



جامعة زيان عاشور _ الجلفة _
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



النظام الاقتصادي لأمالك الوقف

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر حقوق

تخصص إدارة ومالية

إشراف الأستاذ:

بن يحي بوبكرالصديق

إعداد الطالب :

محمد عبد الرحمن

أعضاء لجنة المناقشة :

رئيسا

- الاستاذ بن نويوة عبدالمجيد

مشرفا ومقررا

- الاستاذ بن يحي بوبكرالصديق

مناقشا

- الاستاذ بشار رشيد

السنة الجامعية: 2017/2016

شكر وعرفان

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

ثم الأحق بالشكر بعد الله عز و جل هو أستاذي الفاضل بن يحي بوبكرالصديق حفظه الله تعالى ، الذي بقدر ما كنت نازلا من حيث اللقاءات و المواقيت المفاجئة التي كنت أقصده فيها بقدر ما كان صدره واسعا و باله متسعا و ابتسامته حاضرة و هو أهل لذلك ؛ و لقد تحملني مشكورا طوال أشهر البحث و أفادني بتوجيهاته و آرائه الصريحة و الضمنية رغم كثرة أشغاله وانشغالاته ، فجزاه الله خير ما جزى أستاذا عن تلميذه ، و أرجو له دوام العافية و موفور الصحة و العافية في الدنيا و التوفيق و الثبات و حسن الخاتمة. كما لا يفوتني في هذا الإطار أن أتقدم بخالص التشكرات إلى كل من كان قلبه و قلبه معي أثناء لحظات البحث ، طالبا لي المولى التوفيق و السداد ، و إلى كل من شجعني كما أوجه شكري إلى جميع القائمين على شؤون المكتبات .. مكتبة الكلية ، المكتبة الجامعية ،الذين قدموا لنا يد العون و المساعدة في إتمام هذا البحث.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع
إلى من جرع الكأس فارغا ليسقيني قطرة حبّ الى من كلّت أنامله ليقدّم لنا لحظة سعادة
والدي العزيز
الى من أرضعتني الحب و الحنان الى رمز الحبّ و بلسم الشفاء إلى القلب الناصع بالبياض
أمّي الغالية
أهدي إلى من كانوا ملاذي و ملجئي إلى من تذوقت معهم أجمل اللحظات إخوتي و أخواتي
الى سعادتي في الدنيا زوجتي ... ام أبنائي
الى ابنائي فرحتي في دنياي ...

 عب
الرحمن

مقدمة

مقدمة:

يعتبر الوقف مظهرا من مظاهر الحضارة الإسلامية الذي يختص به المسلمون دون غيرهم وهو يمثل مؤسسة جلييلة ذات طابع خيرى و نفع عام تستمد وجودها من تعاليم الإسلام و مبادئ الشريعة الإسلامية التي وضعت أحكامها المستمدة من القرآن و السنة و عمل الصحابة و التابعين و منذ ظهور مؤسسة الوقف و هي في تطور مستمر حيث بدأت بالجانب الجانبا الاجتماعى الخيرى و توسعت لتشمل كل ما يتعلق بخدمة الانسان بتقديم خدماتها الخيرية للمضعفاء بالإضافة إلى الجانب الروحى للوقف الذي يجعل منه قربة لله تعالى قبل أن يكون عملا خيريا محضا.

و تعد مؤسسة الوقف من أهم المؤسسات الاقتصادية والاجتماعية التي ساهمت على مر العصور والأقطار في بناء الحضارة الإنسانية والاجتماعية في المجتمعات الإسلامية، إذ أن التأمل في تاريخ الأوقاف وما كانت تقوم به من أدوار في الحياة الاقتصادية للمجتمع والدولة الإسلامية وزيادة على دورها في الحياة الدينية والثقافية، نجد أنها تشكل ثروة هائلة وموروثا حضاريا متجدد لا يمكن الاستهانة به فهذا الكم الهائل من الأراضي والعقارات والمباني والمحلات التجارية والسكنية يمكن أن يشكل مورداً أساسيا ذاتيا لتمويل الكثير من المشاريع الاقتصادية والقطاعات الخدمية حيث يمثل الوقف نقطة مركزية تبرز التكافل الاجتماعى بين أفراد المجتمع لما فيه من حبس المال في سبيل الله على جهة معينة وجعلها في باب الخير وذلك بضبط طرق تنميتها وحسن تنظيم إستغلالها لتحقيق التنمية والأهداف المرجوة من الوقف واستثماره. ويمكن القول أن الوقف هو المرآة التي تعكس حجم التضامن بين أفراد المجتمع الإسلامى مدى مشاركة كل فرد فيه بأعمال الخير والبر، كما يساهم الوقف في ترقية الاستثمار مساهمة فعالة من خلال خلق حركية ناجعة ومستمرة وحيوية أكثر للاقتصاد الوطنى.

لذا نجد المشرع الجزائرى منذ بداية التسعينات اهتم بالثروة الوقفية وذلك بصدور القانون 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق لـ 27 أفريل لسنة 1991 المتعلق بالأوقاف وهذا بعدما عناه هذا القطاع من الإهمال والتهميش وغياب الإطار التشريعى لفترة طويلة، ولا شك أن الأوقاف في الجزائر بما هي عليه اليوم لا يمكن أن تقوم بالدور المرجو منها في عملية الاستثمار والتنمية المنشودة لأن البقية المتبقية منها عاجزة عن تلبية الحاجات العامة المتزايدة، وعليه من الضرورى العمل على إنمائها، واستغلالها وضبط العمل الوقفى بأحكام الشرع، لأن الاستثمار الوقفى بتعدد طرقه ووسائله التي منها عقد المزارعة وعقد المساقاة يعتبر من أهم وأدق التصرفات التي تحتاج إلى تأصيل شرعى ومراعاة لحكم الشرع والتزاما بأغراض الوقف.

الإشكالية :

ما مدى نجاعة أملاك الوقف في نظام اقتصادي متكامل ؟

ومنه تتفرع الأسئلة التالية :

- ما هو الوقف و ما أهدافه ؟
- ما هو النظام الاقتصادي للوقف ؟ أو بطريقة أخرى كيف يتم تسيير الوقف اقتصاديا ؟
- كيف يتم استثمار الاملاك الوقفية من اجل تحقيق نجاعة اقتصادية ؟

سبب اختيار الموضوع :

تتمثل في أسباب ذاتية تتعلق باهتمامي بالموضوع ، ومحاولة البحث عن تفاصيله و أسباب موضوعية ترتبط بالتحويلات الحاصلة في الجزائر حيث بدأ التفكير في استرجاع مكانة الوقف واستغلاله استغلالا أمثل بالإضافة إلى ذلك أن الممتلكات الوقفية لو تم استثمارها وتنميتها وفقا للشكل المطلوب ووفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ستساهم بشكل كبير في القضاء على البطالة وتحسين الظروف الاجتماعية للأفراد خاصة داخل الدولة الجزائرية.

الهدف من هذه الدراسة:

إعطاء أهمية أكبر للموضوع من خلال ابراز جوانب الوقف الاقتصادية والاجتماعية والعمل على دفع الاهتمام الأكبر بهذا الموضوع. رغم ما سبق له من دراسات شملت تعريفه وطرق استثماره إلا أنه يبقى مفتوح لإظفاء دراسات جديدة عليه.

المنهج المتبع:

واستناداً إلى الموضوع المدروس ومن أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة، اخترنا المنهج الوصفي التحليلي لاستعراض ما يتعلق بالوقف من حيث مفاهيمه الأساسية، وتحليل طرق استثماره وتنميته، مع استعراض أهم الأحكام الواردة في النصوص القانونية التشريعية المنظمة للأوقاف.

تقسيمات الدراسة:

وقد قمنا بتقسيم هذا البحث إلى فصلين، حيث درسنا في الفصل الأول ماهية الوقف وقمنا بتقسيمه إلى مبحثين: المبحث الأول درسنا فيه تعريف الوقف وأركانه وشروطه في مطلبين، والمبحث الثاني خصصناه لدراسة تقسيمات الوقف في مطلبين أيضاً. أما الفصل الثاني درسنا فيه طرق ووسائل استثمار الأملاك الوقفية العقارية في الجزائر وقسمناه بدوره إلى مبحثين، خصصنا الأول لدراسة الأملاك الوقفية العقارية الفلاحية، أما

الثاني تضمن دراسة الأملاك الوقفية المبنية والقابلة للبناء والمعرض للخراب والإندثار وكل
مبحث يتضمن مطلبين. وعمدت في خاتمة البحث أن أستخلص بعض النتائج وأقترح بعض
التوصيات من أجل إثراء الموضوع

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للوقف

الفصل الاول : الإطار المفاهيمي للوقف

الوقف باب من أبواب الفقه الإسلامي و نظام شرعي قائم بذاته، يهدف إلى حبس العين على حكم الله تعالى والتصديق بثمارها على جهة من جهات البر، فهو نوع من أنواع الصدقات الجارية تنفع صاحبها بعد موته، حيث تتضافر الجماعات في إعانة المعوزين وإقامة دور العبادة الخيرية به، فما كان ليعمر بيت المال من غير وقف.

ونظرا لأن الأموال الوقفية تعتبر جزء من الأملاك العقارية في الجزائر كان من الضروري علينا التطرق لدراسة هذا الموضوع باعتباره من أعقد المواضيع القانونية وأصعبها وهذا راجع بطبيعة الحال إلى عدم انسجام النصوص القانونية التي تعالجه بل وتناقصها في الكثير من الأحيان مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ومن هذا المنطلق سندرس في هذا الفصل المفاهيم الأساسية المتعلقة بالوقف من حيث تعريفه وخصائصه وأركانه وشروطه وصولا إلى تقسيماته وفقا للمبشرين التاليين:

المبحث الأول: مفهوم الوقف

المبحث الثاني: أقسام الوقف

المبحث الأول: مفهوم الوقف

الوقف قرينة إلى الله تعالى دلت على مشروعيته نصوص عامه من القرآن الكريم، وفصلته أحاديث من السنة النبوية المطهرة، وعمل به الصحابة واجمعوا على مشروعيته، أما النصوص العامة من القرآن الكريم فمنها قوله تعالى: (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وما تنفقوا من شيء فإن الله به عليم)¹

وحببه الرسول عليه الصلاة والسلام ودعا إليه برا بالفقراء وعطفا بالمحتاجين فعن أبي هريرة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: (إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له) رواه مسلم وأبو داود والترمذي. وبما أن الجزائر دولة إسلامية فهي تأخذ بالوقف وتخصه بجملة من الأحكام والقوانين التي تضبطه.

ومن هذا المنظور سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول لتعريف الوقف وبيان خصائصه، والثاني لذكر أركانه وشروطه.²

المطلب الأول: تعريف الوقف وخصائصه

لقد تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء إلى المقصود بالوقف، وإلى فكرة خروج المال الموقوف من خدمة الواقف ودخوله في ذمة الموقوف عليهم أو بقاءه بلا مالك، وللوقف عدة مرادفات له منها الحبس، المنع، والتسبيل وهي مرادفات كثيرا ما تثبت في تعريفه اللغوي والاصطلاحي.³

¹ سورة آل عمران، الآية 92.

² سعيدة العائني، استثمار الأملاك الوقفية في الجزائر، مداخلة في الملتقى الوطني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2014 ص 5.

³ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات "الهبة . الوصية . الوقف"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بدون طبعة، الجزائر، 2004 ص 27.

الفرع الأول: تعريف الوقف

كما سبق القول بأن الوقف نظام إسلامي تحكمه قواعد الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه في القانون وعليه نجد للوقف مدلولين مدلول لغوي ومدلول اصطلاحى سنقوم بتوضيحهما كالآتي :

أولاً: الوقف لغة

أ- يعرف الوقف بفتح الواو وسكون القاف، مصدر وقف الشيء وأوقفه بمعنى حبسه وأحبسه، وتجمع على أوقاف ووقف ووقف وسمى وقف لما فيه من حبس المال في سبيل الله على جهة معينة، لذا نقول وقف الأرض على المساكين، أي حبسها وجعلها في باب البر والإحسان.¹

ب- الحبس والمنع وقفت الدار حبسا أي حبستها في سبيل الله والجمع أوقاف، الحبس في الدابة منعها من السير وحبسها وفي الدار منعها وحبسها أن يتصرف فيها من غير الوجه الذي وقفت له، قد أشتهر إطلاق كلمة الوقف على اسم المفعول وهو الموقوف²

ثانياً: الوقف اصطلاحاً

لإعطاء هذا العنصر حقه في الدراسة كان علينا التفرقة ما بين المعنى الاصطلاحى للوقف في الشريعة الإسلامية ومعناه الاصطلاحى طبقاً للقانون الوضعي:

1- نظرة فقهاء الشريعة الإسلامية إليه: يمكن توضيحها في ما يلي:

أ- يعرف المذهب المالكي الوقف بأنه: "حبس العين عن التصرفات التمليلية مع بقائها على ملك الواقف والتبرع اللازم بريعتها على جهة من جهات البر"، ومن خلال هذا التعريف يتضح أن المالكية لا يخرجون العين الموقوفة عن ملك الواقف بل يبقى على ملكه، لكنهم يمنعون التصرف

¹ تقار عبد الكريم، تسيير الأملاك الوقفية في الجزائر وطرق تنميتها، مقال علمي، جامعة بومرداس، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 4

² أنيس إبراهيم ومن معه، المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، ص 06.

فيها بالتصرفات الناقلة للملكية سواء بعوض أو بدون عوض، ويلزمه بالتصدق بمنفعتها ولا يجوز له الرجوع فيه.

ب- أما المذهب الحنفي يعرف الوقف بأنه: "حبس العين على ملك الواقف والتصرف بمنفعتها على جهة من جهات البر في الحال أو في المآل"، فالوقف عند الأحناف لا يخرج المال المحبس عن ملك واقفه، بل يبقى على ملكه يجوز له التصرف فيه بكل أنواع التصرفات وإذا مات ينتقل إلى ورثته من بعده، حيث أن كل ما يترتب عن الوقف هو التبرع بالمنفعة ويجوز الرجوع عنه في كل وقت.¹

ج- أما المذهب الشافعي والحنبلي فقد عرفا الوقف بأنه: "حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداء وانتهاء"، وأصحاب هذا الرأي يرون بأن اقف يخرج المال الموقوف عن ملك واقفه بعد تمام الوقف، ويمنعه من التصرف فيه.

وبالتالي لا يوجد تعريف جامع مانع للوقف.

-2- تعريف الوقف في التشريع الجزائري:

أ- يعرف المشرع الجزائري الوقف في المادة 03 من القانون 10/91 المؤرخ في 12 شوال 1411 هـ الموافق لـ 27 أبريل 1991م على أنه "حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير".²

ب- وعرفه أيضا في نص المادة 213 من القانون 11/84 لمتضمن قانون الأسرة على أنه: "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق".

ج- وجاء في المادة 05 من القانون 10/91: "الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها".

¹ حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 74.

² تقار عبد الكريم، مرجع سابق، ص 04.

من خلال هذه المواد يتضح أن المشرع الجزائري أخرج العين الموقوفة عن ملكية الواقف ولم ينقلها إلى ملكية الموقوف عليهم وبذلك يكون قد أخذ برأي الشافعية والحنابلة وجعل الوقف ذو طابع مؤسساتي مادام أنه يتمتع بالشخصية المعنوية.

الفرع الثاني: خصائص الوقف

بالرجوع إلى قانون الأوقاف 10/91 المؤرخ في 27/04/1991 والمرسوم التنفيذي رقم 18/98 المؤرخ في 01/12/1998 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك يثبت أن للوقف جملة من الخصائص يمكن تعددها على الشكل التالي:

أولاً: الوقف عقد تبرعي من نوع خاص: يندرج تحت هذه الخاصية جملة من الخصائص الفرعية يمكن توضيحها فيما يلي:

1- الوقف حق عيني: باعتبار أنه لا يرد على حق الملكية يكون بموجبه للموقوف عليه الانتفاع بمحل الوقف بشرط احترام إرادة الواقف، وإن كان جانب من شرائح القانون يرى أن الوقف هو حق شخصي وليس عيني باعتبار أنه ينقل حق الانتفاع فقط لا ملكية الوقف

2- الوقف شخص معنوي: يعتبر الوقف مستقل تمام الاستقلال عن الشخص المستحق له، له ممثل قانوني يتصرف باسمه ويمثله أمام القضاء، وهو ناظر الوقف.¹

وتكمن شخصيته المعنوية أكثر في قيام الدولة بكل مؤسساتها وما تملكه من سيادة في احترام إرادة الواقف وتنفيذها طبقاً لما حدده نص المادة 05 من قانون الأوقاف السابق الذكر "الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين²، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على إرادة الواقف وتنفيذها"، فإضفاء المشرع الجزائري لصفة الشخصية المعنوية على الوقف

¹ المادة (13) من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 01/12/1998 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك والتي حددت لها ناظر الملك الوقفي.

² رمول خالد، مرجع سابق، ص 51.

يعد خيارا سليما للجدال الفقهي الذي كان مطروحا حول تحديد الجهة التي يؤول إليها الملك الوقفي بصفة قطعية للواقف أو الموقوف عليه أو في حكم الله تعالى.

3- الوقف عقد تبرعي: الوقف ينقل حق الانتفاع بالعين الموقوفة من الواقف إلى الموقوف عليهم دون مقابل، وذلك براء م وابتغاء لوجه الله عز وجل، تبعا لنوع الوقف واشتراطات الواقف ويفيد التبرع كذلك خروج الملك الوقفي من المتبرع "الواقف" بما يزيل كل سلطاته على الشيء وهذا ما أكدته المادة 17 من قانون الأوقاف " 10/91 إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف ".¹ وزوال سلطات الواقف على الشيء الموقوف لا يعني بالضرورة انتقالها إلى الموقوف عليهم، بل أن محل التبرع هو منفعة الشيء مع حبس رقبة المال وهذا يعتبر تبرعا من نوع خاص بالمقارنة بعقود التبرع المعروفة في القواعد العامة.

وما يستفاد من ذلك أن الوقف التزام تبرعي صادر عن إرادة منفردة وهي إرادة الواقف، تبعا لنص المادة 04 من قانون الأوقاف السابق الذكر "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة". فالإيجاب شرطا لوجوده، أما القبول بمعنى قبول الموقوف عليهم فهو شرط لنفاذه، إذا كان الوقف معروف في القواعد العامة، وإنما يؤدي إلى تحويله من وقف خاص إلى عام،¹ هذا ما أشارت إليه صراحة المادة 07 من قانون 10/91 السابق الذكر، من هنا نستنتج أن الوقف ينعقد بالإيجاب فقط إذا كان عاما، أما القبول فهو شرط لنفاذ الوقف الخاص.

4- الوقف تصرف لازم لصاحبه: كما هو متعارف عليه طبقا للقواعد العامة، الإيجاب يعبر به صاحبه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقدا العقد.²

¹ رمول خالد، مرجع سابق، ص 52.

² محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري "مصادر الالتزام"، دارالهدى، الجزء الأول، الجزائر، ص 108.

وحتى يعتبر العرض ايجابيا يجب أن يتضمن تحديد طبيعة العقد المراد إبرامه، كأن يقول أريد إبرام عقد وقف، وتبيان كل العناصر الأساسية التي لا بد من توافرها لإبرامه.

وإن كانت مسألة اللزوم هي الأخرى محل خلاف بين العديد من فقهاء الشريعة من مؤيديها ومعارضها فمن بين القائلين بعدم لزوم الوقف أبو حنيفة وزفر، فالوقف عندهم بمثابة العارية التي تعتبر جائزة غير لازمة فتصرف المنفعة هي جهة الوقف، وتبقى العيني على ملك الواقف.⁴

غير أن الفريق الآخر أقروا بالزامية الوقف، وهم الشافعية والحنابلة مستندين في ذلك على الحديث المشهور الذي أخرجه أصحاب كتب الحديث والسنة مصداقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم، "إن شئت حبست أصلها وتصدقته به، فتصدق بها عمر على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث..."، فعبارة لا تباع، ولا توهب ولا تورث بمفهوم الحديث دلالة قاطعة على لزوم الوقف ومنع التصرف فيه بكافة التصرفات الناقلة للملكية وهو الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري عند تنظيمية للوقف.¹

5- الأملاك الوقفية تعفى من رسوم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى: انطلاقا من كون الوقف يعد من أعمال البر والخير، فإنه يعفى من رسوم التسجيل والشهر العقاري، غير أن هذا خلافا، وتخلف قبول الموقوف عليهم للوقف لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان العقد كما هو الإعفاء لا يمتد بطبيعة الحال إلى رسوم التوثيق، باعتبار أن عقد الوقف لا بد أن يفرغ في شكل رسمي أمام الموثق.²

6- الوقف عقد شكلي: فالشكالية في عقد الوقف تعد ركنا في العقد وشرط لنفاذه وقد ألزم قانون الأوقاف 10/91 السابق الذكر بتحرير عقد الوقف أمام الموثق استنادا للمادة 41 من قانون الأوقاف "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق ..".

¹ رمول خالد، المرجع السابق، ص 56

² حمدي باشا عمر مرجع سابق، ص 76.

وأكدته كذلك نص المادة 5من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 1998 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك.¹

ويستفاد من ذلك أن على الواقف إفراغ وقفه في ورقة رسمية لدى الموثق تطبيقا لنص المادة 324من القانون المدني الجزائري، فالعقد الرسمي كافي لإنشائه غير أنه غير كافي لنفاذه حيث زيادة على ذلك يجب تسجيله وشهره لدى مصلحة الشهر العقاري.

7- الوقف صدقة جارية: من أبرز خصائص الوقف أيضا أن العين الموقوفة يبقى أثرها منتجا للحسنات لصالح الواقف حتى بعد وفاته، وهذا يقتضي أن يتميز الوقف بالديمومة والاستمرار ولا يتحقق هذا إلا بالمحافظة على وصيانه وتنميته.²

ثانيا: الوقف له حماية قانونية

امتدادا لما قيل على خاصية الوقف أنه عقد تبرعي من نوع خاص، فإنه كذلك يتمتع بحماية قانونية متميزة وهذا حفاظا على حرمة، وكذا بعض التصرفات والوقائع التي يمكن أن تلحق به باعتباره هو الآخر من الأموال³ وسوف نخص هذه الحماية بشيء من التفصيل في النقاط التالية:

1- الحماية الجزائرية للوقف: من أجل المحافظة على الأملاك الوقفية ضد أي إخفاء أو استغلال بطريقة مستترة أو تدليسية نصت المادة 36من قانون الأوقاف على أن: "يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو تحايلية أو يخفي عقود وقف وثائقه أو مستندات أو يزورها إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات"، وتجدر الإشارة إلى أن جميع النصوص الواردة في قانون لعقوبات والمتعلقة بالجرائم الواقعة على عقار، كالمادة 386المتعلقة بجنحة التعدي

¹ عمر ياسين، طرق الاستثمار في الوقف العقاري في التشريع الجزائري، ورقة بحثية، جامعة الوادي، بدون سنة نشر، ص 1.

² رمول خالد، مرجع سابق، ص 55.

³ تقار عبد الكريم، مرجع سابق، ص 5.

على الملكية العقارية أو المادتين 406 و407 المتعلقةتين بجنحة التخريب العمدي للعقارات يصلح تطبيقها على العقارات الموقوفة.

وما يلاحظ على هذه الحماية أن المشرع الجزائري وإن كان قد أقر حماية جزائية للأموال الوقفية وتشدد فيها إلى درجة عقوبة السجن المؤبد إلا أن الغرامة المالية المفروضة على الجاني تبقى قيمتها رمزية بالنظر إلى قيمة الأملاك الوقفية المالية والاجتماعية والتعبدية في نفس الوقت، لذلك المشرع مطالب بوضع أحكام خاصة منفصلة عن الجنايات والجنح المتعلقة بالأموال المبينة في قانون العقوبات.¹

2- الأملاك الوقفية لا تقبل كسبها بالتقادم: أحد عناصر التوافق بين المال العام والوقف هو الهدف الذي يرمي إليه كلاهما، المتمثل في تحقيق النفع العام وتلبية حاجات عامة للمجتمع فالمال العام غير قابل للاكتساب بالتقادم وفقا لنص المادة 04 من القانون 30/90 المتعلق بالأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف ولا التقادم ولا الحجز، فإن الأملاك الوقفية أيضا لا يجوز كسبها بالتقادم وإن كان من الناحية العملية فإن العديد من الأملاك الوقفية خاصة منها الأراضي الوقفية الجرداء اكتسبت عن طريق التقادم المكسب.²

إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية 4 طبقا للمرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 الذي أجاز لكل شخص في تراب البلديات التي لم تخضع لإجراء إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري يجوز ممارسة حيازة مستمرة غير متقطعة ولا متنازع عليها أن يطلب الاعتراف بملكيتها بعد إجراء عملية الشهرة وبموجب هذا الإجراء تم الاستيلاء على العديد من الأراضي الوقفية في عقود عرفية غير مشهورة، وبصدور القانون 02/07 المؤرخ في 2007/2/27 المتضمن تأسيس إجراء معاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية، عن طريق

¹-حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 103.

² بن مشرّن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، الجزائر، 2011/2012، ص 29.

تحقيق عقاري،ألغي المرسوم ،83/ 352 ونص القانون 02/07 في المادة 03 صراحة على عدم جواز تملك الأملاك الوقفية العقارية وتجدر الإشارة إلى أن قاعدة حضر التقادم المكسب تطبق على الوقف العام والخاص،ذلك بأن الأخير، وطبقا لنص المادة 05 من قانون الأوقاف تلتزم الدولة بحمايته واحترام إرادة الواقف.¹

3- الأملاك الوقفية غير قابلة للحجز: القاعدة العامة المتعارف عليها في الحجز، أنها لا تكون إلا على أملاك المدين، غير أن كما سبق التطرق إليه في الآثار القانونية المترتبة عن الوقف أن الأملاك تخرج عن ذمة الواقف، وبالتالي يصبح غير مالك لها، كما أن الحجز تتطلب البيع بالمزاد العلني لاستيفاء قيمة الدين منها، وهذا ما أدى إلى نقل ملكية الأملاك المبيعة إلى طرق أخرى متقدمة في بيع المزاد.

إن هذه العملية تتناقض هي الأخرى وطبيعة الوقف باعتباره يتمتع بشخصية معنوية قائمة بذاتها، تعني الشخصية القانونية صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات وإن كان المشرع الجزائري نص في المادة 21 من قانون الأوقاف وأجاز التنفيذ على حق الموقوف عليهم وذلك في منفعة الموقوف أو ما يعرف بالغلة وهذا لا يضيع حق الدائن.

4- حصر سلطات الموقوف عليهم في حق الانتفاع دون التصرف: لقد أكدت المادة 18 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف على عدم إمكانية التصرف في أصل الملك الوقفي من الواقف ليشمل الموقوف عليهم، فحصرت حقهم في الانتفاع دون التصرف بنصها على أنه:

¹ قانون رقم 07/02 مؤرخ في 27 فيفري 2007 يتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، ص 24.

"ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه وعليه استغلالها استغلال غير متلف للعين وحقه حق انتفاع لاحق ملكية"، وفي مقابل ذلك أقر المشرع الجزائري عدم إمكانية التصرف في الملك الوقفي وهذا طبقاً لما أشارت إليه صراحة نص المادة 23 من قانون الأوقاف السابق ذكره.¹

رغم ما ذكر على الوقف من خصائص يتميز به، إلا أنه يبقى كما بقيت العقود الأخرى له أركان يقوم عليها وشروط لنفاذه.

المطلب الثاني: أركان الوقف وشروطه

يتوقف وجود الوقف على توافر أربعة أركان هي: الواقف، محل الوقف، الموقوف عليهم، الصيغة التي تعبر عن إرادة الواقف، وجود هذه الأركان لا يكفي لوجود الوقف، بل لابد من توافر شروط لصحة تختص به، وبنفاذه حتى يحتج به في مواجهة الغير وهي التسجيل وشهر ذلك، سوف نتطرق في الفرع الأول إلى أركان الوقف بشيء من التفصيل، بعد ذلك نقوم بتحديد شروط نفاذه كما يلي:

الفرع الأول: أركان الوقف

بالرجوع إلى نص المادة 09 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف والتي تنص على أركان الوقف هي: الواقف. محل الوقف. صيغة الوقف. الموقوف عليه.²

ومن خلال هذه المادة يتضح أن للوقف أربعة أركان سوف ندرسها كما يلي:

¹ بن مشرّن خير الدين، المرجع السابق، ص 29. 30.

² المرجع نفسه ص 39.

أولاً: الواقف

إن الإلمام بمضمون هذا الركن يقتضي تحديد الشروط المتعلقة بالواقف ،¹ وهو الشخص المالك الذي أنشأ بإرادته المنفردة الوقف وجعل ملكيته من بعده غير مملوكة لأحد من العباد، قاصدا إنشاء حقوق عينية عليها للمستحقين، خاضعا لتنظيمه لأحكام الشريعة الإسلامية.

لكن السؤال الذي يتبادر للأذهان، هل كل شخص يكون مالكا له الحق أن ينشأ وقفاً على ملكه؟ أم هناك شروط معينة تشترط في الواقف حتى ينشأ وقفه صحيحاً؟.

بطبيعة الحال يشترط في الواقف مجموعة من الشروط سوف نعددتها في النقاط التالية :

1- يشترط في الواقف أهلية التبرع: يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحاً أن يكون بالغاً وعاقلاً وغير مكره بها متوفرة فيه أهلية التبرع وهي بلوغ سن 19 سنة كاملة، فبدون ذلك يكون تصرفه باطلاً،² لذلك الوقف الصادر من الصبي المميز وغير المميز يكون باطلاً لأنه صار به ضرراً محضاً، ويبقى باطلاً حتى ولو أذن له الموصي وهذا ما أكدته صراحة المشرع الجزائري في نص المادة 30 من قانون الأوقاف 10/91 التي تنص على ما يلي: "وقف الصبي غير صحيح مطلقاً سواء كان مميزاً أو غير مميز ولو أذن ذلك الوصي".

2- يشترط في الواقف أن تكون له أهلية التسيير: بمعنى أن يكون الواقف بالغاً عاقلاً غير مجنون أو معتوه، باعتبار أن من لا تتوفر فيه هاتين الصفتين تنعدم فيه أهلية التسيير طبقاً للقواعد العامة، ولكن في مقابل ذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري أتى بحكم خاص بالجنون المنقطع حيث أقر بصحة وقفه متى أثبت أنه حدث أثناء إفاقة وجمول عقله، وفي هذه الحالة يجب إثبات الإفاقة بكل الطرق الشرعية المعمول بها.³

¹ رمول خالد، مرجع سابق، ص 72.

² حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 76.

³ رمول خالد، مرجع سابق، ص 73

وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في نص المادة 31 من قانون الأوقاف التي تنص "لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير، أما صاحب الجنون المتقطع فإنه يصح أثناء إفاقةه وتمام عقله، بشرط أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية.¹

يلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالقواعد الشرعية الموجودة في الفقه الإسلامي، الذي أجاز تصرفات المجنون الذي جنونه متقطع لإمكانية تكليفه، ومن جهة أخرى نجده يخالف القواعد العامة الموجودة في القانون المدني، خاصة المادة 42 منه التي استخلصت منها أن صفة الجنون جاءت مطلقة دون تمييز بين الجنون الكامل والمتقطع.

3- الاختيار: يشترط في الواقف أن يكون مخيراً وليس مكرهاً على التصرف، فقد أجمع جمهور الفقهاء على أن تصرفات المكره تعد باطلة استناداً إلى ما رواه الحاكم وابن ماجه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"، فإذا أكره الواقف أو تم الوقف دون رضاه فإنه يقع باطلا.²

4- ألا يكون الواقف محجور عليه لسفه أو غفلة أو مريض مرض الموت: فمن حكم عليه بالحجر بسبب السفه أو الغفلة لا يصح منه الوقف لأنه ليس أهلاً لتبرع، ويجوز لأحد أقاربه أو من له مصلحة أو نيابة عامة تقديم طلب أمام المحكمة المختصة إقليمياً لاستصدار حكم قضائي للحجر عليه وهذا تطبيقاً للمادتين 108 - 107 من قانون الأسرة الجزائري.

ومن الآثار الهامة للحجر هي غل يد المحجور عليه في التصرف في أمواله، وكل تصرف منه يعتبر باطلاً بما فيه الوقف، وهذا ما أكدته صراحة نص المادة 10 الفقرة الثانية من قانون

¹ قانون 91/10 المؤرخ في 27/4/1991 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية، عدد 21، مؤرخ في 1991/05/08.

² مندرعبد الكريم، أحكام الوقف "دراسة فقهية قانون مقارنة بين الشريعة والقانون"، دارالثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2011، ص 73

الأوقاف السابق الذكر بقولها: "... أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو لدين".¹

ويلاحظ أن نص المادة قد سقط منها حكم الشخص المغفل، لذلك كان أجدد على المشرع الجزائري إلحاقه بالمادة 10 أما بالنسبة للواقف الصادر منه الوقف في مرض الموت، قلة الأحكام الخاصة به مستمدة من الشريعة الإسلامية يتوقف على حكم الدين وإجازة الورثة.

5- يشترط في الواقف أن يكون مالكا للعين الموقوفة: يشترط لصحة عقد الوقف أن يكون الواقف مالكا للعين الموقوفة ملكية تامة مطلقة غير ناقصة، وهذا ما أكدته صراحة نص المادة 10 الفقرة الأولى من قانون الأوقاف: "يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحاً أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقاً".² والمقصود بالوقف المطلق إذا وقف الواقف وقفا فلم يعين مصرفا للوقف كأن يقول: "هذه الدار وقفاً"، فإن ذلك يصح عند مالك.³

ثانياً: محل الوقف "العين الموقوفة"

حتى يصح المال أن يكون وقفاً اشترط المشرع الجزائري جملة من الشروط أوردها في نص المادة 11 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم،¹ يمكن تعدادها فيما يلي:

1- أن يكون الموقوف مالا متقوماً: كل ما ليس في حياة الإنسان لا يعتبر مالا متقوماً، كالطير في الهواء، والسماك في الماء، والمال غير المتقوم مالا لا يمكن الانتفاع به، ولم يجعل له الشرع قيمة لا يجوز وقفه، حيث اشترط في المال أن يكون متقوماً لتسيير الانتفاع بالموقوف فإن لم يكن مالا متقوماً لم ينتفع به فلا يجوز وقفه.

¹ حمد فراج حسين، أحكام لوصاية الأوقاف في الشريعة الإسلامية، دارالجامعة الجديدة للنشر، الأزاريبية، الإسكندرية، 2003 ص 256

² خالد رمول، المرجع السابق، ص 67

³ الشيخ السيد، فقه السنة، دار جبل للطباعة، دون طبعة، دون بلد نشر، ص 275

2- يشترط في الوقف أن يكون معلوماً، ومعنياً تعيناً منافياً للجهالة: فلو كان مجهولاً جهالة تقضي إلى نزاع فلا يصح، مثلاً لو قيل "وقفت بعض مؤلفاتي على طلاب العلم، أو إحدى عماراتي التي أملكها في هذا البلد على فقراء الطلبة، كان وقفاً مجهولاً لا يصح.

ويقصد بالعلم كل الصفات والتعيينات التي تجعل الوقف معيناً تعيناً تاماً يمنع الجهالة فيه، ولقد أكد المشرع الجزائري على صفة العلم بطريقة ضمنية في نص المادة 10 الفقرة الأولى من قانون الأوقاف، التي تنص: "يشترط في الواقف ليكون وقفه صحيحاً أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكاً مطلقاً"، كما أكد عليه في نص المادة 216 من قانون الأسرة الجزائري.¹

أما التعيين فهو يختلف باختلاف محل الوقف ذاته، فإذا كان شيء معين بالذات كأن يقول الواقف أوقفت الدار والأرض الواقعة في المكان المعين، ففي مثل هذا النوع من الوقف يجب تعيين مساحة وحدود الأرض أو الدار وكل ما يتطلب من البيانات الكافية لتعيين العقار من وصف تام، أما إذا كان محل الوقف شيء مثلي هذه الحالة يجب تحديد النوع ودرجة الجودة والمقدار.

والملاحظ على المادة 11 من قانون الأوقاف أنها جاءت مطلقة العنان في جواز وقف المال سواء كان عقاراً أو منقولاً أو منفعة

3- يشترط في المال الموقوف أن يكون مفرزاً: تطرق المشرع الجزائري إلى وقف المشاع في الفقرة 3 من المادة 11 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف حيث ناص: "يصح وقف المال المشاع، وفي هذه الحالة تتعين القسمة آخذاً في ذلك بموقف المالكية ولكن بقي أن نتساءل على مدى جواز وقف المال المرهون والمال المنقول؟"²

¹ المادة 216 من قانون الأسرة: "يجب أن يكون المال المحبس مملوكاً للواقف، معينا خالياً من النزاع ولو كان مشاعاً.

² حمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 26.

بالنسبة إلى وقف المال المرهون لم يتطرق المشرع الجزائري لهذه المسألة في قانون الأوقاف، غير أنه تطبيقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

فإنه يمكن اعتبار المال المتعلق به حق للغير غير جائز وقفه أخذاً بمذهب الإمام مالك المطبق بالجزائر، وهذا انطلاقاً من الحكم الذي سبق التطرق إليه أن الوقف غير قابل للتصرف، وهذا باعتبار ذلك أن الرهن يعد تأميناً عينياً يمكن أن يؤدي إلى التصرف في المال الموقوف بالبيع استيفاء الدين الذي تقرر التأمين العيني ضماناً لأجله.

ومن القضايا التي مازالت إلى يومنا هذا تثير نوعاً من اللبس والغموض قضية مدى جواز وقف المنقول باعتباره عرضة للتلف وبالتالي تنعدم فيه صفة التأييد والبقاء مسألة اختلفوا فيها الفقهاء فأقر الحنيفة وقف المنقول إذا كان صالحاً للبقاء.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة للأوقاف في الجزائر، نجد أن التشريع الجزائري أجاز وقف المال المنقول بصراحة المادة 11 من قانون 10/91 والمادة 205 من قانون الأسرة ومن جهة أخرى يشترط في الوقف صفة التأييد، إذا يبقى السؤال مطروحاً حول حكم الوقف الذي يقع على المنقولات غير الصالحة للبقاء؟

4- يشترط في محل الوقف أن يكون مشروعاً: مادام أن الوقف يقصد فيه الواقف التبرع والتصدق للتقرب من الله عز وجل، فالقاعدة المتعارف عليها عند فقهاء الشريعة الإسلامية "لا تبرع ولا صدقة بعين محرمة شرعاً".¹

أما ما ينفي بمجرد الانتفاع به كالمطعمومات والروائح ونحوها فلا يصح توقيفه، ولا يسمى وقفاً بل هو صدقة، صفة مشروعية العين الموقوفة هي شرطاً لازماً لصحة عقد الوقف، طبقاً لنص المادة 11 من قانون الأوقاف الفقرة الثانية منه تنص على: "... ويجب أن يكون محل الوقف معلوماً

¹ بن مشرّن خير الدين، مرجع سابق، ص 44

محددًا ومشروعاً، كما أن صفة الشرعية قد أكد عليها المشرع الجزائري كقاعدة عامة في أي تعاقد مهما كان نوعه وصفته.¹

ثالثاً: الموقف عليه

الموقف عليه هو الجهة التي ترصد لها العين الموقوفة، فيجب أن تكون جهة بر وخير للانتفاعها ويشترط فيه القانون الشروط التالية:

1- أن يكون معلوماً وموجوداً وقت الوقف: أي يكون الشخص الموقوف عليه معلوماً بتحديد شخصه وقت الوقف، كأن يكون شخص طبيعى وهو الجاري به في كل الأحوال، وقد يكون شخصاً معنوياً وهذا بنص المادة 13 من قانون الأوقاف التي تنص: "الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف فيعقد الوقف ويكون شخصاً معلوماً طبيعياً أو معنوياً"، كما أن نص المادة 06 من نفس القانون قد أقرت صراحة أن الوقف على الشخص المعنوي هو وقف عام.²

فالشخص الطبيعى إذن يتوقف استحقاقه للوقف وجوده وقبوله وإن كان جمهور الفقهاء قد أجازوا الوقف على الجنين الذي هو في بطن أمه بشرط أن يولد حياً، أما الشخص المعنوي يشترط فيه ألا يشوبه ما يخالف الشريعة.

وإن كان المشرع الجزائري لم يتطرق إلى حكم الوقف على الجنين ومدى جواز الوقف على المعتوه والمجنون والسفيه وأصحاب الولاية عليهم، فهذا السكوت هو إحالة ضمنية إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حسب ما أكدته نص المادة الثانية من قانون الأوقاف: "على غرار كل مواد هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة في غير المنصوص عليه".

¹ ابوبكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دار الفيحاء، دمشق، ودار ابن باديس للطباعة، بدون طبعة، الجزائر، ص 35.

² قنفوذ رمضان، نظام الوقف في الشريعة والقانون الجزائري، جامعة البليلة، الجزائر، 2001، ص 79. 80.

2- يشترط في الموقوف عليه أن يكون أهلاً لتملك: وهو شرط يتفق فيه كل فقهاء الشريعة الإسلامية وإن اختلفوا في مدى جواز الوقف على المعدوم والمجهول فعدد الأحناف يسوون في الوقف على المعدوم والمعلوم سواء كان مسلم أو نومي، غير أنهم يبطلون وقف المسلم أو النومي على الكنيسة لانعدام القرابة فيه، أما الحنابلة والشافعية يشترطون في الموقوف عليه أن يكون أهلاً لتملك وقت إنشاء الوقف مع شرط الوجود الحقيقي للواقف وهو الأمر الذي لم يأخذ به فقهاء المالكية الذين أقروا بصحة الوقف سواء على الموجود أو المعدوم أو المجهول وسواء كان صادراً من مسلم أو غير مسلم مع عدم إلزامية الوقف على الجنين حتى يولد حياً ترجع العين الموقوفة للمالك أو ورثته إذا مات.¹

3- مدى جواز الوقف على النفس: من العلماء من رأى صحة الوقف على النفس استدلالاً بقول الرسول صلى الله عليه وسلم للرجل الذي قال عندي دينار، فقال له: "تصدق به على نفسك"، لأن المقصود من الوقف التقرب إلى الله، والصرف على النفس فيه قربه إلى الله سبحانه وتعالى.² ولقد أقر المشرع الجزائري مسبقاً جواز وقف الشخص على نفسه، وهذا تطبيقاً لنص المادة 214 من قانون الأسرة التي تنص: "يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته على أن يكون الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعينة".

نلاحظ أن المشرع الجزائري أقر هذه الإجازة تماشياً ورأي المذهب الحنفي الذي يجيز الوقف على النفس، لما هذا النوع من الوقف من فائدة عملية، وما يحققه من طمأنينة في نفس الواقفين في استفادة من ريع أموالهم الموقوفة ماداموا على قيد الحياة، لذا يجب على المشرع الجزائري توضيح وتأكيد صراحة على جواز الوقف على النفس في قانون الأوقاف.

غير أنه ومهما تكن إرادة الواقف متجهة في وقفه لابد أن تكون ثابتة في إيجابه بصفة صريحة منجزة.

¹ الشافعي أحمد محمود، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للنشر، دون طبعة، بيروت، 2002، ص 17.

² الشيخ السيد، المرجع السابق، ص 273.

رابعاً: الصيغة

وهي الركن المصرح بالمراد حتى يفرق به بين الصدقة والوصية والرقيى والعارية وغيرها من التكافلات المالية، وقد تقدم بأن مجرد النطق بالوقف أو الحبس مع النية يجعل الوقف لازماً حالاً مباشرة، كما هو قول الجمهور.

ويقصد بالصيغة أيضاً في عقد الوقف الإيجاب الصادر عن الواقف المعبر عن إرادته الكامنة سواء بالكتابة، اللفظ أو الإشارة تدل دلالة واضحة لا تدع مجالاً للشك وفقاً لما نصت عليه المادة 12 من قانون الأوقاف ولهذا يشترط في الصيغة الشروط التالية:

1- يشترط في الصيغة أن تكون تامة ومنجزة: أن تكون دالة غير مبهمة أو غامضة، وقد تكون صيغة الواقف في وقفه مضافة لأجل، أما إذا كانت معلقة على شرط احتمالي يمكن أن يتحقق في المستقبل كما يمكن أن لا يتحقق، فإن الوقف في هذه الحالة يعتبر غير نافذ وباطل.¹ مثال: في رجل يسكن الرجل مسكناً على أن عليه ترميمه، قلت: أرأيت لو أن رجلاً أسكن منزله رجلاً سنين معلومة أو حياته على أنه عليه ترميمه، أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: لا، لأن هذا صار كراء غير معلوم.

2- أن لا تقترن الصيغة بما يدل على التوقيت: وذلك تطبيقاً لنص المادة 28 من قانون الأوقاف التي تبطل الوقف إذا كان محدد بزمن، ولعل المشرع الجزائري في حكمه هذا أخذ برأي جمهور الفقهاء وإن كان المذهب المالكي يقر بجواز الوقف لمدة معينة.

3- يشترط في الصيغة أن لا تقترن بشرط باطل: وهي الشروط التي تخل بأصل الوقف أو بحكمه وهي نوعان: باطلة وفاسدة.

¹ الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، دار الحديث للطباعة، الجزء السادس، القاهرة، 2005، ص 11.

فالشرط الباطل كقول الواقف: "وقفت أرضي على فلان مع الاحتفاظ بحق بيعها"، أما الشرط الفاسد كقول الواقف: "وقفت أرضي على فلان على أن يتزوج فيها".

ف عند الإمام أبي حنيفة الشرط الباطل يبطل معه الوقف إلا في حالة واحدة وفي حالة وقف المسجد حيث يصح الوقف ويبطل الشرط.

أما المشرع الجزائري فإنه سوي بين الشرطين الفاسد والباطل، فأقر بصحة الوقف وإسقاط الشرط، ووضع شرط آخر لإبطالها وهي أن تكون الشروط متعارضة مع أحكام الشريعة الإسلامية وهو ما أقرته المادة 29 من قانون الأوقاف، حيث يجب التمييز بين الشرطين، ويقرر بطلان الوقف المقترن بشرط باطل، أما الوقف المقترن بالشرط الفاسد فينتقر بشأنه صحة الوقف وبطلان الشرط، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار نص المادة 16 من قانون الأوقاف.

4- مدى اقتران الصيغة بالشرط الصحيحة: يستطيع الواقف أن يضع مجموعة من الشروط في وقفه بشرط أن تتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية وحسب فقهاءها هناك عشر شروط صحيحة متفق عليها يمكن للواقف أن يوردها وهي:¹

أ- الزيادة والنقصان: للواقف أن يزيد في الاستحقاق ما شاء من حصص للمستحقين أو ينقص ما شاء عنهم.

ب- الإعطاء والحرمان: هو إعطاء بعض المستحقين علة الوقف كلها أو بعضها لمدة معينة أو بصفة دائمة ومنع الغلة عن بعض الآخر.

ج- الإدخال والإخراج: الإدخال جعل غير المستحق مستحقا للعين الموقوفة عكس الإخراج الذي هو جعل المستحق أصلا بالعين الموقوفة غير مستحق لها.

¹ خالد رمول، المرجع السابق، ص 95.

د- الإبدال والاستبدال: الإبدال هو إخراج العين الموقوفة مقابل عين أخرى أو مبلغ نقدي بشريطة أن لا تضر بحق الموقوف عليهم أما الاستبدال هو شراء بدل ليكون محل العين الموقوفة.

هـ- التغير والتبديل: وذلك بجعل وقفه خيرا أو ذريا والعكس صحيح.¹

وفي الأخير فإنه مهما تنوعت الشروط التي يضعها الواقف في وقفه غير أنها متوقفة على نفاذ الوقف ذاته خاصة إذا تعلق الأمر بوقف العقار وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: شروط نفاذ الوقف

أوجد اعتبار الوقف صحيحا من غير صدور إشهاد رسمي به الكثير من الدعاوي الباطلة الملفقة، والتي استعان أصحابا بشهود الزور وما أكثرهم حتى ضج الناس بالشكوى. وتقاديا للتحايل، وتتاسقا مع التصرفات العقارية الأخرى ومحافظة على الوقف من أن يمتد إليه يد الطامعين إذا ما طال عليه الزمن، اشترط القانون شرطان هما:

- **الشرط الأول: تسجيل عقد الوقف:** تطبيقا لنص المادة 44 من قانون الأوقاف، وحسب التفسير الدقيق للمادة فإن كل وقف سواء كان عقار أو منقول يكون خاضعا للتسجيل كقاعدة عامة وذلك أمام مفتشية التسجيل المختصة إقليميا، ولا تعفى منها رسوم التسجيل إلا مكان وقفا عاما.

وإن كان المشرع الجزائري في تسببه الإعفاء كان على أساس عبارة "لكو ما عملا من أعمال البر والخير"، وهي نفس الخاصية التي تميز الأملك الوقفية الخاصة، ويتضح من خلال المادة كذلك الخلفية القانونية وراء هذا الإعفاء، وهو تشجيع الوقف العام على الوقف الخاص.

¹ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 254.

والجدير بالذكر أنه في حالة عدم مراعاة إجراء التسجيل، فإنه عقد الوقف المتعلق بعقار يكون محلا لرفض الإيداع من طرف المحافظ العقاري وذلك تطبيقا لنص المادة 100 من المرسوم 63/76 مؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

- **الشرط الثاني: شهر عقد الوقف المتعلق بعقار:** يتمثل الشهر العقاري في إعلام الغير بما يرد على العقارات من حقوق عينية لضمان الثقة في المعاملات العقارية*، ولهذا ألزم القانون شهر التصرفات القانونية الواردة على العقار ، وذلك تطبيقا لنص المادتين 15 و 16 من الأمر رقم: 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وكذلك ما أكدته نص المادة 41 من قانون الأوقاف التي تنص: "يجب على الواقف أنيقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري".

وتظهر أهمية شهر الوقف في حماية المال الوقفي من التعدي الذي يمكن أن يصدر من الغير، بل هو وسيلة قانونية تمكن الدولة من بسط مراقبتها بصفة كاملة على الأملاك الوقفية المتواجدة عبر كل ولاية ، ولهذه الأسباب أكد المشرع الجزائري على ضرورة إحالة نسخة من عقد الوقف المشهر إلى السلطة المكلفة بالأوقاف وعقد الوقف.

ويترتب على مخالفة هذه الإجراءات عدم انتقال الملكية وعدم نفاذ التصرف القانوني الوارد

على الأرض الموقفة.¹

¹ خالد رمول، المرجع السابق، ص 98.

المبحث الثاني: أقسام الوقف

للوقف أنواع متعددة يمكن إجمالها بالنظر إلى أركانه الأربعة التي حددتها المادة 09 من قانون الأوقاف 10/91 الوقف والموقوف والموقوف عليهم والصيغة .

المطلب الأول: أقسام الوقف على أساس الواقف والموقوف

كما سبق القول أن الواقف والموقوف من أركان الوقف وفي هذه المسألة نعتمد عليهما لمعرفة أو دراسة أقسامه¹ في الفرع الأول من الناحيتان المذكورتان سابقا، والفرع الثاني نخصه لدراسة أقسام الوقف من حيث ركن الموقوف عليه والصيغة كما يلي:

الفرع الأول: تقسيم الوقف على أساس الواقف

يمكن التمييز بين نوعين من الأوقاف بحسب الشخص الواقف هما: وقف شخص طبيعي إما فرداً كفريد وهو المؤلف، أو جماعة من الأشخاص ويسمى هذا الأخير بالوقف الجماعي، ووقف الشخصية المعنوية الحكمية أو الاعتبارية، كأن تقوم مؤسسة أو شركة أو جمعية أو نحوها بإنشاء وقف ما.²

الفرع الثاني: تقسيم الوقف على أساس الموقوف

ويقسم حسب نوع المال الموقوف إلى: وقف العقار، وبالنسبة للمشرع الجزائري العقار عموماً هو: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقل منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدان ذلك من شيء فهو منقول"، وقد نص صراحة في المادة 11 من قانون الأوقاف المعدل والمتمم على جواز وقفه إذ جاء فيها "يكون محل الوقف عقاراً منقولاً أو منفعة".³

¹ حمد قاسمي، الوقف ودوره في التنمية البشرية . دراسة حالة الجزائر .، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في علوم التسيير،

تخصص نقود ومالية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2007/2008، ص 17.

² بن مشرّن خير الدين، مرجع سابق، ص 72.

³ المرجع نفسه، ص 73.

ووقف المنقول كالألات والمعدات والأجهزة ووسائل النقل وغيرها، وقد أخذ المشرع الجزائري برأي المالكية وأجاز وقف المنقول بنص المادة 11 سالف الذكر، ووقف المنافع، وهي المعروفة اقتصاديا بالخدمات، وقد أجاز المالكية هذا النوع من الأموال المعنوية، سواء كانت منافع أموال أو منافع أشخاص أو كليهما، وقد وسع الفقهاء المحدثون في مفهوم المنفعة وجعلوها تشمل النقود والأسهم في الشركات.

المطلب الثاني: أقسام الوقف على أساس الموقوف عليهم والصيغة

باعتبار أن الموقوف عليهم هو الجهة التي ترصد لها العين الموقوفة، فيجب أن تكون جهة بر وخير، أما الصيغة التي يقصد الرسمية وإفراغ الوقف في عقد شكلي وعليهما تم هذا التقسيم الذي سأطرق إليه بشيء من التوضيح.

الفرع الأول: تقسيم الوقف على أساس الموقوف عليه

يقسم الوقف من هذا المنظور إلى نوعين: وقف عام ووقف خاص، فأما الوقف العام الخيري الذي تعددت التعريفات الفقهية حوله، لكنها كلها اتفقت على أن الوقف الخيري هو: الوقف الذي وقف على جهات الخير من حين إنشائه، والوقف الخيري "الحبس العام" فيعود مردوده على المصلحة العامة.¹

أما المشرع الجزائري يعرف الوقف العام (الخيري) بموجب نص المادة 06 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف التي جاء فيها: "الوقف العام حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبيل الخير"، وقسمه بحسب جهة الانتفاع في نفس المادة إلى قسمين: وقف عام محدد الجهة، وهو الوقف الذي يحدد له مصرف معين لريعه ولا يصح صرفه

¹ رمول خالد، مرجع سابق، ص 84 .

على غير محدد الجهة، وهو الوقف الذي لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف، ويصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبيل الخيرات.

وأما الوقف الخاص (الذري أو الأهلي)، حيث يعرف الوقف الذري بأنه هو ما وقفه الواقف على نفسه أو ذريته أو عليهما معاً.

وبالرجوع إلى نص المادة 06 الفقرة الثانية قبل التعديل من قانون الأوقاف 10/91 تعرفه بقولها: "هو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم".¹

والملاحظ من تعريف الوقف الخاص أن المشرع الجزائري لم يوضح هذا النوع من الوقف كما فعل في الوقف العام.

والجدير بالذكر أن معيار التفرقة بين الوقف العام والخاص لدى المشرع الجزائري ومن خلال الفقرة 2 من المادة 6 من قانون الأوقاف قبل التعديل هي الجهة الموقوف عليها أول الأمر، وهو ما أخذ به الفقه الإسلامي من قبل في تقسيمه للوقف.

¹ منذر عبد الكريم القضاة، مرجع سابق، ص56

الفرع الثاني: تقسيم الوقف على أساس الصيغة

تقسيم الوقف وفقا لمعيار الصيغة يمكن النظر إليه من حيث زمن الوقف وهما نوعان:

الوقف المؤبد: وهو الأصل والغالب، لأن الأصل في الأوقاف التأييد، فإذا لم يوقت الواقف، كان ذلك دليلا على أنه أراد تأييد، ويعرف أيضا هو حبس المال بصفة دائمة على جهة لا تنقطع وهو الذي ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 03 من قانون رقم 10/91 السابق لذكر التي تنص: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"، آخذا برأي الحنيفة والحنابلة والشافعية الذين يشترطون التأييد في الوقف أما الوقف المؤقت هو: الوقف الذي يستغرق مدة من الزمن أو تحقق الغاية منه ثم ينحل بعدها، ولكن المشرع الجزائري أكد على بطلان هذا الأخير في نص المادة 28 من قانون الأوقاف إذ جاء فيها: يبطل الوقف إذا حدد بزمن.¹

ونلاحظ من وجهة نظرنا أن المشرع الجزائري لم يتكلم عن الوقف المشترك الذي من خلال ما درسنا نجده في الكثير من القوانين الأخرى غير الجزائرية كالقانون الأردني والمصري.

فحبذ لو أنه خصه ولو بجزء صغير من الدراسة، وأشار إليه في القانون المنظم للأوقاف حتى يتجنب الغموض في مثل هذا الموضوع. والوقف المشترك هو ما وقفه الواقف على جهة بر، وعلى الأفراد والذري، أو هو الحبس الذي أحبس على الذرية وعلى جهة من جهات البر في وقت واحد، ونجد هذا النوع من الوقف سائغا لا يتنافى مع مشروعية الوقف.

¹ بن مشرني خير الدين، المرجع السابق، ص 73.

الفصل الثاني

كيفية استثمار الأملاك الوقفية

نظرا لما تزخر به الجزائر من ثروة عقارية خاضعة لعدة أنظمة قانونية، لاسيما تلك المتعلقة بالملكية الوقفية، ولعل ما يميز هذه الأخيرة صفة التأبير التي تجعل من الملك الوقفي ذو طابع خاص يتميز بصفة الاستمرارية والتي لا يمكن تحقيقها إلا عن طريق استثمارها.

والمقصود باستثمار الأملاك الوقفية تنميتها والتي تعني زيادة حجم الأموال المستغلة أو الاستثمارية للوقف، كأن يكون محل الوقف أرضا زراعية فقد خصبتها بفعل الإنسان أو الطبيعة، ولكي تبقى تنتج أموالا توزع على الموقوف عليهم فإن الأمر يستلزم القيام باستثمارها أو تحويلها إلى أرض صالحة للبناء فلا بد لتحقيق ذلك من توفير أموال ووقفية جديدة تضم إلى أموال الوقف نفسه من أجل الاستثمار، أو انجاز بنايات سكنية أو تجارية تنتج ريعا أكثر مما كان الوقف الأول ينتجه فيكون هذا التحويل نوعا من النشاط التنموي وإدراكا من المشرع الجزائري لأهمية الاستثمار في الملك الوقفي بالنظر إلى أبعاده الاقتصادية والدينية، دفعه إلى إعادة النظر في المنظومة القانونية للوقف، وفعلا تجسد ذلك بصدور القانون 10/91 المتضمن قانون الأوقاف وعليه يتبادر إلى أذهننا طرح السؤال التالي: كيف نظم المشرع الجزائري طرق وأساليب استثمار الأملاك الوقفية العقارية؟.

المبحث الأول: استثمار الأملاك الوقفية العقارية الفلاحية.

المبحث الثاني: استثمار الأملاك الوقفية العقارية القابلة للبناء والمبينة والمعرضة للخراب والاندثار.

المبحث الأول: استثمار الأملاك الوقفية العقارية الفلاحية

أولا يجب التفرقة بين الاستثمار في الوقف واستثمار الوقف، حيث فرق الأستاذ الدكتور عبد الحليم عمر بين المصطلحين فقال: الاستثمار في الوقف بمعنى إنشاء الوقف والإضافة إليه والمحافظة على قدرته الإنتاجية بإصلاح ما خرب منه " التجديد " أو استبداله بوقف آخر وهو ما يمكن أن نطلق عليه تنمية الوقف وهنا الوقف يكون طالبا للتمويل، ثم قال: " واستثمار الوقف هو تحقيق أكبر عائد للوقف، أو تأمين أعلى ربح أو ريع من الأصل، وذلك ليتم صرفه على جهات الخير الموقوف عليها، ويحفظ قسم منها لعمارة الوقف وصيانته.¹

¹ عز الدين شرون، أساليب استثمار الوقف في الجزائر، مجلة الحجاز العالمية المحكمة للدراسات الإسلامية العربية، العدد الثامن، سكيكدة، الجزائر، 2014، ص118.

فالوقف بحد ذاته استثمار، والمنفعة من المال الموقوف تعتبر استثماراً، لأنه لا يجوز بأي حال تعطيل منافع الوقف ولا يمكن الحصول على منافع إلا عن طريق الاستثمار والجهد فيه. وقد أولت الشريعة الإسلامية أهمية بالغة لعملية الاستثمار لأنها لا تحافظ على الموارد المالية والبشرية فقط، وإنما تضيف إليها أصولاً مالية وبشرية أخرى.

المطلب الأول: استثمار الأملاك الوقفية الفلاحية بعقد مزارعة

الاستثمار يهدف إلى تنمية واستمرارية الوقف لتحقيق الغرض المرجو منه، ووضع المشرع الجزائري طرقاً لاستغلال الأملاك الوقفية الفلاحية لتحقيق الهدف الذي أنشئت من أجله، حيث جاء في القانون 01 - 07 المؤرخ في 22 ماي 2001 المعدل لقانون الأوقاف العام 10/91 بأنه¹:

"يمكن أن يستغل ويستثمر وتنمي الأملاك الوقفية إذا كانت أرضاً زراعية أو شجراً"، وحدد لها نوعين من العقود لاستثمارها هي :

• عقد المزارعة.

• عقد المساقاة.

الفرع الأول: تعريف عقد المزارعة

يعتبر هذا العقد من العقود التي تستغل بها العقارات الوقفية الفلاحية، وعرف المشرع الجزائري هذا العقد في الفقرة الثانية من المادة 26 مكرر 1 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم بأنه: "إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد"، وللوقوف على أحكام هذا العقد فإنه يتعين الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، طبقاً لنص المادة الثانية من قانون الأوقاف، التي تحيل إليها في غير المنصوص عليه².

وانطلاقاً من هذا التعريف يمكن القول أن عقد المزارعة يشبه الإيجار من حيث إمكانية المزارع من الانتفاع بأرض مملوكة لغيره بمقابل، وفي نفس الوقت تشبه الشركة من حيث أنه ينشئ مساهمة في إنتاج المحصول بين المالك وبأرضه وبين المزارع بعمله، ويخول للمالك حصة من المحصول المنتج تتفاوت قيمتها إما زيادة أو نقصاناً تبعاً لما أنتجته الأرض من محصول مع مراعاة نوعه وفترة إنتاجه،³ كما لعقد المزارعة أركان.

الفرع الثاني: أركان عقد المزارعة

نجد فقهاء الشريعة الإسلامية قد وضعوا لعقد المزارعة شروطاً وأركاناً تتمثل في:

1- المتعاقدان: ويشترط فيهما الأهلية الكاملة القانونية.

¹ القانون رقم 07-01 الجريدة الرسمية 2011، العدد 29.

² حسيني يوسف، رغميت حمزة، مرجع سابق، ص. 62.

³ 2رمول خالد، مرجع سابق، ص. 134.

2- المنفعة أو العمل: ويشترط فيهما ما يلي¹:

- أ- بيان الأرض المتعاقد عليها من حيث المساحة، الحدود، الموقع... إلخ.
 - ب- تحديد جنس البذر المراد زرعه.
 - ج- مشاركة صاحب الأرض بجزء من البذر، أو قيمته بحسب العقد.
 - د- أن تكون المنفعة مشروعة.
 - هـ- مراعاة العرف الزراعي المشروع في هذا النوع من العمل.
- 3- الصيغة: ومما سبق ذكره، فإن عقد المزارعة إذا توافرت أركانها وشروطه المقررة عند الفقهاء جاز التعامل به، وترتبت عليه نتائجه من صحة المعاملة، فهو يمثل دعامة أساسية لسد الحاجات الضرورية للموقوف عليهم.²

الفرع الثالث: مدة عقد المزارعة

يعتبر تحديد المدة أمر مهم في عقد المزارعة، وذلك لاعتباره عقد على منافع، والمدة معيار قياسها، وتختلف عملية بداية الزرع من منطقة إلى أخرى، لذا يراد بتوقيت المزارعة تحديد مدة متعارف عليها صالحة للزراعة فيها.

ويلاحظ على المشرع الجزائري في عقد المزارعة أنه لم يتعرض في قانون الأوقاف للمدة التي تنفذ فيها المزارعة، وبالتالي يستوجب الرجوع إلى أحكام المدة في إيجار الأرض الزراعية الموقوفة طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية³. وباعتبار أن العين المؤجرة هي أرض موقوفة زراعية تنتج محصولاً دورياً، كان من اللازم الأخذ بمدة العرف الزراعي كأن تعقد لموسم أو موسمين زراعيين حسب طبيعة الأرض، خصبة أو خصبة جداً... إلخ، وبالتالي يكون الحد الأدنى لمدة المزارعة ثلاث سنوات أي ثلاث دورات زراعية وهي مدة تراعى فيها مصلحة المزارع حتى يستقر في الأرض الزراعية الموقوفة ويستغلها استغلالاً أمثل. ويرجع تحديد مدة عقد المزارعة إلى عقد الوقف، فعلى الناظر أن يتقيد بالمدة التي يشترطها الواقف في عقد الوقف إلا إذا كانت هذه المدة ضارة بالوقف⁴.

وقد تختلف المدة حسب نوع الزرع من سنة إلى سنة، ربما هذا ما يجعل المشرع يترك الباب مفتوحاً فيما يخص المدة في عقد المزارعة طبقاً لنص المادة 26 مكرر 1 من قانون الأوقاف ويجب أن تكون المدة معلومة وصالحة لوقوع الزرع فيها، وإذا انتهت المدة ولم يتم جني المحصول فإن العقد يستمر إلى حين جني المحصول، وتكون في هذه الحالة نفقة الزرع ومؤونة

¹ عبد القادر بن عزور، فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام "الفقه وأصوله"، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005، ص 143

² حسيني يوسف، رغميت حمزة، مرجع سابق، ص 63

³ المرجع نفسه، ص 64 - 63

⁴ رمول خالد، مرجع سابق، ص 135، 134

الحفظ على المتعاقدين بمقدار حصصها، لأن هذه الالتزامات تكون على عاتق المزارع أثناء مدة العقد فقط.

الفرع الرابع: إنهاء عقد المزارعة

أما بالنسبة لإنهاء عقد المزارعة فإنه يكون بإاء المدة المتفق عليها في العقد كقاعدة عامة وقد لا ينتهي في بعض الأحيان بانتهاء المدة المقررة في العقد كما لو كان المحصول لم ينضج بعد فالمزارع له الحق في البقاء في الأرض حتى ينضج المحصول ويؤدي الأجرة المناسبة لذلك البقاء. أما السبب الخاص الذي ينتهي به عقد المزارعة ولا يوجد في غيره من العقود لاسيما عقدا الإيجار الذي يشبهه كثيرا، فهو موت أحد الأطراف، وإن كان موت هيئة الأوقاف لا يمكن تصوره، فإن وفاة المزارع يؤدي إلى انقضاء عقد المزارعة وذلك للاعتبار الشخصي الذي يتم باستزراع الأرض والعمل على تحصيل منتجها.¹

وعقد المزارعة يعتبر من العقود الاستثمارية والتمويلية لممتلكات الوقف أن يكون مرتكزا تعمل به إدارة الوقف لتنمية أوقافها وتحقيق ريع مالي تستخدمه في منشأ الوقفية لاستثمارية.²

المطلب الثاني: استثمار الأملاك الوقفية الفلاحية بعقد المساقاة

من دور هذه العقود هو المساهمة في إحياء الأملاك الوقفية لتقوم بدورها الحضاري³ من خلالها ولهذا سنقوم في هذا المطلب بدراسة عقد المساقاة من حيث تعريفه وشروطه وكذا أركانه ومدته وصولا إلى انتهائه

الفرع الأول: تعريف عقد المساقاة

يعرف عقد المساقاة على أنه عقد على خدمة الشجر، وعرفه الإمام ابن عرفة بأنه عقد على عمل مؤونة النبات بقدر لا من غير الغلة، لا يلفظ ببيع أو إيجار أو جعل، وعرف بأنه دفع الأشجار إلى من يعمل فيها، على أن الثمرة بينهما . والمساقاة هي إعطاء الشجر بمختلف أنواعه وما يدخل

¹ رامول خالد، المرجع نفسه، ص 135.

² عز الدين شرون، مرجع سابق، ص 181.

³ صالح صالح، الدور الاقتصادي والاجتماعي للقطاع الوقفي، مجلة العلوم الإنسانية، العدد السابع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2005، ص 173.

في حكمه، كالنخيل لمن يقوم بسقيه مع القيام سائر الأعمال الأخرى التي يحتاجها الشجر، وبمقابل جزء معلوم من ثمرة مشاعاً فيها¹.

وهو إعطاء الشجر الموقوف يصلحه مقابل جزء من الثمر الخارج منه ويستعمل رجلاً في نخيل أو شجرة ليقوم بسقيها وإصلاحها، على أن يكون له سهم معلوم مما تغله. ونفس التعريف الذي اعتمده المشرع الجزائري فعرفه في نص المادة 26 مكرر 1 الفقرة الثانية من القانون 07/91 المؤرخ في 22 ماي 2002 المعدل والمتمم للقانون 10/91 المذكور سابقاً: "عقد المساقاة يقصد به إعطاء الشجر للاستغلال لمن يصلحها مقابل جزء معين من ثمره فالمساقاة شرعاً جائزة والأصل في جوازها عمل الرسول صلى الله عليه وسلم وعمل خلفائه الراشدين من بعده، فقد أخرج البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منه، أي ما تخرج أرضهم من زرع وثمر، ولقد سار على منواله أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهما².

ويقوم المصلح باستثمارها عن طريق سقيها والاعتناء بها مع اقتسام الناتج من الربيع بنسبة معينة يتم الاتفاق عليها، كما تتعد المساقاة بإيجاب وقبول من الطرف الآخر في هذا العقد بأهلية، ورضا المسلم خالي من العيوب، محله أرض زراعية مشجرة موقوفة كالزيتون والتفاح والنخيل وما أشبه ذلك ويكون العقد لازماً بمجرد التعاقد، وليس بالشروع في العمل³.

ولمعرفة الأحكام المطبقة على هذا العقد فإن الأمر يستدعي الرجوع إلى ما جاء في الشريعة الإسلامية وذلك من خلال ما يلي:

الفرع الثاني: أشكال وصيغ عقد المساقاة

يمكن أن يتخذ عقد المساقاة الأشكال والصيغ التالية:

أولاً: المساقاة بجزء مشاع من المنتج

وهذا النوع من الاستثمار والتمويل يمكن أن يأخذ صيغتين وهما:

1- الصيغة الأولى: العقد على توفير أدوات السقي مقابل جزء من المنتج: وهي أن تتعاقد إدارة الأوقاف ناظر الوقف مع أحد الشركاء على أن يقوم هذا العامل بسقي المنتجات الزراعية المزروعة في أرض الأوقاف، بتوفير أدوات السقي، مقابل حصة مشاعة من الإنتاج تحدد عند التعاقد، نحو النصف والرابع.

2- الصيغة الثانية: العقد على سقي منتجات المزارعين: وهي أن تكون إدارة الأوقاف "ناظر الوقف" هي العامل أو المساقى، بحيث توفر أدوات السقي وتتعاقد مع جيران الفلاحين مقابل جزء مشاع من الغلة ويكون على مراحل على حسب قدرة الإدارة وتخطيطها لهذا النوع من الدعم

¹ عز الدين شرون، المرجع السابق، ص 181

² رمول خالد، مرجع سابق، ص 136.

³ أبو محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي، دار الفكر للطباعة، الجزء الأول، بيروت، لبنان، 2010، ص 550

لمداخيلها المالية وخاصة إذا اعتمدت أسلوب المشاركة الأجنبية المنتهية بالتمليك في هذا النوع من العمل الاستثماري، وخاصة لما عند الشريك الأجنبي من خبرة وأدوات عمل متطورة في مجال السقي الزراعي، نحو السقي بالتقطير وغيرها من طرق السقي والذي يجمع بين الجانب الاستثماري والحفاظ على مردودية الأرض والبيئة على حد سواء.¹

ثانيا: الاستفادة من دعم الدولة

وهي أن تستفيد إدارة الأوقاف من دعم الدولة لتطوير الفلاحة، فالدولة تمنح مساعدات وتدعيا ماليا وبالعتاد للمنشآت الفلاحية بحفر لأبار وبنائها للفلاحين الذين يمتلكون الأرض الزراعية في إطار تطوير الفلاحة، إن تطوير وتطبيق أفضل وسائل الري يساعد في هذه التنمية من حيث المحافظة على البيئة وعلى الاستغلال الأفضل للموارد المائية بالتطبيق الحديث لسقي.

الفرع الثالث: أركان عقد المساقاة

لعقد المساقاة أركان نجوزها كما يلي²:

أولاً: المتعاقدان: وهما الناظر والعامل الذي كلف بإصلاح الشجرة ويشترط فيهما الأهلية الكاملة والكفاءة. ثانياً: المنفعة أو العمل "المحل" ويشترط فيه بيان محل العمل، أي نوع الشجر، أو الزرع المراد سقيه، بالإضافة إلى تحديد صفة العمل، ويحمل غالبا على عرف البلد، أو يحدد عند التعاقد.

ثالثاً: الأجرة: وهي تحديد نصيب العامل، ويكون معلوماً، وهو جزء من الغلة. رابعاً: الصيغة: وهي اللفظ الدال على المساقاة مثل: "عاملت" و"ساقيت"، أو بما يدل عليه العرف من صيغ على المساقاة، فقد دعا الفقهاء إلى تمييز الوقف بعقد المساقاة، على اعتبار أن هذا

النوع من التثمين له أهمية بالغة تعود على الأوقاف الزراعية، إذ يعتبر استثمار للأموال الثابتة، وهي الأرض والأموال المتداولة المستعملة في المساقاة مضافاً إليها العمل.

ومن الشروط الأساسية زيادة على الشروط العامة لإبرام العقد، فإنه يشترط في العامل أن يبذل عناية الرجل العادي في أرضه، فيقوم بكل ما يلزم لإصلاح النخيل أو الشجر تقيداً بما جرى عليه العرف في المساقاة، كما أنه كان على الأرض التي هي محل مساقاة إخراج أو ضريبة فهي تكون على الوقف دون العامل باعتبار أن الضريبة مرتبطة بالأصل، وهي الأرض الموقوفة سواء كانت مغروسة أو غير مغروسة.

¹ عز الدين شرون، مرجع سابق، ص 182 - 181

² إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، المكتبة التوفيقية، الجزء الثاني، القاهرة، مصر، 2010، ص 5.

أما فيما يتعلق بمدة المساقاة فهي تأخذ نفس الحكم المنصوص عليه في عقد المزارعة ما دام العقدين منصبين على أراضي زراعية. والجدير بالذكر أيضا أن لعقد المساقاة أجره وهذا ما سنأتي على توضيحه في الفرع التالي¹:

الفرع الرابع: الأجرة في عقد المساقاة

تقوم الثمار في عقد المساقاة مقام الأجرة، فهي مقابل لما قام به العامل من عمل، ما قدم الوقف العام من شجر، ويجب أن تكون هذه الثمار من الشجر المعقود خدمته، ويأخذ الساقى أو العامل مصلح العين الموقوفة المقابل من جزء معين من ثمرة العين الموقوفة، طبقا للمادة 26 مكرر، ويكون هذا قبل ظهور الثمر أو بعده، وقبل بلوغها إذا كان بلوغها يحتاج إلى عمل من سقي وغيره، أما إذا كان لا يحتاج إلى ذلك، أو كان العقد بعد بلوغ الثمرة، سواء بالحفظ أو القطف أو النقل أو نحو ذلك فلا يمكن تسمية هذه المعاملة مساقاة، وإنما هي معاملة خاصة كمن يجعل حصة من الحاصل أو كمن يحصد بالآلة، ويملك العامل في عقد المساقاة الحصة من الثمرة حين ظهورها، وإذا وقع العقد بعد ظهور الثمر ملك الحصة منه بالعقد، وبالتالي لا بد أن يكون المقابل جزءا من أشجار هذا البستان الموقوف، فلا يصح ذلك، فلا بد أن يكون جزء من الثمر كالثالث والربع أو النصف بحسب الاتفاق، كما لا يجوز أن يشترط أحدهما لنفسه منفعة زائدة كمقابل مالي، وينتهي العقد لأسباب معينة سنوضحها فيما يلي²:

الفرع الخامس: انتهاء عقد المساقاة

وأما أسباب انتهاء عقد المساقاة، فهي تعود لنفس الأسباب التي ينتهي بها عقد المزارعة غير أن تحقق أسباب طارئة تكون دافعا إلى إنها، أو فسخ العقد المبرم ما بين مؤجر الأرض والعامل، وإذا حصل للعامل عجز أدى به إلى الوفاة قبل بدء عملية البذر، أو هرب العامل قبل بدئه بذر الثمار فصاحب الأرض حق الفسخ، غير أنه إذا هرب بعد بذر الثمار، تتم المساقاة من طرف عامل آخر مقابل أجره تخصم من نصيب العامل الهارب، أما إذا مات العامل بعد بذره فلورثته أن ينوبه في المساقاة وإن اتفق الطرفان على الفسخ فسخت المساقاة.

وطبقا لما هو متفق عليه بين فقهاء المذاهب الإسلامية الأربعة، فإنه يجوز لناظر الوقف استغلال الأرض الموقوفة عن طريق زراعتها بأنواع مختلفة من المزروعات، شريطة تحقيق مصلحة الوقف والموقوف عليهم.

يعتبر عقد المساقاة من العقود الاقتصادية التي إذا وفرت لها إدارة الأوقاف أدوات العمل اللازم لها، مستعينة في ذلك بتقنيات الري الحديثة فإنها ترجع بالربح والفائدة على ممتلكات الوقف وعلى باقي أفراد اتمع بما توفره من منتجات غذائية.

¹ عز الدين شرون، مرجع سابق، ص 182 - 181

² رمول خالد، مرجع سابق، ص 13

المبحث الثاني: استثمار الأملاك الوقفية العقارية القابلة للبناء والمبنية والمعرضة للخراب والاندثار

يدخل في مصاف الأراضي الموقوفة المبنية كل أرض موقوفة يشغلها تجمع بيانات في المجالات القضائية وفي مشتريات تجهيزها وأنشطتها حتى لو كانت هذه القطعة لأرضية غير مزودة بكل المرافق أو غير مبنية أصلاً أو مساحات خضراء أو حدائق أو تجمع لبنايات.

كما يدخل في مصافي الأراضي الموقوفة القابلة للتعمير كل قطعة أرضية مخصصة للتعمير في أجل معينة بواسطة أدوات التهيئة والتعمير، فتطبيقاً لنص المادة 26 مكرر 60، 50 من القانون رقم 01/07 المؤرخ في 22 ماي 2001 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف يمكن أن تستغل وتستثمر الأرض الموقوفة بإحدى الطرق التالية التي على أساسها سنقدم هذا المبحث، وفقاً لما يلي:

المطلب الأول: تعميم الأملاك الوقفية القابلة للبناء بعقد المرصد.

المطلب الثاني: تعميم الأملاك الوقفية المبنية بعقد الترميم والتعمير.

المطلب الثالث: تعميم الأملاك الوقفية العاطلة بعقد الحكر

المطلب الأول: تعميم الأملاك الوقفية القابلة للبناء بعقد المرصد

أجازت المادة 26 مكرر 5 من القانون 07/01 للسلطة المكلفة بالأوقاف إمكانية ترميم الأملاك الوقفية القابلة للبناء، بواسطة عقد المرصد، أخذاً بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية

في تأطير هذا العقد التثميري في عمارة الأوقاف كمبدأ أصيل، حرصوا عليه لضمان عرض استمرارية الوقف في عطائه وتنامي غلته، وشمول خيره للمستحقين لريعه.

غير أن المشرع الجزائري لم ينظم أحكام هذا العقد الأمر الذي يجعلنا نقف على الأحكام من خلال أحكام الشريعة الإسلامية بإحالة منه طبقاً لنص المادة 02 من قانون الأوقاف في غير المنصوص عليه، وذلك بتحديد مفهومه في الفرع الأول ثم ضوابط تطبيقه كفرع ثاني، وصولاً إلى الآثار المترتبة عنه الأخذ به كفرع ثالث وفرع رابع لعقدي المقايضة والمقابلة.¹

الفرع الأول: مفهوم عقد المرصد

يعتبر عقد المرصد من عقود الإيجار طويلة المدة التي تقع على الوقف، فهو دين ثابت لمستأجر العقار الوقفي المأذون له من قبل المتولي، بالاتفاق على العمارة الضرورية لذلك العقار وذلك لعدم وجود غلة في الوقف يعمر بها، وبالرجوع على الوقف بما أنفقه من ماله ثبوته في وجه الناظر بشرط أن تكون العمارة ضرورية للوقف، كما يعرف بأنه: "دين مستقر على جهة الوقف للمستأجر الذي عمر من ماله، عمارته الضرورية في مستغل من مستغلات الوقف، بإذن الناظر عند عدم وجود مال حاصل في الوقف، وعدم من يستأجر بأجرة معجلة يمكن تعميمها.²

والفقه الإسلامي من يرى بأن عقد المرصد اتفاق بين إدارة الوقف وبين المستأجر للقيام بإصلاح الأرض وعمارته، وتكون نفقتها ديناً مرصداً على الوقف، وما يدفعه للمستأجر يكون من ماله الخاص بإذن من المتولي عند عجز الوقف عن ذلك، لعدم وجود غلة في الوقف يعمر بها، وفي حالة ثبوت أن العمارة ضرورية له، فإن كانت بيتاً التزم بترميمه أو أرض فلاحية التزم بإصلاحها للزراعة، وإذا كانت مخصصة للبناء التزم بالبناء عليها.

فالمرصد بمناظر فقهاء الشريعة الإسلامية هو عقد إيجار يترتب عند تثمير أوقاف مخربة ومهدمة، غير صالحة للانتفاع بها ولا توجد بها غلة تنفق على عمارتها، والناس لا يرغبون في استثماره مدة طويلة بأجرة معجلة تنفق على تعميمه، بل يوجد فقط من يستأجره بنفقتها على إصلاحه وعمارته، على أن يكون ما أنفقه ديناً مرصداً على العقار الوقفي.³

وحصر المشرع الجزائري هذا العقد في العقارات القابلة للبناء حيث ذكر في نص المادة 26 مكرر 5 بأنه: "يسمح بموجبه لمستأجر الأرض بالبناء فوقها..."⁴، فالمستأجر صاحب المرصد بعد أن يؤذن له بالبناء من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف، يؤجر له هذا الملك الوقفي أجرة منخفضة لقاء هذا الدين الثابت، وإذا أراد الناظر إخراج صاحب هذا الحق لازمه أن يدفع له ما صرفه في البناء فاستغلال البناء طبقاً للمشرع الجزائري كعمارة الوقف يوازي المدة المعينة المحددة في عقد

¹ حسيني يوسف، رغميت حمزة، مرجع سابق، ص 73

² المرجع نفسه، ص 7

³ رمول خالد، مرجع سابق، ص 141

⁴ القانون 10/91 في 27 أفريل 1991 بتعلق بالأوقاف الجريدة الرسمية 21 مؤرخة في 08/05/1991 معدل وتمتم.

المرصد، لتكون زمنياً كافياً لاستهلاك قيمة البناء الذي أنجزه المستأجر، وفقاً لنص المادة سالفه الذكر.... "مقابل استغلال إيرادات البناء..".¹

وبذلك فالمرصد كعقد يسمح بموجبه كمستأجر الأرض الموقوفة البناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء، وله حق التنازل عنه باتفاق مسبق طيلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار، ولا بد من مراعاة كذلك في هذه الحالات أحكام نص المادة 25 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.²

الفرع الثاني: شروط وضوابط عقد المرصد

اشترط المشرع الجزائري لصحة عقد المرصد أن يتعلق التثمين بالبناء، بمعنى أن تكون الأرض الموقوفة صالحة للبناء فقط دون غيرها، وفي مقابل ذلك نجد فقهاء الشريعة الإسلامية يجعلون عقد المرصد على العقارات الوقفية عامة، حقا على ديمومة الانتفاع بالوقف، فعقد المرصد لا يرتب على الملك الوقفي وقف الفقه الإسلامي، إلا أن تحققت الضوابط التالية:

أولاً: إذا لم توجد غلة يعمر بها الوقف

يتم إبرام عقد المرصد عند ما تكون الأرض تربة لا توجد غلة لإصلاحها، وحين إذا لا تبق إلا هذه الطريقة التي تأتي كحل لإجارة الوقف، فإذا وجدت غلة كافية لا يمكن تأجيله بطريق المرصد، ويثبت ذلك من طرف السلطة الوصية بالخبرة والمعينة بأن هذه العمارة ضرورية لهذا العقار.³

ثانياً: إذا لم يوجد مستأجر للوقف لأجرة معجلة

وهذا الشرط يعتبر ضرورياً، حيث أنه إذا وجد من يستأجره بأجرة معجلة تعمر بها عين الوقف الخربة كان ذلك أولى من إيجاره بعقد مرصد، غير أن ثبوت هذا الحق في ظل عدم من يستأجر بأجرة معجلة ولمدة طويلة تتفق على تعميده وإصلاحه، يعجل الناظر يراجع القاضي بذلك ويطلب منه الإذن للمستأجر أن ينفق بدل الإيجار على عمارة الوقف، على أن يكون ما أنفقه دينا مرصداً على الوقف وعلى رقبة العقار الموقوف، مقابل أجرة زهيدة تسمى أجر المثل.

وبالتعمن في المفهوم الذي حدده المشرع الجزائري بعقد المرصد، كما أشرنا إليه سابقاً يظهر لنا جلياً أنه أغفل فكرة الدين المترتبة عن العقار الموقوف، والتي هي مقابل الاتفاق الذي

¹ رمول خالد، المرجع السابق، ص 142

² عز الدين شرون، مرجع سابق، ص 133

³ حسيني يوسف، رغميت حمزة، مرجع سابق، ص 74

يجريه المستأجر على الوقف كما أنه لم يوضح فكرة ارتباط هذه العمارة بخراب الوقف الذي يحتاج إلى إصلاح استمراريته في أداء نفعه للموقوف عليهم، بل اكتفى بربطه بالبناء فوق الأرض الموقوفة مقابل استغلال إيرادات البناء ضمن مجال تطبيقه.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على عقد المرصد

يترتب على عقد المرصد كغيره من العقود، التزامات وحقوق نظير قيام المستأجر المرصد له بكل ما يتعلق باستغلال العقار من بناء فوق العقار الوقفي، مقابل أجره يتم تحديدها وقت إبرام هذا العقد سواء تعلق الأمر بالناظر، أو بالسلطة المكلفة بإدارة الأملاك الوقفية العامة التي وضعت نموذجاً خاصاً يفرغ فيه عقد المرصد .

أولاً: التزامات صاحب حق المرصد

المدلول الخاص الذي وضعه المشرع الجزائي لعقد المرصد والذي يربطه بالبناء فقط كتنمير للملك الوقفي، يجعل الالتزامات التي تفرض على صاحب حق المرصد تكون بالبناء فوق الأرض الموقوفة، مع التزامه أيضاً بدفع الأجرة المتفق عليها في هذا العقد.¹

1- التزام المستأجر بانجاز البناء المتفق عليه على الأرض الموقوفة: يأتي هذا الالتزام كنتيجة منطقية لوجود ملك وقفي خرب يحتاج إلى عمارة، فينق المصتأجر ماله في سبيل ذلك والبناء على الأرض الموقوفة المصتأجرة مناط عقد المرصد في نظر المشرع الجزائي بموجب نص المادة 26 مكرر 5 يكون مقابل استغلال إيرادات البناء.

2- التزام المستأجر بدفع الأجرة: يدفع صاحب حق المرصد يستنزل بعضها من أصل الدين والبعض يدفع لجهة الوقف، فأصل الدين المبلغ الذي صرفه المصتأجر لقاء عمارته للوقف الذي يقره مؤجر الوقف السلطة المكلفة بالأوقاف في عقد المرصد.

ثانياً: حقوق صاحب عقد المرصد

أما الحقوق التي تترتب لصاحب عقد المرصد ولورثته من بعده في حال توافر ضوابط صحة عقد المرصد المتقدم ذكرها، فتتمثل فيما يلي:²

1- حق صاحب المرصد في استغلال إيرادات البناء: أعطت المادة 26 مكرر 5 من القانون 91/10 المتعلق بالأوقاف، الحق لمصتأجر الأرض الموقوفة عن طريق عقد المرصد بالبناء

¹ حسيني يوسف، رغميت حمزة، مرجع سابق، ص 76 - 75

² حسيني يوسف، رغميت حمزة، مرجع سابق، ص 76 - 75

فوقها واستغلال إيرادات البناء، وهذا الاستغلال يكون حسب نوعية البناء وطبيعته على أن تراعى في ذلك مصلحة الوقف الذي تحكمه طبيعته الخيرية، فلا يجوز استغلاله بما يخالف النظام العام.

2- حق صاحب المرصد في التنازل عن حقه في استغلال إيرادات البناء: يرى فقهاء الشريعة أن حق المرصد قابل للانتقال عن طريق البيع، فإذا باع صاحب حق المرصد مرصده بإذن الناظر وقبل البدل من مشتريه قام هذا الأخير باستئجار عقار الوقف من الناظر، ويكونوا حسب رأيهم في عموم غلة الوقف

والمشرع الجزائري أقر هذا الحق في التنازل، بحيث يقع التنازل في استغلال إيرادات البناء لا على البناء في ذاته، فالبناء مملوك للوقف بنص المادة 25 من قانون الأوقاف، وأضاف أيضا شرط وجود اتفاق مسبق، وعدم تجاوز مدة التنازل وهي مدة استهلاك قيمة الاستثمار.¹

3- انتقال حق المرصد إلى الورثة: إذا مات صاحب حق المرصد انتقال إلى ورثته باعتبار انقسامه بينهم بالضرورة، فهذا العقد فيه دور حاسم في انتقال الحقوق إلى الورثة، فإذا توفي صاحب حق المرصد قبل استبقائه لقيمة الاستثمار انتقل هذا الحق إلى ورثته.

وينتهي عقد المرصد في حال ما استوفى صاحب حق المرصد لقيمة استثماره، كما قد ينتهي لاتحاد الذمة أو هلاك العين الموقوفة.²

ويوجد في هذا أيضا عقدين آخرين لاستغلال الأراضي الموقوفة المبنية أو القابل للبناء وهذا ما سنأتي على شرحه بإيجاز في الفرع التالي:

الفرع الرابع: استثمار الأراضي الموقوفة بعقدي المقاوله والحكر

إضافة إلى عقد المرصد السابق الذكر كطريقة لاستغلال وتنمية الالعقاري الوقفي يسمح القانون لمدرية الأوقاف في هذا أن تستغل وتنمي وتستثمر العقارات عن طريق:

1- عقد المقاوله: أقر المشرع الجزائري صراحة في الفقرة الأولى للمادة 26 مكرر 6 من القانون 07/01 المذكور سابقا، حيث أخضعه إلى أحكام المواد من 571/549 من الأمر رقم

85/75 المؤرخ في 26/09/ 1975 المتضمن القانون المدني من حيث تحديد الالتزامات، الثمن، المسؤولية والانقضاء،³ فتطبيقا لنص المادة 549 من القانون المدني الجزائري عرفت المقاوله بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئا أن يؤدي عمل مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ويكون الثمن حاضر كليا أو مجزئا حسب الاتفاق المبرم بينهما، وإذا لم يحدد الأجر

¹ عز الدين شرون، مرجع سابق، ص 132

² حسيني يوسف، رغبة حمزة، مرجع سابق، ص 77

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، دار المعارف، الإسكندرية، الجزء الثامن، 2004 ص 281

سلفا وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول وهذا حسب ما حددته نص المادة 562 من القانون المدني الجزائري.

وأبضا يمكن لمديرية الأوقاف أن تعتمد هذا العقد من أجل تنمية رأس المال الثابت، وهي الأرض التي عليها المشروع الاستثماري الاستصناعي، وبذلك يتحقق ريع مالي لمديرية الأوقاف.

1

2- عقد المقايضة (الاستبدال): وهي من أنواع عقود المعاوضة التي يتحصل بموجبها كل من العاقدين على مقابل ما يقدمه تطبيقا لنص المادة 58 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما".

وتطبيقا لنص المادة 26 مكرر 6 من القانون 01-07 المعدل لقانون الأوقاف المذكور سابقا، يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمي الأملاك الوقفية، بعقد المقايضة حيث يتم بموجبه استبدال جزء من البناء بجزء من الأرض، لكن في كل الأحوال وكما سبق ذكره من قبل لأبد من مراعاة مصلحة كل من الواقف والموقوف عليه وذلك في إطار أحكام الشريعة الإسلامية.

بل نجد أن المشرع الجزائري قد تشدد نوعا ما في قضية الاستبدال حيث ألزم ضرورة مراعاة أحكام المادة 24 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتعلق بالأوقاف، التي أقرت بعدم إجازة تعويض العين الموقوفة أو استبدالها بملك آخر إلا في الحالات التالية:

أ- حالة تعرضه للضياع أو الاندثار.

ب- حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه.

ج- حالة الضرورة العامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به أحكام الشريعة الإسلامية.

د- حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتهاء إثباته بنفع قط، شريطة تعويضه بعقار مماثل أو أفضل منه، علما بأن إثبات هذه الحالات يتم بواسطة قرار تصدره السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة.²

المطلب الثاني: تعمير الأملاك الوقفية العقارية بعقد الترميم والتعمير

¹ رمول خالد، مرجع سابق، ص 137

² حسيني يوسف، رغميت حمزة، مرجع سابق، ص 77

حفاظا على ديمومة الأملاك الوقفية وجعلها تؤدي الغرض الذي وضعت من أجله والتصديق بمنفعتها للفقراء والمساكين، وفي إطار سياسة النهوض بقطاع السكن بكل أنواعه وتخفيفا للضغط على الفئة المحرومة منه، أقر المشرع الجزائري إمكانية استغلال وتنمية العقارات الوقفية المبنية المعرضة للانحدار والخراب بالشكل الذي يجعلها صالحة، وذلك بإحدى الطريقتين، إما بموجب عقد الترميم أو التعمير طبقا لما أقره المشرع الجزائري في نص المادة 26 مكرر 7 من القانون رقم 07-01 المؤرخ في 22 ماي 2001 المذكور سابقا: "يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمى العقارات الوقفية المبنية المعرضة للخراب والانحدار بعقد الترميم أو التعمير."

وعلى هذا سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، الأول نتناول فيه مفهوم العقدين، والثاني شروطهما والثالث الآثار المترتبة عنهما كما يلي:

الفرع الأول: مفهوم عقد الترميم والتعمير

أولاً: تعريف عقد الترميم

يقصد بعقد الترميم إعادة بناء وتصليح البنايات الموقوفة التي في طريقها للخراب والانحدار وتطبيقا لقواعد التهيئة والتعمير، فإن الترميمات الكبرى التي تقع على الواجهات الخاصة بالمحلات والسكنات فإنها بحاجة إلى رخصة صريحة من طرف السلطات المختصة لمحلية بمنحها، والمختصة إقليميا أين يتواجد العقار، وإن كان عقد الترميم كقاعدة عامة لا يحتاج إلى شهادة إجبارية مثل شهادة التعمير، المطابقة، القسمة، ورخصة البناء، التجزئة، الهدم.¹

ثانياً: تعريف عقد التعمير

طبقا لنص المادة 26 مكرر 7 من القانون رقم 07-01 المؤرخ في 22 ماي، 2001 لم يحدد المقصود بالتعمير، هل الذي نص عليه المشرع الجزائري في قانون 90-29 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير بموجب المادة 51 "يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي قبل الشروع في الدراسات أن يطلب شهادة للتعمير تعين حقوقه في البناء والارتفاقات التي تخضع لها الأرض المعينة.."، وهنا يقصد بها شهادة التعمير، وهذه الأخيرة لا تسلم إلا على الأرض غير المبنية عكس ما ذكره المشرع الجزائري في نص المادة 26 مكرر 6 المذكور أعلاه، على أن عقد التعمير يخص العقارات المبنية المعرضة للخراب والانحدار.²

¹ رمول خالد، مرجع سابق، ص 14.

² المرجع نفسه، ص 16.

كما يقصد بعقد الترميم والتعمير قيام السلطة المكلفة بالأوقاف بإبرام عقد الإيجار¹، مع شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص، يلتزم بموجبه المستأجر بدفع مبلغ مالي يقارب قيمة هذا العقد، فتلتزم السلطة المكلفة بالأوقاف بإيجار العين محل الترميم والتعمير إلى المستأجر، على أن يخصم مبلغ الإيجار المتفق عليه من المبلغ الذي قدمه المستأجر، وعند استهلاك مبلغ الترميم والتعمير يعاد تحرير عقد إيجاري عادي يخضع لأحكام القانون المدني والتجاري، المتعلقة بإيجار المحلات السكنية والتجارية.

وتجدر الإشارة إلى أن عقد الترميم والتعمير هو نوع خاص من أنواع الإيجار يطبق على العقارات المبنية فقط والتي هي عرضة للخراب والاندثار²، ولا يلجأ إلى هذا العقد إلا عند الضرورة القصوى كما لو كان بناء الوقف خيراً ويحتاج إلى عمارة ضرورية ولا يوجد من يستأجره ويدفع النفقات اللازمة لذلك ولا يترتب على هذا العقد إلا حق شخصي للمستأجر في ذمة الوقف، ولا تتغير أجرته تبعاً لتغير أجره المثل، وليس للمستأجر أي حق عيني لا على الأرض ولا على ما فوقها من بناء بل كل ذلك ملك للوقف، فما قام به صاحب هذا الحق من ترميم لا يترتب له إلا حق الدائنية، فإذا ما تم فسخ العقد وجب على الواقف أن يعرض المستأجر النفقات التي صرفها في إصلاح العين الموقوفة وبذلك فهو يشبه عقد المرصد من حيث أن الحق المترتب على الملك الوقفي هو دين واجب الوفاء به، ويختلف عنه من حيث أن عقد المرصد يتم بتشديد بنائية لم تكن موجودة من قبل، في حين أن عقد الترميم والتعمير يقع على صيانة وإصلاح عقارات وقفية مبنية قد تكون موجودة مقدماً، وليس إنشاء بنايات جديدة³.

الفرع الثاني: شروط إبرام عقد الترميم والتعمير

لانعقاد إيجار الوقف العام عن طريق التعمير والترميم لا بد من توفر مجموعة من الشروط:

أولاً: يشترط فيه وجود عقار مبني معرض للخراب والاندثار، جب إصلاحه وترميمه، وبذلك يشكل محلاً لإبرام هذا العقد، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 26 مكرر 7

ثانياً: يشترط أيضاً انعدام إمكانية إيجاره إيجاراً عادياً، يغني عن هذا الإيجار طويل المدة.

ثالثاً: يتم اللجوء إلى هذا النوع من العقود في حالة عدم وجود مال خاص بالوقف يؤمن به عمارة الوقف.

¹ عقد الإيجار الذي نصت عليه المادة 26 مكرر 8 من القانون 07-01 المؤرخ في 22 ماي 2001 المعدل لقانون الأوقاف على أن عقود الإيجار الخاصة بالآلات الوقفية المعدة للسكن تخضع لأحكام القانون المدني وبالتالي فإن أحكام المادة 467 وما يليها منه هي الواجبة للتطبيق، فالمادة 26 مكرر 8 ألغيت ضمناً من المرسوم.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد "الإيجار والعارية"، منشورات الجبلي الحقوقية، الجزء السادس، المجلد الثاني 2000 ص 79.

³ حسيني يوسف، رغميت حمزة، المرجع السابق، ص 79

رابعاً: عدم إمكانية إبرام عقد الترميم والتعمير قبل الحصول على محضر معاينة تعده اللجنة الإدارية التابعة لمديرية الشؤون الدينية والأوقاف التي تقع في دائرة اختصاصها الملك الوقفي، وذلك لتحقق من حالة الاندثار والخراب

خامساً: تكون المعاينة تحت رئاسة وكيل الأوقاف، هذا بالإضافة إلى المصالح المختصة بإدارة أملاك الدولة ومديرية البناء والتعمير.

سادساً: تكون لمديرية الشؤون الدينية والأوقاف صفة مؤجر، فهي من يقوم بإبرام عقد الإيجار طبقاً لنص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-200 المؤرخ في 26/06/2000 المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها.

سابعاً: يجب تحديد وبيان النفقات التي تحتاجها عملية الترميم والتعمير لأن مبلغ النفقات هو مقدار الأجرة التي كان من الواقف على المستأجر تقديمها مدة الإيجار.¹

الفرع الثالث: آثار عقد الترميم والتعمير

يترتب عقد الترميم والتعمير التزامات متعددة على عاتق المستأجر، حيث يلتزم هذا الأخير بدفع قيمة الترميم والتعمير أولاً، ثم التزامه بدفع الأجرة ثانياً

أولاً: الالتزام بدفع قيمة الترميم والتعمير

يجب على المستأجر أن يدفع مبلغاً يقارب قيمة الترميم والتعمير من أجل إصلاح الملك الوقفي المبني المعرض للخراب والاندثار، وتعين قيمة ما يقدمه تكون حسب طبيعة العقار الوقفي ودرجة تخربه واندثاره، وتتم هذه المعاينة بواسطة خبير عقاري، يثبت حالة الأرض، وتحدد هذه القيمة بالتراضي، بعد استطلاع رأي الخبير العقاري، كما يلتزم المستأجر بدفع ذلك المبلغ إلى الناظر الذي يقوم بإصلاح الوقف العام من ذلك المبلغ.

ثانياً: التزام المستأجر بدفع قيمة الأجرة

وهو التزام منطقي باعتبار العقد هو عقد إيجار، يلتزم فيه المستأجر بدفع مبلغ الإيجار ويكون إيجاراً شهرياً كما في عقد الحكر الذي سنأتي على دراسته، على أن يخصم منه قيمة الترميم والتعمير الذي قدمه المستأجر، أي أن يقبض قيمة ما قدمه مقدماً والمشرع الجزائري لم يحدد في المادة 26 مكرر 7 من القانون رقم 01-07 المعدل لقانون الأوقاف، 10/91 ما إذا كان المستأجر يدفع مبلغ الإيجار سنوياً أم شهرياً، مع العلم أن قيمة الترميم والتعمير التي دفعها

¹ عبد القادر عزوز، فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام "دراسة تطبيقية على الوقف في الجزائر"، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، الجزائر، 2004، ص. 190.

المستأجر تخصم ك مبلغ إيجاري تدريجي باعتباره ديناً على الملك الوقفي المبني، الذي قام بترميمه وإصلاحه وفي مقابل هذا يثبت للمستأجر هذا الاستغلال وذلك وفقاً لطبيعته ونوعه (سكني، تجاري).¹

أما عن الأجرة في هذا النوع من العقود ثابتة لا تتغير عكس الحكر الذي تتغير فيه الأجرة بتغير الزمان والظروف، ويخضع تسليم الأجرة إلى الأحكام الخاصة بالإيجار العادي للوقف، ويكون للمستأجر حقوق تتمثل في استغلال العين التي أصلحت، ويترتب بموجبه حق شخصي على عين الوقف وغيرها، ولا يجوز التنازل عنه وتوريثه إلا أن يكون للورثة المطالبة بتسديد الديون التي على الوقف لمورثهم، ويحدد العقد لصالحهم وجوباً إلى إكمال استهلاك قيمة الترميم والتعمير قياساً على الإيجار العادي.²

وينتهي عقد الترميم والتعمير بانتهاء مدة استهلاك قيمة ما تم إصلاحه، والذي يكون وفقاً للقواعد العامة لانتهاء عقد الإيجار، كإتحاد الذمة وهلاك العين الموقوفة والفسخ، لأن المشرع الجزائي لم يحدد حالات انتهائه كعقد خاص، كما قد ينتهي بتسديد الدين المترتب على الملك الوقفي من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف.

رغم وجود كل هذه الأنواع من العقود في مجال استثمار الأملاك الوقفية العقارية، إلا أن الاستثمار الوحيد الذي شهدته الأملاك الوقفية هو الاستثمار عن طريق إيجار الأملاك الوقفية.

الفرع الرابع: المقصود بإيجار الأملاك الوقفية

عادة ما تكون الهيئة الموقوفة عليها لا تنتفع بسوى من غلات العين الموقوفة وذلك بصورة غير مباشرة، حيث أن مديرية الشؤون الدينية والقائمة على إدارة وتسيير الأملاك الوقفية هي التي تتولى إبرام عقود الإيجار على العين الموقوفة مع الغير بصالح الموقوف عليهم، وهذا تطبيقاً لنص المادة 42 من القانون 91/10 المتعلق بالأوقاف التي تنص على ما يلي: "تؤجر الأملاك الوقفية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية".³

وما يلاحظ على هذه المادة أنها جاءت بصفة الشمولية على الأملاك الوقفية سواء كانت بناءً أو أرض عارية أو أرض زراعية أو مشجرة، وفي هذا الموضوع تناول المشرع الجزائي إيجار الأملاك الوقفية في الفصل الثالث من المرسوم التنفيذي 98/381 من المادة 22 إلى غاية المادة 30 باعتبار أن مبلغ الإيجار تعتبر أحد الموارد الهامة للوقف. أما عن طرق إيجار الأملاك الوقفية،

¹ رمول خالد، مرجع سابق، ص 146-145

² المرجع نفسه، ص 146

³ رمول خالد، مرجع سابق، ص 126

فطبقاً لنص المادتين 23 و 25 من المرسوم التنفيذي رقم 98/381 فإن إيجار الأملاك الوقفية يتم بموجب طريقتي المزاد العلني والتراضي.

أولاً: إيجار الأملاك الوقفية عن طريق المزاد العلني

القاعدة العامة في إيجار الأملاك الوقفية طبقاً لنص المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 98/381 هي طريقة المزايمة حتى يعطي الحق لجميع الأفراد في استئجار مثل هذا النوع من الأملاك دون تفضيل طرف على الآخر وتجري المزايمة تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية باعتبارها القائم أو المسؤول الأول على إدارة وتسيير العين الموقوفة، ويشاركه في ذلك مجلس سبيل الخيرات، وذلك بعد الإعلان عن المزايمة في الصحافة الوطنية أو الطرق الأخرى المتعارف عليها قانوناً وذلك قبل عشرين يوماً من تاريخ إجرائها.

وينعقد الإيجار عن طريق المزايمة على أساس دفتر شروط نموذجي يحدده الوزير المكلف بالشؤون الدينية، حيث يجب عليه أن يحدد فيه التعيين الدقيق للعين الموقوفة محل الإيجار، المساحة الطبيعية، الحدود، مدة الإيجار، الأطراف، السعر. وتطبيقاً لنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 98/381 حدد السعر الأدنى للإيجار بإيجار المثل، بعد إجراء الخبرة والمعاينة واستطلاع رأي المصالح المختصة مثل إدارة أملاك الدولة المختصة مثل إدارة أملاك الدولة المختصة إقليمياً وباقي الجهات المختصة، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة العنان حيث أنه استثناء على القاعدة يمكن تأجير الملك الوقفي عند الضرورة أربعة أخماس 5/4 إيجار المثل، إذا كان العقار المراد إيجاره مثقلاً بدين، أو لم تسجل رغبة فيه إلا بقيمة أقل من إيجار المثل، غير أنه يمكن الرجوع والتفقد بهذه الأخيرة متى توافرت الفرصة لذلك، وفي هذه الحالة لا بد من تحرير عقد إيجار جديد.¹

ومن البيانات كذلك التي لا بد أن توضح في دفتر الشروط العامة والخاصة، التي تفرض على المستأجر فبنسبة للمدة لا بد أن تحدد حسب طبيعة الملك الوقفي ونوعه، فمثلاً إيجار أرض زراعية يختلف عن مدة إيجار دار معدة للسكن.

ثانياً: إيجار الأملاك الوقفية عن طريق التراضي

هذه الطريقة تعد استثناء على القاعدة العامة، أقرها المشرع الجزائري تطبيقاً لنص المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 98/381 في حالات خاصة وهي:

الحالات التي يستعمل فيها الملك الوقفي كدور لنشر العلم، وتشجيع البحث أو استعماله في سبيل الخيرات، والإيجار في مثل هذه الحالات يتطلب وجود ترخيص من الوزير المكلف بالشؤون الدينية بعد استطلاع رأي بالموافقة من طرف لجنة الأوقاف، من أجل غلق الباب أمام أولئك الذين يريدون التلاعب بالأملاك الوقفية وتأجيرها عن طريق المحاببات وأصحاب النفوذ.

¹ رمول خالد، مرجع سابق، ص 129

وما يلاحظ في الأخير أن القانون 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف 10/91 أن المشرع الجزائري قد أحال في تنظيمه لعقود الإيجار الخاصة بالمحلات الوقفية المعدة للسكن والمحلات التجارية لأحكام القانون المدني والقانون التجاري. ويترتب عن عقد الإيجار للأملاك الوقفية آثار هامة تطبيقا لنص المادة 26 من المرسوم التنفيذي 381/98 فإنه بمجرد أن تكتمل أركان عقد الإيجار والمصادقة على شروطه يصبح المستأجر مدينا للملك الوقفي باعتبار أن هذا الأخير ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، وإنما يتمتع بالشخصية المعنوية وبالتالي المستأجر ملزم باحترام إرادة الواقف والعمل على تنفيذها.¹

وهو التزام يقع على عاتقه مدة حياته، وفي حالة وفاة المستأجر يفسخ عقد الإيجار قانونا ويعاد تحريره وجوبا لصالح الورثة الشرعيين للمدة المتبقية من العقد الأول مع مراعاة في ذلك شروط العقد الأصلي ومضمونه، أما إذا المؤجر بقي الموقوف حيا يعاد تحرير العقد وجوبا للمستأجر الأصلي حتى انقضاء مدة العقد الأول، لكن مع مراعاة الشروط الأولى الموجودة في العقد ومضمونه، غير أنه في كل الأحوال يمكن مراجعة شروط عقد الإيجار عند اية كل سنة من تاريخ سريان العقد أو عند تجديده ولا سيما قيمته ومدته.

المطلب الثالث: تعميم الأملاك الوقفية العاطلة بعقد الحكر

إن الأرض العاطلة هي تلك الأراضي التي لم تعد صالحة للزراعة والغرس، أي أنها معطلة على الإنتاج، ويحتاج إنمائها أموالا كبيرة، لذا أوجد المشرع الجزائري أسلوبا لاستغلال محل هذه الأوقاف في شكل عقد حكر أي إمكانية استثمار الأرض الموقوفة المعطلة بعقد الحكر والذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة لغرض البناء أو الزرع، لمدة معينة وتكون مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد، كما يلتزم المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء أو الغرس، وتوريثه خلال مدة العقد.²

الفرع الأول: المقصود بعقد الحكر

قبل التطرق إلى مفهوم عقد الحكر، لابد من الإشارة إلى أن هذا العقد لا يمكن اعتباره دخيلا على المنظومة التشريعية في الجزائر، فقد سبق أن المشرع الجزائري مصطلحا مشابها له في النصوص المتعلقة بالتسيير الذاتي، الذي يعطي حق الانتفاع غير محددة المدة، ونص في قانون الثروة الزراعية على مصطلح حق الانتفاع المؤبد، وورد في قانون التوجيه العقاري مصطلح

¹ لقانون رقم 01/07 مؤرخ في 28 صفر عام 1422هـ- الموافق ل- 22 ماي سنة 2001 يعدل ويتمم القانون 91/10 المؤرخ في

12 شوال عام 1411 الموافق ل- 27 أبريل سنة 1991 والمتعلق بالأوقاف

² ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة، الجزائر، الطبعة العاشرة، 2008، ص 113

الانتفاع الدائم وعليه فالحكر بكسر الحاء وسكون الكاف تعني العقار المحبوس وجمعه أحكار، وبفتحها كلما احتكر ويطلق على ثلاث معان حسب اصطلاح الفقهاء:

1. العقار المحتكر نفسه فيقال: "هذا أحكر فلان".

2. الإجارة الطويلة على العقار.

3. الأجرة المقررة على عقار محبوس، مع الإجارة الطويلة.

وتم النص عليه في المادة 26 مكرر 02 من القانون 07/01 المؤرخ في 22 ماي 2001 المعدل والمتمم للقانون رقم 10/91 يمكن استثمار الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر وعليه هو حق عيني يخول للمحتكر الانتفاع بأرض موقوفة بالبناء عليها أو بالغرس أو بأي غرض آخر وذلك مقابل أجرة معينة، فالحكر هو حق متفرغ عن الملكية، حيث تكون رقية الأرض المحتكر لجهة الوقف، أما الانتفاع للمحتكر، تعميرها بالبناء أو الغرس، واستصلاحها، ولكن إذا كان على الأرض الموقوفة بناء قائم يحتاج إلى إصلاح، كان هذا الحكر من نوع خاص يسمى بعقد الإيجارتين وهذا الأخير حق عيني كحق الحكر ولكن يختلف عنه في ثلاث صور:

1- من حيث المحل: الحكر يرد على أرض فضاء أو على أرض زراعية ووقفية، وحق الإيجارتين يرد على بناء قائم على الأرض الموقوفة وهو في حاجة إلى إصلاح.

2- من حيث الغرض: الحكر يهدف إلى تعمير الأرض بالبناء عليها واستصلاحها بالغراس فيها، وحق الإيجارتين يهدف إلى إصلاح بناء في حاجة لذلك.

3- من حيث المقابل: فصاحب الحكر لا يدفع سوى أجرة المثل، أما صاحب حق الإيجارتين فإنه يدفع مقابلين، ثمن البناء وأجرة سنوية للأرض وهي أجرة المثل، وقيما عدا ذلك من أحكام فيسري على الإيجارتين ما يسري على الحكر.

الفرع الثاني: أركان عقد الحكر

إن عقد الحكر يشترك مع بقية العقود الأخرى في ضرورة توافر أركان فيه لقيامه، كما أنه يرتب آثار نتيجة ذلك، وهي من المسائل الجوهرية التي تلتزم لانعقاده وهذا زيادة على أن تكون لأرض موضوع الحكر وقفا عاطلة، وتدعو مصلحة الوقف هذا النوع من العقود الذي يستلزم لقيامه توافر مجموعة من الأركان، وهي:¹

أولاً: المدة في عقد الحكر

لم يضع المشرع الجزائري مدة معينة لعقد الحكر بل اكتفى بذكر عبارة المدة المعينة في المادة 26 مكرر 02 من القانون 07/01 فترك تحديد المدة للمتعاقدين أي المحتكر وناظر الوقف على عكس ما ذهب إليه المشرع المصري من تحديد المدة القصوى والتي لا تزيد عن ستة وستون

¹ حسيني يوسف، رغبة حمزة، مرجع سابق، ص 69

سنة فالحكر لا يمكن أن ينعقد لمدة غير محددة أي لا يكون مؤبدا على أن يكون لمدة طويلة تفوق ثلاث السنوات المحددة كحد أقصى في الإيجار العادي، وذلك حفاظا على الوقف، لذا من الأهمية تحديد هذا العقد من قبل المشرع الجزائري بالنظر إلى حق المحتكر في توريثه.

أما المدة في عقد الحكر لا يجوز تحكير الوقف بأقل من أجرة المثل¹، ويلزم المستأجر في عقد الحكر بدفع ما يساوي قيمة الأرض معجلا ليكون له حق القرار الدائم، أو المدة معينة ويتصرف فيها بالبناء والغراس أو بأحدهما، وسائر وجوه الانتفاع الأخرى، ويترتب عليه مبلغ ضئيل يستوفي سنويا لجهة الوقف من المحتكر، أو من نقل إليه هذا الحق، لأن المحتكر له سلطة التصرف في حقه بجميع التصرفات، فيصبح من حقه بيع أو وقف ما بناه أو أنشأه.

ويعود تأثير ذلك إلى التقلبات الاقتصادية كالتضخم، وما يترتب على ذلك من تأثير على قيمة النقد وغيرها، لذلك فإن أجرة التحكيم لا يمكن أن تبقى رهينة الاتفاق الأول، أي أنها تخضع للظروف الاقتصادية المحيطة بها، وهو ما يسمى في الشريعة الإسلامية بتسقيع الحكر والمشرع نص على إلزام المحتكر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء أو الغراس وتوريثه خلال مدة العقد.²

ثانيا: التراضي

يخضع التراضي للقواعد العامة، إلا أنه في عقد الحكر يشترط الكتابة الرسمية مادام أنه حق عيني، ولا يكون له حجية في مواجهة الغير إلا بشهرة تطبيقا لنص المادة 16 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، وذلك لخطورة التصرف المنصب على الملك الوقفي باعتباره يرتب حقا عينيا عليه، وبالتالي يجب أن يسجل في سجل خاص بالأوقاف.

ثالثا: محل عقد الحكر

لا ينصب عقد الحكر إلا على أرض موقوفة عاطلة، لأن المشرع الجزائري اكتفى بذكر استثمار الأراضي الوقفية فقط، طبقا لنص المادة 26 مكرر " : يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة".

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 1485

² عز الدين شرون، مرجع سابق، ص 183

الفرع الثالث: آثار عقد الحكر

نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى آثار عقد الحكر، كما أنه لم يميزه بأحكام خاصة به، وما دام أنه عقد مثل بقية العقود، فإنه حتما يرتب في ذمة الطرفين حقوق والتزامات، تستند في ذلك إلى ما جاء في أحكام الشريعة الإسلامية.

أولاً: حقوق المحكر على الملك الوقفي

إن الحكر يرتب على الملك الوقفي حقاً للمحكر، أي حقاً عينياً ويخوله هذا الحق الانتفاع بالأرض في جميع وجوه الانتفاع، شرط أن تكون الأعمال التي يجريها في الملك الوقفي من شأنها أن تؤدي إلى تحسينها، وله أن يقوم بالبناء عليها أو الغراس فيها، وله أن يحدث فيها تصليحات شرط أن تنقص من قيمتها أو تأثر عليها، وأقر المشرع الجزائري صراحة في المادة 26 مكرر " : للمحكر أن يتصرف في حق الحكر بأن ينقله إلى ورثته خلال مدة العقد..".

إلا أنه لم يعطيه الحق في تملك الغراس أو البناء الذي أقامه على الأرض الموقوفة، إذا أنه ربط هذا الحق بضرورة مراعاة المادة 25 من قانون الأوقاف، 10/91 وبالرجوع إلى المادة 25 من قانون الأوقاف نجدها لم تعطي للمحكر حق ملكية ما أقامه على الملك الوقفي، وهو بذلك يخالف التشريعات المقارنة كالتشريع المصري الذي يعطي للمحكر حق الملكية على البناء والغراس الذي يقيمه الملك الوقفي.¹

ثانياً: التزامات المحكر على الملك الوقفي

على المحكر أن يؤدي مبلغاً يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام عقد الحكر، ويلتزم بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد للسلطة المكلفة بالأوقاف طبقاً للمادة 26 مكرر،² فالمحكر يدفع لجانب الوقف مبلغاً معجلاً يقارب قيمة الأرض الموقوفة ويترتب مبلغاً آخر ضئيلاً يستوفي سنوياً لجهة الوقف، أو ممن ينتقل إليه هذا الحق، على أن يكون للمحكر حق البناء والغراس. والأجرة في عقد الحكر غير مستقرة، فهي معرضة للزيادة والنقصان خاضعة في ذلك لأحوال الاقتصادية والاجتماعية، فإن كانت هناك زيادة في أجرة الأرض سببها راجع لرغبات الناس، وتغير حالة المكان، فينظر إذا رفع البناء والغراس من قيمة الأرض بكم تستأجر حسب موقعها، فيكون هذا أجر المثل، فكم من أرض وقفت على حكر في وقت كانت ضئيلة جداً، ثم تداركتها العمران وأحاطت بها المباني الشامخة من كل مكان فارتفعت قيمتها، فأجرة مؤجلة كل اية سنة، فإذا تأخر المحكر في دفع الأجرة، فإنه يلزم بدفعها، إلا أن طبيعة عقد الحكر لا تقتضي الفسخ، فعقد الحكر يضع على عاتق المحكر التزامات كثيرة، كالتزام المحكر بإصلاح الأرض وجعلها صالحة للاستعمال²، مراعيًا في ذلك شروط العقد وطبيعة الأرض والغرض الذي أعدت له

¹ بن مشرنن خير الدين، مرجع سابق، ص 128.

² رمول خالد، مرجع سابق، ص 140.

ويعتبر هذا الالتزام جوهر العقد بالنسبة للوقف، فإن لم يقم به المحتكر تكون للسلطة المكافئة بالوقف، الحق في طلب الفسخ.

وينتهي عقد الحكر للأسباب التالية:

- 1- عند انقضاء الأجل المحدد في العقد.
 - 2- موت المحتكر قبل أن يقوم بعملية البناء أو الغراس.
 - 3- زوال صفة الوقف عن الأرض المحتكر كاستبدالها مثلاً
- كما أنه يمكن أن ينقضي الحكر قبل الأجل لأسباب ترجع للقواعد العامة:
- 1- كإتحاد الذمة. 2- هلاك الأرض المحكرة أو نزع ملكيتها.
 - 3- عدم الاستعمال

الخاتمة

وخلاصة لهذا البحث والدراسة نجد أن الوقف فعلا يعد ظاهرة اجتماعية تشكل الشريعة الإسلامية مرجعا عاما له، وهو عقد تبرع من نوع خاص كونه عبادة غايته وجه الله تعالى ينفق في جهة من جهات البر والخير، كان وسيظل يلعب دوراً حيوياً في مجتمعات الدول الإسلامية ومن بينها المجتمع الجزائري حيث تناولنا في الفصل الأول من هذه المذكرة تعريف الوقف وكما يخصه

من أركان وشروط وخصائص وتقسيمات، أ ما بالنسبة للفصل الثاني تضح من وصف وتحليل طرق وسائل استثمار الأملاك الوقفية العقارية في الجزائر.

ومن خلال مراحل الدراسة توصلنا إلى نتائج مهمة متمثلة في ما يلي:
• أن المجتمع الجزائري لم يحسن التعامل مع هذا المورد الحيوي وما يكنزه من منافع اجتماعية واقتصادية وثقافية كثيرة لا يستهان بها.
• ولكن بصدور قانون الأوقاف 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 وما تبعه من نصوص قانونية تنظيمية بدأ فعلا استغلال وتنظيم الأملاك الوقفية وفقاً لأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية، مما جعل من الأملاك الوقفية تستعيد دورها الفعلي الذي أوجدت من أجله وهو المساهمة الفعالة في دفع عجلة التنمية بالمجتمع الجزائري.

• كنتيجة أخرى توصلت إلى أن المشرع الجزائري عند وضعه هذه النصوص القانونية لم تراعى فيها القواعد العامة المقررة في القانون المدني، وحتى المقررة في أحكام الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها الفقهية وهذا ما جعلها تتعارض في أحكامها.

• و كنتيجة طبيعية فإنه أثر بالسلب على جانب استثمار الوقف رغم تعدد طرقه من عقد مزارعة، ومساقاة في الأراضي الفلاحية الزراعية، وعقد المرصد في الأراضي البيضاء بالبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء، وأيضاً عقد الترميم والتعمير في البنايات الخربة،

وعقد الحكر في الأراضي العاطلة أو البور، والملاحظ أن هذه العقود لم تكن فعالة في تنمية الأملاك الوقفية وأنا للاستثمار الوحيد الذي شهدته الأملاك الوقفية العقارية في الجزائر هو الاستثمار عن طريق عقد إيجار الأملاك الوقفية. وعليه لا يزال استثمار الوقف في الجزائر يفتقد إلى الميكانيزمات والآليات التي تسمح له بلعب دوره في التنمية.

إذ أن الجزائر تزخر بقاعدة أعيان وقفية ضخمة متنوعة ومتعددة حيث يقدر عدد الأملاك الوقفية في الجزائر بـ 9196 ملك وقفية تمثل مختلف القطاعات الاقتصادية من الإسكان إلى الخدمات. ويمكن الاستثمار الأمثل للأعيان الوقفية لتحقيق التنمية المنشودة التي لا تقل أهميتها ودورها على القطاعين العام والخاص من خلال استحداث طرق حديثة للتغلب على كل الصعاب التي تواجه استثمار الأملاك الوقفية عن ساحة العمل الاجتماعي، والأهم صعوبة حصر ممتلكات الأوقاف وعدم وضوح طرائق وصيغ استثمار الأراضي الزراعية بما يتلاءم مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وكنتيجة أخيرة نجد أن المشرع الجزائري وقع في تضارب في العديد من الأحكام المنظمة للأوقاف وعليه رأيت أنه من الضروري أن أنهي هذا البحث بجملة من التوصيات بما يجعل هذا النوع من الأملاك تستعيد دورها الفعلي وتساهم مساهمة بنائه في دفع عجلة التنمية في الجزائر نظرا لدور الوقف الهام والفعال في الميدان الاجتماعي الثقافي والاقتصادي فهو يساعد في التخفيف من الفقر والقضاء على جزء من البطالة.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

-القرآن الكريم

ثانياً: الكتب

1. إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، المكتبة التوفيقية، الجزء الثاني، القاهرة، مصر، 2010.
2. أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دار الفيحاء، دمشق، ودار ابن باديس للطباعة، بدون طبعة، الجزائر، بدون سنة نشر.
3. أبو محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي، دار الفكر للطباعة، الجزء الأول، بيروت، لبنان، 2010.
4. أحمد فراج حسين، أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، بدون طبعة، الأزاريطية، الإسكندرية، 2003.
5. الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، دار الحديث للطباعة، الجزء السادس، القاهرة، 2005.
6. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات "الهبة . الوصية . الوقف"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بدون طبعة، الجزائر، 2004.
7. حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، للطباعة والنشر، بدون طبعة، بوزريعة، الجزائر، 2002.
8. رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بدون طبعة، الجزائر، 2007.
9. الشافعي أحمد محمود، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للنشر، بدون طبعة، بيروت، 2002.
10. الشيخ السيد، فقه السنة، دار جبل للطباعة، دون طبعة، بدون بلد نشر، بدون سنة نشر.

11. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد "الإيجار والعارية"، منشورات الجبلي الحقوقية، الجزء السادس، الالذ الثاني، بيروت، 2000.
12. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، دار المعارف، الإسكندرية، الجزء الثامن، 2004.
13. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان، بدون طبعة، بدون سنة نشر.
14. ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة، الجزائر، الطبعة العاشرة، 2008.
15. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري "مصادر الالتزام"، دار الهدى، الجزء الأول، الجزائر، بدون سنة نشر.
16. منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف "دراسة فقهية قانون مقارنة بين الشريعة والقانون"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2011.

ثالثا: المذكرات والرسائل:

17. أحمد قاسمي، الوقف ودوره في التنمية البشرية، دراسة حالة الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في علوم التسيير، تخصص نقود ومالية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2007/2008.
18. بن مشرّن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، الجزائر، 2011/2012.
19. حسيني يوسف، رغميت حمزة، النظام القانوني لإدارة واستثمار الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، دون مكان نشر، 2012/2013.
20. عبد القادر عزوز، فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام "دراسة تطبيقية على الوقف

في الجزائر"، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية العلوم الإسلامية، الجزائر، 2005/2004.

21. عمارة سعاد، التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص عقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، 2008/2007.

22. قنفوذ رمضان، نظام الوقف في الشريعة والقانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة البليدة، الجزائر، 2001.

رابعاً: القوانين:

23. القانون رقم 01. 07، الجريدة الرسمية، العدد، 29 المؤرخ في 22 ماي 2001 يعدل ويتم القانون 91. 10 المتعلق بالأوقاف.

24. القانون المدني، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05. 07 المؤرخ في ماي 2007.

25. القانون 91/10 المؤرخ في 27/4/1991 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية، عدد، 21 مؤرخ/08/05/1991.

26. القانون رقم 02/07 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2007، يتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري

27. القانون 84. 11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم لأمر رقم 05. 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

28. المرسوم رقم 381/98 المؤرخ في 1/12/1998 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك.

خامساً: المجالات:

29. صالح صالح، الدور الاقتصادي والاجتماعي للقطاع الوقفي، مجلة العلوم الإنسانية، العدد السابع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2005.

30. عز الدين شرون، أساليب استثمار الوقف في الجزائر، مجلة الحجاز العالمية المحكمة للدراسات الإسلامية العربية، العدد الثامن، سكيكدة، الجزائر، 2014.

سادسا: المقالات:

31. بن عمر ياسين، هويدي عبد الجليل، طرق الاستثمار في الوقف العقاري في التشريع الجزائري، مقال علمي.

32. تقار عبد الكريم، تسيير الأملاك الوقفية في الجزائر وطرق تنميتها، مقال علمي، جامعة بومرداس، الجزائر، بدون سنة نشر.

33. سعيدة العائبي، استثمار الأملاك الوقفية في الجزائر، مداخلة في الملتقى الوطني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة الوادي، 2014.

34. عمر ياسين، طرق الاستثمار في الوقف العقاري في التشريع الجزائري، ورقة بحثية، جامعة الوادي، بدون سنة نشر.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات	
الصفحة	الموضوع
	إهداء
	شكر وعران
أ	مقدمة
-6	الفصل الأول: الاطار المفاهيمي للوقف
7	المبحث الأول: مفهوم الوقف
7	المطلب الأول: تعريف الوقف وخصائصه
8	الفرع الأول: تعريف الوقف
10	الفرع الثاني: خصائص الوقف
16	المطلب الثاني: أركان الوقف وشروطه
16	الفرع الأول: أركان الوقف
26	الفرع الثاني: شروط نفاذ الوقف
28	المبحث الثاني: أقسام الوقف
28	المطلب الأول: أقسام الوقف على أساس الواقف والموقوف
28	الفرع الأول: تقسيم الوقف على أساس الواقف
28	الفرع الثاني: تقسيم الوقف على أساس الموقوف
29	المطلب الثاني: أقسام الوقف على أساس الموقوف عليهم والصيغة
29	الفرع الأول: تقسيم الوقف على أساس الموقوف عليه
30	الفرع الثاني: تقسيم الوقف على أساس الصيغة
	الفصل الثاني: كفيات استثمار الأملاك الوقفية
35	المبحث الأول: استثمار الأملاك الوقفية العقارية الفلاحية
35	المطلب الأول: استثمار الأملاك الوقفية الفلاحية بعقد مزارعة
36	الفرع الأول: تعريف عقد المزارعة
39	الفرع الثاني: أركان عقد المزارعة
37	الفرع الثالث: مدة عقد المزارعة
38	الفرع الرابع: إنهاء عقد المزارعة
39	المطلب الثاني: استثمار الأملاك الوقفية الفلاحية بعقد المساقاة

فهرس المحتويات

39	الفرع الأول: تعريف عقد المساقاة
40	الفرع الثاني: أشكال وصيغ عقد المساقاة
41	الفرع الثالث: أركان عقد المساقاة
42	الفرع الرابع: الأجرة في عقد المساقاة
43	الفرع الخامس: انتهاء عقد المساقاة
44	المبحث الثاني: استثمار الأملاك الوقفية العقارية القابلة للبناء والمبينة والمعرصة للخراب والاندثار
45	المطلب الأول: تعميم الأملاك الوقفية القابلة للبناء بعقد المرصد
45	الفرع الأول: مفهوم عقد المرصد
47	الفرع الثاني: شروط وضوابط عقد المرصد
48	الفرع الثالث: الآثار المترتبة على عقد المرصد
50	الفرع الرابع: استثمار الأراضي الموقوفة بعقدي المقاوله والحكر
52	المطلب الثاني: تعميم الأملاك الوقفية العقارية بعقد الترميم والتعمير
52	الفرع الأول: مفهوم عقد الترميم والتعمير
54	الفرع الثاني: شروط إبرام عقد الترميم والتعمير
55	الفرع الثالث: آثار عقد الترميم والتعمير
57	الفرع الرابع: المقصود بإيجار الأملاك الوقفية
59	المطلب الثالث: تعميم الأملاك الوقفية العاطلة بعقد الحكر
60	الفرع الأول: المقصود بعقد الحكر
61	الفرع الثاني: أركان عقد الحكر
63	الفرع الثالث: آثار عقد الحكر
66	الخاتمة
70	قائمة المراجع -