مرض الموت إلا إذا مات الشخص من جرائه فعلا، غير أنه بتطور العلم والطب، أصبح بإمكان أهل الشخص و دانيه معرفة ما إذا كان الشخص قد وقف أمواله مثلا وهو في حالة مرض الموت .حال حياته .راجع في ذلك: بدران أبو العينين بدران المرجع السابق، ص 448،449. و كذلك: محمد، كنازه، المرجع السابق، ص 70.

انظر كذلك : H.Tilloy, op.cit, p 1862

الثاني: أن يتصل الموت به من غير شفاء مدة طويلة مقدرة بسنة حتى و لو كان الموت بسبب آخر غير المرض، فإذا كان المرض مما يغلب فيه الموت ولكنه لن يتصل به أو كان المرض بسيطا كالصداع أو ما شابهه حتى لو اتصل به الموت، فهذا لا يعتبر مرض موت.

و المشرع الجزائري تناول هذه المسألة في قانون الأوقاف من خلال المادة 32 منه التي نصت على: "يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت واذا كان الدين يستغرق جميع أملاكه".

و يستشف من خلال استقراء أحكام المادة أعلاه، أن وقف المدين المريض مرض الموت والذي يكون فيه دينه مستفرقا لجميع أمواله، فإنه يكون قابلا للأبطال (البطلان النسبي) و يكون صحيحا بإجازة الدائنين. و للتوضيح ينبغي أن نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: حالة كون الواقف مدين وقت وفاته

ففي هذه الحالة وقفه يعتبر نافذا وصحيحا حال حياته إذا لم يكن محجورا عليه وكان الدين يستغرق جميع أمواله، ويتوقف على إجازة دانيه إذا كان محجورا عليه.

فإذا لم يبرئه دائنو، فإن وقفه يكون قابلا للأبطال عن طريق رفع دعوى أمام المحكمة المختصة واستصدار حكم قضائي يقضي بذلك.

أما إذا لم يكن الدين متفرقا لجميع أمواله، ، فإن وقفه صحيح فيما لا يتوقف به الدين، وما زاد عنه فيتوقف على إجازة دائني على أساس أن حقهم مرتبط بذلك الجزء من الوقف.

الحالة الثانية: حالة كون الواقف غير مدين وقت وفاته

فإذا كان كذلك وقام بوقف أمواله على أجنبي ولم يكن له ورثة، كان وقفه صحيحا ولا يتوقف على إجازة أحد حتى ولو شمل الوقف جميع أمواله لعدم تعلق حق أحد بها، أما إذا كان له ورثة، فإن وقفه يأخذ حكم الوصية*، ولا ينفذ إلا في حدود ثلث (1/3) أمواله دون إجازة أحد، فإذا مات لزم ورثته هذا القدر، و ما يزيد عن 1/3 المال الموقوف، ينفذ في حياته من وقت انعقاد الوقف، ولكنه لا يلزم ورثته بعد وفاته لتعلق حق الورثة بثلثي 2/3

المال الموقوف، ويتوقف على إجازتهم، فإذا أجازوه، سقط حقهم فيه، أما إذا لم يجيزوه، لم ينفذ في حقهم.

*قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/11/23 تحت رقم 96675 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 302.

راجع في ذلك: عبد الحكيم فوده، النظام القانوني لحماية الورثة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية،2003 ص.200

و مسالة إثبات وقف المدين في مرض الموت يكون على عاتق الورثة أو من له مصلحة في ذلك تحت طائلة رفض الدعوى لعدم التأسيس في حالة عدم إثبات ذلك أمام القضاء، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1971/03/03.

" حيث أنه من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحبس الواقع في مرض موت المحبس باطل وعلى مدعي بطلانه بذلك السبب إقامة البينة على أن المحبس كان مصابا وقت تحبيسه بالمرض الذي مات من جرائه ".

وحيث لم يأخذ المجلس القضائي تلك الدعوى ولا بطلب إقامة البينة على صحتها، واكتفى في الحكم بمجرد ما جاء في وثيقة التحبيس بالوجه السابق الذكر، كان قرارا خارقا لأشكال المرافعات الجوهرية وحتى القواعد الشرعية مما يستوجب نقضها*".

المطلب الثاني: محل الوقف

محل الوقف هو الركن الثاني في عقد الوقف حسب ترتيب المشرع الجزائري، ومحل الوقف هو المال الموقوف أو العين المحبوسة التي ينص عليها الوقف، و لا يصح و لا يجوز الوقف بدونه. و قد نص المشرع عليه صراحة في قانون الأوقاف سالف الذكر في المادة 11 منه بقوله: " يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة". يتضح من المادة أعلاه، أن المشرع الجزائري قد حدد طبيعة محل الوقف بكونه عقارا أو منقولا أو منفعة على سبيل الجواز. غير أنه في الواقع، فإن معظم الأوقاف هي من ضمن الأملاك العقارية بالمقارنة مع المنقولات والمنافع.

و محل الوقف مقيد بجملة من الشروط، منها شروط متفق عليها بإجماع الفقهاء، وشروط تباينت آراء الفقهاء بشأنها، لذلك سنتعرض بشيء من التفصيل لهذه الشروط مع بيان موقف المشرع الجزائري حيالها، وذلك في فرعين مستقلين.

الفرع الأول: شروط محل الوقف المتفق عليها

تتمثل شروط محل الوقف المتفق عليها في كونه محددا ومعلوما، وكونه مملوكا للواقف ملكية مطلقة، ووجوب كونه مشروعا (متقوما). وسنفصل في هذه الشروط كما يلي:

أولا: كون محل الوقف محددا ومعلوما اشترط الفقهاء في جميع العقود – كقاعدة عامة – في حال العقد أن يكون معينا و محددا.[1]

(1)Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, Les Obligations, France, Defrénois-E.G.A, 2e éditions 2005, p 294.

*انظر كذلك في ملحق هذه المذكرة قرار الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى المؤرخ في الذي قضى بعدم جواز الحبس و القسمة في مرض الموت . 1983/02/09 تحت رقم 27963

و بالنسبة ووقف فقد أجمع الفقهاء على شرط التحديد والعلم في محل الوقف أي أن محل الوقف يجب أن يكون محددا معلوما غير مجهول* وقت انعقاد الوقف علما نافيا للجهالة لتفادي أي نزاع قد يحدث بشأنه[1]تطبيقا وقياسا على نص المادة 94 من القانون المدني الجزائري ، والتي نصت على:" إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا".

كما نص المشرع على ذلك صراحة من خلال المادة 216 من قانون الأسرة التي نصت على: "يجب أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف، معينا".

و بالنسبة لقانون الأوقاف، فقد نص المشرع صراحة على شرط العلم و التحديد في محل الوقف في المادة 11/2 منه التي نصت على: "و يجب أن يكون محل الوقف معلوم و محددا"

والعلم في محل الوقف يشترط أن يكون متوافرا وقت انعقاد الوقف أي في بدايته، أما إذا انعقد الوقف بدون تعيين محل الوقف أو حتى بتعيينه لاحقا، أو بتعيينه مع استثناء قدر مجهول منه ففي كل هذه الحالات، الوقف لا يعتد به في نظر القانون لأنه نشأ في بدايته غير صحيح.

والعلم بمحل الوقف يكون إما بمقداره أو بنوعه أو بنسبته، فعلى سبيل المثال، إذا قام شخص بوقف دار له بكاملها أو لجزء منها تقع بمدينة باتنة، وكانت هذه الدار هي الدار هي الوحيدة التي يملكها بمدينة باتنة، ففي هذه الحال محل الوقف يكون معلوما ومحددا.

أما إذا كان له أكثر من دار(ثلاثة على سبيل المثال) في باتنة، خنشلة والعاصمة، فهنا إذا لم يحدد الواقف مكان الدار التي تتجه نيته إلى وقفها، فهنا محل الوقف لا يكون معلوما ولا ينفي الجهالة، مما قد يؤدي إلى نشوء نزاع حوله، وعلى العموم فإن مسألة حدوث النزاع بشأن عدم تعيين محل الوقف هو امر نادر الحدوث خاصة إذا كان محل الوقف عقارا، لأن أي تصرف وارد عليه يتم إشهاره بالمحافظة العقارية والذي لا يتم إلا إذا كان العقار محل الوقف محددا بدقة من حيث المعالم والحدود والمسافة والثمن وحتى أصل الملكية.

و في هذا الصدد، فقد أصدرت المحكمة العليا عدة قرارات تؤكد وجوب كون المال الموقوف محددا ومعلوما من بينها القرار الصادر بتاريخ 1993/09/28 تحت رقم 94323بقوله:"من المقرر شرعا وقانونا أن يكون المال المحبس ملكا للواقف وإلا لما جاز له أن يحبسه وأن يكون معينا غير مجهول..." وعلى العموم فإن هذا الشرط المتعلق بتعيين محل الوقف تحت طائلة البطلان أمر لا جدال فيه شرعا وقانونا وقضاء.

---

*كذلك رأي الشرع الذي لا يجيز وقف المجهول. انظر في ذلك: أبي العباس، تقي الدين احمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، بيروت لبنان، دار المعرفة للطباعة و النشر، ص 506.

(1) Ghaouti, Benmelha, op.cit, p223.

و تجدر الاشارة إلى مسألة قد أغفلها المشرع الجزائري، و هي فيما يتعلق بمقدار الوقف، لأن المشرع الجزائري لم يمنع الواقف من جواز وقف جميع أمواله.

في حالة الواقف الذي لم يوجد له عند موتة ذرية أو أزواج او والدان: و يرى جمهور الفقهاء و على رأسهم الحنفية أن المرء في غير مرضه و الحجر عليه، له أن يتصرف بكل ماله على من يشاء و تصرفه نافذ في هذا الشأن، و عليه يجوز للواقف أن يقف كل ما يملكه على من يشاء إذا لم يوجد له عند موتة ذرية أو أزواج او والدان[1]

أما في حالة الواقف الذي له ورثة: فالأصل أنه يجوز له أن يقوم بوقف ما يشاء من أمواله مع عدم جواز حرمان ورثته و لا إنقاص فريضتهم الشرعية.

ثانيا: كون محل الوقف مملوكا للواقف ملكية مطلقة

كنا قد تطرقنا إلى هذا الشرط بالتفصيل في دراستا للركن الأول من عقد الوقف و هو " الواقف".

و الملكية التامة للمال الموقوف مفادها خلو هذا المال من أي نزاع وقطته انعقاد الوقف، وعلى هذا الأساس فإن أي نصرف سابق في المال الموقوف قبل انعقاد الوقف مثل الوعد بالبيع، يجعل الوقف قابلا "للإبطال إذا لم يتم الفسخ شرعا وقانونا وهذا استنادا إلى القاعدة التي تقول :"فاقد الشيء لا يعطيه"[2]

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا وكرسته في العديد من قراراتها، نذكر من بينها القرار الصادر بتاريخ 2001/04/25 تحت رقم 198940 الذي يقضي بأن:"من المقرر قانونا أنه يشترط لصحة الحبس أن يكون المحبس مالكا" و حيث أنه لما كان الثابت في قضية الحال أن المحبس الأصلي كان قد باع القطعة الأرضية محل الحبس فإن القضاء بعدم شرعية عقد الحبس يعد تطبيقا صحيحا للقنونا.

ثالثا: كون محل الوقف مشروعا (متقوما)

بالإضافة إلى الشرطين السابقين المتفق عليهما بين الفقهاء، اشترط المشرع لصحة الوقف، على غرار جميع العقود التي ترد على المال أن يكون محله مشروعا[3] ،وذلك بأن يكون مما يجوز التعامل فيه وأن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة طبقا للقواعد العامة في القانون المدني القديم في المادة 96 منه الملغاة بموجب الأمر 05-

و لكن القانون 91-10المتعلق بالأوقاف يشترط مشروعية محل الوقف تطبيقا للمادة 11/2منه التي نصت على:" ...ويجب أن يكون محل الوقف معلوما محددا و مشروعا "

(1)زهدي يكن، أحكام الوقف، ص 130، 131. احمد، فراج حسين، المرجع السابق، ص 263. محمد، كنازه، المرجع السابق، ص 71.

(2)محمد عيسى، فقه الوقف و إدارته في الإسلام، محاضرة ألقيت بمناسبة دورة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر تحت الرعاية السامية للسيد وييسر الحكومة، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، 2إلى25 نوفمبر، ص 17.

(3)بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 287/289.راجع في ذلك أيضا: محمد، سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، ص 484.

و قياسا على ذلك، فإنه إذا كان محل الوقف مما لا يصح التعامل فيه مثل الأموال المسروقة والأشياء غير المرخصة بمعنى أنه ممنوع شوعا وقانونا، فإن الوقف لا ينعقد ويترتب عليه البطلان المطلق [1].

و الجدير بالذكر هو أن العبرة في مسألة مشروعية محل الوقف، هي فيما أقره الشرع، إذ أن هناك أشياء يجيزها القانون الوضعي في حين أنها حصرمة شرعا مثل الفوائد الربوية التي لا يجوز بأي حال من الأحوال أن تكون محلا للوقفة لأن طابعه الشرعي والديني يحول دون ذلك لكونه قربة لله عز وجل وهي في رأينا نقطة جوهرية في مادة الوقف.

كما تجدر الإشارة إلى أن جانبا من الفقه قد درج على استعمال عبارة اكون المال (متقوما) وذلك للدلالة على مشروعية محل الوقف. و بالإضافة إلى مشروعية محل الوقف، و بالرجوع إلى القواعد العامة، فقد اشترط القانون لصحة الوقف مشروعية سبب التعاقد استنادا لنص المادة 97 من القانون المدني المعدل و المتمم التي نصت على: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا".

وعليه فاشتراط مشروعية محل الوقف هو مسألة دقيقة ويتعين على المشرع أن يوليها المزيد من الاهتمام بأن يحيطها بنصوص قانونية تفصيلية بما يتوافق مع الشرع جملة وتفصيلا.

الفرع الثاني: شروط محل الوقف المختلف فيها

تتمحور شروط محل الوقف والتي تباينت بشأنها آراء الفقهاء، حول كونه مفرزا وكونه غير متعلق بحق الغير، وحول نوعه.

و للتفصيل أكثر في ذلك، سنتناول كل عنصر من هاته العناصر في الآتي بيانه:

أولا: كون محل الوقف مفرزا

وتبدو صورة وجوب كون محل الوقف مفرزا أكثر وضوحا في حالة الملكية الشائعة (حالة الشيوع) والتي تكون فيها حصص الشركاء غير مفرزة، حيث لا يعرف نصيب وحصة كل واحد منهم[2].

و لقد تباينت آراء فقهاء الشريعة حول جواز أو عدم جواز المشاع. فالمالكية والشافعية والحنابلة، يجيزون وقف الحصة الشائعة ولو لم تكن مفرزة، أما المال المشاع الذي لا يكون قابلا للقسمة، فلا يجوز وقفه إلا بإجازة الشريك أو الشركاء في حالة تعددهم، أما إذا لم يجز الشريك الوقف، فإنه ستترتب حسب هذا الرأي حالتين:

---

(1)محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري- النظرية العامة للالتزامات-، ج1، (التصرف القانوني ; العقد والإرادة المنفردة)، الجزائر، دار الهدى، ط1، 1991-1992،ص 96، 218/220.

(2)انظر في الملكية الشائعة: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: حق الملكية، ج8، بيروت- لبنان، دار إحياء التراث العربي، ص 795.

الحالة الأولى: يبطل الوقف بطلانا مطلقا لأن ذلك يسبب ضررا للشريك طبقا للقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار" ذلك أن وقف الحصة الشائعة يتعذر معه على الشريك استغلال حصته ويمنع أي تصرف لاحق يريد الشريك أن يعقده مثل البيع.

الحالة الثانية: ينعقد الوقف صحيحا، وفي حالة ما إذا أراد الشريك بيع نصيبه الشائع، فإنه يتم بيع المال الشائع بكامله مع جعل نصيب الذمة الشائعة الموقوفة في مثل الجهة التي كانت موقوفة عليها. هذا بخلاف المذهب الحنفي الذي يشترط لصحة الوقف أن يكون محله مفرزا غير شائع. أما إذا كان محل الوقف شائعا، فإن جوازه أو عدم جوازه يتوقف على نوع الجهة الموقوف عليها، كالتالي:

– إذا كانت الجهة الموقوف عليها مسجدا أو مدرسة أو مقبرة، فإن الوقف يكون باطلا بطلانا مطلقا، لأن صفة الديمومة هي صفة ملازمة للمسجد، إذ لا يتصور ولا يجوز أن يخصص المسجد لأغراض أخرى غير الصلاة، أو أن يتم تخصيصه على فترات، وكذلك الشأن بالنسبة للمقبرة.

– أما إذا لم تكن الجهة الموقوف عليها مسجدا أو مقبرة أو مدرسة، فإنه يتعين التفرقة بين حالة كون المال الموقوف قابلا للقسمة أم لا.

– فإذا كان المال الموقوف قابلا للقسمة، فإنه يجوز وقف الحصة الشائعة، ولا يسري نفاذ هذا الوقف إلا بعد تمام قسمتها وتسليمها مفرزة إلى ناظر الوقف.

– إذا كان المال الموقوف غير قابل للقسمة، فلا يجوز وقف الحصة الشائعة مطلقا[1] و قد حدد المشرع الجزائري أحكام الملكية الشائعة في القانون المدني في المواد(من 713 إلى 742).

و قانون الأسرة الجزائري، أقر بجواز وقف المشاع بصريح نص المادة 216 منه والتي تنص على:" يجب أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف معينا خاليا من النزاع و لو كان مشاعا".

غير أنه بالرجوع إلى القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف في المادة 11 منه، نجد أنه لا يجيز وقف المال المشاع إلا بفرزه أي بقسمته كما جاء في نص المادة بقوله:" يصح وقف المال المشاع وفي هذه الحالة تتعين القسمة".

بمعنى أن وقف المشاع جائز في حالة كونه قابلا للقسمة، وبمفهوم المخالفة، فإن وقفة المشاع غير القابل للقسمة غير جائزو قد حددت المحكمة العليا في أحد اجتهاداتها طبيعة القسمة الواقعة على العقار الموقوف بدقة و هي القسمة الاستغلالية، و هذا تطبيقا لقرارها الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 2007/02/14 تحت رقم 393937 الذي جاء فيه: "تجوز قسمة الاستغلال أو الانتفاع بين المستفيدين من عقد الحبس و لا تجوز القسمة الناقلة للملكية*".

(1) احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 264، 265.

*مجلة المحكمة العليا، ع2، قسم الوثائق، 2007، ص 423.

ثانيا: كون محل الوقف غير متعلق بحق الغير

هذا الشرط هو الآخر، كان محل خلاف وجدل بين فقهاء المذاهب الشرعية، فالحنفية لا يشترطون عدم تعلق المال الموقوف بحق الغير كالرهن مثلا، ويجيزون وقف العين المرهونة بعد تسليمها للمرتهن في الرهن الحيازي. و تنفيذ عقد الرهن هذا، لا يتوقف على إجازة المرتهن والذي يسقط حقه في الرهن إذا أجازه مع بقاء دينه معلقا بذمة الواقف بدون رهن، ولا يقبل الوقف إذا لم يجزه الدائن لمرتهن.

أما إذا حل أجل استيفاء الدين ولم يقم الواقف المدين بتسديده، فيجوز للدائن المرتهن إبطال الوقف عن طريق القاضي إذا لم يكن للمدين أموالا أخرى سوى المال الموقوف، أما إذا كانت له أموال غير المال الموقوف، فإنه يجبر على الشديد ولا يبطل وقفه.

أما رأي المالكية في هذا الشرط – عدم تعلق المال الموقوف بحق القير– فيتمثل في عدم جواز وقف المال المرهون و الذي لا تصححه إلا إجازة الدائن المرتهن.

أما عن موقف المشرع الجزائري فقد التزم الصمت حيال هذه المسألة مما يفهم منه ضمنيا عدم جواز وقف المال المرهون لغياب تحر صريح بشأنه.

ثالثا: نوع محل الوقف

لقد اختلف فقهاء المذاهب الشرعية حول نوع المال الموقوف، فنجد المالكية قد أجازوا الوقف بأنواعه سواء كان عقارا، منقولا أو منفعة[1]، لأن جميعها يصلح لأن يكون قربة لله عز وجل و نودي الفرض من الوقف.

بينما جعل الحنابلة والشافعية جواز الوقف حكرا على العقار والمنقول دون المنفعة. بخلاف الحنفية الذين اشترطوا أن يكون محل الوقف عقار ا دون سواه، غير أنهم

–الأحناف– أجازوا استثناء وقف المنقول في حالات ثلاث هي:

–كون المنقول تابعا للعقار (وهو ما يماثله في التشريع العقاري الجزائري مصطلح العقار بالتخصيص)

– إذا ورد في المنقول نص شرعي يجيز وقفه صراحة، وهذا ثابت بالسنة النبوية الشريفة.

– ما جرى العرف عند الناس في وقفه مثل المصاحف، أسلحة الجهاد...الخ.

يتضح مما ذكرناه أن جميع المذاهب أجمعت على جواز وقف العقار، مع اختلافها حول المنقول والمنفعة*

(1) محمد طرفاني، قراءة قانونية في تنظيم الوقف في الجزائر، محاضرة ألقيت بمناسبة دورة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر تحت الرعاية السامية للسبد رئيس الحكومة، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، 21إلى25 نوفمبر1999، ص 5.

*بالنسبة للمنقول، فان الفقه لا يجيز تحبيس الطعام لأن منفعته في استهلاكه. انظر: أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، المرجع السابق، ص 375.

أما عن موقف المشرع الجزائري بخصوص نوع محل الوقف، فيمكن القول بأنه لم يضبط هذه المسألة لورودها ضمن قوانين مختلفة وجميعها سارية المفعول والمنظمة في قانون الأسرة وقانون التوجيه العقاري وقانون الأوقاف.

فقانون الأسرة قد عبر عن محل الوقف بعبارة المال على إطلاقها في المادة 213 منه التي نصت على 11 الوقف حبس المال..."

بينما قصر قانون التوجيه العقاري الوقف على العقار وحده في المادة 31 و التي جاء فيها :" الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية..."،

فيما جاء قانون الأوقاف شاملا لمحل الوقف بأنواعه الثلاثة المتمثلة في العقار والمنقول والمنفعة وذلك بصريح نص المادة 11 من نفس القانون.

وعليه فالوقف الذي يكون محله عقارا متفق عليه قانونا كما رأينا، إضافة إلى أنه بالرجوع إلى الواقع، نجد معظم، إن لم نقل جميع الأوقاف التي تعارف الناس على وقفها هي ضمن الأملاك العقارية بالمقارنة مع المنقولات والمنافع، ذلك أن العقار يحقق ويلازم صفة التأبيد التي اشترطها المشرع في الوقف تحت طائلة البطلان المطلق.

وهذا بخلاف المنقول والمنفعة اللذين كانا محل اختلاف في نظر القانون.

فبالنسبة للمنقول فقد أجازه المشرع صراحة في قانون الأوقاف (المادة 11) وفي قانون الأسرة بعبارة المال التي تشمل المنقول، بينما لم يدرجه قانون التوجيه العقاري كمحل للوقف، ربما لأن جواز وقف المنقول يتنافى مع خاصية التأبيد والذي نص عليه المشرع صراحة في المادة 03 من القانون 10/91 سالف الذكر، ذلك أن المنقول بطبيعته عادة ما يكون عرضة للتلف والضياع، والأكثر من ذلك هو أن وقف المنقول ليس شائعا بين الناس مقارنة بالعقار.

هذا عن وقف المنقول، أما بالنسبة لوقف المنفعة، فنجد أن كلا من قانون الأسرة وإن لم ينص عليه صراحة بعبارة "المال" والتي تشمل حتى المنفعة*، وكذا قانون الأوقاف الذي نص عليها صراحة في المادة 11 الفقرة 1 منه، بينما تجاهلها على غرار المنقول، قانون التوجيه العقاري، والذي جعل الوقف حكرا على العقار كما أسلفنا.

و في الحقيقة، إذا أمعنا جيدا إلى وقف المنفعة، نجده يتنافى – بالإضافة إلى خاصية التأبيد في الوقف– مع شرط هام من شروط الواقف وهي كون محل الوقف مملوكا ملكا مطلقا للواقف كما عبر عنه المشرع الجزائري.

وهذا مفاده وجوب أن تكون ملكية المنفعة ملاءمة لملكية الرقبة، و إسقاط ملكية الرقبة وقت انعقاد الوقف، يجعل الوقف باطلا، مما يجرنا إلى القول بعدم جواز وقف المنفعة كنتيجة منطقية واستلزاميه، ولأن صرف المنفعة على وجه التأبيد لجهة لا نتقطع لا يكون إلا في عين دائمة البقاء.

* وافق المشرع الجزائري في ذلك رأي المالكية.

و فيما يتعلق بطبيعة الشيء المحبس إذا طرأ عليه أي تغيير، كأن يقوم الموقوف عليه بإحداث بناء أو غرس على الأرض المحبسة، فهنا يمكن أن يثور نزاع حول طبيعة البناء أو الغرس الذي يكون محل مطالبة قضائية بملكيته من طرف الموقوف عليه.

و قد أصل المشرع في هذه المسألة، بأن كل تغيير يطرأ على الحبس يكتسب طبيعة الشيء المحبس أي أنه يدبر حبسا، و ذلك تطبيقا للمادة 25 من قانون الأوقاف التي نصت على "كل تغيير يحدث بناء كان أو غرسا، يلحق بالعين الموقوفة و يبقى الوقف قائما شرعا مهما كان نوع ذلك التغيير".

و كذا تطبيقا لنص المادتين 219 و 220 من قانون الأسرة، حيث نصت المادة 219

على: "كل ما أحدثه المحبس عليه من بناء أو غرس في الحبس يعتبر من الشيء المحبس".

و تنص المادة 220 على: يبقى الحبس قائما مهما طرأ على الشيء المحبس من تغيير في طبيعتها".

و هذا ما كرسته المحكمة العليا في أحد قراراتها الذي جاء فيه: "من الثابت أن كل من أحدث بناء أو غرسا في الحبس يعبر مكتسبا للشيء المحبس و لا يجوز تمليكه ملكية خاصة."

و متى تبين – من قضية الحال – أن قضاة المجلس لما قرروا أن البناء فوق القطعة الأرضة المحبسة لا يعد صرفا يمس بمقتضيات عقد الحبس فإن تعليلهم جاء ناقصا و يتنافر مع عقد الحبس و مع إرادة المحبس مما يجعل القرار المطعون فيه غير معلل و ليس له أساس قانوني* .

و هذا أيضا ما كرسته الغرفة العقارية بالمحكمة العليا في القرار الصادر في 2002/10/23تحت رقم 235094 الذي جاء فيه: "تلحق البناية المشيدة على أرض محبسة جوهر المال المحبس، و يستمر الحبس قانونا مهما كان مشيد البناية[1]

*قرار الغرفة العقارية بالمحكمة العليا رقم 183643 المؤرخ في 1998/11/25. المجلة القضائية، ع1، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 1999، ص89.

(1)مجلة المحكمة العليا، ع2، قسم الوثائق، 2004، ص275.

و كذا القرار المؤرخ في 2005/05/18 تحت رقم 290875 بأنه: "لا يمكن أن يكون للبناءات المشيدة لاحقا على أرض محبسة طابع مخالف لطبيعة الأرض المحبسة· أي أن الغرس أو البناء المحدث على أرض محبسة يكتسب صفة التحبيس و يعتبر حبسا و لا يجوز بالتبعية أن يكون محل دعوى ملكية. و يثور التساؤل من جهة أخرى عن مطالبة الموقوف عليه بالتعويض لقاء التغييرات و الإنجازات التي أحدثها في محل الوقف، و عن كيفية استحقاقه للتعويض إن كان أهلا له.

المطلب الثالث: صيغة الوقف

صيغة الوقف هي عبارة الواقف التي تدل على الوقف، وهي الركن الثالث منه على حسب ترتيب المشرع الجزائري لأركان الوقف كما أسلفنا ،كما جاء في المادة09من قانون الأوقاف.

والمقصود بصيغة الوقف، الإيجاب الصادر عن الواقف باعتباره تصرفا صادرا عن إرادة منفردة، وهي التعبير عن الإرادة الكاملة لديه، كأن يقول الواقف مثالا حبست أرضي الفلانية على عقبي الفلانيين، وبعد انقراضهم تؤول إلى الجهة الخيرية الفقهية و صيغة الوقف لها عدة صور أدرجها المشرع الوقفي في المادة 12 من القانون 10/91

التي تنص على " تكون صيغة الوقف باللفظ أو بالكتابة أو بالاشارة"٠وهذا قياسا على القواعد العامة في القانون المدني التي نصت على نفس الصور التي يتم بها التعبير عن الإرادة في المادة 60 منه بقولها :" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، و بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبها٠"

بمعنى أن صيغة الوقف كقاعدة عامة تكون صريحة سواء باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة، كما يمكن أن تكون ضمنية (كناية)، أي تستخلص من ظروف الحال بأي موقف يدل دلالة قاطعة على القصد منه والذي هو التحبيس.

وفي هذا الصدد فإن المشرع الجزائري قد حدد صيغة الوقف من خلال المرسوم رقم 2000-336 المؤرخ في 2000/10/26 الذي يحدد شكل الشهادة لأشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار الموقوف ووقف عام[1].

وصيغة الوقف هده في الحقيقة ليست على إطلاقها، بل هي خاضعة لعدة شروط أغلبها متفق عليها عند فقهاء الشريعة والقانون ومنها شروط خاضعة لإرادة الواقف أطلق عليها الفقه اسم الشروط العشرة، وسنعرض لكل هذه الشروط بشيء من التفصيل، وسنخصى كل شرط منها بفرع مستقل

(1) مجلة المحكمة العليا، ع2، قسم الوثائق، 2005، ص331.

الفرع الأول: شروط الصيغة المتفق عليها

أولا: الجزم

مفاد هذا الشرط هو كون الإيجاب الصادر عن الواقف، و القبول الصادر عن الموقوف عليه في الوقف الذي يشترط فيه القبول، جازمين لهما وغير مرتبطين بشرط الخيار، كقول الواقف مثلا: "حبست أرضي الفلانية في مدة شهر"ويقول الموقوف عليه "قبل الحبس إذا رغبت فيه خلال شهرين".

و صيغة الوقف إذا لم تكن تفيد معنى الجزم يبقى فيها الواقف على الخيار في إبرامه أو عدم إبرامه للوقف، كما يبقى الموقوف عليه على الخيار في قبوله أو عدم قبوله للوقف.

و قد اختلف فقهاء المذاهب الأربعة حول جواز أو عدم جواز الوقف على الخيار، فالمالكية وأبو يوسف، أقروا بجواز صيغة الوقف المقرونة بشرط الخيار مستمدين هذه الإجازة من جواز الوقف المؤقت والوقف المعلق على شرط والمضاف إلى زمن المستقبل.

أما الحنفية فقد استثنوا الوقف بصيغة شرط الخيار إذا كان على المسجد فيعتبر بذلك الوقف جائزا والشرط باطلا.

هذا بخلاف الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية الذين اعتبروا هذا النوع من الوقف باطلا على أساس أن الوقف يخرج الملك من ذمة الواقف إلى الموقوف عليه أو إلى الله تعالى.

ولكون الوقف على شرط الخيار لا يمكن إثباته قبل انقضاء أجل الخيار، وعلى اعتبار الوقف لا يتم إلا بالقبض (الحيازة)، فإن تعلقه بشرط الخيار يؤدي إلى منعه من القبض، مما يستحيل معه إثباته وبالتالي فهو باطل[1].

و الواضح أن المشرع الجزائري لم يشو إلى شرط الجزم صراحة في مادة الوقف، إلا أنه يمكن أن نسدفها من خلال مختلف النصوص المنظمة لمختلف جوانب الوقف لأنه لا ينصو اعتبار الوقف صحيحا، وصيفته تحمل معنى التردد.

ثانيا: كونها تامة ومنجزة

اشترط المشرع في صيغة الوقف أن تكون منجزة في الحال و غير معلقة على شرط أو مضافة إلى المستقبل[2].

و مفاد هذا الشرط هو عدم الاعتداد بأي صيغة نفيد الاحتمال في الوقف، إذ لا يجوز أن يعلق الواقف وقفه على شرط احتمالي قد لا يتأكد من تحققه في المستقبل مثل قوله:

(1) زهدي يكن، المرجع السابق، ص238.

(2)عبد الحميد الشوارب و أسامة، عثمان، المرجع السابق، ص17. انظر كذلك: زهدي يكن، المرجع السابق، ص.236

" وقفت أرضي الفلانية على فلان إذا كان محصولها وافرا هذه السنة". فالوقف عقد التزام مفاده إسقاط الملكية من ذمة الواقف في الحال مع عدم جواز تعليقه على زمن مستقبل كالوصية مثلا إلا استثناء، إذ تجوز الصيغة المتعلقة بوقف مضاف إلى ما بعد الموت أين يأخذ هنا حكم الوصية. *

وهذا الشرط كان محل خلاف بين فقهاء المذاهب الشرعية. فالمالكية يدبرون الوقف بالصيغة المنجزة في الحال ليس شرطا لانعقاده لأن الملكية في الوقف تبقى في ذمة الواقف مع عدم جواز التصرف أو التراجع عن الوقف.

بخلاف جمهور الفقهاء، إذ يرون أن شرط الإنجاز في صيغة الوقف واجبة ولازمة لانعقاده، لكون الصيغة المعلقة على شرط أو الصيغة المضافة إلى زمن المستقبل لا تدل على إنشاء الوقف قبل صدورها حتى ولو فهم ضمنيا من تعبير الواقف أو الموقوف عليه أنهما جازمين على إبرام الوقف على اعتبار أن التعليق على شرط محتمل الحدوث

يتعارض مع شرط الإنجاز الذي يفيد انتقال ملكية الواقف في الحال، لأن التملكيات في رأيهم لا تقبل التعليقات على أمر في المستقبل، فالصيغة التي تعلق على موت الواقف تجعل منه وصية لا وقفا.

وقد وافق المشرع الجزائري جمهور الفقهاء في اعتبار التجهيز في صيغة الوقف شرط لصحته، وهذا ما تستشفه ضمنيا قياسا على عقد الهبة الذي يشترط الحيازة طبقا للمادة 06 من قانون الأسرة.

ثالثا: كونها دالة على التأبيد و مؤدى هذا الشرط أن يكون التعبير عن إرادة الواقف يفيد تأبيد الوقف بمعنى اشتمال صيغته على معنى التأبيد[1]

وكما سبق و أن رأينا أن الحنفية يجيزون الوقف المؤبد والمؤقت على حد سواء ويستوي في ذلك العقار والمنقول والمنفعة، وبالنتيجة فإن صيغة الوقف لا يشترط فيها الدلالة على ما يفيد التأبيد أو التقيت.

هذا بخلاف جمهور الفقهاء الآنين يشترطون وجوب الدلالة على التأبيد في صيغة الوقف، و إلا كان باطلا باعتبار أن الوقف هو إخراج المال من ذمة الواقف في شكل قربة لله عز وجل والتي لا يجوز أن تكون مؤقتة* وهذه القربة عند الحنفية، اشترطوا وجوب كونها عقارا لتحقق صفة الديمومة فيه على عكس المنقول والمنفعة كما رأينا.

و عن موقف المشرع الجزائري، يمكن القول بأن اشتراط وجوب اشتمال صيغة الوقف على معنى التأبيد جاء صراحة في تعريفه للوقف من خلال المادة 03 من القانون 10/91

*من وقف في صحة من عقله و بدنه على قوم و أولادهم و عقبهم ذم آخره للمساكين، فقد زال ملكه عنه. و من أزال ملكه لله تعالى، لم يجز له أن يرجع إليه كما لو أعتق عبدا.

(1) Sautayra et Eug. Cherbonneau, Statut personnel Des successions, Tome II_ Des successions, Paris, Maisonneuve et cie. Libraires – Editeurs, 1874, p 34.

*قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/11/23 تحت رقم 96675 والذي يقضي بأنه : أمن المقرر قانونا أنه يبطل الحبس في موض الموت ويعتبر وصية انظر في ذلك: يوسف دلاندة: قانون الأسرة، ، دار هومة، ط 2005، ص.199

التي تنص على :" الوقف هو حبس المال عن التملك على وجه التأبيد"

فتعريف المشرع الجزائري للوقف هو دلالة قاطعة على أن صيغة الوقف يجب أن تكون دالة على معنى التأبيد.

وتأكيدا على ذلك، فقد جعلها المشرع الجزائري تحت طائلة البطلان من خلال المادة 28من القانون سالف الذكر والتي تنص على : "يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن".

فالمشرع الجزائري اعتبر كل صيغة للوقف تقترن بما يحمل معنى التوقيت باطلة ويبطل معها بالتبعية الوقف، وهذا ما يتوافق تماما مع جمهور الفقهاء حول هذه المسألة...[1].

رابعا: شرط التحديد

المقصود بشرط التحديد في صيغة الوقف، هو بيان الجهة الموقوف عليها، و كانت هذه النقطة بدورها محل خلاف بين الفقهاء، فمنهم من اشترطها على وجه الميراث، ومنهم من لم يشترطها (على سبيل الجواز).

فالمالكية و أبو يوسف والحنابلة والزيدية لا يشترطون تحديد الشخص أو الجهة الموقوف عليها في صيغة الوقف، لأن العرف قد جرى على جواز الوقف الذي لم تحدد صيغته الجهة الموقوف عليها، وريع الوقف هنا يصرف على الفقراء وغير ذلك من أوجه البر.

و الحنابلة يعتبرون أن الوقف على مجهول أو مبهم لا يصح، لكن إذا كان على جهة خيرية، فلا يشترط تعيين أشخاصها إذ يكفي تعيين الجهة فقط. هذا بخلاف الشافعية والحنفية باستثناء أبي يوسف، فإنهم يشترطون وجوب اشتمال صيغة الوقف على بيان الجهة الموقوف عليها، وقد ورد في فتح القدير :"موقوفة فقط لا تصح إلا عند أبي يوسف، فإنه يجعلها مجرد هذا اللفظ وقفا على الفقراء*".

والمشرع الجزائري اشترط –كما سبق نكره– أن يكون محل الوقف محددا، ولا يكون كذلك إلا إذا كانت صيغته تحدده، ويكون المشرع الجزائري بذلك قد وافق الشافعية وخالف المالكية والحنابلة و الزيدية.

خامسا: شرط عدم اقتران صيغة الوقف بشرط باطل: الشروط كما جاء عند فقهاء الحنابلة ثلاثة: الشرط الصحيح والشرط الفاسد والشرط الباطل.

فإذا كانت صيغة الوقف متضمنة شرطا صحيحا، فإن الوقف ينعقد صحيحا بالتبعية وللتوضيح أكثر حول هذه المسألة، سنتناولها في المطلب اللاحق.

---

(1) Ghaouti, Benmelha, op.cit, p230, 251.

* راجع في ذلك: شمس الدينابن قدامى المقدسي، المرجع السابق، ص 203.انظر كذلك: موفق الدين ابن قدامى، المنفي، ج6، بيروت– لبنان، دار الكتاب العربي، 1972، ص 187.

اما إذا اقترنت صيغة الوقف بشرط فاسد، فإن الشرط وحده هو الذي يبطل ويبقى الوقف صحيحا* ، ومثال ذلك أن يقول الواقف: "وقفت داري على فلان على ألا يدخلها أحدا".

بينما تشدد الحنفية في ذلك حيث يقولون ببطلان الشرط والوقف معا. في هده الحالة يندخل القاضي لإزالة اي شرط يخالف مقاصد الشرع في إقرار الوقف و أحكام القانون ليصير الوقف صحيحا.

أما بالنسبة لاقتران صيغة الوقف بشرط باطل، وهو كل شرط يخل بأصل الوقف أو ينافي حكمه، فإن الشرط والوقف يبطلان معا، كأن يشترط الواقف بيع المال الموقوف لأن اشتراط ما يمنع التأبيد يبطل الوقف هذا باستثناء حالة وحيدة وهي وقف المسجد، ففي هذه الحالة يبطل الشرط ويبقى الوقف صحيحا.

و قد تصر المشرع الجزائري على الوقف المقترن بالشرط الباطل في قانون الأوقاف من خلال المادة 29 منه التي نصت على: لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط نعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف ا.

فالشرط الباطل حسب هذه المادة هو كل شرط يخالف تعاليم الشريعة الإسلامية. و ما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الوقف المقترن بشرط فاسد و الوقف المقترن بشرط باطل، فهو يساوي بين الشرطين على حد سواء، إذ أنه أقر بإسقاط الشرط مع بقاء الوقف صحيحا.[1]

بخلاف الشريعة الاسلامية التي جاءت أكنز دقة وتفصيلا، كونها نفرق بين الشرط الفاسد والباطل وأثرهما على الوقف، حيث يبطل الشرط الفاسد مع بقاء الوقف صحيحا [2]،بينما يبطل الشرط الباطل المقترن بالوقف معا.

الفرع الثاني: اقتران الوقف بالشروط الصحيحة(الشروط العشرة)

بخلاف الشروط الفاسدة والباطلة التي قد نقترن بصيغة الوقف، فإن هناك شروطا صحيحة لا تبطل الوقف، وهي طائفة من الشروط الصحيحة يجوز للواقف أن يشترطها في وقفه وقت إنشائه.

وهذه الشروط صادرة عن إرادة الواقف والتي أوجب القانون ضرورة احترامها إذا كانت لا تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية السمحة، وهذا تطبيقا لنص المادة 14 من القانون 10/91و التي نصت على :" اشتراطات الواقف التي اشرطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها."

(1) احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 250. كذلك: محمد، كنازه، المرجع السابق، ص 72.

(2)و هو قول المالكية. انظر: محمد عيسى، فقه الوقف و ادارته في الإسلام، بمحاضرة ألقيت بمناسبة دورة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر تحت الرعاية السامية للسيد رئيس الحكومة، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، 21إلى25 نوفمبر1999ص 18، 24.

و قد جاء في حديث الرسول- صلى الله عليه وسلم- قوله : المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا، و مثال الشرط المخالف لمقاصد الشرع إذا ما وقف المسجد على أن يصلى فيه قوم دون قوم.

وتماشيا مع أحكام الشريعة في هذا الشأن، فإن القضاء كرس هذا المبدأ في العديد من الأحكام و القرارات التي تؤكد على ضرورة احترام إرادة الواقف الذي له أن يشترط في وقفه ما يشاء إذا كانت لا تتنافى مع أحكام الشرع.

والمشرع الجزائري لم يأت على ذكر هذه الشروط صراحة، بل جاءت على الإطلاق في المادة 14 سالفة الذكر والتي شملت كل اشتراطات الواقف.

خاضعا للقوانين المقارنة التي تبنت المصطلح الشرعي صراحة بتعبير الشروط العشرة نسبة إلى عددها.

و الجدير بالذكر أن هذه الشروط قد اهتم بها الواقفون وأصبح معظمهم يشترطونها في عقد الوقف حتى أصبحت بمثابة عرف تقليدي، حيث يكاد لا يخلو منها قريبا أي عقد وقف.

وسنتناول بشيء من الإيجاز هذه الشروط العشرة كما درج الفقه على تعدادها على النحو التالي:

أولا: الزيادة

يقصد بالزيادة أن يفضل الواقف بعض الموقوف عليهم على الباقين بزيادة حجم حصصهم ما يشاء، يأخذونه حين يوزع ريع الوقف، كأن يكون عدد المستحقين سبعة يقسم ريع الوقف بينهم على قدم المساواة، ثم يعمد الواقف إلى تعديل نصيب ثلاثة منهم فيرفعه إلى نصف ريع الوقف ويوزع الباقي بين المستفيدين الآخرين، وليس لأحد أن يعترض على ذلك، ويشترط هنا ألا تؤدي الزيادة إلى حرمان البعض من المستفيدين كلية[1].

ثانيا: النقصان

شرط النقصان من حيث النتيجة المترتبة عليه عكس شرط الزيادة، وهو حق الواقف في تعديل مقدار نصيب بعفن المستفيدين من ريع الوقف بإنقاصه كأن ينقصن الواقف ريع الوقف من الربع إلى الثمن، وليس لأحد أن يعترض على ذلك، كما يشترط هنا أيضا عدم حرمان بعضن المستفيدين من ريع الوقف كلية

ثالثا: الإعطاء

مؤدى هذا الشرط هو حق الواقف بتفضيل بعضن المستحقين وإعطائه ريع الوقف كاملا على حساب باقي المستحقين أو حتى جزء من الريع لمدة معينة أو دائمة، و لا يشترط في هذا الشرط عدم حرمان البعض من المستحقين أو كلهم.

(1) زهدي يكن، الوقف في الشويعة و القانون، دار النهضة العربية، 1388هـ، ص 56، 57.

رابعا: الحرمان

على عكس الإعطاء، فشرط الحرمان مفاده حق الواقف في منع بعضن المستحقين من ريع الوقف بصورة مؤقتة أو دائمة، والشائع فيه هو حرمان البنات دون الذكور من ريع الوقف[1].

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الشرط قد أثار جدلا كبيرا ونورة على مر الأزمان، لكونه يتعارض جملة وتفصيلا مع مبادئ الشريعة الإسلامية السمحة التي تحظر وتحرم حرمان بعضن الورثة المستحقين لريع الوقف، الشيء الذي أدى بالكثير من التشريعات الوقفية المقارنة إلى إلغاء الوقف الخاص* واشتراطاته مادامت مبنية على مذهب شرعي يجيز ذلك مؤكدا – المشرع- ذلك في نفس المادة 14 سالفة الذكر والتي تقضي بأن:

"اشتراطات الواقف هي التي تنظم الوقف...".

وما يلاحظ حول هذه المسألة أن موقف المحكمة العليا جاء متماشيا مع المادة 14 سالفة الذكر، و يتضح ذلك من خلال العديد من قراراتها من بينها القرار الصادر بتاريخ24/02/1986تحت رقم 40589 الذي يقضي بأن "إذا كانت مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية تقضي بخضوع عقد الحبس لإرادة المحبس الذي يجوز له أن يأخذ بالشروط المعمول بها في أي مذهب من الذاهب الإسلامية فإن مخالفة هده المبادئ تقضي بطلان ما يترتب عليها من أحكام مخالفة.

خامسا: الإدخال

المقصود من الإدخال هو حق الواقف في جعل غير المستحق في ريع الوقف مستحقا له، أي بصورة أخرى إدخال شخص أجنبي ليس من الموقوف عليهم الدين حددهم عقد الوقف وجعله من أهل الوقف فيكون بدلك مدخلا في الاستحقاق.

(1) احمد أمين حسان و فتحي عبد الهادي، موسوعة الأوقاف، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1999، ص73.

انظر كذلك: زهدي، يكن، الوقف في الشريعة و القانون، ص 56، 57.

*انظر المجلة القضائية، عدد، سنة 1989، ص 217.

سادسا: الإخراج

هذا الشرط يقابل شرط الإدخال، وهو جعل من كان مستحقا لريع الوقف من الموقوف عليهم غير مستحق له، أي تجريده من صبغة الموقوف عليه ليكون بعدها من غير أهل الوقف سواء على وجه التوقيت أو الدوام إذا كان قد اشترط لنفسه الإخراج في عقد الوقف[1].

سابعا: الإبدال

المراد به حق الواقف في إخراج العين الموقوفة من الجهة الموقوف عليها و منحها بدل ذلك نقودا فيسمى ذلك بيعا. وإذا كان بيع العقار الموقوف بدون مسوغ شرعي، فالبيع يعبتر باطلا[2]

ثامنا: الاستبدال

وهو شرط لازم للإبدال والمقصود منه شراء عين أخرى لتكون وقفا بدلا منها فيسمى ذلك مقايضة[3].

و المشرع الجزائري قد عدد حالات جواز الاستبدال استثناء على القاعدة العامة التي لا تجيزه، وهذه الحالات وردت على سبيل الحصر في المادة 24 من قانون الأوقاف سالفة الذكر.

و تجدر الإشارة أن المشرع قيد مسألة الاستبدال بضمان حق الموقوف عليهم في عدم الإضرار بمصالحهم.

تاسعا: التغيير

هذا الشرط جاء على الإطلاق كاشتراط الواقف تفيري حصص المستحقين لريع الوقف بعدما كانت متساوية النسب، بأن يقوم بإدخال وإخراج من يشاء منهم...الخ.

عاشرا: التبديل

هذا الشرط أيضا قد ورد على إطلاقه، ومعناه مقايضة العين الموقوفة بعين أخرى تكون وقفا بدلا منها.

و جدر الإشارة إلى أن هذه الشروط العشرة تجعلنا نتساءل حول جواز التراجع عن الوقف من عدمه.

و يجيبنا المشرع الجزائري عن ذلك من خلال المادة 15 من قانون الأوقاف سالف النكر والتي تنحر على يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف".

(1)زهدي يكن، أحكام الوقف، بيروت –صيدا، المكتبة العصرية، ص 210.

(2) المرجع نفسه، ص 220.

(3) محمود محمود النجيري، حكم استبدال المسجد بين المذاهب الفقهية، الموقع الإلكتروني:

http://www.waqfuna.com/fiqh.php

و باستقراء أحكام المادة أعلاه، نفهم أن الشروط التي يجوز وواقف الرجوع عنها يجب أن تكون صادرة عنه شخصيا وأن نقترن هذه الشروط بصيغة الوقف عند إنشائه.

هذا، وكما يجوز للقاضي الذي يتمتع بالسلطة التقديرية في إلغاء أي شرط من شروط الواقف إذا كانت تتعارض مع أحكام الوقف ومصلحة الموقوف عليهم؛ وهذا تطبيقا لنص المادة 16 من قانون الأوقاف سالف النكر.

و المحكمة العليا أجازت وو١قف الرجوع عن بآخر شروط الوقف إذا اشترطها في عقد الوقف، حيث نصت على ذلك في العديد من القرارات من بينها القرار الذي يقضي بأن: "من المقرر فقها أن الحبس إذا كان معلقا أو مضافا جاز للمحبس التراجع عنه وإن كان منجزا فلا يجوز له ذلك*".

فالمحكمة العليا أقرت بطلان عقود الوقف التي تتعارض مع أحكام الوقف ومصلحة الموقوف عليهم والدليل على ذلك قرارها الذي قضت فيه بأنه :" من المقرر شرعا أنه يبطل الحبس عندما يحرر يسوء نية قصد حرمان أحد الورثة من الميراث...**".

و من جهة اخرى، فإن العقود التي يجوز التراجع عنها هي فقط تلك المؤسسة على المنهب الحنفي، أما عقود الوقف المؤسسة على المنهب المالكي فلا يجوز التراجع عنها، و هذا ما قضت به الغرفة العقارية بالمحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2001/12/19تحت رقم 223224، حيث جاء فيه: من الثابت شرعا أن عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه إلا إذا تم وفقا للمنهب الحنفي، و لما كان الحبس في دعوى الحال تم على المنهب المالكي الذي لا يجيز الراجع عن الحبس، فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا يكونون قد أساءوا تطبيق القانون."[1]

المطلب الرابع: الموقوف عليه

يقصد بالموقوف عليه من يستحق الاندفاع بالمال الموقوف بمقتضى الوقف. و قد عرف المشرع الجزائري الموقوف عليه من خلال المادة 13 من قانون الأوقاف التي نص على : الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ويكون شخصا طبيعيا أو معنويا

و تتمثل أنواع (الجهة الموقوف عليها) في: النفس، الأهل، وجهات الخير. و هذا التقسيم للموقوف عليه، كان محل خلاف بين فقهاء الشريعة والقانون، لذلك وجب بيان هذه المسألة بشيء من التفصيل مع تحديد موقف المشرع الجزائري حيالها.

*القرار رقم 102230 المؤرخ في 1993/07/21، المجلة القضائية، ع1، سنة 1998، ص 93.

انظر كذلك: القرار 204958 المؤرخ في 2001/01/31. الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج1، قسم الوثائق، 2004 ،ص132.

**القرار رقم 230697 المؤرخ في 1999/11/16، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001، ص 311.

(1) مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، جاء قسم الوثائق، 2004، ص 147

هذا بالإضافة إلى أن الموقوف عليه قد حدده المشرع بضوابط في شكل شروط يقصي بيانها. وعلى هذا الأساس سنتناول دراسة الموقوف عليه كركن رابع في الوقف حسب ترتيب المشرع الجزائري ببيان أنواعه وشروطه مدعمة بموقف الشريعة السلامية و الاجتهاد القضائي، وذلك في فرعين مستقلين.

الفرع الأول: أنواع الموقوف عليه

سنتناول أنواع الموقوف عليه كما درج الفقه على تحديدها، فهي ثلاثة كما سبق ذكره: النفس والأهل وجهة الخير.

أولا: الوقف على النفس

يقصد بالوقف على النفس صرف الواقف لنفسه ريع الوقف سواء كله أو جزء منه حال حياته متل قوله " أحبس أرضي العلانية على نفسي ما دمت حيا وتؤول بعدي إلى الجهة الخيرية الفا٥يةاا.

هذا وقد كانت مسألة الوقف على النفس محل خاف وجدل بين فقهاء المناهب الشرعية حول جوازه من عدمه.

فالحنابلة وأبو يوسف والظاهرية، أجازوا الوقف على النفس[1] بأن يستفيد الواقف من ريع الوقف كله أو جزء منه مادام حيا ليصرف بعده إلى الجهة التي حددها، وقد استدل هؤلاء في ذلك بقول الرسول صلى الله عليه وسلم "إبدأ بنفسك فتصدق عليها ثم بمن تعول" .

وكذلك قوله – صلى الله عليه وسلم –: انفقه الرجل على نفسه صدقةاا. كما روي عنه —— صلى الله عليه وسلم ——، أنه كان يأكل من صدقته الموقوفة إذا اشترط ذلك.

كما ورد عن بعض الصحابة والتابعين مثل أفس– رضي الله عنه–أنه وقف دارا له بالمدينة، وكان إذا أقبل موسم الحج نزلها.

بخلاف المالكية الأنين لا يجيزون للواقف الاستفادة من غلة الوقف واشترطوا ضرورة إشراك أحد مع الواقف هي غلة الوقف وجعلها من بعده لجهة من جهات الخير و إلا فلا يعبر الوقف صحيحا.

وقد برر المالكية رأيهم بعدم جواز الوقف على النفس بكون الوقف في الأصل هو حبس المال عن التملك على وجه التأبيد والتبرع بالمنفعة على الفيري، لأنه لا يتصور ولا يعقل أن يتبرع أو يتصدق الشخص بمنفعة ملكه على نفسه، لذلك فقد اعتبروا الوقف الذي يشترك في منفعته الواقف مع غيره صحيحا بالنسبة للغير الذي يصرف ريع الوقف كله إليه وباطلة بالنسبة للواقف.

---

(1) راجع في حواز الحبس على النفس عند الأحناف:

انظر كذلك: أبي العباس المرجع السابق، ص 505.

و قانون الأسرة الجزائري والمعدل بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 15/02/2005قد نص صراحة على جواز الوقف على النفس من خلال المادة 214 منه التي نص على: " يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته على أن يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية"

و من جهة اخرى، نجد القانون 02-10 المؤرخ في 2002/12/14 المعدل و المتمم للقانون 91-10 قد أجاز الوقف على النفس صراحة من خلال المادة 06 مكرر منه التي نصت على: ويؤول الريع الناتج عن الوقف المؤسس لفائدة جهات خيرية و الذي احتفظ فيه الواقف بحق الانتفاع بريعه مدى الحياة إلى الجهات الموقوف عليها ا.

وقد كرست المحكمة العليا مبدأ جواز الوقف على النفس صراحة مؤكدة ذلك في العديد من قراراتها من بينها القرار الصادر بتاريخ 1994/03/0صت رقم 109957 و الذي جاء فيه: ا من المقرر قانونا أن الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق، إلا أنه يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته على أن يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية [1]

ولما ثبت ـــ من قضية الحال- أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم القاضي بروفر دعوى الطاعن التي ادعى فيها أنه الوارث الوحيد لمرحوم أخيه، فإنهم التزموا بتطبيق القانون لأن المال المحبس لا يمكن أن يكون محل تملك أو دعوى ملكية مما يتعين معه رفض الطعن"

ثانيا: الوقف على الأهل

الوقف على الأهل أو الوقف الأهلي أو الذريات هو مصطلح شائع في دول المشرق العربي، ويقابله في التشريع الجزائري مصطلح الوقف الخاص . ومصطلح الوقف على الأهل ا جاء على إطلاقه، وهو يشمل صرف ريع الوقف على الزوجة أو الزوجات أو الأولاد ذكورا وإناثا وكذا الأقربين[2]، و لقد حدد المشرع الجزائري الموقوف عليهم في الوقف الخاص بالعقب من كلا الجنسين الذكور والإناث والذي يجمعها لفظ الولد كمرادف لهما معا، أي أن لفظة الولد تطلق على النكر والأنثى على حد سواء.

و قد فصل فقهاء المناهب في هذا الشأن، فالمالكية في رأيهم أنه إذا حبس الواقف ماله بقولها على ولديا دون نكر اسمه وجنسه، فهنا لفظة الولدين تشمل الابن والبنت وابن الابن وإن نزل، ويستثنى من ذلك أبناء البنت الذين لا يستفيدون من ريع الوقف[3].

(1) المجلة القضائية، ع3،قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، 1994، ص39.

(2)زهدي يكن، أحكام الوقف، ص 260، 261. و كذلك: أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، المرجع السابق، ص 375.

(2)عبد الله سنوسي المحامي، ادخل أولاد البنات في الوقفان، الموقع الإلكتروني:

http://www.waqfuna.com/fiqh.php

أما عند جمهور الفقهاء، فإن لفظ الولد يشمل حتى أبناء البنات، وبالتالي يستفيدون من ريع الوقف.

و إذا وردت لفظة الولد بصيغة الجمع، كقول الواقف حبست على أو لاديا | ، فإن المذهب الحنفي يستثني البنات من الموقوف عليهم، ومن ثم فلا يستفيدون من ريع الوقف[1]

هذا بالنسبة لعقب الواقف و إلى جانب ذلك، فإن الوقف الخاص يشمل أيضا الأهل والقرابة بمدلولها الواسع كما جاء في تصر المادة السابقة."..على أشخاص معينين...

فالأهل مثل الأصول (الأب والأم)، والزوجة أو الزوجات، والأبناء، والقرابة مثل: الخال والعم.

و تعود المرجعية الشرعية للوقف على الأهل إلى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم-:" صدقة الرجل على غير رحمه صدقة وصدقة الرجل على رحمه صدقة وصلة" .

والمشرع الجزائري يعترف ويأخذ بالوقف على الأهل الذين يتوقف استحقاقهم ووقف على قبولهم له، وفي حالة رفضهم فان ذلك لا يعتبر إبطالا لأصل الوقف تطبيقا لنحر المادة 19 من القانون 91/10 التي تنص على يجوز للموقوف عليه في الوقف الخاص التنازل عن حقه في المنفعة ولا يعتبر ذلك إبطالا لأصل الوقفان

هذه المادة تم إلغاؤها بموجب المادة 06 من القانون 02-10 المؤرخ في 14/12/2002 :المعدل المتمم للقانون 91-10.

و الوقف في حالة عدم قبوله من الموقوف عليهم، فإنه يتحول بقوة القانون إلى وقف عام حسب تصر المادة 7 من نفس القانون والتي تم إلغاؤها أيضا بموجب المادة 6 من القانون 2-0 سالف الذكر. و مسألة الوقف على الأهل أثارت و لازالت تثير إشكالية كبرى تتمحور حول الوقف على بعض الورثة دون غيرهم والذي يعبر الوقف على الذكور دون الإناث الأكثر شيوعا[2]

و يرى جانب من الفقه أن الوقف على الذكور دون الإناث هو أمر محرم شرعا وقانونا لأن ذلك يدبر خرقا لقواعد المواريث التي تحدد نصيب كل وارث، الثابت بالدليل الشرعي المأخوذ من القرآن الكريم مصداقا لقوله عز وجل"...للذكر مثل حظ الأنثيين..".

---

(1) Sautayra et Eug. Cherbonneau, Statut personnel Des successions, Tome II_ Des successions, Paris, Maisonneuve et cie. Libraires – Editeurs, 1874, p35

(2) يرى الفقهاء بأن القبول في الأصل ليس ركنا في الوقف و لا شرطا من شروط الاستحقاق. انظر في ذلك: عبد الحميد الشواربي و أسامة عثمان، المرجع السابق، ص 17 .

وعلى هذا الأساس الشرعي فإن كل وقف على الذكور دون الإناث هو باطل*. وبالنسبة لموقف المشرع للجزائري حول جواز الوقف على الذكور دون الإناث، يمكن القول بأنه النزم الصمت حيال هذه المسألة، ولم يعتبرها من مبطلات الوقف، لأنه لم يقم بإدراجها ضعن تصر صريح في مادة الوقف، بل إن المشرع الجزائري ينحر على

ضرورة احترام إرادة الواقف ومختلفا الشروط التي يشترطها في وقفه. و قد أجمع الكير من فقهاء الشريعة الاسلامية على عدم جواز حرمان بعش الورثة دو الآخر من ريع الوقف لأنه مخالف لمقصود الوقف المتمثل في نية التقرب لله عز و جل [1].

و تجدر الاشارة إلى أن الكثير من عقود الوقف مؤسسة على المنهب الحنفي و الدليل على ذلك هو الكم الهائل من النزاعات المطروحة بشأنها أمام مرفق القضاء.

هذه الأوقاف الحنفية المنهب دفعت واضطرت القضاء إلى المرار بصحتها في الكثير من الأحيان ما دامت مؤسسة وقائمة على مذهب شرعي لأن دور القاضي ينحصر فقط في احترام تطبيق إرادة المحبس، وليس له حق انتثار المذهب الذي بني الوقف على أساسه لكونه ليس أهلا لذلك، و إنما عليه تطبيقه. وهذا بالفعل ما أقرته المحكمة العليا وأكدت عليه في العديد من المناسبات، نذكر منها القرار المؤرخ في 1986/02/24 والذي يقضي بأن: " إذا كانت مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية القضى بخضوع عقد الحبس لإرادة المحبس الذي يجوز له أن يأخذ بالشروط المعمول بها في أي مذهب من المذاهب الإسلامية، فإن مخالفة هذه المبادئ قضعي بطلان ما يترتب عليها من أحكام مخالفة.

و عليه يستوجب نقض القرار الذي يقضي بإبطال عقد الحبس لخروجه عن القواعد المعمول بها في المذهب المالكي مخالفا بذلك القاعدة الشرعية التي توجب احترام إرادة المحبسا١.

وفي نفس السياق نذكر قرارا آخر للمحكمة العليا تحت رقم 109604 المؤرخ في 19/07/94الذي نص على: امتى اشترط في عقد الحبس—المؤسس على المنهب الحنفي- عدم انتقاع البنات المتزوجات إلا إذا كن مطلقات فإنه لا يجوز القضاء بخلاف ذلك. و من ثم فإن قضاة الموضوع عندما حكموا للمطعون ضدها بأنها المندفعة الوحيدة مع زوجها (الذي هو ابن عمتها)، فقد أفقدوا قرارهم الأساس القانوني السليم، خاصة وأن الحبس لا يشتمل أبناء المحبس عليهن، مما يستوجب نقضى قرارهم مع الإحالة[2]

*يرى أيضا الإمام أبو زهرة أن ذلك يؤدي إلى الانحراف بالوقف عن معنى الصدقة،انظر في ذلك: الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص 10، 11.

انظر ايضا: محمد، بن إبراهيم، الحيل الفقهية في المعاملات المالية، الدار العربية للكتاب- المؤسسة الوطنية للكتاب1985، ص 348.

(1) Réné,Tilloy, op.cit, p 3043

(2) يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 202.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الجزائري كان صارما أحيانا في التصدي لعقود الحبس التي تحرر يسوء نية ويكون القصد منها حرمان أحد الورثة من الميراث، و ذلك بإبطالها ومن ذلك قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1999/11/16 و الذي يقضي بأنه: من المقرر شرعا أنه يبطل الحبس عندما يحرر يسوء نية قصد حرمان أحد الورثة من الميراث.

ومتى تبين في قضية الحال أن عقد الحبس لم يقم على أساس قانوني أو شرعي عندما حرم أحد الورثة الشرعيين من الاستعادة من الميراث (ابنه) فإن قضاة المجلس عندما سببوا قرارهم على ضوء عقد الحبس الذي أقامه والد المدعى عليها على أملاكه لزوجته وابنته فإنهم عرضوا قرارهم للأبطال والنقض"٠

و الحقيقة أن موقف القضاء المجسد في متل هذا القرار أعلاه، هو نادر الوقوع، لأن تطبيقات القضاء في هذا الشأن تدل على عكس ذلك، فالعديد من النزاعات المطروحة التي أرهقت كاهل القضاء، تم الفصل فيها على أساس أن أيلولة الحبس تخضع مبدئيا لإرادة المحبس الذي له حرية اختيار المذهب الشرعي سواء المذهب المالكي أم المذهب الحنفي الذي يسمح بإخراج البنات ٠

و تجدر الاشارة إلى أنه قد تم طرح مسألة حرمان أحد الورثة من الانتفاع بريع الوقف على المجلس الإسلامي الأعلى بغية معرفة رأيه، هذا الأخير الذي كان رأيه مخالفا ومضادا موقف القضاء و الاجتهادات القضائية، وقد تم ذلك بإدراج العديد من الفتاوى في هذا السياق والتي أجمعت على عدم جواز إخراج أحد الورثة من حق الانتفاع بريع الوقف، ومن بين أهم وأشهر الفتاوى نذكر فتوى الشيخ أحمد حماني— رحمه الله— رئيس المجلس الإسلامي الأعلى سابقا، والتي نذكر منها مقتطفا:١٠ . .ومنها أن يكون الحبس على القواعد الإسلامية فلا يعطي الذكور من بنيه ماله دون الإناث ولا يحرم وارثا من الإرث إلخ..."."*

و موقف الاجتهاد القضائي المؤسس على جواز اختيار الواقف للمنهب الحنفي الذي يسمح بإخراج البنات، هو أمر مناف لقواعد الميراث الشرعية الثابتة بتكليف الشارع بالدليل الشرعي المتمثل في القرآن الكريم ، ولا يجوز لإرادة الواقف أن تعلو فوق إرادة الشارع عز و جل، وأحكام الميراث هي قاعدة شرعية واجبة وآمرة لا يجوز الانبثاق على مخالفتها وهي قاعدة صحيحة و ليست بحاجة لأن يصححها أي منهب.

فالوقف والميراث كلاهما جزء لا يتجزأ من أحكام الشريعة الإسلامية والتي تنصف جميع قواعدها بالانسجام، وكلها شرعت لتخدم وتوفق بين مصلحة الفرد والجماعة وليس للضرر بها. والوقف الذي يبنى على منهب يسمح بحرمان وارث ما فإنه حتما سيلحق به ضررا كبيرا بالورثة المحرومين لكونه يزرع البغض في نفوسهم تجاه الواقف و الموقوف عليهم من الورثة، وهو أمر محظور شرعا وينافي أحكام هذه الشريعة السمحة**.

*للاستزادة، راجع: أحمد حماني، فتاوى، ج 2، الجزائر، منشورات وزارة الشؤون الدينية، 1993، ص 213/247.

**يسمى ذلك في الفقه الشرعي بالوقف الطاغوتي.

التي تدعو إلى صلة الرحم و العدل و المساواة و التقوى، هذا فضلا على أن أحكام الميراث هي سابقة على أحكام الوقف وهي أولى بالتطبيق.

وحتى ولو كان هذا النوع من الوقف – المبني على المنهب الحنفي– مقرونا بشرط ضمان انتفاع البنات بريع الوقف في حالة الاحتياج، لا ينقص من هول الأمر و لا يبرر صحة هذا الوقف و لا يمكن اعتباره نوعا من إضفاء الشرعية عليه، لأنه إجحاف في حقهن في الميراث الثابت لهن شرعا و وضعهن تحت شروط نقيلة مرهقة ينافي سماحة هذه الشريعة، هذا إضافة– إذا أردنا بشيء من التخصيص– إلى أن المجتمع الجزائري في الأصل هو مجتمع مالكي المذهب[1] ، كما قال عنه الشيخ أحمد حماني– رحمه الله*–

وهي حقيقة تاريخية وليست من باب التعصب للمذاهب الأخرى. وعلى العموم فمسألة الوقف على المذهب الحنفي هي مسألة شائكة وما زالت محل تأويل متباين بين رجال القضاء والذي كان منتظرا أن يكون موحدا باجتهاد المحكمة العليا في هذا الشأن.

ثالثا: الوقف على جهات الخير

يمكن القول بأن جهة الخير هي الميزة التي تطبع الوقف وتميزه عن غيره من الأنظمة المشابهة له، و هي الجهة التي يؤول إليها الوقف ابتداء في حالة الوقف العام أو انتهاء في حالة الوقف الخاص.

و جهات الخير هي من الكفرة ما يصعب معه حصرها، وكنير هم مستحقوها، فقد يكون الموقوف عليهم؛ المساجد ودور الأيتام والطفولة المسعفة، أو دور العجزة والمسنين أو المعوزين والفقراء، أو الجمعيات الخيرية، وحتى في الحالات الاستفتائية مثل التضامن مع منكوبي الفيضانات والزلازل.

وقد تنصرف حتى إلى تقديم الإعانات خارج الحدود الإقليمية للدولة، وجاء في هذا الصدد عدة تعليمات لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف لنصرة الشعب الفلسطيني ،منها التعليمة يتميز المنهب المالكي بكثرة أتباع الإمام مالك في المغرب العربي حتى استحوذ على الساحة الفقهية المغربية و صار لايفتى١ءلا به**.

*للتفصيل أكثر حول المنهب المالكي، انظر: الطاهر عمر الطاهر نابي، أسباب انتشار المنهب المالكي في المقرب العربي، رسالة المسجد، ع3، سبتمبر 2007 ص 8/13.

(1)عفيفة خروبي، خصوصية الاصطلاح في المذهب المالكي، رسالة المسجد، ع4، أكتوبر 2007، ص 25.

**راجع في ذلك فتوى الشيخ احمد حماني – رحمه الله – المدرجة في ملحق هذه المنكرة. جاء في هنا الصدد عدة تعقمات وزارية أصدرتها وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، المؤرخة في 16 أفريل2002

وقد اتفق جميع الفقهاء على صبغة الخيرية التي تطبع الوقف لكونه نوع الصدقات التي يكون الغرض منها الثرب إلى الله عز وجل.

و بالنسبة لوقف المسلم على جهات البر كالمساجد...الخ، لم يكن محل جدال فقهي بل إن اختلاف المناهب الشرعية انصبت حول وقف غير المسلم لأمواله على جهة من جهات البر، فالمالكية يقولون بعدم جواز هذا النوع من الوقف لأن القصد من الوقف هو اتجاه نية وإرادة الواقف إلى التقرب إلى الله عز وجل، وغير المسلم لا يمكنه اعتقاد ذلك لأن الوقف من شعائر الإسلام الذي لا يدين به.

و الحنفية على زر١ر المالكية يرون عدم جواز وقف غير المسلم على جهة من جهات الخير.

بخلاف الشافعية والحنابلة الذين أقروا بجواز وقف غير المسلم على جهة من جهات الخير و تفسيرهم في ذلك بأن العبرة بما هو في نظر الإسلام قربة إلى الله حتى ولو كان الواقف غير مسلم، لأن الوقف تشريع ونظام إسلامي يتنصر فيه على ما هو قربة في نظر الإسلام[1]

و تجدر الإشارة إلى أن ما ذكرناه حول أنواع الموقوف عليه من جهة، وبالنظر من جهة أخرى إلى القانون 02-10 في المادة 13 من القانون 91-10 المعدلة بموجب المادة 05 منه، فإن هذا القانون02-10 يحصر الموقوف عليه فقط في الشخيص المعنوي حيث جاء في تحر المادة: الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي...".

الفرع الثاني: شروط الموقوف عليه

حتى يكون الموقوف عليه أهلا لاستحقاق منفعة الوقف، فقد ضبطه المشرع على غرار الواقف بجملة من الشروط التي نظمها من خلال قانون الأوقاف وأحال ونرك بعفن أحكامها للشريعة الإسلامية، على أن بعفن هذه الشروط ما كان محل جدل فقهي، وبيان هذه الشروط كالآتي:

أولا :أن يكون الموقوف عليه معينا ومعلوما

مؤدى هذا الشرط هو وجوب تعيين الموقوف عليه والعبرة في ذلك بوقت انعقاد الوقف لا بوقت ظهور ريعه.

و على هذا الأساس، فالمشرع الجزائري لا يجيز الوقف على مجهول تطبيقا لنحر المادة 13 من قانون 10/91 التي نصت على : الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ويكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنوياا١.

(1) محمد فاروق النبهان، المرجع السابق، ص 345، 346.

من خلال استقراء هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري يشترط العلم في الموقوف عليه، واكتفي باعتبار الموقوف عليه معلوما إذا كان شخصا طبيعيا أو معنويا.

والشخص الطبيعي لا يكون معلوما إلا إذا كان معينا بذاته بذكر اسمه كأن يقول الواقف اوقفت داري على ابنتي الغلانيةاا. كما يجوز أن يكون معينا بصفته إذا كان الوصف مما يدرأ به الغموض و الخلط كأن

يقول الواقف اوقفت داري على أصغر بناتياا.

و صبغة الموقوف عليه التي قصدها الواقف في عقد الوقف هي التي تكون معتبرة شرعا و قانونا، و بزوالها يفقد الموقوف عله استحقاقه ووقف متل زوال رابطة الزوجية التي تفقد فيها الزوجة استحقاقها للحبس الذي أقامه الزوج عليها على أساس أنها زوجة. و هذا ما قضت به غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في قرارها رقم

189265المؤرخ في 1998/05/19 الذي جاء فيه:

او لما كان ثابتا — في قضية الحال— أن القرار المنتقد لما قضى بأن طلاق المطعون ضدها من زوجها لا يحرمها من الحبس، فإنه بقضائه كما فعل خاف الشريعة الإسلامية و القانون، ذلك أن المحبس عندما أقام الحبس موضوع النزاع على زوجته المطعون ضدها كان من أجل أنها زوجة له و لم ينظر في هذا الحبس على أنه لنات المحبس عليها، و عليه فطلاقه لها بحكم يعتبر بمثابة تراجع عن هذا الحبس. [1]

و بالنسبة للشخص المعنوي، فيكون معلوما إذا نكره و حدده الواقف، فقد يكون مسجدا أو مدرسة أو دار للأيتام أو العجزة أو جمعية خيرية...الخ، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 08 من ق 10/91 ساف النكر.

ثانيا :أن يكون الموقوف عليه موجودا

بالإضافة إلى الشرط السابق، فقط اشترط المشرع كذلك كون الموقوف عليه موجودا وقت انعقاد الوقف وهذا تطبيقا لنصر المادة 13 سالغه النكر، بقولها :ا الشخص الطبيعي بتوقف استحقاقه للوقف على وجوده ...اا.

فإذا كان الموقوف عليه موجودا وقت انعقاد الوقف، فإن ذلك لا يعير أي إشكال، غير أن الإشكال ور في حالة ما إذا كان الموقوف عليه جنينا في بطن أمه.

و هذا ما كان محل خلاف بين الفقهاء حول مدى جواز هذا النوع من الوقف.فالمالكية والأحداق يقولون بجواز الوقف على الجنين حتى قبل ولادته، بخلاف الشافعية والحنابلة في ذلك بإدراجهم لشرط الوجود في الموقوف عليه، فهم بذلك لا يجيزون الوقف على الجنين إلا بولادته حيا

(1) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-عدد خاص- قسم الوثائق، 2001، ص 308.

. إضافة إلى أنه بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني و الذي ينحر في المادة 25منه على : تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموتها. و قياسا على هذه المادة، فإنه لا يجوز الوقف على الجنين، وصحة استحقاقه له تتوقف على وجوده.

ثالثا: أن يكون الموقوف عليه أهلا لتملك المنفعة

هذا الشرط هو محل اتفاق بين جميع الفقهاء، والمقصود بالأهلية هنا أهلية شلك منفعة المال الموقوف والتي يكون فيها الشخص كامل الأهلية ببلوغه سن الرشد وتمتعه بقواه العقلية، وهذا هو الأصل.

ولكن قد يثار التساؤل في حالة كون الموقوف عليه قاصرا أو في حالة حدوث عارض من عوارض الأهلية كالجنون و السفه والعته والغفلة، فما هو موقف المشرع الجزائري من1؟

الحقيقة أن سكوت المشرع عن هذه المسألة يحيلنا مباشرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية السمحة تطبيقا للمادة 02 من القانون 10/91 سالف النكر. فقهاء الشريعة الإسلامية يجيزون استحقاق القاصر لغلة الوقف بواسطة وليه، وتبريرهم في ذلك هو أن صغر السن لا يحول دون قبول التبرعات والصدقات لأنها من التصرفات النافعة نفعا محضا، والتي من بينها الوقف لأنه حتى الجنين الذي يولد حيا ست له استحقاق منفعة الوقف. و قياسا على ذلك، فإن السفيه و ذا الغفلة يأخذان حكم القاصر، أي أنه يجوز للموقوف عليه إذا كان سفيها أو ذا غفلة استحقاق غلة الوقف، ويقوم مقامهم في ذلك الولي أو القيم.

وبالنسبة للمجنون، فهو الآخر يجوز الوقف عليه، ويقوم مقامه في ذلك وليه أو القيم عليه إذا كان محجورا عليه.

رابعا :ألا يشوب الموقوف عليه ما يخالف الشريعة الإسلامية

لأن جوهر الوقف هو اتجاه إرادة الواقف إلى التقرب إلى الله عز وجل، فإنه يشترط في ذلك أن يكون الموقوف عليه جهة بر لا جهة معصية أو ما هو محظور و محرم في نظر الشرع كالوقف على الحانات ودور اللهو والكنائس...الخ. ومشروعية الموقوف عليه هو قياس على جميع التصرفات و المعاملات التي يشترط فيها المشروعية، وليس الوقف فحسب.

وقد جعل المشرع شرط مشروعية الموقوف عليه مقترنا بالشخص المعنوي، وهذا تطبيقا لنحر المادة 2/13 سالفة النكر بقولها :...أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية.

و كذا تطبيقا للمادة 13 من القانون 91-10 المعدلة بموجب المادة 05 من القانون 02-10 التي نصت على: 11 الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلاميةاا.

خامسا: أن يحترم الموقوف عليه أحكام الوقف وشروطه

إن استحقاق الموقوف عليه لمنفعة الوقف تتوقف على مدى احترامه لإرادة الواقف و شروطه بمنقصي عقد الوقف، وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري صراحة من خلال المادة 17 من قانون الأوقاف سالف النكر بقولها...ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف و شروطها.

فالأصل هو احترام الموقوف عليه لإرادة الواقف و شروطه، فلا يجوز له التصرف في أصل الوقف بأية حال و بأي شكل من الأشكال ما عدا استثناء في الأحوال المنصوص عليها من د المادة 24 من القانون 91/ 10 سالفة الذكر*

و تجدر الإشارة إلى وجود نزاعات سببها مخالفة بعض الورثة لإرادة الواقف يسوء نية بقيامهم بالتصرف في أصل الحبس بالبيع و التعيير في طبيعته.

و في هذا السياق، نذكر قرار الغرفة العقارية بالمحكمة العليا المؤرخ في 2007/09/12 تحت رقم 406585 الذي جاء فيه: أكان على القضاة تعيين ما ابطل من عقود بيع بأحكام قضائية، حتى يمكن نقدير ما إذا كانت البيوع التي مازالت قائمة قد بلغت من الجسامة حدا يهدد أركان عقد الحبس و يعيق إرادة المحبس.

فيعامل بعد ذلك الورثة الذين أبطلوا غاية المحبس يسوء قصدهم، فينقلب ما بقي من أعيان الحبس إلى تركة يزاحمهم فيها باقي الورثة مع ما لهم من حق في التعويض عما وقع التصرف فيه. **

*يرى الحنفية أنه يجوز مخالفة شروط الواقف الصحيحة استثناء في حالتين هما: إذا كانت مخالفته لا تفوت غرض الوقف كاشتراط الواقف توزيع ريع وقفه أول كل شهر مبلغا معينا على مسجد معين فيجوز للناظر مخالفة ذلك و إنفاق جزء من الريع على مسجد آخر إذا أصبح العمل بهذه الشروط مؤثرا في منفعة الوقف أو الموقوف عليهم بعد أن تغيرت الظروف كزيادة إنفاق الريع على المحتاجين بسبب غلاء المعيشة. انظر :محمد، مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 375، 376.

**هذا النزاع الذي فصلت فيه المحكمة العليا بنقض القرار محل الطعن بالنقض و إحالته على الغرفة العقارية مجلس قضاء باتنة المؤرخ في 2010/01/19 ننحت رقم 09/2468 الذي تم الفصل فيه من جديد بتعيين خبير لتحديد المساحات التي تم إبطال البيوع بشأنها بموجب أحكام و قرارات نهائية.

سادسا :قبول الموقوف عليه للوقف

و قبول الموقوف عليه للوقف عند الفقهاء له عدة صور، فإما أن يتم التعبير عن القبول صراحة بالقول، أو بالقبض الفعلي، وهو متعلق عليه بين جميع الفقهاء وإما أن يكون التعبير عن القبول ضمنيا إذا سكت الموقوف عليه وكانت نروق الحال تدل على قبوله للوقف .

و قبول الموقوف عليه ليس ركنا في الوقف عند الحنفية و الحنابلة، و لا يشترط لصحته و لا للاستحقاق فيه.

أما القبول عند المالكية و بعفن الحنابلة، يعد ركنا في الوقف إذا كان الوقف على معين إن كان أهلا للقبول، و إلا فيشترط قبول وليه[1]

الجدير بالذكر أن قبول الموقوف عليه ووقف يشترط أن يصدر منه شخصيا إذا كان راشدا أما إذا كان قاصرا، قام وليه مقامة في القبول، وهذا بموجب الفتوى الصادرة عن اجتهاد المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر بتاريخ 1982/03/15. و بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد جعل استحقاق الموقوف عليه ووقف في حالة

كونه شخصا طبيعيا مقترنا بقبوله له، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 13 سالفة النكر— قبل تعديلها— في الفقرة الثانية بقولها:" ...فالشخص الطبيعي .بتوقف استحقاقه ووقف على وجوده و قبوله..".

إذا فالمشرع قد ربط استحقاق الشخص الطبيعي ووقف بوجوده وقبوله، واعتبرهما شرطان متلمان في ذلك.

و مؤدى ذلك أن الوقف لا يسري نفاده في ذمة الموقوف عليه إذا لم يقبله هذا الأخير، لأنه و رغم أن الوقف هو من التبرعات و التصرفات التي تعود على الموقوف عليه بالنفع نفعا محضا، إلا أنه لا يمكن بأي حال إجباره على قبوله.

ولكن ما مصير الوقف الذي لم يقبله الموقوف عليه ؟ في الحقيقة أنه بالرجوع إلى قانون الأوقاف 91/10، فإن المادة 07 منه — وقبل إلغائها

—نصت على: "يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهما".

و كما أسلفنا، فإنه قد تم إلغاء هذه المادة بموجب القانون 02/10 المؤرخ في 14/12/2002المعدل و المشم.

هذا بالإضافة إلى تعديل المادة 13 من القانون 91-10 و التي لم تعد تشير إلى شرط القبول لانعقاد الوقف.

أي أن قبول الموقوف عليه ووقف لا يعد قيدا على صحة عقد الوقف.

(1) وهبه الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته، ج8، الجزائر، دار الفكر، ط1، 1991، ص 159، 160.

المبحث الثاني: شروط نفاذ الوقف

إن توافر أركان الوقف بمختلف شروطها وحده غير كاف لانعقاده صحيحا و لنفاذة إذا ما تعلق الأمر بعقار.

و كما هو معلوم أن أغلب الأوقاف هي عقارات أوقفها أصحابها في مختلف أوجه البر و الإحسان، لذلك حق لنا أن نبحث في شروط نفان الوقف المنصب على العقار، والتي نتمثل في الرسمية، التسجيل والإشهار.

وسنتناول هذه الشروط بالترتيب الكرو ولوجي الذي اشترطه المشرع، و سنخصى كل شرط بمطلب مستقل.

المطلب الأول: الرسمية

الوقف هو من العقود الشرعية، وبالنسبة لمسألة الرسمية لا يوجد في الفقه الإسلامي ما ينصى على وجوب توفر الرسمية (الكتابة) في عقد الوقف.ولكن في نظر القانون، فان الوقف لا يعتد به إلا إذا أفرغ في الشكل الرسمي طبقا لنص المادة 41 من القانون 10/91 التي نص على: " يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق..." [1]

و يلاحظ أن المشرع قد سن هذه المادة على أساس أن أغلب الأوقاف منصبة على عقار أو نرتب حقوقا عينية عليها.

وهذا ما تؤكده القواعد العامة في القانون المدني من خلال المادة 324 كرر 1 التي تشترط إفراغ الصرفات المنصبة على عقار في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان.

و حتى بالنسبة لقانون الأسرة الذي تناول الوقف، قد اشترط الرسمية في الوقف بالتصريح أمام الموثق وتحرير عقد بذلك في مسألة الإثبات قياسا على الوصية، و ذلك من خلال المواد 191 و 217 منه.

و لكن الإشكالية التي تطرح أمامنا حول مآل العقود العرفية التي أنشأها أصحابها قبل صدور قانون الأسرة وقانون الأوقاف.

وسعيا منه لاستقرار المعاملات والمراكز القانونية، فقد أقر المشرع صحة هذا النوع من العقود بشرط أن تكون ثابتة التاريخ ومحررة بشكل غير منقوص مع توقيعها من الواقف. و ريدر ذلك هو عدم جواز طيق قانون الأسرة و قانون الأوقاف بأن رجعي، إضافة إلى أن الوقف باعتباره عقدا من العقود التي ندخل في أوجه البر والإحسان لم يكن قبل هذا يخضع للرسمية.

(1) محمد كنازة، المرجع السابق، ص 75، 67.

انظر أيضا: جمال بوشناقة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، ط 2006، ص 140 ،141.

هذه المرونة والتسهيلات التي أضفاها المشرع فيما يخصى عقود الوقف العرفية لتفادي النزاعات أمام القضاء، نجد بالمقابل أن طابو هات القضاء تعج بمشاكل أخرى تعاني منها الأوقاف إلى غاية اليوم، وهي تخص الأوقاف التي أممت في إطار الثورة الزراعية والتي تم ضياعها والاستحواذ عليها من قبل غير مستحقيها، وفي رأيي هي مشكلة لا يمكن التغاضي عنها مهما كان، ويتطلب الأمر تصحيح هذه الوضعية التي طالت مدتها و بأسرع ما يمكن.

المطلب الثاني: التسجيل

لم يكتف المشرع بوجوب إفراغ الوقف في الشكل الرسمي فحسب، بل أخضع كل معاملة نرد على عقار وقفي أو غير وقفي إلى وجوب تسجيلها لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري والمتمثلة في منشآت التسجيل المختصة إقليميا وهذا تطبيقا لنحر المادة 41 من نفس القانون التي ورد فيها :"...وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري...".

وزيادة على ذلك فان الوقف كما أسلفنا في دراستنا لخصائص الوقف بكونه معفى من رسوم التسجيل وذلك بصريح تصر المادة 44 من نات القانون ورد فيها: اتعفى الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عمل من أعمال البر ولإحسان[1].

و قد لاحظنا من خلال المادة أعلاه أن المشرع قد خصى بالذكر الوقف العام فقط بالإعفاء من رسوم التسجيل

ولكني أرى بأن ذلك الإعفاء يشمل أيضا الوقف الخاص، لأن المشرع لم ينصر صراحة على عدم إعفاء هذا الأخير من رسوم التسجيل *و لأنه لا يزال حتى اليوم يأخذ بالوقف الخاص و لأنه هو الآخر يكتسي طابع الخيرية إضافة إلى أنه في النهاية سيتحول إلى وقف عام بعد زوال العقب وهذا ما يؤخذ على المشرع في هذه المسألة.

*يتم تحصيل قيمة رسم الشهر من طرف المحافظ العقاري تطبيقا للمادة 55 من القانون رقم 09/79 المؤرخ في 31/12/1979المتضمن قانون المالية لسنة 1980 و المنشور الوزاري رقم 691 المؤرخ في 1980/02/10 (صحة الشهر تتغير بتغير القوانين المالية لكل سنة)، غير أن المحافظ العقاري في بعض الحالات، لا بد أن يراعي الإيداعات المعفاة من رسوم الشهر العقاري و التي من بينها العقود المتضمنة أملاك الوقف.

راجع في ذلك: خالد رمول، المحافظة العقارية كاليه للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، ص 108 ، 109 .

(1) محمد كنازه، المرجع السابق، ص 76

المطلب الثالث: الإشهار

بالإضافة إلى الرسمية والتسجيل، فقد أوجب المشرع كذلك إشهار عقد الوقف حتى يكون نافذا فيما بين الأطراف وفي مواجهة الغير *من تاريخ نشره لدى مصالح الشهر العقاري، وذلك على تكرار جميع التصرفات المنصبة على عقار، وهي قاعدة عامة من النظام العام.

وقد تم تكريس ذلك تطبيقا لعدة نصوص قانونية مفرقة منها المادة 793 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: " لا تنقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا رعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقارات و كذلك المادة 100 من المرسوم 76/63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم.

و كذا المادتين 15 و 16 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري[1].

حيث تنص المادة 15 على: اكل حق للملكية و كل حق عيني اخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية...ا. و تنص المادة 16 على: " إن العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقلد أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أذر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية.

* للشهر فقط وظيفة إعلامية و هو ليس مصدرا للحق العيني لأن هذا الأخير قائم و موجود قبل 1971/01/01.

انظر: ليلى زروقى و عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هومة،ط2002، ص 221

(1)علاوة بن تشاكر، ،أدور المحافظة العقارية في حصر و البحث عن الأملاك الوقفية!، الدورة الوطنية التكوينية لوكلاء الأوقاف، الجزائر، من 05 إلى 08 نوفمبر 2001، ص4.

انظر كذلك: محمد كنازة، المرجع السابق، ص 76

جميع هذه النصوص نوكل على وجوب شهر الحقوق العينية العقارية والتي من بينها الوقف لتكون نافذة*.

كما تناولت هذه النصوص دور المحافظ العقاري** في فحص ومراقبة هذه العقود بشأن مدى استيفاء توافر أركانها وإجراءات تسجيلها تحت طائلة رفض إشهارها.

و قد أكد المشرع الوقفي في نفس الإطار على ذلك من خلال المادة 41 من قانون الأوقاف التي أوجبت إحالة نسخة من عقد الوقف المشهر إلى السلطات المكلفة لا لأوقاف بقولها:

"...و إحالة نسخة منه على السلطة المكلفة للأوقاف...،،، و التي نفهم منها أنها تجسد رقابة الدولة على الأما هي العقارية بما فيها الأملاك الوقفية و الذي يدخل في إطار الحفاظ على النظام العام بواسطة ونيقة رسمية تسمى كشف الإرسال و التي حددت التعليمة رقم 00287 المؤرخة في 2000/01/29النموذج الرسمي له. وزيادة على ذلك وفي نفس الإطار، بالرجوع إلى أحكام المادة 08 من القانون 07/01 المؤرخ في 2001/05/22 المعدل والمتمم للقانون 91/10 المتعلق للأوقاف نجد أنها اشترطت قيدا آخر على عملية الإشهار العقاري للوقف يمذل في مسك مصالح أملاك الدولة لسجل عقاري خاص بالأمهي الوقفية تطبيقا للمادة 41 من قانون الأوقاف سالفة الذكر.

ونصت المادة كالتالي :" تخضع الأملاك الوقفية لعملية جرد عام حسب الشروط و الكيفيات والأشكال القانونية المعمول بها.

يحدث لدى المصالح المعنية بأملاك الدولة سجل عقاري خاص بالأمهي الوقفية تسجل فيه العقارات الوقفية وتنشر السلطة المكلفة بالأوقاف ذلك.

*إن الإشكالية العقارية في الجزائر مرتبطة ارتباطا متينا بالغترة الاستعمارية حيث ان الأراضي الفرنسية و لا سيما الأراضي التي كان يملكها الجزائريون، أصبحت محتوياتها المادية و وضعيتها القانونية غامضة و ذلك لسببين:

- انعدام مصلحة تسهر على حفظ الأملاك و مسكها
- عدم ملائمة نظام الإشهار العقاري المعمول به آنذاك، إذ لم يكن ناجعا حيث لم ننحن على إلزام جميع الملاك بإشهار حقوقهم العينية مما جعل الوثائق المسجلة في أول وهلة لا تعكس مع مرور الزمن واقع الأملاك و تفقدها مصداقيتها.

انظر في ذلك: احمد علي عبد المالك، المنظومة العقارية في الجزائر، محاضرة ألقيت بمناسبة دورة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر ننحت الرعاية السامية للسيد رئيس الحكومة، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، 21إلى25 نوفمبر1999

**المحافظ العقاري هو عون من أعوان الدولة مرسم في سلك الموظفين و يحكمه القانون الخاص للوليف العمومي، و هو يشغل منصبا عاليا بموجب قرار من وزير المالية، و هو خاضع للسلم الإداري الذي يملك سلطة تعيينه، تنقيطه و إنهاء مهامه، بينما لا يمكن في أي. حال من الأحوال مسؤوله الذي يعلوه في السلم الإداري أن يحل محله- في عملية الإشهار مثلا-،كما هو جاري به العمل في تنظيم الإدارة، و هذه نوع من الاستقلالية تسمح له بالقيام بكامل دوره في حماية الملكية العقارية.

كما تنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 03-51 المؤرخ في 04/02/2003 المحدد لكيفيات تطبيق أحكام المادة 08 مكرر من القانون رقم 91-10المؤر خ في 27/04/1991المتعلق بالأوقاف على: 11 يحدد شكل و محتوى السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية المحدث لدى مصالح الحفظ العقاري موجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالشؤون الدينية و الأوقاف و الوزير الكك بالمالية ١١.

و نصيف المادة 05 من المرسوم 03—51 سالف النكر التي نص على: ايمكن لمصالح الحفظ العقاري أن تستعين في إطار عملية إعداد السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية بأعوان متخصصين في الشريعة الإسلامية يعينهم لهنا الفرض الوزير المكلف بالشؤون الدينية و الأوقاف.

و نظرا لأهمية الأثر القانوني المتعلق بإجراء الإشهار و النبي يفترض أن عقدا مشهرا يكتسب كامل الأثر القانوني، و من ثم تصع السلطات العمومية عند الأداء كل القوة العمومية لحمايته.

لذلك فمن الضروري التأكد قبل تنفين إجراء الإشهار العقاري، من أن العقد المودع قصد إشهاره قد اعد بطريقة قانونية.

فكونه اعد في الشكل الرسمي هو في حد ذاته ضمان لشرعيته، غير أن المحافظ العقاري بموجب الأمر 75-74 و المرسوم 63/76، له سلطة المراقبة المتمتعة في التحقق من احترام قواعد الإشهار العقاري و كذا الأحكام القانونية و التنظيمية التي تحكم مختلف العمليات المتعلقة بالعقارات، و التي تجيز له إقصاء هذا العقد برفغ إشهاره عند عدم مراعاة كل ذلك.

هذه القواعد التي أشرنا إليها يمكن إجمالها في ثلاث أصناف:

- القواعد الشكلية و الموضوعية التي تخضع لها العقود المقدمة للإشهار.
- القواعد المتعلقة بشرعية العملية المتضمنة للعقد و التي تمس بالعقار.
- القواعد المتعلقة بأطراف العقد.

و بما أن عقد الوقف هو محور دراستنا، ستخصه فقط بالذكر. فبالنسبة للعقود المنشئة للوقف، يتعين على المحافظ العقاري التأكد من أن العقد خال من أي شرط يجعله باطلا.

لذا فكل عقد يعين من بين الورثة الذكور فقط كموقوف عليهم وسطاء مستبعدا بوضوح الورثة الإناث — أو العكس— فإنه يرفض تلقائيا. حيث يعتبر عقد من هذا القبيل و الذي للأسف — يوجد على أرض الواقع مخاف لقواعد الميراث.

كما يسهر المحافظ العقاري على أن عقد الوقف لم يحرر على عقار أين يمارس فيه نشاط غير قانوني تحرمه الشريعة الإسلامية، مثال ذلك محل لبيع المشروبات الكحولية...الخ.

و ذلك مراعاة للمادة 105 من المرسوم التنفيذي 92-134 مؤرخ في 1992/04/07 المعدل و المتمم للمرسوم 76-62 المؤرخ في 1976/03/25 المعدل و المتمم و المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام التي نص على: " يحقق المحافظ بمجرد اطلاعه على البيانات الموجودة في الوثيقة المودعة بأن موضوع أو سبب العقد ليس غير مشروع أو مناف للأخلاق أو مخالفة للنظام العام بكل وضوحاا.

و فيما يخصى تعديل العقود المنشئة سابقا للوقف، فيجب أن يسهر على أن تكون هذه التعديلات شرعية و قانونية.

كما يجب على المحافظ العقاري أن يرفضن كل عقد يرمي إلى إلغاء وقف تم إنشاؤه بطريقة قانونية من قبل.

من خلال مختلف أوجه أمثلة المراقبة هاته، بات دور حماية الأوقاف واضحا للمحافظة على الذمة العقارية، و لكي تبقى المؤسسة النبيلة مصونة من كل التصرفات التعسفية أو غير الشرعية.

و قد ينور التساؤل عند اكتشاف خطأ في عقد وقف تم إشهاره حول جواز ص \\\هـ.

و تجيبنا عن ذلك المادة 109 من المرسوم التنفيذي 92—134 سالف النكر و التي نص على: "عندما يكشف المحافظ في ونيقة تم إشهارها خطأ منسوبا إلى الأطراف، فإنه يعلم الموقع على شهادة الهوية بهذا الخطأ و يعلمه بأنه في حالة عدم تعديله فإنه لا يتم تمثيل أي إجراء فيما يخص الحق المشار إليه في الوثيقة الخاطئة.

ذلك أن الوقف عقد أبدي لا يجوز الرجوع عنه نهائيا، و المقصود بجواز الرجوع في الوقف هو جواز الرجوع فقط في الشروط التي اشترطها الواقف عند انعقاد الوقف.

و تصحح الأخطاء عن طريق يداع ونيقة جديدة معدة ضمن الأشكال القانونية و ترمي إلى تعديل الوثيقة التي تم إشهارها و المشوبة بالأخطاء، و جميع التأشيرات اللازمة تكب على البطاقات و الدفتر العقاري صد الإشارة إلى الأخطاء و التعديات.

و خلافا لأحكام الفقرة الأولى، فإن وجود خطأ في الوثيقة تم بعد إشهارها، لا يعوق إشهار عقد حرر أو قرار قضائي نطق به بدون مساعدة صاحب الحق أو ضده.اا في الحقيقة و من خلال تقلي إلى المحافظة العقارية بولاية باتة و تمكيني من الاطلاع و الحصول على عدة عقود وقف مشهرة و تفحصها بدقة، ببين لي أنها باطلة

في نظر القانون و مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية و للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها، ذلك أن صيغة الوقف انحرفت عن معنى الوقف و تشير إلى انتال الملكية إلى الجهة الموقوف عليها مجرد إتمام عملية الإشهار العقاري

في حين أن الشهر في عقد الوقف له فقط وظيفة إعلامية و هو غير ناقل للملكية، ناهيك عن الصياغة الرديئة التي يحررها بعض المؤنفين و التي تشوب بعض تلك العقود*.

ليثور التساؤل عن مصير هذه العقود التي لم يتم تصحيحها بعد و لا إبطالها، و هو في نظري طريق آخر لضياع الوقف، و الذي يؤخذ على المحافظ العقاري في هذا المجال.

و في الأخير بقي لنا أن نشير إلى أنه يمكن للدولة أن تتحمل مسؤوليتها بسبب الأخطاء التي تلحق بالغير، و التي قام بها المحافظ العقاري أثناء تأدية مهامه.

و للدولة الحق في رفع دعوى الرجوع ضد المحافظ العقاري في حالة الخطأ الجسيم لهذا الأخير[1]

*عقد الوقف العام المشهر بالمحافظة العقارية لولاية باتنة بتاريخ 2005/08/10 تحت رقم 75 حجم 1395 .

عقد الوقف العام المشهر بالمحافظة العقارية لولاية باتنة بتاريخ2008/05/07 تحت رقم 29 مجلد 1504.

عقد الوقف العام المشهر بالمحافظة العقارية لولاية باتنة تحت رقم 60 مجلد 1523 .

(1)علاوة بن تشاكر، حصر الأوقاف و حمايتها في الجزائر، محاضرة ألقيت بمناسبة دورة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر تحت الرعاية السامية للسيد رئيس الحكومة، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، 21الى25 نوفمبر1999 ص 29/31

تمهيد:

للوقوف على حقيقة النظام القانوني للوقف، لا يكفينا إبراز خلفياته التاريخية و مفهومه و تحديد أركانه و شروط نفاذه فحسب، لأن هذه العناصر تشكل فقط اطاره النظري و الأهم من ذلك هو إطاره العملي، و الذي يجسد الفائدة التي يدرها الوقفة سواء للواقف أو الموقوف عليه أو المجتمع.

هذه الفائدة التي لا تتأتى إلا بفضل حسن سير و فعالية تنظيمه الهيكلي الممثل في الأجهزة المسيرة للووقف ونجاعة نمط هذا التسيير .

و لا يقف الأمر عند تسييره فحسب، بل يتعداه إلى استثماره لإدرار و تعظيم ريعه بهدف تنميته بالأساليب القانونية التي تتلاءم مع طبيعته الشرعية،بالاضافة إلى ذلك، فقد حدد المشرع اطار منازعات الأوقاف في حالة وجود نزاع أمام القضاء.

و للخوض في هذه المحاور، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص المبحث الأول لإدارة الأملاك الوقفية و المبحث الثاني لمنازعات الأملاك الوقفية.

المبحث الأول:إدارة الأملاك الوقفية

إن الأملاك الوقفية كغيرها من الأموال، تحتاج على الدوام إلى يد ترعاها وتحافظ عليها وتصونها ومنذ أولى بداياتها تميزت بنظام إدارة محكم ودقيق خاصة في العهد العثماني، أين تعاظم دورها بفضل حسن الإشراف عليها ورعاية نظارها وإعادة إحيائها في كل مرة إذا ما طالتها الأيدي ولحق بها الخراب.

ومؤسسة الوقف بجزائر اليوم، هي الأخرى من أكبر المؤسسات وتمثل وزارة برمتها ولأهميتها ودورها الفعال، فقد وضع المشرع الإطار القانوني التنظيمي لإدارتها.

و سنتعرف على نمط هذه الإدارة من خلال دراسة الأجهزة المسيرة للاوقاف و كيفية تأجيرها و كذا طرق تنميتها. و سنخصى كلا من هذه العناصر بمطلب مستقل.

المطلب الأول: أجهزة تسيير الأملاك الوقفية

كانت الأوقاف و لفترة طويلة تسير تسييرا ذاتيا، فكانت تحت إشراف شخصى معين إما من طرف الواقف أو بموجب حكم قضائي، غير أنه في أحيان كثيرة كان الواقف يحتفظ ويستأثر بحق تسيير الملك الوقفي لنفسه.

وكان مسير الوقف يتمتع باستقلالية في تسيير شؤون الوقف تحت رقابة القضاء الذي يشكل الضمانة الأساسية للواقف أو الموقوف عليهم لحماية مصالحهم والحفاظ على حقوقهم و على الملك الوقفي في حد ذاته و لفرض سلطان الدولة، فقد سادت المركزية في جميع المجالات، والتي يعتبر الوقف واحدا منها و تعرف المركزية أو أسلوب التسيير المركزي عموما بأنه حصر جميع السلطات في يد السلطة المركزية [1].

وقياسا على ذلك، فإن التسيير المركزي ووقف هو وضع نظارة الوقفة العام وتسييره و إدارته ما لم يشترطها الواقف لنفسه في يد سلطة ممثلة في هيئة إدارية مركزية سواء كانت وزارة، هي وزارة الشؤون الدينية والأوقاف كما هو في الجزائر، أو أمانة مثل الأمانة العامة للاوقاف مثل الكويت.

(1) ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، لباد للنشر، ط2، 2008، ص90.

والنموذج الحالي في تسيير الأوقاف الذي انتهجته الجزائر منذ فجر الاستقلال لا يحمل في مضمونه مفهوم التركيز الإداري المطلق، بل يجسد عدم التركيز الإداري لأن وزير الشؤون الدينية والأوقاف يمارس صلاحياته بواسطة الهيئات المركزية على مستوى وزارته من جهة، ومن جهة أخرى، يمارس هذه الصلاحيات بواسطة هيئات محلية هي مديريات الشؤون الدينية و الأوقاف التي تمثل السلطة المركزية و تباشر بعض السلطات التقريرية بخصوص بعضى المسائل المحلية للووقف العام وهذا تجسيد لعدم التركيز الإداري. (1)

ولعل من أهم الدواعي التي فرضت نظام التسيير المركزي ووقف العام على الخصوص هو النزعة المركزية للدولة الحديثة وكبر حجم قطاع الأوقاف واستمراره في التوسع باعتباره من بين المؤسسات الكبرى في الدولة بغية تنظيم الأوقاف خصوصا بعد الوضعية المزرية التي آلت إليها منظومة الوقف جراء الاحتلال، هذا بالإضافة إلى الانتهاكات التي تتعرض لها الأوقاف من قبل بعض النظار، والاستحواذ على ريوعها،زيادة على تراجع رقابة القضاء على الأوقاف خاصة بعد إلغاء المحاكم الشرعية، وكذا ظهور وانتشار العديد من المرافق والمؤسسات ذات الطابع الاجتماعي، التربوي والخيري و التي تؤدي الدور ذاته الذي تقوم به مؤسسة الوقف.

و انتهاج الدول العربية الإسلامية الحديثة لأسلوب التسيير المركزي للوقف، ذلك لكونه يكتسي العديد من المزايا، فمن خلال هذا الأسلوب يمكن للدولة بسط رقابتها على نفقات وعائدات الأوقاف وحمايتها من التبديد و الإسراف. بالإضافة إلى ذلك، فإن تمركز الأوقاف في يد السلطة المركزية المختصة يضمن تفعيل دور الأوقاف ويسهل الوظيفة الاجتماعية والاصادية المزدوجة التي يؤديها الوقف و من الناحية القانونية، فإن أسلوب التسيير المركزي للوقف يضمن توحيد القانون المطبق بشأنها، و يسهل بالتبعية عمل القضاء.

(1)المادة 06 فقرة 05 من الموسوم التنفيذي رقم 89-99 المؤرخ في 27/06/1989 المحدد لعلاحيك وزارة الشؤون الدينية . الجريدة الرسمية،ع 26 المؤرخة في 28/09/1989.

و رغم مزايا أسلوب التسيير المركزي للوقف، إلا أن جانبا من الفقه عاب عليه على أنه يؤدي إلى زيادة حجم الأعباء على السلطة المركزية وتعقيد، الإجراءات البيروقراطية والذي يؤدي بدوره إلى تعطيل الوقف عن القيام بدوره الحقيقي في المدة الزمنية اللازمة.

كما أن فكرة البر والإحسان والطابع الخيري الذي يكتسيه الوقف لا يتلاءم بشكل مطلق مع التسيير المركزي للوقف، رغم كل الجهود التي تبذلها السلطة المركزية في هذا المجال والتي لا تعد كافية إلا بمساهمة مؤسسات خيرية تنشأ من قبل الواقفين والمتصدقين لتسيير الوقف، مع إعفاء الوقف من الضرائب والرسوم[1] .

و تحت الرقابة القضائية فيما يخص محاسبة النظار و حماية الوقف.

بالاضافة إلى ذلك، فإن ضبط تسيير الوقف على الصعيد المركزي هي مسألة مستحيلة لتواجد الأوقاف وانتشارها عبر كافة أقطار الدولة، إذ نجد الأوقاف منتشرة عبر كافة ولايات الوطن لذلك يقتضي الأمر لا محالة وجود هيئات محلية إقليمية تساهم هي الأخرى في تسير الأوقاف في إطار نظام عدم التركيز.

و إلى جانب ذلك، فإن الجزائر على غرار العديد من الدول أخذت شكلا آخر لتسير الملك الوقفي هو أسلوب التسيير المباشر بواسطة شخصى يسمى ناظر الوقف أو متولي الوقف كما درج عليه بعض الفقه.

و على هذا الأساس فإن أجهزة تسير الوقف تتمثل في:

- جهاز التسيير المباشر للوقف (ناظر الوقف).

-الأجهزة المركزية لتسيير الوقف.

-الأجهزة المحلية لتسيير الوقف.

و سنتناول بالدراسة كل جهاز من هذه الأجهزة في فرع مستقل.

الفرع الأول:جهاز التسيير المباشر ناظر الوقف

إن الشخص الذي خول له القانون الحق في إدارة الوقف والإشراف عليه يطلق عليه ناظر الوقف أو متولي الوقف.

وسنتناول دراسة ناظر الوقف من خلال تحديد مفهوم الناظر وشروط تعيينه ومهامه وحالات إنهاء مهامه كالتالي:

أولا: مفهوم الناظر

لقد حددت المادة 7 من المرسوم الذتفيذي 98- 381 المؤرخ في01/12/1998الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها و كيفيات ذلك، المفهوم العام للنظارة على الملك الوقفي والتي ربطتها بمهام معينة تتمثل في:

(1)المادة 44 من القاذون 91-10 المتعلق بالأوقاف.

- التسيير المباشر للملك الوقفي.
- رعايته.
- عمارته.
- استغلاله.
- حفظه.
- حمايته.

وقد وضع الفقهاء ترتيبا للاشخاص الذين تثبت أحقيتهم في الولاية على الوقف. و أول هؤلاء الأشخاص هو الواقف ذاته لكونه صاحب الإرادة الأولى في تعيين الناظر وقت انعقاد الوقف صحيحا.

ولكن جانبا من الفقه قد أنكر وأقر عدم جواز الولاية للواقف نفسه،والمشرع الجزائري يتضح أنه قد تبنى الرأي الأول الذي يجيز للوقف تولي الوقف ليدر ج بعده ترتيبا معينا لأشخامن الآخرين النين تصح ولايتهم على الوقف، وهذا تطبيقا لنصر المادة 16 من المرسوم التنفيذي 98/ 381 سالف الذكر.

فالترتيب الذي أشرنا إليه يكون كالتالي:

1-الواقف أو من نص عليه عقد الوقف.

2-الموقوف عليهم أو من يختارونه إذا كانوا معينين محصورين راشدين.

3-ولي الموقوف عليهم إذا كانوا معينين محصورين غير راشدين.

4-من لم يطلب النظارة لنفسه من أهل الخير والصلاح إذا كان الموقوف عليه غير معين أو معينا غير محصور وغير راشد ولا ولي له.

و وجود ناظر ووقف يرعى شؤونه هو أمر واجب وحتمي في نظر القانون تطبيقا لنص المادة 12 من نفس المرسوم التي نصت على: " تسند رعاية التسيير المباشر للملك الوقفي إلى ناظر الملك الوقفي في إطار احكام القانون رقم 91-10 المؤرخ في24/04/1991 و المذكور اعلاه ".

ثانيا: شروط تعيين ناظر الوقف

يمكن إجمال شروط تعيين ناظر الوقف تطبيقا للمادة 17 من المرسوم الدنفيني 98 381 سالف الذكر فيما يلي:

1- **الإسلام:**

لكون الوقف واحد من أرقى أنظمة الشريعة الإسلامية السمحة، فمن البديهي أن يكون متولي الملك الوقفي مسلما، ولا يجوز لغير المسلم توليه لقول المولى عز وجل: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا...".

2- الجنسية الجزائرية:

شرط الجنسية لناظر الملك الوقفي غير وارد في أحكام الشرع، و لكن لاعتبارات سياسية متعلقة بالسيادة الوطنية لكل الدول بما فيها تلك التي تدين بالإسلام، فقد أضاف المشرع الجزائري شرط الجنسية الجزائرية التي تقوم على أساس الرقعة الجغرافية أو الحدود الإقليمية لا على أساس الدين والعقيدة[1].

3-بلوغ سن الرشد:

هذا الشرط لا اختلاف فيه بين الشرع والقانون، بصريح نصي المادة 16 و 17 من المرسوم 98-381سالف الذكر. و بمفهوم المخالفة، فإنه لا يجوز تعيين القاصر في ولاية الوقف لأن ولاية الملك الوقفي تتعلق بأعمال التسيير والإدارة، ولأنه بالرجوع إلى القواعد العامة فإن القاصر يحرم من ولاية ماله وهو في حد ذاته بحاجة إلى ولي.

وفي حالة تولية القاصر على الملك الوقفي، جاز للقاضي إبطالها (و من كل ذي مصلحة)، وبعد بلوغه سن الرشد فإنه يجوز للقاصر الذي ابطلت توليته مطالبة القاضي بمنحه التولية من جديد.

4-سلامه العقل و البدن:

لكون النظارة على الملك الوقفي تتعلق بأعمال التسيير والإدارة فقد خولها الشرع والقانون للشخص العاقل، ونعني بالعقل القدرة التامة على حسن التصرف والتي عبر عنها فقهاء الشريعة الإسلامية بالكفاية اللازمة.

وإلى جانب سلامه العقل، يشترط كذلك سلامة البدن من كل عاهة كالصمم والبكم والعمى أو أية عاهة أخرى تحول دون تولي الملك الوقفي على أكمل وجه وبالشكل اللازم[2].

5-العدل والأمانة:

المبدأ العام، أن جميع أعمال الإدارة والتسيير عموما تقتضي أن يكون القائم عليها من أهل الأمانة والعدل.

وإدارة الملك الوقفي على الخصوص تشترط لصحتها أن يكون ناظرها أمينا على سلامة الوقف وريعه، وعادلا في توزيع هذا الريع بالقسطاس بين الموقوف عليهم*

وحرص المشرع الجزائري على هذا الشرط واضح من خلال المادة 16 من المرسوم سالف الذكر وما يؤكد مدى وجوب توافر صفة العدل والأمانة في ناظر الوقف، هو أن أعمال إدارة وتسيير الملك الوقفي التي يقوم بها ناظر الوقف خاضعة للرقابة.

---

(1) محمد، كنازة، المرجع السابق، ص 153 ،152

(2)محمد، كنازة، المرجع نفسه، ص 153.

*انظر كذلك: زهدي يكن، الوقف في الشريعة و القانون، ص 74، 75.

6- الكفاءة والقدرة على حسن التصرف:

حرصا على ضمان الحماية اللازمة للملك الوقفي من أي يد قد تطوله، فقد اشترط القانون على مسيره تمتعه بالكفاءة اللازمة وقدرته على حسن التصرف وبأن يكون على دراية تامة بشؤون الملك الوقفي[1]

وتثبت كفاءة ناظر الوقف المرشح لهذا المنصب بالتحقيق الإداري و الخبرة والشهادة. وفي هذا الصدد، وبهدف تكوين نظارة أكفاء، فقد أنشئت معاهد إسلامية متخصصة في هذا المجال بموجب المرسوم 81- 102 المؤرخ في 1981/05/23 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 02-03 المؤرخ في 2002/09/03 المتضمن إنشاء المعاهد الإسلامية لتكوين الإطارات الدينية*.

و ناظر الملك الوقفي الكفء الذي يتولى تسيير الملك الوقفي، يخضع للرقابة الإدارية من طرف وكيل الأوقاف والذي يشترط فيه بدوره أن يكون ذا كفاءة معترف بها.

و حتى يتم اختيار نظار و وكلاء الأوقاف بصفة موضوعية، فإن ذلك يكون عن طريق إجراء مسابقات وامتحانات للالتحاق بالأسلاك الخاصة بقطاع الشؤون الدينية والأوقاف، وكذا إجراء فترات للتكوين و التربص**

ثالثا: مهام ناظر الملك الوقفي

يمكن إجمال مهام ناظر الملك الوقفي والتي ذكرت على سبيل المثال لا الحصر حسب المادة 13 من القانون 98 – 381 في النقاط التالية:

-السهر على سلامة الملك الوقفي والمحافظة عليه وكل مشتملاته و توابعه من عقارات ومنقولات.

السهر على صيانة الملك الوقفي المبني وترميمه عند الاقتضاء حسب نص المادة 45من القانون 91 – 10 سالف الذكر.

دفع الضرر عن الملك الوقفي مع التقيد بالنتظيمات المعمول بها وبشروط الواقف تحصيل عائدات الملك الوقفي والسهر على أداء حقوق الموقوف عليهم حسب ما نص عليه الوقف بعد خصم نفقات المحافظة على الملك الوقفي وخدمته المثبتة قانونا

(1) محمد عيسى، المرجع السابق، ص 27.

انظر كذلك: زهدي، يكن، الوقف في الشريعة و القانون، ص 75.

و كذلك: الإمام عبد القادر بن عمر التغلبي الشيباني، شروط ناظر الوقف، الموقع الإلكتروني:http://www.waqfuna.com/nazarah.php

*المرسوم التنفيذي رقم 05-136 المؤرخ في 2005/04/24 إنشاء معاهد اسلامية لتكوين الإطارات الدينية و تحديد قانونها الأساسي المعدل و المتمم.

**و ذلك بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 06 ذي الحجة 1419 ه الموافق ل 1999/03/23 المتضمن برامج المسابقات على أساس الاختبارات و الامتحانات المهنية للاكحاق بالأسلاك الخاصة بقطاع الشؤون الدينية والأوقاف.

و كذلك القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 08 جمادى الثانية 1423 ه الموافق ل 2002/08/17 الذي يحدد برامج التكوين المتخصص الخاص برتبة وكيل الأوقاف.

-والناظر ملزم أيضا برعاية الملك الوقفي والتي يمكن أن تتجسد في الحرص على انجاز المشاريع اللازمة وكل أعمال الاستصلاح والتشجير واقتناء للعتاد الفلاحي.

-عمارة الملك الوقفي بصيانته وإعادة بنائه عند الاضاء واستحداث كل أوجه التجديد الأخرى ذات الطابع التنموي مسلى حسابات ريوع الملك الوقفي وتوزيعها على حسب شروط الوقف إن كان الوقف خاصا أو بصب المبالغ المحصلة في حساب الأملاك الوقفية للولاية إنا كان الوقف عاما.

-مهمة البحث عن الأملاك الوقفية التي خلفها وتركها الواقف وجردها والقيام بتوثيقها إداريا طبقا للتنظيم المعمول به[1]

رابعا: انتهاء مهام ناظر الملك الوقفي.

من خلال استقراء أحكام المادة 21 من المرسوم 98 -381، نجد أن انتهاء مهام ناظر الوقف في التشريع الجزائري، لا تجد لها سوى حالتين تتمثل الحالة الأولى في الإعفاء والحالة الثانية في الإسقاط.

أ- حالات الإعفاء:

بالرجوع إلى نفس المادة فقد أورد المشرع الحالات التي يتم فيها إعفاء الناظر من مهامه وذلك بالتدريج حسب جسامة السبب الداعي والباعث لذلك، وتتمثل هذه الحالات في:

- حالة إصابة الناظر بمرض يفقده القدرة على مباشرة العمل أو يفقده القدرة العقلية.

-حالة ثبوت نقص كفاءته أو تخليه عن منصبه بمحض إرادته ويكون ذلك إجرائيا بموجب تبليغ كتابي للسلطة المشرفة عليه يوضح فيه رغبته في الاستقالة وتاريخ مغادرته.

-حالة إتيانه عملا من الأعمال المحرمة شرعا وقانونا لتعارضها مع الدور الجليل الذي يؤديه الوقف مثل تعاطي المخدرات أو المشاركة في القمار والميسر.*

---

*راجع بخصوص عائدات الملك الوقفي: المادة 31 من المرسوم التنفيذي 98-381 سالف النكر. و بخصوص نفقات الملك الوقفي: راجع المواد من 32 إلى 38 من نفس المرسوم ، عمارة الوقف مقدمة على الصرف على المستحقين ، راجع في ذلك: احمد أمين، حسان و فتحي، عبد الهادي، موسوعة الأوقاف، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1999، ص 111/113.

انظر كذلك: نور بنت حسن بن عبد الحليم قاروت، وظائف ناظر الوقف في الفقه الإسلامي، أوقاف، الكويت،الأمانة للأوقاف، ع5، أكتوبر 2003، ص 155، 156.

(1) محمد كنازة،المرجع السابق،ص 155 ،156 .

انظر كذلك: عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، ص 25.

– حالة إقدامه على بعخن التصرفات والتجاوزات في تسيير الملك الوقفي مدل ادعائه بملكيته لجزء من الملك الوقفي أو الإقدام على بيعه دون إذن كتابي من السلطة المختصة

ب– حالات الإسقاط:

يتضح من خلال استقراء أحكام الفقرة الثانية من المادة 21 سالفة الذكر، أن مهمة ناظر الملك الوقفي تسقط في الحالتين التاليتين: [1]

–إذا بت أنه يضر بشؤون الملك الوقفي وبمصلحة الموقوف عليهم أو أنه يلحق ضررا بمستقبل الملك الوقفي أو بموارده، أو في حالة ارتكابه لجناية أو جنحة.

– إذا قام برهن أو بيع المستغلات دون إذن كتابي، وفي هذه الحالة فإن الرهن أو البيع باطلين بقوة القانون مع تحمل الناظر تبعات تصرفه.

و هاتين الحالتين يتم إيضاحهما عن طريق التحقيق والمعاينة الميدانية والشهادة والخبرة والإقرار من طرف لجنة الأوقاف المشكلة والمحددة لدى الوزير الككلف بالشؤون الدينية.

والجدير بالذكر إن الإعفاء والإسقاط في الوقف العام يختلف عنه في الوقف الخاص. فإذا كان الوقف عاما، فإن الإعفاء والإسقاط يكون بموجب قرار صادر من الوزير المكلف بالشؤون الدينية و الأوقاف.

أما إذا كان الوقف خاصا، فإن إعفاء و إسقاط مهام ناظر الوقف يكون بموجب حكم قضائي صادر من الجهة القضائية المختصة بطلب من الموقوف عليهم أو الواقف ذاته إذا لم يشترط لنفسه النظارة حين انعقاد الوقف، أما إذا كان قد إشترط لنفسه النظارة في عقد الوقف وقام بعد ذلك بتولية الغير بدله، فإنه يجوز له عزله مباشرة دون اللجوء إلى القضاء لكون الغير وكيل عنه، والموكل يجوز له كقاعدة عامة عزل الوكيل متى شاء[2]

(1)محمد كنازة، المرجع السابق،ص 153/155.

(2)خالد عبد الله شعيب، أ مراقبة ناظر الوقف و محاسبتهاا، الموقع الإلكتروني http://www.waqfuna.com/nazarah.php :

الفرع الثاني:الأجهزة المركزية لتسيير الوقف

في إطار تسيير الوقف على الصعيد المركزي، فقد أحدث المشرع أجهزة مركزية تتجسد في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف الممثلة في شخصي وزيرها المكلف بالأوقاف وكذا اللجنة الوطنية للاوقاف. الوزارة المكلفة بالأوقاف: في إطار تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، فقد استحدث المشرع الجزائري هياكل جديدة وكلفها بمهام محددة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-146 مؤرخ في 2000/06/28 تتمثل في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف التي كانت في ما مضى تسمى وزارة الأوقاف وقبلها سميت وزارةالتعليم الأصلي و الشؤون الدينية.

وتتكون وزارة الشؤون الدينية والأوقاف من عدة أجهزة هي:

- الأمانة العامة: يشرف عليها الأمين العام بمساعدة مديران للدراسات ويلحق به مكتب البريد والاتصال.
- الديوان: ويرأسه رئيس الديوان بمساعدة خمسة مكلفين بالدراسة والتلخيص لحصيلة نشاط الوزارة ومتابعة النشاط القانوني لها بمساعدة أربعة ملحقين بالديوان.
- المفتشية العامة: وقد نظمها المرسوم 2000—146 المؤرخ في 2000/06/28 سالف الذكر والذي أحال تنظيمها على المرسوم التنفيذي رقم 371/2000 المؤرخ في18-11-2000المتضمن إحداث المفتشية العامة في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف وتنظيمها وسيرها.*

وتقوم هذه المفتشية بـ:

- القيام بزيارات مراقبة و تفتيش للتأكد من السير الحسن للهياكل و المؤسسات والهيئات التابعة للوصاية.
- الاستثمار الرشيد والأمثل للوسائل والموارد الموضوعة تحت تصرف الهياكل التابعة لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف.
- التحقق من تنفيذ القرارات والتوجيهات التي يصدرها إليها وزير الشؤون الدينية والأوقاف أو الهياكل المركزية.
- متابعة مشاريع استغلال الأملاك الوقفية و تفقدها وإعداد تقارير دورية عن ذلك.
- ويمكن أن يطلب من المفتشية العامة زيادة على ذلك القيام بأي عمل تصوري أو أية مهمة ظرفية لمراقبة ملفات محددة أو وضعيات خاصة أو عرائض تدخل ضمن صلاحيات وزير الشؤون الدينية والأوقاف.

و بالإضافة إلى هذه الهياكل المنكورة أعلاه، فإنه يوجد على مستوى الوزارة المعنية

*الجريدة الرسمية ع 29 المؤرخة في 2000/11/21.

خمس مديريات تتفرع بدورها مديريات فرعية، وهذه المديريات الخمسة هي:

- مديرية التوجيه الديني والتعليم القراني.
- مديرية الثقافة الإسلامية.
- مديرية التكوين وتحسين المستوى.
- مديرية إدارة الوسائل.

غير أن المديرية التي تهمنا في مجال دراستنا هي مديرية الأوقاف و الحج. مديرية الأوقاف والحج:

في إطار تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف بموجب المرسوم 2000-146 سالف الذكر، استحدث المشرع مديرية الأوقاف والحج والتي كانت تسمى فيما مضى بنظارة الأوقاف.

وتتمتل مهام مديرية الأوقاف والحج على المستوى المركزي فيما يلي:

وضع البرامج المتعلقة بالبحث عن الأملاك الوقفية وتنميتها و تسييرها واستثمارها.

-القيام بأمانة لجنة الأملاك الوقفية (هذا فقط فيما يخص مجال الوقف) إلى جانب متابعتها للحج والقيام بأمانة اللجنة الوطنية للحج.

وتضم مديرية الأوقاف والحج ثلالة مديريات:مديرية من بينها تتعلق بالحج والعمرة هي:

المديرية الفرعية للحج والعمرة ومديريتان تتعلقان بمجال الأوقاف وهو ما يهمنا وهما كالتالي:

المديرية الفرعية للبحث عن الأملاك الوقفية والمنازعات: وتكلف بما يلي:

- البحث عن الأملاك الوقفية.
- تسيير وثائق الأملاك العقارية والأملاك الوقفية وتسجيلها واستثمارها.
- القيام بمتابعة إجراءات تنفيذ قرارات العدالة.

المديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية: وتكلف بما يلي:

- إعداد الدراسات المتعلقة باستثمار الأملاك الوقفية وتنميتها.
- متابعة نشاط المكلفين بالأملاك الوقفية في مستوى نظارات الشؤون الدينية بالولايات.
- إعداد عمليات التصليحات والترميمات المتعلقة بالأملاك الوقفية ومتابعتها.
- متابعة العمليات المتعلقة بالصفقات وإجراء المناقصات في مجال الأملاك الوقفية.
- القيام بأمانة اللجنة الوطنية للاملاك الوقفية*

*المادة 03 من نفس المرسوم

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن مسألة إدارة وتسيير الأملاك الوقفية على غرار باقي القطاعات، لطالما شهدت عدم الاستقرار نتيجة التغيرات السياسية وتغير الوزراء وتداولهم على السلطة، و الذي ينجر عنه إعادة النظر والتغيير في برنامج كل وزارة في كل فترة، وهو ما يربك منظومة الوقف.

هذه التغيرات التي أفرزها التسيير المركزي للوقف والذي كرس عدم التركيز الإداري جعل من غير الممكن على الإدارة المركزية لوحدها الاستجابة لكل متطلبات منظومة الوقف وعدم قدرة أجهزتها على ضبط تسيير الأوقاف، لذا وتكريسا لعدم التركيز الإداري فقد تم على المستوى المحلي إنشاء أجهزة لتسير الأوقاف، وهو ما سنتناوله عند دراستا لأجهزة المحلية لتسيير الوقف.

هذا وقد تعزز التنظيم الهيكلي للادارة المركزية في وزارة الأوقاف باستحداث مكاتب على مستوى المديريات الفرعية التابعة لمدير الأوقاف وهذا تطبيقا للمادة 07 من نفس المرسوم سالف الذكر.

وقد حدد هذه المكاتب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2001/11/20 كالآتي:

1-المديرية الفرعية للبحث عن الأملاك الوقفية والمنازعات : وتضم المكاتب التالية:

- مكتب البحث عن الأملاك الوقفية وتسجيلها.
- مكتب الدراسات التقنية والتعاون.
- مكتب المنازعات.

2- المديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية : وتتكون من المكاتب التالية:

- مكتب استثمار وتنمية الأملاك الوقفية.
- مكتب تسيير موارد ونفقات الأملاك الوقفية.
- مكتب صيانة الأملاك الوقفية.

3-المديرية الفرعية للحج والعمرة : وتضم المكاتب التالية:

- مكتب تنظيم ومتابعة عمليات الحج.
- مكتب متابعة عملية العمرة.

الفرع الثالث: الأجهزة المحلية لتسيير الوقف

تكريسا منه لعدم التركيز الإداري، فقد نظم إنشاء نظارات الشؤون الدينية والأوقاف التي تحولت إلى مديريات كما هو معمول به في الجزائر والتي تعمل بالتنسيق مع مصالح أخرى كمديرية أملاك الدولة ومديرية الحفظ العقاري بخصوص عملية جرد الأوقاف إلى جانب البلديات التي نعوم بالإشراف على صيانة المدارس القرآنية والمساجد.

الجريدة الرسمية ع 73 المؤرخة في 2001/12/02.

وإلى جانب ذلك، فقد أنشأ المشرع في إطار تفعيل دور الأوقاف على مستوى كل ولاية مؤسسة دينية هي مؤسسة المسجد*، و سنتناول كل ما ذكرناه بشيء من التفصيل.

أولا: مديرية الشؤون الدينية والأوقاف

تشكل مديريات الشؤون الدينية والأوقاف مظهرا من مظاهر التسيير اللامركزي للأوقاف وأول ما كانت عليه هذه المديريات في شكل نظارات الشؤون الدينية والأوقاف بموجب المرسوم التنفيذي رقم 83/91 المؤرخ في 1991/03/23 المتضمن إنشاء نظارات الشؤون الدينية في الولاية وتحديد تنظيمها وتعديلها. كما نص المشرع وحدد مهام نظارة الشؤون الدينية والأوقاف بشأن سيير الأوقاف بموجب المادة العاشرة من المرسوم 98-381 المؤرخ في 1998/12/01 والمحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وسيرها وحمايتها و كيفيات ذلك، حيث نصت هذه المادة على: "يسهر نظارة الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية على سيير الأملاك الوقفية وحمايتها والبحث عنها وجردها وتونيعها إداريا طبقا للتنظيم المعمول به".

وبعدها أصبحت نظارة الشؤون الدينية والأوقاف في شكل مديريات ولائية ، كما هو معمول به في الجزائر، وهذا تطبيقا لمرسوم التنفيذي رقم 2000-200 المؤرخ في 26/07/2000المحدد لقواعد تنظيم الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها.**

حيث نصت المادة 02 من المرسوم على:" تجمع مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية في مديرية الشؤون الدينية والأوقاف تتضمن مصالح مهيكلة في مكاتب".

وبالنسبة للتنظيم الهيكلي لمديرية الشؤون الدينية والأوقاف، فإنها تضم نلاث مصالح تتمثل في:

- مصلحة المستخدمين والوسائل والمحاسبة.
- مصلحة التعليم القرآني والتكوين والكشافة الإسلامية.
- مصلحة الإرشاد والشعائر والأوقاف.

*راجع في هذا الإطار المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 91-81 المؤرخ في 1991/03/23 المتضمن بناء المساجد.

**المادة 06 من المرسوم. الجريدة الرسمية ع 47 امؤرخة في 2000/08/02.

هذه الأخيرة هي التي توكل إليها مهمة مراقبة تسيير الأماك الوقفية.

وتشمل كل من المصالح التي ذكرناها مكاتب لضبط توزيع المهام* وتسهيل الرقابة على الأوقاف، و ذلك تطبيقا للقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2003/05/11 المتضمن تنظيم مصالح المديريات الولائية للشؤون الدينية و الأوقاف في مكاتب **.

أما بالنسبة للمهام والصلاحيات التي خولها المرسوم 2000_200 سالف الذكر لمديريات الشؤون الدينية والأوقاف، فيمكن القول بأن المرسوم قد وسع من هذه المهام بخلاف المرسوم الذي سبقه والذي تم إلغاءه. وفيما يتعلق بتسيير الأملاك الوقفية، فإن هذه المهام تتمثل في:

- تنفيذ كل تدبير من شأنه ترقية نشاطات الأوقاف ودفعها.
- مراقبة التسيير والسهر على حماية الأملاك الوقفية واستشارها.
- مراقبة المشاريع المقترحة لبناء المدارس القرآنية ومشاريع الأملاك الوقفية.
- إعطاء الموافقة الصريحة المتعلقة بالمشاريع المقترحة.
- إبرام عقود ايجار الأملاك الوقفية واستشارتها في الحدود التي يمنحها التشريع والتنظيم المعمول بهما.
- ولتفعيل دور الأماك الوقفية وضمان السير الحسن لها، فقد عمل المشرع على بسط الرقابة عليها، وأسند مهمة الرقابة إلى وكيل الأوقاف لمتابعة أعمال نظارة الأملاك الوقفية، وذلك تطبيقا لأحكام المواد 10-11 من المرسوم التنفيذي 381/98 سالف الذكر.***

وكذا تطبيقا لأحكام المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 91-114 المؤرخ في 27/04/1991المتضمن القانون الأساسي الخاص بعمال قطاع الشؤون الدينية المعدل و المتمم ، والتي حددت مهام وكيل الأوقاف المتمثلة في:

- مراقبة الأملاك الوقفية ومتابعتها.
- السهر على صيانة الأملاك الوقفية.
- مسك دفاتر الجرد والحسابات.
- السهر على استثمار الأوقاف.
- تشجيع المواطنين على تنشيط الحركة الوقفية.
- مسك حسابات الأملاك الوقفية وضبطها.

*يتم توزيع المهام المرتبطة بتنظيم المصالح اللامركزية التابعة لوزارة الشؤون الدينية و الأوقاف بموجب قرارات التعيين في المناصب التي يصادق عليها وزير الشؤون الدينية والأوقاف بناء على اقتراح نظارة الشؤون الدينية و الأوقاف في الولايات تطبيقا للمرسوم التنفيذي رقم 97-34 المؤرخ في 1997/01/14 الذي يحدد قائمة المناصب العليا في المصالح اللامركزية التابعة لوزارة الشؤون الدينية و الأوقاف و شروط الالتحاق بها و تصنيفها. انظر الجريدة الرسمية ع 04 المؤرخة في 1997/01/15.

**الجريدة الرسمية ع 36. المؤرخة في 2003/06/08.

*** الجريدة الرسمية ع 20 المؤرخة في 1991/05/01.

ثانيا: مؤسسة المسجد:

تم إنشاء وإحداث مؤسسة دينية على مستوى كل ولاية هي مؤسسة المسجد بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91-82 المؤرخ في 1991/03/23.

و مؤسسة المسجد تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتهدف لتقديم النفع العام بمنأى عن أي غرض تجاري أو مادي.

وتنشط هذه المؤسسة في مجال التعليم القرآني وتجهيز المساجد والمدارس القرآنية وكذا المجال التعليمي والطافي وفي سبل الخيرات عموما[1]

و في مجال الأوقاف فإن المؤسسة تقوم ب:

- العناية ببناء المساجد والمدارس القر انية والمساهمة في تجهيزها وصيانتها.
- الحفاظ على المساجد وحماية أملاكها.
- تنشيط الحركة الوقفية وترشيد استثمار الأوقاف*.

وتضم مؤسسة المسجد أربعة مجالس، كل مجلس يرأسه أمين يختار الأعضاء من بينهم بموافقة الوزير، هذه المجالس هي:

- المجلس العلمي: ويتكون من فقهاء وعلماء من ذوي الثقافة الإسلامية العالية وحاملي الشهادات العلمية.
- مجلس اقرأ والتعليم المسجدي: ويتكون من الأئمة ومعلمي القرآن وأساتذة التربية الإسلامية وغرهم.
- مجلس سبل الخيرات: ويتكون من الأئمة وأعضاء الجمعيات الخيرية ذات الطابع الإسلامي والجمعيات الإسلامية.

*الجريدة الرسمية ع 16 المؤرخة في 1991/04/10.

(1) راجع في ذلك:مقال للشيخ احمد حماتي رحمه الله- بعنوان: دور المسجد في بث الوعي و الثقافة و الحضارة الإسلامية، مجلة الأصالة، وزارة التعليم العلمي و الشؤون الدينية، عدد خاص 42/43، فيفري- مارس1977.

-مجلس البناء والتجهيز: ويتكون من رؤساء جمعيات المساجد والمدارس القرانية والمؤسسات القرآنية والمؤسسات الخيرية والتي هي في طريق الإنجاز.

ويتكون مكتب المؤسسة من أمناء المجالس الأربعة ويرأس المكتب مدير الشؤون الدينية و ينوبه عند وقوع مانع أمين المجلس العلمي.

و يجتمع مكتب المؤسسة باستدعاء رئيسه شهريا، ويجتمع المكتب الموسع إلى أعضاء المجلس العلمي مرة كل ثلاثة أشهر في الحالات العادية.

وبالنسبة مجالس المؤسسة فتجتمع بدعوة من أمين كل مجلس في دورة عادية مرتين في السنة، كما يمكنها عقد دورات غير عادية بدعوة من مدير الشؤون الدينية والأوقاف أو أمين المجلس أو من أغلبية الأعضاء[1].

بعد عرضنا لأهم الأجهزة اللامركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والتي سعى المشرع جاهدا من خلال إحداثها إلى تفعيل دور ضبط وإحكام تسيير الأوقاف وتفعيل دورها، إلا أن ذلك الجهود التي بذلها المشرع الجزائري لم توفق إلى حد ما بسبب صعوبة الحصر الشامل للأوقاف وتسجيلها، وكذا بسبب العديد من التجاوزات التي تتعرض لها الأوقاف من نهب و هو ما نقرأه أكثر من مرة في الصحف اليومية

فالوديعة بمفهوم هذه المادة هي من جنس الأمانات . و هي كل ما يترك من مال و غيره لدى من يحفظه لرده إلى مودعه حين يطلبه، و هي بالتالي عقد غير ناقل للملكية كما نفهم أيضا من خلالها بأن عقد الوديعة ينصب على المنقول وحده بصريح نص المادة.

وطريق توظيفها للودائع بهدف الانتفاع بها.وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذه الفكرة كانت راسخة منذ التواجد العثماني في الجزائر، و قد كرسها المشرع الوقفي في المادة 26 مكرر 10 من القانون 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001 و التي تنص على: "الودائع ذات المنافع الوقفية هي التي تمكن صاحب مبلغ من المال ليس في حاجة إليه لفترة معينة من تسليمه للسلطة المكلفة بالأوقاف في شكل وديعة يسترجعها متى شاء و تقوم السلطة المكلفة بالأوقاف بتوظيف هذه الوديعة مع ما لديها من أوقاف"

قياسا على ذلك فقد فكر المشرع الوقفي في كيفية جلب المنفعة للمؤسسات الوقفية عن و حسب هذا المفهوم الذي جاءت به المادة للودائع ذات المنافع الوقفية بهذا الشكل، تكيف على أنها قرض لأنه يتم استرجاعها بعد الانتفاع منها، و هذا تطبيقا للمادة 598 من القانون المدني التي تنص على: "إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو أي شيء آخر مما يستهلك و كان المودع لديه مأذونا له في استعماله اعتبر العقد رضاا. و أرى بدوري أن فكرة الودائع ذات المنافع الوقفية من الأفكار المثلى و الناجعة في اسمرار الوقف و نمائه بزيادة رأس ماله و تحويل عائداته إلى استشارات منتجة تخدم المجتمع.*

(1)محمدكنازة، المرجع السابق، ص 149،150.

*م. عبدون، أراض وقفية تثير الفتنة و تنذر بانفجار شعبي ، الشروق، ع 2836، (30 جانفي 2010)، ص9.

كذلك: غنية قمواوي،وزارة الشؤون الدينية تعلن الطوارئ لاسترجاع أملاك الوقف، الشروق، ع 2818،(11 جانفي 2010)، ص 6.

ثانيا: القرض الحسن

عرف المشرع الجزائري القرض في المادة 450 من القانون المدني الجزائري التي نصت على:" قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء اخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع،والقدر [1]

فإلى جانب الودائع ذات المنافع الوقفية،و في إطار نفس المنحى التنموي للوقف العام، فقد وظف المشرع الوقفي اسلوبا آخر يتمثل في القرض الحسن، و الذي اقتبسه من القواعد العامة في المعاملات و كرسه بموجب المادة 26 مكرر10 من القانون 01 -07السالف الذكر و التي نصت على:"القرض الحسن هو إقراض محتاجين قدر حاجتهم على أن يعيدوه في أجل متفق عليها[2]

و يلاحظ من خلال اسدقراء أحكام المادة أعلاه، أن المشرع الوقفي أضاف للقرض كلمة الحسن، و يقصد به القرض الذي لا يتضمن فوائد ربوية، لأن فكرة الربوية تحرمها الشريعة الإسلامية.

كما أنه من خلال القرض الحسن، فإن المؤسسات الوقفية و في إطار خدماتها الجليلة، تقوم بمساعدة المحتاجين بمنحهم قروضا في حدود الحاجة و إعادتها بعد مدة محددة مسبقا.

وهذا هو الوجه الأول للقرض الحسن، أما عن الوجه الثاني — وهي الحالة العكسية— التي تكون فيها المؤسسات الوقفية التي ليست لها القدرة المادية على استثمار أصل الوقف فنتلقى قروضا من المصارف الإسلامية و المحسنين عن طريق استشعار الأجر الأخروي باستمرار بفضل الإعلام الهادف.

ثالثا: المضاربة الوقفية

يقصد بالمضاربة[3] عموما دفع المال إلى من يتجر بجزء من ربحه، فيقوم رجال السوق برفع سعر السلع وتخفيضها لتحقيق الربح على سبيل المقامرة.

---

(1)راجع في تعريف الوديعة في الفقه الإسلامي: أبو القاسم محمد بن احمد بن جزي الكلبي الغرناطي، المرجع السابق ص 379.

انظر كذلك: عبد الرزاق، السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل: المقاولة و الوكالة و الوديعة و الحراسة، ح7، بيروت- لبنان، دار إحياء التراث العربي، ص 675

(2)محمد، كنازة، المرجع السابق، ص 176.

(3)انظر كذلك: عبد الحفيظ، بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، ط5، 2006، ص 50.

راجع في ذلك: تجربة النهوض بالدور التنموي للوقف في دولة الكويف، الأمانة العامة للاوقاف، أفريل 1998، ص 58.

لا خلاف بين المسلمين في جواز القرض، و أنه مما كان في الجاهلية فأقره الإسلام، وهو نوع من الإجارة إلا أنه عفي فيها عن جهالة الأجر، و كانت الرخصة في ذلك الموضع الرفق بالناس ولكن في إطار المنحى الشرعي الذي يستمد منه الوقف وجوده، وهو ما سماه بالمضاربة الوقفية التي كرسها في المادة 26 مكرر 10 من نفس القانون التي تنص على"ا لمضاربة الوقفية هي التي يتم فيها استعمال بعضى ريع الوقف في العمل المصرفي والتجاري من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف مع مراعاة أحكام المادة 02 من القانون 91/10المؤرخ في 1991/04/27 والمذكور أعلاه".

و طرفا المضاربة الوقفية هما السلطة المكلفة بالأوقاف ورب المال. وقد اشترط القانون في العاقدان المتمثل في إحدى المؤسسات المصرفية أو التجارية وجوب توفر أهلية التصرف في الأموال[1]

وتجدر الإشارة إلى أنه يجوز في المضاربة الوقفية تعدد المضاربين، كأن تقوم السلطة المكلفة لألأوقاف باسنشار ريع الوقف لدى عدة مؤسسات مصرفية أو تجارية بشرط تحديد نصيب كل واحدة في الأرباح.

كما يجوز أن تشذزك أكنز من مؤسسة وقفية في رأس المال (ريع الوقف ححل الاستثمار) المضارب به في المضاربة الوقفية.

كما يشترط في المضاربة الوقفية أن يكون رأس المال نقدا لدرئ الغرر والجهالة التي تفضي إلى النزاع.

وهذا معناه أن يكون رأس المال المضارب به معلوما، ليكون الريع معلوما بطبيعة الحال وهذا ما تقتضيه القواعد العامة في المعاملات المالية.

كما لا يجوز أن يكون رأس المال الذي تضارب به السلطة المكلفة بالأوقاف دينا في ذمتها، ذلك أن ما في الذمة لا يتحول ويعود أمانة، مع احتمال أن يكون أحد طرفي المضاربة معسرا، فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزيد فيه، فيقع الربا المنهي عنه لذلك من الضروري أن يتحقق رأس المال عينا [2].

كما يستقل المضارب – المؤسسة المصرفية – هنا في حيازة رأس المال لأنه مؤمن عليه. وقد ربط الفقهاء مشروعية الربح كنبجة للمضاربة بقيدين.

---

(1) راجع في ذلك: محمد بن إسماعيل الأميرالصنعاني (تحقيق و تخريج احمد إبراهيم زهوة)، سبل السلام (شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام)،بيروت–لبنان،دار الكتاب العربي،ص 624. انظر كذلك: ابن حزم، المرجع السابق، ص 247.

(2)محمد بوجلال، نظرية الوقف النامي، محاضرة ألقيت بمناسبة دورة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر تحت الرعاية السامية للسيد رئيس الحكومة، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، 21إلى25 ذوفمبر1999 ، ص 17 ، 18.

وقد اقتبس المشرع الوقفي المضاربة في إطار تنمية الأوقاف العامة وزيادة عائداتها

القيد الأول: أن يكون العمل في مجال التجارة عن طريق البيع والشراء والزراعة و... الخ

وكل ما يرتبط بالإنتاج.

القيد الثاني: هو عدم تشديد الخناق غير الجدي على المؤسسة المصرفية المضاربة من طرف السلطة المكلفة بالأوقاف، ذلك أن الأصل في المضاربة أن تكون على إطلاقها مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال.

وما تجدر الإشارة إليه في ختام هذا العنصر، التأكيد على أنه مجال استثمار و تنمية الأوقاف عموما هو أن المال الموقوف أمانة لدى القائمين عليه، مما تحدد معه المسؤولية وفق المفاهيم الشرعية للامانة، لذلك فعلى المسؤول عن إدارة الوقف تحري الدقة في تنفيذ وصية الواقف و الحرص على تحقيق أكبر قدر من الكفاءة في إنفاق الريع على أغراضه المشروعة و عدم التوسع في الهياكل الإدارية و المشاريع المكلفة التي تشكل كلفتها عبئا على قدرة الوقف على إدرار الريع أو تستهلك جزءا كبيرا منه.

المبحث الثاني: منازعات الأملاك الوقفية

لا شك بأن إنشاء الوقف و تسييره و استثماره و تنميته يؤدي في حالات معينة إلى حدوث نزاعات نطرح أغلبها على مرافق القضاء، لذلك فقد وضع المشرع إطار المنازعات المنصبة على مادة الوقف، و هو ما سنتعرف عليه في هذا المبحث من خلال تحديد المحاور الكبرى لمنازعات الأملاك الوقفية، و الاختصاص القضائي في هذا المجال و كيفية إثبات الوقف، و سنخص كلا من هذه العناصر بمطلب مستقل.

المطلب الأول: المحاور الكبرى لمنازعات الأوقاف

سنتناول في هذا المطلب عنصرين أساسين هما: أسباب منازعات الأوقاف وموضوع هذه المنازعات، والتي سنتناولها بالدراسة من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: أسباب منازعات الأوقاف

في الحقيقة أن أسباب المنازعات المتعلقة بالأملاك الوقفية التي تطرح على مرافق القضاء الذي هو مطالب بإيجاد حلول لها، هي من الكثرة مما يصعب معه حصرها، كما أنه يسبب تنوع الوظائف والأنشطة التي تقوم بها الأملاك الوقفية، فإن ذلك قد يؤدي إلى إمكانية وجود أنواع أخرى من المنازعات في المسئقبل والتي لم يتناولها الفقه بالدراسة ولا حتى القانون والقضاء.

ويمكن إرجاع أسباب المنازعات المتعلقة بالأملاك الوقفية؛ إما إلى الواقف نفسه أو الوقف في حد ذاته أو بسبب إدارة واستثمار الوقف وتوزيع ريعه، كما قد ترجع أسباب المنازعات الوقفية إلى الموقوف عليهم أو الجهة الموقوف عليها و حتى الغير الذي يمكن أن يكون سببا في ذلك وسنتناول كل هذه الأسباب بالدراسة على النحو التالي:

أولا: المنازعات التي تحدث بسبب الواقف

لقد سبقت الإشارة إلى أن الواقف مقيد بشروط معينة منها الأهلية ، وكونه مالكا لمحل الوقف ملكية مطلقة، وأن لا يكون مريضا مرض الموت عند إبرامه للوقف، وكذا أن يكون مسلما في الوقف بنوعيه.

فإذا قام الواقف مثلا بإبرام عقد الوقف مع عدم توافر شرط من الشروط المنكورة والتي هي كنيرة في الحقيقة، فإن تصرفه هنا سيؤدي لا محالة لنشوب نزاع قضائي والذي يكون هو السبب المباشر فيه.

و حالة عدم ملكية الواقف لمحل الوقف والتي تعتبر من الحالات الشائعة التي تؤدي إلى نزاعات قضائية عديدة مطروحة على القضاء، والتي فصلت فيها المحكمة العليا في العديد من قراراتها، منها القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث والمؤرخ في 28/ 09/ 1993تحت رقم 94323، والذي قضت فيه بنقض القرار المطعون فيه الذي أبطل عقد الوقف بصفة جزئية على أساس أن عقد الوقف الذي شمل مال الواقف ومال أخيه (س) لا يكون باطلا إلا بالنسبة لمال الأخ (س) لكنه صحيح بالنسبة للمال المملوك له. كما يمكن أن يتصرف الواقف و هو مريض مرض الموت في المال المملوك له ملكية مطلقة بوقفه، فيقوم من له الصفة والمصلحة برفع دعوى أمام القضاء لإبطال الوقف في هذه الحالة لكونه يضر بمصالح الورثة.

ثانيا: المنازعات التي تحدث بسبب المال الموقوف

على غرار الواقف، فالمال الذي يكون محلا لعقد الوقف، يشترط فيه أن يكون مملوكا ملكية مطلقة للواقف وأن يكون مشروعا ، وغيرها من الشروط التي تطرقنا إليها عند دراستنا لأركان الوقف.

فإذا كان محل الوقف مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية و النظام العام والآداب المامة مثل المخدرات والممنوعات على اختلافها، فإن الوقف هنا يكون محلا للمنازعة القضائية بغرض إبطاله بطلانا مطلقا، وهذا تطبيقا لنص المادة 27 من قانون الاوقاف التي تنص على:

"كل وقف يخالف أحكام هذا القانون باطل مع مراعاة أحكام المادة 02 أعلاه".

وكذلك المادة 28 من نفس القانون التي تنحر على: ايشترط في الشيء المراد وقفه أن يكون مالا متقوما قابلا للانتفاع به، مملوكا للواقف ملكا تاما ومعلوما علما له نافيا للجهالة عند إنشاء الوقف، ويشترط في وقف المسجد بالإضافة إلى ذلك أن يكون مفرزا عند إنشاء الوقف.

ثالثا: المنازعات التي تحدث بسبب تسيير الملك الوقفي

تعتبر إدارة الوقف واستثماره وتوزيع ريعه على مستحقيه من أكثر المجالات اتساعا والتي تؤدي بصورة مكثفة إلى نشوء نزاعات يشأنها، والتي يحول معه حصرها. وربما يرجع ذلك إلى تداخل أطراف الوقف في حد ذاته من الناظر والواقف والسلطة المكلفة بالأوقاف والموقوف عليهم و حتى الغير.

فقد يحدث أن يتقاعس الناظر عن القيام بالأعمال المنوطة بالوقف على الوجه اللازم أو أن يهمل العين الموقوفة، أو كأن يقوم بتوزيع ريع الوقفة بما يتعارض مع شروطه... إلخ. فهنا يقوم من له مصلحة برفع دعوى ضد الناظر.

تقوم الجهة المكلفة بالأوقاف بعزل الناظر بطريقة تعسفية، فهنا يكون هذا العزل محل منازعة قضائية بين الناظر والجهة التي قامت بعزله.

كما يمكن ووقف أن يكون محلا للاعتداء من طرف الغير، أو أن يقع الاعتداء حتى من طرف الناظر نفسه كأن يقوم بالاستدانة باسم الملك الوقفي أو يقوم برهنه... إلخ، أو أي تصرف من شأنه أن يلحق ضررا بالملك الوقفي.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن العديد من الاعتداءات والتجاوزات التي يمارسها القائمون على الوقف، قد دفعت بالعديد من الصحف اليومية والدورية إلى نشرها نظرا لخطورة ذلك و للاهمية والقيمة التي يكتسمها هذا النوع من الأملاك.

رابعا: المنازعات التي تحدث بسبب الموقوف عليهم أو الغير

قد يكون الموقوف عليهم أو الجهة الموقوف عليها سبب المنازعة القضائية كما قد يكون الغير سببا في ذلك.

فقد .يقوم الناظر أو السلطة المكلفة بالوقف بتحويل ريع الوقف إلى جهة أخرى غير تلك المحددة في عقد الوقف، أو بإنقاص قيمة هذا الريع من ذمة طرف و إضافته إلى ذمة طرف آخر خاضعا لشروط الوقف.

فهذه الحالات على سبيل المثال، تستدعي من الموقوف عليهم اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقهم المهضمومة في نظرهم.

و لقد اشترط المشرع في المدعي في المنازعة المنصبة على استحقاق الوقف توافر صفة الموقوف عليه، لأن انعدام هذه الصفة تؤدي إلى عدم قبول وسماع دعواه.

كما يحق للناظر أو السلطة المكلفة بالأوقاف في حالة اعتداء الغير على الملك الوقفي اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإنهاء ذلك الاعتداء.

وعلى العموم، فأيا كانت أسباب الخلافات التي تحدث بين المتدخلين في الأملاك

الوقفية، فإن المنازعة بشأنها أمام مرفق القضاء، تكون متضمنة طرفا أساسيا فيها هو

الناظر باعدبار الوقف له شخصية معنوية مستقلة، يمثل أمام القضاء من طرف الناظر.

و المستفيدون من الوقف – الموقوف عليهم– لا يحق لهم أن يكونوا طرفا في الدعوى التي يكون موضوعها أصل الوقف إلا إذا كانوا قد عينوا نظارا عليه.

و ما يمكن قوله حول أسباب المنازعة القضائية في مادة الوقف أنها متداخلة مما يصعب في بعض الحالات عمل القاضي

الفرع الثاني: موضوع المنازعة الوقفية

يمكن تحديد موضوع المنازعة المنصبة على الوقف على النحو التالي:

أولا: المنازعة التي يكون موضوعها محل الوقف كما أسلفنا، فإن محل الوقف قد يكون عقارا أو منقولا أو منفعة، بحسب المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري موافقا في ذلك المذهب المالكي، وتطبيقا لنصر المادة 08 من قانون الأوقاف[1].

ومحل الوقف بمختلف أنواعه قد يثير العديد من النزاعات القضائية بشأنه، غير أن العقار الوقفي على الخصوص ونظرا لقيمته المادية الكبيرة التي تثير الأطماع في بعض النفوس والتي كثيرا ما تلجأ إلى الاستيلاء والاستحواذ عليه بشتى الطرق الاحتيالية سواء بالحيازة أو التملك.

لذلك، فقد وضع المشرع أدوات قانونية لرد الاعتداء عن المللى الوقفي، وتتمثل في دعوى استرداد الحيازة، دعوى منع التعرض و دعوى وقف الأعمال الجديدة.

كما خول القانون للناظر بصفته الممثل القانوني للملك الوقفي حق الدفاع عنه باللجوء إلى القضاء بواسطة دعوى يرفعها ضد المتعدي للمطالبة بإزالة الاعتداء الذي قد يكون كليا أو جزئيا، و وقفه مع التعويض[2].

وفي هذا الصدد، المحكمة العليا كمبدأ عام قضت في العديد من قراراتها بطلان كل الصرفات التي تمس بمقتضيات عقد الحبس

(1)قرار الغرفة العقارية بمجلس قضاء بغة المؤرخ في 2008/04/22 تحت رقم 08/217 قضى بإلغاء الحكم المستأنف و التصدي من جديد بعدم قبول الدعوى شكلا لانعدام الصفة.

(2)قرار الغرفة العقارية بمجلس قضاء باتنة بعد النقض و الإحالة مؤرخ في 2009/07/14 ننحت رقم 09/976.

فقد قضت الغرفة المدنية بالمحكمة العليا في القرار المؤرخ في 30- 03-1994 تحت رقم 109957، والذي جاء فيه: " ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم القاضي برفض دعوى الطاعن التي أدعى فيها أنه الوارث الوحيد للمرحوم أخيه، فإنهم التزموا بتطبيق القانون لأن المال المحبس لا يمكن أن يكون محل دعوى تملك أو دعوى ملكية مما يتعين معه رفض الطعن.

ثانيا: المنازعة التي يكون موضوعها ريع الوقف

ريع الوقف أو غله الوقف هو المنتوج أو العائد الذي يدره محل الوقف سواء كان منقولا أو عقارا أو منفعة، والذي يقوم الناظر بتحصيله وتوزيعه على المستفيدين من الوقف (الموقوف عليهم أو الجهة الموقوف عليها) بمقتضى عقد الوقف وشروطه.

غير أنه في بعض الأحيان، قد يخل الناظر في التزامه بتوزيع ريع الوقف على مستحقيه على أكمل وجه، كأن يحجم ويمنع عن ذلك أو يرفض منحه لهم كليا أو جزئيا ويتخذ ذريعة أو سببا وهميا في ذلك بدعوى أنه يدخر ذلك الريع لإعمار الوقف وإصلاحه وترميمه، أو أن يقوم بتوزيع ريع الوقف على الذكور دون الإناث المذكورات في عقد الوقف، أو أن يستغل ريع الوقف لخدمة أغراضه الشخصية... الخ.

وهذه الحالات التي ذكرناها هي على سبيل المثال فقط لا على سبيل الحصر، ذلك أن أوجه صرف الريع في الحقيقة هي كثيرة و رجع لتعدد وظائف الوقف في حد ذاته.

ففي هذه الحالات التي ذكرناها، والتي ستؤدي مما لاشك فيه إلى حدوث نزاع بين الناظر والموقوف عليهم، فإذا لم يتم التوصل إلى حل ودي بينهم، فإنه من حق الموقوف عليهم اللجوء إلى القضاء للمطالبة بريع الوقف الذي أخل الناظر بتوزيعه عليهم طبقا لشروط الواقف المعتبرة شرعا.

هذا بالنسبة للاوقاف الخاصة، أما بخصوص الأوقاف العامة، فإنه يحق للجهة الموقوف عليها اللجوء إلى القضاء ضد الناظر الذي قام بصرف ريع الوقف على جهة أخرى غير تلك المحددة في عقد الوقف.

ثالثا: المنازعة التي يكون موضوعها إدارة الوقف

المنازعة التي يكون موضوعها إدارة الوقف تكمن وتتجسد في صورة تعتبر الأكثر شيوعا، وتتمثل في الحالة التي يتم فيها عزل الناظر بقرار من وزير الشؤون الدينية والأوقاف بإنهاء مهامه إما بإعفائه منها أو إسقاطها عنه.

كما قد يتم عزل الناظر بطلب من الموقوف عليهم بغرض استخلافه بناظر آخر، أو في حالة تعدد النظار في تسيير واستثمار الوقف.

ففي الحالة التي يتم فيها عزل الناظر بموجب قرار من وزير الشؤون الدينية والأوقاف، إذا كان هذا العزل تعسفيا في نظر الناظر، فإن له الحق أن يقوم بتظلم ولائي إلى الوزير نفسه الذي عينه وقام بعزله حسب قاعدة توازي الأشكال. فإذا رفض الوزير التظلم أو سكت ولم يرد خلال الأجل احدد ، فإن الناظر المعزول له الحق في اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة نوعيا ومحليا لإلغاء قرار العزل، ويكون موضوع الدعوى هنا منصبا على إلغاء قرار العزل الوزاري المسبب.

وفي الحالة التي يعزل فيها الناظر بطلب من الموقوف عليهم واستخلافه بناظر آخر فإن ذلك يتم بلجوء الموقوف عليهم إلى القضاء لعزله بموجب حكم قضائي، ويقع عبئ الإثبات في هذه الحالة على الموقوف عليهم حول سوء إدارة الناظر للملك الوقفي.

وفي الحالة التي قد يتعدد فيها النظار واختاعهم حول اتخاذ قرار معين يتعلق بإدارة الوقف واستثماره، فهنا يلجأ أحدهم أو عدد منهم إلى القضاء لتحديد من منهم الذي يملك سلطة القرار الأسلم والموافق لأحكام الوقف ومصلحة الموقوف عليهم.

المطلب الثاني: إثبات الوقف

لقد تطرقنا في المطلب الثاني إلى المنازعات التي تنصب على مادة الوقف مع بيان

الجهات القضائية التي ينعقد لها الاختصاص بالفصل في تلك المنازعات، هذه الأخيرة التي يفصل فيها القاضي بالاعتماد على ما يقدم أمامه من أدلة الإثبات.

لذا حق لنا أن نعرف على هده الأدلة المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية، وفي القانون الوضعي على حد سواء، من خلال الفرعين التاليين:

- الفرع الأول: إثبات الوقف بالطرق الشرعية.
- الفرع الثاني: إثبات الوقف بالطرق القانونية.

الفرع الأول: إثبات الوقف بالطرق الشرعية

لطالما عنيت الشريعة الإسلامية بعنصر الإثبات وأهميته في إقامة دولة الحق والعدل و في مجال المعاملات، والتي يعتبر الوقف واحدا من بينها فإن هذا الأخير يثبت أمام القضاء بالاقرار والشهادة والكتابة المتمثلة في العقد والسجلات العقارية.

وسنكتفي بالاقرار والشهادة في منظور الشريعة الإسلامية، غير تلك الوسائل التي وضع لها المشرع نمونجا خاصا.

أولا: الإقرار

يعرف الإمام ابن رشد الإفرار بأنه: " إخبار عن أمر يتعلق به حق للغير. ويعرفه الإمام ابن عرفة بأنه: خبر يوجب صدق حكمه على قائله فقط لفظ نائبه"[1]

(1)انظر المادتين: 830، 829 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

وما نلاحظه عن هذين التعريفين أعلاه، بأنهما لا يبرزان وجوب ابقاء الاقرار أمام القضاء، لأن الإقرار المقصود في دراستنا هو هذا الأخير[1]

وعن الدليل الشرعي من الكتاب في اعتبار الميرار وسبلة من وسائل الإثبات قوله عز و جل:" يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ أَوْ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ"*

فإقرار المرء على نفسه حجة ، وقد عمل بهذا الدليل رسول الله صلى الله عليه وسلم في سيرته والصحابة من بعده، وهو محل إجماع بين المسلمين.

و الإقرار عمل إرادي اختياري يصدر بصفة تلقائية، وهو أقوى من البينة وله حجية قاطعة ضد المقر. والسبب في كونه كذلك هو أنه يصدر من الخصم ضد مصلحته الشخصية، وهذا هو الذي رجح جانب احتمال الصدق فيه على جانب احتمال ككذب خاصة إذا كان واقعا أمام القضاء، فإذا ثبت وجوده بصفة صحيحة بأنه .بشكل حجة كاملة ،كمبدأ عام[2]

و يشترط في الإفرار أن لا يكون معلقا على شرط أو أجل أو خيار وإلا كان باطلا لأن في ذلك إدخال للشك عليه، كما يشترط في محل لإرار أن يكون معينا تعيينا كافيا نافيا للجهالة. كما لا يجوز الإقرار بما لم يوجد لأنه لم يترتب بعد في الذمة. وكذلك لا يجوز الإقرار بما يمتع التعامل فيه شرعا و قانونا[3]. و يشترط في المقر الأهلية الكاملة، فلا يصح الإقرار من مميز او غير مميز ولا من مجنون او معتوه.

والإقرار في الوقف إما أن يصدر من الواقف وهو المالك للعين الموقوفة محل الوقف أو من الغير.

---

(1) يرى فقهاء القانون ان الإقرار لا يمكن ان يقع إلا على واقعة قانونية او على عمل قانوني، اي أنه لا يتصور ان ينصب على القواعد القانونية ذلك ان القضاة وحدهم هم المكلفون بالبحث عنها و بتطبيقها و ان استدلال الخصوم بها لا يمكن أن يعتبرو إقرارا منهم بأي شيء و لو استفاد من ذلك بعض منهم، و هذا لكون الاستدلال بالقانون ليس ملزما للقاضي، و إنما اعتبر الإقرار على الوقائع لأن الوقائع هي مصدر الالتزامات.

انظر في ذلك: يحي، بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، الجزائو، الشوكة الوطنية للنشر و التوزيع، 1981، ص295.

*النساء:الآية 130.

(2) يحي بكوش، الم جع السابق، ص 290،267.

(3) المرجع نفسه، ص 275.

والمبدأ العام في الاقرار أن المرء مؤاخذ بإقراره ، وهو حجة قاصرة على المقر فقط الواقف و لا تتعداه إلى غيره ما لم يصدقه ، لأن المقر لا ولاية له على نفسه(1)

فلو أقر شخص على نفسه وعلى غيره فإنه لم يلزم بما اقر به على نفسه ولا يمتد إقراره إلى غيره إلا إذا صدقه هذا الغير.

كما لو أقر شخص بأنه وقف دارا أو أرضا، صح إقراره وثبت وقفه ويكون ملزما به، وحجية إقراره تتنقل وتسري على ورثته (خلفه العام) من بعده إذا صدر الإقرار طبقا للشروط الواجب توافرها في الواقف والتي تعرفنا إليها في دراستنا لركن الواقف وهي: كون الواقف المقر غير محجور عليه لسفه أو دين.

فإذا اقر الورثة بأن الدار أو الأرض محل الوقف وقفها مورثهم، فإن إقرارهم يكون صحيحا، مع مراعاة ما إذا كان لهذا الأخير دين أو وصية أو كل ما يشغل وينقل ذمته المالية.

فإن كان عليه دين، ففي هذه الحالة يباع من الشيء الموقوف ما يستوفي هذا الدين، وما تبقى منه يعدبر وقفا ثابتا بإقرار الورثة، وكذلك الشأن بالنسبة للوصية*.

والاقرار بالكتابة في الشريعة الإسلامية لم يكن في البداية شرطا لصحته، حتى ولو وقع خارج مجلس القضاء، ولكن بسبب الفساد وكثرة النزاعات بشأن ذلك، فقد أصبح الإقرار لا يعتد به إلا إذا كان أمام مجلس القضاء أو محررا في عقد رسمي(2).

و يترتب على كون الاقرار حجة قاطعة، أنه لا يجوز إثبات عكسها، وإنما وجب أن يبقى الاقرار قائما إلى أن يثبت للمحكمة عدم صحته.

*يرى ابن حزم، أن المقر إذا كان عاقلا بالغا غير مكره و أقر إقرارا تاما و لم يصله بما يفسده، فقد لزمه ولا رجوع له بعد ذلك، فإن رجع لم ينتفع برجوعه و قد لزمه ما أقر به.، انظر: ابن حزم، المحلى، ج8، م5، بيروت، دار الآفاق الجديدة ص 250.

انظر كذلك:شمس الدين، السرخسي، كتاب المبسوط، ج18، م9، لبنان، دار المعرفة للطباعة و النشر، ط2، ص 184 ،183.

(1) زهدي يكن، أحكام الوقف، ص288.

(2)يحي بكوش، المرجع السابق، ص 287

ميز الفقهاء بين الإقرار القضائي و الإقرار غير القضائي، ببينما يكون الأول حجة كاملة بالنسبة للمقر، فان حجية الإقرار غير القضائي متروكة لحرية القاضي و سلطته التقديرية.

و لكن هذا لا يمنع المقر من أن يطعن في إقراره بعد صدوره على اعتبار أنه إقرار صوري أو أنه وقع نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو أنه صدر منه وهو ناقص الأهلية.

والإقرار إذا ذكره المقر، يجوز لكل ذي مصلحة أن يثبت هذا الإقرار بشهادة الشهود دون تحليفهم اليمين ، كما أشار لذلك الشيخ مصطفى الزرقاء في كتابه أحكام الوقف بقوله:" لكن لما كذر التزوير في الشهادات على الأقارير المدعى بوقوعها خارج مجلس القضاء لسهولة التزوير والتلفيق فيها قيد في القانون قبول إبات الإقرار – منذ العهد العثماني– بأن يكون واقعا في مجلس القضاء أو يكون مكتوبا في صك، فيجري إثباته عندئذ بطريقة إثبات الصكوك...ولا يجوز إثبات الإقرار الشفهي خارج مجلس الحكم بالشهادة الشخصية إلا إذا دعمتها قرائن أخرى كافية تؤيد الشهادة".

و تجدر الإشارة إلى أنه إذا بت بالطرق المقررة شرعا وقانونا عدم صحة الإقرار، فإن المحكمة بطل هذا الإقرار لا على أساس أن الإقرار يصح العدول والرجوع عنه، بل على اعتبار أنه إقرار بت بطلانه.

وعن مسالة إقرار المريض مرض الموت، وهي من بين المسائل الهامة التي تعرض على القضاة في باب الإقرار، فيرى الإمام احمد بن حنبل وأبو حنيفة أنه لا يقبل هذا النوع من الإقرار لوارث أصلا، بينما يرى الشافعي– في أرجح قوليه– جوازه.

و عن موقف المالكية، فهم يرون في الإقرار سواء لوارث أو لأجنبي إذا لم تكن فيه تهمة أنه جائز وما عداه فإنه غير جائز.

و عن إقرار المريض مرض الموت لأجنبي غير وارث فيرى أبو حنيفة أن غريم الصحة مقدم على غريم المرض فيبدأ باستيفاء دينه، فإن لم يفضل شيئا فلا شيء عليه وإن فضل شيئا صرف إلى غريم المرض.

والواقف إذا صدر منه إقرار وهو في مرض الموت، فإن إقراره لا ينفذ ولا يسري على محل الوقف بكامله بل يشمل ثلث هذا المال لا غير، ذلك أن الوقف في مرض الموت يؤخذ حكم الوصية والتي لا تنفذ إلا في مقدار الثلث. [1]

لم يتعرض المشرع الجزائري للرجوع عن الإقرار بسبب الغلط، بل أجاز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد طلب إبطاله (المواد 81، 82، 83 من القانون المدني الجزائري)، و يثور التساؤل فمما إذا كان الغلط في الإقرار يأخذ حكم الغلط في التعاقد. و قد فرق الفقهاء بمن حالتين:

1–إذا كان الإقرار غير قضائي، فان الأمر يكون متشابها مع حالة التعاقد و يمكن أن يعطى حكم أحدهما للآخر.

2–اذا كان الإقرار قضائيا، فانه يصعب القول بذلك نظرا لاختلاف ظروف كل من التعاقد و الإقرار في هذه الحالة.

ثانيا: الشهادة

إن المتصفح لكتب جمهور الفقهاء يجد أنهم خصوا البينة بالشهود وحدهم، ولم يذكروا تعليلا لهذا، وقب. جاءت البينة في لسان المشرع مرادا بها الشهود وحدهم في غير موضع.

ويرى ابن قيم الجوزية أن البينة في القرآن الكريم لا يراد بها الشهود، بل .يراد بها الحجة والدليل والبرهان.

والدليل الشرعي للشهادة من الكتاب في قوله عز وجل:" وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ"

وقوله:" وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ"

وقد سمى النبي صلى الله عليه وسلم الشهود بينة لوقوع البيان بقولهم وارتفاع الإشكال بشهادتهم.

وقد عرف ابن عرفة الشهادة بقوله:االشهادة قول هو بحيث يوجب على الحاكم بسماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه[1]

والشهادة عند المسلمين أقوى الأدلة على الإطلاق بعد الإقرار. وسلطان الشهادة كمبدأ عام شمل جميع المجالات دون استثناء ومهما بلغت قيمة النزاع، والوقف واحد من المجالات التي يتم الإثبات فيها بالشهادة. والشهادة هي إخبار الإنسان بحق لغيره على غيره.

والاختلاف بينها وبين الميرار أن هذا الأخير لا يشترط فيه العدل، لأن المقر يلزم نفسه بخلاف الشهادة التي يشترط فيها العدل زيادة على العقل والعدد صيانة لحقوق المعصومة.

وكذلك فإنه يشترط في الشهادة التي يعتد بها في الوقف أن تكون مسبوقة بدعوى قضائية، بخلاف الاقرار الذي لا يشترط فيه أن يكون مسبوقا بدعوى قضائية. ووجه ذلك أن المقر يعترف على نفسه بحقوق قد لا يعلمها أحد غيره وليس هناك ما يثبت هذه الحقوق سوى إقرار المقر[2].

(1) يحي بكوش، المرجع السابق، ص239، 241

(2)محمد جواد، مغنية، شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري، بيروت، منشورات دار مكتبة الحياة، ص ،232.231

قال الله عز و جل: "وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ"، و قوله:" فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ"، و كذلك قوله :"وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ" والشهادة لإثبات الحق، الأصل فيها مشاهدة الأمر المشهود به بعد رفع دعوى قضائية مسبقة.

واستثناء على الأصل، فإن الشهادة في إثبات الوقف استثنيت من هذين الشرطين واعتد الفقهاء بشهادة التسامح استثناء من شروط التحمل، وكذا شهادة الحسبة استثناء من شرط الأداء.

و المجتمع العربي الإسلامي يعطي أهمية كبيرة للإثبات بالشهادة؛ تفوق في كثير من الأحيان الكتابة لعدة دوافع منها تعقد وطول الإجراءات المتبعة في أداء شنه الأخيرة.

وهي حقيقة مغروضة يتعين في التعامل معها الأخذ بعين الاعدبار الحالات التي يجيز فيها المشرع إثبات التصرفات القانونية أو الوقائع المادية بغير الكتابة(1).

و قد كرس المشرع هذه الحقيقة بإجازة إثبات الملك الوقفي بالشهادة حتى ولو كان عقارا، وذلك بموجب المرسوم التنفيذي المؤرخ في 2000/10/26 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي تطبيقا للمادة 08 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، ووضع لهذه الوثيقة نموذجا خاصا ملحقا بنفس المرسوم والتي من خلالها يقوم شاهدين معروفين بالإدلاء بتصريحهما الشرفي أن العقار ملك وقفي.

الفرع الثاني: إثبات الوقف بالطرق القانونية

الأصل في الإثبات بالطرق القانونية أنه لا يكون إلا بالكتابة، وشهادة الشهود فيها لا تجوز إلا استثناء.

وقد نصت المادة 35 من الأوقاف على أنه:" يثبت الوقف بجميع طرق الإثباتات الشرعية والقانونية مع مراعاة المادتين 29 و30 من هذا القانون".

وبعد تعرضنا في الفرع الأول للطرق الشرعية في إثبات الوقف، نتناول في هذا الفرع الطرق القانونية المتمثلة في الكتابة المقصود بها العقود الرسمية والعرفية التي وضع لها

.حالة التـ\مل هي المرحلة التي بدعي فيها الشخص ليشهد الواقعة و يستحفظ الشهادة، و هي فرض كفاية يحمله بعخى

الناس من بعض حيث يفتقر إلى ذلك و يخشى تلف الحق بعد الشهادة.

و حالة الأداء هي المرحلة التي يدعي فيها الشخص للإدلاء بما علمه و شهده و استحفظ إياه و الإدلاء هنا واجب

(1)راجع في ذلك أيضا: أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي (صححه الإمام أبي عبد الله محمد التاودي) البهجة في شرح التحفة، ج 1، بيروت- لبنان، دار الفكر، ص 98، 99.

أولا: العقد (الكتابة)

هو تلك الوتيقة التي تثبت العلاقة التعاقدية أو التصرف المنشئ للوقف، و التي نعني به العقد الرسمي الذي عرفته المادة 324 من القانون المدني الجزائري بقولها:" العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للاشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصصها".

و العقد الرسمي الذي يثبت به الوقف، يشمل في حد ذاته خمسة أنواع من العقود هي العقد التوثيقي، العقد العرفي، العقد الشرعي، العقد الإداري والعقد القضائي.

1- العقد التوثيقي: وهو العقد الذي يتم أمام موثق عمومي محلف.

والعقد التوثيقي في الحقيقة، قد عرف عدة أشكال بحسب المراحل التاريخية التي مرت بها الجزائر.

ففي الغذزة الاستعمارية قبل الاستقلال لم يكن بإمكان الواقفين اللجوء إلى الموثقين الفرنسيين لعدم موافقة ذلك أحكام الوقف الإسلامي.

و بعد الاسنقلال حتى سنة 1970، سنة صدور قانون التوثيق بموجب الأمر 91/70المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن قانون التوذيق الذي بدأ سريانه في01-01-1971والذي كان في ظله الموثق موظفا عاما، لم يكن اللجوء إلى التوثيق ملزما إذ كانت التصرفات لا تزال تثبت بالعقود العرفية.

وبعد تعديل قانون التوذيق في 1988/07/13، بموجب القانون 27/88 و الذي أكد على ضوورة إفراغ العقود الناقلة للملكية أو الحقوق العينية العقارية في الشكل الرسمي دون أن يخصى الوقف بالذكر كعقد من بين هذه العقود، حتى صدور قانون الأسرة في 1984 والذي نص على إثبات الوقف من خلال المادة 217 التي نصت على:

"يثبت الوقف بما تيت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون".[1]

وبالإحالة على هذه المادة، فإنها تنص على:" تثبت الوصية

1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

2- و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية.

ويتضح من استقراء أحكام هذه المادة، أن الوقف يأخذ حكم الوصية في مسألة الإثبات حيث يتم بتصريح الواقف. وبمفهوم المخالفة، فإن عدم التصريح بالوقف يعطل مسألة الإذبات دون إبطاله، ويتعين معه اللجوء إلى القضاء لإثباته بوسائل أخرى*.

وحتى هذه الفترة إلى غاية صدور قانون الأوقاف رقم 91-10، والتي أصبح فيها الموثق ضابطا عموميا ، فإن أرشيف العقود والتي من بينها عقود الوقف يحفظ في مكتب التوثيق الذي تم على مستواه عقد الوقف

(1) المادة 5 من القانون 27/88 المؤرخ في 1988/07/12 المتضمن قانون التوثيق.

*انظر في ذلك: احمد ميدي، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة، ط1 ، 2005، ص.19

وبالتالي أصبحت عقود الوقف خاضعة لقانون التوثيق زيادة على التسجيل والشهر، وهو ما أكدته المادة 41 من قانون الأوقاف التي نصت على :" يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف .

ويتضح من المادة أعلاه أن المشرع الجزائري قد أخضع الوقف للرسمية على سبيل الوجوب، مما دفع بجانب من الفقهاء إلى اعتبار ذلك تحت طائلة البطلان على أساس أن الرسمية ركن من أركان الوقف، مع العلم أن المشرع لم يقرر البطلان كجزاء لعدم إفراغ الوقف في الشكل الرسمي. وهذا ما دفع بالرأي المخالف لذلك إلى التساؤل عن مصير الوقف المحرر عرفيا وكيفية إثباته . وهذا ما سنتاوله بشيء من التفصيل في العنصر الموالي.

2-العقد العرفي:

العقد العرفي هو العقد الذي يحرر خارج الإطار الرسمي. و العقود العرفية المنصبة على الوقف، اعتبرها المشرع وسيلة للاثبات في المسائل التي لا يشترط فيها القانون الكتابة و ذلك للحصول على حكم أو قرار مؤشر به على الهامش بأصل الملكية.

وذلك سواء بالنسبة للمفقود أو العقار، غير أنه إذا تعلق الوقف بهذا الأخير، فإننا نميز بين مرحلتين:

.العقود العرفية المحررة قبل 01-01-1971 (تاريخ سريان قانون التوثيق):

تعتبر هذه العقود والتي من بينها الوقف، متى اكتسبت تاريخا ثابتا قبل 01-01-1971 ، صحيحة مع إمكانية ايداعها لدى المحافظة العقارية لإشهارها تطبيقا للمادة 89 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/26 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمشم بموجب المرسوم 132/93 المؤرخ في 1993/05/19[1]

و هذا ما كرسته المحكمة العليا كمبدأ في الملف رقم 348178 المؤرخ في 2006/04/12 الذي جاء فيه: "العقود المحررة قبل صدور قانون التوثيق (الأمر رقم 70-91الثابتة التاريخ و غير المشهرة صحيحة و منتجة آثارها".

. العقود العرفية المحررة بعد 1971/01/01:

القاعدة العامة ذقضي ببطلان العقود العرفية المتصمنة نقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية بموجب قانون التوثيق والمادة 324 مكرر من القانون المدني. وبالنسبة لعقود الوقف العرفية، فقد قرر خلاف حول بطلانها من عدمه. وقد فصلت في ذلك المحكمة العليا بقولها: "من المستقر عليه أن الحبس لا يخضع للرسمية لأنه من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المنصوص عليها شرعا*".

فقد أسست المحكمة العليا موقفها على أساس أن الوقف كونه عمل من أعمال الخير لا يشترط الرسمية.

(1) الجريدة الرسمية ع 30 لسنة 1976 وع38لسنة 1993.

*مجلة المحكمة العليا، ع1، قسم الوثائق، 2006، ص 435.

ومن جهة أخرى، على أساس عدم جواز سريان قانون الأسرة وقانون الأوقاف باثر رجعي: و نعني بها العقود العرفية المحررة من طرف الكتاب العموميين المسجلة قبل 1636/03/11 إلى 1971/01/01، حيث كانت هذه العقود العرفية المسجلة مقبولة حتى فاتح مارس 1961 ، و لكن المرسوم قد مدد أثر هذه العقود العرفية المسجلة إلى 1971/01/01،[1] و تضاف إليها عدة حقوق تبعية من بينها حقوق الانتفاع و كذا الوقف – حق عيني أصلي المنصبة على العقارات. ومتى تبين في قضية الحال أن عقد الحبس العرفي أقامه المحبس سنة 1973

طبقا للمذهب الحنفي، فان قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحبس على اعتبار أنه لم يفرغ في الشكل الرسمي فإنهم اخطئوا في قضائهم وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني..[1]

ويتضح أن موقف المحكمة العليا حيال حجية عقود الوقف العرفية في الإشات جاء موافقا لقانون الأوقاف ذاته الذي يقضي صراحة بأن الوقف يثبت بجميع طرق الإشات الشرعية و القانونية.

كما أن قانون الأسرة لم يقرر بطلان عقود الوقف العرفية قياسا على الوصية. هذا فضلا على أن المشرع اشترط الرسمية في العقود الناقلة للملكية أو الحقوق العينية العقارية، في حين أن الوقف عقد غير ناقل للملكية، فهو فقط إسقاط لملكية الواقف، ومسألة توثيقه وتسجيله الغرض منها فقط هو تثبيت منفعة الوقف في ذمة الموقوف عليه لا

3- العقد الشرعي:

إن عقود الوقف المحررة من قبل القاضي الشرعي أذقاء الفترة الاستعمارية تكتسي قوة لاوتية كونها رسمية. وهو ما قررته المحكمة العليا بقولها:.من المسنقر عليه فقها وقضاء أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسي نفس الطابع الرسمي الذي تكتسيه العقود المحررة من طرف الأعوان العموميين، وتعد عنوانا على صحة ما يفرغ فيها من اذقاقات وما تنص عليه من نواريخ بحيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير أو معاكس لفحواها. .

4-العقد الإداري:

الحالة التي يلات فها الوقف بالعقد الإداري هي الحالة التي يكون فيها مدراء أملاك الدولة ورؤساء البلديات محررين لعقود وقف تكون فيها المؤسسات الوقفية مشيدة أو يراد تشييدها على أرض تابعة لأملاك الدولة وتم تخصيصها لانجاز مشاريع دينية، وهو ما كان للقاضي الشرعي صلاحيات واسعة* ، إلى غاية فترة الاستعمار الفرنسي أبين تدهورت مكانة القاضي الشرعي و تقليص مهامه بالقضاء على اختصاصاته الأصلية و تجريده منها و ذلك بإخضاع المعاملات العقارية للقانون الفرنسي و مصادرة العقارات و لم بقى من تلك الصلاحيات إلا ما يتعلق بالأحوال الشخصية و الزواج و الطلاق و المسائل المتفرعة عنها

(1)انظر: عمر بوحلاسة، تقنيات مراقبة العقود الخاضعة للإشهار، مجلة الموثق، ع10، 2003، ص 37، 38.

*قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا بتاريخ 1999/11/16 تحت رقم 234655 ، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001، ص 314.

أشارت إليه المادة 43 من قانون الأوقاف بقولها: "تستفيد السلطة المكلفة بالأوقاف من دفع الثمن بالدينار الرمزي للقطع الأرضية التي تشيد فوقها المساجد إذا كانت هذه القطع من الأملاك الوطنية ".

وكذا تعتبر عقود إدارية مذئتة للوقف، عقود إرجاع الأملاك الوقفية التي كانت موضوع تأميم طبقا لقانون الثورة الزراعية.

5- العقد القضائي:

في الحالة التي يصدر فيها حكم أو قرار قضائي بأحقية الوقف بعقار موقوف أو بانعدام وانقراض العقب في الوقف الخاص ...الخ، فهنا يقوم أعوان القضاء وكاتب الضبط بتحرير عقد قضائي بما جاء فيه والذي ،بعتبر وسيلة لإثبات الوقف.

ثانيا: الشهادة الرسمية

كنا قد تناولنا الشهادة كطريقة شرعية في إثبات الوقف، وهي في نفس الوقت وسيلة قانونية للإثبات نظم المشرع أحكامها. والأصل في الشهادة أن تتم بناء على المعاينة، واستثناء فقد أجاز الفقه الشرعي الشهادة المبنية على التسامح كما أسلفنا ، وقد عنا المشرع الجزائري ذلك بإقراره الشهادة كوسيلة لإثبات الوقف تطبيقا للمادة 08 فقرة 05 من فانون الأوقاف التي نصت على:

"تعتبر من الأوقاف العامة المصونة: الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقارا.

و تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان محل الوقف عقارا استعمل في بناء مسجد، فإنه يكفي لإثباتها شهادة الشهود. و ذلك تطبيقا للفتوى الصادرة عن المجلس الإسلامي الأعى بتاريخ 1989/01/17 في فقرتها الرابعة و التي ورد فيها: " إذا ثبت بشهادة جماعة من المسلمين، أو شهادة رسمية أن المحل قد بناه جماعة من المسلمين لنقام فيه الصلوات، فهو لهم" (1)

و تبعا لذلك، فإن القضاء طبق هذه الرخصة في الإثبات كاستثناء تستفيد منه الأوقاف المخصصة للعبادة.

وفي نفس الإطار، فقد احدث المشرع وثيقة سماها وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي والهدف من ذلك هو إضفاء الطابع الرسمي على هذه الشهادة. وقد أحال المشرع شروط هذه الوثيقة وكيفية إصدارها وتسليمها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في 2000/10/26.

و تجدر الإشارة إلى أن مسألة إثبات الملك الوقفي في جانب كبير منها مرهون و مردبط بمصادر الحصول على الوثائق المثبتة له، و التي تشهد ضياع الكنير منها و صعوبة الحصول عليها*.

(1) محمد كنازة، المرجع السابق، ص 97/99.

*راجع في ذلك: نور الدين رجيمي، وقفات قانونية، مجلة الموثق، ع 4 ، ديسمبر 2001.

و اعتبارا لما نتج عن الماضي من طمس للأهملاك الوقفية، بادرت وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف في البحث عن هذه الأملاك بما يتوفر لها من إمكانيات، و .بشمل البحث مجالين هما:

1- التحقيق الميداني: و هي عملية صعبة لعدم توفر الوثائق المثبتة للوقف و صعوبة الحصول عليها من المصالح المعنية و قلة الشهود الذين يعرفونها، و قد حاولت الوزارة بذل مجهودات عن طريق انجاز مخطط بياني لأملاك الوقفية يبين حدودها، و كذا إحصاء المستغلين.

2- البحث في المجال التاريخي عن الوثائق الوقفية: بفضل عدة أبحاث تاريخية في مجال الوقف، تم التمكن من معرفة الكيفيات التي تمت بها تصفية الأوقاف من طرف الاسعمار الفرنسي، كون وثائق إثبات الوقف قد توزعت انذاك عبر مخظف مصالح الدولة الفرنسية، و جزء هام منها محفوظ بأرشيف المستعمرات االإكس أذبروفنسا، و

توزيع الجزء القليل منها بأرض الوطن بين بعض الهيئات و المصالح و الإدارات الجزائرية تتمذل في:

1-وزارة المالية (مصالح مسح الأراضي، مصالح أملاك الدولة، أرشيف المحافظة العقارية، مصالح الضرائب و أرشيفها.(

2- وزارة العدل (أرشيف المحاكم الشرعية، المحاكم و المجالس القضائية).

انظر قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1994/01/16 ، المجلة القضائية، ع2، 1994 ، ص 207.

3-وزارة الثقافة و الإعلام (المخطوطات الوطنية مثل السجلات التي يعود تاريخها للعهد العثماني.(

4- وزارة الفلاحة (تحديد الأوقاف التي شملها قانون الثورة الزراعية).

5- وزارة الدفاع الوطني(تملك خرائط تسهل عملية البحث و تحديد الأماكن).

6- أرشيف محافظة الجزائر الكبرى (وثائق إدارية تخص تأسيس مقابر المسلمين و المسيحيين و التي اسست أغلبها على أملاك وقفية.(

7- الأرشيف الوطني.

8-أرشيف إكس أنبروفنس[1]

و في الختام، تجدر الإشارة إلى أن وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، و في سبيل استرجاع و حصر كل الأوقاف، ينظر لهذا الفخر إنشاء ديوان وطني للتكفل بملف الأوقاف

(1) محمد لمين بكراوي، التسيير الإداري لأوقاف في الجزائر ، محاضرة ألقيت بمناسبة دورة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر تحت الرعاية السامية للسيد رئيس الحكومة، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف،ص 21إلى25

من خلال ما سبق بيانه حول دراستنا لموضوع أركان الوقف وشروطه يمكن القول أن الوقف يمثل إحدى الصيغ الإنسانية العريقة التي عرفتها مختلف الحضارات العالمية –كل حسب مفهومه–، فكان أول شكل للوقف مقصورا على دور العبادة فحسب، فلم يكن يشمل مجالات الحياة الأخرى إلا بعد مجيء الإسلام الذي حافظ على الطابع الروحي للوقف و طهره من تلك الأشكال التي كانت تقدم قربانا لغير الله عز وجل كالسائبة والوصيلة والبحيرة والحامي، كما جعل دوره يتعاظم ليشمل مختلف وجوه البر والإحسان. فالشريعة الإسلامية أعطت بذلك منظورا جديدا للوقف، ونظمت أحكامه وقواعده، فكان الوقف أحد أهم مظاهر الحضارة التي تحتوي مختلف الدول التي تدين بالإسلام ومن بينها الجزائر التي عرفت نظام الوقف بنوعيه العام والخاص

. و بعد الاستقلال شهدت الجزائر قفزة انتقالية عصيبة تميزت بوضعية مزرية أفرزتها الممارسات الاستعمارية التي طالت مختلف مؤسسات الدولة والتي تعتبر مؤسسة الوقف إحداها، ولتسوية تلك الوضعية المزرية تم تأميم جميع الأملاك منها الوقفية في إطار الثورة الزراعية وعانت مؤسسة الوقف من فراغ قانوني رهيب أثر سلبا عليها وأدى إلى تهميشه.

ولتدارك ذلك، تم إصدار عدة قوانين لتنظيم الأوقاف أولها المرسوم 64- 283 المتضمن الأملاك الحدسية العامة الذي تم تجميده، و كذا قانون الأسرة الذي اكتفى فقط بوضع القواعد العامة. وبعد سنة 1990 وبصدور قانون التوجيه العقاري رقم 90- 25 الذي أعاد الاعتبار للملكية عموما والملكية الوقفية بصفة خاصة، فكان بمثابة الإطار القانوني الواضح والمحدد للملكية الوقفية، فاتضحت من خلاله الرؤيا حول مسألة الوقف وتم من خلاله استرجاع المستحقين الأصليين لأراضيهم المؤممة. واستأنف المشرع الجزائري محاولاته لاصلاح منظومة الوقف بإصدار القانون 91 10–الذي يعد الإطار القانوني المرجعي المنظم لمادة الوقف بمختلف مسائلها لتليه العديد من القوانين المعدلة والمتممة له بما يتلاءم ومصلحة الوقف.

فمن خلال مختلف تلك القوانين عمد المشرع إلى وضع مفهوم شامل للوقف بتحديد تعريفه، طبيعته القانونية، وكذا الذفصيل في بيان نوعي الوقف: العام والخاص، هذا الأخير الذي كان محل جدل ونقاش كبير بين الفقهاء خصوصا فيما يتعلق بمسألة الوقف على الذكور دون الإناث مما أدى ببعث التشريعات العربية المقارنة إلى إلغاء الوقف الخاص بخلاف النشريع الجزائري الذي لا يزال يأخذ بالوقف بنوعيه العام والخاص.

كما تم التفصيل في تحديد أركان الوقف بوصفه عقدا والمتمثلة في: الواقف، محل الوقف، صيغة الوقف والموقوف عليه.

ولم يكتف المشرع الوقفي برسم هذا النظام ووقف فحسب، بل تطلع إلى أكثر من ذلك بالتفكير في تنمية الأوقاف من خلال البحث عن السبل المثلى لإدارتها واستثمارها وتسييرها و تخليصها من ذلك

النظام التقليدي الجامد والموروث في إدارة الأوقاف و الذي أعاق تطوره، مما أثر سلبا على معدلات عوائد استثمار هذا النوع الهام بالإضافة إلى إقرار المشرع بالإيجار كأسلوب أنجع لتسيير الملك الوقفي وزيادة عائداته، فقد أضاف المشرع أنماطا أخرى من العقود كعقد الحكر لاستصلاح الأراضي الوقفية البور، والمساقاة والمزارعة بالنسبة للاراضي الوقفية ذات الطابع الفلاحي.

و حتى الأوقاف المبنية فقد حاول المشرع استغلالها من خلال عقد المرصد وعقد المقاولة والمقايضة بالاضافة إلى الأوقاف المعرضة للخراب والاندثار و التي كانت موضع اهتمام المشرع، حيث فكر في إصلاحها وإعادة إحيائها من جديد عن طريق عدة عقود من بينها عقد الترميم والتعمير،و بالنسبة للاوقاف العامة فقد كان لها حظ وافرمن اهتمام المشرع بمجال تنميتها بتفتحه على مختلف الأفكار الاقتصادية الحديثة مثل القرض الحسن والودائع ذات المنافع الوقفية و المضاربة الوقفية.

كما لم ينس المشرع تنظيم مجال المنازعات المتعلقة بالأوقاف و تحديد الجهات القضائية التي ينعقد إليها الاختصاص في مادة الوقف و طرق إثبات هذا الأخير.

و قد توصلتا من خلال دراستنا لموضوع اركان الوقف وشروطه إلى مجموعة من النتائج المتمثلة في:

—— الوقف من عقود الإسقاطات المتميزة التي تسقط فيها ملكية الواقف دون أن تتنقل إلى ذمة الموقوف عليه و لا أي أحد فتبقى على حكم ملك الله تعالى و هذا ما قصده المشرع بقوله: الوقف ليس ملكا للشخاص الطبيعيين و لا المعنويين.

—— أركان الوقف هي أربعة كما عبر عنها الفقه الشرعي و المشرع صراحة، و الشكلية في عقد الوقف ليست ركنا بل هي شرط لنفاذه، و هذا ما كرسه أيضا الاجتهاد القضائي.

—— التشريع الجزائري بخلاف العديد من النشريعات العربية التي عمدت إلى إلغاء الوقف الخاص، لا يزال يأخذ بنظام الوقف بنوعيه العام و الخاص رغم المشاكل التي يطرحها هذا الأخير، و التي ترك الأمر للقضاء للتصدي لها.

—— الملكية الوقفية باعتبارها صنفا أساسيا من أصناف الملكية، فقد أضحت تؤدي وظيفة مزدوجة؛ اجتماعية واقتصادية من خلال تطلع المشرع على اقتصاد السوق كفكر اقتصادي حديث.

—— مسألة احترام إرادة الواقف و التي تصر المشرع على أن الدولة تسهر على ضرورة احترامها هي مسألة لا يمكن تحقيقها بصفة مطلقة إما لأنها تتنافي مع أحكام الشرع و إما بسبب الضرورات و الأولويات التي تقرضها مصلحة المستفيدين أو المصلحة العامة أو مصلحة الوقف في حد ذاته.

—— مجال دور القاضي إزاء عقد الوقف ضيق، حصره المشرع فقط في إلغاء كل شرط مناف لأحكام الوقف و حمايته، فلا يستطيع مثلا إلغاء وقف يستقيد منه بعض الأبناء رغم أنه يزرع العداوة و الحقد بينهم بجعلهم غير متساوين في نظر أبيهم.

—— مسألة إثبات الوقف أما الجهات القضائية مرهونة بحصر الأوقاف هي مسألة شائكة

لم يتم تسويتها لحد الساعة كما رأينا الاقتراحات:

كما توصلنا في ختام هذه الدراسة إلى مجموعة من المعتزاحات المتمثلة في:

- ضوورة السعي بجدية لحصر الأوقاف بتكذيف جهود السلطات المختصة لاسترجاع الأملاك الوقفية .
- استغلال الإعلام الهادف في توعية الجمهور وتعريفه وتحسيسه بدور الأوقاف وقيمتها التعبدية والاجتماعية بهدف إحياء سنة الوقف.
- اقتراح القيام بأبحاث معمقة لوضع آليات ووسائل قانونية واضحة وتبني الهيكل الإداري والبشري لإدارة الأملاك الوقفية وتوضيح طرق إدارتها وتنميتها واستثمارها وفقا لإرادة الواقف وشروطه المعتبرة شرعا وقانونا.
- تشجيع أصحاب رؤوس الأموال على الاهتمام بإقامة المؤسسات والمشاريع الوقفية.
- ضوورة التكثيف من عمليات تدريب موظفي الأوقاف عن طريق الدورات التكوينية المتخصصة في هذا المجال لتفادي وتدارك الثفرات الموجودة في التشريع.

القرآن الكريم

المؤلفات و الكتب:

1. محمود الزريقي جمعة، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، منشورات كلية الدعوة الإسلامية.
2. محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني (تحقيق و تخريج و فهرسة احمد إبراهيم زهوة)، سبل السلام: شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، بيروت،لبنان، دار الكتاب العربي، ط1، 2004.
3. الزحيلي وهبه، الفقه الإسلامي و أدلته، ج8، الجزائر، دار الفكر، ط1، 1991.
4. حمدان بن عثمان خوجة، المرآة(تقديم و تعريب و تحقيق: د. محمد العربى الزبيري)، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، ط2، 1982.
5. أبو زهرة محمد، محاضرات في الوقف، القاهرة، دار الفكر العربي.
6. يكن زهدي، الوقف فى الشريعة والقانون، دار النهضة العربية،81388. الأطروحات الجامعية:
7. دلاندة يوسف، قانون الأسرة، دار هومة، ط 2005.
8. محدة محمد، مختصر علم أصول الفقه الإسلامي، الشهاب.
9. ابن حزم، المحلى، ج8، م5، بيروت، دار الآفاق الجديدة.
10. ابن قدامى المقدسي، شمس الدين، الشرح الكبير، ج6، بيروت- لبنان، دار الكتاب العربي، 1972.
11. ابن قدامى موفق الدين، المغني، ج6، بيروت- لبنان، دار الكتاب العربي، 1972. أبو السعود رمضان، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، بيروت، الدار الجامعية للطباعة و النشر،1994.
12. أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، بيروت لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.
13. أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، 1998.
14. أبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، بيروت- لبنان، دار المعرفة للطباعة و النشر.
15. أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي (صححه الإمام أبي عبد الله محمد التاودي)، البهجة في شرح التحفة، ج 1، بيروت-لبنان، دار الفكر.
16. أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي (صححه الإمام أبي عبد الله محمد التاودي)، البهجة في شرح التحفة، ج 2، بيروت-لبنان، دار الفكر.
17. الزحيلي وهبة، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دمشق- سورية، دار الفكر ط2، 1993.

18. السرخسي شمس الدين، كتاب المبسوط، ج12، م6، لبنان، دار المعرفة للطباعة و النشر، ط2.
19. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني: أسباب كسب الكلكية، ج9، بيروت لبنان، دار إحياء التراث العربي.
20. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني: العقود التي دقع على الملكية: البيع، ج5، ، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي.
21. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني: حق الكلكية، ج8، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي.
22. الشواربي عبد الحميد وعثمان أسامة، منازعات الأوقاف و الأحكار والنظام القانوني لأملاك الدولة الخاصة ونزع الملكية، منشأة المعارف بالإسكندرية1995.
23. بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية: تاريخها و نظرية الملكية و العقود الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة.
24. بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي الجزائر، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، 1981.
25. بلحاج العربى، الوجيز ف شرح قانون الأسرة الجزائري،ج2(الميراث والوصية) الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية،ط1999.
26. بن إبراهيم محمد، الحيل الفقهية فى المعاماف المالية، الدار العربية للكتاب المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985.
27. بن عبيدة عبد الحفيظ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية الغارية في النشريع الجزائري، دارهومة، ط5، 2006.
28. بوشنافة جمال، شهر النصرفات العقارية فى النشريع الجزائري، دار الخلدونية ط2006.
29. دقية محمد، الإرادة المنفردة ممصدر للالتزام، الديوان الوطنى للاشغال التربوية1992.
30. حمانى أحمد، فتاوى، ج 2، الجزائر، منشورات وزارة الشؤون الدينية، 1993. والتوزيع. 2003.
31. دياب أسعد و زيادة، طارق، أبحاث فى التحديد و التحرير و السجل العقاري طرابلس، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب.
32. رمول خالد، الإطار القانوني والنتظيمي لأملاك الوقف في الجزائر ، دار هومة الطبعة2، 2006.
33. زروقي ليلى وحمدي باشا، عمر، المنازعات العقارية، دارهومة، ط2002.
34. سعد الله أبو القاسم، تاريخ الجزائر الثقافي، جا، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع.
35. عبد الحليم حجر عباس، شهر التصرفات العقارية، دار محمود للنشر و التوزيع ط2.

36. عبد الوهاب أبو الخير، عبد السميع، الحق في الحبس في الفقه الإسلامي والقانون المدني، القاهرة، دار النهضة العربية،1994 .
37. فاروق النبهان محمد، الاتجاه الجماعي في التشريع احتصادي الإسلامى، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع.
38. فراج حسين أحمد، أحكام الوصايا والأوقاف فى الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدةللنشر، الإسكندرية، 2003.
39. كنازة محمد، الوقف العام فى التشريع الجزائري، الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع.
40. لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، لباد للنشر، ط2، 2008.
41. مصطفى شلبي، محمد، أحكام الوصايا و الأوقاف، بيروت، الدار الجامعية للطباعة و النشر.
42. مغنية محمد جواد، شرائع الإسلام في الفقه الإسلامى الجعفري، بيروت، منشورات دار مكتبة الحياة.
43. ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات فى القانون المدنى الجزائري، دار هومة، ط1، 2005.
44. حططاش احمد، النظام القانونى للوقف، بحث لنيل شهادة الدراسات العليا المتخصصة (08) فرع الدراسات العليا المتخصصة، كلية الحقوق و العلوم الإدارية بن عكنون جامعة الجزائر، 2004،2005.
45. كنازة محمد، النظام القانوني للوقف العام في النشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، فرع مؤسسات إدارية ودسئورية، المركز الجامعي الشيخ العرب التبسي معهد العلوم القانونية والإدارية، 2004/2005.

النصوص القانونية:

01/ دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنوات:1963 ، 1976، 1989، 1996، 2008.

النصوص التشريعية:

أـــ القوانين :

1ـــ القانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في 03/06/1998 المتعلق باختصاصات محكمة التنازع.

2ـــ القانون رقم02/10 المؤرخ في 14/12/2002 المعدل والمتمم للقانون 91ـــ10 المؤرخ في 27/04/1991المتعلق بالأوقاف.

النصوص التنظيمية:

المراسيم:

1- المرسوم رقم 64/283 المتضمن الأملاك الحبسية العامة.

2- المرسوم رقم 81-386 المؤرخ في 26 ديسمبر 1981 الذي يحدد صلاحيات البلدية و الولاية و اختصاصاتهما في قطاع الشؤون الدينية.

3- المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21/05/1983 المتضمن إجراءات الدقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة .

3- التعليمة الوزارية رقم 52 المؤرخة في 16 أفر.بل2002 للسادة ولاة الجمهورية للمتابعة والسادة مديري الشؤون الدينية والأوقاف للتنفيذ تتضمن دعوة للتضامن مع كفاح الشعب الفلسطيني.

4- المنشور الوزاري المشترك المؤرخ في 06/01/1992 المتعلق بتطبيق المادة 38 من قانون الأوقاف.

المجلات والنشريات:

1— المجلة القضائية، ع1، قسم الوثائق، 1999.

2— المجلة القضائية، ع1، قسم الوثائق للمحكمة العليا، 2000.

3— المجلة القضائية، ع2، قسم الوثائق، 2000.

4— الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية—عدد خاص- قسم الوثائق، 2001.

5— المجلة القضائية، ع2، قسم الوثائق، 2003.

6— مجلة المحكمة العليا، ع2، قسم الوثائق، 2004.

7— مجلة المحكمة العليا، ع1، قسم الوثائق، 2006.

9- النشرة الرسمية، وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، السداسي الأول لسنة 2002.

10-النشرة الرسمية، وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، السداسي الثاني لسنة 2002

الصحف:

1— جريدة الشروق، ع 2818، (11 جانفي 2010).

2— جريدة الشروق، ع 2836، (30 جانفي 2010).

المحاضرات:

1— أحمد علي عبد المالك، المتظومة العقارية في الجزائرا، محاضرة ألقيت بمناسبة دورة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر تحت الرعاية السامية للسيد رئيس الحكومة، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، 21إلى25 نوفمبر1999.

2— بن تشاكر علاوة، احصر الأوقاف وحمايتها في الجزائرا، محاضرة ألقيت بمناسبة دورة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر تحت الرعاية السامية للسيد رئيس الحكومة وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، 21إلى25 نوفمبر1999.

المراجع باللغة الاجنبية

LIVRES :

1- Benmelha, Ghaouti, Le Droit Patrimonial Algérien De LA

Famille, Alger, Office Des Publication Universitaires, 1995.
4- H.Tilloy, Répertoire De Jurisprudence Et De Législation, 4.
6- Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, Les Obligations, France, Defrénois-E.G.A, 2e éditions 2005.
7- R.Tilloy, Répertoire Alphabétique De Jurisprudence Et Doctrine : DONNANT, Alger, Imprimerie Administrative Gojosso.

المواقع الالكترونية:

http://www.waqfuna.com/fiqh.php
http://www.waqfuna.com/kutab.php
http://www.waqfuna.com/nazarah.php
http://www.habous.gov.ma/ar/list.aspx?z=243&p=2

الفهـــــــرس	الصفحة
الإهـــداء	
شكـــــر	
مقدمـــة	أ-ب-ت
الفصل التمهيدي	
تمهيـد	05
المبحث الأول: مفهوم الوقف	06
المطلب الأول: تعريف الوقف	06
الفرع الأول: التعريف اللغوي للوقف	06
الفرع الثاني: تعريف الوقف اصطلاحا	07-06
الفرع الثالث:التعريف التشريعي للوقف	08
المطلب الثاني: خصائص الوقف	09
الفرع الأول: الخصائص الشرعية للوقف	09
الفرع الثاني: الخصائص القانونية للوقف	10
الفصل الأول **أركان الوقف وشروطه**	
تمهيـد	18
المبحث الأول:أركان الوقف	19
المطلب الأول: الواقف	20
الفرع الأول: أن يكون الواقف مالكا للعين الموقوفة	21
الفرع الثاني: كون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله	23
المطلب الثاني: محل الوقف	29

الفرع الأول: شروط محل الوقف المتفق عليها	29
الفرع الثاني: شروط محل الوقف المختلف فيها	32
المطلب الثالث: صيغة الوقف	37
الفرع الأول: شروط الصيغة المتفق عليها	38
الفرع الثاني: اقتران الوقف بالشروط الصحيحة(الشروط العشرة)	41
المطلب الرابع: الموقوف عليه	45
الفرع الأول: أنواع الموقوف عليه	46
الفرع الثاني: شروط الموقوف عليه	52
المبحث الثاني: شروط نفاذ الوقف	57
المطلب الأول: الرسمية	57
المطلب الثاني: التسجيل	58
المطلب الثالث: الإشهار	59
الفصل الثاني **إدارة الأملاك الوقفية ومنازعاتها**	
تمهيد	65
المبحث الأول:إدارة الأملاك الوقفية	66
المطلب الأول: أجهزة تسيير الأملاك الوقفية	66
الفرع الأول:جهاز التسيير المباشر ناظر الوقف	68
الفرع الثاني:الأجهزة المركزية لتسيير الوقف	74
الفرع الثالث: الأجهزة المحلية لتسيير الوقف	76
المبحث الثاني: منازعات الأملاك الوقفية	84
المطلب الأول: المحاور الكبرى لمنازعات الأوقاف	84
الفرع الأول: أسباب منازعات الأوقاف	84

الفرع الثاني: موضوع المنازعة الوقفية	86
المطلب الثاني: إثبات الوقف	88
الفرع الأول: إثبات الوقف بالطرق الشرعية	88
الفرع الثاني: إثبات الوقف بالطرق القانونية	93
خاتمـــــــــة	100
قائمة المصادر والمراجع	104
الفهرس	