



جامعة وهران 2 محمد بن أحمد
كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة

للحصول على شهادة دكتوراه في العلوم
تخصص: قانون مقارن

النظام القانوني لحماية الأوقاف بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة

إشراف الأستاذ الدكتور:

فاصلة عبد اللطيف

إعداد الطالب:

الخيرو عبد القادر

لجنة المناقشة:

- الأستاذ الدكتور زهدور سهلي ... أستاذ التعليم العالي ... جامعة وهران 2 رئيساً
- الأستاذ الدكتور فاصلة عبد اللطيف ... أستاذ التعليم العالي ... جامعة وهران 2 مشرفاً ومقرراً
- الأستاذ الدكتور مزيان محمد أمين ... أستاذ التعليم العالي ... جامعة مستغانم عضواً مناقشاً
- الدكتور داودي إبراهيم ... أستاذ محاضر (أ) ... جامعة وهران 2 عضواً مناقشاً
- الدكتور معاشو لخضر ... أستاذ محاضر (أ) ... جامعة بشار عضواً مناقشاً
- الدكتور طيطوس فتحي ... أستاذ محاضر (أ) ... جامعة سعيدة عضواً مناقشاً

السنة الجامعية 2022-2023

ملخص

لقد كان لنظام الأوقاف دروا هاما في المجتمعات الإسلامية والعربية، هذه الأهمية شملت جوانب الحياة جميعها، لذلك كان من الضروري توفير الحماية لهذه المنظومة الإسلامية والقانونية، فيجب أن تكون محاطة بجملة من القوانين الواضحة والعملية بما يحقق لها هذه الحماية، سواء على مستوى إدارتها وذلك بتوضيح مهام ومسؤوليات وحقوق القائمين على إدارتها حتى لا تتداخل المهام فتعرض الأملاك الوقفية للضياع من داخلها كما تانية ينبغي حماية الأوقاف على مستوى استثمارها وتنميتها وذلك لوجوب توافر عنصر البقاء فيها، ومن ناحية ثالثة يتعين علينا دراسة المنازعات الوقفية وطرق الإثبات فيها.

الكلمات المفتاحية: الأوقاف، الحماية، الإدارة ، الاستثمار، المنازعة .

Resumé:

Il y avait un rôle important de "Waqf" dans les sociétés arabes et islamiques. Cette importance touche tous les domaines de la vie. Il était donc nécessaire de protéger ce système juridique islamique en clarifiant les tâches et responsabilités et les droits de ses managers afin que les tâches ne se mélangent pas et que les propriétés Waqf ne soient pas abusées. Waqf devrait être aussi protégé en l'investissant et en le soutenant et nous devrions étudier les litiges du Waqf et sa justification car il joue un rôle de protection.

Les mots clé: Waqf, protection, gestion, investissement , litige.

Summary

There was an important role of "Waqf" in the Arab and Islamic societies. That importance reached all the fields of life. Hence, it should be circuled by clear laws that provide this protection; either about its management by clarifying tasks and responsibilities and rights of its managers so that tasks do not mix and Waqf properties will not be abused on the one hand; on the other hand, Waqf should be protected through investing and sustaining it. On another side, we should study Waqf disputes and its justification because it performs a protection side.

Key words: Waqf, protection, management, investment, dispute.

شكر وعرفان

الحمد والشكر لله رب العالمين الذي لا يطيب ليل او نهار الا بطاعته ولا يخلو مكان او زمان في الدنيا الا بذكره ولا تطيب الاخرة الا بعفوه، ولا الجنة الا برؤية وجهه الكريم، جل جلاله وعظم سلطانه، له الحمد حمداً يليق بكماله، وله الثناء الحسن وله الشكر شكراً تزيد به نعمه التي لا يعدها ولا يحصيها إلا هو.

ثم الصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والرسلين، كلما ذكره الذاكرون وغفل عن ذكره الغافلون.

ونحن نخطو خطوة في الحياة لا بد علينا من وقفة نقدم فيها أسمى آيات الشكر والإمتنان والتقدير والمحبة، إلى كل الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة رسالة العلم والمعرفة، وأتقدم بشكر خاص إلى:

✓ الأستاذ الدكتور فاضلة عبد اللطيف على قبوله الإشراف على هذه الأطروحة، وعلى ما خصني به من نصح وتوجيه وتشجيع.

والشكر موصول إلى السادة الأكارم أعضاء لجنة المناقشة:

✓ الأستاذ الدكتور زهدور سهلي أستاذ التعليم العالي بجامعة وهران 2.

✓ الأستاذ الدكتور مزيان محمد أمين أستاذ التعليم العالي بجامعة مستغانم.

✓ الدكتور داودي إبراهيم أستاذ محاضر (أ) بجامعة وهران 2.

✓ الدكتور معاشو خضر أستاذ محاضر (أ) بجامعة بشار.

✓ الدكتور طيطوس فتحي أستاذ محاضر (أ) بجامعة سعيدة.

أشكرهم على قبولهم مناقشة هذا العمل وتصويبه وتقييمه.

وإلى كل من ساهم من قريب أو بعيد بمد يد عون لإنجاز هذه الدراسة.

قائمة المُختصرات

ص: الصفحة.

ج : الجزء.

م : المادة.

ط : الطبعة .

ب س ن : بدون سنة نشر.

ق م ج : القانون المدني الجزائري.

ق ع ج : قانون العقوبات الجزائري.

ق إ م إ ج: قانون الإجراءات المدنية والادارية الجزائري .

ج ر ج ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية .

ق م م : قانون المسطرة المدنية المغربي.

1 - التعريف بالموضوع:

يعد الوقف نظاما إسلاميا خالصا إجتهد في تأصيل أحكامه الفقه الإسلامي لضرورات اجتماعية وشرعية اقتضته، وهو ينحصر في حبس العين حبسا مؤبدا مع التصديق بمنفعته عاجلا أو آجلا على جهة من جهات البر لا تنقطع، فالملك الوقفي يبقى محبوسا أبدا عن إمكانية التصرف فيه، فلا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه، إنما يجوز عند الضرورة استبدال غيره به على شرط أن يقوم البديل مقام الأصل في أنه محبوس أبدا عن التصرف فيه، والسبب في وقف الواقف لماله الخاص بمحض إرادته هو التقرب إلى الله تعالى ببذل المال في سبيل الخير الذي أمر به.

ويتميز الوقف عن سائر صور التبرعات الأخرى التي تشكل منظومة العمل الخيري في المجتمع - كالوصية والهبة - بأنه يمثل الإحسان والتبرع المستدام، الذي بإمكانه أن يستمر في تلبية حاجات المرافق والوظائف الاجتماعية التي يرصد لها، بحكم أن التبرع الوقفي هو تبرع بمنافع الشيء الموقوف دون عينه، لذا حرص الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية على إبراز صبغة الاستمرارية في الوقف، وذلك بتأييد أصله من أجل استمرار العين الموقوفة في إمداد الأوجه التي حبست من أجلها، بينما لا يكون مثل هذا التأييد في عقود التبرعات الأخرى، فالموهوب له يجوز له في كل الحالات التصرف في المال محل الهبة، لأنه أصبح من جملة أملاكه الخاصة، كما أن الموصى له يمتلك المال الموصى له به ويجوز له التصرف فيه، غير أن الوقف خلاف ذلك فلا ملكية فيه لأحد من العباد فهو يخرج من الذمة المالية للواقف وفي الوقت ذاته لا يدخل في الذمة المالية للموقوف عليه بل يتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة .

ويُعتبر الوقف من أهم ميادين البر وأعظمها أجرا، فقد لعب دورا بارزا في المجتمعات الإسلامية عبر العصور المختلفة حفاظا على هويتها، وسدا لحاجات أفرادها ودعما لعلمائها، وتوطيدا لدعائم أوامر التقارب بين الميسور والمحتاج من أفراد المجتمع، فلا شك أن الحضارة والتاريخ والموروث الاجتماعي بكل مقوماته الدينية والثقافية يحتم علينا الاستفادة من الإمكانيات والاجتهادات الفقهية لعلماء الأمة الإسلامية، غير أن هذا لا يعني أن تبقى الأمة أسيرة ماضيها بنجاحاته وإخفاقاته، تستلهم من إنجازاتها السابقة ما قد لا يكون منسجما مع واقعها ومواكبة ما بلغته الإنسانية من تطور في مختلف نواحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لذلك كان لابد من تطوير المنظومة الوقفية في ظل التغيرات التي تعرفها المجتمعات الإسلامية بما لا يخالف الثوابت الدينية في الشريعة الإسلامية، خصوصا وأن أغلب أحكام الأوقاف هي أحكام اجتهادية.

2 - أهمية الموضوع:

تنبدى أهمية دراسة موضوع " النظام القانوني لحماية الأوقاف " من أهمية الوقف ذاته، فقد ساهم عبر التاريخ في تأمين الحاجيات الأساسية للمجتمعات الإسلامية ولفئاتها المعوزة، حتى أصبح من المستحيل الاستغناء عنه ليس فقط بالنسبة للمجتمع بل أيضا بالنسبة للدولة التي وجدت في هذا النظام

تعويضاً لبعض جوانب القصور في تأدية بعض الخدمات لأفراد المجتمع، حيث استندت عليه كركيزة لمعالجة الأزمات الاقتصادية والاجتماعية أو على الأقل الحد من تفاقمها.

وهذه الأهمية التي تمثلها الأوقاف لا تقتصر على جانب من جوانب الحياة دون آخر بل تشمل مجالات الشعائر الدينية التعبدية حيث نجد أن على رأس الأوقاف العامة في الدول الإسلامية المساجد التي تقام فيها شعائر الدين الإسلامي من صلاة وغيرها، كما شملت الأوقاف مجال التعليم والتعلم حيث ساهمت في تنمية التعليم والدراسة سواء داخل المساجد أو غيرها من المدارس الوقفية التي تُعنى بنشر العلم الديني والدنيوي، ومن خلال أيضا وقف المكتبات بما تحتويه من كتب من أجل نشر العلم والمعرفة، أما في مجال الطب فقد أشتهر عند المسلمين وقف المستشفيات من أجل توفير الرعاية الصحية لأفراد المجتمع، كما خصصت أوقاف في مجال الخدمات العامة وأعمال التضامن الاجتماعي على اختلاف أنواعها.

فأسمى وظيفة للوقف تتمثل في كونه عطاء واهتمام بالآخر، إضافة إلى أنه يرتبط في غالبه بتلبية حاجات جماعية لا تقتصر فقط على بناء المساجد، بل ويحتضن كل ما يحتاجه الإنسان في هذه الحياة، ولذلك فإن وظائف الوقف متجددة بتجدد الحاجات المجتمعية.

فالدولة الحديثة تنظر إلى الأوقاف على أنها جزء مهما من الثروة الوطنية لذلك صار من اللازم التفكير والبحث بجدية واستمرار عن كل السبل الكفيلة بحماية الرصيد الوقفي، لأنه بدون هذه الحماية سيتأثر الاقتصاد الوطني سلباً، هذا فضلاً عن أن عدم حماية هذه المنظومة له انعكاسات خطيرة على استقرار المجتمع، حيث يرتبط مصير فئات عريضة منه بوضعية الأوقاف في الدولة، لذلك حرصت كافة الدول الإسلامية والعربية على إصدار تشريعات تُنظم المنظومة الوقفية تستمدّها من أحكام الشريعة الإسلامية.

ومن ناحية ثانية ونظراً لقدم الأوقاف في الدول الإسلامية وكذا للظروف التاريخية التي مرت بها هذه الدول والتمثلة في الاستعمار الغربي وما عمل عليه من تفكيك هذه المنظومة التي تمثل معلماً من معالم الحضارة الإسلامية، فقد تعرضت العديد من الأوقاف إلى الضياع والاستيلاء عليها سواء من طرف القائمين على إدارتها أو من قبل الغير و أحيانا من قبل الدولة نفسها، لذلك يتأكد بل أنه من أوجب الواجبات توفير الحماية لهذه المنظومة، حيث يجب أن تكون محاطة بجملة من القوانين الواضحة العملية بما يحقق لها هذه الحماية سواء على مستوى إدارتها وذلك من خلال توضيح مهام ومسؤوليات وحقوق القائمين على إدارتها حتى لا تتعرض هذه الملاك الوقفية للضياع من الداخل، ومن جهة ثانية ينبغي حماية الأوقاف على مستوى استثمارها وتنميتها وذلك لتوافر عنصر البقاء فيها، ومن ناحية ثالثة يتعين بيان القواعد المتبعة عند المنازعة في الأملاك الوقفية.

3 - أسباب اختيار الموضوع:

إن البحث في موضوع الأوقاف هو بحث في قضية من قضايا الواقع وإشكال من إشكالاته، فنظرا للظروف التي يعيشها العالم بوجه عام في مختلف مجالات الحياة في ظل ازدياد تأثير العولمة واقتصاد السوق جعل الكلمة العليا تكون للملكية الخاصة، مما نتج عنه تفشي الأنانية وضعف الإحساس بالحاجات المجتمعية المتزايدة يوما بعد يوم، هذا الوضع نتج عنه ظهور أزمات اقتصادية تؤدي إلى تفاقم المشاكل الاجتماعية في العديد من الدول مما لا سبيل معه سوى تكافل أفراد المجتمع، حيث يمثل الوقف أسمى مظهر لهذا التكافل، لذلك يكون من الواجب البحث عن الآليات الشرعية والقانونية لحماية هذه المنظومة. فلا يزال موضوع الأوقاف أرضا خصبة للبحث، فهي في أمس الحاجة إلى العديد من الجهود العلمية الموجهة والهادفة وخاصة في الجانب القانوني منها، حيث تعد قوانين الأوقاف في الدول العربية حديثة النشأة نسبيا وهي تقتصر إلى البحث المستمر من أجل سد الثغرات فيها ومحاولة تجاوزها، مما يوفر الحماية للأموال الوقفية من الضياع والاندثار أو من الاعتداء عليها، فهذه الأملاك تحتاج إلى الحماية القانونية باعتبار أنها أموال خرجت من ملك الواقف وأصبحت لها شخصية معنوية مستقلة .

وقد دفعني إلى البحث في هذا الموضوع المساهمة العلمية في سبيل تحسين الوظيفة العملية لمؤسسة الوقف الإسلامي من خلال إبراز الثغرات القانونية التي ساهمت في وجود إساءة في تسيير هذه المنظومة الأمر الذي نتج عنه استغلال فادح للأوقاف .

ومن الأسباب الشخصية لاختيار هذا الموضوع هو أنه أجد نفسي دائما أثناء البحث في المجال القانوني منجذبا إلى الدراسات القانونية المقارنة بالشريعة الإسلامية، حيث كان موضوع البحث في رسالة الماجستير يتناول " مقارنة أحكام عبء الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري "، فيظهر لي أن الأبحاث المقارنة هي أبحاث مثمرة يحصل بها للباحث ملكة الاستنباط، إذ تفتح أمامه آفاقا جديدة وبها تبرز له أوجه النقص في بعض الآراء مما يجعل المقارنة تؤتي الثمار المرجوة منها، وخصوصا أن المقارنة محل موضوع " النظام القانوني لحماية للأوقاف "، لن تكون منعقدة بين القانون الجزائري والفقه الإسلامي فحسب، بل ستشمل أيضا مجموعة من القوانين الوضعية في مجال الأوقاف وهي القانون المصري والمغربي واليميني والقطري والعماني والأردني والسوداني، من أجل بيان أوجه الحماية التي وفرتها الشريعة الإسلامية وهذه القوانين الوضعية للأوقاف لتؤدي الدور الحضاري المنوط بها .

كما دفعني أيضا إلى البحث في هذا الموضوع الرغبة في توسيع مداركي بالفقه الإسلامي وذلك من خلال التدرب على البحث في أمهات الكتب " كتب التراث الإسلامي " التي تذخر بمعلومات دونها أعلام هذه الأمة في عصور نهضتها وتقدمها، ومحاولة تقديم تلك المعارف إلى القارئ بشكل قانوني عصري من أجل إثراء المكتبة القانونية، خصوصا وأن قانون الأوقاف استمدته التشريعات في كافة الدول الإسلامية والعربية من أحكام الشريعة الإسلامية فهي مصدره الأساسي .

4 - إشكالية الموضوع:

موضوع البحث قائم على دراسة إشكالية أساسية يمكن تلخيصها في السؤال عما إذا كانت القواعد التي اعتمدها القوانين الوضعية والفقهاء الإسلاميين في مادة الوقف قادرة على ضمان الحماية اللازمة لهذه الأوقاف حتى تضطلع بأدوارها كاملة؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية إشكاليات جزئية تتدرج تحتها يمكن طرحها في الأسئلة التالية:

- هل تتمتع الأوقاف بالحماية كما تتمتع بها الأموال العامة؟
- هل هذه الحماية التي تضمنتها القوانين الوضعية تتوافق مع اجتهادات الفقهاء الإسلاميين؟
- ما هو السبيل إلى جعل القواعد القانونية السارية على الأوقاف أكثر قدرة على حمايتها من الاعتداء والغبن والتبديد والضياع وأنسب لضمان حسن استثمارها وتمييزها؟
- هل النمط الإداري الحالي المعتمد عليه في تسيير الأوقاف من شأنه المساعدة في حسن تسييرها ونمائها وتطويرها، أم أنه عائق في أداء الدور الذي أنشئت الأوقاف من أجله؟
- ما هي المنازعات التي يمكن قيامها بمناسبة إدارة الأملاك الوقفية وما هي الجهة القضائية المختصة بنظرها؟

- هل استطاع القضاء في الدول الإسلامية والعربية من خلال تطبيقه للقواعد القانونية أن يحمي الأوقاف ويوجد الحلول الناجعة للمشاكل التي تعرض عليه والبت فيها بما يخدم مصلحة الأوقاف؟
- كيف نظم الفقهاء الإسلاميين والقوانين الوضعية مسألة الإثبات في مادة الوقف؟

5 - أهداف الدراسة:

يهدف هذا البحث إلى تحقيق جملة من المقاصد أهمها:

- إثراء النصوص القانونية المتعلقة بالأوقاف وذلك من خلال مقارنتها بين القوانين الوضعية والأحكام التي أقرها الفقهاء الإسلاميين بهذا الخصوص طالما أن القوانين الوضعية تجعل من الشريعة الإسلامية مصدرها الأساسي في مادة الوقف.
- استخلاص قواعد شرعية وقانونية ترمي إلى حماية المنظومة الوقفية .
- إيجاد آليات قانونية تساهم في حسن إدارة الأوقاف وتنمية أصولها .

4 - صعوبات البحث:

- لما عقدت العزم على البحث في موضوع النظام القانوني لحماية الأوقاف في القوانين الوضعية والفقهاء الإسلاميين واجهتني بعض الصعوبات منها:
- إن البحث في الموضوعات المقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية تكتنفه صعوبة الحصول على بعض المعلومات من كتب ومراجع تراث الفقهاء الإسلاميين وذلك لعدم فهرستها فهرسة تفصيلية كما هو عليه الحال في المراجع المعاصرة .

- أثناء البحث في القوانين الوضعية واجهتني صعوبة اختلاف بعض المصطلحات في الأنظمة القانونية المختلفة، فعلى سبيل المثال يُعبر المشرع المغربي على طريقة المزاد العلني بمصطلح السمسرة، كما أن العديد من المصطلحات القانونية المستعملة في دول المشرق العربي لا تتطابق مع المصطلحات المستخدمة في دول المغرب العربي، وهذا يتطلب الرجوع إلى مراجع المصطلحات القانونية في مختلف الأنظمة القانونية محل المقارنة .

5 - الدراسات السابقة:

نوقشت أبحاث تتعلق بموضوع الأوقاف منها :

- سالمى موسى " التصرفات الواردة على الملاك الوقفية في التشريع الجزائري" رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 2003 .

- بن عزوز عبد القادر، فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام (دراسة تطبيقية عن الوقف الجزائري) رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2004.

- نادية بوخرص "الأثار القانونية للتصرف الوقفي في التشريع الجزائري" رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، سنة 2005 .

- بن تونس زكرياء، المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال قانون الأوقاف الجزائري، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر. سنة 2006.

- عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثماره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2006.

- فطازي خير الدين، نظام الوقف في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2007.

إلا أنه يلاحظ على هذه الأبحاث عموميتها في مجال الأوقاف حيث لم تبين الآليات القانونية والشرعية التي يتم من خلالها توفير الحماية للأموال الوقفية، كما أن بعضها اقتصر في المقارنة على ما ورد في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري باعتبار أن الأول هو مصدر للثاني في مادة الوقف، أما هذه الدراسة فإن المقارنة فيها ستشمل إلى جانب التشريع الجزائري والفقه الإسلامي تشريعات عدد من الدول العربية.

6 - منهجية البحث :

في سبيل انجاز هذا البحث نتبع منهج الدراسة المقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي على أساس أن هذا الأخير يعد المصدر الرئيسي للقوانين المنظمة للأوقاف في الدول العربية والإسلامية، ولن تقتصر هذه المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري بل ستمتد لتشمل الوضعية القانونية والواقعية للأوقاف في بعض الدول الإسلامية، وخلال إجراء هذه المقارنة تم إتباع المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالأوقاف في مختلف التشريعات محل المقارنة.

وبالنظر إلى أن ما يتسم به الفقه الإسلامي من تعدد الآراء الفقهية وتفرقها في المستجدات المتعلقة بالأوقاف، فستعتمد الدراسة أيضا على المنهج الاستقرائي الذي يمكنني من استقراء الأحكام الفقهية المتفرقة كلما دعت الحاجة إلى الخروج بفكرة موحدة عن اتجاه الفقه الإسلامي، مع محاولة دائما ترجيح الرأي الفقهي الذي يبدو للباحث أنه أقرب إلى روح الشريعة الإسلامية.

وقد استفدت مما توافر لدي من وثائق ومعطيات ميدانية، خصوصا الوثائق المتعلقة بإثبات الأوقاف واستثمارها، إضافة إلى تعزيز البحث ببعض الاجتهادات القضائية حيث أن القضاء لعب دورا هاما على مر العصور في توفير الحماية للمنظومة الوقفية بما له من اجتهادات عملية في هذا المجال، فاستقراء وتحليل الأحكام القضائية ذات الصلة بالأوقاف يعد من أهم الوسائل التي تساعد على فهم واستنباط الآليات التي من خلالها يتم حماية الأوقاف .

وبخصوص منهجية توثيق المراجع، وفيما يخص المراجع الخاصة بالتراث الإسلامي تحديدا، فقد عمد الباحث إلى البدء بكتابة اسم المؤلف " الكتاب " قبل كتابة اسم المؤلف " صاحب الكتاب"، وذلك مرده إلى أن الأول دائما وغالبا ما يكون أكثر شهرة من الثاني، فمثلا كتاب " بدائع الصنائع " أكثر شهرة من كتابه " الكساني"، كما كتاب " مغني المحتاج " مثلا أشهر من صاحبه " الشربيني"، على أن هذه الملاحظة لا تشمل المراجع المعاصرة في الفقه الإسلامي، ولا المراجع الخاصة بالفقه القانوني.

7 - وصف خطة البحث :

استرشدت هذه الدراسة بخطة منهجية شملت إضافة إلى المقدمة والخاتمة أربعة فصول احتوى كل منها على مباحث ومطالب وفروع وذلك على النحو التالي:

خصصت الفصل التمهيدي من هذه الأطروحة لبيان ماهية الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فالأحكام الوقفية في كل منهما طبيعة خاصة تتفرد بها عن غيرها من الأموال الأخرى، وقد قُسم هذا الفصل إلى مبحثين عالج المبحث الأول تعريف الوقف وأركانه حيث أن هذا الأخير لم يُعرف بتعريف موحد في التشريعات المقارنة، أما المبحث الثاني فقد عرّفنا من خلاله أقسام الوقف في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، كما بيّن الإطار التشريعي للمنظومة الوقفية في القانون الجزائري.

أما الفصل الأول فقد حُصص لإدارة الأوقاف وأثرها في حمايته، حيث تُعد هذه الإدارة ذات أهمية بالغة في المحافظة على أعيان الأوقاف وغلاتها من التعدي والإتلاف، وقد قُسم هذا الفصل إلى مبحثين، عالج المبحث الأول أحكام النظارة على الوقف ودورها في حمايته باعتبار أن الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية ولا بد له من شخص يتولى إدارته، وحسن اختيار الناظر على الوقف وطريقة النظارة هل هي فردية أو مؤسساتية تلعب دورا في حماية الأوقاف، كما عالج المبحث الثاني حماية الأوقاف في مواجهة الناظر من خلال بيان المهام المنوط بناظر الوقف القيام بها حيال الملك الوقفي، وبيان الأجرة التي يستحقها مقابل قيامه بهذه المهام، كما نبين في مطلب ثالث كيفية محاسبة ناظر الوقف وعزله والأسباب المؤدية إلى ذلك .

وفي الفصل الثاني الموسوم بـ " استثمار أموال الوقف وأثره في حمايته " فقد تضمن أهمية هذه العملية، حيث أن الأصل في الأوقاف هو استثمارها من أجل نمائها لكي تستمر في العطاء مع المحافظة على أصولها، وقد قُسم هذا الفصل إلى مبحثين تناول الأول ماهية هذا الاستثمار الوقفي بتعريفه وبيان حكمه الشرعي، كما تم بيان أن هذا الاستثمار يتعلق بملكية الوقف وشخصيته الاعتبارية حيث يُبين دور هذه الشخصية في توفير الحماية له، أما المبحث الثاني فقد عرض الطرق المتبعة في استثمار الأملاك الوقفية، سواء تلك الطرق الأصلية التي يمكن اللجوء إليها في كل الأحوال، أو تلك الطرق الاستثنائية التي لا يمكن اللجوء إليها إلا في حالات خاصة.

أما الفصل الثالث من الخطة فقد جاء متضمنا لمنازعات الأوقاف وطرق الإثبات فيها، حيث أن القضاء كان له تاريخيا دورا بارزا في حماية الأملاك الوقفية، وقد قُسم هذا الفصل إلى مبحثين تناول المبحث الأول أحكام الدعاوى والتقاضى في مسائل الأوقاف، فإنشاء الأوقاف وإدارتها واستثمارها قد ينشأ عنه الكثير من المنازعات تُعرض على مرفق القضاء، حيث تضمن هذا المبحث في مطلب أول أسباب الدعاوى الوقفية، كما تناول المطلب الثاني الاختصاص القضائي بنظر الدعاوى الوقفية وفي ثنايا الاختصاص الجزائي تم التطرق إلى الحماية الجنائية التي قررها المشرع لحماية الأوقاف، أما المبحث الثاني في تناول طرق إثبات الأملاك الوقفية فإثباتها له دور مهم في حمايتها عند المنازعة فيها، وقد تضمن المطلب الأول الطرق المهيأة لإثبات الأملاك الوقفية، أما المطلب الثاني فتضمن طرق الإثبات غير المهيأة من أجل إثبات هذه الأملاك .

الفصل التمهيدي: ماهية الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

من أهم الأمور التي اعتنت بها الشريعة الإسلامية الغراء هو التكافل الاجتماعي الذي يمثل الوقف أو الحبس أحد معالمه الرئيسية، فقد كان لنظام الوقف دور هام في المجتمعات الإسلامية والعربية، حيث مارسته طيلة الأربعة عشرة قرناً الماضية، هذه الأهمية التي يمثلها هذا النظام لم تقتصر على جانبين جوانب الحياة دون آخر بل شملت جوانب الحياة جميعها .

ففي مجال التعليم، مثلاً نجد أن الأوقاف ساهمت في تنمية التعليم والدراسة سواء داخل المساجد أو في المدارس المنفصلة عنها، فنجد أن أغلب فقهاء المسلمين تخرجوا من مدارس هيأتها لهم أوقاف المسلمين، ومن ناحية أخرى كان للأوقاف دور رائد في نشأة المكتبات العامة وتزويدها بالكتب، فقد أوقف المسلمون أموالاً ضخمة على شراء الكتب وإنشاء خزائن لحفظها، كما أوقفوا أموالاً لإدارة هذه المكتبات، وأوقف المسلمون دوراً وأراضياً لصالح علاج المرضى وإنشاء المستشفيات وتطوير علوم الطب والصيدلة وما يرتبط بهما من علوم أخرى .

أما في مجال التنمية الاقتصادية فليس بخاف دور الوقف الإسلامي في تحقيقها بما تمثله من رأس مال عيني ونقدي في أصولها وبما تتميز به من وجوب البقاء و الاستمرار، ودوام النفع من رُيوعها . ولهذه الأملاك الوقفية في الفقه القانوني وفي الشريعة الإسلامية طبيعة خاصة تنفرد بها عن غيرها من الأموال الأخرى، وقبل بيان كيفية حماية هذه الأملاك الوقفية يجدر بنا الوقوف والتعريح على الطبيعة المتميزة لها، وعلى ذلك فلا بد من بيان ماهية الوقف وطبيعته، فهذا الإطار النظري يبدو ضروريا لهذا البحث وبداية منطقية له قبل الخوض في تفصيلاته فهو مستنده الذي يرتكز عليه. وسنتناول هذه الطبيعة للأملاك الوقفية في هذا الفصل التمهيدي من خلال مبحثين، يعالج المبحث الأول تعريف الوقف وأركانه، ويتناول المبحث الثاني أقسام الوقف وإطاره التشريعي.

المبحث الأول: تعريف الوقف وأركانه .

الوقف وجهٌ من أوجه التبرع التي حثت عليها الشريعة الإسلامية، حيث إن مرحلة التكوين الفقهي لمنظومة الوقف في النظام الإسلامي بدأت مع وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم في السنة العاشرة للهجرة، واستمرت إلى نهاية القرن الثالث الهجري وبداية القرن الرابع الهجري، حيث أن هذه المرحلة تعد مرحلة الاجتهاد والتأسيس المذهبي لفقه الوقف، حيث تعد غالبية قواعد نظام الوقف من المسائل الاجتهادية¹، فكان على الفقهاء والعلماء في تلك الحقبة التاريخية أن يجتهدوا في تقديم التكييف الشرعي والحلول العملية للمسائل التي لم تكن معروفة من قبل في مجال الوقف.

ومن الثابت أن الوقف في الفقه الإسلامي لم يُعرّف تعريفا واحدا لدى جميع الفقهاء، بل نجد أن لكل مذهب من مذاهب الفقه الإسلامي (الحنفية والشافعية والمالكية والحنبلية) تعريفا خاصا به للوقف، يحدد من خلاله المدلولات التي يرى ضرورة توافرها في التبرع حتى يعتبر من جملة الأوقاف، وكذلك هو الحال بالنسبة للتشريعات الوقفية في القوانين الوضعية، فقد عرفت الوقف بتعريفات متباينة تبعا للمذهب الفقهي الإسلامي الذي يعتمده المشرع في الدولة.

فنظام الوقف لاقى جدلا واسعا في الكثير من الدول الإسلامية بين مؤيد له ومعارض عليه، ولكل حجه التي يستند عليها، حيث ذهبت بعض التشريعات العربية إلى إلغاء الأوقاف بالمرّة من أنظمتها القانونية، في حين ذهبت بعض التشريعات إلى إلغاء بعض أنواع الوقف التي أقرها الفقه الإسلامي . ولأن معرفة حقيقة أي شيء ضرورية لمعرفة أحكامه، فسندقسم هذا المبحث إلى مطلبين نُعرّف في المطلب الأول الوقف ونُبين دليل مشروعيته، ونخصص المطلب الثاني لبيان أركان الوقف .

المطلب الأول: تعريف الوقف ودليل مشروعيته

عرفت الأوقاف في المجتمع الإسلامي تطورا ونموا كبيرا، فقد باتت ذات أثر بالغ في كفاية ذوي الحاجات وتنوعت مجالاتها فلم تدع فئة من المجتمع تقتصر إلى العون إلا وشملتها بالعناية، يستوي في ذلك الأيتام والفقراء والمساكين ولأرامل والمرضى والعجزة و المسنون وطلبة العلم وغيرهم، فنظام الوقف الإسلامي باعتباره عملا خيرا يقصد منه التكرم والإحسان له علاقة شديدة بنظرية مقاصد الشريعة الإسلامية سواء تعلق الأمر بحفظ النفس أو الدين أو العقل أو النسل أو المال، فقد حرص الواقفون على مر الزمان أن تظل أوقافهم جميع مجالات الحياة .

ولابد لنا قبل أن نتحدث عن الوقف والحماية المخصصة له في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أن نبين معناه ومفهومه اللغوي والشرعي والقانوني، فمعرفة حقيقة الوقف تتطلب منا أن نبين المقصود به لغة ثم بيان حقيقته في الاصطلاح الفقهي (الفرع الأول)، ومن ناحية ثانية يجب معرفة

¹ محمد عبيد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، مطبعة الإرشاد بغداد، سنة 1977، ج1، ص3 .

المقصود به في القانون الوضعي (الفرع الثاني)، كما يقتضي الأمر بيان دليل مشروعية الوقف (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي للوقف

أولاً: التعريف اللغوي للوقف

الوقف في التعريف اللغوي هو الحبس يقال: وقفت الدار وقفاً بمعنى حبستها، وجمعه: أوقاف، مثل ثوب وأثواب. والوقف، والحبس، بمعنى واحد وكذلك "التسبيل"، يقال: (سبّلت الثمرة بالتشديد جعلتها في سبل الخير وأنواع البر)¹. والوقف بفتح فسكون مصدر وقف الشيء وأوقفه، يقال: وقف الشيء وأوقفه وقفاً أي حبسه، ومنه وقف داره أو أرضه على الفقراء لأنه يحبس الملك عليهم.

فالوقف لغة الحبس، والوقف والتحبس والتسبيل بمعنى واحد، يقال: وقف وقفاً أي: حبسه، ويقال: وقفت الدار وقفاً أي: حبستها في سبيل الله، وشيء موقوف، والجمع وقوف وأوقاف مثل ثوب وأثواب ووقت وأوقات ووقفت الرجل عن الشيء وقفاً منعه عنه، وسمي الموقوف وقفاً لأن العين موقوفة، وحبساً لأن العين محبوسة.

والفصح في اللغة العربية أن يقال: وقفت كذا - بدون الألف - ولا يقال: أوقفت - بالألف . إلا في لغة رديئة².

والوقف : مصدر وقف يقف وقفاً.

ثانياً: تعريف الوقف في الاصطلاح الشرعي

اختلفت عبارات فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد معنى الوقف بينمطولومقصروالحدالجامعين تلك العبارات، أنالوقفمنعمالمنالمتصرففيهوجعلغلاتهاومنافعهفيسبيلمنسبالخير،ثمأخذتلفنتلكالتعاريفبحقيقةذلكالمنع،وفيووقته،وفيالمالالذييقبلتلكالحقيقة،وفيكيفيةتحققذلكالمنع،وأدرجاتلكالخلافاًتبعاًريفهم لكما اختلفوا في حدود التسبيل، فالبعض اشترطوا درجياً في التعريف أنتكونالجهةالمسبلعليهابابامناًبوابالصدقات،وأنتكونمؤبدةلاتنقطع،وهذهجملةمنتعاريفالفقهاءالتيوضح هذا الكلام.

¹ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي الفيومي: أحمد ابن محمد بن علي، المكتبة العربية، بيروت، لبنان، سنة 1997، ص 344. ومعجم مقاييس اللغة، لأبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق وضبط: عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، بيروت، لبنان، سنة 1991 م، ج 6، ص 135. و القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1998 م، ص 860. وتاج العروس من جواهر القاموس، أبو الفيض محب الدين السيد محمد الحسيني، دراسة وتحقيق: علي شيري، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1994 م، ص 527 . 528 .

² لسان العرب المحيط، لمحمد بن مكرم بن منظور، تقديم: الشيخ عبد الله العلي، دار الجيل، بيروت، 1988م، ج6، ص 169 .

1 - تعريف الحنفية: لم يتفق فقهاء المذهب الحنفي بدورهم على إعطاء تعريف واحد للوقف، بل نجد في مذهبهم اتجاهين في ذلك.

أ - الاتجاه الأول: وهو التعريف الذي قال به الإمام أبو حنيفة النعمان رضي الله عنه، حيث عرف الوقف بأنه: " تحبب العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ولو في الجملة " ¹.

فالإمام أبي حنيفة يتضح من تعريفه للوقف أنه يذهب إلى عدم زوال المال الموقوف عن ملكية واقفة، بل يبقى المال الموقوف في الذمة المالية للشخص الذي وقفه، فالوقف عنده لا يخرج المال الموقوف عن ملك واقفة، بل يبقى في ملكه له التصرف فيه بكل أنواع التصرفات مادام حيا فله أن يرجع عنه وله أن يبيعه كما له أن يهبه، وإذا مات الواقف كان الموقوف ميراثا لورثته.

ومما يؤخذ على هذا التعريف للإمام أبي حنيفة هو جعله العين الموقوفة على ملك الواقف، حيث يُرد عليه بأن المسجد وهو وقف، فإن الإجماع منعقد لدى العلماء على حبس المسجد ووقفه على ملك الله سبحانه وتعالى، أي بالضرورة خروجه من الذمة المالية للواقف، ومن هنا يتضح أن هذا التعريف للوقف ليس جامعا لكل جزئياته.

ب - الاتجاه الثاني: وهو تعريف صاحبين ² فقد عرفا الوقف على أنه: " حبس العين عن ملك الله تعالى وصرف منفعتها على من أحب " ³.

فمن هذا التعريف نجد أن أبا يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني - وهما تلميذا أبا حنيفة - قد خالفا ما ذهب إليه، فالأموال الموقوفة عندهما تخرج عن ملك واقفها وتصير حبسا على ملك الله تعالى، ويمنع الواقف التصرف فيها، ويلزم التبرع بريعتها على من وقفت عليهم، والمراد بأنه لم يبق على ملك

¹ الهداية شرح البداية، لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغنياني، المكتبة الإسلامية، بيروت، ب س ن، ج3، ص13 .

² صاحبان هما: أبو يوسف و محمد بن الحسن الشيباني .

. أبو يوسف : يُعرف بابن إبراهيم الأنصاري، ولد بالكوفة سنة 113هـ ، سمع الحديث واشتغل بروايته وتلقى الفقه عن أبي ليلى، ثم تفقه على يد أبي حنيفة فكان من اكبر أصحابه، تولى القضاء فترة طويلة كان أكبر الأثر في نشر المذهب الحنفي، توفي سنة 183هـ، انظر ترجمته في، يوسف قاسم، تاريخ الفقه الإسلامي، طبعة كلية الحقوق جامعة القاهرة، سنة 2005م، ص 131.

. محمد بن الحسن الشيباني: هو الإمام محمد بن الحسن بن ترقد الشيباني، ولد سنة 132هـ، نشأ بالكوفة والتقى بابي حنيفة واخذ عنه ولكنه تتلمذ على يد أبي يوسف ونبغ في علم الفقه حتى فاق أستاذه أبا يوسف، وقد رحل محمد بن الحسن إلى الإمام ملك بالمدينة المنورة فسمع منه وأخذ عنه ثلاث سنين وروى عنه الموطأ، انظر ترجمته في، يوسف قاسم، المرجع السابق ، ص132 .

³ البحر الرائق، لزيد بن محمد بن ابي بكر، دار المعرفة، بيروت، سنة 1997 ج5، ص2002 . وحاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، لمحمد أمين ابن عابدين، دار الفكر، دمشق، سوريا، سنة 1992م، ج4، ص319، وأحكام الأوقاف، للإمام أبي بكر أحمد بن عمر الشيباني المعروف بالخصاف، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1999، ص135 .

الواقف، أي خروجه من ذمته المالية، وفي ذات الوقت عندهما لا ينتقل الموقوف إلى ملك غيره بل يصير على حكم ملك الله تعالى الذي لا مُلك لأحد سواه، وإلا فإن كل الأموال ملك الله تعالى. كما أن مجلة الأحكام العدلية¹ عرفت الوقف على أنه: "حبس العين على حكم ملك الله والتصدق بالمنفعة، ومحلّه المال المتقوم بشرط أن يكون عقاراً أو منقولاً تعامل الناس أو جرت عاداتهم على وقفه كوقف الكتب على المساجد".²

فحبس العين على حكم ملك الله، يقصد به أن المال محل الوقف يخرج من الذمة المالية للواقف، غير أن هذا لا يعني أن المال الموقوف قد دخل في الذمة المالية للموقوف عليه، بل يصير ملكاً لله تعالى، وذلك وإن كانت كل الأشياء ملكاً لله، وإنما استعمل هذا التعبير للدلالة على أن المال الموقوف ليس ملكاً لأحد إلا لله وحده، وبما أن الوقف ليس ملكاً لأحد غير الله، فإن التبرع والتصدق يرد على المنفعة فقط ولا يرد على العين الموقوفة ذاتها، وذلك هو المقصود به في المادة " ... والتصدق بالمنفعة". ومحل الوقف هو المال الذي يكون قابلاً للانتفاع به سواء كان عقاراً أو منقولاً.

2 - تعريف المالكية: فقهاء المذهب المالكي يعرفون الوقف بتعريفات متعددة³، تختلف في ألفاظها وتكاد تجتمع في فحواها في التعريف الذي قال به ابن عرفة، حيث عرف الوقف بأنه: "إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً".⁴

فقوله في هذا التعريف "إعطاء منفعة" يقصد به قيد على عدم التبرع بعين المال الموقوف، كما هو عليه الحال في الهبة مثلاً، حيث أن الواهب يعطي عين الشيء الموهوب للموهوب له، أما في الوقف فإن الواقف يُعطي للموقوف له المنفعة فحسب، أما قوله "شيء" فهو لفظ عام يستوي أن يكون هذا الشيء مالا منقولاً أو عقاراً أو منفعة .

أما قوله: "مدة وجوده" أي مدة بقاء المال الموقوف، وذلك تمييزاً للوقف عن الإعارة، ذلك أن للمعير الحق في استرجاع العين المعارة متى شاء، فهذه العبارة من التعريف تفيد تأبيد الوقف، وأن لا يكون بصفة مؤقتة.

أما قوله "لازمًا بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً" فيقصد به أن الوقف عند المالكية لا يقطع حق

¹ مجلة الأحكام العدلية: هي مجلة تحتوي على القوانين الشرعية و الأحكام العدلية المطابقة للكتب الفقهية على المذهب الحنفي، حررتها لجنة مؤلفة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في عهد علي باشا في جمادى الأولى سنة 1286هـ، وقعت لدى الباب العالي لتكون دستوراً للعمل بها، وتحتوي المجلة على 1851 مادة، وتعد أول تقنين إسلامي بالمعنى الحديث اعتمده الخلافة العثمانية .

² المادة 385 من مجلة الأحكام العدلية .

³ يعرفه ابن عبد السلام على أنه: "إعطاء منافع على سبيل التأبيد"، انظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لمحمد بن عبد الرحمن المغربي، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1992، ج6، ص186.

⁴ نفس المرجع السابق.

الملكية في العين الموقوفة، وإنما يقطع حق التصرف فيها واستدلوا على بقاء الملك في العين الموقوفة بحديث عمر رضي الله عنه، حيث قال له صلى الله عليه وسلم: " إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها".¹

3 - **تعريف الشافعية:** فقهاء المذهب الشافعي يعرفون الوقف على أنه: " حبس الأصل وتسهيل المنعة".² أو هو " حبس الأصل وتسهيل الثمرة " أو هو " حبس شيء ينتظر الانتفاع به مع بقاء عينه بمنع التصرف في عينه على مصرف مباح وجهه".³

فقوله في هذا التعريف الأخير " حبس " أي منع، والمراد بذلك منع التصرف في أصل العين الموقوفة، وأما قوله " مال " فهو قيد يُخرج به عن نطاق الوقف ما ليس بمال عند الشافعية كالخمر مثلاً والميتة ولحم الخنزير، ذلك أن جمهور الفقهاء يعرفون المال بأنه: " ما كان له قيمة مادية بين الناس، وجاز شرعا الانتفاع به في حالة السعة و الاختيار " ⁴، ويقصد بحالة السعة والاختيار، أي في غير حالة الضرورة إذ للضرورة أحكامها، فالضرورة تبيح المحظورة، والضرورة تقدر بقدرها، وما كان لضرورة يزول بزوالها، وأما قوله " يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه " فهو قيد آخر أراد به إخراج من محل الوقف ما لا يمكن الانتفاع إلا بزوال أصله كالطعام والشراب، وقوله " على مصرف مباح " فهو بيان للجهة التي يجوز الوقف عليها بأن تكون هي المستفيدة، فيجب أن تكون مباحة شرعا فلا يجوز مثلا الوقف لدور لعب القمار.

4 - **تعريف الحنابلة :** الوقف عند الحنابلة هو: " تحبب مالك بنفسه أو وكيله مطلق التصرف وهو المكلف الحر الرشيد، ماله المنتقبه مع بقاء عينه فيكون تصرف الواقف وغيره في رقبته، أي المال مع تحبب الأصل"⁵، فمن هذا التعريف نستنتج أن المدرسة الحنبلية تذهب إلى أن الوقف يكون على التأبيد، كما أن الوقف الصحيح ، يزيل ملكية الواقف للعين الموقوفة وأن الوقف كالعق، يزيل التصرف في رقبة ومنفعة الشيء محل الوقف .

¹ أخرجه البخاري في كتاب الشروط باب الشروط في الوقف (صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، تحقيق: مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، بيروت، لبنان، ط3، سنة 2002 ، ص982).

² الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج2، ص389.

³ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، سنة 2000، ج2، ص389.

⁴ عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية - طبيعتها ووظيفتها وقيدوها - دراسة مقارنة بالقوانين الوضعية، مكتبة الأقصى، عمان، الأردن، سنة 1984م، ج 1 ، ص 179 .

⁵ كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن تونس بن إدريس البهوتي، تحقيق هلال مصلي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، لبنان، ب س ن، ج4، ص240 .

5 - **التعريف المختار:** مما سبق يتضح لنا أن الفقهاء عرفوا الوقف بتعريفات متباينة، والتعريف المختار من الباحث هو: "حسب الأصل وتسييل المنفعة"، وذلك لأن ألفاظ هذا التعريف موافقة لمنطوق حديث النبي صلى الله عليه وسلم حينما قال: لعمر بن الخطاب رضي الله عنه "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها"، فحبس الأصل معناه منع العين من التصرف فيها بعد وقفها، أما تسييل المنفعة فيقصد به جعلها مصروفة في سبيل الله سواء كانت قربة وصدقة أو برا وصلة .

وحبس الأصل وتسييل الثمرة يقتضي أمرين رئيسين: الأول يتمثل في المحافظة على العين ورعايتها وحمايتها لبقائها أطول فترة ممكنة مع إصلاحها و ترميمها وعمارته، أما الثاني فهو إدارة الوقف واستثماره لإعطاء الربح والغلة والمحصول إلى الموقوف عليهم وتوزيعه حسب شروط الواقف أو المصلحة العامة مع الإشراف على الأوقاف المرصودة للصالح العام كالمساجد .

والفقهاء المحدثون هم بدورهم أعطوا تعريفات للوقف، فعرفه الإمام محمد أبو زهرة¹ بأنه: "منع التصرف في ربة العين التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداء وانتهاء".²

ويعد هذا التعريف، من أجمع التعريفات للوقف، فهو يجمع جميع صور الوقف وأنواعه عند الفقهاء، فقد روعي فيه أن تحبس العين عن التصرف فيها من قبل واقفها بأي نوع من أنواع التصرف، ويُشترط في العين أن تكون مما يمكن الانتفاع بها، أي أن لا تكون تافهة أو تحرم الشريعة الإسلامية التعامل فيها، ولكي يكون الوقف مؤبداً اشترط هذا التعريف بقاء أصل العين محل الوقف، كما بين الجهة الموقوف عليها، وهي جهة من جهات البر والخير، فلا يجوز أن يكون الموقوف عليهم جهة من جهات الإثم كدار من دور لعب القمار، أو حانات لشرب الخمر .

الفرع الثاني: تعريف الوقف في القانون الوضعي

أولاً: تعريف الوقف في التشريع الجزائري

لم يتبنَّ المشرع الجزائري تعريفاً موحداً للوقف، بل نجد أنه قد عرفه في أكثر من قانون، ولقد اختلفت هذه التعاريف باختلاف المرحلة التي صدر فيها القانون المتضمن للتعريف .

فقد كانت نقطة البداية في تعريف المشرع الجزائري للوقف في نص المادة 213 من قانون الأسرة الصادر سنة 1984³، حيث جاء فيها: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد

¹ محمد أحمد مصطفى أحمد المعروف بأبي زهرة، ولد 6 فينوز القعدة 1315هـ، المحلة الكبرى، بمصر، وتوفي في 29 مارس 1974م، عالم ومفكر وباحث وكاتب مصري من كبار علماء الشريعة الإسلامية والقانون في القرن العشرين .

² محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1971 م، ص 7 .

³ القانون رقم 11/84 الصادر في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24، الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984م، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 ماي 2005 م، الجريدة الرسمية رقم 43

والتصدق"، فالمشرع في هذه المادة اعتبر الوقف "حبساً"، وقد سبق وأن بينا في التعريف اللغوي لكلمة الوقف أنها مرادفة، للفظ الحبس، وإن كان من الفقهاء من يعتبر أن لفظ الوقف أصرح في الدلالة من لفظ الحبس، أما قول المشرع "المال"، فإن لفظ المال في القانون شاملاً للأشياء والحقوق معاً، فقد يكون هذا المال منقولاً، أو عقاراً، أو منفعة، أما قوله "عن التملك لأي شخص"، فمقتضاه خروج المال محل الوقف من الذمة المالية للواقف، وفي ذات الوقت عدم دخوله في الذمة المالية للموقوف عليهم، إنما تكون للوقف ذمة مالية مستقلة عنهما، أما عبارة على "وجه التأيد والتصديق"، فيقصد بها أن الواقف لا يمكنه إذا صح وقفه أن يتراجع عنه، أو أن يشترط أن يكون الوقف بصفة مؤقتة .

كما ورد تعريف آخر للوقف في نص المادة 31 من القانون رقم 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري،¹ حيث انطوت على أنه: "الأملك الوقفية هي الأملك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائماً تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوراً أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور".

والملاحظ على هذا التعريف الأخير أنه غير جامع للمعنى الاصطلاحي للوقف ذلك أنه حصر المال الموقوف في العقار فحسب هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فإنه قد حصر أيضاً الموقوف عليهم في الجمعيات الخيرية، وهذا حسب المرحلة التاريخية التي ورد فيها قانون التوجيه العقاري، وعلى ذلك فهو تعريف غير جامع ولا مانع لمفهوم الوقف .

وقد أورد المشرع الجزائري تعريفاً ثالثاً للوقف في نص المادة 3 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم²، حيث جاء فيها: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأيد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من أوجه البر والخير".

هذا التعريف ركز على الجمع بين ثلاث خصائص أساسية للوقف، وهم خاصية التأيد والدوام، وخاصية إسقاط الملكية عن العين الموقوفة، والخاصية الثالثة هي خاصية نية التصديق.³ كما أنه قد ورد في نص المادة الثالثة من قانون الأوقاف السالفة الذكر عبارة "الوقف حبس العين" والعين لا تعدو أن

=المؤرخة في 22 يونيو 2005، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005 م .

¹ القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990م، المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية المؤرخة في 18 نوفمبر 1990، عدد 49، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 26/95، المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 م، الجريدة الرسمية عدد 55 لسنة 1995 م، المؤرخة في 27 سبتمبر 1995 م .

² المادة 3 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1981م المتعلق بالوقف المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 21 الصادرة بتاريخ 8 مايو 1991م .

³ محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، سنة 2006، ص11.

تكون عقاراً أو منقولاً، ولا تشمل المنافع المتجردة عن الأعيان، ويقصره الوقف على حبس العين يكون قد خالف نص المادة 11 من ذات القانون التي انطوت على أنه: " يكون محل الوقف عقاراً أو منقولاً أو منفعة"، وتعريف الوقف في قانون الأسرة في نص المادة 213 خالياً من هذا الانتقاد، ذلك أنه قال: "الوقف حبس المال " والمال يصح أن يكون منقولاً أو عقاراً، كما يصح أن يكون منفعة ، وفقاً لما قال به جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من غير الحنفية .¹

كما ورد في ذات المادة الثالثة آفة الذكر عبارة " عن التملك " مطلقة من غير نسبتها إلى الوقف أو إلى غيره مما يوحي بأن المشرع الجزائري قد أخرج العين الموقوفة من ملكية الواقف ولم ينقلها إلى ملكية الموقوف عليهم وبذلك يكون قد أخذ برأي الشافعية والحنابلة وجعل من الوقف ذا طابع مؤسساتي مادام أنه يتمتع بالشخصية المعنوية، وهذا ما أكدته المادة 5 من ذات القانون أي قانون 10/91 المعدل والمتمم - بقولها: " الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها" .

أما عن الطبيعة القانونية للوقف فقد أوضحتها المادة 4 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، التي انطوت على أن: "الوقف عقد تبرع صادر عن إرادة منفردة"، فينعدد الوقف في النظام القانوني الجزائري بالإرادة المنفردة للواقف، دون حاجة إلى قبول الموقوف عليه، وهذا هو ما عليه الحال في الفقه الإسلامي، فيجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الوقف ليس بحاجة لقبول من الموقوف عليه، إنما يكمن الخلاف فيما إذا كان الموقوف عليهم معينين .

إذن الوقف في القانون الجزائري لا ينشأ وفق إرادتين إنما ينشأ بإرادة منفردة، غير أن الصياغة التي وردت بها المادة 4 تبدو ركيكة ولا تؤدي المعنى المقصود منها، ذلك أن اعتبار الوقف عقداً يؤدي إلى وجوب توافق إرادتين مظهرهما الإيجاب و القبول بين الواقف والموقوف عليه والصحيح هو اعتبار "الوقف تصرفاً صادر من جانب واحد"، ومعنى هذا أن الوقف ينشأ بمجرد صدور الإيجاب من الواقف أما القبول فيكون لتثبيت الوقف في ذمة الموقوف عليه .²

وقد أخذ المشرع الجزائري بالنظرية القائلة بإسقاط ملكية الوقف عن أي شخص، حيث نصت المادة 17 من قانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم على أنه: " إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف"، وكذلك ما سبق ذكره في نص المادة 5 من ذات القانون التي انطوت على أنه: " الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين و لا الاعتباريين و يتمتع بالشخصية المعنوية و تسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها"، فالوقف إذا نشأ صحيحاً فإنه يترتب على ذلك خروج المال الموقوف من الذمة المالية للواقف، غير ذلك لا يعني دخوله في الذمة المالية للموقوف عليه، بل أن للوقف كيان مستقل

¹ بن تونس زكرياء، المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال قانون الأوقاف الجزائري، رسالة ماجستير، سنة 2005 - 2006، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، ص 67 .

² حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة . الوصية . الوقف، دار هومة، الجزائر، سنة 2004، ص 83.

يتمتع بالشخصية المعنوية، فسقوط ملكية الوقف عن الواقف، هي من نتائج الفقه الإسلامي وقد عبر عنها هذا الفقه بالملكية الحكمية لله تعالى كون أن الملك كله لله، فالغاية من نص المادتين 5 و17 أعلاه هو إخراج ملكية الأوقاف عن الأشخاص الطبيعيين والمعنويين سيما الدولة والتي لا تملك الأوقاف وإنما تملك حق إدارتها والرقابة عليها فحسب .

وقد كان المشرع الجزائري موقفاً حينما أخذ بنظرية سقوط ملكية الوقف، وأن لا تؤول إلى أي مالك، والتي أخذ بها معظم التقنيات العربية، وهذا بسبب استجابتها للنظريات الفقهية القانونية الحديثة خاصة بالنسبة لمفهوم الشخصية المعنوية، ولا شك أن ما ذهب إليه المشرع الجزائري في هذا الصدد يضمن بحد ذاته للأوقاف الحماية في مواجهة القائمين على إدارتها وتسييرها .

ثانياً : تعريف الوقف في تشريعات بعض الدول العربية

عرّف المشرع المغربي الوقف في المادة الأولى من مدونة الأوقاف الصادرة بمقتضى ظهير الشريف رقم 1.09.236 الصادر في 8 ربيع الأول 1431 هـ الموافق 23 فبراير 2010م¹، حيث انطوت على أن: "الوقف هو كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة وخصصت منفعته لفائدة جهة برّ وإحسان عامة أو خاصة"، فالمشرع المغربي ضمن هذا التعريف للوقف، يجعل "كل مال" سواء أكان منقولاً أو عقاراً أو منفعة، قابلاً لأن يكون محل للوقف، فالمال يشمل الأشياء والحقوق التي ترد عليها وقد أكدت هذا المعنى المادة 16 من نفس الظهير التي تتحدث عن جواز وقف العقارات والمنقولات وهي أشياء²، وسائر الحقوق الأخرى، والمقصود منها الحقوق المالية، سواء أكانت حقوقاً شخصية أو حقوقاً عينية .

وقد اشترط المشرع المغربي بعد ذلك في المال الموقوف " أن يحبس أصله"، ومعناه إمساك المال الموقوف عن التملك، مع قطع ملك الواقف لهذا المال، سواء كان هذا التملك بعوض كالبيع

¹ الجريدة الرسمية المغربية، العدد 5847، المؤرخة في 14 يونيو 2010 م، ولقد كانت انطلاقة تدوين مدونة الأوقاف المغربية سنة 1997، لكن البداية الفعلية تأخرت إلى سنة 2001 لتنتهي اللجنة المكلفة بوضع مشروعها التمهيدي الأول سنة 2003، وقد أعيدت صياغته خلال سنتي 2004 إلى 2006، فيما تم إعداد الصياغة النهائية سنة 2007 من لدن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية والأمانة العامة للحكومة المغربيتين، انظر: أحمد ادويش، حوز المال الموقوف في إطار مدونة الأوقاف، مقال ضمن النظام القانوني للأموال الوقفية، جمع وتنسيق، زكرياء العمري، منشورات مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، سنة 1012م، الرباط، ص 13 .

² الشيء في الفقه الإسلامي يطلق على كل ما في الكون غير الله سبحانه وتعالى، وذلك لقوله تعالى: "كُلُّ شَيْءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجْهَهُ لَهُ الْحُكْمُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ" (سورة القصص 88)، أما في الفقه القانوني الوضعي فيطلق الشيء على ما يقابل الشخص، ولذلك يمكن تعريفه بأنه "كل ما له كيان ذاتي مستقل عن الإنسان، سواء كان هذا الكيان مادياً يدرك بالحس، أو كان معنوياً لا يدرك إلا بالتصور"، ومنه يستفاد أن الأشياء نوعين: أشياء مادية وأشياء معنوية، فالشيء المادي يطلق على كل جسم غير آدمي حيا كان أو ميتا يمكن معينته بالحواس الخمس، وأما الشيء المعنوي فهو كل ما يمكن أن يتصور ذهنياً، ولا يكون له وجود مادي، مثل الإنتاج الفكري .

أو بدون عوض كالهبة، كما اشترط من ناحية ثانية أن تخصص منفعة المال الموقوف لفائدة جهة من جهات البر والإحسان، سواء أكانت جهة عامة كالفقراء والمساكين وطلبة العلم، ويسمى في هذه الحالة وقفا عاما، أو جهة خاصة كأولاد مثلا، و يسمى في هذه الحالة وقفا معقبا، وقد تكون الجهة مختلطة بين هذه وتلك ، ويسمى الوقف حينها وقفا مشتركا.

أما في التشريع الأردني فقد عرّفت المادة 1233 من القانون المدني الوقف بأنه: "حبس عين المال المملوك عن التصرف وتخصيص منافعه للبر ولو مآلاً"، فالمشرع الأردني يجعل من الوقف حبسا لأصل المال، الذي يصح أن يكون عقارا أو منقولا أو منفعة، كما يوضح التعريف أن هذا المال محل الوقف يجب أن يكون ملكا للواقف، حيث لا يصح وقف ما ليس ملكا له، كما أن الوقف يقطع التصرف في أصل المال الموقوف، على أن تخصص المنفعة الناتجة عنه لعمل من أعمال البر، كالوقف على الفقراء والمساكين، أما قول المشرع الأردني " ولو مآلاً "، فيقصد بهذه العبارة أن الوقف يمكن أن يكون خيريا عاما، كما يمكن أن يكون أهليا، وهو الوقف الذي يجعله الواقف على نفسه أو على ذريته ويتحول بالمآل إلى وقف خيرٍ على جهة بر عامة كالفقراء والمساكين أو طلبة العلم وغيرهم من جهات البر العامة.

وقد أورد المشرع الأردني تعريفا آخر للوقف وذلك بصدر القانون رقم 32 لسنة 2001، قانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية¹، حيث انطوت المادة 2 من هذا القانون على أن: "الوقف حبس عين المال المملوك على حكم ملك الله تعالى على وجه التأييد وتخصيص منافعه للبر ولو مآلاً، ويكون الوقف خيريا إذا خصصت منافعه لجهة بر ابتداء، ويكون ذريا إذا خصصت منافعه لشخص أو أشخاص معينين وذرياتهم من بعدهم ثم إلى جهة من جهات البر عند انقراض الموقوف عليهم"، والملاحظ على هذا التعريف أنه يكاد يتطابق مع التعريف السابق الذي أورده المشرع الأردني في القانون المدني، إلا أنه أضاف في التعريف الأخير بيان أن الوقف ليس ملكا لأحد من الأشخاص وأنه في حكم ملك الله سبحانه وتعالى، للدلالة على أنه يخرج من الذمة المالية للواقف ولا يعد ضمن أصول الذمة المالية للموقوف عليه، وهذا ما أكدته المادة 1236 من القانون المدني الأردني التي جعلت الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية .

ولقد عرّف المشرع القطري الوقف في القانون رقم 8 لسنة 1996 بشأن الوقف² المعدل بمقتضى القانون رقم 35 لسنة 2006، حيث انطوت المادة 2 منه على أن: "الوقف هو حبس مال معين يمكن الإنقاع به، مع بقاء عينه، على مصرف مباح شرعا"، فهذا التعريف من المشرع القطري يعد من أدق التعريفات للوقف، حيث بيّن من خلاله ماهية الوقف بأنه حبس لمال معين، والمال يشمل المنقولات والعقارات والمنافع، كما أوجب المشرع تعيين هذا المال من خلال معرفته وفرزه، كما بيّن هذا التعريف أن المال محل الوقف يجب أن يكون منتقعا به، حيث لا يصح وقف ما لا ينتفع به أي ما لا يكون متقوما

¹ الجريدة الرسمية الأردنية، رقم 4496 الصادرة بتاريخ 16 / 7 / 2001 م .

² الجريدة الرسمية القطرية العدد السادس، المؤرخة في 22 / 7 / 1996 م .

في اعتبار الشريعة الإسلامية كالخمر، كما يشترط في محل الوقف أن يكون من الأموال التي يتصور بقاء عينها، فلا يصح الوقف عند المشرع القطري فيما يفنى وينتهي كالطعام والشراب، وأخيراً وضّح التعريف صفة الموقوف عليه، حيث يجب أن يكون مصرفاً مباحاً شرعاً فلا يجوز الوقف على دور لعب القمار مثلاً وذلك لأن الشريعة الإسلامية تحرمه .

الفرع الثالث: دليل مشروعية الوقف

ذهب جمهور الفقهاء، المالكية والشافعية والحنابلة وجمهور الحنفية إلى أن الوقف مشروع على وجه الندب والاستحباب، واستدلوا على ذلك بأدلة من القرآن العظيم ومن السنة النبوية المطهرة، ومن عمل أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وإجماعهم¹.

أولاً: أدلة مشروعية الوقف من القرآن الكريم: وردت في القرآن الكريم آيات كثيرة تحث على أعمال البر والإحسان نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر :

1 - قوله تعالى: [وَلِكُلِّ وِجْهَةٌ هُوَ مُوَلِّيَهَا فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ أَيْنَ مَا تَكُونُوا يَأْتِ بِكُمْ اللَّهُ جَمِيعاً إِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ].²

وفي تفسير هذه الآية الكريمة يقول ابن كثير: قال العوفي، عن ابن عباس: { وَلِكُلِّ وِجْهَةٌ هُوَ مُوَلِّيَهَا } يعني بذلك: أهل الأديان، يقول: لكل قبلة يرضونها، ووجهة الله حيث توجه المؤمنون، وقال أبو العالية: لليهودي وجهة هو موليها، وللنصراني وجهة هو موليها، وهذاكم أنتم أيتها الأمة [الموقنون] للقبلة التي هي القبلة. وروي عن مجاهد، وعطاء، والضحاك، والربيع بن أنس، والسدي نحو هذا³.

فيعد الوقف من قبيل عموم الخيرات التي حثنا الله سبحانه وتعالى على فعلها بل المسابقة إليها، لكي ينال المؤمن الأجر الكبير، في الدنيا والآخرة، ففي الدنيا تسعد نفسه بأن يكون قد ساهم في نهضة المجتمع بتطوعه بالتصدق من ماله، وفي الآخرة ينال الثواب العظيم من الله سبحانه وتعالى بامتثال أمره بالمسارعة إلى فعل الخيرات ومنها الوقف.

¹ ينظر: من كتب الملكية: مواهب الجليل، مرجع سابق، ج6، ص186. ومن كتب الشافعية: مغني المحتاج، للشربيني، مرجع سابق، ج3، ص523، ومن كتب الحنابلة: كشف القناع، للبهوتي، مرجع سابق، ج4، ص240، وقد نسب بعض أصحاب الإمام أبي حنيفة إليه القول بعدم جواز الوقف إلا أن السرخسي في كتابه المبسوط وهو المعتمد في الفقه الحنفي يرد على ذلك بقوله: "وظن بعض أصحابنا رحمهم الله أنه غير جائز على قول أبي حنيفة وإليه يشير في ظاهر الرواية فنقول: أما أبو حنيفة فكان لا يجيز ذلك ومراده أن لا يجعله لازماً، فأما أصل الجواز ثابت عنده..."، أنظر: المبسوط، لمحمد بن سهل السرخسي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، سنة 1978، ج12، ص27. وفي ذات الصدد قال ابن عابدين: "والصحيح أنه جائز عند الكل وإنما الخلاف بينهما في اللزوم وعدمه"، ينظر: حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص338.

² سورة البقرة الآية 148.

³ تفسير ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر ابن كثير القرشي الدمشقي، تحقيق: محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، 1999م، ج1، ص462.

2 - قوله عز وجل: [وَسَارِعُوا إِلَىٰ مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ أُعِدَّتْ لِلْمُتَّقِينَ].¹

جاء في تفسير هذه الآية الكريمة " وسارعوا " أي بادروا إلى طلب المغفرة من الله سبحانه وتعالى، التي تدخلكم إلى الجنة، التي عرضها السموات والأرض، ولو اتصلت إحداهما بالأخرى، هذه الجنة أعدها الله سبحانه وتعالى للمؤمنين المتقين، الذين من صفاتهم الإنفاق من أموالهم في سبيل الله، في حالة اليسر وحالة العسر، وفي السراء والضراء، ولا ريب أن الوقف يعد باباً من أبواب الإنفاق التي جاءت بها عموم هذه الآية الكريمة.²

3 - قوله تباركت أسماؤه: [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ وَلَسْتُمْ بِآخِذِيهِ إِلَّا أَنْ تُغْمِضُوا فِيهِ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ حَمِيدٌ].³

ففي هذه الآية الكريمة، أمر الله سبحانه وتعالى عبادة المؤمنين بالإنفاق في سبيله من طيبات أموالهم التي كسبوها بجهدهم وعملهم، فعلى المسلم أن ينفق من أجود أمواله، وتطبيقاً لهذا الأمر الإلهي، جاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقال: يارسول الله إنني أصبت أرضاً بخبير لم أصب ما لا قط أنفس عندي منه فما تأمر به قال: "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها"، فتصدق بها عمر في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل.

4 قوله تعالى: [لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّىٰ تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِن شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ].⁴

ووجه الدلالة من هذه الآية، أن الله سبحانه وتعالى يأمر عباده بالإنفاق من أنفس أموالهم⁵ والوقف يعد أحد أوجه هذا الإنفاق، فقد روى البخاري ومسلم من حديث أنس رضي الله عنه أنه قال: لما نزل قوله تعالى [لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّىٰ تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِن شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ]، جاء أبو طلحة رضي الله عنه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يارسول الله يقول الله تبارك وتعالى في كتابه [لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّىٰ تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ] وإن أحب أموالي إليّ بيرحاء - قال وكانت حديقة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخلها ويستظل بها ويشرب من مائها - فهي إلى الله عز وجل وإلى رسوله صلى الله عليه وسلم: أرجو بره وذخره، فضعها حيث أراك الله، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: بخ⁶ يا أبا

¹ سورة آل عمران، الآية 133.

² تفسير الإمامين الجلالين، جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد المعلي، وجمال الدين عبد الرحمان أبي بكر السيوطي، دار ابن كثير، دمشق، سنة 1987م، ج4، ص 67.

³ سورة البقرة الآية 267.

⁴ سورة آل عمران الآية 92.

⁵ خالد عبد الله الشعيب، النظارة على الوقف، الأمانة العامة للأوقاف، دولة الكويت، سنة 2006م، ص 27.

⁶ بخ: كلمة تقال للمدح و الرضى و تكرر للمبالغة.

طلحة، ذلك مال رباح قبلناه منك ورددناه عليك فاجعله في الأقربين، فتصدق به أبو طلحة على نوي رحمه .¹

ثانيا: أدلة مشروعية الوقف من السنة النبوية: وردت في السنة النبوية المطهرة أحاديث كثيرة تدل على مشروعية الوقف منها على سبيل المثال:

1 - ما رواه مسلم والترمذي وأبو داود من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث: إلا من صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له".²

ويذهب شراح هذا الحديث إلى أن المقصود بالصدقة الجارية فيه هي الوقف، وفي هذا الصدد يقول الإمام النووي رحمه: "... وفي الحديث دليل لصحة أصل الوقف وعظيم ثوابه".³

3 - ما رواه البخاري ومسلم من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: إن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أصاب أرضا بخبير فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها فقال: يا رسول الله إني أصبت أرضا بخبير لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمر به قال: "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها"، قال: فتصدق بها عمر أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث وتصدق بها في الفقراء وفي القريب وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف لاجنح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف غير متمول".⁴

وقد بين النووي رحمه الله وجه الدلالة من هذا الحديث بقوله: وفي هذا الحديث دليل على صحة أصل الوقف وأنه مخالف لشوائب الجاهلية وهذا مذهبنا ومذهب الجماهير ويدل عليه أيضا إجماع المسلمين على صحة وقف المساجد والسقايات.⁵ ويعد هذا الحديث أصلا في مشروعية الوقف، ومنه اشتهر لدى المؤرخين القول بأن وقف عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو أول وقف في الإسلام.

¹ أخرجه البخاري في كتاب الوصايا، باب من تصدق على وكيله فرد الوكيل إليه (صحيح البخاري، مرجع سابق، ج3، ص1014) ورواه مسلم في كتاب الزكاة باب فصل النفقة والصدقة على الأقربين والزوج والأولاد والولدين ولو كانوا مشركين، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت، لبنان، سنة 1955، ج2 ص693

² أخرجه مسلم في كتاب الوصية باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، صحيح مسلم، مرجع سابق، ج3، ص1249

³ شرح النووي على صحيح مسلم، لأبي زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2، سنة 1972م، ص85.

⁴ أخرجه البخاري في كتاب الشروط باب الشروط في الوقف (صحيح البخاري، مرجع سابق، ج2، ص982)، ومسلم في كتاب الوصية باب الوقف (صحيح مسلم، مرجع سابق، ج3، ص1255).

⁵ شرح النووي على صحيح مسلم، مرجع سابق، ج11، ص86.

3 - ما رواه البخاري وغيره من حديث عمرو بن الحارث قال: " ما ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم عند موته درهما و لا ديناراً، ولا عبداً و لا أمة و لا شيئاً إلا بغلته البيضاء و سلاحه وأرضاً جعلها صدقة".¹

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قد سبل الأرض في حياته وجعلها وقفاً فدل ذلك على مشروعية الوقف، فإذا كانت السنة النبوية قد تكون قولية، أو فعلية أو تقريرية، فإن النبي صلى الله عليه وسلم، جعل أمواله وقفاً، فدل ذلك بفعله، على أن الوقف مشروع .

ثالثاً: أدلة مشروعية الوقف من إجماع الصحابة

أجمع صحابة النبي صلى الله عليه وسلم على مشروعية الوقف، فقد روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنه قال: لم يكن من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ذو مقدرة إلا وقف، وهذا يمثل إجماعاً منهم، فإن الذي قدر منهم على الوقف وقف، واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان إجماعاً منهم.² فقد روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه قال: " أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة، وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة³، فقال صلى الله عليه وسلم: من يشتري بئر رومة، فيجعل دلوه مع دلاء المسلمين بخير منها في الجنة، فقال عثمان رضي الله عنه فشتريتها من صلب مالي".⁴ فليس هذا العمل الذي قام به عثمان بن عفان رضي الله عنه إلا حبس رقبة العين - وهي البئر - حيث لا يمكنه أن يتصرف فيها، فلا يمكن أن يكون دلوه فيها كدلاء بقية المسلمين إلا إذا كان أصل العين ومنفعتها قد خرجت من تحت سلطته، فأصبحت وقفاً، تنطبق عليها أحكامه .

ومن الأوقاف التي قام بها صحابة النبي صلى الله عليه وسلم ما فعله خالد بن الوليد رضي الله عنه، فقد وقف أدرعه⁵ و أعتده الحربة في سبيل الله، فأوقاف الصحابة رضي الله عنهم دليل على عظمة هذا الجيل الفريد الذي سن لمن جاء بعدهم سنة حسنة ظلت باقية حتى عصرنا هذا، ولقد انطلق المسلمون بعد ذلك في تشييد الأوقاف في كافة تخصصاتها، وحفظها وحمايتها، حتى أضحت الأوقاف سمة عامة من سمات الحضارة الإسلامية، حيث أجمعت الأمة الإسلامية منذ صحابة الرسول صلى الله عليه وسلم حتى يومنا هذا على مشروعية الوقف، ونفذته عملياً بوقف العقارات من أراضٍ ودور وآبار، وبوقف الأموال المنقولة كالكتب وغيرها، ولا يزال المسلمون في كل العصور يتقربون إلى الله سبحانه

¹ أخرجه البخاري في كتاب الوصايا باب الوصايا (صحيح البخاري، مرجع سابق، ج3، ص1005)

² المغني، لعبد الله بن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1981 م، ج5، ص349 .

³ وهي بئر في المدينة المنورة كان يمتلكها يهودي .

⁴ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 48 .

⁵ الأدرع، جمع درع : وهو قميص من حلقات من الحديد متشابكة يلبس وقاية من السلاح، انظر: المعجم الوسيط، مرجع

سابق، ج 1، ص 280 .

وتعالى بإقامة المساجد والمدارس ودور القرآن الكريم، ودور الحديث الشريف، ودور الأيتام والمستشفيات والعيادات الطبية وغيرها من أعمال البر.

وليس بخاف على الدارس لعلوم الشريعة الإسلامية أن إجماع أئمة الأمة الإسلامية في عمومها على أمر من الأمور - فضلا عن إجماع الصحابة رضي الله عنهم - إنما يعد مصدرا من مصادر التشريع الإسلامي، ومن ثم فإن القائل بعدم جواز الوقف، إنما هو مخالف لإجماع الأمة الإسلامية لا يلتفت إلى رأيه .

المطلب الثاني: أركان الوقف وشروطه

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في بيان مدلول الركن في الأشياء والعقود، فعند جمهور الفقهاء غير الحنفية، يعد ركنا كل ما لا يمكن تصور الشيء إلا به سواء كان جزءا منه أم لا، ولذلك يعتبرون أن أركان العقد تتمثل في العاقد، والمعقود عليه، وصيغة العقد، في حين يذهب الفقه الحنفي إلى القول بأن الركن في العقد هو ما كان جزءا منها وتوقف وجوده عليه ولذلك يجعلون للعقد ركنا واحدا يتمثل في الصيغة فقط، أما غيرها من العاقد والمعقود عليه فهما شروط لصحة العقد.¹

وتبعا لهذا الخلاف في مفهوم الركن في العقد، فقد ذهب جمهور الفقهاء - المالكية والشافعية والحنابلة - إلى أن الوقف له أربعة أركان تتمثل في الواقف والموقوف أو محل الوقف وصيغة الوقف²، في حين ذهب الحنفية إلى القول بأن للوقف ركنا واحدا وهو صيغة الوقف، أما ما عاها من الواقف، والموقوف عليه، والموقوف فهما من شروط الوقف وليس من أركانه.³ فالحنفية يعتبرون ذكر الصيغة في الوقف كافية لقيامه لأنها بالضرورة تتضمن بقية الأركان التي قال بها جمهور الفقهاء، فالصيغة لا بد أن تصدر من الواقف ويبين فيها طبيعة المال الموقوف وكذلك الجهة الموقوف عليها، وذلك حتى تتم عملية الوقف وينعقد بها صحيحا، ولذلك فعندهم أن الصيغة شاملة لسائر الأركان التي قال بها الجمهور .

وفي تقدير الباحث أن القول الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن للوقف أربعة أركان، الواقف، والموقوف عليه، ومحل الوقف، وصيغة الوقف، فلا يمكن القول إن صيغة الوقف تتضمن كل هذه الأركان، وذلك لأن الركن هو ما لا يتحقق وجود الشيء إلا به لأنه جزء منه مثل ركن البناء المتمثل في الأعمدة التي لا يقوم البناء إلا بها، وبانعدام الركن لا يتحقق وجود الشيء، أما الشرط فحقيقته أنه أمر خارج عن تكوين العقد لكنه ضروري لتمامه، والشروط تختلف في درجة أهميتها وتأثيرها على العقد، فثمة

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط4، سنة 1997م، ج 4، ص 2930 .

² ينظر من كتب المالكية: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، لسيد أحمد الدردير أبو البركات، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 2000، ج 4، ص13، ومن كتب الشافعية : مغني المحتاج، للشربيني، مرجع سابق، ج3، 523، ومن كتب الحنابلة: شرح منتهى الإيرادات، يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتاب، بيروت، لبنان، ط2، سنة 1996، ج2، ص398 .

³ الإسعاف في أحكام الأوقاف، إبراهيم بن موسى عليا الطربلسي، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، 1981، ص 56.

أنواع من الشروط قد تصل أهميتها إلى أهمية الركن ذاته ومع ذلك تبقى شروطا في العقد، وعلى ذلك لا يمكن اعتبار أن الوقف له ركن واحد وهو الصيغة، وأن الواقف والموقوف عليه ومحل الوقف من شروط هذه الصيغة، بل يجب اعتبار كل منهم ركنا منفردا لا يقوم الوقف إلا بوجودها مجتمعة .

وتماشيا مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء نجد أن أغلب القوانين في الدول العربية والإسلامية في مادة الوقف، تذهب إلى أن للوقف أربعة أركان هي: الواقف، والموقوف عليه، ومحل الوقف، وصيغة الوقف، فقد نص المشرع الجزائري في قانون الأوقاف 91/10 المعدل والمتمم، في المادة 9 منه على أنه: "أركان الوقف أربعة هي: 1 - الواقف، 2 - محل الوقف، 3 - صيغة الوقف، 4 - الموقوف عليه"، كما نصت على ذات الأركان المادة 3 من مدونة الأوقاف المغربية الصادرة سنة 2010 أنفة الذكر، حيث انطوت على أن: "أركان الوقف أربعة وهي: الواقف، والموقوف عليه، والمال الموقوف، والصيغة"، وفي ذات الصدد نص المشرع اليمني في القرار الجمهوري بالقانون رقم 23 لسنة 1992 بشأن الوقف الشرعي¹، في المادة 9 منه على أن: "أركان الوقف أربعة هي: 1 - صيغة إنشائه (الإيجاب)، 2 - الواقف، 3 - الموقوف (العين الموقوفة)، 4 - الموقوف عليه (المصروف)".

فهذه القوانين جاءت متماثلة في تعداد أركان الوقف متأسية في ذلك بما ذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، غير أن بعض القوانين المنظمة للأوقاف في بعض الدول العربية نجدها لا تذكر تعدادا لأركان الوقف، إنما تذكر الصيغة وشروطها ولعلها في ذلك نهجت نهج فقهاء المذهب الحنفي، ومن أمثلة هذه القوانين قانون الأوقاف المصري رقم 48 لسنة 1946 المعدل والمتمم، وقانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية الأردني رقم 32 لسنة 2001م، أنف الذكر.

وتماشيا مع تعداد أركان الوقف التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، في نص المادة 9 منه سنعمل على تخصيص فرع لدراسة كل ركن من هذه الأركان.

الفرع الأول: الواقف وشروطه

الواقف هو الشخص المتبرع بالمال محل الوقف على وجه التحبيس²، فلا يمكن تصور وجود وقف من غير وجود الشخص الذي قام بإنشائه، وهذا الشخص قد يكون شخصا طبيعيا، كما يصح الوقف من الشخص المعنوي، ولقد أحسن المشرع المغربي حينما نص على ذلك صراحة في مدونة الأوقاف المغربية - أنفة الذكر - حيث انطوت المادة 4 منها على أنه: "يمكن أن يكون الواقف شخصا ذاتيا، كما يمكن أن يكون شخصا اعتباريا ما لم يكن غرضه غير مشروع"، فإذا كان المسلم به أن الشخص الطبيعي

¹ الجريدة الرسمية اليمنية، العدد 6، الجزء 4 لسنة 1992م .

² فقد عرفه ابن عرفة وهو من فقهاء المالكية بقوله: "المحبس هو من صح تبرعه وقبوله منه"، فهذا الفقيه يعرف الواقف بالنظر إلى الشروط التي ينبغي أن تتوافر فيه، ينظر، شرح حدود ابن عرفة، أبو عبد الله محمد الأنصاري المعروف بالرصاص، تحقيق محمد أبو الأجدان و الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط1، سنة 1993م، ج2، ص542 .

يمكن أن يكون هو الواقف في عقد الوقف، فإن ذات الإمكانية تتوافر للشخص المعنوي مثل الشركات والمؤسسات أو الجمعيات، غير أن الشروط المتطلبة في كل منها تختلف، وذلك للاختلاف القانوني بينهما من حيث مقومات الوجود وأهلية التصرف، والمتتبع لنصوص قانون الأوقاف الجزائري يجد أن المشرع الجزائري لم ينص على إمكانية أن يكون الواقف شخصا اعتباريا، وإن كان ذلك من المسلم به ضمنا، ولذلك يقترح الباحث أن يضاف إلى قانون الأوقاف نص يفيد المعنى الذي تضمنته المادة الرابعة من مدونة الأوقاف المغربية.

ولقد اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في الدول الإسلامية التي تأخذ بنظام الوقف، جملة من الشروط ينبغي أن تتوافر في الواقف حتى يعد وقفه صحيحا ومنتجا للأثار المترتبة عنه، تتمثل هذه الشروط فيما يلي :

أولا: يشترط في الواقف أن يكون متمتعا بأهلية التبرع

الأهلية هي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وتترتب عليه التزامات، وهي تنقسم إلى أهلية وجوب وأهلية أداء أو تصرف، ويُقصد بالأولى صلاحية الشخص لأن تثبت له الحقوق ويتحمل الالتزامات دون أن تكون لإرادته دخل في ذلك، وبهذا المعنى تثبت هذه الأهلية لكل إنسان، بل تثبت أهلية وجوب ناقصة للجنين في بطن أمه بشرط أن يولد حيا، وهذا ما نصت عليه المادة 25 من ق م ج بقولها: " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته. 2 - على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا " .

غير أن هذا النوع من الأهلية ليست هي المقصودة كشرط من الشروط الواجب توافرها في الواقف، بل الأهلية المقصودة هي أهلية الأداء أو التصرف، التي تُعرّف بأنها صلاحية الشخص للقيام بتصرفات صحيحة ومنتجة لآثارها من الناحية القانونية، بأن يتبرع على سبيل الحبس ويكون تبرعه بهذه الصفة صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية، فقد بينت المادة 40 ق م ج الشخص المتمتع بهذا النوع من الأهلية بنصها على أنه: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. 2 - وسن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة " ، فمن خلال الجمع بين هذه المادة، والمادة رقم 30 من قانون الأوقاف الجزائري 91/10 المعدل والمتمم، التي انطوت على أن "وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي "، يتضح لنا أنه لا يجوز للصبي الذي لم يبلغ سن التاسعة عشرة بعد ولو كان صبيا مميزا أن يوقف شيئا من ماله، حتى ولو كان ذلك بإذن أو إجازة وليه، وذلك لأن الوقف من التصرفات الضارة ضررا محضا بالذمة المالية

للواقف، يؤدي إلى إفقارها بخروج المال الموقوف عن ملك الواقف دون مقابل مادي، وذلك تماشياً مع مقتضيات المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري.¹

وفي مجال القانون المقارن نجد أن كل القوانين المتعلقة بالأوقاف في الدول العربية التي أخذت بنظام الوقف، قد نصت على أن بلوغ سن الرشد يُعد شرطاً من الشروط الواجب توافرها في الواقف، فعلى سبيل المثال لا على سبيل الحصر، نص المشرع المغربي في مدونة الأوقاف سالفة الذكر - في مادتها 5 على أنه: "يجب أن يكون الواقف متمتعاً بأهلية التبرع ..."، ومن المسلم به أن لا أهلية تبرع لمن لم يبلغ سن الرشد القانونية، وهي 18 سنة شمسية كاملة حسب المادة 209 من مدونة الأسرة المغربية²، كما نص قانون الأوقاف الشرعية اليمني - سالف الذكر - في مادته 13 على أنه: "يشترط في الواقف ما يلي: 1 - أن يكون مكلفاً"، ومن المعلوم أن الصبي غير مكلف بالأحكام الشرعية لأن البلوغ مناط التكليف، وفي ذات الصدد نص قانون الأوقاف في سلطنة عُمان، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 65/2000م³ في مادته 10 على أنه: "يشترط في الواقف أن يكون أهلاً للتبرع ..."، والصبي وإن كان مميزاً لا يعد أهلاً للتبرع.

فجميع هذه النصوص القانونية، جاءت متأسية بالفقه الإسلامي الذي يشترط في الواقف أن يكون بالغاً سن الرشد، فلا يجيز فقهاء الشريعة الإسلامية وقف الصبي الذي لم يبلغ، لأن عدم بلوغه يكون سبباً في كونه ليس أهلاً لأي تصرف، ولا فرق بين كون الصبي مأذوناً له بالتجارة، أو غير مأذون له، لأنه ليس أهلاً للتبرع أو الإسقاطات التي تضر به ضرراً محضاً.

ثانياً: يشترط في الواقف أن يكون عاقلاً

لا يكفي أن يبلغ الشخص سن الرشد القانونية حتى يكون أهلاً للتبرع، بل يضاف إلى ذلك أن يكون متمتعاً بقواه العقلية، بمعنى أنه لم يطرأ على أهليته من العوارض ما يؤدي إلى انعدامها من جنون⁴ أو عته، فقد ذهب الفقه الإسلامي إلى ضرورة أن يكون الواقف عاقلاً فلا يصح وقف المجنون المطبق الجنون لأنه فقد عقله بالكلية، أما إذا كان جنونه منقطعاً، بأن يعرض له وقت دون آخر، فقد ذهب بعض

¹ تنص المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "من بلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت مترددة بين النفع والضرر ...".

² حيث نصت المادة 209 من مدونة الأسرة المغربية، الصادرة بالظهير رقم 22 - 04 - 1 المؤرخ في 3 فبراير 2004 على أنه: "سن الرشد القانونية 18 سنة شمسية كاملة".

³ الجريدة الرسمية لسلطنة عُمان رقم 676 الصادرة في 01 / 8 / 2000م .

⁴ الجنون: هو اختلال العقل على نحو يمنع جريان أفعال الإنسان وأقوله على ما يقتضيه العقل السوي، والمجنون المطبق هو الذي لا يرجى إفاقته، وقيل هو الجنون الذي يمتد شهراً أو سنة، ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر الكساني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1986م، ج7، ص394.

الفقهاء إلى الاعتداد بعبارته في عقودهِ وتبرعاتهِ حال إفاقتهِ دون حال جنونه¹، فالمجنون قد يضر بنفسهِ وبذريته إذا أقدم على وقف شيءٍ من ماله دون تعقل ودراسة كما قد تتوقف مصالح كثيرة إذا أوقف مجنون وقفا وترتبت عليه آثاره الشرعية ثم تبين بعد ذلك أن الواقف كان مجنونا فبطل وقفهُ، ومن ثم كان التيقن من أن الواقف عاقل وليس مجنونا أمرا في غاية الأهمية، كما أن الفقه الإسلامي ألحق بالمجنون المعتوه، ويُعرّف العته على أنه اختلال في العقل يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التعبير.

ولقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 31 من قانون الأوقاف، حيث انطوت على أنه: "لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير، أما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقتهِ وتمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية". فالمرجع الجزائري جعل وقف المجنون والمعتوه يقع باطلا بطلانا مطلقا، غير أنه أقر بصحة وقفهِ إذا كان جنونه متقطعا - وهو الجنون الذي يزول العقل فيه لبعض الوقت ويفيق لبعض الوقت شريطة أن يكون قد قام بوقف المال أو المنفعة محل الوقف، وقت إفاقتهِ من الجنون، ويقع عبء إثبات الإفاقة من عدمها على عاتق المدعي، ويكون بكافة الطرق الشرعية، مثل تقرير الخبرة الطبية.

ثالثا: يشترط في الواقف أن لا يكون محجورا عليه لسفه أو غفلة أو دين

ذهب الحنفية إلى القول بأن وقف السفیه وذی الغفلة² يكون باطلا، وذلك لأن التبرعات في عمومها لا تصح إلا من الراشد، وهو منتقب عنهما بعد الحجر عليهما³. وهذا الرأي يتفق تماما مع مقاصد التشريع الإسلامي، فلا يقبل الوقف من سفیه أو غافل لأنه لا يقدر شؤونهِ الخاصة، فبالرغم من إقدامه على خطوة تدعو إليها قواعد الشريعة الإسلامية بإنفاقه على وجه من وجوه الخير، إلا أن هذا التصور ظاهري فحسب، لأن السفیه وذا الغفلة قد يتسبب بوقفهِ في مفسدة محققة، فقد يحرم ورثته الشرعيين في حقهم في الميراث، كما قد يجعل أسرته فقراء يتكفون الناس، أو قد يتسبب وقفهِ في فقره وبؤسه هو نفسه .

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي في قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، حيث نصت المادة 2/10 منه على أنه: "يشترط في الواقف لكي يكون وقفهُ صحيحا ما يأتي: أن يكون الواقف ممن يصح تصرفهُ في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين"، فالمصاحب بالسفه يجوز لأحد أقربه أو كل من له مصلحة أو النيابة العامة، تقديم طلب للمحكمة المختصة من أجل استصدار حكم قضائي للحجر عليه، إعمالا للمادتين 107 و 108 من قانون الأسرة الجزائري، حيث من الآثار القانونية للحجر

¹ عبد الوهاب خلاف، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، مطبعة النصر، القاهرة، ط1، سنة 1946م، ج1، ص 312 .

² السفیه: هو الشخص الذي يسرف في إنفاق ماله، ويضيعه على خلاف مقتضى العقل أو الشرع فيما لا مصلحة له فيه، - أما الغفلة: فهي ضعف في الإدراك تجعل الشخص لايتهدي إلى التصرفات الراجعة ويخدع في التعامل مع الآخرين .

³ بدائع الصنائع ، أبو بكر الكساني، مرجع سابق، ج7، ص374 ..

غل يد المحجور عليه من التصرف في ماله، والوقف من التصرفات المالية المشمولة بهذا الغل في حالة صدور الحكم بالحجر.

ويلاحظ على نص المادة 2/10، أنها لم تنص على حالة ذي الغفلة، فكان على المشرع الجزائري أن يلحق حكمه بحكم السفية .

ويلحق بالسفية وذو الغفلة، في عدم صحة وقفه، المحجور عليه لدين، فمن أحاطت الديون بماله واستغرقت ذمته المالية يكون في حالة إفسار، والشرط في الواقف أن لا يكون معسرا حتى لا يضر بدائنيه، فقد ذهب الفقه الإسلامي إلى أنه إذا كان الواقف مفلسا محجورا عليه بسبب الدين بناء على طلب دائنيه وكان دينه محيطا بكل ماله، فإن الوقف لا ينفذ في ماله، لأن مقتضى حجرهم عليه أن يكون لهم الحق في إبطال كل تصرف يضر بحقوقهم يصدر منه بغير رضاهم.¹ وهو ذات الحكم الذي تبناه المشرع الجزائري في الفقرة 2 من المادة 10، من قانون الأوقاف، سالفه الذكر، لأن أموال المدين كلها ضامنة للوفاء بديونه، طبقا لمقتضيات المادة 188 ق م ج.

كما نصت المادة 11 من قانون الأوقاف القطري رقم 8 لسنة 1996 المعدل والمتمم - أنف الذكر - على أنه: " يبطل الوقف في الحالتين الآتيتين: 1 - استحقاق الموقوف قبل الوقف، 2 إحاطة الدين بمال الواقف قبل الوقف " والحكمة من بطلان وقف من أحاطت الديون بجميع ماله، ترجع إلى مراعاة المصلحة العامة في كل ما تعلق بالوقف، حفاظا على مقاصد الشريعة الإسلامية، فمع أن الواقف هنا سيقوم بفعل الخير، إلا أنه ينبغي أن لا يتعارض فعله مع ضرورة حفظ مال الدائنين، فوقوع الوقف منه صحيحا نافذا سيؤدي حتما على مفسدة تلحق بهم، ومن ثم فدرء مفسدة ضياع حق الدائنين مقدمة على جلب منفعة للوقف، فمن القواعد المسلم بها في الفقه الإسلامي "أن درء المفساد مقدم على جلب المنافع".

رابعا: يشترط في الواقف أن لا يكون مريضا مرض الموت

مرض الموت هو: المرض الذي يتحقق فيه أمران، أحدهما أن يكون مرضا من شأنه أن يحدث الموت غالبا، وثانيهما أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا بهذا المرض.²

فعلى الرغم من أن الواقف قد يكون مالكا للعين الموقوفة، إلا أنه قد لا يكون حرا في وقف ما يشاء، وذلك في حالة مرض الموت، فقد قرر فقهاء الشريعة الإسلامية أن الواقف إذا كان أهلا للتبرع غير أنه وقف ماله أثناء مرض موته، فإن وقفه هذا لا يكون صحيحا نافذا إلا في حدود ثلث ماله، فاعتبروا الوقف بمثابة الوصية، لا ينفذ إلا في الثلث، أما إذا زاد على الثلث لزم الوقف منه مقدار الثلث فقط، وما تبقى يتوقف على إجازة الورثة، والحكمة من هذا ترجع إلى أن المريض في هذه الحالة يكون

¹ كتاب الأم، محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة للنشر، بيروت، لبنان، سنة 1990م، ج3، ص 217 ، ولقد أخذ المشرع اليمني بذات الحكم، حيث نصت المادة 13 من قانون الأوقاف الشرعية، أنف الذكر على أنه: " يشترط في الواقف ما يلي ... 3 - أن يكون مطلق التصرف"، ومعنى ذلك أن لا يكون محجور عليه ممنوع من التصرف في ماله.

² محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، دمشق، سوريا، ب س ن، هامش 1، الصفحة 7.

في طريقه إلى الموت، وبالتالي لا يحق له أن يعبث بحقوق الورثة التي شرعها الله لهم في كتابه العزيز، ومن ثم وجب الضرب على يده في هذه الفترة الحرجة من حياته.

ولقد ربط المشرع الجزائري بين الوقف في مرض الموت واستغراق الدين لكامل ماله، حيث نصت المادة 32 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم على أنه: "يحق للدائنين طلب إبطال الوقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق جميع أملاكه"، ويفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يجعل وقف المريض مرض الموت باطلا بطلانا مطلقا، بل جعله قابلا للإبطال (البطلان النسبي)، لا يجوز للقاضي أن يقضي به من تلقائي نفسه، بل يجب أن يتمسك به من له مصلحة، وهم الورثة أو الدائنين، ويقع عبء إثبات أن الواقف قد قام بوقف أملاكه وهو في مرض موته على عاتق ورثته أو من له مصلحة، وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرار لها صادر سنة 1971م جاء فيه: "من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحبس الواقع في مرض موت المحبس باطل، وعلى من يدعي بطلانه بذلك السبب إقامة البينة على أن المحبس كان مصابا وقت تحبسه بالمرض الذي مات من جرائه"¹، وهذا تطبيقا للقاعدة العامة في الإثبات التي تقضي بأن البينة على المدعي .

خامسا : يُشترط في الواقف أن يكون مالكا للمال الموقوف

يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية في الواقف أن يكون مالكا للمال محل الوقف وقت إجراء الوقف ملكية تامة، فلا يصح وقف مال الغير، كما لا يصح وقف الغاصب² لمال غيره، أو من اشترى عينا شراء باطلا غير صحيح ثم وقفها.³

ولقد نصت القوانين المقارنة على ضرورة توافر هذا الشرط في الواقف، فقد انطوت المادة 1/10 من قانون الأوقاف الجزائري 10/91 المعدل والمتمم، على أنه: "يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يلي : 1 - أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا"، كما نصت المادة 5 من مدونة الأوقاف المغربية - آنفة الذكر - على أنه: "يجب أن يكون الواقف متمتعا بأهلية التبرع، وأن يكون مالكا للمال الموقوف.."، وفي ذات السياق انطوت المادة 13 من قانون الأوقاف الشرعية اليمني آنف الذكر، على أنه: "يشترط في الواقف ما يلي: 4 - أن يكون مالك للمال المراد وقفه"، كما وجاء في 8 من قانون الوقف القطري - آنف الذكر - أنه: "يشترط لصحة الوقف ونفاذه أن يكون الواقف متمتعا بأهلية التبرع، بأن يكون بالغاً راشداً، ومالكا للمال الموقوف".

وبالعودة إلى الفقرة الأولى من المادة 10 من قانون الأوقاف الجزائري سألغة الذكر، نجد أن المشرع قد استعمل عبارة "ملكاً مطلقاً"، وهذه العبارة قاصرة عن تأدية المعنى المراد، فهي تفيد بأن للمالك

¹ ينظر: نشرة القضاة لسنة 1972، عدد 02، ص 73.

² الغصب : هو أخذ الأموال بغير حق على سبيل القهر والغلبة ... ، كما عرفته مجلة الحكام العدلية في المادة 881 على أنه: "أخذ مال أحد وضبطه دون إذنه" .

³ وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، سنة 1996م، ص 152 .

مطلق الحرية في أن يستعمل ماله كما يحلو له، لذلك كان على المشرع أن يستعمل عبارة "ملكا تاما"، فالملكية التامة حسب مقتضيات المادة 674 من ق م ج هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا تستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة، وعبارة "ملكا مطلقا" لا تفيد هذا المعنى، بقدر ما تفيد الحرية المطلقة .

وعلى ذلك إذا قام شخص بوقف مال لا يملكه ملكا تاما كان وقفه باطلا في النظام القانوني الجزائري، كأن يُقدم شخص على وقف عقار له محل منازعة قضائية، فإن هذا الوقف يقع باطلا، لأن ملكيته لهذا العقار منازع فيها لذلك هي ملكية غير تامة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها صادر في 21 / 11 / 1988، جاء فيه: "أنه من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرع، رشيدا لا مكرها، ويشترط في المال المحبس أن يكون مملوكا للواقف، معينا، خاليا من النزاع"¹، فالمال محل المنازعة القضائية لا يعد مملوكا ملكية تامة لأحد الأطراف المتنازعة لذلك لا يصح به الوقف.

لكن السؤال يثور في هذا المقام بشأن وقف الفضولي، والفضالة عرفتها المادة 150 ق م ج على أنها: أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك، فمقتضى هذا التعريف أن الفضولي يقوم بعمل نافع للمالك، أما إن كان ضارا فلا ينفذ، وقد عرف الفقه الإسلامي الفضولي بأنه: من يتصرف في مال غيره دون إذن شرعي، أو هو من لم يكن وليا ولا وصيا ولا وكيلًا في العقد.²

ومعنى الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، يفيد أن الفضولي هو من يتصرف في ما لا يملكه من غير أن يكون مأذونا له في هذا التصرف، فهو يتصرف على أنه نائب عن المالك بدون وجود سند شرعي أو قانوني لتلك النيابة، وبهذا يختلف عن الغاصب، لأن هذا الأخير يتصرف فيما غصبه على أنه المالك الحقيقي له. فماذا لو قام شخص فضولي على الإقدام على وقف مال غيره، فهل يعد هذا الوقف صحيحا أم باطلا؟.

يذهب الحنفية إلى أن تصرفات الفضولي عموما صحيحة - ومنها وقفه - غير أن تنفيذها موقوف على إجازة المالك لها، فإن أجازها نفذت وإلا بطلت³، أما المالكية فقسموا تصرفات الفضولي إلى قسمين: قسم فيه معاوضة فهو يدخل في ملك صاحبه شيئا، كالبيع والإجارة، فهذه تصرفات صحيحة موقوفة على

¹ قرار المحكمة العليا رقم 46546 مؤرخ في 21 / 11 / 1988، المجلة القضائية 1991، العدد 2، ص 60 .

² التعريفات، علي بن محمد الشريف الجرجاني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط3، سنة 1996م، ص 215.

³ الإسعاف في أحكام الأوقاف، للطرابلسي، مرجع سابق، ص 19 .

إجازة المالك الحقيقي، وقسم لا يدخل في ملك صاحبه شيئاً، وإنما هو إخراج محض من ملكه كالوقف والهبة، وهو باطل.¹

وقد ذهب المشرع الجزائري إلى الأخذ بمذهب المالكية من اعتبار أن تصرف الفضولي بوقف ملك الغير باطلاً، ولا يمكن أن تلحقه الإجازة، يفهم ذلك من اشتراطه في المادة 10 / 1 أنفة الذكر، أن تكون العين الموقوفة مملوكة ملكاً مطلقاً للواقف، فهذه الصياغة تغلق الباب، أمام محاولة القول بأن وقف الفضولي في النظام القانوني الجزائري يمكن أن تلحقه الإجازة، عملاً بقاعدة " أن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق"، وهذا المسلك أخذ به صراحة قانون الأوقاف الشرعية اليميني - آنف الذكر - حيث نصت المادة 15 منه على أنه: " لا يصح وقف الفضولي ولا تلحقه الإجازة "، في حين نجد أن المشرع المغربي قد ذهب إلى الأخذ بما قرره الحنفية من أن وقف الفضولي يصح إذا أجاز المالك الحقيقي، وذلك بمقتضى المادة 9 من مدونة الأوقاف التي نصت على أنه: " يعتبر وقف الفضولي باطلاً، إلا إذا أجاز ملك المال الموقوف، شريطة استيفاء جميع أركان الوقف وشروطه"، فقوانين الأوقاف الوضعية المقارنة تباينت في مسألة صحة وقف الفضولي من عدمه، تبعاً للمذهب الفقهي الإسلامي الذي تبناه المشرع في كل دولة من هذه الدول .

الفرع الثاني: محل الوقف وشروطه

يعد محل الوقف الركن الثاني من أركان الوقف حسب التعداد الذي أورده المشرع الجزائري في نص المادة 9 من قانون الأوقاف 91 / 10 المعدل والمتمم، ويعبر الفقه الإسلامي عن محل الوقف بالموقوف، وهو ما تم التبرع به على وجه التحبب، ولم يعرف المشرع الجزائري المقصود بمحل الوقف، وإنما ذكر الأعيان التي يجوز أن تكون محلاً للوقف، وذلك في المادة 11 / 1 من قانون الأوقاف التي انطوت على أنه: " يكون محل الوقف عقاراً أو منقولاً أو منفعة "، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أجاز أن يكون محل الوقف كل الأموال سواء كانت عقارية أو منقولة أو منفعة، رغم أن الغالب من الناحية العملية أن يُقدم الأفراد على وقف العقارات.

ومحل الوقف يجب أن تتوافر فيه جملة من الشروط حتى يقع الوقف صحيحاً، تتمثل فيما يلي :

أولاً : شرط طبيعة محل الوقف

اتفقت كلمة الفقه الإسلامي على أن العقار² يكون محلاً للوقف³، في حين اختلفوا على مدى صحة وقف المنقول، والمنافع، فذهب الحنفية إلى أن المال الذي يجوز وقفه ينحصر في العقارات فحسب

¹ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، سنة 1996، ج5، ص456 .

² العقار في الفقه الإسلامي هو: " الأرض وما يتصل بها من بناء أو أشجار"، ينظر: الشرح الكبير، للدردير، مرجع سابق، ج5، ص283 .

³ بدائع الصنائع للكاتاني، مرجع سابق، ج5، ص329، وكتاب الأم، للشافعي، مرجع سابق، ج2، ص59 .

فلا يجوز عندهم، وقف المنقول ولا المنافع، فلا يصح وقف المنقول إلا إذا دل الدليل على جوازه كوقف الفرس في سبيل الله، أو وقف الدرع الحربية، فلقد جاء في الحديث: "وأما خالد... فقد حبس أدرعه وأعدته في سبيل الله"، أو ما جرى العرف بين الناس على وقفه من منقولات مثل المصاحف والكتب¹، في حين ذهب الحنابلة والشافعية إلى صحة وقف العقارات والمنقولات دون المنافع²، غير أن بن تيمية من الحنابلة يُجيز وقف المنافع ويرى أنه لا فرق بين وقفها وبين وقف البناء والغراس³، أما المالكية فيجعلون وقف المنقول والمنافع صحيحا إلى جانب وقف العقار، فكل هذه الأموال عند المالكية يُتقرب بها إلى الله، وتصلح لأن تؤدي الغرض من الوقف⁴.

ولقد ذهب المشرع الجزائري إلى تبني ما ذهب إليه المالكية من صحة وقف العقارات والمنقولات وكذا وقف المنافع، وذلك ما انطوت عليه المادة 11 / 1 من قانون الأوقاف 91 / 10 المعدل والمتمم، بقولها: "يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة"، كما نجد ذات المسلك اتبعه المشرع المغربي في مدونة الأوقاف، فقد نصت المادة 16 منها على أنه: "يجوز وقف العقار والمنقول وسائر الحقوق الأخرى"، كما نص المشرع القطري في القانون رقم 8 لسنة 1996 بشأن الأوقاف المعدل والمتمم، في المادة 4 على أنه: "يجوز وقف أي مال، عقارا كان أو منقولا، بما في ذلك الأسهم والسندات وجميع الأوراق المالية التي تقبل بطبيعتها الوقف...".

فقوانين الأوقاف الوضعية المقارنة تقبل أن تكون كل الأموال، سواء كانت عقارية أو منقولة، أو منفعة محلا للوقف، وبذلك تكون هذه القوانين قد أخذت في مجموعها بما ذهب إليه الفقه المالكي، فالعقار بطبيعته، حسب المادة 683 من القانون المدني الجزائري، هو كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف، ومن أمثله الأراضي مزروعة كانت أو غير مزروعة، والبساتين والدور والبنائات كالفنادق والدكاكين والحمامات ونحو ذلك، فكل هذه العقارات تصلح لأن تكون محلا للوقف ويضاف إليها العقارات بالتخصيص، وهي حسب الفقرة الثانية من المادة 683 ق م ج، المنقولات التي يضعها مالك العقار رسدا لخدمته واستغلاله - أي العقار - وبناء على ذلك إذا تم وقف أرض زراعية وكان مالك الأرض قد وضع فيها جرارات أو آلات معدة من أجل زراعتها فإن هذه الآلات هي الأخرى تدخل في مفهوم هذا العقار، وبذلك تكون جزءا من أموال الوقف .

¹ رد المحتار، ابن عابدين، مرجع سابق، ج6، ص555.

² كشاف القناع للبهوتي، مرجع سابق، ج4، ص298.

³ الفتاوى الكبرى، أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ب س ن، ج5، ص 426 .

⁴ المدونة الكبرى ، للإمام مالك، مرجع سابق، ج4، ص423.

أما المنقول فهو كل شيء ماعدا العقار، أي كل شيء يمكن نقله من حيز إلى آخر دون تلف أو تغيير في هيئته، حسب نفس المادة 683 من القانون المدني الجزائري، وبذلك يكون يشمل ما يعرف في الفقه الإسلامي بالعروض والحيوانات والنقود والطعام من ثمار وفواكه وغيرها.

أما وقف المنافع، فيقصد به وقف منفعة شيء معين وليس وقف رقبة الشيء ذاتها، وقد تأثرت القوانين الوضعية في ذلك بما أقره المالكية، فمن المنافع التي نص المالكية على صحة وقفها منافع الإجارة، فيجوز للمستأجر أن يقف المنافع المستأجرة مدة الإجارة، على مسجد أو جهة بر مثل دور الأيتام أو دور العجزة أو غيرها من جهات البر، أو كأن يكون الشخص مستأجرا لأرض منتجة ويجعل محاصيلها وقفا على مسجد أو جهة بر معينة .

ثانيا: يُشترط أن يكون محل الوقف معلوما معينا

يشترط الفقه الإسلامي في العقود عموما أن يكون محلها معلوما معينا، أي محدد الأوصاف بما ينفي عنه صفة الجهالة وعدم المعلوماتية بما يؤدي إلى النزاع والخلاف فيه، وينطبق هذا الشرط على الوقف، فلا يصح هذا الخير إذا كان الموقوف مجهولا، وفي التعبير عن هذا الشرط يقول ابن النجيم: "... الشرط السادس عدم الجهالة، فلو وقف من أرضه شيئا ولم يسمه كان باطلا"، لذلك وجب ذكر أوصاف محل الوقف ومعالمه وتحديدها تحديدا دقيقا¹.

ولقد نص المشرع الجزائري صراحة على هذا الشرط في نص المادة 11 / 2 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، حيث انطوت على أنه: "... ويجب أن يكون محل الوقف معلوما محددًا ومشروعًا"، فيقصد بالعلم بيان كل الصفات والتعيينات التي تجعل محل الوقف معينا تعينا تاما يمنع الجهالة فيه، ولقد أكد المشرع الجزائري هذا الشرط أيضا في نص المادة 216 من قانون الأسرة، التي نصت على أنه: "يجب أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف، معينا خاليا من النزاع ولو كان مشاعا". وعلى ذلك فلو قال فلان: وقفت جزءا من أرضي الفولانية ولم يعينه كان وقفه باطلا لعدم تعيينه للجزء الذي وقفه، ولكن إذا قال: وقفت أرضي الفولانية وحددها وكانت معروفة صح وقفه، وذلك تطبيقا للقواعد العامة التي تقضي بها المادة 94 ق م ج، إذ يجب أن يكون محل الالتزام معينا بذاته أو بنوعه ومقدار وإلا كان العقد باطلا .

وفي واقع الأمر فإنه إذا كان محل الوقف يتمثل في عقار، فإن النزاع بشأن العلم به يكون أمرا نادر الحدوث، ذلك لأن المشرع الجزائري يشترط في التصرفات الواردة على العقار أن تكون مشهورة في المحافظة العقارية، وهذا الأخير لن يتم إلا إذا كان العقار محل الوقف محددًا بدقة، فيجب ذكر حدوده ومساحته وكل ما يجعله معلوما علما نافيا للجهالة .

¹ البحر الرائق، لابن النجيم، مرجع سابق، ج5، ص 315 .

أما في مجال القانون المقارن، فقد جاءت قوانين الأوقاف في الدول العربية، متضمنة لشرط معلومية محل الوقف، فقد نصت المادة 8 من قانون الأوقاف في سلطنة عُمان، الصادر بمقتضى المرسوم السلطاني رقم 2000/65¹ على أنه: "يشترط في الشيء المراد وقفه أن يكون مالا متقوما قابلا للانتفاع به، مملوكا للواقف ملكا تاما له علما نافيا للجهالة عند إنشاء الوقف.."، وفي ذات الصدد نصت المادة 18 من قانون الأوقاف الشرعية اليمني - آنف الذكر - على أنه "يشترط في الموقوف (العين الموقوفة) مايلي: 1 - أن يكون مالا معيننا منقولاً أو غير منقول"، فهذه النصوص تفيد بضرورة أن يكون محل الوقف، معلوما ومعينا، فلا يصح وقف الشيء المجهول غير المعين.

ثالثا: أن يكون محل الوقف مشروعاً

يشترط الفقه الإسلامي في المال محل الوقف أن يكون متقوماً، والمال المتقوم هو المال الذي تُبَّيح الشريعة الإسلامية التعامل فيه، فثمة أموال في الشريعة لا يجوز التعامل فيها، يعبر عنها بالأموال غير المتقومة، فلا يصح أن يكون محل للوقف الخمر مثلا لأن الشريعة الإسلامية لا تُبَّيح التعامل فيه². ولقد نص المشرع الجزائري صراحة على هذا الشرط في المادة 2/11 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، حيث جاء فيها: "ويجب أن يكون محل الوقف معلوما محددًا ومشروعاً" كما نصت المشرع في إمارة الشارقة في القانون رقم 4 لسنة 2011 في شأن الوقف، في المادة 2/8 منه على أنه: "يصح الوقف بكل متمول ينتفع به انتفاعاً شرعياً...".

فيستشف من هذين النصين للمشرع الجزائري، والإماراتي أن ليس كل مال يصح أن يكون محلاً للوقف، بل يجب أن يكون مشروعاً، وينظر إلى المشروعية في هذا المقام من منظور الشريعة الإسلامية، لأن قوانين الأوقاف الوضعية تجعل من الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي لها في مادة الأوقاف، وبناء على ذلك لا يجوز مثلا لشخص حصل على أموال عن طريق الربا أن يجعلها محلاً لوقف على جهة معينة كالمستشفيات أو دور الأيتام أو غيرها، ذلك لأن الوقف تبرع القصد منه التقرب إلى الله عز وجل ولا يعقل أن يتقرب شخص إلى الله سبحانه وتعالى بأشياء قد حرمها.

الفرع الثالث: صيغة الوقف وشروطها

الوقف تصرف قانوني مصدره الإرادة المنفردة، والصيغة فيه هي التعبير الدال على إنشائه، والمتمثلة في الإيجاب الصادر عن الواقف، وتعبير الواقف عن إرادته في إنشاء الوقف، يصح أن يكون باللفظ كما يصح أن يكون بالكتابة أو بالإشارة، وهذا ما نصت عليه المادة 12 من قانون الأوقاف الجزائري رقم 10/91 المعدل والمتمم، التي جاء فيها: "تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة

¹ الجريدة الرسمية العمانية رقم 676 الصادرة في 2000/8/1 م.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 160 .

حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة الثانية أعلاه¹، وذلك تماشياً مع ما أورده المشرع الجزائري في القانون المدني من قواعد عامة في التعبير عن الإرادة في نص المادة 60 التي جاء فيها: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه".

وهذا يعني أن صيغة الوقف تكون صريحة وهي القاعدة العامة، عن طريق اللفظ أو الكتابة أو الإشارة، وقد تكون هذه الصيغة ضمنية تستخلص من ظروف الحال وذلك بأن يتخذ الواقف، موقفاً يدل دلالة لا لبس فيها أن مراده من ذلك هو التحبب، ويذهب فقهاء المالكية، إلى أنه لا يعتبر من الألفاظ الصريحة في صيغة الوقف سواء حبست ووقفت، أما ما عداها، كلفظ الصدقة، فلا ينعقد به الوقف إلا إذا اقترن به قيد، كقول المتصدق: لا تباع ولا توهب.²

أما التعبير عن الإرادة في إنشاء الوقف بالإشارة، فيقصد به التلويح بشيء يفهم منه ما يفهم من النطق، كهز الرأس عمودياً الذي يفهم منه التعبير عن الموافقة، أو أفقياً للتعبير عن الرفض، ويشترط فيها أن يفهم المقصود منها أي صريحة في إيصال المراد منها، وأن تكون صادرة من غير القادر على الكلام كالأخرس والمريض، لذلك نجد أن المشرع في إمارة الشارقة كان دقيقاً عندما نص في المادة 5 من قانون الأوقاف - آنف الذكر - على أن الوقف ينشأ بتعبير الواقف وذلك عن طريق اللفظ أو الكتابة، ولم يجعل الإشارة المفهومة وسيلة للتعبير عن إرادة الواقف إلا إذا كان عاجزاً عن اللفظ أو الكتابة، في حين نجد أن المشرع الجزائري سوى بين اللفظ والكتابة والإشارة في إنشاء الوقف من الواقف، فكان عليه أن يتحرى الدقة، وأن لا يجعل الإشارة تصل إلى درجة اللفظ أو الكتابة في إنشاء الوقف من الواقف إلا في الحالة التي يكون فيها هذا الأخير عاجزاً عن اللفظ أو الكتابة، رغم أنه نص في ذيل المادة 12 آنفة الذكر على ضرورة مراعاة أحكام المادة الثانية من قانون الأوقاف التي تجعل من الشريعة الإسلامية المصدر الأول الذي استمد منه المشرع أحكام قانون الأوقاف.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن الفقهاء لا يُقرون بالإشارة كوسيلة للتعبير عن إرادة الواقف في إنشاء الوقف إلا إذا كان عاجزاً عن اللفظ كالأخرس، أو عاجزاً عنهما معنا كالمرضى، فقد جاء في نوال الونشريشي أنه: "سئل ابن لبابة عن المرأة المريضة التي اشتد مرضها، فقيل لها تجعل شجرك لهذا المسجد بحضرة وريثها، فأشارت برأسها أي نعم، فأجاب: إذا فهم الشهود أنها قد فهمت عنهم

¹ ولقد جاءت نصوص مماثلة في قوانين الأوقاف المقارنة، فقد نصت المادة 17 من مدونة الأوقاف المغربية على أنه: "ينعقد الوقف بالإيجاب، 2 - يكون الإيجاب أما صريحاً أو ضمناً شريطة أن يفيد معنى الوقف بما اقترن به من شروط، 3 - ويتم الإيجاب إما بالقول أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومة أو بالفعل الدال على الوقف"، وفي ذات الصدد نصت المادة 5 من قانون الأوقاف في إمارة الشارقة أنف الذكر على أنه: "ينشأ الوقف بتعبير الواقف باللفظ أو بالكتابة، فإن كان الواقف عاجزاً عنهما فبالإشارة المفهومة، ويصح بالفعل مع القرينة الدالة على قصد الواقف...".

² شرح حدود ابن عرفة، أبو عبد الله الرصاع التونسي، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1999م، ج2، ص539.

وفهموا عنها أن إشارتها تجويز لها وصح عندهم فهو جائز، وإن أشكل عليهم لم يجز¹، ومن ذلك يتبين أن الإشارة لا تصح إلا من العاجز عن اللفظ أو الكتابة، وأن تكون مفهومة لا لبس فيها.

وقد يكون التعبير عن إرادة الواقف في إنشاء الوقف "بالفعل الدال عليه"، وهو الفعل أو السلوك غير القولي، أو الكتابي، يكون حسب المالكية في وقف المسجد، قال الدسوقي: "أو ما يقوم مقامهما - أي وقفت وحبست - كالتخلية بين المسجد وبين الناس ... فإذا بنى مسجدا وأذن فيه للناس فذلك كالتصريح بأنه وقف، وإن لم يخص زمانا ولا قوما، ولا قيد الصلاة بكونها فرضا أو نفلا، فلا يحتاج لشيء من ذلك ويحكم بوقفه"²، وهذا ما قصده المشرع المغربي بقوله في المادة 3 / 17 من مدونة الأوقاف الصادرة سنة 2010 - آنفة الذكر - بقولها: "... أو بالفعل الدال على الوقف"، وهو ما ذهب إليه أيضا المشرع في إمارة الشارقة في المادة 5 من قانون الأوقاف رقم 4 لسنة 2011 سالف الذكر - بنصها على أنه: "ينشأ الوقف بتعبير الواقف باللفظ أو بالكتابة، فإن كان الواقف عاجزا عنهما فبالإشارة المفهومة، ويصح بالفعل مع القرينة الدالة على قصد الواقف...".

وفي بيان القبول ومدى تأثيره في إنشاء الوقف، فقد ذهب جمهور الفقه الإسلامي، إلى أن الوقف إذا كان على جهة غير محصورة كالمساكين والفقراء، أو طلبه العلم، أو على جهة لا يتصور منها القبول كالجسور والمستشفيات، فإن الوقف ينعقد اكتفاء بالعبارات الدالة على الالتزام من جانب الواقف، ولا حاجة لتمامه إلى قبول يصدر من جانب الموقوف عليه، أما إذا كان الوقف على جهة يتصور منها القبول كالوقف على فلان مثلا، فإن القبول ليس شرطا لتمام الوقف، ولكنه يشترط لتملك الغلة عند حصولها.³

وذلك لأن الوقف تصرف باردة منفردة هي إرادة الواقف، فمن المنطقي ألا يعتبر القبول إلا من أجل استحقاق الوقف، لأن الحق وإن كان لازما لمن التزم به، فإنه لا يمكن فرضه على المتنازل له عنه، وهذا ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 18 من مدونة الأوقاف، التي انطوت على أنه: "لا يكون القبول شرطا لاستحقاق الوقف إلا إذا كان الموقوف عليه شخصا معينا"، ولقد كان قانون الأوقاف الجزائري رقم 10/91 يتضمن نصا مماثلا وهو نص المادة 2/13، حيث نصت على أنه: "فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية"، غير أن المشرع الجزائري عمد إلى تعديل المادة 13 بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 10 / 02 السالف الذكر، المعدل والمتمم لقانون الأوقاف 10 / 91، حيث نصت على

¹ المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقيا والأندلس والمغرب، أحمد بن يحيى الوتريسي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ب س ن، ج7، ص 104 .

² حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج4، ص 131.

³ مغني المحتاج للشربيني، مرجع سابق، ج2، ص383، و رد المحتاج، ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص342، والشرح الكبير، للدردير، مرجع سابق، ج4، ص88.

أنه:" تعدل المادة 13 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال علم 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991، المعدل والمتمم، والمذكور أعلاه وتحرر كما يأتي:" الموقوف عليه، في مفهوم هذا القانون، هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية"، وطبعا يفهم هذه المادة في إطار تعديل المادة الأولى من قانون الأوقاف 10 /91 التي أخضعت الوقف الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، كما سنبين لاحقا عند تناولنا لأقسام الوقف في القانون الجزائري.

وأيا يكن الأمر في القانون الجزائري فإن المادة الثانية من قانون 10 /91 المعدل والمتمم، التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد النص عليه في هذا القانون لا تزال قائمة، وبناء على ذلك إذا كان الوقف على غير معين كالوقف، على فقراء مدينة معينة، أو الوقف على غير إنسان، فإن القبول لا يشترط لاستحقاق الوقف، أما إذا كان الوقف على شخص معين سواء كان طبيعيا أو معنويا، فإن قبول الوقف منه يعد شرطا لاستحقاقه إياه .

الفرع الرابع : الموقوف عليه وشروطه

يُعرّف الفقه الإسلامي الموقوف عليه بأنه:" كل ما جاز صرف منفعة الحبس له أو فيه"¹، أي هو المستفيد من منافع وريع الوقف، سواء كان إنسانا عاقلا أو مجنونا، راشدا كان أو سفيها، صغير كان أو بالغا، قريبا كان أم بعيدا، كما يجوز الوقف على الحيوانات والطيور، كما يصح الوقف على الأشخاص الحكيمة (المعنوية) مثل الجمعيات، والأشخاص غير المعنوية مثل القناطر (الجسور) والطرق وغيرها.

أما المشرع الجزائري، فقد حصر الموقوف عليه في لأشخاص المعنوية فقط، وهذا ما انطوت عليه المادة 13 من قانون الأوقاف 10 /91 المعدلة بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 10/02 التي نصت على أنه:" الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي، لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية"، وهذا بعدما كانت المادة 13 قبل تعديلها تنص على أن "الموقوف عليه وهو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ويكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنويا، فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية"، فالمشرع الجزائري حذف من هذه المادة - على غرار كل مواد قانون الأوقاف 10/91 - ما يتعلق بالوقف الخاص، لكن تعبيره بالشخص المعنوي، يخرج من الموقوف عليهم بعض الجهات والمصارف التي يقوم عليها الوقف الخيري وليست أشخاصا معنوية إلا إذا انضمت تحت اسم جمعية معينة، مثل الوقف على الفقراء والمساكين، لذلك يكون المشرع الجزائري في نص المادة 13 آنفة الذكر، قد ضيق من نطاق الموقوف عليهم، وهذا الأمر تقاداه المشرع في إمارة الشارقة، حيث نص قانون رقم 4 لسنة 2011 في شأن الوقف - آنف الذكر - في مادته الأولى، على أنه:" في تطبيق أحكام هذا

¹شرح حدود ابن عرفة، للرصاع، مرجع سابق، ج2، ص584.

القانون يقصد بالكلمات والعبارات التالية المعاني المبينة قرين كل منها ما لم يقتض سياق النص غير ذلك: ...الموقوف عليه: المستحق لصرف المنافع عليه سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا أو من غيرهم"، فهذا يتطابق إلى حد كبير مع نص المادة 13 من قانون الأوقاف الجزائري قبل تعديلها بموجب القانون رقم 02/10 آنف الذكر، علما أن المذكرة الإيضاحية لقانون الأوقاف في إمارة الشارقة بيّنت أن قانون الأوقاف الجزائري هو أحد القوانين التي اهتمت بها المشرع في وضع القانون رقم 4 لسنة 2011، كما نجد أن المشرع المغربي في مدونة الأوقاف قد عرّف الموقوف عليه من خلال نص المادة 11 من مدونة الأوقاف الصادرة سنة 2010 ، آنفة الذكر، بقولها "يصح الوقف على كل ما يجوز صرف منفعة المال الموقوف لفائدته"، وهو تعريف للموقوف عليه يتطابق مع ما عرّفه به الفقه الإسلامي.

والجدير بالملاحظة أن المشرع الجزائري في قانون الأوقاف 91/10 المعدل والمتمم، لم ينص على أي شروط تتعلق بالموقوف عليه غير أنه شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، لذلك يتعين علينا إعمال نص المادة 2 من قانون الأوقاف، والمادة 222 من قانون الأسرة اللتان تُفيدان الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فما لم يرد فيه نص.

ويشترط الفقه الإسلامي جملة من الشروط يجب توافرها في الجهة الموقوف عليها، حتى تستحق

ريع الوقف، تتمثل فيما يلي:

أولا: أن يكون الموقوف عليه جهة بر وخير: فإذا كانت هذه الجهة قريبة في اعتقاد المسلمين وغيرهم كبناء المدارس والمستشفيات والطرق ...، فإن الوقف يصح باتفاق الفقهاء سواء كان الواقف مسلما أم غير ذلك، أما إذا كانت الجهة الموقوف عليها تعد قريبة في نظر المسلمين فقط، مثل بناء المساجد، فيصح الوقف عليها من المسلم، أما من غيره فالأمر فيه خلاف بين الفقهاء¹ لا يتسع المقام للتفصيل فيه في هذا الفصل التمهيدي، وإن كانت الجهة الموقوف عليها ليست قريبة في نظر المسلمين وغيرهم، فلا يصح الوقف عليها مطلقا، مثل الوقف على أندية القمار ودور اللهو.

ولقد نصت القوانين الوضعية المقارنة على ضرورة أن تكون الجهة الموقوف عليها جهة بر وخير في نظر الشريعة الإسلامية، فقد انطوت المادة 24 من قانون الأوقاف الشرعية اليمني آنف الذكر - على أنه: "يشترط في الموقوف عليه (المصرف) ما يلي: ... 2 - أن يكون في قرينة محققة شرعا"، كما نصت المادة 11 من قانون الأوقاف في إمارة الشارقة على أنه: "يشترط في صحة الوقف: ألا يكون الموقوف عليه جهة يحرم الوقف عليها شرعا"، وبناء على ذلك لا يجوز الوقف لا كل مصرف ينظر إليه شرعا أنه غير مباح أي تحرمه الشرعية الإسلامية، فلا يجوز الوقف مثلا على البنوك التي تتعامل بالربا باعتبار أن الشريعة الإسلامية تحرم التعامل به.

¹ محمد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ج1، ص 391 .

ثانياً: أن تكون الجهة الموقوف عليها غير منقطعة: أما إذا انقطعت الجهة الموقوف عليها بأن انتهت، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على اتجاهين تبعاً لاختلافهم في اشتراط التأييد في الوقف أو عدمه فقد ذهب الشافعية، والحنفية، والحنابلة، إلى أن الوقف على جهة يتصور انقطاعها باطل، وذلك لاشتراطهم التأييد في الوقف، في حين ذهب المالكية إلى أن الوقف على جهة يتصور انقطاعها جائز، وذلك بناء على أنهم يرون أن الوقف يصح أن يكون مؤقتاً ومؤبداً¹، وقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب الجمهور، من ضرورة أن يكون الوقف مؤبداً وذلك في نص المادة 28 من قانون الأوقاف، حيث انطوت على أنه: " يبطل الوقف إذا كان محددًا بزمن"، فلم يأخذ بمذهب المالكية الذي يجيز الوقف المؤقت، باعتبار أن الوقف صدقة جارية ولكي يكون كذلك فلا بد من تأييده .

والخلاصة التي ننتهي إليها من دراسة هذا المبحث الأول مفادها: أن المقصود من الوقف هو انتفاع الواقف والموقوف عليه، انتفاع الواقف بما يحصل عليه من الأجر والثواب من الله . تعالى . في الدنيا والآخرة، وانتفاع الموقوف عليه بما يحصل عليه من المال أو المنفعة، ولا يتحقق ذلك إلا ببقاء العين الموقوفة على حالٍ ينتفع بها، وأن الوقف نشأ كحقيقة شرعية، تضافرت الأدلة على مشروعيته، ولما كانت الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع في أغلب الدول العربية . على اختلاف الدرجة - فقد عملت هذه التشريعات على تبني هذا النظام وذلك لما يحققه من نفع للمجتمع.

ولئن كان الفقهاء قد اختلفوا في تعريف للوقف، فقد اتفقوا في مدلوله، فهو مستوحى من قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب رضي الله عنه: " إن شئت حبست أصلها وتصدقتم بها " ، فهو إذن حبس لأصل المال الموقوف والتبرع بمنفعته، على وجه من أوجه البر والخير والإحسان .

كما نخلص إلى اختلاف الفقه الإسلامي أيضاً بخصوص الأركان التي يجب توافرها في الوقف، حيث قصرها الحنفية في صيغة الوقف فقط وما عداها اعتبروه شروطاً للوقف تتضمنه هذه الصيغة، وقد أخذ بهذا المذهب القانونيين المصري والأردني، فيما يذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه يجب أن يتوافر في الوقف أربعة أركان هي الواقف، والموقوف عليه، ومحل الوقف وصيغة الوقف، وقد ذهب إلى الأخذ بهذا الرأي غالبية القوانين العربية في مادة الوقف ومن بينهم المشرع الجزائري.

¹ نفس المرجع السابق، ج1، ص413 - 430 .

المبحث الثاني: أقسام الوقف وإطاره التشريعي

الوقف في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية لا يعد نوعاً أو قسماً واحداً، حيث إنه بالنظر إلى الجهة التي تقول إليها منفعة وريع المال محل الوقف، نجد أن الفقه الإسلامي قد قسمه إلى وقف خيري (عام) و آخر أهلي (خاص) وقسم ثالث مشترك بينهما، إلا أن القوانين الوضعية المقارنة قد تباينت في الأخذ بهذه الأقسام التي تبناها الفقه الإسلامي للوقف، حيث عمل بعض المشرعين على تبني تقسيمات الفقه الإسلامي للوقف، فيما عمدت بعض التشريعات إلى إلغاء الوقف الخاص والوقف المشترك من أنظمتها القانونية واقتصرت على تنظيم أحكام الوقف العام فقط.

ومع دخول المجتمع الجزائري في الإسلام نشأت الأوقاف في هذا المجتمع، وكانت بدايته في إنشاء المساجد والجوامع، وما لحق بها من مرافق تابعة لها من آبار المياه ومزارع وبيوت وكتاتيب لتعليم القرآن الكريم، ثم تطور الوقف ليمس جميع نواحي الحياة الدينية والاجتماعية والعلمية... الخ، وقد اعتمد الوقف في تلك الفترة التاريخية في نشأته وتطوره على الأحكام والقواعد المقررة في الشريعة الإسلامية، وقد أسهمت المدارس الفقهية الإسلامية في تنظيم الوقف وتكوين مؤسساته، وقد تابع الفقهاء النشاط الوقفي من خلال الأعراف المحلية التي ظهرت من خلال التطور الاجتماعي والاقتصادي والسياسي لسكان الجزائر، وبذلك استقرت أحكام وضوابط لإنشاء الأوقاف والمحافظة عليها وحمايتها من الضياع حتى تؤدي رسالتها باستمرار، وبعد دخول المستعمر الفرنسي للجزائر 1830 م وجد الأوقاف تتمتع بميزانية كبيرة، وتنظيماً محكماً، خاصة الأوقاف العامة، فعمل كعادة المستدمرين على ضم هذه الأوقاف لإدارة الدومين العام لكي تكون تحت سيطرة موظفي الإدارة الفرنسية من أجل صرف الشعب الجزائري المسلم عن واحد من أهم موروثاته الحضارية ذات الصبغة الإسلامية المحضة وذلك من خلال إصداره للعديد من القوانين التي من شأنها هدم نظام الأوقاف.

غير أنه بعد استقلال الجزائر عمل المشرع الجزائري في الدولة الفتية على رد الاعتبار للمنظومة الوقفية بداية من تقريره إلغاء كل القوانين الفرنسية التي من شأنها أن تتعارض مع الثوابت الوطنية، ثم مع مرور الزمن توالى من قبل المشرع إصدار التشريعات المتعلقة بهذه المنظومة المستمدة من الشريعة الإسلامية.

وبناء على ما تقدم سنتناول هذا المبحث في مطلبين نخصص الأول لدراسة أقسام الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ونخصص الثاني لخصر النصوص القانونية المنظمة للأوقاف في النظام القانوني الجزائري بعد الاستقلال.

المطلب الأول: أقسام الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

جاءت الشريعة الإسلامية السحاء تنادي بالدعوة إلى فعل الخير، وتأمّر الناس جميعا بالتقرب إلى الله سبحانه وتعالى، فقد خاطبهم تعالى بما يحبب إليهم البر والخير، عن طريق النفع الذاتي للنفوس الخيرة، وفي بيان ذلك قال تباركت أسماؤه: " وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَلِأَنْفُسِكُمْ"¹، فقد أرشدنا الإسلام إلى أن كل خير يفعله الإنسان إنما هو في حقيقة الأمر لنفسه وشخصه كما دلت على ذلك الآية الكريمة، لذلك فقد اتجه المسلمون منذ زمن الرسول صلى الله عليه وسلم وإلى يومنا هذا إلى فعل الخيرات، وإقامة الطاعات، وكان الوقف من أهم سبل الخير وأكثرها نفعاً للمسلمين، فالوقف هو حجر الأساس الذي قامت عليه كل المؤسسات الخيرية في تاريخ الأمة الإسلامية، حيث أسهم في نهضة المجتمعات الإسلامية، والمنتبغ لكتب الفقه الإسلامي المعاصرة يجدهم يطلقون على هذا النوع من الوقف (الوقف الخيري)، كما يتحدثون أيضاً عن نوع ثان من الوقف يطلقون عليه الوقف الذري أو الأهلي (الخاص). ووقف ثالث يسمونه الوقف المشترك.

أما التشريعات الوضعية المقارنة في مادة الوقف فنجدها تختلف في تقسيماتها للوقف من حيث النظر إلى الجهة المستفيدة من ريع الوقف، فذهبت بعض التشريعات إلى الأخذ بالتقسيمات التي اعتمدها الفقه الإسلامي، في حين ذهبت تشريعات أخرى إلى تنظيم أحكام الوقف العام وألغت الوقف الخاص والمشارك من أنظمتها القانونية .

وبناء على ذلك سنبحت في فرع أول أقسام الوقف في الفقه الإسلامي، ونبين في فرع ثاني أقسامه في القانون الوضعي .

الفرع الأول : أقسام الوقف في الفقه الإسلامي

الفقه الإسلامي يقسم الوقف بالنظر إلى الجهة الموقوف عليها إلى وقف خيري (عام) ووقف ذري أو أهلي (خاص)، ووقف مشترك، غير أنه ما تجدر ملاحظته في هذا الصدد أن هذا التقسيم هو تقسيم حديث قصد به التنظيم والتمييز، ولم يكن موجوداً لدى فقهاء المسلمين القدامى في كتبهم واصطلاحاتهم الفقهية، في العصور الأولى للإسلام، وإنما كانت الأوقاف تعرف بالصدقات الطوعية، ولذلك كان يقال هذه صدقة فلان حتى إن الحديث الذي ورد في مشروعية الوقف كان يشير إلى أنه صدقة من الصدقات، فقد جاء فيه أن عمر قد تصدق على كذا وكذا وغير ذلك من روايات الصدقة التي أخرجها أصحاب السنن، مما يثبت أن العصور الأولى لم تشهد هذا التفريق بين وقف ووقف آخر، وإنما كان الغرض من هذه التصرفات إصابة أوجه الخير والبر، اعتبارها نوعاً من أنواع الصدقات التي نذب إليها الإسلام .

أولاً: الوقف الخيري: وهو ما تم وقفه ابتداءً على جهة من جهات البر والخير التي لا تنتقطع، فهو يقوم على حبس عين معينة على أن لا تكون ملكاً لأحد من الناس، ويجعلها ورعياً لجهة من جهات البر لتعم

¹ سورة البقرة ، الآية 272 .

جميع المسلمين، فيدخل في هذا الوقف الفقراء و المساكين واليتامى وبناء المساجد و المدارس والمشافي، وكل ما يحقق الخير لعامة المسلمين.¹

ونجد أن الغالبية الكبرى من الأوقاف الإسلامية إنما هي أوقاف خيرية، فهو يكون من الواقف لجهة معينة لا تمت له بصلة أو قرابة، ومن ثم فالوقف الخيري هو انعكاس حقيقي لأخلاق المسلمين والمجتمع كله، فكان إنشاء مثل هذه الأوقاف الخيرية يعبر عن تضامن المسلمين مع بعضهم البعض، وفي حقيقة الأمر فإن الوقف الخيري ارتبط ارتباطاً وثيقاً بما أقرته الشريعة الإسلامية، فالواقف من خلاله يبحث عن المصلحة أينما كانت، وأول ما يهتم به هو حفظ الضروريات التي لا يمكن للإنسان أن يعيش من دونها، وأولى هذه الضروريات وأهمها حفظ الدين، وعلى ذلك فقد انتشر كثيراً في العالم الإسلامي وقف المساجد، فتتافس الناس على بنائها في كل مدينة وقرية في أنحاء العالم الإسلامي، ووقفوا عليها أموالاً كثيرة لعمارتها ورعايتها والاهتمام بها، ومن الأوقاف الخيرية وقف المدارس، ففيها كانت تدرس علوم القرآن وسائر علوم الشريعة، كما كانت تهتم بتدريس بقية علوم الحياة من طب ورياضيات وعلوم الفلك والجغرافيا وغيرها من العلوم النافعة في الحياة .

وينقسم الوقف الخيري بدوره إلى قسمين، الأول هو وقف خيري ديني محض، والثاني وقف خيري ديني دنيوي.²

فالوقف الخيري الديني المحض هو الوقف الذي يتمثل في حبس المساجد، فهو خالص لله تعالى، وذلك لأن المسجد مخصص للصلاة لعموم المسلمين على السواء، فقد اتفقت المذاهب الفقهية الأربعة على أنه لا يجوز أن يكون المسجد جزءاً شائعاً، وذلك لتعذر إقامة الصلاة في جميع أجزائه، ومن ناحية ثانية فإن لزوم وقف المسجد لا يتوقف على أن يسلمه الواقف للناظر أو المتولي فمن بنى مسجداً، وأفرزه عن ملكه، وأذن للناس بالصلاة فيه فصلى فيه المسلمون، ولو كان المصلي فرداً واحداً، زال ملك الواقف، وهذا عند أبي حنيفة، وقيل لا يكفي صلاة الواحد في المسجد حتى تزول الملكية، بل لابد من صلاة الجماعة فيه وذلك لأن صلاة الجماعة هي المقصود بالمسجد وليس صلاة الفرد، فصلاة الفرد تتحقق في غير المسجد.³

ويرى الباحث أن صلاة الواحد في المسجد تكفي لزوال ملك الواقف، ولا يشترط أن صلاة الجماعة فيه، والقول بأن صلاة الفرد تتحقق في غير المسجد غير المبرر عليه بأن صلاة الجماعة هي الأخرى تقع وتتحقق في غير المسجد، فيمكن ويجوز إقامة صلاة الفرد في أي مكان والحكم ذاته يصح على

¹ محمد بن أحمد بن صالح الصالح، الوقف في الشريعة الإسلامية وأثره في تنمية المجتمع، مكتبة الملك فهد الوطنية، المملكة العربية السعودية، سنة 2001م، ص 53 .

² عكرمة سعيد صبري، الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2011م، ص 94 .

³ المبسوط للسرْحسي، مرجع سابق، ج 2، ص 28 .

صلاة الجماعة، فإذا صلى جماعة في بيت غير المسجد صحت صلاتهم، ولذلك فالأولى أن نأخذ بالأقل، أي صلاة الفرد في مسجد تزيل ملك الواقف عنه .

أما الوقف الخيري الديني الدنيوي فيشمل كل الأوقاف الخيرية ماعدا وقف المساجد، كوقف المدارس للعلم، ودور الأيتام للتربية والتعليم، ووقف المقابر لدفن موتى المسلمين، والمشافي للعلاج وغيرها من أوجه البر العامة.¹

فالوقف الخيري ليس مقصورا على أماكن العباد ووسائلها بل يشمل مقاصد الخير جميعها في المجتمع، وبذلك يتوسع نطاق المال الموقوف بتوسع الأغراض والحاجات في المجتمع، سواء أكانت تعليمية، فهناك الكثير من المدارس الموقوفة لتعليم العلوم الشرعية وبقية العلوم الدنيوية النافعة، أو كانت هذه الحاجات في المجتمع، تضامنية بمساعدة الفقراء و المساكين وتقديم العون لهم، أو صحية بإقامة المستشفيات التي من خلالها يعالج المرضى، وخاصة الفقراء منهم الذين ليس باستطاعتهم تحمل نفقات وتكاليف العلاج، فيكون الوقف سببا في راحتهم وسعادتهم، أو تلبية حاجات عسكرية، حيث تقوم بعض الوقفيات الخيرية بخدمات المجالات العسكرية، إذ يخصص ريعها وغلتها من أجل شراء الأسلحة والعتاد لتقوية الجيش.

ثانيا: الوقف الأهلي (الذري) : وهو الوقف الذي يجعل أول مرة على معين سواء أكان وأحد أم أكثر، وسواء أكانوا معينين بالذات كزيد وعمر أم على أولاد فلان أم معينين بالوصف كأولاده وأحفاده، وعلى ذلك يطلق عليه بعض الباحثين اسم الوقف الذري نسبة إلى الذرية، ولو جعله بعد ذلك على جهة من جهات الخير العام.²

أو هو ما وقفه الواقف على نفسه أو ذريته، أو عليهما معا، أو على شخص معين أو ذريته أو عليهما معا، أو على الواقف وذريته مع شخص معين وذريته.³

إذن من التعريفين السابقين نجد أن الوقف الأهلي هو الذي يُوقف في بداية الأمر على نفس الواقف، أو على أي شخص آخر، أو مجموعة أشخاص، ولو جعله في نهاية المطاف لجهة خيرية، كأن يوقف الشخص على نفسه، ثم على أولاده، ثم من بعد ذلك على عمل خيري، وهذا الوقف الذري أو الأهلي مشروع سواء كان الوقف لذرية الواقف أو لذرية غيره، وحكمه حكم الوقف عامة، فهو مرغّب فيه ومستحب، لأنه يحقق مقاصد الوقف العام من حبس المال وتسبيلا لمنفعة بقصد الأجر والثواب ومراعاة المصالح، ولأنه يصبح وقفا خيريا من حيث المأل والنتيجة المستقبلية.

¹ محمد الكبيسي، مرجع سابق، ج1، ص 41 .

² محمد بن أحمد بن صالح الصالح، مرجع سابق، ص54 .

³ منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2015 م، ص 56 .

وقد ثبتت مشروعيتها بالحديث الصحيح، عن أنس رضي الله عنه، أنه قال: " لما نزل قوله تعالى [لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ]¹ جاء أبو طلحة رضي الله عنه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يارسول الله يقول الله تبارك وتعالى في كتابه [لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ] وإن أحب أموالي إليّ ببيرحاء - قال: وكانت حديقة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخلها ويستظل بها ويشرب من مائها - فهي إلى الله عز وجل و إلى رسوله صلى الله عليه وسلم: أرجو بره وذخره، فضعها حيث أراك الله، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: بخ يا أبا طلحة، ذلك مال رابح قبلناه منك ورددناه عليك فاجعله في الأقربين، فتصدق به أبو طلحة على ذوي رحمه ".
ويقصد بالذرية الموقوف عليها في الوقف الأهلي هي النسل، وتشمل الرجال والنساء،² فيدخل النساء في الوقف على الذرية ويستحقون حصة من غلته وريعه، لأن ذرية الشخص هم أولاده ذكورا كانوا أو إناثا وما تتاسل منهم، فإن وقف شخص عقارا على ذريته أو ذرية غيره، فغلته توزع على الموجود في كل عصر من أولاده وما تتاسل منهم، ولو جاءت صيغة الوقف، بالوقف على الأولاد، فهي كذلك تعني النسل كله، الذكور والإناث الموجودين حين الوقف، لأن الجميع ولده، فيستوي فيه الذكور والإناث لأن لفظ الولد يشملهم جميعا.

ويشمل الوقف على الذرية حتى الأجنة في بطون أمهاتهم عند الحنفية، فكل من ولد بعد خروج الغلة بأقل من ستة أشهر استحق حصته منها، لأنه تبين أنه كان موجودا عند خروجها، فإن حدث الحمل بعد خروجها، أو ولد بعد ستة أشهر فصاعدا فإنه لا يستحق وهذا عند الحنفية، أما عند الشافعية والحنابلة فلا يستحق الحمل شيئا من الغلة حتى يولد حيا، فإذا ولد حيا استحق ما يحصل من الغلة بعد الولادة، لأنه قبل الولادة لا يسمى ولدا.³

وتتجلى الحكمة من الوقف الأهلي في الانتفاع الدائم المستمر على طبقات الموقوف عليهم من الذرية والمحتاجين من الأحياء وجهات البر والخير، وذلك بحبس المال عن التملك، بخروجه من الذمة المالية للواقف، وعدم دخوله في الذمة المالية للموقوف عليه، فيتمتع الوقف بالشخصية الحكمية، فيمنع الواقف وذريته وورثته من التصرف في المال محل الوقف، من أجل المحافظة عليه، ومن ناحية ثانية فإن الوقف على ذريته هدفه ألا يذر هذه الذرية عالة على المجتمع يسألون الناس، ولا شك أن في ذلك تحقيقا لمقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية ألا وهو حفظ النسل، وذلك بالاستفادة من ريع الوقف وغلته جيلا بعد جيل دون خوف من تقلبات المعيشة، وما يطرأ على الناس من مصاعب، كما في الوقف الأهلي صرف للمنافع وذلك بالتوسع في الاستفادة من منافعه على أكبر قدر من الأولاد والأهل والذرية ليعم

¹ سورة آل عمران الآية 92 .

² المعجم الوسيط، مرجع سابق ، ج1، ص 310 .

³ فتح القدير على الهداية، كمال الدين بن الهمام، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط1 سنة 1995م، ج6، ص 225 .

النفع وتتوسع دائرته، كما أن الوقف الذري فيه قرينة إلى الله تعالى، لأنه يبدى بالذرية ثم ينتهي إلى جهة من جهات الخير والبر بحسب تحديد الواقف أو عند انقطاع الذرية، فيكون صدقة جارية في سبيل الله للفقراء والمساكين، وبذلك يستمر الثواب والأجر للواقف، ولا ينقطع بموته .

ولقد وضع الفقهاء للوقف الذري ضوابط، حفاظا على ميراث الذرية، ولذلك اعتبروا أن من وقف شيئا ليعثر ورثته كان وقفه باطلا، لأن ذلك مما لم يأذن به الله سبحانه وتعالى، فقد نهى الله عز وجل في كتابه الكريم عن الضرر، ونهى عنه صلى الله عليه وسلم بقوله: " لا ضرر ولا ضرار "، فالأوقاف التي يراد بها قطع ما أمر به الله سبحانه وتعالى أن يوصل، ومخالفة فرائض الله عز وجل باطلة من أصلها لا تتعد بأي حال من الأحوال، وذلك كمن يقف على الذكور دون الإناث، فإن هذا لم يُرد من وراء وقفه التقرب إلى الله عز وجل، بل أراد مخالفة أحكامه سبحانه، وجعل هذا الوقف ذريعة من أجل بقاء المال في ذريته من الذكور دون غيرهم، وعدم خروجه من أملاكهم¹.

فمثل هذه الأوقاف تدل بما يدع مجالا للشك أن قصد الواقف منها هو حرمان ورثته من حقهم في الميراث المشروع في التركة، ومن ثم فقد قال الفقهاء ببطلان شرط الواقف السابق، لأنه يفوت على الذرية استحقاقهم الشرعي، وهذا يعد إفسادا لمقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية المتمثل في حفظ المال، حيث أن الله جل في علاه تكفل في كتابه العزيز بتقسيم تركة الميت، بعدل وإنصاف، أما إذا طبق الشرط السابق للواقف، فإن ذلك سيوجب مفسدة محققة للورثة، ففعل أحدهم كان فقيرا فيكون منعه من حقه في التركة سببا في سوء وضعه وزيادة فقره وبؤسه.

ثالثا: الوقف المشترك: وهو الذي يحتوي على الوقف الخيري والأهلي معا فيكون بعضه خيريا وبعضه الآخر أهليا، كما لو أوقف شخصا عقارا على أولاده وذريتهم من بعدهم، وخصص جزءا من ذات العقار أوقفه لصالح مسجد معين.²

فالوقف المشترك يقصد من ورائه الواقف جعل ريع الوقف أو منفعته على ذريته أو عقبه، إضافة إلى صرف جزءا من الربيع والغلة إلى جهة من جهات البر، إذن فهو يجمع بين الوقف الخيري من ناحية والوقف الأهلي من ناحية ثانية، والذي يحدد كون الوقف أهليا أم خيريا هو الجهة الموقوف عليها أول مرة، فإن كان الوقف ابتداء على جهة من جهات البر سمي الوقف خيريا، وإن كان الوقف ابتداء على شخص أو أشخاص معينين ثم من بعدهم على جهة بر كان الوقف أهليا، فمدار التفرقة بينهما يرجع إلى الجهة الموقوف عليها عند الابتداء.

الفرع الثاني: أقسام الوقف في القانون الوضعي

¹ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 51 .

² محمد بن أحمد بن صالح الصالح، مرجع سابق، ص 53 .

أولاً: أقسام الوقف في القانون الجزائري

قسّم المشرع الجزائري الوقف إلى قسمين، أطلق على الأول اسم الوقف العام، وأطلق على الثاني الوقف الخاص، يتضح ذلك من خلال نص المادة 6 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، حيث انطوت على أن: "الوقف نوعان: عام وخاص :
- الوقف العام: ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات، وهو قسمان :

قسم يحدد فيه مصرف معين لريعه فلا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير إلا إذا استنفد، وقسم لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة ويصرف ريعه في نشر العلم و تشجيع البحث فيه وفي سبل الخيرات.

- الوقف الخاص: وهو ما يحبس الواقف، على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم " .
ومن خلال استقراء هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري في تمييزه بين الوقف العام والوقف الخاص يستند إلى الجهة الموقوف عليها عند نشوء الوقف، فالوقف العام موجه عند إنشائه إلى عموم المسلمين حتى ولو تعلق الأمر بفئة منهم كالأيتام والمرضى، وهو ما عبر عنه "بالجهات الخيرية"، أما الوقف الخاص فهو موجه إلى قرابة المحبس وذريته من بعده، حتى ولو تحول إلى جهة عامة بعد انقطاعهم .

وهذا التقسيم للوقف إلى وقف عام، وآخر خاص من قبل المشرع الجزائري تضمنه أيضا تعريف الوقف في قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 26/95، حيث انطوت المادة 31 منه على أنه: "الأملك الوقفية هي الأملك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور " .

1 - الوقف العام

عرّف المشرع الجزائري الوقف العام بأنه: " ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات ... " ، كالوقف على المساجد، والمساكين، والفقراء، واليتامى، ونشر العلم، ونحو ذلك.

ولا مفهوم للجمع في قول المشرع: "جهات خيرية"، إذ قد يكون الوقف عامًا، حتى ولو وقف على جهة واحدة، كالوقف على الفقراء فقط، أو على المساجد فقط، ونحو ذلك، فلا يشترط لتصنيفه وقفا عاما، أن تعدد الجهات الخيرية الموقوف عليها، ولذلك يكون التعبير الأسلم هو: "ماحبس على جهة خيرية"، سواء انفردت أو تعددت. كما أنه من ناحية ثانية لا لزوم أيضًا لقوله: "يخصص ريعه للمساهمة في سبل

الخيرات"، لأن ما تقدمه في المادة يغني عنه، فما حبس على جهة خيرية، معناه تخصيص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات.

ولقد قسم الوقف العام إلى قسمين، فقال: " وهو على قسمين: قسم يحدد فيه مصرف معين لريعه، فلا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير إلا إذا استنفذ... " . ويُفهم كلامه هذا أنه لا يجوز تبديل وتغيير مصارف الوقف، إذا كان المصرف الأول موجودًا، فهو وقفا عاما محدد الجهة الموقوف عليها، أما القسم الثاني من الوقف العام حسب ما جاء في نفس المادة 6 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، فهو: "... قسم لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف، فيسمى وقفاً عاماً غير محدد الجهة..."

كما اعتمد المشرع الجزائري معياراً آخرًا في بيان الأوقاف العامة، ألا وهو معيار تعداد الأوقاف التي يعتبرها عامة أو ما يسمى "بمعيار القائمة" ففي القانون المتعلق بالأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، قد عدد الأوقاف العامة وذلك في نص المادة 8 منه بقولها: " الأوقاف العامة المصونة هي:

- الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية .
- العقارات أو المنقولات التابعة لهذه الأماكن سواء كانت متصلة بها أم كانت بعيدة عنها .
- الأموال و العقارات والمنقولات الموقوفة على الجمعيات والمؤسسات والمشاريع الدينية.
- الأملاك العقارية المعلومة و المسجلة لدى المحاكم .
- الأملاك التي تظهر تدريجياً بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع بها العقار .
- الأوقاف الثابتة بعقود شرعية وضمت إلى أملاك الدولة أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين.
- الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها .
- كل الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة ولم يعرف واقفها ولا الموقوف عليها ومتعارف عليها أنها وقف .

- الأملاك و العقارات و المنقولات الموقوفة أو المعلومة وقفا و الموجودة خارج الوطن .
تحدد عند الضرورة كيفية تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم " .
والملاحظ على هذا التعداد للأوقاف العامة أنه جاء عاما مطلقا، وغير وارد على سبيل الحصر، ومرد ذلك يرجع إلى كثرة الأملاك الوقفية العامة، خاصة أثناء الحقبة الاستعمارية ذلك أن الوقف كان يشكل حيلة قانونية تستخدم من طرف الأهالي خوفا من الاستيلاء على أملاكهم أو الحجز عليها من طرف المستعمر.¹

¹ رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي للأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة ، الجزائر، سنة 2006، ص45.

وبعد مرور سبع سنوات من صدور قانون الأوقاف 10/91 - سالف الذكر- تظن المشرع الجزائري إلى قصور التعداد الذي أورده في المادة 8 أعلاه، فحاول ضم صور أخرى للأوقاف العامة وذلك دائما في إطار معيار تعداد هذه الأوقاف العامة، حيث إن المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 381 /98¹ المؤرخ في الفاتح ديسمبر 1998م المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، أضافت أوقاف عامة للتعداد الوارد في المادة 8 من قانون الأوقاف 10 /91 المعدل والمتمم، حيث انطوت على أنه: " في إطار أحكام المادة (08) من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 /04 /1991 المذكور أعلاه، تعتبر من الأوقاف العامة :

- الأملاك التي اشتراها أشخاص طبيعيين أو معنويون باسمهم الشخصي لفائدة الوقف.
- الأملاك التي وقفت بعد ما اشترت بأموال جماعة من المحسنين.
- الأملاك التي وقع الاكتتاب عليها في وسط هذه الجماعة .
- الأملاك التي خصصت للمشاريع الدينية " .

وإضافة هذا التعداد للأوقاف العامة في هذه المادة، يؤكد أن هذا التعداد لم يورده المشرع الجزائري على سبيل الحصر، كما يبين قصور هذا المعيار في بيان الأوقاف العامة، من الأوقاف الخاصة. وبالعودة إلى استقراء المادة 8 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم التي عدت الأوقاف العامة فقد ورد فيها عبارة " الأوقاف العامة المصونة "، فما هو مقصود المشرع من كلمة المصونة؟ .

الصيانة في لغة العرب تعني الوقاية والحفظ ، جاء في لسان العرب الصون أن نقي شيئا أو ثوبا يقال صان يصون صونا و صيانة². أما المشرع الجزائري فقد استخدم عبارة " الصيانة " للدلالة على الإشراف الدائم على الأملاك الوقفية العامة التي عددها، والمذكورة آنفا، وذلك بتعهدا بالحفظ والرعاية والصيانة، من قبل الأجهزة التابعة لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف، المكلفة بإدارة تلك الأوقاف والسهر على تسييرها وحمايتها، وقد يفهم مما تقدم عن طريق المخالفة، أن غير الأوقاف التي عددها المشرع في المادة 8 من قانون الأوقاف 10 /91 المعدل والمتمم، والتعداد المضاف إليها بمقتضى المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 381 /98 - أنف الذكر - غير مشمولة بصيانة وحماية الأجهزة المكلفة بتسيير الأملاك الوقفية.

2 - الوقف الخاص

حدّد المشرع الجزائري المقصود بالوقف الخاص من خلال قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، حيث انطوت المادة 2/6 على أنه: "... الوقف الخاص هو ما يحبسها الواقف على عقبه من الذكور والإناث، أو على أشخاص معينين، ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف

¹ الجريدة الرسمية، عدد 21 ، الصادرة بتاريخ 8 مايو 1991م .

² لسان العرب لابن منظور، مرجع سابق، ج 13، ص 250 .

عليهم"، ومثال ذلك أن يقول وفتت عقاري هذا على ولدي، أو أولادي، أو على عقبي، أو نسلي، أو نحو ذلك، ثم من بعدهم على الفقراء، أو غيرهم من وجوه البر.

وقول المشرع في المادة أعلاه " من الذكور والإناث " بالعطف بالواو المفيدة للجمع، يشير بذلك إلى مسألة، عدم إمكانية الوقف على بعض الأولاد دون بعض، فيستوي في ذلك الذكور والإناث، ذلك أن الوقف على العقب يشمل في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية أولاده، وأولاد أولاده، ما تناسلوا إلى أن ينقطعوا، إلا حدد الواقف طبقات معينة من عقبه.

أما قول المشرع "على أشخاص معينين" فالأشخاص نوعان إما طبيعيين، أو معنويين، فالشخص الطبيعي في الوقف كأن يقول مثلاً: " وفتت على فلان"، أو "على فلان وفلان وفلان"، أي واحد أو متعدد، أما الشخص المعنوي فمثاله جمعية مسجد معين مستوفية لشروط القانون، لكني أميل لعد هذا الأخير من قبيل قسم الوقف العام إن كان فيه وجه بر، وأخيراً قوله: " ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم" فيه ما ينبئ عن أنه يشترط في مآل الوقف الخاص أن يكون عاماً أي جهة خيرية، حيث يتحول الوقف الخاص بالضرورة إلى وقف عام في حالة انقطاع عقب الواقف.

كان هذا هو تعريف المشرع الجزائري للوقف الخاص في المادة 8 من القانون رقم 10/91 الأوقاف غير أننا نجد أن هذه المادة، قد عدلت بمقتضى القانون رقم 10/02¹ المؤرخ في 14 ديسمبر 2002، يعدل ويتم القانون رقم 10/91، ففي ظل هذا التعديل ألغى المشرع الجزائري تدخل السلطة المكلفة بالأوقاف في إدارة وتسيير الأوقاف الخاصة وحذف تعريفها من القانون، حيث نص في المادة 2 منه على أنه: " تعدل وتم المادة الأولى من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411هـ الموافق لـ 27 أبريل 1991 والمتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، والمذكور أعلاه، وتحرر كما يلي: المادة الأولى: " يحدد هذا القانون القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية العامة وتسييرها وحفظها وحمايتها والشروط والكيفيات المتعلقة باستغلالها واستثمارها و تنميتها " .

في هذا التعديل للقانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف، بالقانون رقم 10/02، فصل المشرع الجزائري بين إدارة وحماية واستثمار الأوقاف العامة عن الأوقاف الخاصة، فجعل إدارة وتسيير وحماية الأوقاف العامة من اختصاص الجهات الحكومية التابعة لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف، في حين تخلى عن رعاية وحماية الأوقاف الخاصة، مما يوحي بأنه عهد بإدارتها وحمايتها واستثمارها للموقف عليهم، ولا يمكن أن يفهم من المادة 2 من القانون رقم 10/02 المعدل والمتمم للقانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف أن المشرع الجزائري قد ذهب إلى إلغاء الأوقاف الخاصة، والدليل على ذلك أن الفقرة الثانية من ذات المادة 2، انطوت على أنه: " يخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعية المعمول بها " .

¹ الجريدة الرسمية، عدد 83 الصادرة بتاريخ 15 ديسمبر 2002 م .

غير أننا نجد أن المشرع الجزائري ورغم إبقائه على الوقف الخاص إلا أنه هُمش من طرفه، حيث أنه في التعديل الأخير لقانون الأوقاف رقم 10/91 ، بمقتضى القانون رقم 10/02 عمداً إلى إلغاء كل النصوص القانونية التي كانت تنظم الوقف الخاص ، فقد نصت المادة 6 منه على أنه " تلغى المواد : 07 - 19 - 22 - 47 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411هـ الموافق لـ 27 أبريل 1991 والمتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، والمذكور أعلاه "، وفي حقيقة الأمر فإنه لا يوجد مبرر يجعل المشرع الجزائري، يبسط الحماية القانونية على الأوقاف العامة دون الأوقاف الخاصة.

هذا ولم يُشر المشرع الجزائري إلى الوقف المشترك، على الرغم من أهميته فهو يجمع نوعي الوقف، العام والخاص، مما يجعلنا نقول بضرورة عدم إغفال هذا النوع من الأوقاف، فغالبا ما يجعل الواقفون أوقافهم مشتركة، وذلك بالجمع بين أعمال البر العامة لكل المسلمين من ناحية، وأعمال البر الخاصة بذويهم وأقاربهم.

ثانياً: أقسام الوقف في قوانين بعض الدول العربية

في النظام القانوني المصري صدر في سنة 1946م القانون رقم 84 منظماً لأحكام الوقف، وكان يقسم الوقف إلى وقف خيري، ووقف أهلي، ملتزماً برأي جمهور فقهاء المسلمين، في بيان مدلول كل من نوعي الوقف، التي سبق تعريفهما في بيان أقسام الوقف في الفقه الإسلامي، غير أنه بعد صدور المرسوم بالقانون رقم 180 لسنة 1952 ، بتاريخ 14 سبتمبر 1952 والمكون من عشرة مواد نص في المادة الأولى منه على أنه : " لا يجوز الوقف على غير الخيرات "، كما تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية من ذات القانون على أن : " يعتبر منتهياً كل وقف لا يكون مصرفه في الحال خالصاً لجهة من جهات البر " .

وبذلك يكون المشرع المصري قد ألغى ما كان موجود من الوقف الأهلي، ومنع إحداثاً وأوقافاً أهلية جديدة ، حيث أصبح الوقف في مصر منذ ذلك القانون مقصوراً على الوقف الخيري وحده، وصار المال الموقوف وفقاً لأهلياً ملكاً للواقف إن كان حياً، أما إن كان ميتاً آل المال الموقوف إلى المستحقين وقت صدور هذا القانون بنسبة حصصهم¹.

ولدى مناقشة التقرير المقدم إلى مجلس النواب المصري، قبل صدور هذا القانون الذي ألغى الوقف الأهلي، سبقت عدت مبررات لذلك، يمكن تلخيصها فيما يلي²:

¹ عبد الحميد الشوربي، منازعات الأوقاف والاحتكار في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1990م ، ص 30 .

² محمد أبو زهرة، مرجع سابق ، ص 34 .

- 1 - إمعان الناس في وقف الأراضي الزراعية إمعانا يخشى منه على ثروة البلاد، حيث وصل مجموع الأراضي الموقوفة ثمن الأراضي الزراعية، ومما لا شك فيه أن الوقف مقيد للتصرف في العقار، وقد ثبت بالتجارب أن من تتولى الوقف لا يحسن استغلاله.
 - 2 - كثرة الأوقاف لأهلية من شأنه أن يُكثر البطالة والحياة اللاهية للمستحقين الموقوف عليهم الذين يطمنون إنسارزاقهم التي تأتيهم كل عام .
 - 3 - ضياع المستحقين حين يأكل النظار أموالهم ويهضمون حقهم.
 - 4 - التناحر والخلاف المستمر بين النظار، و النزاعات القضائية والاختلافات المتوالية التي كثرت في المحاكم.
 - 5 - مُضي فترة طويلة على بعض الأوقاف وانتقالها إلى الذرية طبقة بعد طبقة، فكثرت المستحقون وزاد عددهم، وقل نصيب ما يستحقه كل منهم، ولو أن المستحقين لتلك الأجزاء الضئيلة قد باعوا نصيبهم لاستطاعوا أن يجعلوا من ثمنه رأس مال - ولو كان قليلا - واستغلوه استغلالا يدر عليهم أكثر مما يستحقون .
 - 6 - عدم رعاية الأعيان الموقوفة كما ترعى الأملاك الخاصة، فإن حرص الإنسان على ملكه يدفعه إلى حسن القيام عليه وإدارته إدارة حسنة، أما الناظر في الأوقاف و الموقوف عليهم فإنهم لا يهتمهم من المال محل الوقف سوى الثمرة العاجلة، ولا يهتمهم بعد ذلك صلاح العين والاحتفاظ بها.
- وفي حقيقة الأمر ومن خلال الاطلاع على حيثيات تلك المرحلة التاريخية في مصر، نجد أن الأمر كان يتعدى مجرد الأوقاف، فالاختلاف حول نظام الأوقاف، كان يجسد ما يمكن أن يوصف بالصراع بين أنصار الشريعة الإسلامية وخصومها، وقد حسم القانون المصري هذا الصراع لصالح التيار المطالب بالغاء الوقف الأهلي، غير أن النظرة فاحصة إلى الآثار الواردة في مشروعية هذه المؤسسة تثبت لنا أن الوقف بنوعيه كان موجودا من الأيام الأولى للتشريع الإسلامي، وهذا ما يتأكد بالفعل من وقف عمر - الذي يعتبر أساسا لما جاء بعده من أوقاف - الذي توزع بين جهات الخير والبر، وبين ذوي القربى، فكان بذلك وقفا أهليا وخيريا في ذات الوقت، وجميع الأوقاف الأهلية هي من هذا القبيل.
- أما في النظام القانوني المغربي فعلى غرار التقسيم المتبع في الفقه الإسلامي، نجد أن المشرع المغربي يقسم الوقف إلى ثلاثة أقسام: وقف عام، ووقف معقب (خاص)، و وقف مشترك، وقد انطوت على ذلك 2/1 من مدونة الأوقاف المغربية الصادرة سنة 2010 - أنفة الذكر - حيث انطوت على أنه: "يكون الوقف إما عاما، أو معقبا، أو مشتركا"، وقد عرفت المادة 50 من ذات المدونة الوقف العام بقولها: " هو كل وقف خصصت منفعته ابتداء أو مآلا لوجوه البر والإحسان وتحقيق منفعة عامة"، أما الفقرة الثانية من نفس المادة، فنجدها قد عدت أوقافا جعلها المشرع المغربي عامة على المسلمين جميعا وذلك بقوة القانون، وتتمثل هذه الأوقاف في المساجد والزوايا والأضرحة والمقابر الإسلامية، كما جعل الملحقات بهذه الأوقاف تعد أيضا أوقافا عامة، وكذا الأملاك الموقوفة عليها، والوقف المعقب جاء

تعريفه في صدر المادة 108 من ذات المدونة بقولها: " يعتبر وقفا معقبا ما وقف على ولد أو عقب أو نسل أو ذرية المحبس أو غيره "، فما يسميه الفقه الإسلامي بالوقف الذري أو الأهلي نجد أن المشرع المغربي أطلق عليه اسم الوقف المعقب، كما أن القانون المغربي نص صراحة على نوع ثالث من الوقف وهو الوقف المشترك وعرفه في ذيل المادة 108 بقوله: " ويعتبر وقفا مشتركا ما وقف ابتداء على جهة عامة وعلى شخص بذاته، أو عليه وعلى عقبه "، فالوقف المشترك، يشترك فيه الوقف العام والوقف المعقب أي على الذرية .

إذن فالمشرع المغربي لم يذهب إلى إلغاء الوقف المعقب، أو ما يعرف بالوقف الذري أو الأهلي (الخاص)، ولم يمنع تأسيسه من جديد، كما فعلت بعض القوانين العربية¹، بل شرع بعض الآليات والقواعد القانونية لمحاولة تفادي المشاكل التي قد يثيرها في المستقبل.²

فالمشرع المغربي وإن كان ينص على وجوب التقييد بأشترطات الواقف والوفاء بها إذا كانت مشروعة وقابلة للتنفيذ³، ومن جملة تلك الشروط أن يجعل الواقف وقفه على ذريته مهما تعددت طبقاتهم وتناسلوا، إلا أنه ونظرا لخصوصية الوقف المعقب، وما قد ينجم عنه من مشاكل تعطل الاستفادة من المال محل الوقف نتيجة لكثرة الموقوف عليهم وتعدد طبقاتهم وتضائل ما قد يحصل عليه كل واحد منهم، فقد تدخل القانون وقيد سلطات الواقف في وضع مثل هذه الشروط، وحدد ذلك في ثلاث طبقات، واعتبر مازاد عن ذلك باطلا بالنسبة للأوقاف التي تنشأ بعد دخول المدونة حيز التنفيذ، وهو ما انطوت عليه المادة 109 من مدونة الأوقاف المغربية بقولها: " لا يجوز إنشاء الوقف المعقب إلا في حدود ثلاث طبقات، الموقوف عليه ثم أولاده ثم أولاد أولاده. 2 - إذا شمل عقد الوقف أكثر ثلاث طبقات اعتبر باطلا فيما زاد عنها، باستثناء الأوقاف المعقبة المنشأة قبل دخول هذه المدونة حيز التنفيذ "، فهذه المقتضيات التي جاءت بها مدونة الأوقاف المغربية في مجال الوقف المعقب ترمي بالأساس إلى معالجة العيوب والسلبات التي طرحها هذا النظام على أرض الواقع بمرور الأيام وتقادم الأزمان، ذلك أن تقييد حق الواقف في تأقيت وقفه في حدود ثلاث طبقات واعتبار ما زاد على ذلك باطلا، هو مقتضى وقائي يهدف إلى معالجة ما قد يترتب على طول المدة وتكاثر الطبقات وتضائل أنصبة الموقوف عليهم.

وفي النظام القانوني التونسي، فقد تم إلغاء نظام الأوقاف كليا بعد استقلال تونس وكان ذلك على مرحلتين: الأولى بالأمر المؤرخ في 31/05/1956 م، وبموجبه تم إلغاء الأوقاف العامة الموجودة يوم صدوره، وحجز كل وقف عام أو لفائدة إحدى الزوايا ودمج كل ملك له صبغة وقف عمومي في ملك

¹ وهي القانون المصري، والسوري، والعراقي، والليبي .

² عبد القادر بوعصبية، انقضاء الوقف المعقب في ضوء مستجدات مدونة الأوقاف. مجلة القبس المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد الرابع، سنة 2013م، ص 62 .

³ فقد نصت المادة 34 من مدونة الأوقاف المغربية على أنه " يجب التقييد بشروط الواقف و الوفاء بها إذا كانت مشروعة وقابلة للتنفيذ.... " .

الدولة، واسند إلى مصلحة أملاك الدولة، كما اسند إلى الدولة إدارة ما كانت جمعية الأوقاف السابقة متعهدة به من نظر في بعض الأوقاف الخاصة، وفي المرحلة الثانية، وبعد سنة تقريبا تم إلغاء الأوقاف الخاصة والمشاركة بمقتضى أمر مؤرخ في 18/07/1957م، وبذلك أصبحت تونس خالية تماما من أي نظام قانوني للأوقاف.¹

ومن خلال ما تقدم نستنتج أن الاهتمام التشريعي بنظام الوقف، يختلف من بلد إلى آخر، ويعود ذلك إلى اختلاف الأنظمة السياسية، فمن هذه الأنظمة من هو نظام محافظ استمر يأخذ بنظام الوقف بصيغته الفقهية الإسلامية، وظل محتفظا بسماته وأحكامه التي استمدت مباشرة من الفقه الإسلامي، وأنظمة أخرى احتفظت بالوقف الخيري وعملت على إلغاء الوقف الذري (الخاص) فيما أقدم المشرع التونسي على إلغاء الوقف بكل أنواعه .

المطلب الثاني: الإطار التشريعي للأوقاف في الجزائر بعد الاستقلال

لاشك أن التنظيم القانوني للأوقاف يمثل وجها من أوجه توفير الحماية لها، فبعد الاستقلال في 05 جويلية 1962 م، صدر القانون رقم 157 /62 المؤرخ في 30 / 12 / 1962م المتضمن سريان العمل بالقوانين الفرنسية عدا تلك التي تتعارض أو تمس بالسيادة الوطنية²، وكانت فلسفة هذا القانون تقوم على تقادي الوقوع في الفراغ القانوني، وبموجب هذا القانون آلت الأوقاف التي كانت سائدة خلال الحقبة الاستعمارية إلى الدولة الجزائرية الفتية، فتم إدماج كل الأملاك والأراضي الموقوفة ضمن الأملاك الشاغرة و أملاك الدولة، باعتبار أن القوانين الفرنسية كانت في مجال الوقف تمس بل تنتهك السيادة الوطنية، فضلا عن مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية المعمول بها في هذا المجال، فالمستعمر الفرنسي استولى بقوانينه على كل الأوقاف التي كانت قائمة في الجزائر ولم يُبقي منها سواء بعض المساجد والمصليات والكتاتيب.

هذه الوضعية جعلت الملاك الوقفية عرضة لكل أنواع التجاوزات والاستيلاء عليها بدون وجه شرعي، من قبل الأفراد و الجماعات وذلك بالرغم من وضوح الحكم الشرعي الذي يقضي صراحة بأن أملاك الوقف أو الحبوس، ليست من الأملاك القابلة للتصرف فيها ولا هي من أملاك الدولة بالمفهوم القانوني المعاصر، وإنما هي مستقلة ويقع على كاهل الدولة واجب الإشراف عليها وحسن تسييرها وتنميتها والحفاظ عليها و ضمان صرف ريعها وغلاتها لمستحقيها.

¹ جمعة الرزيقي، الإطار التشريعي لنظام الوقف في بلدان المغرب العربي، مقال ضمن ندوة نظام الوقف والمجتمع المدني في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية والأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، بيروت، لبنان، أكتوبر 2001، ص 145 .

² فقد انطوت المادة الثانية من هذا القانون على أنه: " تعد باطلة جملة النصوص التي تمس بسيادة الدولة الداخلية والخارجية و التي لها طابع استعماري أو عنصري، وكذلك النصوص التي تمس بالحريات الديمقراطية " .

ويلاحظ أن تنظيم الأوقاف في الجزائر بعد الاستقلال عرف تأخراً، ومرد ذلك راجع إلى اهتمام الدولة الجزائرية حديثة العهد بالاستقلال بأمور أخرى رأت فيها أهمية بالغة بعد حرب التحرير الوطنية، ومن ناحية ثانية فإن الجزائر بعد الاستقلال اتبعت النهج الاشتراكي الذي لم يعرف الوقف ولدوره الاقتصادي والاجتماعي أي اهتمام، فصدرت عدت قوانين وقرارات كان لها بالغ الأثر في المنظومة الوقفية الجزائرية من الناحية السلبية كما كان عليه الحال مثلاً في قانون الثورة الزراعية .

إلا أنه في تسعينات القرن الماضي وقبلها في دستور 1989 م بدء اهتمام الدولة الجزائرية الجدي بالمنظومة الوقفية لتؤدي دورها الاجتماعي والاقتصادي في المجتمع الجزائري .

الفرع الأول : نظام الوقف ما بعد الاستقلال إلى صدور دستور 1989 م

أولاً: الوقف والمرسوم رقم 388 / 63

بتاريخ 1963/10/01م صدر مرسوما تشريعيا يحمل رقم 388 / 63¹ متعلق بتأميم المنشآت الزراعية التابعة للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين لا يتمتعون بالجنسية الجزائرية لتصبح ملكا للدولة الجزائرية مما جعل الكثير من الممتلكات الوقفية تؤول ملكيتها إلى الدولة بحكم هذا المرسوم بطريقة غير مباشرة بحكم تصرف المحتل ما قبل الاستقلال من السطو على الممتلكات الوقفية²، فالمادة التاسعة من ذات المرسوم آنف الذكر أدمجت الأملاك الوقفية ضمن الأملاك الشاغرة، وبذلك ضمت الأملاك العقارية الوقفية لأملك الدولة وللمحافظات العقارية دون مراعاة للخصوصية القانونية والشرعية التي تتميز بها الأوقاف .

وقد نُظر إلى الأملاك الوقفية في تلك الفترة على أنها أملاكاً شاغرة فقد أُخضعت لأحكام المرسوم رقم 88 / 63 المؤرخ في 18 / 03 / 1963 م³، المتضمن تنظيم الأملاك الشاغرة، الذي جعلها بأحكامه تنتقل إلى ملكية الدولة، لأنه ينطبق عليها حكم الشغور، وذلك راجع إلى عدم وجود أي جهاز يقوم بإثباتها واسترجاعها، وهذا ما أثر على الممتلكات الوقفية الجزائرية بصورة بالغة، إذ بمقتضى هذا المرسوم لم يُفرق المشرع الجزائري بين المال العام والأملاك الوقفية .

ثانياً: الوقف والمرسوم رقم 283/64

في ظل غياب أي إطار قانوني ينظم الملكية الوقفية في الجزائر، ونظراً للوضع الصعبة التي آلت إليها الأوقاف عملت الحكومة الجزائرية على إصدار أول تقنين متعلق بالأوقاف وذلك بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 64 / 283 المؤرخ في 10 جمادى الأولى 1384 هـ الموافق لـ 17 سبتمبر 1964 م المتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة⁴.

¹ الجريدة الرسمية، عدد 2 لسنة 1963، المؤرخة في 11 / 01 / 1963 م

² محمد كنانة، مرجع سابق، ص 57 .

³ الجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 1963م، المؤرخة في 22 / 03 / 1963 م .

⁴ الجريدة الرسمية عدد 77 لسنة 1964 م، المؤرخة في 07 / 10 / 1964 م .

حيث تضمن هذا المرسوم نظام الأملاك الوقفية في " إحدى عشرة " مادة من أهم ما تضمنته ما يلي :

- المادتان الثانية والثالثة من هذا المرسوم حصرت الأوقاف العمومية في ستة أنواع وهي:
- الأماكن التي تؤدي فيها شعائر الدين .
- الأماكن التابعة لهذه الأماكن .
- الأماكن المحبسة على الأماكن المذكورة .
- الأوقاف الخاصة التي لم يعرف من حبست عليهم .
- الأوقاف العمومية التي ضمت إلى أملاك الدولة والتي لم يجر تقويتها ولا تخصيصها .
- الأملاك التي اشتراها أشخاص طبيعيين أو معنويون باسمهم الشخصي أو التي وقفت عليهم بعدما اشترت بأموال جماعة من المسلمين أو وقع الاكتتاب عليها في وسط هذه الجماعة أو خصصت تلك الأموال للمشاريع الدينية .

أما فيما يخص جانب الإشراف وتسيير هذه الأوقاف فقد أوكلت إلى وزير الأوقاف شخصياً، وله أن يفوض من تحت سلطته بذلك مع الاحتفاظ في كل الأحوال بالرقابة لضمان السير الحسن للأملاك الوقفية العامة فله مثلاً حق فسخ عقود الإيجار الخاصة بالأملاك الوقفية العمومية .

كما تناول هذا المرسوم بعض أحكام الوقف وأهدافه، واشترط أن تتوافق مع الصالح الوطني والنظام العام تحت طائلة البطلان، كما أكد على الإطار الشرعي الذي يجب أن يفرغ فيه هذا التصرف، وكذلك تناول أحكام تتعلق بأولوية صرف موارده في صيانته وحفظه، وأحكام أخرى تتعلق بخراب وتلاشي الوقف وكيفية تعويضه .

ومن أجل ضمان تطبيق هذا القانون ألزمت المادة 9 منه جميع الجمعيات والمنظمات المسيرة للأملاك الوقفية تسليم جميع المستندات والوثائق التي تحت يدها وكذلك المبالغ المنتجة عن ذلك التحول التام في تسيير الأوقاف العمومية إلى تسييراً مركزياً تحت إشراف وزير الأوقاف .

غير أنه يلاحظ على هذا المرسوم أن مواده جاءت خالية من أحكام جادة تستهدف الحفاظ على الأملاك الوقفية، هذا علاوة على غموض في أحكام هذا المرسوم مردها غياب ما يرتكز عليه من تقنيات أساسية كالقانون المدني و قانون الأسرة في الجزائر آنذاك، ومن ناحية ثانية فإن هذا القانون جاء منظماً للأوقاف العامة فحسب، أما الأوقاف الخاصة فقد اكتفى بتعريفها فقط دون بيان الأحكام المنظمة لها.

ومن ناحية أخرى ينبغي الإشارة إلى أنه وبالرغم من أن هذا المرسوم يعد أول تقنين للأوقاف في الجزائر المستقلة، في ظل افتقار الساحة القانونية لتقنين آخر، إلا أنه قد تم تجميد العمل به بعد فترة قليلة من صدوره ولم يدخل حيز التنفيذ¹ من غير تبرير لأسباب ذلك، ومن دون أي بديل مما جعل الساحة

¹ منشور صادر عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، تحت عنوان " الأوقاف الجزائرية " جوان 1998، ص11.

القانونية خالية من أي تنظيم للأموال الوقفية، ولا شك أن هذه وضعية خطيرة على هذه الأملاك جعلتها عرضة للاستيلاء عليها من قبل الأفراد بل حتى من قبل الدولة، فقد تجسد اعتداء الدولة على الأملاك الوقفية من خلال صدور الأمر رقم 73 /71 والمؤرخ في 20 رمضان 1391 هـ و الموافق لـ 08 نوفمبر 1971 م والمتضمن قانون الثورة الزراعية¹، حيث وأنه بمقتضى المواد من 34 إلى 38 من هذا القانون أصبحت العديد من الأملاك الوقفية تابعة للصندوق الوطني للثورة الزراعية، وقد حددت المواد المذكورة أعلاه الإجراءات القانونية المتبعة في التأميم، وهي تتمثل في الأسلوبين التاليين:

1 - الأراضي الزراعية التي تغيب عنها ملاكها الخواص: بما فيها الأراضي الموقوفة، وهذا ما نصت عليه المادة 37 من الأمر 73/71 حيث جاء فيها: " إن أصحاب الاستحقاق الوسيط الذين لم يشغلون حسب مفهوم هذا الأمر، بصفة مباشرة وشخصية الأراضي الزراعية أو المعدة للزراعة والمؤسسة كوقف، وغير آيلة نهائياً للوقف، يعدون بمثابة مالكين غير مستغلين بالنسبة لتطبيق التدابير الخاصة بالثورة الزراعية على هذه الأرض، وعندما يشغل هؤلاء المستحقون الأرض المذكورة مباشرة وشخصياً تسري عليهم أحكام هذا الأمر المتعلقة بحصر الملكية الخاصة الزراعية ".

2 - تأميم الأراضي الموقوفة وفقاً عاماً: حيث نصت المادة 35 من الأمر المذكور أعلاه على أنه: " عندما تكون الأراضي الزراعية أو المعدة للزراعة والمؤسسة كوقف آيل للأوقاف نهائياً يتم تأسيسها أو إلحاقها بالصندوق الوطني للثورة الزراعية، ويصبح الأشخاص القائمون باستغلالها مباشرة أو شخصياً حين التأميم مستحقين لها على وجه الأولوية، شريطة أن تتوفر فيهم شروط المنح المنصوص عليها في هذا الأمر، ولا يتم منح هذه الأراضي واستغلالها إلا بالشكل الجماعي مراعاة لوحدة أيلولة العقود ".

أما فيما يتعلق بحالة الأراضي الزراعية أو المعدة للزراعة والمؤسسة كوقف خاص فقد نصت المادة 38 من ذات الأمر المذكور أعلاه على أنه: " عندما تزول المؤسسة أو الجهة المعينة كمستحقة نهائياً لأرض زراعية أو معدة للزراعة ومؤسسة كوقف تحل الدولة محلها، وإذا وجد مستحقون لهذه الأرضي تطبق عليهم أحكام المادة السالفة، وفي حالة عدم وجود مستحقين وسطاء للأرض تعود هذه الأرض بتمامها للصندوق الوطني للثورة الزراعية ".

ومن خلال دراسة أحكام هذه المواد وغيرها من مواد قانون الثورة الزراعية يتضح لنا أنها تتضمن خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وهو الأمر الذي أدى إلى تراجع فكرة الوقف داخل المجتمع الجزائري في هذه الحقبة، وقد ظلت الأوقاف في الجزائر تعيش في ظل هذه المرحلة الخطيرة التي تفشى فيها اعتداء الأفراد والدولة معاً على الأملاك الوقفية، طيلة تسع سنوات وذلك إلى غاية إلغاء قانون الثورة الزراعية

¹ جريدة رسمية رقم 97 مؤرخة في 30/11/1971 م، وقد تم إلغاء قانون الثورة الزراعية بمقتضى القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990م المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم .

بمقتضى القانون رقم 90 / 25 المؤرخ في 18/11/1990م المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم .

ثالثاً : الوقف و قانون الأسرة رقم 11/84

كانت نقطة البداية الجدية في اهتمام المشرع الجزائري بالمنظومة الوقفية الجزائرية بمناسبة صدور قانون الأسرة بتاريخ 09 يونيو 1984م تحت رقم 11/84،¹ المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 ماي 2005 م.² ففي الفصل الثالث من الكتاب الرابع من المواد 212 إلى 220 تناول قانون الأسرة الوقف، فعرف الوقف في المادة 213 بأنه: "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق"، فهذا التعريف للوقف في هذا القانون جسد رغبة المشرع الجزائري في تنظيمه وتسييره وإدارته، فهو يفيد صراحة تراجع المشرع الجزائري عن إلحاق الأملاك الوقفية بالأملاك العمومية³، كما بين ذات القانون ما يشترط في الواقف والموقوف عليه، وأن يكون المال الموقوف مملوكاً للواقف ولو على الشيوع، وأن يثبت الوقف بسند رسمي أو بحكم قضائي، كما يجب احترام شروط الواقف إلا إذا كان الشرط باطلاً، وأن كل ما يحدثه الموقوف عليه من بناء أو غراس يعتبر من الحبس.⁴

غير أن قانون الأسرة في تنظيمه للوقف جاء بأحكام عامة لم ترق بالوقف إلى أهميته الاقتصادية والاجتماعية، وكذلك لم يشر المشرع إلى استرجاع الوقف، ولا إلى طريقة تنميتها، كما لم يكن هذا القانون كافياً لضمان الحماية القانونية والعملية للأوقاف، كما يلاحظ من ناحية أخرى أن كل هذه المحاولات السابقة من المشرع الجزائري، في تنظيم شؤون الأملاك الوقفية أنها تفتقر وتغيب فيها التصورات الشاملة لحل مشكلات الأوقاف في الجزائر، خصوصاً بعد الوضعية الصعبة التي آلت إليها بفعل الاستعمار

¹ الجريدة الرسمية، عدد 24، الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984م.

² الجريدة الرسمية، عدد 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005 م .

³ ومن ثم فقد اعتمدت المحكمة العليا في صحة وبطلان عقد الوقف على أحكام الشريعة الإسلامية، وليس على مقتضيات قانون الثورة الزراعية، فقد جاء في قرارها بتاريخ 03 / 12 / 1984 م، في الملف رقم 30954 أنه: "متى كان شرعاً أن صحة وإبطال عقد الحبس يخضع لأحكام الشريعة وتطبق بشأنه القواعد الفقهية المستمدة من أحكامها، ومن المقرر أيضاً أن القانون لا يسري إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي، ولذا فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ولقاعدة تطبيق القانون بأثر رجعي، إذ كان من الثابت في قضية الحال، أن عقد الحبس المؤرخ في 11/06/1986 وقد أبطل من قضاة الاستئناف تأسيساً على أحكام قانون الثورة الصادر في 08 / 11 / 1971م، وقضوا بعدم قبول إعادة القضية بعد الخبرة، فإنهم بقضائهم هذا خرقوا قواعد فقهية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، تنظم صحة وإبطال الحبس من جهة، كما خرقوا قاعدة قانونية تتعلق بعدم رجعية القوانين من جهة أخرى، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه" ينظر: المجلة القضائية العدد 04 لسنة 1989م، ص 82 .

⁴ منشور صادر عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، تحت عنوان "الأوقاف الجزائرية" جوان 1998، ص 9 .

الفرنسي، وما خلفه بشأنها قانون الثورة الزراعية، وقد استمرت الأملاك الوقفية في الجزائر على هذه الحالة وذلك إلى غاية صدور دستور 1989 م .

الفرع الثاني: تنظيم الأوقاف بعد صدور دستور 1989م

قرر المشرع الدستوري الحماية الدستورية للأملاك الوقفية في نص المادة 49 من دستور 1989/02/23م التي انطوت على أن: " الأملاك الوقفية و أملاك الجمعيات الخيرية معترف بها ويحمي القانون تخصيصها " ¹ وبهذا النص الدستوري أصبحت الأملاك الوقفية تتمتع بالحماية القانونية لأسمى قانون في الدولة، ومن ثم وجب تحديد الإطار القانوني لهذه الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري.

أولاً : الوقف وقانون التوجيه العقاري رقم 25/90²

من خلال مقتضيات القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، بدأ يتجسد الوجود القانوني للأوقاف، حيث جعل هذا القانون الأوقاف صنفاً من الأصناف العقارية الثلاثة في الجزائر، فقد اعتبر الملكية الوقفية صنفاً قائماً بذاته، إلى جانب الملكية الوطنية والملكية الخاصة، وبذلك تكون قد خرجت الأملاك الوقفية عن جملة الأملاك الوطنية، حيث نصت المادة 23 منه على أنه: " تصنف الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ضمن الأصناف القانونية الآتية :

- الأملاك الوطنية .

- أملاك الخواص أو الأملاك الخاصة .

- الأملاك الوقفية " .

كما أن هذا القانون قد عرّف الوقف في نص المادة 31 منه، التي انطوت على أن: "الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالؤها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائماً تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوراً أو عند وفاة الموصين الوستاء الذين يعينهم المالك المذكور " ، ولقد سبقت الإشارة إلى أن هذا التعريف للأملاك الوقفية، يعد تعريفاً غير جامع للمعنى الاصطلاحي للوقف، وذلك لأنه حصر المال الموقوف في العقار فقط وبحصره أيضاً الجهة الموقوف عليها في الجمعيات الخيرية فحسب .

كما عمل قانون التوجيه العقاري على إعادة الأراضي الموقوفة المؤممة - بمقتضى قانون الثورة الزراعية - إلى أصحابها الأصليين، غير أن عملية الإرجاع لتلك الأراضي شابها قصور، فقد جاءت محدودة اقتصر على الأشخاص الطبيعيين دون الأشخاص المعنويين التي اعترضتها عدة عراقيل منعت

¹ وهو ما تم تأكيده في دستور 1996م بمقتضى نص المادة 52 منه في فقرتها الثالثة، والمادة 3/46 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

² القانون رقم 25 /90 الصادر في 18 نوفمبر 1990م المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية، عدد 49، المؤرخة 18 نوفمبر 1990، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 26/95، المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 م، الجريدة الرسمية عدد 55 لسنة 1995 م، المؤرخة في 27 سبتمبر 1995 م .

تحقيق إرجاع الأراضي الموقوفة عليها، ولذلك عرفت عملية إرجاع الأراضي الموقوفة تأخراً إلى غاية صدور قانون الأوقاف رقم 10/ 91 المعدل والمتمم، ذلك أن المادة 32 من قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم، قد أحلتنا فيما يتعلق بتكوين الأملاك الوقفية وتسييرها إلى قانون خاص.

ثانياً : الوقف و القانون رقم 10/91 ونصوصه التنظيمية والقوانين المعدلة له

تطبيقاً للمادة 32 من قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم، التي انطوت على أنه: "يخضع تكوين الأملاك الوقفية وتسييرها لقانون خاص"، صدر القانون رقم 10/19 المؤرخ في 27/04/1991م المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم¹ الذي وضع الإطار القانوني العام لتنظيم الأملاك الوقفية وتسييرها وحفظها وحمايتها، فهذا القانون جاء أوسع من كل القوانين التي سبقته في تنظيم شؤون الأملاك الوقفية، لأن جميع أحكامه تتعلق بالوقف كما تدل على ذلك تسميته، وقد تضمن سبعة فصول هي: 1- أحكام العامة، 2- أركان الوقف وشروطه، 3- اشتراطات الواقف، 4- التصرف في الوقف، 5- مبطلات الوقف، 6- ناظر الوقف، 7- أحكام ختامية .

يُعد هذا القانون أكثر تطوراً كنظام تشريعي للوقف في دول المغرب العربي²، وقد تقيد فيه المشرع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية وجعلها المصدر الأساسي له، وهذا ما أكدته المادة الثانية منه، حيث نصت على أنه: " على غرار كل مواد هذا القانون، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه"، غير أنه من الملاحظ أنه وإن كانت الغالبية العظمى من الشعب الجزائري مالكية المذهب، إلا أن قانون الأوقاف لم يتقيد فيه المشرع بمذهب معين من المذاهب الفقهية الإسلامية بعينه، بل انفتح على كل المذاهب الأخرى، كالمذهب الحنبلي كما يظهر من تعريفه للوقف في المادة الثالثة منه³.

فالانفتاح على بقية المذهب الأخرى وخاصة في مجال الأوقاف لا يعد إنقاصاً من أحكام المذهب المالكي، فقد سبق الإشارة إلى أن غالبية الأحكام المنظمة للوقف هي أحكام اجتهادية، لم يرد بشأنها نصوص صريحة وبذلك فباب الاجتهاد فيها رحب واسع، فقد اجتهد فقهاء المذهب المالكي في وضع قواعد متينة حكمت الوقف لمدة طويلة وأظهرت قدرتها على مسايرة تطور المجتمع.

¹ الجريدة الرسمية، عدد 21 الصادرة بتاريخ 8 مايو 1991 م .

² جمعة الزريقي، الإطار التشريعي لنظام الوقف في بلدان المغرب العربي، مقال ضمن ندوة نظام الوقف والمجتمع المدني في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية والأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، بيروت، لبنان، أكتوبر 2001، ص 147 .

³ حيث نجد أن بعض القوانين العربية في مجال الأوقاف قد ذهبت إلى الالتزام بمذهب فقهي معين فيما لم ير فيه نص في قوانينها، فعلى سبيل المثال التزم المشرع المغربي بالمذهب المالكي فيما لم يرد فيه نص، فقد نصت المادة 169 من مدونة الأوقاف المغربية الصادرة سنة 2010 - أنفة الذكر - على أنه: " كل مالم يرد في هذه المدونة يرجع فيه للأحكام المذهب المالكي فقها واجتهادا بما يراعى فيه تحقيق مصلحة الوقف " .

وفي الفصل السابع نص هذا القانون على أحكام مختلفة لنظام الوقف، منها التأكيد على تطبيق قانون العقوبات على كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو تدليسية أو يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستنداته أو يزورها، وفي ذلك إضفاء حماية جنائية على أموال الأوقاف .

والجدير بالملاحظة في هذا القانون أن المشرع الجزائري قد عدل عن فكرة تأميم الأراضي الزراعية الموقوفة، التي أمتت بمقتضى نصوص قانون الثورة الزراعية، وهذا ما انطوت عليه المادة 38 من قانون الأوقاف محل الدراسة بقولها: " تسترجع الأملاك الوقفية التي أمتت في إطار أحكام الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 والمتضمن قانون الثورة الزراعية، إذا أثبتت بإحدى الطرق الشرعية والقانونية وتؤول إلى الجهة التي أوقفت عليها أساساً، وفي حالة انعدام الموقوف عليه الشرعي تؤول إلى السلطة المكلفة بالأوقاف ، - وما فوت منها باستحالة استرجاع العين الموقوفة وجب تعويضها وفقاً للإجراءات المعمول بها مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه "، وهكذا نجد أن الجزائر من خلال صدور قانون الأوقاف رقم 91 / 10 المعدل والمتمم، قد أعادت نظام الوقف إلى وضعه الطبيعي في ظل مجتمع يدين الغالبية الساحقة - إن لم نقل جميع أفراده - بالدين الإسلامي، وبذلك تكون المنظومة الوقفية في النظام القانوني الجزائري قد استعادت مكانتها الطبيعية من أجل تجسيد المساهمة في بناء المجتمع، حيث يظهر جلياً مساهمة الفرد المسلم في التكافل الاجتماعي وإقامة الشعائر الدينية والمحافظة عليها .

ومن أجل ضمان حسن تسيير الأملاك الوقفية العامة صدر القانون رقم 94 / 470، بتاريخ 25 ديسمبر 1994م، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية¹، وخاصة في مادته الثالثة والتي تناولت الحديث عن الهيئة الإدارية للأوقاف، تنمة للقانون رقم 91 / 10، وبذلك أصبحت للأوقاف مديرية مستقلة في هيكلها وتسييرها وأحكامها عن باقي المديريات بالوزارة الوصية أي وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، وبذلك فإن الكلام عن الوقف الجزائري من الناحية العملية يبدأ من هذا التاريخ، فوجود الإدارة المسيرة عامل في غاية الأهمية من أجل تسيير و تنمية الأوقاف والمحافظة عليها .

هذه المديرية الفرعية للأوقاف بوزارة الشؤون الدينية والأوقاف في الفترة الزمنية الممتدة من 1994م إلى 1998م عملت على تغطية النقص في النصوص القانونية فلجأت إلى المناشير والمذكرات المحددة لكيفيات تنظيم وتسيير الأملاك الوقفية، وضبط مداخلها ومن هذه المذكرات والمناشير ما يلي² :

1 - المنشور الوزاري رقم 96/37 الصادر بتاريخ 1996/6/5 المحدد لكيفية دفع إيجار الوقف .

2 - المذكرة الوزارية 96 / 01 والصادرة بتاريخ 1996/7/9 والخاصة بكيفية إيجار الوقف .

3 - التعلية 96/02 والصادرة بتاريخ 1996/7/17 المتضمنة مطالبة النظار بالتقارير المالية

الخاصة بالوقف .

¹ الجريدة الرسمية، عدد 01 ، الصادرة بتاريخ 08 يناير 1995م،.

² وثيقة مديرية الأوقاف المساهم بها أيام الملتقى التكويني للنظار والمفتشين، أيام 21-23 جوان 1996م، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، مديرية الأوقاف، الجزائر.

4 - المذكرة 96/03 و المؤرخة في 17 /7/ 1996م للمنظمة لكيفية كتابة التقارير المالية الخاصة بالوقف .

5 - المذكرة الوزارية 97 /01 المتضمنة لكيفية إدارة الوقف والصادرة بتاريخ 1997/1/5 المتضمنة توجيهات تنظيمية لإدارة الأوقاف لاسيما المتعلقة بترشيد المكلفين بالأوقاف، وعلاقة مسير الأوقاف بالمستأجر والوثائق الواجب توافرها في ملفات الأوقاف .

6 - المذكرة 97 / 02 المؤرخة في 19 /7/ 1997م المتضمنة ضرورة الحرص على تنمية وتثمين الأملاك الوقفية.

وتتجلى الأهمية العملية لهذه المذكرات والمناشير الصادرة عن المديرية الفرعية للأوقاف في تجسيد الاهتمام التنظيمي والتشريعي بالوقف وللعمل على أن يقوم بدوره الحضاري والتموي .

ومن أجل استكمال البناء المؤسساتي للمنظومة الوقفية في النظام القانوني الجزائري، وتطبيقاً لنص المادة 26 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، والتي انطوت على أنه: " تحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وكيفيات ذلك عن طريق التنظيم "، صدر المرسوم التنفيذي رقم 381 /98 بتاريخ 11 ديسمبر 1998م يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك¹، ويعد هذا المرسوم مكملاً للبناء القانوني للمنظومة القانونية الوقفية كما أعطى دفعة إدارية وتنظيمية، وتسييرية لإدارة الأوقاف في الجزائر حيث أنه بين شروط إدارة الوقف، وتسييره، وحمايته.

وقد احتوى هذا المرسوم على خمسة فصول هي: الفصل الأول: أحكام عامة، والفصل الثاني: تسوية وضعية الأملاك الوقفية وإدارتها وتسييرها وفيه: تسوية وضعية الأملاك الوقفية، نظارة الأملاك الوقفية، أجهزة التسيير، مهام ناظر الملك الوقفي وصلاحياته، شروط تعيين ناظر الوقف، حقوق ناظر الملك الوقفي وكيفية أداء مهامه وانتهائها، أما الفصل الثالث فتضمن إيجار الأملاك الوقفية، والفصل الرابع جاء تحت عنوان أحكام مالية، وأخيراً الفصل الخامس تضمن أحكام ختامية.

ودائماً وفي إطار العمل على استكمال المنظومة القانونية للوقف في التشريع الجزائري، وتطبيقاً للمادة 8 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، صدر بتاريخ 26 أكتوبر سنة 2000 م المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المتضمن إحداث وثيقة الإثبات الوقفي عن طريق الشهادة،² وقد بين هذا المرسوم الكيفية والشروط المنظمة لهذه الشهادة، نحو عدد الشهود وطرق التسجيل والإشهار وغير ذلك من طرق إثبات الممتلكات الوقفية والتي هي في غالبها غير موثقة في الدوائر الرسمية، كما أن هذا المرسوم ساعد المديرية الفرعية للأوقاف بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف، على استرجاع العديد من الأوقاف غير الموثقة وحمايتها.

¹ الجريدة الرسمية، عدد 90 الصادرة بتاريخ 2 ديسمبر 1998م.

² الجريدة الرسمية، عدد 64 الصادرة بتاريخ 31 أكتوبر 2000.

ومن أجل سد الثغرات التي أبانها التطبيق العملي لقانون الأوقاف رقم 10/91، فقد صدر في 22 مايو 2001 م القانون رقم 07/01¹ المعدل والمتمم للقانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه: " يعدل ويتمم هذا القانون بعض أحكام القانون رقم 10/91 المؤرخ في شوال عام 1411 هـ الموافق ل 27 أبريل سنة 1991 م والمتعلق بالأوقاف"، كما أن المادة الثانية من ذات القانون محل الدراسة عدلت تسمية قانون الأوقاف وذلك بإضافة عبارة "... و الشروط و الكيفيات المتعلقة باستغلالها واستثمارها وتنميتها"، وأبرز ما اهتم به هذا القانون هو الدعوة إلى استثمار الأوقاف وتنميتها بكل الوسائل المتاحة كعقد المزارعة والمقاوله، وغيرها من وسائل الاستثمار التي تتناسب مع الأهداف التي أنشئ الوقف من أجلها والتي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية .

ثم صدر تعديل آخر لقانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، وذلك بمقتضى القانون رقم 10/02²، وفي هذا الصدد نصت المادة الأولى منه على أنه: " يعدل ويتمم هذا القانون بعض أحكام القانون رقم 10/91 المؤرخ في شوال عام 1411 هـ الموافق ل 27 أبريل سنة 1991 م والمتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم، والمذكور أعلاه"، كما أن المادة 2 منه عدلت تسمية قانون الأوقاف فانطوت على أنه: " تم المادة الأولى من القانون رقم 10/91 المؤرخ في شوال عام 1411 هـ الموافق ل 27 أبريل سنة 1991 م والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي: يحدد هذا القانون القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية العامة وتسييرها وحفظها وحمايتها والشروط والكيفيات المتعلقة باستغلالها واستثمارها وتنميتها"، والملاحظ على هذا القانون أنه فصل الأوقاف العامة عن الأوقاف الخاصة في مسألة الاستثمار والبحث عن التمويل، إذ جعل المشرع الجزائري الاستثمار والرعاية قاصرة على الأوقاف العامة، أي التي تسييرها مديرية الأوقاف، أما تلك التي يسييرها خواص فإن مسؤولية الاستثمار والتنمية تبقى على كاهلهم ووفق ما يقرره القانون، ومن ناحية ثانية فإن هذا القانون وإن كان فيه من الإيجابيات على رعاية الوقف العام، إلا أنه كان من الواجب التفكير في صيغة الجمع بين الوقف الخاص والعام في الأجل الطويلة ضمن عملية المشاركة لتنمية الوقف الجزائري عموماً.

وتطبيقاً للمادة الثامنة مكرر³ من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، صدر المرسوم التنفيذي 51/03 المؤرخ في 4 فبراير 2003⁴ يحدد كيفيات تطبيق أحكام المادة 8 مكرر

¹ الجريدة الرسمية، عدد 29 الصادرة بتاريخ 23 مايو 2001 .

² الجريدة الرسمية، عدد 83، الصادرة بتاريخ 15 ديسمبر 2002 م.

³ نصت المادة 8 مكرر من قانون الأوقاف 10/91 المضافة بمقتضى القانون رقم 07/01 على أنه: " تخضع الأملاك الوقفية لعملية جرد عام حسب الشروط والكيفيات والأشكال القانونية و التنظيمية المعمول بها . يحدث لدى المصالح المعنية لأملاك الدولة سجل عقاري خاص بالأملاك الوقفية تسجل فيه العقارات الوقفية وتشعر السلطة المكلفة بالأوقاف بذلك - تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم " .

⁴ الجريدة الرسمية، عدد 80 المؤرخة في 5 فبراير 2003 م.

من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل المتمم، ويهتم هذا المرسوم بعملية جرد الأملاك الوقفية وإحصائها، سواءً كانت منقولة أو عقارية، داخل الوطن أو خارجه من أجل تمييزها عن أملاك الأشخاص وعن أملاك الدولة، فعن الأملاك الوقفية المنقولة نصت المادة 2 منه على أنه: "تعدُ المصالح المختصة بالأوقاف عملية جرد أموال الأملاك الوقفية المنقولة النقدية وغير النقدية الموضوعة في الأماكن والمزارع والأضرحة والمقابر، مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 8 مكرر من القانون رقم 10/91 المؤرخ في شوال عام 1411 هـ الموافق ل 27 أبريل سنة 1991 م و المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم، والمذكور أعلاه"، أما عن عملية جرد الأملاك الوقفية الموجودة خارج الوطن فقد نصت بخصوصها المادة 3 من ذات المرسوم على أنه: "تحدد كيفيات جرد أموال الأملاك الوقفية الموجودة بالخارج بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالشؤون الدينية و الأوقاف ووزير الشؤون الخارجية"، وبخصوص عملية جرد الأملاك الوقفية العقارية فقد انطوت المادة 4 من ذات المرسوم أنه: "يحدد شكل ومحتوى السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية المحدث لدى مصالح الحفظ العقاري بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف والوزير المكلف بالمالية".

وبعد غياب المشرع الجزائري لمدة طويلة نسبيا تزيد عن العشر سنوات عن إصدار النصوص التنظيمية والتطبيقية لقانون الأوقاف من أجل استكمال البناء القانوني لهذه المنظومة الإسلامية التي تمسك بها أفراد المجتمع الجزائري لما تؤديه من دور فعال في تماسكه وتكافله، صدر المرسوم التنفيذي رقم 70/14 في 10 فبراير سنة 2014¹، يحدد شروط وكيفيات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 26 مكرر 9 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، التي نصت على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة 14 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه، للسلطة المكلفة بالأوقاف حق إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة - تحدد شروط تطبيق هذه المادة وكيفياتها عن طريق التنظيم"، ويُقصد بهذا الإيجار كل عقد تُؤجر بمقتضاه السلطة المكلفة بالأوقاف إلى شخص مستأجر - سواء كان شخصا طبيعياً يتمتع بالجنسية الجزائري أو شخصاً معنوياً خاضع للقانون الجزائري - أرضاً وقفية وفقاً عاماً مخصصة للفلاحة، حيث أن المادة الثالثة من ذات المرسوم استثنيت من نطاق تطبيقه الأراضي الفلاحية الموقوفة وفقاً خاصاً، حيث تظل خاضعة في نظام تأجيرها للقواعد العامة لعقد الإيجار.

ثالثاً : الوقف والقرارات الوزارية

من أجل حسن تنفيذ قانون الأوقاف والقوانين المعدلة والمتممة له من ناحية، وتطبيقاً لبعض نصوصه من ناحية ثانية، صدرت عدة قرارات وزارية من أهمها :

¹الجريدة الرسمية، عدد 9 المؤرخة في 20 فبراير 2014 م.

1 - القرار الوزاري المشترك بين وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ووزارة المالية والخاص بإنشاء الصندوق المركزي للأوقاف، الصادر بتاريخ 2 مارس 1999 م، يحمل رقم 31، يتضمن إنشاء الصندوق المركزي للأوقاف¹.

وهو حساب مركزي يفتح في إحدى المؤسسات المالية بقرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينية، علماً أنه يتم فتح حساب للأوقاف على مستوى نظارة الشؤون الدينية على مستوى المديرية²، غير أن الموارد والإيرادات المحصلة فيها تصب في الحساب المركزي للأوقاف، لذلك يمكن الحكم على هذا القرار القاضي بإنشاء الصندوق المركزي للأوقاف بأنه يجسد فكرة الإدارة المركزية للأوقاف في الجوانب المالية، ولا يدع أي دور للمصالح غير الممركزة المتمثلة فيمديرية الشؤون الدينية والأوقاف على المستوى الولائي .

2 - القرار الخاص بضبط الإيرادات والنفقات الوقفية والذي جاء تطبيقاً لأحكام المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 أنف الذكر، الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، وقد صدر في 10 أبريل 2000م يحدد كيفية ضبط إيرادات الوقف والنفقات الخاصة بالأملاك الوقفية³، مثل الهبات وعائدات الإيجار و نفقة الكهرباء والصيانة وغير ذلك من النصوص المنظمة لهذا النوع من النفقات وبيان مصادر الإيرادات، وتكمن أهمية هذا القرار في الرقابة المستمرة على الجهة المكلفة بإدارة الأملاك الوقفية، وذلك من أجل حماية هذه الأموال والمحافظة عليها .

3 - القرار الوزاري الخاص بشكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، الصادر بتاريخ 2 ربيع الأول 1422 هـ الموافق لـ 26 مايو 2001 م.⁴ وقد قضت المادة الثالثة من هذا القرار أن تتضمن الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي على سبيل الوجوب ما يلي : عنوان الشهادة، المراجع القانونية المعتمدة، رقم وتاريخ تسجيل وثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليمياً، وقد جاء هذا القرار من أجل إحاطة الأوقاف بمزيد من الضمانات التي من شأنها المحافظة عليها وحمايتها من الضياع، أو الاستيلاء عليها من قبل الغير، وذلك بوجود وثيقة رسمية للإشهاد على الملك الوقفي كدليل مُعد لإثباتها .

4 - تشديداً في توفير الحماية القانونية للأملاك الوقفية، صدر عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف قرار مؤرخ في 6 يونيو 2001م، يحدد محتوى السجل الخاص بالملك الوقفي⁵، وقد بينت المادة الثانية

¹ الجريدة الرسمية، عدد 32 ، الصادرة بتاريخ 2 مايو 1999 م.

² المادة 4 من القرار آنف الذكر .

³ الجريدة الرسمية، عدد 26 الصادرة بتاريخ 07 مايو 2000،.

⁴ الجريدة الرسمية، عدد 31 الصادرة بتاريخ 14 06 جوان 2001م،.

⁵ الجريدة الرسمية عدد 32 المؤرخة في 10 جوان 2001م.

من هذا القرار أن السجل الخاص بالملك الوقفي يجب أن يرقم، ويؤشر عليه من قبل السلطات المؤهلة قانوناً، ويمسك من قبل مدير الشؤون الدينية والأوقاف المختص إقليمياً .

5 - القرار الوزاري المشترك بين وزير الشؤون الدينية والوزير المكلف بالمالية مؤرخ في 2003/11/15م يحدد شكل ومحتوى السجل العقاري الخاص بالأحكام الوقفية.¹ وقد انطوت المادة الثانية من هذا القرار على أن السجل العقاري الخاص بالأحكام الوقفية يأخذ شكل البطاقات العقارية المستعملة من قبل المحافظات العقارية وتكون باللون الأزرق .

وما نخلص إليه من دراسة هذا المبحث هو أن الفقه الإسلامي قد قسم الوقف إلى وقف خيري عام ووقف ذري أهلي خاص، ووقف ثالث هو الوقف المشترك بينهما، وإن الاهتمام التشريعي بنظام الوقف في القوانين الوضعية يختلف من بلد إلى آخر، حيث أخذت بعض التشريعات بنفس التقسيمات التي تبناها الفقه الإسلامي للوقف، في حين تذهب بعض التشريعات إلى الأخذ بالوقف العام فحسب حيث ألغت الوقف الخاص الذي يكون على الذرية، كما سجل الباحث إلغاء المشرع التونسي للوقف بالمرّة من نظامه القانوني .

أما المشرع الجزائري فقد نظم الأوقاف وذلك نتيجة لحرص المجتمع الجزائري على التمسك بالمنظومة الوقفية، حيث اعتنى بالأوقاف منذ دخول الدين الإسلامي إلى أراضي المغرب العربي وشمال إفريقيا مروراً بالعهد العثماني، فقد كان أفراد المجتمع الجزائري يخصصون أوقافاً للحرمين الشريفين (الحرم المكي والمدني) تخصص رُبوع تلك الأوقاف لخدمتهما، كما خصصوا أوقافاً لخدمة بيت المقدس، فضلاً عن الأوقاف التي يستفيد منها أفراد المجتمع الجزائري، وفي عهد الاستعمار الفرنسي وبالرغم من السنين الطوال التي احتل فيها الجزائر وما فرضه من قوانين هدف من خلالها إلى القضاء على المنظومة الوقفية إلا أنه لم يستطع أن يثني المجتمع الجزائري عن التمسك بالدين الإسلامي بمنظومة الأوقاف التي تمثل أحد معالمه.

وغداة الاستقلال حرص المشرع الجزائري على تقنين الأوقاف في الدولة الجزائرية، وذلك من خلال إصدار ترسانة من التشريعات المنظمة للأحكام الوقفية، وعلى الرغم من الأمر رقم 73/71 المتضمن قانون الثورة الزراعية لم يراعي خصوصية الأحكام الوقفية حيث أخطأ بينها وبين أملاك للدولة، لكن سرعان ما تظن المشرع الجزائري لهذه الخصوصية وصوّب موقفه بصدور قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، الذي تضمنت المادة 38 منه على استرجاع الأحكام الوقفية التي استولت عليها الدولة أو الأفراد بموجب قانون الثورة الزراعية، ولا يزال اهتمام المشرع الجزائري بالأوقاف يتوالى من أجل استكمال البناء القانوني له وسد الثغرات والنقائص التي تعتريه.

¹ الجريدة الرسمية عدد 71 المؤرخة في 19 فبراير 2003 م.

الفصل الأول: إدارة الوقف وأثرها في حمايته

تعد إدارة أي أمر معين من الأهمية بمكان، فحسن الإدارة يؤدي إلى صلاح الأمر كما أن سوء الإدارة يؤدي إلى فساده وضياعه، والوقف بحسبانه أمراً مستداماً يحتاج إلى حسن إدارة وتسيير ليؤدي الغرض الذي شرع من أجله، فحسن إدارة الوقف تمثل أحد أوجه حمايته في مواجهة القائمين عليها، ذلك أن الأوقاف كثيراً ما تعرضت للنهب والاستيلاء عليها من قبل القائمين على إدارتها، وبذلك حرموا الموقوف عليهم من حقهم في الاستفادة من هذه الأوقاف .

فالاهتمام بالأوقاف والمحافظة على أعيانها وغلاتها من التعدي والإتلاف، يتحقق بالاهتمام بأمر الولاية عليها، فلا بد من يد صالحة واعية ترعى الوقف وتتولاه للإبقاء عليه صالحاً وتحقيق الغرض منه وتقوم على حفظ العين واستثمارها دون إهمال أو تفريط وتوصل الحقوق إلى مستحقيها دون حيف أو جور¹، فلا يولى على إدارة الأوقاف إلا من تتوفر فيه الشروط المطلوبة ويتحقق به المقصود، فالوقف حتى يستمر ويستدام في عطائه ويحقق أهدافه و مقاصده، يحتاج إلى من يقوم برعايته ويحافظ عليه ويعمل ما في وسعه لبقائه صالحاً ونامياً ومستداماً، ثم يقوم باستغلاله بكل طرق الاستغلال المشروعة وإنفاق غلاته في وجوهها، وتوزيعها على مستحقيها، كل هذا لا يكون إلا بواسطة إدارة قائمة عليه تدير مصالحه، وتحفظ أصوله بالأمانة وتوزع منافعه على أصحابها بالعدالة، لأجل هذا أقر الفقهاء ضرورة تنظيم الولاية عليه، وولاية الدولة في إدارة شؤون الأوقاف من الأحكام التي أقرها الفقه الوقفي، فقد نص الفقهاء للحاكم النظر العام، وقد كيفوا ولاية الدولة في إدارة شؤون الأوقاف على أنها ناشئة من صلاحيات الدولة أو السلطة الحاكمة، حيث أن الدولة بحكم النظر العام والولاية العامة لمصالح المجتمع ترعى الأوقاف فتتولى أحياناً النظارة على الأوقاف أو الرقابة على أداء النظار .

هذه الرقابة تعد ضرورية على إدارة وممارسة النشاط الوقفي في المجتمع، حيث تعتبر أحد مقومات نجاح المؤسسات الوقفية باعتبار أن النشاط الوقفي هو ممارسة تعبدية تخضع للإحكام القانونية المستمدة من الشريعة الإسلامية، كما أن الأموال الوقفية ذات طبيعة خاصة تستدعي ضرورة الحرص والمحافظة عليها.

وعلى ذلك سنعالج في هذا الفصل إدارة الوقف بحسبانه تمثل أحد أوجه حمايته، وذلك من خلال مبحث أول نعالج فيه أحكام النظارة على الوقف ودورها في حمايته، ومبحث ثاني نخصصه لدراسة حماية الوقف في مواجهة الناظر .

¹ أحمد محمد سليمان الأهدل، من أحكام الناظر، مقال ضمن ندوة الوقف الإسلامي، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقدة يومي 6 . 7 ديسمبر 1997 م .

المبحث الأول : أحكام النظارة على الوقف ودورها في حمايته

الوقف كي يستقيم حاله يجب له من شخص سواء أكان طبيعياً أو معنوياً يشرف على إدارته وحسن سيره، هذا المدير للوقف يُطلق عليه اصطلاحاً "ناظر الوقف"، فقد تأكد من الدراسات التاريخية والواقعية والنتائج العلمية والعملية أن أهم أحد أسباب نجاح الوقف يعود إلى جهود الناظر عليه وحسن عمله وأدائه وإخلاصه، وأن أهم أسباب تراجع الوقف وتدهوره وفشل وظيفته إنما يعود إلى تقصير الناظر عليه وخموله أو فساده أو خيانتته.¹

فمن أجل توفير الحماية للوقف يجب الاهتمام بالولاية عليه وإدارته من خلال إدارة على درجة عالية من الكفاءة الفنية والأخلاقية التي تجعلها بمنأى عن أي شبهات تتعلق بنزاهتها، مع توفير كافة ضمانات المراقبة تشرف عليها الدولة بحسبانها مستفيدة من الدور الذي يؤديه الوقف داخل المجتمع²، فالممارسة الاجتماعية لنظام الوقف استقرت على تأسيس هيئات مختلفة شكلت إطاراً تنظيمياً مكن الدولة من ممارسة دورها اتجاه الأوقاف تنظيمياً ورقابياً، كما تظهر أيضاً أن الأوقاف اعتمدت القضاء كمرجعية إدارية وسلطة إشرافية علياً أقرتها اجتهادات الفقهاء واعتمدتها سلطة الدولة كوصاية وجهاز إشرافي ورقابي مستقل شمل بإشرافه الأوقاف الخيرية والذرية.

ولقد عكست التنظيمات الإدارية التي استحدثتها الدولة في مختلف العصور حرصها على رعاية الأوقاف والإشراف العام عليها والإحاطة بأحوالها، إذ لم يخل زمن من حاكم كانت له إسهامات في تعزيز دور الوقف وتوسيع نطاقه وتنويع خدماته وحماية للأموال الموقوفة، حيث يمكن القول إن الدولة قامت بدور الإحاطة والرعاية تجاه الأوقاف .

وعلى ذلك سنعالج في هذا المبحث أحكام النظارة على الوقف بحسبانها تمثل أحد أوجه الحماية له، وذلك من خلال مطلباً أول نعالج فيه ماهية النظارة على الوقف، ومطلب ثانٍ نخصه لدراسة أقسام النظارة على الوقف، ومطلب ثالث لبيان الأجهزة القائمة على إدارة الأوقاف في القانون الوضعي .

المطلب الأول: ماهية النظارة على الوقف

لقد شهدت إدارة الأوقاف تطوراً متوافقاً مع النظرة الفقهية والتشريعية التي تداولتها المذاهب الفقهية منذ ظهورها إلى يومنا هذا، إذ نتج عن هذه الاجتهادات الفقهية مجموعة من الضوابط العامة، والاجتهادات الخاصة التي كان هدفها كلها هو البحث عن مصلحة الأوقاف والمحافظة عليها، فقد اهتمت هذه الاجتهادات أشد الاهتمام بمن يديرون العملية الوقفية، فبينوا معنى النظارة على الوقف، وتكليفها

¹ محمد مصطفى الزحيلي، مقال بعنوان " مشمولات أجرة الناظر المعاصرة " ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، الكويت في الفترة من 11 . 13 أكتوبر 2003م. ص 319 .

² مصطفى محمود عبد العال، دور الوقف في تفعيل التكامل في الوطن العربي، مقال منشور في مجلة النهضة، تصدرها كلية الاقتصاد والعلوم السياسية جامعة القاهرة، العدد الثالث، يوليو 2005، ص 82 .

الشرعي، والشروط التي يجب ان تتوافر فمن يتولى النظارة على الوقف ضمانا لحماية الوقف وحسن إدارته.

وضمن هذا المطلبسُعرف النظارة على الوقف في كل من اللغة العربية واصطلاحا عند الفقهاء المسلمين وفي النظام القانوني الوضعي، كما نبين مشروعيتها والأدلة الواردة في ذلك، وهذا في (فرع أول) وفي (فرع ثان) نتعرض للتكييف الشرعي والقانوني للنظارة على الوقف، و (في فرع ثالث) نبين الشروط الواجب توافرها في ناظر الوقف .

الفرع الأول : تعريف النظارة على الوقف وبيان مشروعيتها

النظارة في التعريف اللغوي تعني: الفراسة والحدق، تقول لم تخطئ نظارتي أي فراستي، وهي أيضاً حرفة الناظر.¹ ويستعمل النظر كذلك بمعنى الحفظ، يقال نظر الشيء أي حفظه، والناظر: الحافظ، وهو من يتولى إدارة أمر معين، كما يراد بالناظر الحارس

أما النظارة على الوقف اصطلاحا عند الفقهاء فيقصد بها الولاية² عليه، كولاية الوكيل والأب والجد و الوصي والقاضي، وفي ذلك قالالشافعية: " ناظر الوقف يشبه الوصي من جهة كون ولايته ثابتة بالتقويض، ويشبه الأب من جهة أنه ليس لغيره تسلط على عزله " ³، وعرف البهوتي من الحنابلة الناظر فقال: " هو الذي يلي الوقف، وحفظه، وحفظ ريعه، وتنفيذ شروط واقفة " ⁴.

فالنظارة وصف يثبت لصاحبه بمقتضاه الحق في وضع اليد على أعيان الوقف، والقيام على حفظها وتحسينها وإصلاحها وعمارتها، والحق في إدارة واستغلال أعيانه وتوزيع غلاته على مستحقيها، والحق في التعاقد نيابة عنه وتمثيله فيما يدعى له وعليه إلى غير ذلك من الحقوق والواجبات. ⁵

فناظر الوقف يقوم بهذه الأدوار المهمة في سير مؤسسة الوقف حتى تؤدي المهام المنوطة بها، باعتبارها الأداة التي يحقق بها الوقف أهدافه، فهو همزة وصل بين الملك الوقفي والجهات المقرر صرف الربح والغلات إليها، فالناظر يقوم بصيانة الوقف بإصلاح ما ينهدم منه حتى يبقى الوقف منتجا مدرا للخيرات التي تنفق على مستحقيها، كما يقع على عاتق الناظر استثمار وتنمية الوقف بالطرق المشروعة

¹لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن منظور، مرجع سابق، ج5، ص219 .

²الولاية في التعريف اللغوي:هي القرابة والنصرة، أما في الاصطلاح الشرعي فهي: تنفيذ القول على الغير، شاء الغير أو أبي (ينظر: التعريفات، للجرجاني، مرجع سابق، ص329)

³عجيل جاسم النشمي، بحث بعنوان " مشمولات أجره الناظر المعاصرة " ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، الكويت في الفترة من 11 . 13 أكتوبر 2003م، ص299 .

⁴شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، مرجع سابق، ج2 ص 416 .

⁵مليحة محمد رزق، التطور المؤسسي لقطاع الأوقاف في المجتمعات الإسلامية (دراسة حالة جمهورية مصر العربية) الأمانة العامة للأوقاف الكويت، ط1، سنة 2006 م، ص18 .

المباحة في نطاق صيغ الاستثمار الجائزة التي من شأنها أن تزيد وتعضم من أصول الأموال الموقوفة . وبخصوص تعريف النظارة على الوقف في التشريع الجزائري فقد نصت المادة 33 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم على أنه : " يتولى إدارة الأملاك الوقفية ناظر للوقف " ، ومن خلال استقراء هذا النص يتبين لنا أن المشرع الجزائري في هذا القانون المتعلق بالأوقاف لم يعرف النظارة على الوقف بل اكتفى بالإشارة إليها فحسب، لذلك استدرج المشرع هذا المفهوم ولجأ إلى إعطاء تعريف لنظار الوقف وذلك في المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المتضمن تحديد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها و حمايتها وكيفيات ذلك¹، فلقد انطوت المادة 7 من هذا المرسوم على أنه: " يقصد بنظارة الوقف فيصلب هذا النص ما يأتي:التسيير المباشر للملك الوقف، رعايته، عمارته، استغلاله، حفظه، حمايته ."

والملاحظ على المادة أن المشرع الجزائري استعمل فيها مصطلح من الاتساع بمكان حيث قال : " يقصد بنظارة على الوقف " فهو لم يعرف ناظر الوقف بل عدّد وذكر المهام المنوطة به على غرار ما فعل الفقه الإسلامي إذ هو الآخر لم يعرف النظارة على الوقف بل ذكر مهمة الناظر المتمثلة في إدارة الوقف، غير أنه بقي عنصر أدخله الفقه الإسلامي في أعمال ناظر الوقف ولم تشر إليه المادة السابعة، آنفة الذكر، يتمثل في صرف الغلة للمستحقين أو الموقوف عليهم، بحسبانه الغاية الأساسية من الوقف، بتحصيل المنفعة للمستحقين.

كما أن قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، ونصوصه التنظيمية لم يحدد بدقة الجهاز أو الهيئة الموكلة إليها القيام بمهام النظارة على الأوقاف، ذلك أن النظارة بمفهومها العام من خلال نصوص قانون الأوقاف يُشارك فيها عدة أجهزة هي: (لجنة الأوقاف، مديرية الأوقاف على المستوى المركزي، مديرية الأوقاف على المستوى الولائية، وكيل الأوقاف، ناظر الملك الوقفي)، فهذا الاشتراك سيؤدي حتما إلى توزيع هذا الدور بين هذه الهيئات، وهذا التوزيع يؤدي بدوره إلى عدم القيام بعمل النظارة على أحسن وجه، وفي الوقت ذاته يصعب معه تحديد المسؤولية، فتضيع الأوقاف وحقوق الموقوف عليهم.

أما في نطاق التشريعات المقارنة فقد عرّف المشرع الوقفي في إمارة الشارقة الناظر في المادة الأولى من القانون رقم 4 لسنة 2011 في شأن الوقف، التي انطوت على أنه : " في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالكلمات والعبارات التالية المعاني المبينة قرين كل منها ما لم يقتض سياق النص غير ذلك: ... الناظر: الشخص الاعتباري أو الطبيعي المكلف بالإشراف على الوقف في إسهاد الوقف، سواء كان وحداً أو أكثر"، فالمشرع من خلال هذه المادة يعتبر ناظر الوقف هو الشخص الذي يشرف على الوقف بإدارته واستثماره وتقسيم الغلة على الموقوف عليهم، وقد يكون هذا الناظر شخصا معنويا كالأمانة العامة

¹المرسوم التنفيذي 381/98 المؤرخ في 1 ديسمبر 1998م يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية ، عدد 90.

للأوقاف، كما قد يكون شخصا طبيعيا وفي هذه الحالة قد يكون الناظر شخصا واحدا كما يجوز أن يكون للوقف أكثر من ناظر واحد، وبذلك نكون أمام حالة تعدد الناظر.

وفي التشريع القطري عرفت المادة 12 من القانون رقم 8 لسنة 1996 المعدل والمتمم، أنف الذكر، ناظر الوقف بقولها: " ناظر الوقف هو المسؤول عن المحافظة على الوقف ورعايته وهو الممثل الشرعي له أما الغير "، فالمشرع القطري كالفقه الإسلامي عرف ناظر الوقف من خلال المهام التي تناط به، حيث يجب عليه المحافظة على الوقف ورعايته وذلك بحمايته من جميع الأخطار التي قد تهدد وجوده أو التي تؤدي إلى الاستيلاء عليه من قبل الغير، كما يقوم الناظر بمهمة تمثيل الوقف باعتباره نائبا عنه يعبر عن إرادته .

والنظارة على الأوقاف مشروعة بالقرآن الكريم، وبالسنة النبوية المطهرة، وبالإجماع.

فمن القرآن الكريم قال جلت قدرته: " مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ وَلَكِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكُذِبَ وَأَكْثَرُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ " ¹ ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة هو أنه لا سائبة² في الإسلام، فما دام الموقوف يخرج من يد مالكه فلا بد له من يدترعاه وتتولاه وذلك بالعمل على إبقائه صالحا ناميا وإلا كان مالا سائبا وهذا محظور شرعا، فالنظارة أو الولاية حقا مقررا شرعا على كل عين، بحيث لا يخلو أي وقف من ناظر يدير شؤونه ويرعى أموره، ذلك أن كل مال لا بد له من يد ترعاه وتحفظه حتى لا يكون هملا، فإذا كان المال مملوكا لمالك فهو أهل لحفظه وإدارته، وإذا كان المال غير مملوك لأحد من الناس كما هو حال الوقف، فقد أوجب الشارع الحكيم أن يتولاه متول يحفظه ويستغله ويقوم بمصالحه .

أما من السنة النبوية فقد روى البخاري ومسلم من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: " إن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أصاب أرضا بخبير فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها فقال: يا رسول الله إني أصبت أرضا بخبير لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمر به قال: إن شئت حبست أصلها وتصدق بها قال فتصدق بها عمر أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث وتصدق بها في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف غير متمول " ³ ووجه الدلالة من هذا الحديث الشريف: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نفى الحرج على من ولي وقفه أن يأكل منه بالمعروف، وقد علم النبي صلى الله عليه وسلم بهذه الولاية

¹ سورة المائدة، الآية 103 .

² جاء في تفسير القرطبي: السائبة هي الناقة بين عشر إناث ليس بينهن نكر لم يركب ظهرها ولم يجز وبرها ولم يشرب لبنها إلا ضيف، (أنظر: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، مرجع سابق، ج6، ص336).

³ أخرجه البخاري في كتاب الشروط باب الشروط في الوقف (صحيح البخاري، مصدر سابق، ج2، ص982) ورواه مسلم في كتاب الوصية باب الوقف (صحيح مسلم، مصدر سابق، ج3، ص1255) .

على هذا الوقف ولم ينكر عليه ذلك، فكانت الولاية على الوقف من قبيل السنة التقريرية من النبي صلى الله عليه وسلم، فدل ذلك على مشروعية النظارة على الوقف.

وقد أجمع الصحابة رضي الله عنهم على مشروعية الولاية على الوقف، فقد تولى بعضهم بأنفسهم النظارة على أوقافهم، ولم ينكر أحد عليهم هذه الولاية، فكان ذلك إجماعاً منهم على مشروعية النظارة على الوقف، وفي التعبير عن هذا الإجماع قال الشافعي رحمه الله: "أخبرني غير واحد من آل عمر وآل علي أن عمر ولي صدقته حتى مات وجعلها بعده إلى حفصة، وأن علي ولي صدقته حتى مات، ووليها بعده الحسن بن علي، وأن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وليت صدقتها حتى ماتت، وبلغني عن غير واحد من الأنصار أنه ولي صدقته حتى مات".¹ فلو لم تشرع النظارة على الأوقاف لأدى ذلك إلى ضياع الأوقاف، فيجب أن يكون للوقف ناظر يقوم على شؤونه وهو أمر واجب وليس جائزاً أو مستحباً لأن حفظ الوقف أمر واجب، وما لا يتحقق الواجب إلا به يكون هو أيضاً واجب، فلئن كانت إدارة الوقف من العناصر الضرورية لقيام هذا النظام، فإن ناظر الوقف أو متولي الوقف هو أيضاً أمر ضروري لقيام هذه الإدارة .

كما تجد النظارة على الأوقاف سندها القانوني في التشريع الجزائري بموجب المادة 3/60 من التعديل الدستوري لسنة 2020، حيث أعطى المشرع الدستوري طبيعة خاصة للأموال الوقفية تختلف عن الأملاك العامة كما تختلف أيضاً عن الأملاك الخاصة، فقد نصت هذه المادة على أنه: "الأملاك الوقفية و أملاك الجمعيات الخيرية معترف بها، ويحمي القانون تخصيصها"، ونظراً لهذه الطبيعة الخاصة التي تتميز بها الأملاك الوقفية عن غيرها من الأملاك الأخرى، فإن المشرع الجزائري قد عمد إلى إصدار القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، وقد انطوت المادة 33 منه على أنه: " يتولى إدارة الأملاك الوقفية ناظر للوقف".

ومن ناحية ثانية يتجلى هذا السند القانوني للنظارة على الأوقاف، من خلال اعتراف المشرع الجزائري للوقف بالشخصية المعنوية، فقد نصت المادة 5 من القانون رقم 10/91 المعدل والمتمم على أن: "الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية، وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقفتين فيها"، كما أن المادة 49 من القانون المدني المعدلة بمقتضى القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يوليو 2005، قد عدت الأشخاص المعنوية وذكرت من بينهم الوقف، بقولها: "الأشخاص الاعتبارية هي: الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات والمؤسسات، الوقف، كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية"، واعتراف القانون بالشخصية الاعتبارية لمجموعة من الأشخاص أو الأموال يترتب

¹ كتاب الأم، للشافعي، مرجع سابق، ج4، ص 59 .

عليه عدة نتائج من أهمها: الذمة المالية المستقلة، وحق التقاضي، ونائب يعبر عن إرادتها¹، لذلك يحتاج الوقف باعتباره شخصاً معنوياً إلى ممثل قانوني وهو بلا شك ناظر الوقف لأن المشرع في المادة 5 من رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، آنفه الذكر، لم يعتبر الدولة ممثلة للوقف، بل جعلها ضامنة لاحترام إرادة الواقف فحسب .

الفرع الثاني: التكيف الشرعي والقانوني للنظارة على الوقف

يعد تكيف النظارة على الوقف أي تحديد العلاقة بين القائم على إدارة الملك الوقفي، وبين الملك الوقفي ذاته، أمراً بالغ الأهمية، ذلك أن النظارة تصرف شرعي وقانوني يترتب عليها الكثير من الأحكام الشرعية والقانونية، فمن خلال التكيف المعطى للنظارة يمكن تحديد تصرفات الناظر ومعرفة مدى المسؤوليات التي تلقى على عاتقه.

فهل تُعد النظارة على الوقف عقداً من قبيل العقود، أم إنها من قبيل الولايات التي يفوض للقائم بها التصرف في حدود قواعد الولاية ؟

أولاً : تكيف النظارة على الوقف في الفقه الإسلامي

الفقه الإسلامي يقرر أن النظارة على الوقف ليس لها حقيقة واحدة في جميع أحوالها، ذلك أنها أحياناً قد تتصف بالصفة العقدية، وفي أحياناً أخرى تتصف بصفة الولاية .

1- النظارة على الوقف عقد وكالة

يذهب فقهاء المذاهب الإسلامية الأربعة إلى تكيف النظارة على الوقف بأنها عقد وكالة² في حالة ما إذا اشترط الواقف النظارة لنفسه ثم عين شخصاً آخر يتولى النظارة على الوقف فإن هذا الأخير يكون في مثل هذه الحالة وكيلاً عن الواقف³.

ومن ناحية ثانية فإنهم اتفقوا كذلك على أن النظارة هي عقد وكالة ونيابة، حتى لو لم يشترط الواقف النظارة لنفسه واشترطها لشخص آخر، غير أنهم اختلفوا فيما بينهم على النظم بهذه الوكالة، بمعنى آخر من هو الموكل ؟ فهل يعد الناظر وكيل عن الواقف، أم أنه وكيل عن الموقوف عليهم ؟. وفي الإجابة عن هذا السؤال تباينت كلمة فقهاء المذاهب الإسلامية الأربعة على قولين:

¹ وفي هذا الصدد نصت المادة 50ق م ج على أنه: " يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان، وذلك الحدود التي يقرها القانون . 2 . يكون لها على الخصوص: . ذمة مالية، . أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقرها القانون . موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها ... نائب يعبر عن إرادتها حق التقاضي " .

² الوكالة . بفتح الواو أو كسرهما . في التعريف اللغوي تعني الحفظ والتفويض، والقيام بالأمر نيابة عن الغير (ينظر : لسان العرب، مرجع سابق، ج 11 ، ص 734) .

³ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم، مرجع سابق، ج 5 ص 243 . 244، ومغني المحتاج، للشربيني، مرجع سابق، ج 2393، وكشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج 4 ص 268 .

القول الأول ذهب إليه أبو يوسف من الحنفية والشافعية إلى قرر بأن النظارة على الوقف تعد عقد وكالة، فبمقتضاها يكون الناظر وكيلاً ونائباً عن الواقف فيما يقوم به من أعمال وتصرفات في المال الموقوف¹، في حين ذهب محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية والمالكية، والحنابلة، إلى القول بأن النظارة على الوقف تعد عقد وكالة، غير أن الناظر بمقتضى هذه الوكالة لا يكون نائباً عن الواقف، إنما هو وكيل ونائباً عن الموقوف عليهم².

وسبب اختلاف الفقهاء في مسألة من هو الموكل في النظارة، مرده إلى اختلافهم في مدلول النظارة على الوقف، وهل الولاية على الوقف تثبت للواقف وإن لم يشترطها لنفسه، أم إن الأمر غير ذلك. فعند أبي يوسف من الحنفية تثبت النظارة للواقف أولاً فهو المالك الأول لها، وعنه تصدر، وإليه تعود، ولا يحتاج ثبوتها إلى النص عليها في كتاب الوقف، ولا عند إنشائه الشرعي، وهذا القول لأبي يوسف هو المفتى به في عموم المذهب الحنفي كما تدل عليه كتبهم، فقد جاء في البحر الرائق ما نصه: "وقال أبو يوسف الولاية للواقف وله أن يعزل القيم في حياته و إذا مات الواقف بطلت ولاية القيم"، ويستدلون على ما ذهبوا إليه بأن الواقف هو أقرب الناس إلى الوقف وإليه ينسب، فهو أولى الناس بولايته وأحقهم بإدارته وحمايته، مثل من بنى مسجداً للصلاة فهو أحق الناس بعمارته³.

إذن النظارة ثابتة للواقف ولو لم ينص عليها والقيم الذي يقيمه في حياته يعد وكيل عنه له أن يعزله في أي وقت شاء، و إذا مات انعزل بموته، لأن الوكيل يعزل بموت الموكل هذا إذا لم يوص إليه بعد الوفاة، و لا تسقط ولايته على وقفه إلا إذا ثبت أنه غير أمين، فإذا ثبت ذلك كان للقاضي أن يغل يده عن الوقف حفظاً له، ورعاية لحق الفقراء وجهات البر التي نص أن يكون مآل الوقف إليها، لأن القاضي هو القائم بالنظارة العامة التي قوامها رعاية المصالح و دفع المضار .

و من جماع ما سبق نستنتج أن مذهب الحنفية هو أن النظارة على الوقف تثبت في المقام الأول للواقف ذاته، ثم لمن يعينه الواقف قيماً على وقفه، وإن لم يعين أحد وصياً على وقفه بعد موته، فإن النظارة تكون بيد القاضي ليعين ناظراً على الوقف.

أما المالكية وحيث يشترطون لصحة الوقف القبض كالهبة فإن مات الواقف أو مرض الموت أو أفلس قبل القبض (الحوز)⁴ بطل الوقف، وعلى ذلك لا تضر ولاية الواقف على الوقف مادامت لا

¹ أحكام الأوقاف، للإمام أبي بكر أحمد بن عمر الشيباني المعروف بالخصاف، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1996م، ص 23. ومغني المحتاج للشربيني، مرجع سابق، ج3 ص393 . 394 .

² كتاب الإسعاف في أحكام الأوقاف للطرابلسي، مرجع سابق، ص 49، والشرح الكبير، للدردير، مرجع سابق، ج4، ص88. وكشاف القناع للبهوتي، مرجع سابق، ج4 ص268،

³ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن النجيم مرجع سابق، ج5 ص244 .

⁴ الحوز في اللغة بمعنى الجمع، وكل من ضم شيئاً إلى نفسه من مال أو غير ذلك فقد حازه حوزاً وحيازة (ينظر : لسان العرب، مرجع سابق، ج5، ص 341).

تتفاى مع شرط الحياة، ولا يصح أن تبقى هذه الولاية إذا تنافت مع شرط الحياة، فاشتراط الواقف أن يكون النظر له يبطل الوقف إن حصل مانع لم تتم معه الحياة، والراجح عند المالكية أن الواقف إذا لم يشترط النظارة لنفسه فإنها تكون للموقوف عليهم إذا كانوا بالغين راشدين أهل للرضا، أو من يعينهم هؤلاء الموقوف عليهم، وإلا كان الأمر بيد القاضي، وفي التعبير عن هذا الموقف جاء في مواهب الجليل ما نصه: "وقي سماع سحنون مسألة تدل على أن المحبس عليهم إذا كانوا كبارا تولوا حسبهم بأنفسهم" ¹. وعند الشافعية الواقف لا تثبت له النظارة على وقفه إلا إذا اشترطها عند إنشاء الوقف، وإن لم يحفظ لنفسه حق النظارة عند إنشاء الوقف وجعلها لغيره كانت النظارة لمن شرطها له، فإن لم يجعلها لأحد اختلف الشافعية في ذلك على ثلاثة أقوال، ففريق قال تبقى الولاية للواقف، وتبريرهم في ذلك أن النظارة الأصلية تكون للواقف، فإن هو لم يشترطها لغيره فلا يسقط حقه لصالح أحد، في حين ذهب فريق ثان إلى القول بأن النظارة في هذه الحالة تثبت للموقوف عليه، لأنه صاحب الغلة فهو صاحب الرعاية عليها، وذهب فريق ثالث إلى القول بأن النظارة في هذه الحالة تكون للقاضي لأن النظارة على الوقف في هذه الحالة شاغرة والقاضي ولي من لا ولي له ².

وهذا الاختلاف عند علماء المذهب الشافعي مرده إلى الاختلاف في ملكية الوقف، والراجح أن الوقف يكون على ملك الله سبحانه وتعالى وحده، وعلى ذلك فإن النظارة على الوقف عند عدم اشتراطها لأحد تكون للقاضي باعتباره صاحب الولاية العامة .

وفي توضيح مذهب الحنابلة في النظارة على الوقف يقول ابن قدامة المقدسي: "وينظر في الوقف من شرطه الواقف لأن عمر رضي الله عنه جعل وقفه إلى حفصة تليه ما عاشت ثم إلى ذوي الرأي من أهلها، ولأن مصرف الوقف يتبع فيه شرط الواقف فكذلك النظر فيه، فإن جعل النظر لنفسه جاز وإن جعله إلى غيره فهو له فإن لم يجعله لأحد أو جعله لإنسان فمات نظر فيه الموقوف عليه لأنه ملكه ونفعه له فكان نظره إليه كملكه المطلق ، ويحتمل أن ينظر فيه الحاكم اختاره ابن أبي موسى" ³.

فمذهب الحنابلة في النظارة على الوقف يقارب مذهب الشافعية، فالنظارة عندهم لمن شرطها الواقف عند إنشاء الوقف، سواء أكان هو أم غيره، وإذا لم يشترطها الواقف لأحد عند إنشاء الوقف أو اشترطها لشخص غير أن هذا الأخير توفي، فإن النظارة لا تثبت للواقف، ذلك أن النظارة يتبع فيها الشروط التي اشترطها الواقف عند إنشاء الوقف، فإن كان الوقف على جهة عامة كالمساجد فالنظارة للقاضي، وإن كان الوقف على شخص معين واحد أو أكثر فالنظر يكون للموقوف عليه، لأنه هو الذي يعود عليه نفعه، وقيل إن النظارة في هذه الحالة تكون للقاضي.

¹ مواهب الجليل، مرجع سابق، ج6، ص37.

² المهذب في فقه الإمام الشافعي، لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الفكر، بيروت، لبنان، ب س ن، ج1، ص445 .

³ المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ج5، ص377 .

2- النظرة على الوقف من الولايات

قد لا تكون لنظرة على الوقف الصفة العقدية وإنما قد تكون من قبيل الولايات، وهي ولاية خاصة على المال الموقوف، تثبت ابتداء للواقف أو للموقوف عليه أو للقاضي على اختلاف بين الفقهاء، وعلى ذلك نجد أن الفقه الإسلامي يُعبر عن النظرة على الوقف بمصطلح الولاية على الوقف، وفي ذلك يقول البهوتي: " الناظر هو الذي يلي الوقف، وحفظه، وتنفيذ شروط واقفة ".¹ والولاية نوعان، ولاية عامة و ولاية خاصة، فالنوع الأول تعرف على أنها: "سلطة على إلزام الغير ونفاذ التصرف عليه دون تفويض منه، تتعلق بأمور الدين والدنيا والنفس والمال"²، ويندرج في إطار هذا النوع الولاية العامة على الأوقاف .

أما الولاية الخاصة فتطلق في استعمال الفقهاء على ثلاثة معان، فقد تطلق على النيابة الجبرية التي يفوض فيها الشرع أو القضاء شخصاً كبيراً راشداً بأن يتصرف لمصلحة القاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية³، كما قد تطلق على السلطة التي يجعلها الشرع بيد أهل القتيل في استيفاء القصاص من قاتله، أو العفو عنه إلى الدية أو مطلقاً، كما قد تطلق الولاية الخاصة على ولاية الناظر على الوقف، وهذه الولاية هي محل الدراسة وهي ليست ناشئة عن نقص أهلية ولا علاقة لها بالنفس، وإنما هي ولاية يفوض من عهد بها إليه بحفظ المال الموقوف والعمل على بقائه وتنميته، وهذه الولاية الخاصة للناظر تنتقل إلبالحاكم بمقتضى ولايته العامة عند عدم وجود الولي الخاص لقوله صلى الله عليه وسلم: "السلطان ولي من لا ولي له"⁴، والسلطان يمارس هذه الولاية بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه .

ثانياً: تكييف النظرة على الوقف في القانون الوضعي

في التشريع الجزائري انطوت المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، على أنه: " يعين الوزير المكلف بالشؤون الدينية بقرار، بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف المذكورة في المادة 9 أعلاه، ناظراً لملك وقفي أو لعدة أملاك وقفية، كما يعتمد ناظراً للملك الوقفي الخاص عند الاقتضاء، استناداً إلى عقد الوقف أو إلى اقتراح ناظر الشؤون الدينية وذلك من بين :

- 1 - الواقف أو من نص عليه عقد الوقف .
- 2 - الموقوف عليهم، أو من يختارونه، إذا كانوا معينين محصورين غير راشدين .
- 3 - ولي الموقوف عليهم، إذا كانوا معينين محصورين غير راشدين.

¹ شرح منتهى الإرادات للبهوتي، مرجع سابق، ج2، ص 416 .

² نزيه حماد، نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية، دار العلم، دمشق، سوريا، سنة 1994 م، ص 17 .

³ مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سوريا، سنة 2004 م، ج 1، ص 817 .

⁴ سنن ابن ماجه، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، سنة 1975 م.

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

فبالرغم من أن المشرع الجزائري وطبقاً لنص هذه المادة قد جعل تعيين ناظر الوقف من اختصاص الوزير المكلف بالشؤون الدينية، إلا أن هذا لا يعني أن ناظر الوقف يعد وكيلاً عنه، ذلك أن المشرع الجزائري يعتبر ناظر الوقف وكيلاً¹ عن الموقوف عليهم، وهذا يظهر من خلال منطوق المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 التي انطوت على أنه: " يباشر ناظر الملك الوقفي عمله تحت رقابة وكيل الأوقاف ومتابعته، ويتولى على الخصوص المهام الآتية: السهر على العين الموقوفة، ويكون بذلك وكيلاً على الموقوف عليهم وضامناً لكل تقصير ... " .

إذاً ذهب المشرع الجزائري إلى تبني موقف محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية، والمالكية، والحنابلة في اعتبار ناظر الوقف وكيلاً عن الموقوف عليه، فهو ليس وكيلاً لا عن الواقف، ولا عن وزارة الشؤون الدينية، وتعيين ناظر الوقف من قبل وزير الشؤون الدينية لا يعني إلحاق ناظر الوقف بعمال قطاع الشؤون الدينية، حيث يبقى مستقلاً بنظامه القانوني عن إدارة الأوقاف التي تتولى الإشراف تحقيقاً لأغراض الوقف لا الإشراف بمعنى الرقابة على الموظف، فناظر الوقف لا يعد موظفاً من موظفي وزارة الشؤون الدينية والأوقاف .

كما أن المشرع الجزائري قد اعتبر ناظر الوقف أميناً على الملك الوقفي، بحسابه وكيلاً عن الموقوف عليهم (المستحقين)، فإذا بدد مال الوقف فإنه يعامل قانوناً معاملة الوكيل الذي يبدد مال موكله، غير أنه ينبغي ملاحظة أنه لا تنطبق جميع أحكام عقد الوكالة المبينة في القانون المدني الجزائري، على وكالة الناظر للموقوف عليهم في الوقف، فمثلاً نجد أن التزام الوكيل بمقتضى أحكام القانون المدني هو التزام ببذل عناية الرجل العادي، وهو ما انطوت عليه المادة 576 من القانون المدني بقولها: " يجب دائماً على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي"، في حين نجد أن ناظر الملك الوقفي مطالباً ببذل عناية الرجل الحريص، ومسؤوليته في ذلك هي مسؤولية الشخص الحريص وليس فقط مسؤولية الشخص العادي، يستفاد هذا المفهوم من نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 التي جاء فيها: " يباشر ناظر الملك الوقفي عمله تحت رقابة وكيل الأوقاف ومتابعته، ويتولى على الخصوص المهام الآتية: السهر على العين الموقوفة، ويكون بذلك وكيلاً على الموقوف عليهم وضامناً لكل تقصير ..."، فالسهر يقتضي الالتزام ببذل عناية الشخص الحريص، فيفرض على ناظر الملك الوقفي بذل الجهد واستفراغ الوسع وتفقد ما تحت يده من أموال الوقف وتعهدها.

وفي نطاق القانون المقارن نجد أن المشرع في إمارة الشارقة قد تبني ذات الموقف الذي تبناه

¹ عرفت المادة 571 من القانون المدني الجزائري الوكالة بقولها: " الوكالة أو الإنابة هي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه " .

المشعر الجزائري في اعتبار ناظر الوقف وكيلا عن الموقوف عليهم، يتجلى ذلك من خلال نص المادة 38 من القانون رقم 4 لسنة 2011 آنف الذكر، حيث انطوت على أنه: "يعتبر الناظر أمينا على الوقف وأمواله، ووكيلاً عن المستحقين وممثلاً شرعياً لهم أمام الآخرين"، أما المشعر في سلطنة عُمان فإنه يُعبر عن الناظر بتسمية " الوكيل " حيث جاء الفصل الرابع من قانون الأوقاف رقم 2000/65 آنف الذكر، تحت عنوان " وكيل الوقف " غير أن المشعر العُماني ضمن مواد هذا الفصل لم يبين ما إذا كان الناظر وكيلا عن الواقف أم وكيلا عن الموقوف عليهم أو وكيلا عن الوقف ذاته .

وأيا كان الأمر فإن اعتبار المشعر الجزائري والمشعر في إمارة الشارقة ناظر الملك الوقفي وكيلاً عن الموقوف عليهم، هو أمر محل نظر، ذلك أن الكثير من الأحكام العامة ونتائج عقد الوكالة لا تنطبق على علاقة الناظر بالموقوف عليه، ولا بعلاقته مع الواقف، ومن ذلك على سبيل المثال:

أ - إن آثار عقد الوكالة تنصرف إلى الموكل، بينما نجد أن آثار الولاية على الوقفلا تنصرف بحال من الأحوال إلى الواقف، إنما تنصرف إلى الوقف ذاته بحسبانه شخص معنوي، ليستفيد منها الموقوف عليهم.¹

ب - إن الواقف سيكون وكيلا عن نفسه في الحالة التي يحتفظ فيها بالولاية على الوقف لنفسه، وهذا أمر غير ممكن.²

ج - من الأسباب التي تنقضي بموجبها الوكالة موت الموكل أو الوكيل³ أو فقد أحدهما لأهليته، في حين أن النظارة على الوقف تظل مستمرة ولو بموت الواقف، أو الموقوف عليهم.

وبناء على ذلك فإنه من الأصح أن يُعتبر ناظر الملك الوقفي نائبا قانونيا عن الوقف ذاته، طالما أن هذا الأخير اعترف له القانون بالشخصية الاعتبارية، التي من نتائجها الاعتراف له أيضا بالمثل القانوني، الذي يكون هو الناظر، ومن ثم يقترح الباحث أن تكون صياغة نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 على النحو التالي: " يباشر ناظر الملك الوقفي عمله تحت رقابة وكيل الأوقاف ومتابعته، ويتولى على الخصوص المهام الآتية: السهر على العين الموقوفة، ويكون بذلك نائبا عن الملك الوقفي وضامناً لكل تقصير ... " .

الفرع الثالث : شروط ناظر الوقف

اشتراط فقهاء الشريعة الإسلامية فيمن يتولى النظارة على الوقف جملة من الشروطاتفقوا على بعضها واختلفوا في بعضها الآخر، كما أن القوانين الوضعية هي الأخرى تشترط أن يتوافر في ناظر

¹ عبد الرزاق اصبيحي، الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، سنة 2009م، ص 70.

² أنور أحمد القريع، الحماية المدنية للوقف، مقال بمجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد الثاني، سنة 1999، ص110.

³ فقد نصت المادة 586 ق م ج على أنه : " تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة وتنتهي أيضا بموت الموكل أو الوكيل " .

الوقف بعض الشروط حتى يمكن تعيينه، ذلك أن هذه الشروط تمثل في حد ذاتها حماية للوقف، لأن النظارة على الوقف من الأمور الهامة كي يؤدي الوقف الغرض المقصود منه على أحسن وجه .

أولاً: الشروط المتفق عليها لدى الفقه الإسلامي وموقف القوانين الوضعية منها

1 - أن يكون الناظر بالغا سن الرشد

يعد بلوغ سن الرشد شرطاً جوهرياً في ناظر الوقف، وقد اتفق على ذلك فقهاء المذاهب الأربعة، حيث قال به الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، فعلى هذا لو أسند الواقف النظر إلى صغير، أو كان الموقوف عليه صغيراً ولم يعين الواقف ناظراً، وجب منْع الصغير من مباشرة النظر على الوقف، ويذهب الفقهاء في تبريرهم لهذا الشرط إلى قياس نظر الصغير على الوقف على نظره على ملكه المطلق بطريق القياس الأولى، وذلك أن الصغير إذا كان يمنع عليه إدارة ملكه الخاص فمن باب أولى أن يمنع من إدارة الملك الوقفي الذي تتطلب إدارته رعاية خاصة.¹

ولا شك أن تعيين الصغير غير البالغ سن الرشد كناظر للملك الوقفي فيه مخاطرة بمصالح الوقف، على اعتبار أن الصغير ليست له الدراية والقدرة الكافيتين على إدارة الوقف الإدارية السليمة التي تضمن أن يؤدي الوقف الغرض المنشود منه، بإنتاج الغلات ووصولها إلى الموقوف عليهم، بشكل دائم، ومن ناحية ثانية فإن الصغير غير مؤاخذ ديناً، فهو مرفوع عنه القلم، فعن عائشة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " رفع القلم عن ثلاث عن النائم حنسيستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق " الشيء الذي لا تثبت معه مسؤوليته، مما قد يؤدي إلى ضياع الوقف، وبالتالي تضيع مصالح الموقوف عليهم المستحقين للغلات. فالمحافظة على الأوقاف وحمايته أصولها من الضياع تقتضي عدم إسناد النظارة عليها للصبي غير البالغ سن الرشد .

ولقد سايرت القوانين الوضعية الفقه الإسلامي في ضرورة توافر شرط بلوغ سن الرشد فمن يتولى النظارة على الوقف، فقد نصت المادة 18 من قانون الأوقاف العماني رقم 2000/65 . أنف الذكر - على أنه: " يشترط في الوكيل أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً ..."، كما انطوت المادة 38 من قانون الأوقاف رقم 4 لسنة 2011 في إمارة الشارقة على أنه: " يشترط فيمن يتولى النظارة على الأوقاف أن يكون: 1- مسلماً عاقلاً رشيداً...". وفي ذات الصدد نصت قانون الأوقاف الشرعية اليمني رقم 23 لسنة 1992 المعدل والمتمم، في المادة 51 منه على أنه: " يشترط في متولي الوقف أن يكون مسلماً مكلفاً عدلاً"، فهذه القوانين كلها جاءت متفقة على ضرورة توافر شرط البلوغ في الشخص الذي يتولى النظارة

¹ ينظر: من كتب الحنفية: الإسعاف في أحكام الأوقاف للطرابلسي، المرجع السابق، ص52، وفي ذلك يقول: " ولو أوصى إلى صبي تبطل في القياس مطلقاً ، وفي الاستحسان هي باطلة مادام صغيراً فإذا كبر تكون الولاية له "، ومن كتب المالكية: مواهب الجليل، المرجع السابق، ج6، ص37، 38 . ومن كتب الشافعية، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، للإمام جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1993، ص111، ومن كتب الحنابلة: كشاف القناع، للبهوتي، مرجع سابق، ج4 ، ص 270 .

على أي وقف وذلك من أجل حمايته والمحافظة عليه.

وكذلك هو الحال في النظام القانوني الجزائري فقد سائر الفقه الإسلامي في اشتراط البلوغ في ناظرالوقف، فمن تعينه إدارةالأوقاف كناظر للملك الوقفي يجب أن يكون بالغاً سن الرشد، وهذا ما انطوت عليه الفقرة الثالثة من المادة 17 في فقرتها الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 - أنف الذكر - بقولها: "يشترط في الشخص المعين أو المعتمد ناظراً للأوقاف أن يكون: ... 3 . بالغاً سن الرشد"، وسن الرشد المدني في النظام القانوني الجزائري هو تسعة عشر 19 سنة كاملة¹، وتطبيقاً لذلك لا يجوز أن يعين ناظراً لأي ملك وقفي من لم يبلغ سن التاسعة عشر، فحسن الإدارة يتطلب أن لا يكون الناظر عليه صبياً سواء أكان مميزاً، ومن باب أولى إن كان صبياً غير مميز، والهدف من ذلك كله هو حماية الملك الوقفي والمحافظة عليه.

2 - أن يكون الناظر عاقلاً

يشترط الفقه الإسلامي فيمن يعين ناظراً للوقف أن يكون عاقلاً غير مجنون، وهذا الشرط اتفق عليه أصحاب المذاهب الأربعة أيضاً، لصحة الولاية على الوقف، حيث قال به الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، فلا تصح تولية المجنون على الوقف لأنه فاقد العقل عديم التمييز، فهو ليس بأهل لأي عقد أو تصرف لعدم اعتبار إرادته، إذ لا يترتب عليها أي أثر شرعي، وكما أن المجنون يمنع النظارة ابتداءً، فإنه يمنعها بقاءً، فإذا جن حين توليه النظارة وجب عزله.²

فلا شك أن غير العاقل لا يمكنه تمييز المصالح من المفسد، كما لا يمكنه تمييز الضار من النافع، ومن ناحية ثالثة فإنالله سبحانه وتعالى قد رفع عنه التكليف والمسؤولية، ودل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: " رفع القلم عن ثلاث عن النائم حنثيستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق"، ولما كان الأمر كذلك، فإن رفع التكليف عنه في الأمور الدنيوية يكون من باب أولى، كما أن الإنسان يمنع من التصرف في ماله إذا كان شخصاً غير عاقل، فأولى أن يمنع من التصرف في مال الغير.

والمشرع الجزائري بدوره يشترط في ناظر الوقف، لكي يصح تعيينه أن يكون عاقلاً، وهذا ما انطوت عليه الفقرة الرابعة من المادة 4/17 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 أنف الذكر بقولها: "يشترط في الشخص المعين أو المعتمد ناظراً للأوقاف أن يكون: ... 4 - سليم العقل والبدن"، فمن هذا يتضح لنا ضرورة توافر شرط السلامة العقلية لناظر الملك الوقفي، وقد قرن المشرع الجزائري السلامة

¹ فقد نصت المادة 2/40 ق م ج على أنه: "وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

² ينظر: من كتب المذهب الحنفي: حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج4 ص 381. ومن كتب المالكية: مواهب الجليل، مرجع سابق، ج 6، ص37. ومن كتب الشافعية: فتاوى ومسائل ابن صلاح، لتقي الدين أبي عمرو عثمان بن صلاح الكردي الشهر زوري، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، سنة 1986، ج1، ص387، ومن كتب الحنابلة: كشف القناع للبهوتي، مرجع سابق، ج4، ص 270.

البدنية لناظر الوقف بالسلامة العقلية، ذلك أن ناظر الملك الوقفي مطالب ببذل عناية الشخص الحريص في القيام بشؤون الوقف من رعاية وحفظ وتنمية وتقسيم الغلة على المستحقين، وكل هذه الأعباء لا تتأتى إلا إذا كان ناظر الملك الوقفي لديه من القدرة البدنية ما يؤهله لذلك بأن يكون سليم البدن غير معاق أو عاجز عن الحركة .

وقد تبنت سائر التشريعات المقارنة في مادة الوقف ضرورة السلامة العقلية لناظر الوقف، فعلى سبيل المثال لا الحصر نصت المادة 38 من قانون الأوقاف رقم 4 لسنة 2011 في إمارة الشارقة على أنه: "يشترط فيمن يتولى النظارة على الأوقاف أن يكون: 1 - مسلماً عاقلاً رشيداً..."، كما انطوت على بيان ذات الشرط المادة 18 من قانون الأوقاف العماني رقم 2000/65 - آنف الذكر - بقولها: "يشترط في الوكيل أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً..."، فالسلامة العقلية لناظر الملك الوقفي شرط بديهي ومنطقي، فالشخص المجنون فاقد للعقل لا يمكنه الإدراك والتمييز والوقف باعتباره شخصية معنوية يحتاج إلى حسن إدارة وتدبير من أجل أن يكون منتجاً ليؤدي الغرض الذي وجد من أجله، وهذا ما لا يمكن تحقيقه إذا عُهدت النظارة على هذا الوقف لشخص فاقد للعقل، كما أنه من ناحية ثانية فإن تولية الشخص المجنون على إدارة أي وقف سيؤدي حتماً إلى ضياعه، في حين أن المطلوب هو توفير الحماية للأوقاف، ومن ثم يجب أن يكون ناظر الملك الوقفي سليم العقل غير مجنون.

3 - أن يكون الناظر ذا قوة وقدرة على القيام بشؤون الوقف

يعد شرط الكفاءة والقدرة من الشروط العامة في الوظائف والولايات، لا فرق في ذلك بين ولاية النظر على الأوقاف أو غيرها من باقي الولايات، وهو من الشروط المهمة التي يجب أن تتوفر في ناظر الوقف، حتى يتأتى له القيام بمهامه على أكمل وجه، ويُعبر فقهاء الشريعة الإسلامية عن هذا الشرط بالكفاية ويقصد بها قوة الشخص وقدرته على التصرف فيما هو ناظر فيه .

حيث يتفق الفقه الإسلامي على ضرورة أن يكون ناظر الوقف متمتعاً بالقدرة التي تمكنه من القيام بشؤون الوقف، ذلك أن الله سبحانه تعالى أمرنا بحراسة أموالنا من أن تبذر وتنفق في غير وجهها، فلا نؤتيها إلا من توفرت فيه الكفاءة في التصرف والخبرة به، ولذلك قال تعالى: " وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا"¹. ومن ناحية ثانية فإن الولاية مقيدة بشرط النظر، وليس من النظر تولية العاجز، لأن المقصود لا يحصل به وذلك أن مراعاة حفظ الوقف مطلوبة شرعاً وإن لم يكن الناظر متصفاً بهذه الصفة لم يمكنه مراعاة حفظ الوقف².

ولقد جاء في التاريخ الإسلامي، ما يمكن أن نستدل به على ضرورة توافر هذا الشرط في أي مسؤول سواء على الوقف أو على غيره، فقد عزل عمر بن الخطاب رضي الله عنه عمار بن ياسر رضي

¹ سورة النساء، الآية 5 .

² الإسعاف في أحكام الأوقاف للطرابلسي، مرجع سابق، ص 41 .

الله عنه عن ولاية الكوفة وتولية أبي موسى الأشعري رضي الله عنه بدله، وذلك أن أهل الكوفة شكوه إلى عمر وقالوا له : إنه لا يتحمل ما هو فيه، فكتب عمر إلى عمار أن أقبل، فأقبل ومعه جمع من أهل الكوفة، فسألهم عمر فقالوا: إنه غير كاف ولا عالم بالسياسة، فسأله عمر أمامهم عن ولايته، فلم يجب فعزله.¹

ويستفاد من ذلك أن شرط القدرة ضروري في الولاية، وذلك لانعكاساته الخطيرة على الشيء المولى عليه، وكما يبدو من سياق أحداث هذه القصة، أن عمار بن ياسر ربما كان مستوفيا لهذا الشرط في الولاية، ثم أصبح بخلاف ذلك، وإلا لما كان عمر رضي الله عنه قد ولاه منذ البداية، مما يؤخذ منه أن القدرة شرط في الابتداء، كما أنها شرط للاستمرار، وما قيل في هذا الصدد يصدق عن النظارة على الأوقاف .

والمشعر الجزائري كذلك يشترط فيمن يتولى النظارة على الوقف أن يكون ذا كفاءة وقدرة على حسن التصرف، كشرط سادس من الشروط المتطلبة في ناظر الوقف الواردة في المادة 17 في فقرتها السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 أنف الذكر، بقولها : " يشترط في الشخص المعين أو المعتمد ناظراً للأوقاف أن يكون: 6... - ذا كفاءة وقدرة على حسن التصرف"، كما نص على ذات الشرط المشعر في إمارة الشارقة في المادة 38 من قانون الأوقاف رقم 4 لسنة 2011 التي انطوت على أنه: "يشترط فيمن يتولى النظارة على الأوقاف أن يكون: ... 3 - قادراً على إدارة الوقف ورعايته شؤونه " ولبيان ذات الشرط نص المشعر اليمني فيقانون الأوقاف الشرعية رقم 23 لسنة 1992 المعدل والمتمم، في المادة 51 منه على أنه: " يشترط في متولي الوقف أن يكون مسلماً مكلفاً عدلاً حسن السيرة والسلوك قادراً على التصرف والعمل بما نص عليه الواقف، وإذا فقد المتولي شرطاً من هذه الشروط بطلت ولايته".

ويقصد بالكفاءة الخبرة العلمية والقدرة العملية للقيام بإدارة الوقف. فلا يجوز أن يعين ناظر لوقف معين شخص ليس بمقدوره حسن إدارته وتدييره، سواء لعدم حصوله على الخبرة العلمية للقيام بذلك أو عدم توافره على القدرة البدنية كأن يكون مريضاً، وهذا الشرط مطلوب ابتداءً فلا يمكن تولية عديم الكفاءة على الوقف لأنه يُخل بنية الواقف في استغلال الوقف وحفظه وتوزيع منافعه، كما أن هذا الشرط مطلوب علناً لأن المشعر رتب على نقص كفاءة الناظر إعفاءه من ممارسة مهامه.

4 - أن يكون الناظر أميناً

تعد النظارة على الأوقاف من باب التعاون على البر والتقوى، ولا ينهض بحمل ثقلها إلا الأمين القوي، وعلى ذلك فشرط الأمانة من الشروط المهمة التي يجب من توافرها فيمن يتولى النظارة على الوقف، لا يقل أهمية عن بقية الشروط المتقدم ذكرها، وعلى ذلك فهو محل اتفاق بين فقهاء الشريعة

¹ الكامل في التاريخ، لابن الأثير الجزري، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، سنة 1967م، ج 3، ص 15 .

الإسلامية.

والأمانة ضد الخيانة، وهي تمثل شرطا من الشروط العامة التي تشترك فيها جميع الولايات، وذلك لقوله تعالى: " إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ " ¹، ولقوله تعالى حكاية لقول صاحب مصر ليوسف عليه السلام: " قَالَ إِنَّكَ الْيَوْمَ لَدَيْنَا مَكِينٌ أَمِينٌ " ²، ولقوله أيضا جلت قدرته في بيان صفة جبريل عليه السلام: "إِنَّهُ لَقَوْلُ رَسُولٍ كَرِيمٍ ذِي قُوَّةٍ عِنْدَ ذِي الْعَرْشِ مَكِينٍ مُطَاعٍ ثَمَّ أَمِينٍ " ³. ولعل هذا الشرط هو ما يدفع بالكثير من الواقفين إلى اختيار الأمين الموثوق ليتولى النظر على أوقافهم، فبتحقق شرط الأمانة في ناظر الملك الوقفي نضمن سلامة الوقف، من التعدي عليه من قبل الناظر بسرقة، والتفريط فيه أو نحو ذلك، وفي الوقت ذاته يضمن شرط الأمانة وصول الحقوق إلىالموقوف عليهم من غير نقصان .

ولقد أخذ المشرع الجزائري ضرورة توافر شرط الأمانة فيمن يعين لتولي النظارة على أي وقف، وهذا ما انطوت عليه الفقرة الخامسة من المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 آنف الذكر بقولها: " يشترط في الشخص المعين أو المعتمد ناظراً للأوقاف أن يكون : ...5. عدلاً أميناً "، كما انطوت على بيان ذات الشرط المادة 20 من قانون الأوقاف العماني رقم 2000/65، آنف الذكر بقولها: "يكون الوكيل أميناً على الوقف ..."

وعلى ذلك وتطبيقاً لهذا الشرط لا يجوز بحال من الأحوال تولية الخائن على الأملاك الوقفية لأنه لا يؤمن عليه من الاعتداء عليها بأي طريقة من طرق الاعتداء، فيجب على من يعين ناظراً للملك الوقفي أن يكون متصفاً بصفة الأمانة ابتداءً، وكما أنهما - أي الأمانة - شرطاً عند الابتداء فإنهما أيضاً شرطاً دوام واستمرار، وعلى ذلك إذا عين شخص ناظراً على وقف معين، وكان متصفاً بالأمانة، غير أنه أثناء القيام بهذه الوظيفة ثبت أنه غير أمين فإنه يجب تنحيته وعزله، وهذا ما تضمنته المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك .

ثانياً : الشروط المختلف فيها لدى الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري منها

1 - أن يكون الناظر عدلاً

يقصد بالعدالة اتصاف الشخص بالاستقامة والصلاح في الدين، واجتباب الكبائر وتوقي الصغائر، وملازمة التقوى والمروءة، فالعدالة بخلاف الفسق، ذلك أن الفاسق مردود الشهادة ⁴. هذا وقد اختلفت كلمة فقهاء الشريعة الإسلامية في اشتراط العدالة لصحة النظارة على الوقف، فبالنسبة للمذهب الحنفي فقد انقسم فقهاؤه في ذلك إلى فرقتين، حيث يرى الفريق الأول أن العدالة شرط في

¹ سورة القصص، الآية 26 .

² سورة يوسف، الآية 54 .

³ سورة التكوين، الآيات 19 . 20 . 21 .

⁴ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد، دار الحديث، القاهرة، سنة 2004، ج2، ص502 .

صحة التولية، فلا بد أن يكون الناظر على الوقف متصفاً بالعدالة، وهي شرط في الابتداء، كما أنها شرط في الدوام، فإذا كان الناظر عدلاً ثم خان نزعت عنه النظارة. وفي تبرير هذا الشرط يذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن مقصد الوقف هو استمرار المنفعة، وجريان الصدقة على الدوام، والنظارة على الأوقاف مقيدة بشرط النظر، وليس من النظر تولية الفاسق لأنه يخل بهذا المقصود، وربما أدى إلى هلاك الوقف وتعطل نفعه.¹ في حين يرى الفريق الثاني من الحنفية أن العدالة شرط للأولية، وليست شرطاً للصحة، وعلى ذلك فإن تولية الفاسق صحيحة كما لا يمنع استمرار ولايته على الوقف فسقه الطارئ.² ويشترط المالكية العدالة فيمن يتولى النظارة على الوقف، غير أنه إذا نصب ناظراً لوقف معين لا يتصف بالعدالة فإن فقهاء المالكية يفرقون بشأنه بين الحالات الثلاثة التالية:³

أ - إذا كان الناظر معيناً من قبل الواقف فإنه لا يجوز عزله مطلقاً، إلا من قبل الواقف .
ب - إذا كان الموقوف عليهم مالكين أمر أنفسهم، ورضوا بأن يولى عليهم غير عدل، فإنه ليس للقاضي الحق في عزله .

ج - إذا كان الناظر معيناً من قبل القاضي وظهر فسقه فإن على القاضي عزله. ويذهب الفقه الشافعي إلى ضرورة توافر شرط العدالة في ناظر الوقف مطلقاً، سواء كان الناظر هو الواقف نفسه، أو من عينه هذا الأخير، أو القاضي، فإذا ما ولي على الوقف من ليس بعدل نزعت الولاية منه، وكما إن العدالة عندهم شرط في الابتداء فهي شرط في الدوام والاستمرار، فلو كان الناظر عدلاً عند التولية ثم فسق بعد ذلك نزع القاضي الولاية منه، ولو كان الناظر هو الواقف نفسه.⁴ ويُفصل فقهاء المذهب الحنبلي في اشتراط العدالة في ناظر الوقف على النحو الآتي:⁵

أ - إذا كان الناظر هو الموقوف عليه، وكان في ذات الوقت يستحق كامل الغلة، فإنهم لا يشترطون عندئذ تحقق العدالة فيه، لأنه ينظر لنفسه. ولقد نوقش هذا الاستدلال على صحة تولية الفاسق إذا كان موقوفاً عليه ويستحق كامل الغلة، بأنهم غير كاف، وذلك لأن وظيفة ناظر الوقف لا تقتصر على رعاية منافع العين الموقوفة، وإنما حفظ وحماية عين الوقف والقيام بشؤونها، وحماية العين لا تخص الموقوف عليه، فإذا لم تتوفر فيه العدالة لم يصح توليته نظارة الوقف، لاحتمال أن يؤدي ذلك إلى دمار وضياح عين الوقف.
ب - أما إذا كان الناظر على الوقف أجنبياً، ويستوي في ذلك أن يكون معيناً من قبل الواقف أم

¹ كتاب الإسعاف في أحكام الأوقاف للطرابلسي، مرجع سابق، ص 49 .

² البحر الرائق، لابن النجيم، مرجع سابق ج 5 ، ص 244 .

³ مواهب الجليل، مرجع سابق، ج 6 ص 37 .

⁴ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1984، ج 4، ص 290 .

⁵ كشاف القناع، للبهوتي، مرجع سابق، ج 2، ص 258 .

من قبل القاضي، فإن الحنابلة حينئذ يشترطون العدالة في الناظر، وتبريرهم في ذلك هو حفظ مال الوقف وحمايته من الضياع، وضمناً لحقوق المستحقين فيه.

ويرجح الباحث الأخذ بما ذهب إليه فقهاء المذهب الشافعي من اشتراط العدالة مطلقاً في ناظر الملك الوقفي، ذلك أن الشخص الذي لا يتورع عن مخالفة أوامر الله عز وجل فإنه لن يتورع عن فعل أي شيء آخر قد يضر بالملك الوقفي، ومعلوم أن الوقف يظهر فيه الطابع التعبدي للواقف، فيجب أن يكون الناظر عليه عدلاً، ومن ناحية ثانية فإن المتأمل في سبب اشتراط صفة العدالة في ناظر الوقف، يدرك أن الهدف المتوخى منها هو حماية الوقف وحفظه من الضياع، وتسيير وإدارة شؤونه على الوجه الذي يضمن وصول الغلات إلى ذويها المستحقين لها، وهذا الأمر كله لا يتحقق مع تولية الفاسق على الملك الوقفي.

وقد اشترط المشرع الجزائري لصحة تعيين ناظر على أي وقف، أن يكون هذا الناظر تتوفر فيه صفة العدالة، وهذا ما انطوت عليه الفقرة الخامسة من المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 آنف الذكر بقولها: " يشترط في الشخص المعين أو المعتمد ناظراً للأوقاف أن يكون : 5... عدلاً أميناً".

والملاحظ من خلال استقراء هذه المادة أن المشرع الجزائري يُقرن صفة العدالة بصفة الأمانة، ويعطيها ذات المدلول، وفي حقيقة الأمر نجد أن الأمانة أخص من العدالة وهذه الأخيرة أعم من الأمانة، فاشتراط العدالة في ناظر الملك الوقفي يغني عن اشتراط الأمانة، ذلك أن اشتراطها - أي العدالة - يقتضي بالضرورة اشتراط الأمانة، بينما اشتراط هذه الأخيرة لا يغني عن اشتراط العدالة، وهذا الانتقاد تقاده المشرع اليمني في قانون الأوقاف الشرعية رقم 23 لسنة 1992 المعدل والمتمم، في المادة 51 منه التي انطوت على أنه: " يشترط في متولي الوقف أن يكون مسلماً مكلفاً عدلاً حسن السيرة والسلوك...". غير أن السؤال الذي يثور بمناسبة دراسة شرط عدالة ناظر الملك الوقفي في القانون الوضعي مفاده: هل يجب أن تتوفر العدالة في ناظر الملك الوقفي في الوقت الراهن بذات المفهوم الذي عرفها به الفقهاء المسلمين في القرون الماضية بمعنى أنها، اتصاف الشخص بالاستقامة والصلاح في الدين، واجتباب الكبائر وتوقي الصغائر وملازمة التقوى و المروءة ؟ .

وفي الإجابة على هذا السؤال يذهب الإمام المحقق محمد أبو زهرة، إلى القول بأن: "التعريف السابق بيانه للعدالة معنى سام يتفق مع الهدى الكريم، ونور الذكر الحكيم، ولكن إذا طبقناه على عصرنا تجافى عن التطبيق وعز علينا أن نجد الرجل الذي يكون عدلاً أميناً¹ ومهتدياً متصرفاً حكيماً يجيد التصرف في شؤونه بالقدر الذي تهذب به وجدانه الديني، وسمت إليه آدابه الإسلامية، وقد عمر عقله

¹ فالعدالة يقسمها الفقهاء إلى نوعين: العدالة الظاهرة، وهي العدالة العلانية بأن لا يظهر من صاحبها فسق أمام الناس وتعرف بالمخالطة، والنوع الثاني هي العدالة الباطنة، وهي عدالة السر التي لا يصدر من صاحبها فسق ولو في خلوته. (ينظر : محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، هامش ص 357) .

العام بشؤون الدنيا، وتصاريقها ، وأحوالها ، كما عمر قلبه الدين وآدابه العالية ... إن الرجال عندنا ثلاثة: رجل جائر قد انغمر في الموبقات ... ورجل قد هذب الدين قلبه، وقد تأدب بآدابه وسلك مسالكه، ولكنه غير أريب في شؤون الدنيا، غير خبير في معاملات الناس، قد يُغش في البياعات، ويخدع في التصرفات، ومثل هذا لا يستطيع أن يدير ماله الخاص على الوجه الأمثل، فكيف يدير مال الوقف، وإن مثل هذا يخشى على الوقف من آرائه وإدارته وتصرفه فيه، ورجل ثالث أمين في المال، عدل في كل ما يتعلق به، لا يمد يده إلى مال غيره، ويرعى الأمانة حق رعايتها، ولكنه يرتكب بعض ما نهى عنه الدين، فيقع في بعض ما حظره عليه الشرع الحنيف وهو عليم بشؤون الدنيا، خبير بأحوال الحياة، يعرف كيف يدير الأموال، ومثل هذا قد يكون من حظ بعض الأوقاف أن يكون في إدارتها، يستفاد من أمانته المالية وحسن إدارته، لا يضره ما قد وقع فيه مما حظر الدين".¹

لذلك فالعدالة التي وضعها علماء المسلمين في القرون الماضية قد تكون صعبة التحقيق في عصرنا الحالي، وعلى ذلك ينبغي أن يُكتفى بحد أدنى من هذا الشرط لا يجوز التنازل عنه وهو أن يكون ناظر الملك الوقفي حسن السيرة والسمعة بين الناس، وهذا ما تبناه المشرع اليمني حيث نجده في المادة 51 من قانون الأوقاف الشرعية المذكورة أعلاه يُقرن شرط العدالة بحسن السيرة والسلوك .

2 – أن يكون الناظر مسلماً

لم تتفق كلمة الفقهاء الشريعة الإسلامية حول اعتبار الإسلام شرطاً لتولي النظارة على الوقف، وذلك على قولين، حيث يشترط جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية، والحنابلة، لصحة النظارة على الوقف أن يكون الناظر مسلماً، ومن ثم فلا يجوز تولية الكافر على الوقف، إذا الموقوف عليه مسلماً، أو كانت جهة عامة كالمساجد.²

وذلك لأن النظر على الوقف ولاية، ولا ولاية للكافر على المسلم، حيث يقول جلت قدرته في محكم تنزيله: "وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً"³ فتولية الكافر النظر على ما وقف على مسلم أو جهة إسلامية عامة داخلة في جملة ما نفاه الله تعالى، ومنع وقوعه، كما أن الله سبحانه و تعالى يقول أيضاً: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ "⁴، فكل ولاية من ولاية المسلمين نهى الله سبحانه وتعالى أن يتخذ فيها يهودياً أو نصرانياً، مما يدل بمفهومه على أنه لا يولّى فيها إلا مسلماً .

في حين يذهب الحنفية إلى القول بأن الإسلام ليس شرطاً لصحة النظارة على الوقف، ومن ثم فهم يجيزون

¹ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 357 .

² ينظر: من كتب المالكية: مواهب الجليل، مرجع سابق، ج 6 ص 37. ومن كتب الشافعية: فتاوى ابن الصلاح، مرجع

سابق، ج 1، ص 387، ومن كتب الحنابلة: كشاف القناع، للبهوتي، مرجع سابق، ج 4 ص 298

³ سورة النساء، الآية 141.

⁴ سورة المائدة، الآية 51.

تولية غير المسلم للنظارة على الوقف، وفي تبرير ذلك يقولون بأن المقصود من التولية على الوقف هو حفظ أعيانه وإدارتها، وإيصال الحقوق إلى أصحابها من المستحقين، وذلك يقتضي أن يكون الناظر أميناً قادراً على إدارة الوقف، وهذا الوصف يمكن تحقيقه في المسلم وغير المسلم، وفي التعبير عن هذا يقول ابن عابدين في حاشيته: "ويشترط للصحة بلوغه وعقله لا حرته وإسلامه".¹

ويظهر للباحث أن رأي الجمهور هو الراجح وأنه الأقرب إلى روح الشريعة الإسلامية، وأن ما قال به الحنفية هو رأي مرجوح، ذلك أن الأدلة التي استدل بها الجمهور من القوة بمكان للتدليل على صحة ما ذهبوا إليه، ومن ناحية ثانية فإن تولية غير المسلم على أوقاف المسلمين فيه مفسد كثيرة، منها ما يرجع على الوقف ذاته، ومنها ما يرجع على الموقوف عليه، ومنها ما يرجع على المجتمع المسلم، أما ما يرجع على ذات الوقف فلا يخفى أن الكافر لا يحب إعلاء كلمة الله، فمتى ما كان الوقف مقصوداً به إعلاء كلمة الله، كأن يكون موقوفاً على الثغور والجهاد في سبيل الله، فإن الكافر المتولي سيعمل ما في وسعه على تعطيل الوقف أو تدميره، وكذلك الحال لو كان الوقف مسجداً أو دار علم للمسلمين، وأما ما يرجع على الموقوف عليهم فإن تعيين ناظر غير مسلم على وقفهم قد يدفعهم ذلك إلى محاولة كسب وده، وربما أدى بهم ذلك إلى الخنوع له والخضوع لما يريد منهم، وأما ما يرجع على المجتمع الإسلامي فهو تمكن غير المسلمين في بلاد المسلمين واتساع سلطانهم، وبسط نفوذهم بحجة القيام بواجبهم تجاه أوقاف المسلمين.

وبناء على هذا الرأي فقد ذهب غالبية القوانين المقارنة في مادة الوقف إلى الأخذ برأي جمهور الفقهاء، وذلك بأن اشترطت أن يكون من يتولى النظارة على الوقف مسلماً، فقد نص المشرع الجزائري على شرط الإسلام كأول شرط من شروط ناظر الوقف حيث انطوت عليه الفقرة الأولى من المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 أنف الذكر، بقولها: "يشترط في الشخص المعين أو المعتمد ناظراً للأوقاف أن يكون: 1. مسلماً"، كما نص على ذات الشرط المشرع المغربي، حيث انطوت المادة 118 من مدونة الأوقاف الصادرة سنة 2010 أنفة الذكر، على أنه: "يتولى النظر في شؤون كل وقف معقب ناظر خاص به يعين من طرف الواقف، وإلا فمن طرف السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف بعد استشارة الموقوف عليهم، ويشترط فيه أن يكون مسلماً...". كما أخذ بذات الرأي المشرع اليمني في قانون الأوقاف الشرعية رقم 23 لسنة 1992 المعدل والمتمم، في المادة 51 منه التي انطوت على أنه: "يشترط في متولي الوقف أن يكون مسلماً مكلفاً عدلاً حسن السيرة والسلوك..."، و ذات الحكم تبناه أيضاً المشرع العماني في المادة 20 من قانون الأوقاف رقم 2000/65، أنف الذكر، التي جاء فيها: "يشترط في الوكيل أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً...". كما نص على ذات الشرط المشرع في إمارة

¹ حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج 4 ص 381. وكتاب الإسعاف في أحكام الأوقاف للطرابلسي، المرجع السابق، ص

الشارقة في المادة 38 من قانون الأوقاف رقم 4 لسنة 2011 التي انطوت على أنه: "يشترط فيمن يتولى النظارة على الأوقاف أن يكون: 1 - مسلماً عاقلاً رشيداً".

فكل من هذه القوانين المقارنة تجعل من شرط الإسلام شرطاً أساسياً فمن يتم تعيينه لتولي مهمة النظارة على أي وقف، ومرد ذلك يرجع إلى أن نظام الأوقاف هو نظام إسلامي، يتطلب من الناظر معرفة الأحكام الشرعية والقانونية المنظمة له، كما أن من أهم الأوقاف العامة في الدول الإسلامية هو المساجد ولا يعقل أن يعين ناظر للمسجد شخصاً غير مسلم، لذلك نجد أن القوانين الوضعية سألغة الذكر تبدأ في تعدادها لشروط الواجب توافرها في ناظر الوقف بشرط إسلامه.

غير أن الملاحظ على هذه النصوص القانونية التي تضمنت شرط الإسلام في ناظر الوقف أنها لم تقيده كما قيده جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية بأن يكون الموقوف عليه مسلماً، أو أن يكون الوقف على جهة عامة كالمساجد، لذلك يقترح الباحث بخصوص قانون الأوقاف الجزائري أن تعدل الفقرة الأولى من المادة 17 لتصبح على النحو التالي: "يشترط في الشخص المعين أو المعتمد ناظراً للأوقاف أن يكون: 1 - مسلماً إذا كان الموقوف عليه مسلماً، أو كان الوقف على جهة عامة".

كما يجب ملاحظة أن شرط الإسلام في ناظر الوقف ليس شرطاً عند التعيين فحسب، بل هو شرط استمرار أيضاً، وبناء على ذلك إذا عين ناظراً لوقف ما، وكان مسلماً عند تعيينه ثم ارتد عن دين الإسلام خلال فترة توليه النظارة، فإنه طبقاً للفقرة الأولى من المادة 17 آفة الذكر يعزل وينحى عن نظارة الوقف، لأن شرط الإسلام لم يعد يتوافر فيه .

ثالثاً: شرط الجنسية انفراداً به القانون الجزائري عن الفقه الإسلامي

انفرد المشرع الجزائري عن الفقه الإسلامي وعن غيره من القوانين الوضعية المقارنة - في مادة الأوقاف - باشتراطه فيمن يتولى النظارة على الأوقاف أن يكون جزائري الجنسية، وهذا ما تضمنته المادة 17 في فقرتها الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، حيث جاء فيها: "يشترط في الشخص المعين أو المعتمد ناظراً للأوقاف أن يكون: 2 - جزائري الجنسية .

وتُعرّف الجنسية على أنها: "رابطة اجتماعية وسياسية ذات نتائج قانونية تقيد انتماء فرد معين لعنصر السكان في دولة معينة".¹

فبالأملاك الوقفية أصبح ينظر إليها في الوقت الراهن على أنها جزء مهم من الثروة الوطنية، لذلك كان من اللازم البحث بجدية عن كل السبل الكفيلة بحماية هذا الرصيد الوقفي، لأنه بدون توفير الحماية له سيتأثر الاقتصاد الوطني سلباً، هذا ما جعل المشرع الجزائري يشترط فيمن يتولى النظارة على

¹ محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار هومة، الجزائر، سنة 2006، ص 19.

الملك الوقفي أن يكون جزائري الجنسية، فالناظر الوطني - الذي يعد من رعايا الدولة الجزائرية ويتمتع بجنسيتها - لاشك أنه يكون أحرص وأقدر من غيره الأجنبي الذي لا يحمل الجنسية الجزائرية، على رعاية الوقف وحفظه وحمايته، وتأدية الغلات إلى مستحقيها، خصوصا أن الأوقاف لها انعكاسات على المجتمع الجزائري، لما ارتبط بها من مصير فئات من هذا المجتمع .

ومن الجدير بالتنبيه أن المشرع الجزائري لم يشترط في ناظر الوقف أن يكون متمتعاً بالجنسية الجزائرية الأصلية، بل ذكر شرط الجنسية على إطلاقه، ولذلك يستوي أن يكون ناظر الوقف جزائرياً أصيلاً، أو اكتسب الجنسية الجزائرية بأية طريقة من طرق اكتسابها، ذلك أن الفقه في مادة الجنسية يفرق بين نوعين من الجنسية: الجنسية الأصلية والجنسية المكتسبة، فالأولى تفرض على الشخص فرضاً منذ ولادته وتتحدد إما بالنظر لحق الدم أو تتحدد بالنظر لحق الإقليم أو الأرض، أما الثانية أي الجنسية المكتسبة أو كما تسمى بالجنسية الطارئة فالمقصود بها تلك الجنسية التي يكتسبها الفرد في وقت لاحق للميلاد، كما أن هذه الجنسية المكتسبة على عكس الجنسية الأصلية تطلب ولا تفرض، وتتمتع الدولة في الاستجابة لهذا الطلب في الغالب بسلطة تقديرية واسعة .

فالأمر رقم 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، المعدل والمتمم بالأمر رقم 01/05¹، حدد الجنسية الجزائرية الأصلية في الفصل الثاني منه في المواد (6، 7، 8) منه، فقد نصت المادة 6 على أنه: "يعتبر جزائرياً الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية"، كما نصت المادة 7 منه على أنه: "يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر: 1 - الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين ، - غير أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد كأنه لم يكن جزائرياً قط إذا ثبت خلال قصوره انتسابه لإجنبي وكان ينتمي للجنسية هذا الأجنبي أو هذه الأجنبية وفقاً لقانون جنسية أحدهما. إن الولد الحديث الولادة الذي عثر عليه في الجزائر يعد مولوداً فيها ما لم يثبت خلاف ذلك. 2 - الولد المولود في الجزائر من أب مجهول و أم مسماة في شهادة ميلاده دون بيانات أخرى تمكن من إثبات جنسيتها"، كما أن ذات القانون، حدد طرق اكتساب الجنسية الجزائرية، في الفصل الثالث منه، تحت عنوان اكتساب الجنسية الجزائرية، وقد حصرها في طريقتين، الطريقة الأولى هي اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج، والطريقة الثانية هي اكتساب الجنسية الجزائرية بالتجنس .

ومن ناحية ثانية فإن شرط التمتع بالجنسية الجزائرية فيمينيين أو يعتمد ناظراً للملك الوقفي فكما أنه شرط عند التعيين فإنه يعد أيضاً شرطاً للاستمرار في قيام الناظر بمهام نظارة الملك الوقفي، وعلى ذلك إذا عيّن ناظراً لملك وقفي وكان متمتعاً بالجنسية الجزائرية عند تعيينه ثم فقدها بعد ذلك وجب عزله وتنحيته عن مهام النظارة، لأن شرط الجنسية الجزائرية لم يعد يتوافر فيه.

¹ الأمر رقم 86 /70 المؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970 م، المتضمن قانون الجنسية والمعدل والمتمم بالأمر رقم 01/05 المؤرخ 27 فبراير سنة 2005 م والمواقف بالقانون رقم 08/05 المؤرخ 04 مايو 2005 م، الجريدة الرسمية عدد 04 .

المطلب الثاني : أقسام النظارة على الأوقاف

تنقسم النظارة باعتبار الصفة التي تثبت بها النظارة للناظر إلى نظارة أصلية ونظارة فرعية، والسبب في تقسيم النظارة إلى أصلية وفرعية مرده إلى مدى علاقة الشخص بالمال الموقوف، فإذا كان للشخص علاقة بالوقف كانت نظارته أصلية، سواءً كانت هذه العلاقة مباشرة كعلاقة الواقف والموقوف عليه بالوقف، أو غير مباشرة كعلاقة القاضي بالوقف، وإذا لم تكن للشخص علاقة بالوقف كانت نظارته فرعية، بمعنى أنه يكسبها من غيره، وذلك كما لو اشترط الواقف النظارة لأحد أو عين القاضي من قبله ناظراً .

فإدارة الأوقاف في التاريخ الإسلامي كانت قائمة دائماً على ناظر فرد، أو ما يعرف بنمط الإدارة الذاتية في تسيير الأوقاف، فقد كان يتولى إدارة الوقف الواقف أولاً وإذا توفى تولى أحد أبنائه المسؤولية من بعده، وقد ظل هذا النمط سائداً في عهد الخلفاء الراشدين رضوان الله عليهم، فانتشر الوقف وتوسعت وتعددت مصاريفه والمنتفعين منه، وقد ذهبت بعض القوانين الوضعية إلى اعتماد النظارة الفردية فيما ذهبت بعض التشريعات الأخرى إلى إسناد النظارة على الأوقاف إلى جهات مؤسسات وجهات حكومية أو أهلية .

الفرع الأول: النظارة الأصلية على الوقف

يقصد بالنظارة الأصلية على الوقف: تلك النظارة التي تثبت للشخص ابتداءً من غير أن يستقيها أو يفوض أو يوكل فيها من أي شخص آخر، وتثبت هذه النظارة على خلاف وتفصيل بين الفقهاء للواقف، أو للموقوف عليه، أو للقاضي .

أولاً- حق الواقف في النظارة الأصلية على وقفه

اختلف الفقهاء في ثبوت حق الواقف في الولاية الأصلية على وقفه، وذلك على قولين، فقد ذهب أبو يوسف من الحنفية، وبعض الشافعية، ومعهم بعض الحنابلة، إلى القول بأن النظارة الأصلية على الوقف تثبت للواقف ولو لم يشترطها لنفسه، هو المالك لها وعنه تصدر وإليه تعود، كما أن له أن ينصب ناظراً على وقفه وله عزله متى شاء، وإذا توفى الواقف ولم يشترط لتوليته أحداً ولكنه اختار وصياً فعندئذ يصبح هذا الوصي ناظراً على الوقف، كما يكون لهذا الوصي أن يوصي لغيره ويصبح هذا الغير ناظراً إذا توفرت فيه شروط النظارة فلا يزاحمه أحد حتى القاضي لأنه ذو ولاية خاصة مقدمة على الولاية العامة التي يتمتع بها القاضي.¹

وقد استدل أصحاب هذا القول بعمل الصحابة ومن المعقول، فيذهب أنصار هذا القول إلى أن

¹ ينظر: من كتب الحنفية: كتاب الإسعاف في أحكام الأوقاف للطرابلسي، مرجع سابق، ص 53، ومن كتب الشافعية: الحاوي الكبير للماوردي، مرجع سابق، ج 9، ص 397، ومن كتب الحنابلة: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل للمرداوي: علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت. لبنان، ط1، سنة 1956، ج 7 ص 43 .

الصحابه رضي الله عنهم كانوا يلون أوقافهم بأنفسهم حتى توفوا، وفي التعبير عن هذا الرأي قال الإمام الشافعي: " أخبرني غير واحد من آل عمر وآل علي أن عمر ولي صدقته حتى مات، وجعلها بعده إلى حفصة، وولي علي صدقته حتى مات، ووليها بعده الحسن بن علي، وأن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وليت صدقتها حتى ماتت، وبلغني عن غير واحد من الأنصار أنه ولي صدقته حتى مات "1. ومن الاستدلال بالمعقول يذهب أنصار هذا الرأي إلى القياس على قسمة رب المال لما وجب عليه من الزكاة، فإنه إذا ثبت الحق في الولاية على الصدقة لمن وجبت عليه، فإنه من باب الأولى أن ثبت له ذلك الحق على الصدقة التطوعية، وهي هنا الوقف، والقياس أيضا على من بنى مسجداً فإنه أولى بعمارته و رعايته وحمايته.

ومن القوانين الوضعية التي أخذت بهذا الرأي نجد القانون القطري، فقد نصت المادة 13 من القانون رقم 8 لسنة 1996 المعدل والمتمم، آنف الذكر، على أنه: " يجوز أن يجعل الواقف النظارة لنفسه أو لغيره، فإن لم يشترط الواقف النظارة أو توفي الناظر أو النظارة المعينون من قبل الواقف فتكون النظارة للوزير".

في حين يذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن من أصحابه، والمالكية إلى أن النظارة الأصلية على الوقف لا تثبت للواقف، وقد استدلو على ذلك بالقياس على سائر الأجانب في المنع من النظارة والتدبير في الوقف إلا بتعيين، وبيان ذلك أن الواقف لما حبس العين وسلمها للقيم فقد أخرجها عن ملكه، وصار هو وسائر الأجانب فيه سواء، وكما أن التدبير في الوقف ليس إلى سائر الأجانب، فكذلك لا يكون التدبير إلى الواقف.²

وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه قياس مع الفارق، إذ الواقف له تعلق بالوقف بخلاف الأجنبي، فهو وقفها لتكون له صدقة جارية على الدوام، ويعنيه دوام أصلها وعمارتها، لأن من لازم ذلك استمرار الثواب العائد عليه، وفي تعطلها وانقطاع نفعها منعاً لجريان الصدقة، فكان من حقه رعاية الوقف والوقوف على كل ما يطرأ عليه، بخلاف الأجنبي فلا حق له في تلك العين.

ويرجع منع محمد بن الحسن الشيباني النظارة الأصلية للواقف، لأن تسليم الوقف إلى الناظر أو القيم شرط لصحة الوقف عنده، فإذا سلمه لم يبق له ولاية عليه، وكذلك منع المالكية النظارة الأصلية للواقف لأن حياة الموقوف عليه للمال الموقوف شرطاً لصحة الوقف عندهم، وبقاء النظارة للواقف مناف للحياة، ولذلك جاء في فتح الباري: " قال ابن بطال: وإنما منع مالك من ذلك (تولي الواقف الوقف) لئلا يصير كأنه وقف على نفسه، أو يطول العهد فينسى الوقف، أو يفلس الواقف فيتصرف فيه لنفسه أو يموت فيتصرف فيه ورثته، وهذا لا يمنع الحواز إذا حصل الأمن من ذلك، لكن لا يلزم من أن النظر

¹ كتاب الأم للإمام الشافعي، مرجع سابق، ج 4، ص 61.

² الذخيرة، أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، سنة 1994م، ج6، ص329.

يجوز للواقف أن ينتفع به إن شرط ذلك على الراجح¹، ويفهم من هذا أن المالكية يمنعون الواقف من النظارة على وقفه بالقدر الذي يتنافى مع الحياة الصحيحة.

ويرجح الباحث في هذه المسألة ما ذهب إليه الفريق الأول القائل بأن للواقف الحق في الولاية الأصلية على وقفه، وذلك لقوة ما استدلوا به من أن عمر والخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم كانوا يتولون النظر على أوقافهم، بل إن النبي صلى الله عليه وسلم لما أشار على عمر بوقف أرضهم يقل له لا يصح ذلك حتى تخرجها عن يدك ولا تتولى نظرها، فدل ذلك على صحة بقائها في يده تحت ولايته، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لا يؤخر البيان عن وقت الحاجة، ومن ناحية ثانية فإن خروج الوقف من الذمة المالية للواقف لا يمنع من ثبوت نظارته عليه، لأن الوقف ما يزال ينسب إليه، فيقال وقف فلان، كما أنه هو المستفيد من أجره وثوابه وبذلك يكون أحرص الناس على هذا الوقف بحسن إدارته حتى يؤدي الغرض المنشود منه على أكمل وجه، فكان من الطبيعي أن تثبت للواقف النظارة على وقفه بصفة أصلية .

ثانياً- مدى أحقية الموقوف عليه للنظارة الأصلية على الوقف

تتفق كلمة الفقه الإسلامي على عدم أحقية الموقوف عليه في النظارة على الوقف، مادام الواقف حياً، واشترط النظارة لنفسه أو اشترطها لغيره أو أوصى بها، كما اتفقت كلمتهم على أن الموقوف عليهم إذا كانوا غير معينين، أو كانوا معينين إلا أنه لا يمكن حصرهم، أو كان الموقوف عليه لا يمكن إسناد النظارة إليه كالوقف على المسجد، فلا تكون له نظارة على الوقف سواءً كان ذلك في حياة الواقف أم بعد موته لتعذر قيام النظارة حينئذ .²

إلا أن الفقهاء اختلفوا في أحقية الموقوف عليه في النظارة الأصلية على الوقف إذا كان معيناً محصوراً، وكان الواقف قد مات أو أغفل ذكر النظارة بعدم اشتراطها لنفسه أو لغيره، وذلك على قولين: فقد ذهب المالكية والحنابلة، إلى أن للموقوف عليه الحق في النظارة الأصلية على الوقف، إذا أغفل الواقف تعيين ناظر لوقفه، أو مات ولم يوص لأحد في تعيين الناظر، وكان الموقوف عليه آدمياً معيناً محصوراً وأهلاً للنظارة .³

غير أن المالكية و الحنابلة اختلفوا في الأساس الذي يبنى عليه هذا الحق للموقوف عليه في النظارة الأصلية، فالمالكية وإن كانوا يعتبرون أن الوقف ملك لله تعالى، إلا أنهم يعطون الموقوف عليه الحق في النظارة الأصلية بناءً على أن الموقوف عليه يملك منفعة العين الموقوفة، وبها يتصرف تصرف

¹ فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ب س ن، ج 5، ص 383 .

² الشرح الكبير للدردي، مرجع سابق، ج 4، ص 88، وكشاف القناع للبهوتي، مرجع سابق، ج 4، ص 268، والمغني لابن قدامة، مرجع سابق، ج 8 ص 237 .

³ الشرح الكبير للدردير، مرجع سابق ج 4 ص 88، الكافي لابن قدامة، مرجع سابق، ج 2 ص 463 .

المالك في ملكه، فلما فقدت ولاية مالك الرقبة، أعطيت لمالك المنفعة ، أما الحنابلة فهم يعطون الموقوف عليه الحق في النظارة الأصلية بناءً على القول بملكية العين الموقوفة للموقوف عليه، كما إن منفعتها إليه، لذا فهو أولى من غيره بالنظارة عليها، وأي يكون الاختلاف في أساس إسناد النظارة الأصلية للموقوف عليه، فإن هذا الأخير له صلة قريبة بالوقف، كما أنه سيكون حريصاً على مصلحة الوقف، لأن ذلك من مصلحته فهو المستفيد من الغلات والربوع الناتجة عن هذا الوقف، ولا يمنع ثبوت النظارة للواقف أو للقاضي من ثبوتها للموقوف عليه، لأننا نقول بثبوتها للموقوف عليه في حالات معينة لا تتعارض مع الحالات التي تثبت فيها للواقف أو للقاضي .

أما القول الثاني فيذهب إلى أن النظارة الأصلية على الوقف لا تثبت للموقوف عليه بل تكون للقاضي، إذا أغفل الواقف تعيين ناظر لوقفه، أو مات ولم يوص لأحد في تعيين الناظر، وهذا الرأي قال به الحنفية و الشافعية، وفي تبرير هذا الرأي يقولون أنه لا حق للموقوف عليه في التصرف في الوقف، إنما حقه في أخذ الغلة فحسب.¹

ويرجح الباحث في هذه المسألة الرأي الأول القائل بأحقية الموقوف عليه بالنظارة الأصلية على الوقف، إذا أغفل الواقف تعيين ناظر لوقفه، أو مات ولم يوص لأحد في تعيين الناظر، وكان الموقوف عليه آدمياً معيناً محصوراً وأهلاً للنظارة وذلك للأسباب التالية:

1 . أن نظارة الموقوف عليهم على الوقف تحقق استقراراً فيما يشكوا منه المستحقون للوقف من استغلال النظار لهم بعدم إيصال الحقوق إليهم .

2 إن الموقوف عليهم أحرص من غيرهم على نماء الوقف وإدارته، والمحافظة عليه بترميمه وعمارته، لأنهم يشعرون أن الغلة لهم، وأن استثماره سيعود بالربح الوفير لهم، فهم يحافظون عليه محافظة المالك المطلق على ملكه.

3 إن تعيين الموقوف عليه ناظراً على الوقف تمنع من اقتطاع جزء من غلة الوقف لإعطائها كأجر للناظر الأجنبي، فأحرى أن يستفيد منه المستحقون، كما أنه إذا صارت الإدارة للمستحقين يذهب خطر خيانة النظار، ذلك أن ما يصل إلى المدير إنما هو ماله، وهو له ملك حر، فهو المستحق والمستغل، وهو صاحب الثمرة، فلا خيانة ولا إضرار إذا لم يكن أميناً، أما إذا كان الناظر غير المستحق فلا بد أن يكون أميناً .

ثالثاً : حق القاضي في الولاية الأصلية على الوقف

من المتفق عليه لدى الفقه الإسلامي أن حق القاضي في النظارة على الوقف، ليس حقاً خاصاً بل هو من حق نابع من حقه في الولاية العامة، ذلك أنه من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي " أن

¹ كتاب الإسعاف في أحكام الأوقاف، للطرابلسي، مرجع سابق، ص54. ومغني المحتاج للشريبي، المرجع السابق، ج2 ص393 .

القاضي ولي من لا ولي له "،¹ وسناقش مدى أحقية القاضي في النظارة الأصلية على الوقف في حالتين، الحالة الأولى حق القاضي في النظارة الأصلية على الوقف مع عدم وجود الناظر الخاص، والحالة الثانية حق القاضي في التصرف مع وجود الناظر الخاص .

1. حق القاضي في التصرف في الوقف مع عدم وجود الناظر الخاص

اتفق فقهاء المذاهب الإسلامية الأربعة الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، على أن الواقف إذا مات ولم يعين ناظراً على وقفه و لا وصياً، وكان الموقوف عليهم غير معينين أو كانوا معينين إلا أنه لا يمكن حصرهم، أو كان الموقوف عليه غير آدمي، كالوقف على المسجد، فللقاضي الحق في النظارة الأصلية على الوقف باتفاق الفقهاء، لأنه في هذه الحالات لا يوجد ناظر خاص للوقف.² واستدلوا على ذلك بما روي عن أم المؤمنين عائشة رضي عنها من أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " السلطان ولي من لا ولي له "، فقد أخذ الفقهاء من هذا الحديث قاعدة عامة اتفقوا عليها، وطبقوها على ما يتفرع عليها من المسائل الفقهية وهي: " أن الحاكم ولي من لا ولي له " .

2 - مدى أحقية القاضي في التصرف مع وجود الناظر الخاص

تتفق كلمة الفقهاء من المذاهب الأربعة، الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على أنه متى وجد للوقف ناظر خاص فليس للقاضي (الناظر العام) حق التصرف في الوقف، حتى لو كان الناظر الخاص معيناً من قبل القاضي³، وهذا الحكم استمدته الفقهاء من القاعدة الفقهية العامة: " الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة " .⁴

وإذا منعنا الناظر العام من التصرف مع وجود الناظر الخاص فإنه يبقى له النظر العام، فمتى ما فعل الناظر الخاص ما لا يسوغ له فعله منعه القاضي من ذلك، فلهذا الأخير أن يسقط حق النظارة ممن تثبت له، إذا ثبت أنه يضر بشؤون الوقف، أو بمصلحة الموقوف عليهم، أو أن سوء الإدارة هذه قد تلحق الضرر بمستقبل الوقف ومصارفه، فالوقف أمانة في يد الناظر فإذا كان غير أميناً أو مبدراً جاز للقاضي أن يستخدم ولايته العامة حتى ولو اشترط الواقف غير ذلك لأن الشرط الذي لا يخدم مصلحة الوقف لا يؤخذ به .

كما أن للناظر العام تقييد تصرف الناظر الخاص إذا اتهمه أو خشي منه التفریط، وذلك بضم أمين إليه، بحيث لا يتصرف الناظر الخاص إلا بإذن الأمين والرجوع إليه، بل إن تصرفات الناظر بما لا يسوغ تعطي

¹ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، للسيوطي، مرجع سابق، ص171،

² ينظر: من كتب الحنفية: كتاب الإسعاف في أحكام الأوقاف، للطرابلسي، المرجع سابق، ص50، ومن كتب المالكية: مواهب الجليل، مرجع سابق ج6 ص37. ومن كتب الشافعية: مغني المحتاج، للشربيني، مرجع سابق، ج2 ص393، ومن كتب الحنابلة: كشاف القناع للبهوتي، مرجع سابق، ج3 ص16.

³ ينظر: المراجع السابقة .

⁴ الأشباه والنظائر للسيوطي، مرجع السابق ص171، والأشباه والنظائر لابن نجيم، مرجع سابق ص160.

القاضي الحق في عزله .

الفرع الثاني: النظارة الفرعية على الوقف

يقصد بالنظارة الفرعية: تلك النظارة التي تثبت للشخص بواسطة شخص آخر، عن طريق الشرط أو التعيين، ويطلق عليها جانب من الفقه " النظارة المستفادة "، ولئن كنا في الفرع الأول من هذا المطلب تحدثنا عن مدى أحقية الواقف والموقوف عليه والقاضي في النظارة الأصلية على الوقف، فإننا في هذا الفرع سنتحدث عن مدى حق كل منهم في نقل النظارة إلى غيره، ويتم ذلك بالشرط أو التوكيل أو التفويض .

أولاً - النظارة بالشرط: وهانذا سنعالج ما مدى أحقية كل من الواقف والموقوف عليه والقاضي في اشتراط النظارة لغيره.

فبالنسبة للواقف يتفق فقهاء الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على حق الواقف في اشتراط النظارة لغيره، فإذا اشترط الواقف النظارة لأحد كان شرطه متبعاً، لأن " شرط الواقف كنص الشارع "، وحق الواقف في اشتراط النظارة للغير لا يقتصر على اشتراطها لهذا الغير حال حياته فحسب، بل له أن يوصي بها لمن يشاء بعد موته، سواء كان الموصى له بالنظارة ناظراً على الوقف حال حياة الواقف وبعد مماته، أم كان ناظراً على الوقف بعد وفات الواقف فقط.¹

ولقد استدلت الفقهاء على ما ذهبوا إليه بعمل الصحابة، حيث جعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقفه إلى بنته حفصة تتولى النظر عليه ما عاشت، ثم يتوله ذو الرأي من أهلها، وفي وقف علي رضي الله عنه اشترط أن يكون الناظر عليه ابنه الحسن ثم ابنه الحسين،

أما بالنسبة للموقوف عليه فقد اختلف الفقهاء في حقه في تعيين ناظراً للوقف تبعاً لاختلافهم في حقه في النظارة الأصلية على الوقف، فمن قال بثبوت النظارة الأصلية للموقوف عليه، وهم الملكية والحنابلة، فقد قالوا أيضاً بثبوت حقه في اشتراطها للغير، إلا أن هذا الحق مقيد باشتراطها للغير حال حياته - أي حياة الموقوف عليه - فهو يقيم غيره مقامه في النظر على الوقف كوكيل عنه، والوكالة تنتهي بموت الموكل، أما من لم يعطي من الفقهاء للموقوف عليه الحق في النظارة الأصلية على الوقف، وهم الحنفية و الشافعية، فقد منعه من اشتراطها للغير، ذلك لأن فاقده الشيء لا يعطيه .

أما بالنسبة للقاضي فكما اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على حق القاضي (الناظر العام) في النظارة الأصلية على الأوقاف، فقد اتفقوا على ثبوت حقه في تعيين ناظر الأوقاف، خاصة الأوقاف العامة، والأوقاف التي لا ناظر لها.² وقد استدلووا على ثبوت حق القاضي في اشتراط ناظر الوقف بذات

¹ أحكام الأوقاف للخصاف، المرجع السابق، ص 202. القوانين الفقهية، لابن الجزي، مرجع سابق، ص 376 - 377. مغني

المحتاج للشربيني، المرجع السابق، ج 2 ص 393. المغني لابن قدامة، المرجع السابق، ج 8 ص 236 .

² ينظر: نفس المراجع السابقة.

الدليل الذي استدلو به على حق القاضي في النظارة الأصلية على الوقف، وهو عموم قول الرسول صلى الله عليه: " السلطان ولي من لا ولي له "، وبناء على ذلك فإذا آلت النظارة على الوقف إلى القاضي فإن له أن يشترطها لمن يراه ذلك، لأن كثرة الأعمال والمهام التي يتولاها القاضي تمنعه في الغالب من تولي أمر الوقف بنفسه، ومن ثم يجوز له أن ينصب ناظراً على الوقف ممن تتوافر فيه الأهلية لذلك .

ثانياً - النظارة بالوكالة: يقصد بالتوكيل في نظارة الوقف: إنابة ناظر الوقف من يقوم مقامه في التصرفات التي يملك القيام بها، ففي كثير من الأحيان يجد ناظر الوقف نفسه غير قادر على تحمل أعباء إدارة الوقف بمفرده لصعوبة ما، لا سيما إذا كان الوقف كثيراً أو كبيراً أو شاسعاً، فهل يصح في مثل هذه الحالات أن يوكل ناظر الوقف غيره ببعض أو بكل ما أنيط به من واجبات؟.

في الإجابة عن هذا السؤال تتفق كلمة فقهاء المذاهب الأربعة، الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، على أن للناظر سواء أكان معيناً من قبل الواقف أم بمقتضى شرطه أم معيناً من قبل القاضي، له الحق في أن يوكل من يقوم مقامه في التصرفات التي يملكها، أو بعضها، لأن التوكيل إنابة غيره فيما له حق التصرف فيه، وهو تصرف غير لازم، بل جائز، ولا يسلب الحق من الأصيل، بل يستمر له، فليس في التوكيل مخالفة لتولية من ولاه، إذ يتحدث باسم الموكل ولحسابه، وتصرفاته تبعاتها عليه.¹

ولقد استدلت الفقهاء على جواز الوكالة في النظارة على الوقف بعموم الأدلة الدالة على جواز التوكيل، كقول الله تعالى: " وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا " ²، ففي هذه الآية الكريمة دلالة قوية على جواز التوكيل وصحته، وتوكيل النبي صلى الله عليه وسلم بأهيرة رضي الله عنه في حفظ زكاة رمضان، ففي الصحيح عن أبي هريرة قال: " وكُنني رسول الله صلى الله عليه وسلم بحفظ زكاة رمضان.... " ³.

هذا ويجوز لناظر الوقف عزل وكيله متى شاء، إلا أنه لا ينزل إلا بعد علم الوكيل بهذا العزل، و للوكيل عزل نفسه متى شاء، إلا أن هذا العزل لا ينفذ إلا بعد علم الموكل به، فكل تصرف يقوم به الوكيل يعتبر لازماً قبل علم الطرف الآخر به، كما ينزل الوكيل بفقده للأهلية أو فقد من وكله لها، بسبب الموت أو الجنون، أو لأي سبب آخر من أسباب فقد الأهلية، ولا يشترط علم الطرف الثاني بذلك.⁴

ويستفاد مما تقدم أن كل عقد جاز للإنسان التصرف فيه بنفسه، جاز أن يوكل فيه غيره، لأن الإنسان قد يصيبه العجز عن مباشرة كل أعماله بنفسه، فيحتاج إلى توكيل غيره، كما أن التوكيل في النظر يعود بالفائدة على الوقف لما فيه من تعاون بين المسلمين، استجابة لقوله تعالى: " وَتَعَاوَنُوا

¹ محمد أبو زهرة ، مرجع سابق، ص348.

²سورة النساء، الآية 35 .

³أخرجه البخاري في كتاب الوكالة، صحيح البخاري، مرجع سابق، ج 3، ص 6 .

⁴محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص349.

عَلَى الْبِرِّ وَالْتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ¹، فمبدأ التعاضد بين المسلمين الذي جاءت أحكام الشريعة الإسلامية ترغب فيه، يجعل الوكالة مشروعاً، وفي حقيقة الأمر فإن التوكيل في النظر ما هو إلا وسيلة تضامنية قد يلجأ إليها ناظر الملك الوقفي للتخفيف عنه من بعض أعباء الوقف أو كلها، ولا سيما إذا كانت الأوقاف شاسعة لا يستطيع القيام بمتطلباتها بنفسه، فلا شك أن منع التوكيل في مثل هذه الحالات، يضر بالأوقاف، بسبب الإدارة الناقصة وغير المقدور عليها .

ثالثاً - النظارة بالتفويض: يقصد بتفويض النظارة: تنازل الناظر عن حق في النظارة، بإسناد النظر إلى غيره، وإقامته مقام نفسه استقلالاً، ويُقال له: الفراغ عن النظر: أي تنازل الناظر عن النظر لغيره، فيكون الثاني هو الناظر على الوقف بدل الأول، ويصبح الأول لا علاقة له بالنظر على الوقف، والمفوض إليه بالنظر يتصرف فيما كان يتصرف فيه الناظر على وجه النظارة، لا على وجه الإنابة عن فوضه، فالتفويض يقتضي أمرين: أولهما: عزل الناظر نفسه، وثانيهما: إسناد النظارة على الوقف لغيره².

إذاً فتفويض النظارة على الوقف هو إسناد الناظر إدارة الوقف إلى غيره، وإقامة الشخص المفوض إليه مقام الناظر، ويكون الناظر المفوض إليه مستقلاً في تصرفاته حيال الملك الوقفي، كما أن هذا الأخير يتصرف على وجه الولاية وليس على وجه الإنابة عن الناظر .

وتفويض النظارة إما أن يكون ممن له النظارة الأصلية على الوقف، وإما أن يكون ممن له النظارة الفرعية على الوقف، فإن كان ممن له النظارة الأصلية على الوقف، فقد اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على جوازها، أما إن كان التفويض ممن نظارته فرعية فإن كان اكتسب حق التفويض ممن أعطاه حق النظارة بأن شرطها له فإن هذا التفويض جائز باتفاق أصحاب المذاهب الأربعة أيضاً، أما إذا كان التفويض ممن نظارته فرعية ولم يؤذن له في التفويض، فإن كان التفويض بمجلس القاضي وأقره القاضي كان هذا التفويض صحيحاً³، غير أنه يلاحظ على هذه الحالة بأنها حالة فراغ عن النظر والتنازل عنه إلى الغير بمجلس القاضي، فيكون القاضي قد قرر ناظر آخر للوقف، ولا ينظر إليها أنها من قبيل التفويض من الناظر إلى غيره، وإنما هي من قبيل عزل الناظر نفسه وتقرير القاضي غيره ليولى إدارة الوقف.

المطلب الثالث : الأجهزة القائمة على إدارة الأوقاف في القانون الوضعي

نتيجة لتكاثر الأوقاف في الأزمنة المتأخرة، وضعف الذمم عند كثير ممن يتولون النظر عليها أدى إلى تلف بعض الأوقاف، ووقوع الظلم والعدوان عليها من النظار وغيرهم، وكثرة الشكاوى في المحاكم، أدى ببعض الدول إلى إنشاء وزارة خاصة بالأوقاف، أو أقسام في بعض الوزارات تتولى النظر على الأوقاف، ورعاية شؤونها، والمحافظة على أعيانها، والاستفادة التامة من غلاتها، وصرافها إلى مستحقيها،

¹ سورة المائدة ، الآية 6 .

² محمد الكبيسي، مرجع سابق، ج2، ص153.

³ حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص426 .

وعلى غرار بقية الدول الإسلامية والعربية شهدت الجزائر تحولا في إدارة الأوقاف من النمط الفردي العائلي المستقل عن سلطة الدولة والقائم على التسيير الذاتي، إلى النمط الحكومي ممثلا في وزارة الأوقاف داخل التشكيل البيروقراطي، وقد رافق ذلك وسانده تحول من الإطار الفقهي للوقف إلى الإطار القانوني للوقف بوصفه الحديث .

وفيما يلي سنتحدث عن تجارب بعض الدول العربية في إدارة الأوقاف، من خلال بيان الأجهزة القائمة على إدارة الأوقاف في النظام القانوني الجزائري، والتجربة الكويتية المعاصرة في إدارة شؤون الأوقاف.

الفرع الأول : الأجهزة القائمة على إدارة الأوقاف في القانون الجزائري .

في التشريع الجزائري النظرة على الأوقاف تقوم عليها عدة أجهزة حكومية منها ما هو مركزي، ومنها ما هو محلي (إقليمي)، بالإضافة إلى جهاز التسيير المباشر للملك الوقفي .
أولاً - وزارة الشؤون الدينية والأوقاف :

أصبحت النظرة على الوقف في العصر الحالي أحد المسؤوليات التي تطلع بها الدولة الرسمية فقد عمدت كثير من الحكومات الإسلامية إلى إنشاء وزارات للأوقاف وعهدت إليها أن تقوم بإدارة أموال الأوقاف بجميع أنواعها استثمارية كانت أم مباشرة، بما في ذلك أوقاف المساجد والأماكن الدينية الإسلامية الأخرى، وقد يبلغ هذا النموذج حد أقصى تمنع فيه الحكومة تولية أي ناظر على الوقف غير الإدارة الرسمية.¹ ومرد ذلك يرجع لعدة أسباب منها، كثرة الشكاوى من تجاوزات النظار والمتولين، وضعفهم في كثير من الأحيان عن حماية الأملاك الوقفية .

حيث يشير التطور التاريخي للسياسات الحكومية تجاه نظام الوقف إلى أنها قد تركزت أولاً في الجوانب الإدارية، ثم انتقلت تدريجياً إلى جوانبه التشريعية (القانونية)، وانتهت بنقله من مجال السياسة المدنية أو الأهلية التي أسسها الفقه إلى مجال التنظيم الذي شرعته الدولة بالقانون، مما أدى إلى انتقال نظام الأوقاف من المجتمع إلى الدولة.² وبذلك تكون الدول قد لجئت إلى التسيير المركزي للأوقاف، من أجل ضمان رقابة أوسع وأكثر دقة ومن أجل توحيد مسألة الإدارة والتسيير في القطر الواحد، ولعل مسألة تسيير الأوقاف من المسائل التي رأت فيها معظم الدول ضرورة وجود جهاز مركزي للتسيير وإدارتها بمساعدة أجهزة أخرى على المستوى المحلي.

وفي الجزائر ومنذ أول حكومة بعد الاستقلال أنشئت وزارة مكلفة بالأوقاف، وهي الوزارة التي

¹ منذر قحف، الوقف الإسلامي تطوره إدارته وتميمته، دار الفكر، دمشق، سوريا، سنة 2000م، ص 284 .

² إبراهيم البيومي غانم، الأوقاف والسياسة في مصر، دار الشروق، القاهرة، مصر، سنة 1998م، ص 384 .

سميت بوزارة التعليم الأصلي والشؤون الدينية وفي الوقت الراهن تسمى وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، أنشئت بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 99/89 المؤرخ في 27 يونيو 1989 المحدد لصلاحيات وزير الشؤون الدينية والأوقاف، تم بعد ذلك في سنة 2000 صدر المرسوم التنفيذي 146/2000¹ المؤرخ في 28 يونيو 2000 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، المعدل والمتمم بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 427/05 المؤرخ في 07 نوفمبر 2005م.²

فوزارة الشؤون الدينية والأوقاف تعد الجهاز المركزي المشرف على إدارة الأوقاف في الجزائر، وهي تتكون من أمانة عامة وديوان ومفتشية عامة وخمس مديريات، غير أنه بالنسبة لموضوع الأوقاف يهمنها منها المفتشية العامة والتي لها دور رقابي، ومديرية الأوقاف والحج وهي الهيئة المركزية في الوزارة المسؤولة مباشرة على كل ما يتعلق بالأماكن الوقفية، بالإضافة إلى لجنة الأوقاف المنشأة لدى الوزير المكلف بالشؤون الدينية، ومن بين الآليات المركزية في تسيير الأوقاف نجد أيضا الصندوق المركزي للأوقاف .

1 - المفتشية العامة:

نصت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 146/2000 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، المعدل والمتمم على أنه: " تشمل الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، تحت سلطة الوزير على ما يلي: ... المفتشية العامة : و يحدد تنظيمها وعملها بمرسوم تنفيذي" .

وفي ذات السنة صدر المرسوم التنفيذي رقم 371/2000 المؤرخ في 18 نوفمبر 2000 المتضمن إحداث المفتشية العامة في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف وتنظيمها وسيرها³، ومن المهام المنوطة بهذه المفتشية في مجال الوقف هي متابعة مشاريع واستغلال الأملاك الوقفية وتفقدتها وإعداد تقارير دورية عن ذلك، وهذا ما انطوت عليه المادة الثانية من المرسوم المذكور أعلاه في فقرتها الثامنة .

2 . مديرية الأوقاف والحج :

ذات المرسوم التنفيذي رقم 146/2000 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف المعدل والمتمم، عدّد في المادة الثالثة منه المهام المنوطة بمديرية الأوقاف والحج، والمتمثلة فيما يلي:

- وضع البرامج المتعلقة بالبحث عن الأملاك الوقفية وتنميتها وتسييرها واستثمارها .
- القيام بأمانة لجنة الأملاك الوقفية .

¹ الجريدة الرسمية، عدد 38 الصادرة بتاريخ 02 جوان 2000 م .

² الجريدة الرسمية، عدد 73 الصادرة بتاريخ 09 نوفمبر 2005 م .

³ الجريدة الرسمية، عدد 29 الصادرة بتاريخ 21 نوفمبر 2000 م .

- متابعة عمليات الحج والعمرة .

- القيام بأمانة اللجنة الوطنية للحج .

وبمقتضى ذات المادة الثالثة من ذات المرسوم التنفيذي فإن مديرية الأوقاف والحج تضم ثلاث مديريات فرعية وهي :

- المديرية الفرعية للبحث عن الأملاك الوقفية والمنازعات: وتتكلف بالبحث عن الأملاك الوقفية، وتسيير وثائق الأملاك العقارية والأملاك الوقفية وتسجيلها وإشهارها، كما تتولى هذه المديرية القيام ومتابعة الإجراءات اللازمة لتنفيذ القرارات الصادرة عن العدالة .

- المديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية: وتتكلف بإعداد الدراسات المتعلقة باستثمار الأملاك الوقفية وتنميتها ومتابعة نشاط المكلفين بالأملاك الوقفية على مستوى نظارات الشؤون الدينية بالولايات، وإعداد عمليات الترميمات والإصلاحات المتعلقة بالأملاك الوقفية ومتابعة هذه العمليات، كما تقوم بأمانة اللجنة الوطنية للأملاك الوقفية .

وإلى جانب هاتين المديرتين، تضم مديرية الأوقاف والحج، مديرية فرعية ثالثة وهي المديرية الفرعية للحج والعمرة .

وبمقتضى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 427/05 المؤرخ في 07 نوفمبر 2005 م المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 146/2000 المؤرخ في 28 يونيو 2000 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، تم استحداث مديرية الأوقاف والزكاة والحج والعمرة، بدل من مديرية الأوقاف والحج، تتشكل هذه المديرية فيما يخص الأوقاف من مديرتين فرعيتين من جملة أربع مديريات، هما المديرية الفرعية لحصر الأملاك الوقفية وتسجيلها، والمديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية .

وقد حددت المادة الثالثة من هذا المرسوم، مهام هذه المديرية فيما يتعلق بالأوقاف و التي تتمثل

في:

- البحث عن الأملاك الوقفية وتسجيلها وضمان إشهارها وإحصائها.

- إعداد البرامج المتعلقة بإدارة الأملاك الوقفية واستثمارها وتنميتها.

- متابعة تحصيل موارد الأملاك الوقفية وتحديد طرق صرفها.

- تحسين التسيير المالي والمحاسبي للأملاك الوقفية.

- إعداد الصفقات والاتفاقيات المتعلقة بالأملاك الوقفية وضمان متابعة تنفيذها.

- ضمان أمانة لجنة الأملاك الوقفية.

وما يشد الانتباه في هذه المديرية التي تُعد جزء من الإدارة المركزية لوزارة الأوقاف والشؤون الدينية، إذا ما قرناها بلجنة الأوقاف السابقة أنها تتمتع بصلاحيات واسعة في مجال إدارة الأملاك الوقفية وذلك على مختلف مستويات الإدارة من تسيير سواء من الناحية المالية والمحاسبية وكذلك من ناحية استثمار الأملاك الوقفية فيما يتعلق بالصفقات والاتفاقيات، إضافة إلى أن هذه المديرية تضطلع بمهام

أمانة لجنة الأوقاف.

3 - لجنة الأوقاف :

جاء المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 01 ديسمبر 1998م المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، أنف الذكر، متضمنا إنشاء لجنة الأوقاف في نص مادته 9 حيث انطوت على أنه: " تحدث لدى الوزير المكلف بالشؤون الدينية لجنة للأوقاف تتولى إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما - تنشأ اللجنة المذكورة في الفقرة أعلاه، بقرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينية الذي يحدد تشكيلها ومهامها وصلاحياتها " .

وبتاريخ 21 فيفري 1999م صدر القرار الوزاري رقم 99/29 المتضمن إنشاء لجنة الأوقاف وتحديد مهامها وصلاحياتها¹ ، وقد جاء في المادة (الأولى) من هذا القرار أنه: " تطبيقاً لنص المادة 9 من المرسوم التنفيذي 381/98 المؤرخ في 01 ديسمبر 1998، تنشأ لدى وزير الشؤون الدينية والأوقاف " لجنة الأوقاف " تتولى مهام العملي والتوجيه والإدارة للأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وتنظم ذلك - تمارس اللجنة مهامها تحت سلطة وزير الشؤون الدينية باعتباره مكلف بالأوقاف"، فهذه المادة تثبت دور اللجنة في الإدارة و التسيير وحماية الأوقاف مما يرتب عنها المسؤولية القانونية تجاه الأملاك الوقفية، مع العلم أن هذا الدور يكون تحت سلطة وزير الشؤون الدينية .

في حين حددت المادة 2 من ذات القرار تشكيل لجنة الأوقاف التي يتزعمها مدير الأوقاف "المعين من قبل الوزير " مع عضوية المدير الفرعي لاستثمار الأملاك الوقفية ككاتب للجنة، والمكلف بالدراسات القانونية والتشريع، ومدير الإرشاد والشعائر الدينية، ومدير إدارة الوسائل، ومدير الثقافة الإسلامية، وممثل عن مصالح أملاك الدولة، وممثل عن وزارة الفلاحة والصيد البحري، وممثل عن وزارة العدل، وممثل عن المجلس الإسلامي الأعلى.

ومما يؤخذ على هذه التشكيلة للجنة الأوقاف هو أنها تضم في عضويتها أشخاص ليست لهم علاقة مباشرة بإدارة الأوقاف، فإذا كان الرئيس ممثلاً في مدير الأوقاف و الكاتب ممثلاً في المدير الفرعي لاستثمار الأملاك الوقفية لهما دراية وعلاقة وخبرة بالملك الوقفية بحكم وظيفتهما، فإن بقية الأعضاء ليسوا من المختصين في مجال الأوقاف، وبذلك لا يمكنهم القيام بالمهام العديدة التي أنيطت بهم ولها بالغ الأثر على المؤسسة الوقفية في الجزائر .

هذه المهام انطوت عليها المادة 3 من نفس القرار وتتمثل في:

- دراسة وتسوية وضعية الأملاك الوقفية العامة و الخاصة عند الاقتضاء، في ضوء أحكام المواد 3، 4، 5، 6 من المرسوم التنفيذي 381/98 المؤرخ في 01 ديسمبر 1998م وتعد محاضر نمطية لكل حالة على حدة .

¹ مجموعة النصوص القانونية والتنظيمية، مطبوعات وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، سنة 1999م ، ص 19 .

- اعتماد وثائق نمطية لعمل وكلاء الأوقاف في ضوء أحكام المواد 10، 11، 12، 13 من المرسوم التنفيذي 381/98.
- الإشراف على إعداد دليل عمل ناظر الملك الوقفي، أو تعتمد اقتراحه، في ضوء أحكام المادتين 13، 14 من المرسوم التنفيذي 381/98.
- دراسة حالات تعيين نظار الأملاك الوقفية أو اعتمادهم و استخلافهم عند الاقتضاء، وكذا حقوقهم، في ظل أحكام المواد 15، 16، 17، 18، 19، 20 من المرسوم التنفيذي 381/98 .
- دراسة حالات إنهاء مهام نظار الأملاك الوقفية، وتعتمد الوثائق لكل حالة في ظل أحكام المادة 21 من المرسوم التنفيذي 381/98 .
- دراسة واعتماد الوثائق النمطية المتعلقة بإيجار الأملاك الوقفية عن طريق المزاد العلني، أو التراضي أو بأقل من إيجار المثل، وذلك في ظل المواد 22، 23، 24، 25، 26، 27 من المرسوم التنفيذي 381/98 .
- الإشراف على إعداد دفتر شروط نموذجي لإيجار الأملاك الوقفية أو اعتماده في ضوء فقه الأوقاف، والتنظيمات المعمول بها، تطبيقاً لأحكام المادة 23 من المرسوم التنفيذي 381/98.
- دراسة حالات تجديد عقود الإيجار غير العادية، في إطار أحكام المواد 27، 28، 29، 30 من المرسوم التنفيذي 381/98 .
- اقتراح أولويات الإنفاق العاديلريع الأوقاف المتاح والإنفاق الاستعجالي، في ظل أحكام المواد 32، 33، 34 من المرسوم التنفيذي 381/98 ، وتعتمد الوثائق اللازمة لذلك.
- والملاحظ على هذه المهام المناطة باللجنة المركزية للأوقاف، أنها تجسد فكرة المركزية في إدارة الأملاك الوقفية في الجزائر، خاصة بالنظر إلى الأحكام الخاصة بالمرسوم التنفيذي 381/98 المتعلق بإدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك.
- وباستقراء المادة 5 من ذات القرار الوزاري نجد أن المديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية تتولى مهام الكتابة للجنة الأوقاف حيث تكلف بهذه الصفة بمهام تحضير الملفات التي تعرض على اللجنة قصد دراستها وإعداد جدول اجتماعات اللجنة، إضافة إلى حفظ محاضر ومداولات اللجنة وكل الوثائق المتعلقة بعملها، وهذا ما يؤكد فكرة قيامها بوظيفة الأمانة لهذه اللجنة، علماً أن هذه المديرية من المفترض أن تكون أكثر استقلالية، وأكثر تخصصاً، لأنها المعنية باستثمار الأملاك الوقفية حتى تنمي ولا تتعرض للخراب والاندثار، بل إنها لو قامت بوظيفتها كما هو الشأن لدى مختلف إدارات الأوقاف في العالم الإسلامي لاعتبرت هي الأساس في إدارة الأوقاف في الجزائر.

4 - الصندوق المركزي للأوقاف :

- يعد الصندوق المركزي للأوقاف ترسيخاً لفكرة المركزية في إدارة الأوقاف في الجزائر، فقد نصت المادة 35 من المرسوم التنفيذي 381/98 المتعلق بإدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات

ذلك على أنه: " ينشأ صندوق مركزي للأموال الوقفية بموجب قرار وزاري مشترك بين الوزير الوصي والوزير المكلف بالمالية، طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما 2 - ويقصد بهذا الصندوق الحساب الخاص بالأموال الوقفية، وتحول الأموال التابعة للوقف إلى هذا الصندوق " .

وتطبيقاً لهذه المادة أعلاه، صدر قرار وزاري مشترك بين وزارتي المالية والشؤون الدينية ويحمل رقم 31 مؤرخ في 2 مارس 1999م¹ المتضمن إنشاء الصندوق المركزي للأوقاف، وهو بمثابة حساب مركزي يفتح في إحدى المؤسسات المالية بقرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينية²، علماً أنه يتم فتح حساب للأوقاف على مستوى نظارة الشؤون الدينية³، لكن الموارد والإيرادات المحصلة فيها تصب في الحساب المركزي للأوقاف، وهذا بعد خصم النفقات المرخص بها، وهذا ما انطوت عليه المادة 36 من المرسوم التنفيذي 381/98 بقولها: " يسهر ناظر الشؤون الدينية في الولاية على دفع أموال الأوقاف في الصندوق المركزي المذكور أعلاه " .

ومن استقراء هاتين المادتين أعلاه يتجلى لنا أنهاالمشروع الجزائري يتبنى التسيير المركزي للأموال الوقفية حتى فيما يتعلق بالجوانب المالية، ذلك أنه يلغى تقريباً كل دور مالي للمصالح غير الممركزة للأوقاف على مستوى الولايات إلا تلك الجوانب المتعلقة بالنفقات التي تنظمها المادة 33 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98، حيث مكنت الفقرة الثانية من هذه المادة، مدير الشؤون الدينية في الولاية أن ينفق من إيرادات الوقف قبل إيداعها في الصندوق المركزي، ويلزم مدير الشؤون الدينية بتقديم تقريراً عن كل عملية يجريها إلى وزارة الشؤون الدينية، ويلزم أيضاً بتقديم الوثائق الثبوتية لذلك ، وهذا كله إن دل على شيء فإنما يدل على التشديد في الطابع المركزي لهذا الصندوق المركزي للأوقاف.

ثانياً - مديرية الشؤون الدينية والأوقاف

¹ القرار الوزاري المشترك رقم 31 المؤرخ في 02 مارس 1999 م المتضمن إنشاء صندوق مركزي للأوقاف، الجريدة الرسمية، عدد 32 .

² المادة (2) من القرار أنف الذكر .

³ المادة (3) من نفس القرار .

تبنّت الجزائر نظام عدم التركيز الإداري¹، أحد صور المركزية الإدارية، في تسيير الأوقاف، ولذلك أوجدت أجهزة محلية تساهم في إدارة الأوقاف وحمايتها وتنميتها، وعلى رأس هذه الأجهزة المحلية مديرية الشؤون الدينية والأوقاف بالولايات، فقد نصت المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، على أنه: " تسهر نظارة الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية على تسيير الأملاك الوقفية وحمايتها والبحث عنها، وجردها وتوثيقها إداريا طبقا للتنظيم المعمول به " .

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد استعمل تسمية النظارة وهذا تطبيقا للمرسوم التنفيذي رقم 83/91 المؤرخ في 23 مارس 1991م المتضمن إنشاء نظارة الشؤون الدينية في الولاية وتحديد تنظيمها وتعديلها، وهذا قبل أن تصبح مديرية ولائية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 200/2000 المؤرخ في 26 جويلية 2000 المحدد لقواعد تنظيم مديرية الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها.² وتضطلع مديرية الشؤون الدينية والأوقاف بعدة مهام في مجال إدارة أوقاف وتسييرها وحمايتها، تتمثل هذه المهام في:

- تنفيذ التدابير التي من شأنها ترقية نشاطات الأوقاف .
- بذل الجهد والعناية من أجل السهر على حماية الأملاك الوقفية والعمل على استثمارها.
- متابعة ومراقبة المشاريع المقترحة لبناء المدارس القرآنية ومشاريع الأملاك الوقفية.
- إبرام عقود إيجار الأملاك الوقفية واستثمارها في الحدود التي يمنحها لها التشريع والتنظيم المعمول به.
- وتتكون مديرية الشؤون الدينية والأوقاف من ثلاث مصالح، تضم كل مصلحة ثلاثة مكاتب على الأكثر، وهذه المصالح هي :
- مصلحة المستخدمين والوسائل والمحاسبة .
- مصلحة التعليم القرآني والتكوين والثقافة الإسلامية.
- مصلحة الإرشاد والشعائر والأوقاف، وهي المصلحة التي يسند إليها مهمة مراقبة تسيير الأملاك الوقفية، غير أن هذه المصلحة، ليست مخصصة للأوقاف وحدها كما تدل عليه تسميته، بل نجد أن الأوقاف في هذه المصلحة خصص لها مكتب وأحد هو مكتب الأوقاف إلى جانب مكتب الإرشاد والتوجيه الديني، ومكتب الشعائر الدينية .

¹ عدم التركيز الإداري: أو ما يطلق عليه اسم المركزية المخففة، أو النسبية، أو البسيطة، وهذه الصورة هي أحد صورتي المركزية أملاها اتساع النشاط الإداري ليمس مختلف القطاعات بتطور وظيفة الدولة من حارسه إلى متدخلة، ويقوم عدم التركيز الإداري على فكرة التفويض، وذلك بأن تعهد السلطات المركزية ببعض صلاحياتها واختصاصاتها إلى كبار الموظفين الإداريين في النواحي والأقاليم. (ينظر: محمد الصغير بوعلي، القانون الإداري والتنظيم الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2002 م، ص44) .

² محمد كنانة، مرجع سابق، ص 147.

والملاحظ على هذا التقسيم أنه يجعل مكتب الأوقاف لا يمتلك القدرة الكافية على تحمل أعباء الأوقاف المتواجدة على مستوى الولاية بمختلف المشاكل التي تُسببها، فهذا المكتب لا يمكن أن يقوم بالمهام الحقيقية التي يجب أن تؤديها إدارة الأوقاف في الجزائر، ذلك أن رئيس مصلحة الإرشاد والشعائر والأوقاف، سيكون فكره منشغل بين مسائل الإرشاد الديني بما تحمله من أعباء ليست بالقليلة، كما يضطلع بمهمة تنظيم وإقامة الشعائر الدينية، ومن المعلوم أن الشعائر الإسلامية شعائر كثيرة ودورية على طول السنة، فكان ينبغي أن يُخصص للأوقاف على مستوى مديرية الشؤون الدينية والأوقاف مصلحة مستقلة، فلا شك أن ذلك سيؤدي إلى حسن الإشراف على إدارتها والسهر على حمايتها.

ثالثاً - وكيل الأوقاف :

يعد وكيل الأوقاف من المراكز القانونية التي وعتمدت في تسيير الأوقاف وإدارتها في النظام القانوني الجزائري، ويشمله وينطبق عليه كذلك المفهوم العام للنظرة على الأوقاف المعتمد عند الفقهاء وعند القانونيين، فمن الناحية الفقهية، فإن وكيل الأوقافيتماشى والتأصيلات التي وضعها الفقهاء لناظر الأوقاف بالمفهوم القديم، باعتبار أنالنظرة الفقهية لا تقوم على نفس النظرة القانونية الحالية التي تفصل العديد منالمراكز الوظيفية للقائمين على شؤون الأوقاف وتجعل لكل موظف دوره في العمليةالتسييرية والإدارية للأوقاف، وعليه فإن كل ما يقال من الناحية الشرعية والفقهيةحول ناظر الأوقاف، من شروط ومواصفات ومهام ينطبق على وكيل الأوقاف، أما من الناحية القانونية فثمة نوع من الاختلاف فرضه المركز القانوني الذي ألحق به وكيل الأوقاف في السلك الإداري لموظفيالشؤون الدينية .

لذلك علينا أن ندرك في بداية الأمر أن وكيل الأوقاف هو موظف تابع لسلك الشؤون الدينية والأوقاف، والتي يحكمها المرسوم التنفيذي رقم 411/08 المؤرخ 24 ديسمبر 2008 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفةبالشؤون الدينية والأوقاف¹. وقد انطوت المادة 24 من المرسومالتنفيذي سالف الذكر، على أنه: "يتضمن سلك وكلاء الأوقاف رتبة واحدة : رتبة وكيلالأوقاف"، في حين تناولت المادة 25 منه المهام الموكلة إلى وكيل الأوقاف، والتي تتمثل في:

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

¹ الجريدة الرسمية، عدد 37 ، المؤرخة في 28 ديسمبر 2008 .

وأما المادة 26 من ذات المرسوم فجاءت مبينة لشروط التوظيف في هذا السلك، وهو يختلف باختلاف الفئة المستهدفة لذلك، فهيعن طريقاً بالمسابقة على أساس الشهادات بالنسبة للحاصلين على درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، مع بعض المستلزمات الأخرى¹، وهيعن طريق الاختيار بالنسبة للحاصلين على شهادة الليسانس في العلوم الإسلامية أو ما يعادلها (مع بعض المستلزمات المرافقة)، أو الأئمة الأساتذة المثبتين الذين يمتلكون أقدمية ثلاث سنوات في الخدمة، المسجلين في قائمة التأهيل (في حدود 20 % من المناصب المتاحة) أو عن طريق التأهيل المهنيين بين موظفي قطاع الشؤون الدينية المرتبين في الصنف 15 على الأقل المثبتين لأقدمية خمس سنوات والمسجلين في قائمة التأهيل .

رابعاً . مؤسسة المسجد :

تُعد المساجد في النظام القانوني الجزائري من ضمن الأوقاف العامة، وهذا ما انطوت عليه الفقرة الأولى من المادة 8 من القانون رقم 91 / 10 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، حيث نصت على أنه: "الأوقاف العامة المصونة هي : 1 . الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية ." هذه فلا شك أن المساجد من أهم الأماكن التي تؤدي فيها الشعائر الدينية للمسلمين، وعلى رأس هذه الشعائر الصلاة، التي تعد الركن الثاني من أركان الإسلام، كما تُقام في المساجد شعيرت الأذان وغيرها من الشعائر الدينية الإسلامية، ولذلك عمد المقتن الجزائري في شهر مارس من سنة 1991م إلى إنشاء مؤسسة المسجد بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 82/91 المؤرخ في 23 مارس 1991م، وهي مؤسسة متواجدة على مستوى كل ولاية، تتمتع بالشخصية المعنوية، وليس لهذه المؤسسة نشاط تجاري .

وتتكون مؤسسة المسجد من أربعة مجالس يرأس كل منها أمين يختاره الأعضاء من بينهم، كما يوافق عليه وزير الشؤون الدينية والأوقاف، هذه المجالس هي:

1 - المجلس العلمي: ويتكون من فقهاء وعلماء من ذوي الثقافة الإسلامية العالية وحاملي الشهادات العلمية.

2 - مجلس اقرأ والتعليم المسجدي: ويتكون من الأئمة ومعلمي القرآن وأساتذة التربية الإسلامية وغيرهم.

3 - مجلس سبل الخيرات: ويتألف من الأئمة وأعضاء الجمعيات الخيرية ذات الطابع الإسلامي، والجمعيات الإسلامية.

4 - مجلس البناء والتجهيز: ويتكون من رؤساء جمعيات المساجد والمدارس القرآنية والمؤسسات الخيرية .

ويتكون مكتب مؤسسة المسجد من أمناء المجالس الأربعة ويرأس هذا المكتب مدير الشؤون

¹ من بينها حفظ ما تيسر من القرآن الكريم، وكذلك النجاح في التكوين الخاص.

² الجريدة الرسمية، عدد 16، المؤرخة في 10 أفريل 1991م .

الدينية والأوقاف على مستوى الولاية، وينوب عنه عند وقوع مانع أمين المجلس العلمي، كما يجتمع مكتب المؤسسة مرة واحدة في الشهر بناء على استدعاء من رئيسه، ويجتمع المكتب الموسع إلى أعضاء المجلس العلمي مرة كل ثلاثة أشهر، كما يمكن أن يجتمع أكثر من ذلك في حالات الضرورة .
أما المجالس الأربعة لمؤسسة المسجد فيجتمع كل منها بدعوة من أمين كل مجلس في دورة عادية مرتين في السنة، كما يمكنها عقد دورات غير عادية بطلب من مدير الشؤون الدينية أو أمين المجلس أو من أغلبية الأعضاء .

- وإنما بمؤسسة المسجد مهام تقوم بها في مجال الأوقاف تتمثل في ما يلي :
- العناية ببناء المساجد والمدارس القرآنية والمساهمة في تجهيزها وصيانتها .
 - الحفاظ على المساجد وحماية أملاكها .
 - تنشيط الحركة الوقفية وترشيد استثمار الأوقاف .

خامسا - جهاز التسيير المباشر (ناظر الملك الوقفي) :

ناظر الملك الوقفي هو الشخص الذي تُنَاط به مهمة الرعاية والتسيير المباشر للملك الوقفي، وهذا ما انطوت عليه المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك بقولها : " تسند رعاية التسيير المباشر للملك الوقفي إلى ناظر الملك الوقفي في إطار أحكام القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه "، إذن فناظر الملك الوقفي فهو الشخص المكلف مباشرة بإدارة الملك الوقفي كما أكد على ذلك نص المادة 33 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم.

ويتم تعيين ناظر الملك الوقفي من طرف الوزير المكلف بالأوقاف بموجب قرار وهذا بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف، وهذا ما قرره المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 آنف الذكر بقولها : " يعين الوزير المكلف بالشؤون الدينية بقرار، بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف المذكورة في المادة 9 أعلاه، ناظرا لملك الوقفي أو لعدة أملاك وقفية، كما يعتمد ناظرا للملك الوقفي الخاص عند الاقتضاء استنادا إلى عقد الوقف أو إلى اقتراح ناظر الشؤون الدينية ... " ، ويلاحظ على طريقة هذا التعيين لناظر الملك الوقفي في هذه المادة تكريس الطابع المركزي في تسيير الأملاك الوقفية في النظام القانوني الجزائري، إن لم نقل التشدد في تبني هذه المركزية في التسيير، وهذا قد لا يكون في صالح الملك الوقفية، خصوصا أن اشتراط رأي لجنة الأوقاف، وهي لجنة مركزية تداولية قد يعطل حركة تعيين ناظر الأملاك الوقفية خاصة في حالات الضرورة، كحالة وفاة ناظر الملك الوقفي مثلا أو إهماله لشؤون الملك الوقفي، مما يتعين معه التخفيف من المركزية الإدارية في تعيين ناظر الملك الوقفي بإعطاء صلاحيات أكبر لمدير الشؤون الدينية في تعيين واعتماد ناظر الأملاك الوقفية .

أما بخصوص المهام المنوطة بناظر الملك الوقفي فقد انطوت على بيانها المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 آنف الذكر بقولها : " يباشر ناظر الملك الوقفي عمله تحت مراقبة وكيل

الأوقاف ومتابعته، ويتولى على الخصوص المهام الآتية :

- 1 - السهر على العين الموقوفة، ويكون بذلك وكيلًا على الموقوف عليهم وضامنا لكل تقصير.
- 2 - المحافظة على الملك الوقفي وملحقاته وتوابعه من عقارات ومنقولات.
- 3 - القيام بكل عمل يفيد الملك الوقفي، أو الموقوف عليهم.
- 4 - دفع الضرر عن الملك الوقفي، مع التقيد بالتنظيمات المعمول بها وبشروط الواقف.
- 5 - السهر على صيانة الملك الوقفي المبني وترميمه وإعادة بنائه عند الاقتضاء .
- 6 - السهر على حماية الملك الوقفي والأراضي الفلاحية الوقفية واستصلاحها وزراعتها، وفقا لأحكام المادة 45 من القانون رقم 91/10 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه.
- 7 - تحصيل عائدات الملك الوقفي.
- 8 - السهر على أداء حقوق الموقوف عليهم مع مراعاة شروط الواقف بعد خصم نفقات المحافظة على الملك الوقفي و حمايته وخدمته المثبة قانونا " .

فناظر الملك الوقفي في النظام القانوني الجزائري يقوم بكل هذه المهام المرتبطة والمتصلة اتصالا مباشرا بالملك الوقفي محل النظارة، وفي قيامه بهذه المهام يخضع لرقابة وكيل الأوقاف المتواجد على مستوى مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختص، والملاحظ على هذه المهام أنها قد تتداخل مع المهام التي أنيطت بها لجنة الأوقاف، غير أننا نلاحظ على هذه المهام أنها قد تتداخل مع المهام اختصاص ناظر الملك الوقفي ليسوطنيا، كما أن مهامه أوسع من مهام هذه اللجنة إذ يختص إضافة إلى الإدارة و التسييروالحماية، إلى التنمية والاستثمار وتحصيل الغلة وقسمتها على المستحقين مما يعني أنه يقوم بمهام الإدارة الفعلية الملامسة لأعيان الأوقاف، في حين أننا نجد أن أعضاء لجنة الأوقاف يشرفون على الأملاك الوقفية، كما هو حال وزير الشؤون الدينية والأوقاف ومديرية الأوقاف والحج والزكاة على مستوى الوزارة .

كما أن ناظر الملك الوقفي من ناحية ثانية يُعد متميزا عن الموظفين المنتمين إلى مديرية الشؤون الدينية والأوقاف على مستوى الولاية، فهو ليس خاضعا للقانون الأساسي الخاص بموظفي قطاع الشؤون الدينية والأوقاف، رغم أن مجال عمله مرتبط بهذه المديرية بشكل مستمر، فالموظفين في هذه الإدارة وإن كان بعض المهام الموكولة إليهم تتداخل مع مهام ناظر الملك الوقفي إلا أن مهامهم تزيد عليه، باختصاصهم في البحث عن الأملاك الوقفية وجردها وتوثيقها، كما أن ناظر الملك الوقفي إضافة إلى تسيير وحماية الملك الوقفي مكلف أيضا بتنمية الوقف وتحصيل غلته وقسمتها على المستحقين الموقوف عليهم .

الفرع الثاني: التجربة الكويتية الحديثة في إدارة الأوقاف

يعد مشروع النهوض بالقطاع الوقفي في دولة الكويت من أهم المشاريع الوقفية التي لفتت أنظار

العديد من الجهات والحكومات والباحثين، حتى أصبح ينظر إليه أنه تجربة رائدة في إدارة وتسيير الأوقاف، وذلك من خلال إيجاد هيئات عامة مستقلة عن الحكومة في إدارة الأوقاف، فإذا كانت الإدارة الفردية للأوقاف قد تعرضت للعديد من الانتقادات، فإن الإدارة الحكومية لقطاع الأوقاف هي الأخرى قد تعرضت للعديد من الانتقادات، أهمها وأخطرها إن الحكومات بسطت سيطرتها على الأوقاف وذلك بضمها إلى أملاك الدولة .

ولقد كانت الكويت هي الأخرى تخضع إدارة الأوقاف العامة لولاية الدولة، خضوعاً مباشراً من خلال ما يعرف " بدائرة الأوقاف العامة " التي تحولت ابتداءً من يناير 1962م إلى وزارة الأوقاف، ثم إلى وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ابتداءً من 1965/10/25م¹.

وفي سنة 1993م تحولت الكويت في مجال إدارة الأوقاف بدخولها في تجربة العمل المؤسسي من خلال مؤسسة " الأمانة العامة للأوقاف " التي أنشئت بموجب المرسوم الأميري رقم 257 الصادر في 13 نوفمبر 1993م لتتولى مباشرة الاختصاصات التي كانت موكولة إلى وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في مجال الأوقاف².

ومن خلال الأمانة العامة للأوقاف وصناديقها الوقفية، انتقلت الأوقاف في الكويت إلى مستويات متقدمة في العطاء والخدمة عبر مؤسسات عملية فاعلة، لدرجة أنه لا يمكن الحديث اليوم عن تطور إدارة الأوقاف في الدول الإسلامية دون ذكر التجربة الكويتية، التي تعتمد في تسيير الأوقاف على تفعيل المشاركة بين العمل الحكومي، من ناحية والعمل الشعبي الأهلي من ناحية ثانية.

أولاً - الأمانة العامة للأوقاف

تعتبر الأمانة العامة للأوقاف في دولة الكويت، جهاز إداري حكومي يتمتع باستقلالية نسبية في اتخاذ القرارات، ولكنه يعمل وفق لوائح ونظم الإدارة الحكومية، أما عن الرؤية الإستراتيجية للأمانة العامة للأوقاف، فتنتقل من الغاية الإستراتيجية لقطاع الشؤون الإسلامية الذي تنتمي إليه، حيث تحددت هذه الإستراتيجية بما يلي: " الأمانة العامة للأوقاف مؤسسة متميزة رائدة في مسيرة النهوض بالمجتمع "، وبعد مرور ست سنوات على صدور هذه الإستراتيجية الأولى للأمانة العامة للأوقاف خضعت لعملية تطوير حيث صيغت رؤية جديدة لإستراتيجية الأمانة في يوليو 2003 م لتصبح " الريادة في تنمية الوقف والمحافظة عليه، والفعالية في صرف الربح وفق المقاصد الشرعية، من خلال بناء مؤسسي متطور وتواصل مع مجتمع داعم "، وقد تمكنت الأمانة العامة للأوقاف بعد البحث والدراسة مع المختصين والخبراء والباحثين في مجال الأوقاف، في أكتوبر سنة 1997م، من صياغة رسالتها بشكل محدد

¹ بدر ناصر المطيري، التجارب الإسلامية الحديثة في تنظيم وإدارة الأوقاف " دولة الكويت نموذجاً "، مجلة أوقاف، مجلة نصف شهرية محكمة تصدر عن الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، العدد 15، سنة 2008م، ص 49 .

² الموقع الإلكتروني للأمانة العامة للأوقاف الكويتية <http://www.awqaf.org.kw>، تاريخ الزيارة في 2015/6/5م.

ودقيق، تمثلت في: "ترسيخ الوقف كصيغة تنموية فاعلة في النبىان المؤسسي للمجتمع، وتفعيل إدارة الموارد الوقفية بما يحقق المقاصد الشرعية للواقفين، وينهض بالمجتمع، ويعزز التوجه الحضاري الإسلامي المعاصر".¹

ولأن الأمانة العامة للأوقاف اعتمدت الأسلوب الحديث في تسيير المؤسسات فقد كان لزاماً عليها أن تضع لنفسها رسالة تُحدد المجال والأفق الذي ستتجهه للوصول بالأوقاف إلى أعلى المستويات، فالرسالة في مثل هذه الحالات هي خط السير الذي توضع من خلاله إستراتيجيات العمل وأهدافه، وهو البوصلة التي توجه جهود المؤسسة وتحميها من الانحراف عن الدور الذي أنشأت من أجله.

فقد يستهين الكثير من الناس بأهمية تحديد الرسالة قبل الشروع في أي عمل، كسبب لنجاح المؤسسة ووصولها لأهدافها، على اعتبار أنها مجرد كلمات، ولكن الحقيقة أن الكثير من المؤسسات حتى ولو علمت المجال الذي تنشط فيه (اقتصادي، اجتماعي،.... إلخ) إلا أن غياب الرسالة التي تريد تحقيقها من العمل جعلتها تسيير في طريق مظلم وبلا خريطة، اعتماداً على استساخ تجربة أو السير وفق نموذج موجود في الساحة، فهي تحدد أهدافها وطريق سيرها والغرض الذي تريده من خلال غيرها، فالعديد من المؤسسات وحتى المشاريع الإصلاحية التي كانت تنطلق من دون رسالة ولا رؤية، انتهى بها المطاف إلى الفشل، ولهذا فإنه من الضروري على المؤسسة الوقفية الحديثة، أن تعتمد الأسلوب الجديد في تسيير المؤسسات، فتضع لنفسها رسالة تبلور من خلالها رؤيتها لأداء الأهداف التي تسعى من أجلها. وفي ظل هتين الإستراتيجية والرسالة، تسعى الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت إلى تحقيق جملة من الأهداف في مجال الوقف من أهمها²:

1 - إحياء سنة الوقف، من خلال العودة بالوقف إلى دوره الريادي في خدمة المجتمع وتنميته، والمجتمع الكويتي في تلك الفترة كان بحاجة ماسة إلى هذا النوع من التنمية والتطوير.

2 - استثمار الأصول الوقفية وفقاً لرؤية متوازنة بين معايير السوق والدور التنموي المطلوب من رأس المال الوقفي، بتحديث أدوات استثمار الأموال الوقفية وتنميتها وتنويعها، وهنا تكمن الأهمية في التجربة الكويتية التي لم تكثف بإرجاع الأوقاف إلى مستوى القطاع الخدمي فقط، وإنما ارتقت به إلى مستوى المؤسسة الفاعلة في القطاع الاستثماري.

3 - تعزيز المشاركة الأهلية وتأصيل منهج العمل التطوعي، وذلك من خلال الاستفادة من الخبرات الشعبية الوطنية في إدارة العمل الوقفي، وهذه ميزة أخرى رائدة في التجربة الكويتية تمثلت في فتح المجال للمشاركة الاجتماعية من خلال الأفراد والهيئات لتطوير هذا القطاع الذي هو ملك للأمة تستطيع

¹ منذر قحف، مرجع سابق، ص 299 .

² الموقع الإلكتروني للأمانة العامة للأوقاف الكويتية <http://www.awqaf.org.kw>، تاريخ الزيارة في 2015/6/5م.

من خلاله خدمة بعضها البعض، فهذا الانفتاح يكسب مؤسسة الوقف مكانة مهمة، ويسمح لها بأداء قوي باعتبار أن محضنها هو المجتمع كله وبالتالي فهو درع لحمايتها وسبب تطورها ونمائها¹.

4 - تعميق البحث العلمي في الجوانب الشرعية والقانونية والتنموية للوقف، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية لجأت الأمانة العامة إلى خدمة الثقافة الإسلامية من خلال رعاية كُتب التراث والثقافة الإسلامية ودراستها ونشرها، كما تنظم الأمانة مسابقات علمية تعتبر هذه المسابقات إحدى المشاريع المنسقة لجهود الدول الإسلامية في مجال الوقف، تهدف بدورها إلى تشجيع عملية البحث العلمي من خلال إذكاء روح المنافسة العلمية بتسليط الضوء على نظام الوقف، وجعله من أولويات الباحثين أفراد ومؤسسات من أجل سد العجز في المكتبة العربية من الأدبيات التي تتناول الوقف، بإبراز الجانب التنموي في الإسلام وبالذات الصيغة الوقفية، والمساهمة في ترشيد المسيرة التطويرية لعمل الأمانة العامة للأوقاف والمؤسسات القائمة على شؤون الأوقاف في العالم الإسلامي، والعمل على اكتشاف الطاقات الإبداعية في مجال البحث والدراسة، خاصة في موضوع الوقف، لمعالجة المشكلات المعاصرة لنظام الوقف، والتوصل إلى اقتراحات لتطويره والنهوض به.

5 - بناء علاقات عمل متميزة مع المؤسسات المماثلة على الصعيد المحلي والعربي والإسلامي، من أجل تبادل الخبرات المكتسبة في مجال تسيير الأوقاف واثميرها، والاستفادة من هذه التجارب بحسبان أن الأوقاف لم تعد أمراً هامشياً بل أصبحت رافداً مهماً من روافد الاقتصاد الوطني في الدول الإسلامية .

6 - إيجاد خطة عمل تنسيقي توحيد الجهود الرسمية والأهلية في التنمية المجتمعية، ويتحقق ذلك بالرجوع إلى عموم مؤسسات المجتمع المدني ورموزه بمن فيهم الواقفون والمستفيدون من الأوقاف سواء كانوا مؤسسات أم فئات من أفراد المجتمع، وذلك من أجل أخذ آرائهم في المسيرة الوقفية، وفيما يقدمون من مقترحات لتطويرها،² وهو ما يشجع فيهم الثقة في الحركة الوقفية الجديدة ويضمن مصدراً قوياً من مصادر تجديد الفكر في هذا المجال .

وقد حصرت المادة 3 من المرسوم الأميري القاضي بإنشاء الأمانة العامة للأوقاف، نظارة هذه الأخيرة في الأوقاف التالية:

أ - الأوقاف التي يشترط الواقف النظارة عليها لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

ب - الأوقاف على المساجد.

ج - الأوقاف التي لم يشترط الواقف النظارة عليها لأحد أو لجهة معينة أو انقطع فيها شرط

النظارة .

¹ إبراهيم محمود عبد الباقي، دور الوقف في تنمية المجتمع المدني (الأمانة العامة للأوقاف- الكويت - نموذجاً)، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، سنة 2006م، ص 137-144 .

² علي الزميع، الوقف وتفعيل طاقات المجتمع، تجربة دولة الكويت، مجلة أوقاف ، مرجع سابق، العدد 14، سنة 2008، ص 26 .

- د - الأوقاف التي عين واقفوها نظارا عليها وانضمت إليهم الأمانة وفقا لأحكام القانون.
هـ - الأوقاف خلال فترة حلها أو سحب يد الناظر عنها " .

إلا أنه يؤخذ على الأمانة العامة للأوقاف في دولة الكويت هو هيمنة الحكومة الكويتية على عملها مما يجعل استقلالها عن الجهاز الحكومي للدولة أمرا غير محقق تماما، يتضح لنا ذلك من خلال تبعية هذه الأمانة لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، فقد نصت المادة الأولى من المرسوم الأميري الذي أنشئت بمقتضاه - السالف الذكر - صراحة على هذه التبعية، حيث انطوت على أنه: "تنشأ أمانة عامة للأوقاف تتبع وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، ويكون لها مباشرة الاختصاصات المقررة للوزارة في مجال الأوقاف وفقا لأحكام هذا المرسوم"، إذن فالأمانة العامة للأوقاف بالكويت هي تابعة لوزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، وبالتالي فهي جهاز حكومي يتمتع باستقلالية نسبية في اتخاذ القرارات، مع العلم أن هذه الأمانة تعمل وفق لوائح ونظم الإدارة الحكومية، وما يعزز هذه التبعية لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية هو ما نصت عليه المادة 9 من ذات المرسوم الأميري، من أن الأمين العام ونوابه يعينون بناء على اقتراح من وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن السياسة العامة للأوقاف في دولة الكويت لا ترسمها هذه الأمانة، إنما الذي يسطرها حسب ما ورد في المادة 6 من نفس المرسوم الأميري، هو مجلس شؤون الأوقاف التابع لوزارة الأوقاف، والذي يُنَاطُ به أيضا اتخاذ ما يراه لازما من قرارات من أجل تحقيق الأغراض التي أنشئت الأمانة من أجلها، وله على وجه الخصوص ما يلي :

- أ - رسم السياسة العامة لإدارة واستثمار أموال الأوقاف .
ب - وضع النظم واللوائح الكفيلة بتنمية إيرادات الأوقاف وتحصيلها بصفة منتظمة وصيانة أعيان الأوقاف والمحافظة عليها.
ج - اعتماد التنظيم الداخلي للأمانة العامة للأوقاف .
د - اعتماد النظم واللوائح الداخلية المتعلقة بالمسائل الإدارية والمالية .
ومع كل هذه الانتقادات الموجهة لاستقلالية الأمانة العامة للأوقاف عن الحكومة، أنه ينبغي ملاحظة أن التجربة الكويتية في تسيير وإدارة الأوقاف، قد فتحت المجال لإشراك الإدارة الشعبية "الأهلية" في تسيير الأوقاف، سواء من خلال إتاحة الفرصة للواقفين لتعيين من يتولى النظارة على أوقافهم من غير الأمانة العامة للأوقاف، أو من خلال ما يعرف بالصناديق الوقفية باعتبارها واحدة من صور الوقف الجماعي .

ثانيا - الصناديق الوقفية

1 - الصناديق الوقفية: التعريف والأهداف

تقوم فكرة الصناديق الوقفية على إنشاء إدارات تتخصص كل منها في رعاية وخدمة عرض اجتماعي مطلوب، فتدخل ضمن وجوه البر ذات النفع العام للمجتمع في عمومه، أو تخص شريحة من شرائحه، وذلك عن طريق إيجاد قالب تنظيمي يتمتع باستقلالية نسبية، يختص بالدعوة للوقف والقيام بالأنشطة التنموية في المجالات التي تحدد لكل صندوق، وذلك من خلال رؤية متكاملة تراعي احتياجات المجتمع وأولوياته، وتأخذ في الاعتبار ما تقوم به الجهات الرسمية والشعبية من مشروعات لابد منها، وأن تصب في صيغ إسلامية¹.

فالصناديق الوقفية هي عبارة عن صيغة تنظيمية عصرية أنشأتها الأمانة العامة للأوقاف انطلاقاً من فلسفتها في إحياء المفاهيم الحضارية والتنموية للوقف، باعتباره أداة رئيسة وخياراً استراتيجياً في أسلوب تطوير مسيرة الوقف وتنفيذ الرسالة الوقفية للأمانة تنفيذاً فعالاً، وينشئ الصندوق بحسب الحاجة إلى إنشائه، بناء على دراسة تعدها الجهات المختصة في الأمانة، والتي تقوم بعرض المشروع على لجنة المشاريع الوقفية المنبثقة عن " مجلس شؤون الأوقاف " وفي حال الموافقة يصدر قرار عن وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية ورئيس مجلس شؤون الأوقاف بإنشاء الصندوق محدد أهدافه ومجالات عمله².

فكل صندوق وقفي يعد وعاء تجتمع فيه أموال موقوفة تستخدم لشراء عقارات وممتلكات وأسهم وأصول مالية متنوعة، تدار على صفة محفظة استثمارية من أجل تحقيق أعلى عائد ممكن، ويبقى الصندوق الوقفي ذا صفة مالية، فلا يغير من طبيعته المالية شراء العقارات والأسهم والأصول المالية المختلفة وتمويل العمليات التجارية، لأن كل ذلك يعد استثماراً لتحقيق العائدات للصندوق الوقفي، فليست العقارات ذاتها ولا الأسهم هي الوقف، ومن ثم فإن محتويات هذا الصندوق ليست ثابتة، بل متغيرة بحسب سياسة إدارة الصندوق، ويعبر عن الصندوق دائماً بالقيمة الكلية لمحتوياته، التي تمثل مبلغاً نقدياً، هذا المبلغ النقدي هو الوقف بمثابة العين التي تم وقفها.

ولقد عملت الأمانة العامة للأوقاف على إنشاء العديد من الصناديق الوقفية تمثلت في، الصندوق الوقفي لرعاية المساجد، والصندوق الوقفي لرعاية المعاقين والفئات الخاصة، الصندوق الوقفي للثقافة والفكر، الصندوق الوقفي للقرآن الكريم وعلومه، الصندوق الوقفي للتنمية العلمية، الصندوق الوقفي للتنمية الصحية، الصندوق الوقفي لرعاية الأسرة، الصندوق الوقفي للمحافظة على البيئة، والصندوق الوقفي الوطني للتنمية المجتمعية³. ويلاحظ على هذه الصناديق أنها تشكل الأعمدة التي ترتكز عليها الأمانة العامة للأوقاف من أجل تنفيذ التوجهات الوقفية الحديثة في دولة الكويت، حيث تنوعت هذه الصناديق الوقفية حتى إنه يمكن القول أنها مست مختلف مرافق الحياة العامة، من تنمية صحية، وتنمية

¹الموقع الإلكتروني للأمانة العامة للأوقاف الكويتية <http://www.awqaf.org.kw>. تاريخ الزيارة في 2015/6/10م.

² إبراهيم محمود عبد الباقي، مرجع سابق، ص 189.

³ بدر ناصر المطيري، مرجع سابق، ص 56.

المجتمعات المحلية في المناطق السكنية المختلفة، وكذا حماية البيئة وقضايا الفكر والثقافة، ورعاية ذوي الاحتياجات الخاصة، كما أنها تمس جميع طبقات المجتمع.

وتتوخى الأمانة العامة في الكويت من وراء إنشاء الصناديق الوقفية إلى تحقيق جملة من الأهداف أهمها :

أ - إحياء سنة الوقف بتجديد الدعوة إليه، من خلال مشاريع ذات أبعاد تنموية، تكون قريبة من نفوس الناس، وقادرة على تلبية رغباتهم وحاجاتهم .

ب - تجديد الدور التنموي للوقف، في إطار تنظيمي يحقق التكافل بين مشاريع الوقف، ويراعي الأولويات وفقا لمقاصد الشريعة الإسلامية، وينسق بينها.

ج - تطوير العمل الخيري من خلال طرح نموذج جديد وعملي يتيح للراغبين الإقدام على وقف أموالهم والاطمئنان على تحقيقها لمقاصدهم.

د - تلبية حاجات المجتمع في المجالات غير المدعومة بالشكل المناسب.

هـ - تحقيق المشاركة الشعبية في الدعوة إلى الوقف وإنشائه وإدارة مشاريعه .

و - منح العمل الوقفي مرونة من خلال مجموعة قواعد تحقق الانضباط وتضمن في الوقت ذاته

تدفق العمل وانسيابه¹.

إذن تتلخص أهداف الصناديق الوقفية في كونها تهدف إلى المشاركة الجماعية في الجهود التي تخدم إحياء سنة الوقف، عن طريق طرح مشاريع تنموية اجتماعية، والدعوة إلى الوقف عليها، وإنفاق ريع كل صندوق على غرضه المحدد، وذلك من خلال برامج عمل تراعي تحقيق أكبر عائد تنموي، إضافة إلى الترابط الوثيق فيما بين المشروعات التنموية، وبينها وبين المشروعات المماثلة التي تقوم بها الأجهزة الحكومية، وجمعيات المجتمع المدني ذات النفع العام .

2 - إدارة وموارد الصناديق الوقفية

يتمتع كل صندوق من الصناديق الوقفية بإدارة ذاتية واستقلالية نسبية، ويتولى إدارته مجلس إدارة يتكون من مجموعة من العناصر الشعبية يتراوح عددها من خمسة إلى تسعة أعضاء، يتم تعيينهم من قبل رئيس المجلس الأعلى لشؤون الوقف، يمكن إضافة أعضاء آخرين من بعض القطاعات الحكومية الأخرى التي لها علاقة بمجال عمل الصندوق، على أن تكون مدة مجلس إدارة الصندوق سنتين قابلة للتجديد، ويختار المجلس رئيسا له ونائبا للرئيس من بين أعضائه، يجتمع المجلس ستة مرات على الأقل في السنة، وتصدر قراراته بأغلبية أصوات الحاضرين، ويرجح الجانب الذي فيه الرئيس عند التساوي،

¹ محمود أحمد المهدي، نظام الوقف في التطبيق المعاصر (نماذج مختارة من تجارب الدول والمجتمعات الإسلامية) مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، سنة 2003 م، ص 99 .

يعين الأمين العام للأمانة العامة للأوقاف مديرا لتنفيذ أهداف الصندوق، الذي يعتبر أمين سر المجلس، كما يمكن أن يكون له مساعد أو أكثر بحسب الحاجة.¹

ويقوم مدير الصندوق بتعيين الموظفين، وقبول المتطوعين، وتشكيل اللجان وفرق العمل، وتكليف من يؤدون أعمالا مؤقتة للصندوق كما يوجد جهاز وظيفي في كل صندوق، يختلف عدد أفرادهم ومستوياتهم الوظيفية تبعا لمقتضيات العمل، كما يتولى مدير الصندوق الإدارة التنفيذية اليومية لأعمال الصندوق ويتخذ كافة الإجراءات اللازمة لتنفيذ قرارات مجلس الإدارة وتوصياته، ويمارس كافة الصلاحيات المالية المخولة له بموجب اللوائح.²

هذه الصيغة الشعبية الأهلية في إدارة الصناديق الوقفية في دولة الكويت، إضافة إلى المؤسسات الحكومية، ساهم بشكل كبير في تعزيز ثقة المواطنين في تلك الدولة بالمؤسسة الوقفية، كما أن منح حرية اتخاذ القرار لمجلس إدارة الصندوق في إدارة موارده المالية لخدمة أغراض الصندوق مع إعطاء الذمة المالية المستقلة لكل صندوق قد زاد من المرونة التنظيمية للصناديق، وعلى ذلك يظهر من خلال التنظيم الإداري للصناديق الوقفية أنه أقرب إلى المجتمع منه إلى الحكومة، وهذا الأمر هو الذي يمنحها مصداقية وفاعلية، ويجعلها ذات مقدرة على الاستجابة السريعة لحاجات المجتمع.

أما عن الموارد المالية للصناديق الوقفية، فبالرغم من أن الذي يؤسس هذه الصناديق هي الأمانة العامة للأوقاف، إلا أنها تصبح بعد إنشائها جزءا من العمل الشعبي الأهلي، وعلى ذلك فمواد الصناديق تأتي من أربعة مصادر هي :

أ - إيرادات الأموال الوقفية التي يقدمها الناس للأغراض التي يراها الصندوق.

ب - التبرعات والصدقات التي تقدم إلى الصندوق من الناس لمساعدته على القيام برعاية الأغراض المنوطة به، مما لا يقترن بشروط تتعارض مع طبيعة الوقف أو سياسات الصندوق أو أغراضه وأهدافه .

ج - المخصصات التي تقدم من ميزانية الأمانة العامة للأوقاف.

د - ريع الأوقاف الجديدة التي حددها الواقفون ضمن أهداف الصندوق.³

كما يتعين على إدارة كل صندوق أن تعمل على اجتذاب أوقاف لصالح الغرض الذي أنشئ من أجله الصندوق، وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز أن يكون الوقف على الصناديق، بل يجب أن يكون على الأغراض والأهداف التي أنشئ من أجلها .

وبخصوص علاقة الصناديق الوقفية مع الأمانة العامة للأوقاف، فإن هذه الأخيرة تعد الجهة المركزية المسؤولة عن القطاع الوقفي، فلذلك فإنها تؤدي للصناديق الوقفية تسهيلات متنوعة، من أجل

¹ إبراهيم محمود عبد الباقي، مرجع سابق، ص 190.

² نفس المرجع السابق.

³ محمد أحمد المهدي، مرجع سابق، ص 101.

الإسهام في رفع مستوى أدائها، وذلك وقف تنظيم لائحي يضمن سير العمل في الصناديق والتنسيق بينها، ويمنع وجود التضارب فيما بينها، ويقلل تكاليف تشغيل برامجها، كما تقوم الأمانة العامة بالترويج الجماهيري للصناديق الوقفية ومشروعاتها، والدعوة إلى الوقف على أغراضها، وتقديم الاستشارات الشرعية والقانونية والمالية، وتراقب أعمال الصناديق للتأكد من التزامها بالأنظمة واللوائح المقررة.¹

وللصناديق الوقفية علاقات تربها مع بعضها البعض، فيلتزم كل صندوق بنطاق اختصاصه، حتى لا يتداخل أو يتضارب عمله مع أعمال الصناديق الأخرى، ويمكن لعدة صناديق القيام بمشاريع مشتركة، وتنفيذ حملات الترويج المشترك لتلك المشاريع، فقد نصت المادة 18 من النظام العام للصناديق الوقفية على أن تشكل لجنة في نطاق الأمانة العامة يشترك في عضويتها مديرو الصناديق، من أجل التنسيق بين الصناديق وتبادل الخبرات، ودراسة الظواهر والمشكلات، واقتراح الحلول الملائمة لها، وقد شكلت لجنة من أجل التنسيق بين الصناديق الوقفية بمقتضى القرار الإداري رقم 102 لسنة 1994م، هذه اللجنة برئاسة الأمين العام للأوقاف وعضوية مديري الصناديق الوقفية، إضافة إلى بعض مسؤولي الأمانة العامة للأوقاف²، فالتنسيق بين هذه الصناديق الوقفية أمر من الأهمية بمكان من أجل منع التعارض في المهام، كما نجد في تبادل الخبرات أهمية كبيرة لتنمية وتقديم الصناديق، فتؤدي الدور المنوط بها على أفضل ما يمكن تحقيقه.

والخلاصة التي ننتهي إليها من خلال دراسة هذا المبحث هي: أن النظارة على الوقف تعد أمراً بالغ الأهمية في توفير الحماية له، فالكثير من الأوقاف أدت الغرض المنشود منها والسبب في ذلك يرجع إلى كفاءة القائمين على إدارتها، في حين فشلت أوقاف أخرى لذات السبب، فناظر الوقف هو الذي يضع يده على أعيان الوقف والقيام على حفظه وتحسينه وإصلاحه وعمارته، وتوزيع الغلات على مستحقيها، وله الحق في التعاقد نيابة عن الوقف، فالنظارة على الوقف تُكيف من الناحية الشرعية والقانونية على أنها علاقة وكالة وإنابة وأن يد الناظر على الوقف هي يد أمان لا تضمن إلا عند التقصير .

ولقد اشترط الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في ناظر الوقف من أجل التأكيد على حماية الأوقاف جملة من الشروط، فيجب أن يكون مسلماً، بالغاً عاقلاً، وأن يكون ذا قوة وقدرة على القيام بشؤون الوقف، كما يجب أن يكون أميناً وعدلاً حسن السيرة والسلوك بين الناس، وقد أضاف المشرع الجزائري شرطاً آخر انفرد به عن الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية المقارنة وهو أن يكون ناظر الوقف متمتعاً بالجنسية الجزائرية

كما تحدثنا عن النظارة الفردية التي تثبت بالشرط أو الوكالة أو التفويض، حيث كان أحد أفراد العائلة أو من غيرها يتولى النظارة على الوقف كما كان عليه الحال في أوقاف الصحابة رضي الله عنهم،

¹ الموقع الإلكتروني للأمانة العامة للأوقاف الكويتية <http://www.awqaf.org.kw>، تاريخ الزيارة في 2015/6/15م.

² نفس المرجع السابق.

غير أنه لضعف بعض النظائر في رعاية الأوقاف وحمايتها، شهدت التشريعات الوضعية في الدول الإسلامية والعربية على التحول من النظرة الفردية إلى تولي الدولة النظرة على الأوقاف، ولقد شهدت الجزائر مثل هذا التحول في إدارة الأوقاف حيث تولت وزارة الأوقاف والشؤون الدينية الإشراف على الأوقاف من خلال عدة أجهزة والذين منهم من إشرافه على الأوقاف غير مباشر وهم الموظفون المركزيون بالوزارة كوزير الشؤون الدينية والأوقاف الذي يمثل رأس السلطة المكلفة بالأوقاف واللجنة الوطنية للأوقاف وكذلك مديرية الأوقاف والزكاة والحج والعمرة على مستوى الوزارة. ومنهم من إشرافه على الوقف إشرافاً مباشراً وهم الموظفون المحليون على مستوى الولاية كمدير الشؤون الدينية والأوقاف على مستوى الولاية الذي يعد صاحب السلطة على الأوقاف العامة في الولاية إضافة على وكيل الأوقاف، وإلى جانب كل هؤلاء يوجد في النظام القانوني الجزائري ناظر الملك الوقفي الذي لا يعد موظفاً إلا أن المشرع يجعله صاحب الإشراف المباشر على إدارة الأوقاف العامة وتسييرها .

وفي الأخير تناول الباحث التجربة الكويتية الحديثة في إدارة الأوقاف باعتبارها تجربة تجمع بين ولاية الدولة على الأوقاف والعمل الأهلي من أجل إدارتها، فالكويت من خلال الأمانة العامة للأوقاف وصناديقها الوقفية بلغت مرحلة متقدمة في إدارة الأوقاف، حيث لا يمكن الحديث اليوم عن تطور إدارة الأوقاف في الدول الإسلامية دون تناول التجربة الكويتية، التي تتبنى في تسيير الأوقاف على تفعيل المشاركة بين العمل الحكومي من ناحية والعمل الشعبي الأهلي من ناحية ثانية، وهو أسلوب فعال يُقوي ثقة المجتمع في المؤسسة الوقفية مما يجعل الأفراد يُقدمون على إنشاء أوقاف جديدة .

المبحث الثاني: حماية الوقف في مواجهة الناظر

من المتفق عليه شرعاً وقانوناً أن حماية الأوقاف والمحافظة عليها تعتبر من بين الركائز الكبرى

التي يقوم عليها هذا النظام، وهي نتيجة منطقية للوقف المتمثل في استمرار الصدقة الجارية، فالوقف في حقيقته هو "حبس لرقبة وأصل المال وتسبيل الثمرة والغلة"، ولا يمكن أن تتأتى هذه الاستمرارية فيه إلا من خلال قيام ناظر الملك الوقفي بالمهام المنوطة به حياله، فقد سبق بيان أن الناظر يملك الولاية الخاصة على أموال الوقف، ومن أجل توفير الحماية له والمحافظة على أعيانه وتنميتها أقرت الشريعة الإسلامية والقانونيين الوضعية مجموعة من المهام، يتوجب على ناظر الملك الوقفي القيام بها، فناظر الوقف عندما يؤدي أعمال النظارة فإنه يؤديها في الغالب منفرداً، إذا كانت النظارة فردية، فأعمال النظارة حق خالص للناظر، فبحسب الأصل لا يجوز لغيره أن يُباشرها إلا بإذن منه وموافقته.

ونظيراً لهذه المهام التي يقوم بها الناظر لصالح الوقف، والتي تهدف في جملتها إلى حمايته وتأييد الغرض الذي أنشئ من أجله، فإن الناظر يستحق أجراً، ودراسة أحكام هذه الأجرة من أجل عدم المبالغة فيها يُعد وجهاً من أوجه الحماية المقررة للأوقاف.

ولما كانت الأوقاف من المصالح العامة في الغالب أو تؤول إليها، والناظر ينفرد بأعمالها كان لابد من الرقابة على أعماله، وذلك أن ليس كل ناظر بالضرورة يحسن التصرف، فناظر الوقف يعد مسؤولاً عن حسن سير وإدارة الوقف المكلف بالنظارة عليه، والذي يعد التزاماً قد يرتب عليه مسؤوليات إن هو أهمل أو أخل بهذا الالتزام، لذلك تعد الرقابة الموضوعية كأحد أنواع الرقابة التي تطبق على إدارة وممارسة النشاط الوقفي أحد مقومات نجاح المؤسسات الوقفية، فقد تؤدي هذه الرقابة إلى محاسبة ناظر الوقف وعزله عن القيام بمهام النظارة .

وبناءً على ما تقدم سنعالج في هذا المبحث حماية الوقف في مواجهة الناظر، من خلال وظيفة ناظر (المطلب الأول) وبيان أحكام أجرته (المطلب الثاني) محاسبة ناظر الوقف وعزله (المطلب الثالث).

المطلب الأول: وظيفة ناظر الوقف

اتفق فقهاء المذاهب الإسلامية الأربعة الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على أن وظيفة ناظر الوقف هي حفظ الوقف، ورعايته، والقيام بمصالحه، وفي التعبير عن هذه الوظيفة يقول وهبة الزحيلي: "... حفظ الوقف، وعمارته، وإيجاره، وزرعه، وتحصيل الغلة من أجرة أو زرع أو ثمرة، وقسمتها بين المستحقين، وحفظ الأصول والغلات على الاحتياط لأنه المعهود في مثله، وعليه الاجتهاد في تنمية الموقوف، وصرفه في جهاته من عمارة وإصلاح، وإعطاء مستحق".¹

ولقد أناطت القوانين المقارنة بناظر الملك الوقفي ذات المهام، فعلى سبيل المثال نص المشرع الجزائري على ذلك من خلال نص المادة 7 من المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، أنف الذكر، بقولها " يقصد بنظارة الوقف في صلب هذا النص

¹ وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 2002 .

ما يلي: أ - التسيير المباشر للملك الوقفي، ب - رعايته، ج - عمارته، د - استغلاله، و - حمايته "، كما نصت المادة 12 من قانون الأوقاف القطري رقم 8 لسنة 1996 المعدل والمتمم على أن: "ناظر الوقف هو المسؤول عن المحافظة على الوقف ورعايته وهو الممثل الشرعي له أمام الغير"، وفي ذات الصدد نصت المادة 20 من قانون الأوقاف العُماني رقم 2000/65 على أنه: "يكون الوكيل أميناً على الوقف، ويتولى إدارته وعمارته وإصلاحه والمحافظة عليه ويسأل عن ذلك".

فيتضح من خلال ما قرره الفقه الإسلامي والنصوص القانونية المبينة أعلاه، أنه على ناظر الوقف أن يعمل كل ما فيه مصلحة للوقف، ومنفعة للموقوف عليهم مراعيًا في ذلك شروط الواقف المعتبرة شرعاً، بيد أن ناظر الوقف ليس له مطلق الحرية في تصرفاته حيال الوقف، فمن أجل أن يحقق الوقف الهدف الذي أنشئ من أجله، ثمة تصرفات يتعين على الناظر أن يلتزم بإجرائها، إضافة إلى تصرفات أخرى يمنع عليه الإقدام عليها.

الفرع الأول: الأعمال التي يجب على ناظر الوقف القيام بها

التصرفات الواجبة، هي تلك التصرفات التي يتعين على ناظر الوقف أن يجريها عليه بغية المحافظة عليه ورعايته، والتي من دونها يكون مستقبل الوقف معرض للخطر ومن ثم الزوال والاندثار، وهذه التصرفات تتمثل في: حفظ الوقف، تنفيذ شروط الواقف، تحصيل الربح وأدائه للمستحقين .

أولاً : حفظ الوقف

يجب على ناظر الوقف اتخاذ كافة الأعمال التي تؤدي إلى الحفاظ على الوقف وبقائه واستمراره، ذلك أن قصد الشارع من الوقف هو استمرار الثواب وعدم انقطاعه بموت الواقف، واستمرار لنفع للموقوف عليهم، ومن غير المحافظة على الوقف لا يتحقق هذا المقصود.¹ والأعمال التي يجب على ناظر الوقف القيام بها من أجل الحفاظ على عليه تتمثل في: عمارة الوقف، والمخاصمة في الوقف وحمايته .

1 - عمارة الوقف :

العمارة لغة: هي نقيض الخراب، أما في الاصطلاح الفقهي فيقصد بها إصلاح المال الموقوف والعناية به وصيانته بحيث يبقى على ما كان عليه حين وقفه.² ذلك أن الأوقاف يتحقق غرضها باستمرارية أصولها ولا يتحقق هذا الغرض إلا بعمارته وحفظها من الخراب والزوال والاندثار، فكم من أوقاف ضاعت أصولها وانمحت أثرها بسبب إهمالها من طرف القائمين بالنظارة عليها، فعمارة الوقف في الفقه الإسلامي من أوكد المهمات التي يجب على ناظر الوقف القيام بها، وهذه الأخيرة مقدمة حتى على صرف ريع الوقف على المستحقين، " فعمارة الوقف واجبة فيما اتفق عليه الفقهاء، والبدء بها من

¹ كتاب الإسعاف في أحكام الأوقاف، للطرابلسي، مرجع سابق، ص 56 .

² محمد فرج السنهوري، مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامي، شرح قانون الوقف، مطبعة مصر، القاهرة، سنة 1949م، ج2، ص 924 .

ريع الوقف، لأنه إذا لم يتعهد بالعمارة لم ينتفع به ويؤول إلى التخریب، ولا يشترط لتقديم عمارة الوقف اشتراط الواقف هذا التقديم ولا رضا المستحقين " .¹

وعمارة الوقف تختلف باختلاف المال الموقوف ففي الدور والمساجد تكون بالصيانة والترميم، وفي الأرض الزراعية تكون بالإصلاح، وفي النخيل و الأشجار تكون بغرس الفسيل خوفاً من الهلاك الكبير، يقول ابن عابدين : " لو كان الوقف شجراً يخاف هلاكه كان له أن يشتري من غلته فسلياً فيغزره لأن الشجر يفسد على امتداد الزمن ن وكذا إذا كانت الأرض سبخة لا ينبت فيها شيء كان له أن يصلحها".² وإذا كانت عمارة الوقف من أولى واجبات الناظر، فإن اشتراط الواقف عدم القيام بعمارة الوقف لا يؤخذ به، ولا يلتفت إليه لبطلانه، لأن هذا الشرط يتنافى مع الغرض من الوقف الذي يقتضي أن تبقى الأعيان الموقوفة صالحة على الدوام .³ ولو امتنع الناظر عن عمارة الوقف وإصلاحه وكان للوقف غلة فإن السلطة المكلفة بالأوقاف تجبره على ذلك وإلا كان ذلك سبباً كافياً لعزل الناظر من منصبه كناظر للملك الوقفي.

وعمارة الأعيان محل الوقف مقدمة على الصرف إلى المستحقين، أو إلى أي جهة من جهات البر متى كان تأخير ترميمه وتصليحه فيه ضرر بين على العين الموقوفة، وفي التعبير عن هذه الأولوية يقول الدسوقي: " لو اشتراط الواقف أن يبدأ من غلته بمنافع أهله و يُترك إصلاح ما تهدم منه أو يترك الإنفاق عليه إذا كان حيواناً بطل شرطه وتجب البداء بمرمته والنفقة عليه من غلته لبقاء عينه"،⁴ وذلك لأن عمارة الوقف تؤدي إلى دوام الانتفاع به وعدم تفويت نفعه، فإذا اجتمعت لدى الناظر غلة الوقف وكان الموقوف عليهم في حاجة إليها والعين الموقوفة هي الأخرى في حاجة إلى هذه الغلة من أجل القيام بمهام العمارة والإصلاح التي لا يمكن تأجيلها إلى الغلة الموالية لأن هذا التأجيل يترتب عليه ضرر بالعين الموقوفة، فإنه يتعين على الناظر أن يصرف الغلة في عمارة الوقف وإصلاحه، فإن زاد شيء من الغلة يصرفه على الموقوف عليهم، فصرف الريع على عمارة الوقف مقدم على صرفه للموقوف عليهم .

أما بخصوص ادخار الغلة من أجل اعمار الوقف، فقد اختلفت كلمة الفقه الإسلامي بشأنها، فذهب جمهور الفقهاء، المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن الناظر لا يدخر من غلة الوقف لعمارته، وأنه يجب عليه صرف الغلة بحسب شرط الواقف⁵، في حين ذهب الحنفية إلى التفريق بين أن

¹ محمد أحمد سراج، أحكام الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1998م، ص 334

² حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج3، ص 376 .

³ كتاب الإسعاف في أحكام الأوقاف للطرابلسي، مرجع سابق، ص 49 .

⁴ حاشية الدسوقي، مرجع سابق ، ج 4 ، ص 90 .

⁵ الشرح الكبير، مرجع سابق، ج4، ص 88 ، و مغني المحتاج ، مرجع سابق، ج 2، ص 385 ، كشف القناع ، مرجع سابق، ج 4، ص 260 .

يشترط الواقف العمارة، وعدم اشتراطه إياها، فإن اشترط الواقف تقديم العمارة ثم الفاضل من الغلة يكون للمستحقين فيتعين على الناظر إمساك قدر العمارة كل سنة وإن لم يحتاج إليه لأنه يجوز أن يحدث حدث ولا توجد غلة، وقد العمارة هو القدر الذي يغلب على ظن الناظر الحاجة إليه، أما إذا لم يشترط الناظر تقديم العمارة فإنه لا يدخر لها عند عدم الحاجة إليها، وأصل هذا التفريق هو ما استنبطه ابن النجيم من فتوى لشيخه سئل عن رجل وقف دارا على مسجد على أن ما فضل من عمارته فهو للفقراء، فاجتمعت الغلة والمسجد لا يحتاج إلى العمارة هل تصرف إلى الفقراء؟ فأجاب بقوله: لا تصرف على الفقراء وإن اجتمعت غلة كثيرة، لأنه يجوز أن يحدث للمسجد حدث والدار بحال لا تغل، ولكن الاختيار عندي أنه إذا علم أنه اجتمع من الغلة مقدار ما لو احتاج المسجد والدار إلى العمارة، أمكن العمارة منها وصرف الزيادة على الفقراء على ما شرط الواقف.¹

وعلى ذلك استخلص ابن النجيم أن الواقف إذا اشترط تقديم العمارة ثم الفاضل عنها للمستحقين، فإنه يتعين على الناظر إمساك قدر ما يحتاج إليه للعمارة في المستقبل وإن كان في الحاضر لا يحتاج الموقوف إلى العمارة.

وفي تقدير الباحث أن هذه التفرقة التي أقامها ابن النجيم محل نظر، فينبغي الادخار من غلة الوقف لعمارته كلما غلب على ظن الناظر أن الوقف سيحتاج إليه في المستقبل، سواء شرط ذلك الواقف أم لم يشترطه، فعمارة الوقف تأخذ صور ترميم وإصلاح ما هو في طريق التهلك والتآكل، ولا يسلم من التهلك والتآكل أي مال موقوف مهما كان نوعه، ولذلك يجب أن تقتطع نسبة من عائدات الأوقاف للقيام بذلك، وحتى وإن لم توجد الحاجة في بعض الأحيان إلى العمارة الحالية، لأن المال يُدخر لوقت الحاجة إليه.

ولقد اهتم المشرع الجزائري اهتماماً بالغاً بعمارة الأوقاف بحسبانها أحد المهام المنوطة بناظر الوقف، والأجهزة المكلفة بالرقابة على النظار إلى الحد الذي جعلها ضمن مفهوم وتعريف النظارة على الوقف، وهذا ما يظهر من منطوق المادة 7 من المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، بقولها: " يقصد بنظارة الوقف في صلب هذا النص ما يلي: أ - التسيير المباشر للملك الوقفي، ب - رعايته، ج - عمارته، د - استغلاله، و - حمايته"، وتأكيداً لأهمية عمارة الأوقاف وضرورتها، فإن المشرع الجزائري قد أفرد المادة 8 من ذات المرسوم لبيان المقصود بها، فقد انطوت هذه المادة على أنه: " يقصد بعمارة الملك الوقفي في صلب هذا النص ما يلي: أ - صيانة الملك الوقفي وترميمه، ب - إعادة بناء الملك الوقفي عند الاقتضاء، ج - استصلاح الأراضي الوقفية وزراعتها بغرس الفسيل وغيره"، كما نجد أن المادة 13 من ذات المرسوم المذكور أعلاه، المتضمنة مهام ناظر الملك الوقفي وصلاحياته أكدت على ذات المعنى في فقرتها الخامسة بقولها: " يباشر ناظر الملك

¹ حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج 3، ص 379.

الوقفي عمله تحت مراقبة وكيل الأوقاف ومتابعته على الخصوص المهام الآتية : ... 5 - السهر على صيانة الملك الوقفي المبني وترميمه وإعادة بنائه " .

فنتحقق عمارة الملك الوقفي بصيانتته وترميمه، فقد يكون الوقف قد مر عليه زمن طويل مما جعل العوامل الطبيعية وغيرها تؤثر في المواد التي تدخل في تكوينه، فيتعين عندئذ على الناظر أن يبادر إلى ترميم وصيانة ما قد تأكل منه بإصلاحه من أجل تحقق استمرارية الانتفاع به، كما تتحقق عمارة الملك الوقفي بإعادة بنائه، فإذا كان الوقف يتمثل في بناية معينة تعرضت إلى الدمار والهدم لأي سبب كان، فيتوجب على الناظر أن يعيد بنائها على الوجه الذي يجعلها صالحة لتحقيق الغرض الذي تم وقفها من أجله، ومن ناحية ثالثة فإن عمارة الأراضي الوقفية الصالحة للزراعة يتحقق باستصلاحها وزراعتها، ذلك أن الأراضي البور غير المستصلحة للزراعة لا فائدة منها، لذلك يتعين على ناظر الأراضي الوقفية المعدة للزراعة أن يسارع إلى استصلاحها بغرس الأشجار فيها وسقيها، والقيام بكل المتطلبات من أجل ذلك من تسميد وغيره .

وفي القانون المقارن، فقد جعل المشرع المصري من أهم واجبات ناظر الوقف المحافظة على أعيان الوقف في حالة صالحة قادرة على إدرار المنفعة، وتحقيق الغرض الذي أوقفت من أجله، وتكون هذه المحافظة بالإفناق على عمارة الوقف وصيانتته ، فقد أوجبت المادتين 54، 55 من القانون رقم 48 لسنة 1946 المعدل والمتمم، على ناظر الوقف أن يحجز من صافي ريع مباني الوقف 2.5% يخصص لعمارتها ويودع ما يحتجز لدى خزانة المحكمة ويجوز استغلاله إلى أن يحين وقت العمارة، في العمارة الوقفية التي يقصد منها الصيانة .

2 - الدفاع عن الوقف وحمايته :

كما يجب على ناظر الوقف عمارته و النفقة عليه حفاظاً عليه من الخراب والتلف، فإنه يجب عليه المخاصمة في الوقف حفاظاً عليه من الادعاء والاستيلاء، فيتعين على الناظر أن ينصب مدافعاً ضد أي اعتداء على أعيان الوقف أو غلاته فيرفع الدعاوى أمام القضاء لاسترجاع الوقف أو غلاته من الغاصبين وممن يحاولون الاستيلاء عليه، فقد جاء في منتهى الإيرادات للبهوتي ما نصه: " وظيفته - أي الناظر - حفظ الوقف وعمارته ، وإيجاره، والمخاصمة فيه " ¹.

فلا شك من أن الفقهاء في تناولهم لمسائل الأوقاف بجملة الفتاوى كان القصد من ورائها حماية الأوقاف وضمان استمرارها، فلقد أوجب الفقهاء على الناظر المخاصمة في الوقف واعتبروه ممثلاً شرعياً عنه لأن واجب حفظ الوقف لا يتأتى إلا به فكان واجباً عليه كالعامة والنفقة، وكما أن الناظر يكون ممثلاً للوقف في الادعاء فإنه يكون ممثلاً له في الدعاوى التي تقام على الوقف، فيجب على الناظر أن ينصب خصماً لكل من يدعي على الوقف بشيء ليس له فيه حق، وهذا مانص عليه صراحة المشرع القطري في

¹ كشف القناع للبهوتي، مرجع سابق، ج 4 ص 268 .

المادة 12 من قانون الأوقاف القطري رقم 8 لسنة 1996 المعدل والمتمم، التي انطوت على أن: "ناظر الوقف هو المسؤول عن المحافظة على الوقف ورعايته وهو الممثل الشرعي له أمام الغير". وفي النظام القانوني الجزائري، فحماية الأوقاف تضمنها أسمى قانون في الدولة، فقد نصت المادة 3/46 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أن: " الأمالك الوقفية وأمالك الجمعيات الخيرية معترف بها، ويحمي القانون تخصيصها " ، كما أن المادة 8 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، قد ذكرت في طياتها عبارة " الأوقاف العامة المصونة "، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن الأوقاف محمية بقوة القانون .

ومن مظاهر الحماية المدنية للأوقاف هو عدم قابلية الأملاك الوقفية للاكتساب بالتقادم، فلئن كانت المادة 827 من القانون المدني الجزائري قد نصت على أنه: " من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً أو كان أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو خاصاً به صار له ذلك ملكاً إذا استمر حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع "، فإنها لا تنطبق على الأموال الموقوفة، فهذه الأخيرة لا يصح أن تكتسب بالتقادم ، ذلك أن الوقف ليس فيه ملكية لأحد ويتمتع بالشخصية المعنوية، كما أنه إذا صح الوقف تزول ملكية الواقف¹، وينحصر حق الموقوف عليهم في الانتفاع بالعين فقط، والنتيجة من ذلك أنه لا يمكن تملكه بوضع اليد (التقادم)، و لأن ذلك أيضاً يتعارض مع حبسه في أوجه البر والإحسان .

كما أن جُل المهام التي أناطها المشرع الجزائري بناظر الملك الوقفي، تندرج ضمن بند حماية الوقف، فقد انطوت المادة 13 من من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 أنف على أنه: " يباشر ناظر الملك الوقفي عمله تحت مراقبة وكيل الأوقاف ومتابعته، ويتولى على الخصوص المهام الآتية :

- 1 - السهر على العين الموقوفة، ويكون بذلك وكيلاً على الموقوف عليهم وضامناً لكل تقصير .
- 2 - المحافظة على الملك الوقفي وملحقاته وتوابعه من عقارات ومنقولات.
- 3 - القيام بكل عمل يفيد الملك الوقفي، أو الموقوف عليهم.
- 4 - دفع الضرر عن الملك الوقفي، مع التقيد بالتنظيمات المعمول بها وبشروط الواقف.
- 5 - السهر على صيانة الملك الوقفي المبني وترميمه وإعادة بنائه عند الاقتضاء .
- 6 - السهر على حماية الملك الوقفي والأراضي الفلاحية الوقفية واستصلاحها وزراعتها، وفقاً لأحكام المادة 45 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه.
- 7 - تحصيل عائدات الملك الوقفي.
- 8 - السهر على أداء حقوق الموقوف عليهم مع مراعاة شروط الواقف بعد خصم نفقات المحافظة على الملك الوقفي و حمايته وخدمته المثبتة قانوناً " .

¹ المادة (17) من قانون الأوقاف رقم 1091 المعدل والمتمم .

فالمحافظة على الملك الوقفي وملحقاته وتوابعه من عقارات ومنقولات، تتأتى بقيام الناظر بكل ما هو ضروري للوقف وعلى وجه الخصوص توفير الوثائق الثبوتية، وحصر الأملاك الوقفية بالطرق القانونية، أما قيامه بالأعمال المفيدة للملك الوقفي و الموقوف عليهم ودفع الضرر عن الملك الوقفي، فيتمثل في وظيفة الناظر بالمخاصمة في الأموال الموقوفة، فباقراره الممثل الشرعي للوقف فإن عليه أن يبذل كل ما في وسعه بغية الحفاظ على أعيان الوقف، وحقوق الموقوف عليهم، سواء كان ذلك بنفسه أو بتوكيل من ينوب عنه في ذلك كالمحامين، وعليه فإن على ناظر الوقف أن يدفع من غلة الوقف أجور وكلاء الدعاوى التي ترفع على الوقف أو منه، لجلب مصلحة له أو دفع مضرة عنه.

وأما السهر على حماية الملك الوقفي والأراضي الفلاحية الوقفية فيكون كذلك بتوفير الوسائل القانونية الكفيلة بمنع التعدي عليها باللجوء إلى القضاء المختص، بحيث يقوم الناظر برفع الدعاوى ضد المعتدين عليها، علماً أن المشرع الجزائري قد جعل عملية تسيير الأملاك الوقفية من مهمة نظارة الشؤون الدينية على مستوى الولاية، أما أعمال المراقبة فقد أوكلت إلى وكيل الأوقاف طبقاً لنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، أما عن عملية التسيير المباشر فأوكلت إلى ناظر الوقف.

فقد نصت المادة 46 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم على أن: "السلطة المكلفة بالأوقاف هي المؤهلة لقبول الأوقاف وتسهر على تسييرها وحمايتها"، وجاء لفظ السلطة المكلفة عاماً، وهذا يعني أن حماية الأوقاف و المخاصمة فيها مسؤولية جميع الموكل إليهم قانوناً الإشراف على إدارة الأوقاف وتسييرها في النظام القانوني الجزائري .

ثانياً: تنفيذ شروط الواقف

المراد بشروط الواقفين: ما نص عليه الواقفين في كتب وقفهم من تعبير عن رغبتهم في الطريقة التي ينشأ بها الوقف، والنظام الذي يجب إتباعه من حيث النظارة عليه، وصرف ريعه على المستحقين، وبعبارة أخرى فإن شروط الواقف هي المواد التي يكون منها الواقف قانون وقفه للوصول به إلى غرضه منه .¹

ويلتزم ناظر الوقف بتنفيذ شروط الواقف المعتبرة شرعاً، والمنصوص عليه من قبله، وليس له مخالفتها، ذلك لأن فقهاء المذاهب الإسلامية الأربعة يقررون أن " شرط الواقف كنص الشارع"² لذلك يتعين على ناظر الوقف مراعاته أثناء القيام بإدارة شؤون الوقف وأموره ما دام لا يخالف أمراً شرعياً، وقد استدلت الفقهاء على ما ذهبوا إليه بما يلي:

¹ علي عبد الفتاح علي جبريل، حركة تقنين أحكام الوقف في تاريخ مصر المعاصرة، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، سنة 2003 م، ص 107 .

² وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 149 .

1 - عموم الأدلة الواردة بخصوص الوفاء بالعقود والشروط، ومنها قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"¹، ووجه الدلالة من هذه الآية هو أن الله سبحانه وتعالى يأمر عباده بالوفاء بالعقود وهو لفظ عام يشمل كل عقد، ويتضمن الوفاء بالعقود الوفاء بما تضمنته هذه العقود من شروط والتزامات إذا كانت لا تخالف الشرع، ومن هذه الأدلة الواردة في الوفاء بالعهد قوله صلى الله عليه وسلم " المسلمون على شروطهم"²، أي ثابتون عليها واقفون عندها.

2 - أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قد اشترط في وقفه شروطاً، فلو لم يكن يجب إتباعها لما كان في اشتراطها فائدة.

والشروط التي يضمنها الواقفين في عقود أوقفهم تنقسم إلى ثلاثة أقسام: فقد تكون شروطاً باطلة مبطلّة للوقف، وقد تكون شروطاً باطلة غير مبطلّة للوقف، وقد تكون شروطاً صحيحة، فأما الشرط الباطل المبطل للوقف فإن الفقهاء لم يتفقوا على ضابطا للشرط لها، فبعضهم ذكر ضابطاً أو أكثر لهذا النوع من الشروط، وبعضهم الآخر عدد هذه الشروط دون وضع ضابط لها، فمن ذكر لهذا الشرط ضوابط هم الحنفية والشافعية والحنابلة، حيث قرروا أن كل شرط ينافي مقتضى الوقف فهو باطل مبطل له، كأن يشترط الواقف الرجوع عن الوقف متى شاء أو يشترط الواقف الانتفاع بما وقفه³، ولم يذكر المالكية ضابطاً لهذا النوع من الشروط واكتفوا بتعدادها دون وضعها في ضابط معين ومما عدده: أن يشترط الواقف إخراج البنات من الاستفادة من الوقف فإن الوقف يبطل بهذا الشرط⁴.

أما الشروط الباطلة غير المبطلّة للوقف فتتمثل في كل شرط لا يخل بأصل الوقف أو ينافي حكمه أو مقتضاه غير أن فيه تعطيلاً لمصلحة الوقف، أو إضراراً بالموقوف عليهم أو مخالفة الشرع، وحكمها الإلغاء، ولا يجوز الأخذ بها، كما لا يلزم الوفاء بها، ومن أمثلة الشروط الباطلة غير المبطلّة للوقف كأن يشترط الواقف بأن لا يُنحى الناظر على إدارة الوقف أبداً حتى ولو حدث له عارض يجعله ليس قادراً على إدارة الوقف، فإن مثل هذا الشرط يعد باطلاً وللحاكم إذا عرض للناظر عارضاً يجعله ليس قادراً على إدارة الوقف أن يعزله عن النظارة ويقوم آخر مكانه مراعاة لمصلحة الوقف والموقوف عليهم ويعد شرط الواقف في هذا المقام لاغياً⁵.

¹ سورة المائدة، الآية 1 .

² أخرجه الترمذي، في كتاب الأحكام ، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح، رقم 1352 .

³ حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج3 ص360، ومغني المحتاج، مرجع سابق، ج2 ص385، و كشاف القناع، مرجع

سابق، ج4 ص251 ، والمغني لابن قدامة، مرجع سابق، ج8 ص192 .

⁴ مواهب الجليل، مرجع سابق، ج6 ص33 .

⁵ حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج3 ص361 ، و الشرح الكبير، مرجع ستابق، ج4 ص88 .

أما الشروط الصحيحة فهي كل الشروط التي لا تتنافى ومقتضى الوقف ولا تعطل مصلحته ولا تخالف الشرع¹، أي هي الشرط الذي لا تتوافر فيه عناصر الشرط الباطل سواء كان الشرط الباطل مبطلاً للوقف أو ليس كذلك، وأمثلة الشروط الصحيحة كثيرة لا يمكن حصرها، وهي تختلف باختلاف أغراض الواقفين و مقاصدهم وباختلاف العين الموقوفة، وقد قرر الفقهاء أنه على ناظر الوقف ملزم بتنفيذ كل شرط صحيح شرطه الواقف، كالتسوية والتفاضل بين المستحقين، أو فيما يبدأ به أولاً عند قسمة الغلة، أو في المصارف التي ينفق عليها أو في طريقة استغلال الموقوف .

وإذا كان الناظر ملزماً بتنفيذ شروط الواقف المعتمدة شرعاً، فإن الفقهاء قرروا أنه يجوز للناظر مخالفة شروط الواقف في بعض الحالات إذا توافر الشرطيين التاليين:

1 - أن تقوم مصلحة راجحة أو ضرورة تقتضي مخالفة شرط الواقف²، ومثال ذلك أن يشترط الواقف أن لا يؤجر الوقف لشخص معين أكثر من سنة ولم يجد الناظر غير هذا الشخص ليؤجر له الوقف، فعندئذ يجوز للناظر أن يخالف شرط الواقف ويجدد تأجير الوقف للشخص الأول

2 - أن يرفع الأمر إلى القاضي ليصدر الإذن بالموافقة على هذه المخالفة، لما له من الولاية العامة³. فإذا اشترط الواقف في كتاب وقفه شروطاً، ووجد الناظر أن عدم تنفيذها أصلح للوقف، فإنه يجوز له أن يرفع الأمر بشأنها إلى القاضي ليُجيز له مخالفتها باعتبار أن القاضي له الولاية العامة .

وفي النظام القانوني الجزائري فالإرادة الوقفية واسعة السلطان في إنشاء الاشتراطات والتقييدات على الوقف شريطة ألا تصادم طبيعة الوقف، أو مصلحة الموقوف عليه،⁴ فاشتراطات الواقف هي كل ما يمليه كل محبس في العقد بإرادته الحرة والواعية ليعبر به عن رغباته ومقاصده في الكيفية التي ينشأ بها وقفه، والنظام الذي يتبع فيه من تولى شؤونه وتوزيع ريعه، وهذا المعنى هو ما انطوت عليه المادة 14 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم بقولها: " اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها " .

والاشتراطات التي يشترطها الواقف في عقد وقفه يجوز له أن يتراجع عنها، غير أن تراجع مقيّد بشرط الاحتفاظ بذلك لنفسه حين إبرام عقد الوقف، وهذا ما نصت المادة 15 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، بقولها: " يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف " .

¹ محمد عيسى، فقه الوقف وإدارته في الإسلام، مقال ضمن دورة الأوقاف الإسلامية بالجزائر، وزارة الشؤون الدينية بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، سنة 1999 م، ص 24 .

² كتاب الإسعاف في أحكام الأوقاف للطرابلسي، مرجع سابق، ص 53.

³ نفس المرجع السابق.

⁴ محمد عيسى، فقه الوقف وإدارته في الإسلام، مرجع سابق، ص 25 .

وإذا كان ناظر الملك الوقفي ملزماً بتطبيق شروط الواقف، فإنه غير ملزم بتطبيق الشروط التي يتدخل القاضي ويلغيها، ذلك أن المادة 16 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المتمم والمعدل نصت على أنه: "يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافياً لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم، أو ضاراً بمحل الوقف، أو بمصلحة الموقوف عليه"، وفي ذات الصدد نصت المادة 218 من قانون الأسرة على أنه: "ينفذ شرط الواقف ما لم يتناف ومقتضيات الوقف شرعاً، وإلا بطل الشرط وبقي الوقف"، فإذا تدخل القاضي وأبطل شرطاً من الشروط التي ضمنها الواقف وقفه، فإن هذا لا يجعل الوقف كله باطل إنما يبطل الشرط ويبقى الوقف صحيحاً.

ومن أمثلة الشروط الباطلة التي يتدخل القاضي لإلغائها، أن يشترط الواقف على زوجته لاستفادتها من الوقف عدم زواجها بعد وفاته، بحسبان أن هذا الشرط ضار بمصلحة الموقوف عليه، فشرط عدم الزواج يؤدي إلى الوقوع في المنهي عنه شرعاً، كما أن الشريعة الإسلامية حثت على الزواج واعتبرته سنة في حال الاعتدال (أغلب الأحوال) فكيف يكون الشرط المخالف للسنة واجب النفاذ؟

وفي ظل القانون المقارن، فإن مدونة الأوقاف المغربية الصادر سنة 2010 أوضحت كيفية معالجة الشروط التي ضمنها الواقف في عقد وقفه، فقد نصت المادة 43 منها على أنه: "يجب التقيد بشروط الواقف والوفاء بها إذا كانت مشروعة وقابلة للتنفيذ، فإذا اقترن الوقف بشرط غير مشروع أو استحالة تنفيذه، صح الوقف وبطل الشرط مع مراعاة أحكام الفقرة الأولى من المادة 14 أعلاه"، فباستقراء هذه المادة نجد أن المشرع المغربي وأخذاً بأحكام الفقه الإسلامي أوجب العمل بالشروط التي يقررها الواقف في وقفه، غير أن وجوب إتباع هذه الشروط ليس على إطلاقه، ذلك أنه يتوقف على ما إذا كانت تلك الشروط مشروعة، ويقصد بمشروعيتها عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعد المصدر الأول لمدونة الأوقاف في النظام القانوني المغربي¹، وهذا ليس له من مغزى سوى تفادي اتخاذ الوقف سبيلاً للظلم والتعسف وفرض إرادات عابثة، وحتى لا يبقى هناك مجال لتناقض أحكام الوقف مع أحكام الميراث، وبناء عليه إذا كانت شروط الواقف غير مشروعة فإنها تسقط ولا يعمل بها، وانطلاقاً من هذا الفهم فقد نصت المادة 14 من ذات المدونة في فقرتها الثانية على أنه: "وفي حالة الوقف على الذكور من أولاد الواقف دون الإناث أو العكس، أو على بعض أولاده دون البعض، اعتبر الوقف صحيحاً لهم جميعاً والشرط باطلاً"، لأن التفرقة والتمييز بين الأولاد من الذكور والإناث في استحقاق غلات الوقف، أو في استحقاق الميراث يعد من العقليات التي كانت سائدة في الجاهلية قبل الإسلام، وإلى عهد قريب ظلت متبعة في بعض المجتمعات العربية.

¹ يظهر هذا جلياً من خلال المادة 169 حيث انطوت على أنه: "كل ما لم يرد في هذه المدونة يرجع فيه إلى أحكام المذهب المالكي فقهاً واجتهاداً بما يراعى فيه تحقيق مصلحة الوقف".

ثالثاً: تحصيل الغلة وأداء حقوق المستحقين

تحصيل غلة الوقف من الأمور الواجبة على الناظر، لأن مقصود الواقف من الوقف هو تحصيل الثواب بنفع المستحقين ولا يتم ذلك إلا بصرف الغلة إليهم، ولا يتحقق الصرف من غير تحصيل الغلة، ولأن الوقف في أصله هو تحبب الأصل وتسهيل المنفعة، والمقصود بتسهيل المنفعة إطلاق فوائد العين الموقوفة من غلة وثمره وغيرها للجهة المعينة، وقد جعل المشرع الجزائري من مهام ناظر الملك الوقفي تحصيل عائدات الملك الوقفي، وذلك في البند السابع من المادة 13 من المرسوم التنفيذي 381/98 سالف الذكر.

والملاحظ أن واجب تحصيل الغلة الملقى على عاتق ناظر الملك الوقفي يكون في الوقف المعد للاستغلال كوقف أراضي زراعية أو العقارات القابلة للإيجار، ولا يمكن تصور تحصيل الغلة في الأوقاف المعدة للانتفاع لا للاستغلال، كوقف الكتب على طلبة العلم .

كما يتعين على ناظر الوقف - بلا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية - أن يؤدي حقوق المستحقين في الغلة إلى ذويها، فبعد أن يقوم الناظر بتحصيل الغلة يجب عليه إعطاء كل مستحق نصيبه من غلة الوقف، وهذا الواجب قرره المشرع الجزائري على ناظر الملك الوقفي في البند الثامن من المادة 13 من المرسوم التنفيذي 381/98 سالف الذكر، بقوله: " ... 8 - السهر على أداء حقوق الموقوف عليهم مع مراعاة شروط الواقف بعد خصم نفقات المحافظة على الملك الوقفي وحمايته المثبة قانوناً"، فناظر الملك الوقفي عليه مراعاة شروط الواقف وهو بصدد صرف الغلة إلى الموقوف عليهم، لأن الفقه الإسلامي اتفق أن شرط الواقف واجب الإلتزام كنص الشارع إذا كان هذا الشرط صحيحاً غير باطلاً، ومن ثم فعلى ناظر الملك الوقفي أن يعطي كل مستحق القدر الذي حدده له الواقف من غير زيادة ولا نقصان، ويقدم في الصرف من قدمه الواقف ويؤخر من أخره، وأما إذا لم يكن للواقف شرطاً في تقسيم الغلة على الموقوف عليهم، فلا يخلو الأمر من أن يكون الموقوف عليهم جهة معينة ومحصورة أو جهة غير محصورة.

فإن كان الموقوف عليه جهة معينة ومحصورة، كفلان وفلان، فإنه يتعين على الناظر عندئذ تعميمهم بالصرف والتسوية بينهم فيه، لأن الأمر يقتضي ذلك، فيسوي الناظر في الصرف بين الذكور والإناث والغني والفقير والصغير والكبير. وإن كان الموقوف عليه جهة غير محصورة كأن يكون الوقف على الفقراء و المسكين و أبناء السبيل و طلبة العلم، ففي هذه الحالة اختلف الفقهاء فيما يجب على الناظر عند صرف الغلة للمستحقين وذلك على أربعة أقوال: فقد ذهب الحنفية والحنابلة إلى القول بأنه في هذه الحالة يجوز للناظر أن يُعطي من يشاء منهم ولو اقتصر على واحد منهم، لأن مقصود الواقف عدم مجاوزة الجنس وذلك حاصل بالدفع إلى واحد، كما يجوز للناظر أن يفاضل في العطاء إذا أعطى أكثر

من واحد، لأنه لما جاز له الاقتصار على واحد جاز له التفضيل من باب أولى¹، أما المالكية فقالوا إن كان الموقوف عليه غير معين، فإن الناظر عندئذ يفضل أصحاب الحاجة وذلك بالاجتهاد منه، لأن غاية الواقف من وقفه الإحسان والرفق²، في حين ذهب الشافعية إلى أنه في هذه الحالة يجب على الناظر أن يصرف الغلة إلى ثلاثة فصاعداً وذلك من أجل مطابقة الجمع في الموقوف عليهم، ولا يجب عليه الاستيعاب في الصرف لكل الجهة الموقوف عليها لأنه يتعذر ذلك³، ويرى الباحث أن الأخذ بهذا القول الثالث هو الأرجح لما فيه من مطابقة لقصد الواقف لأن صرف الغلة إلى ثلاثة فصاعداً إذا كان الموقوف عليه غير معين يحقق قصد الواقف، كما أن فيه مطابقة للجمع الذي قصده الواقف من وقفه .

ويندرج ضمن واجب الناظر في أداء حقوق المستحقين، مسألة الوفاء بديون الوقف، فالاستدانة في باب الوقف هي الاقتراض أو الشراء نسيئة، والنسيئة بمعنى التأجيل والتأخير عن الدفع.

فقد ذهب فقهاء الحنفية والشافعية إلى أن استدانة الناظر على الوقف مشروطة بشرطين، أولهما إذن القاضي، ذلك لأن لهذا الأخير ولاية عامة على الأوقاف، إلا أن يكون الواقف قد شرط له ذلك، فلا يحتاج إلى إذن القاضي، و الشرط الثاني : أن لا تتيسر إجارة عين الوقف والصرف عليه من غلته، وفي التعبير عن هذين الشرطين يقول ابن النجيم: " الاستدانة على الوقف لا تجوز إلا إذا احتيج إليها لمصلحة الوقف كتعمير و شراء بذور، فتجوز بشرطين الأول: إذن القاضي، والثاني: أن لا تتيسر إجارة العين و الصرف من أجرتها ".⁴، وإن استدان الناظر من غير توافر هذين الشرطين كان الدين في ذمته لا في ذمة الوقف⁵، في حين يذهب المالكية والحنابلة إلى أنه يجوز للناظر أن يستدين على الوقف لمصلحة الوقف من غير إذن القاضي، واستدلوا على ذلك بأن ناظر الوقف مؤتمن له مطلق التصرف، فالإذن و الائتمان ثابتان له فيجوز له الاستدانة على الوقف⁶.

هذا وقد اختلفت أنظار الفقهاء المعاصرين في مسألة الاستدانة على الوقف، فمنهم من رجح قول المالكية والحنابلة، ووجه ذلك أن الناظر أمين فيما تحت يده من الوقف، مصدق في كل ما يحقق مصالحه، وما دام أنه أمين ومصدق فلا حاجة لتقيده بصرفاته بشروط قد تعرقل عمله، أو تقف

¹ كشف القناع للبهوتي، مرجع سابق، ج 4، ص 290 .

² الشرح الكبير، مرجع سابق، ج4، ص 96 - 97 .

³ روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1991م، ج5، ص 320 .

⁴ الأشباه والنظائر لابن النجيم، مرجع سابق، ص219 .

⁵ كتاب الإسعاف في أحكام الأوقاف، مرجع سابق، ص57.

⁶ حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج4 ص89 وفي ذلك يقول: " و للناظر أن يقترض لمصلحة الوقف بلا إذن الحاكم ويُصدق في ذلك "، و كشف القناع، مرجع سابق، ج4 ص268 وفي ذلك يقول : " و للناظر الاستدانة على الوقف بلا إذن حاكم كسائر تصرفاته، لمصلحة الوقف، كشرائه للوقف نسيئة، أو بنقد لم يعينه، لأن الناظر مؤتمن، مطلق التصرف، فالإذن و الائتمان ثابتان " .

في طريقه، فلا يستطيع أن يعمل شيئاً إلا بإذن القاضي، ثم إن تصرفاته مشروطة بما يحقق مصلحة الوقف، فإذا ثبت أنه انحرف عما يحقق هذا الهدف يوقف عند حده كما أنه مسؤول عن كل تصرف ضار بمصلحة الوقف والموقوف عليهم، ويحاسب على ذلك.¹

في حين يذهب جانب آخر من الفقهاء إلى تبني قول الحنفية والشافعية في تقييد استدانة الناظر بإذن القاضي، وفي التدليل على ما ذهبوا إليه يسوقون الحجج التالية :

1 - إن تقدير الضرورة الملجئة إلى الاستدانة مسألة موضوعية، يرجع تقديرها إلى القاضي الذي يستعين عادة بأهل الخبرة في تقدير ذلك.

2 - إن إعطاء الحرية للناظر في الاستدانة على الوقف قد يؤدي - بسوء تصرفه وتقديره - إلى الضرر بمصالح الوقف والموقوف عليهم .

3 - إن شراء بعض المواد الضرورية للوقف نسيئة يكون في غالب الأحيان بأكثر من السعر المقرر عند الشراء نقداً، لذا يجب أخذ الإذن من القاضي.²

وهذا التوجه هو ما أخذ به المشرع في إمارة الشارقة من خلال نص المادة 32 من القانون رقم 4 لسنة 2011 في شأن الوقف، حيث انطوت على أنه: " لا يجوز لناظر الوقف أن يرتب تصرفاً على أعيان الوقف أو على شيء منها خلواً أو حكراً لمصلحة آخر دون إذن المحكمة "، فالحكر والخلو يعتبران طريقان من الطرق الإستثنائية التي يلجأ إليها الناظر في إعمار الوقف إذا لم يكن للوقف غلة يعمر بها، وهما يتضمنان استدانة على الوقف - كما سيأتي بيانه في الفصل الثاني من هذه الرسالة - ولذلك ومن أجل ضمان التأكد من توافر حالة الضرورة الملجئة لهذه الاستدانة اشترط المشرع في إمارة الشارقة على الناظر قبل اللجوء إليهما أخذ الإذن من المحكمة المختصة، كما نجد أن ذات التوجه أخذ به صراحة المشرع اليمني في قانون الأوقاف الشرعية رقم 23 لسنة 1992 المعدل والمتمم، أنف الذكر، حيث انطوت المادة 74 منه على أنه: " لا يجوز للمتولي أن يستدين إلا بإذن الجهة المختصة "، ولا شك أن المشرع اليمني يقصد بالجهة المختصة هي الجهة القضائية التي تتولى النظر في قضايا الأوقاف .

ولقد جاء قانون الأوقاف الجزائري خالياً من تناول هذه المسألة، فلم يتطرق إلى جواز أو عدم جواز الاستدانة للوقف من أجل القيام بمهمة إعمارها، ولهذا وجب علينا إعمال مقتضيات المادة 2 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، التي انطوت على أنه: " على غرار كل مواد هذا القانون، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه "، وإعمالاً لمقتضيات هذه المادة، يرجح الباحث أنه يجوز لناظر الملك الوقفي اللجوء إلى الاستدانة على الوقف، وذلك لأنها قد تحقق مصالح معتبرة للوقف، بل قد تقع مضار كبيرة له إذا لم يقم الناظر بالاستدانة، فقد يكون الوقف في حالات كثيرة

¹ ناصر بن عبد الله الميمان، ديون الوقف، مقال ضمن منتدى قضايا الوقف الفقهي الأول، الأمانة العامة للأوقاف الكويت، الكويت من 11 إلى 13 أكتوبر 2003، ص 80 .

² محمد الكبيسي، مرجع سابق، ج 2 ص 203 . 204 .

مهدد بالضياع، بل يمكن أن نستنتج السند من خلال أحكام المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، حيث انطوت هذه المادة على أنه: "دون الإخلال بأحكام المادة 23 أعلاه، يمكن تأجير الملك الوقفي عند الضرورة بأربعة أخماس إيجار المثل إذا كان مثقلاً بدين أو لم تسجل رغبة فيه إلا بقيمة أقل من إيجار المثل، ويرجع إلى إيجار المثل متى توفرت الفرصة لذلك و يجدد عندها عقد الإيجار"، فمن خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري يُقر بالاستدانة على الأوقاف ويرتب أحكام على ذلك.

غير أن استدانة الناظر أموالاً للوقف من أجل القيام بعملية إعمارها لا تكون على إطلاقها، إنما يجب أن تقيد بضوابط تتمثل في :

1 - أن تكون هناك ضرورة ماسة لهذه الاستدانة، بمعنى أن يترتب على هذه الاستدانة مصلحة ملحة للوقف، أو تدفع عنه مفسدة محققة، فلو كانت الاستدانة لا تؤثر في الوقف بحيث يبقى الوقف على ما هو عليه حتى مع الاستدانة فإنها غير جائزة عندئذ.

2 - موافقة القاضي، فإذا قدر ناظر الوقف أن من أجل القيام بمهامه في عمارة الوقف أن الوقف بحاجة إلى اللجوء إلى الاستدانة فيجب أن يرفع أمر إلى القاضي المختص لاستصدار إذن بذلك، فقد يكون الناظر مخطئاً في تقديره لحاجة الوقف للدين أو في مقداره .

3 - أن يقوم ناظر الوقف، والأجهزة المكلفة بإدارة الأوقاف بترتيب الآليات الكفيلة برد الديون.

4 - أن تكون الاستدانة بطريقة مشروعة خالية اللجوء إلى الطرق التي لا تقرها الشريعة الإسلامية، مثل الربا، وذلك أن الوقف في أصله بالنسبة للواقف يعد من القربات التي يتقرب بها إلى الله سبحانه وتعالى، ولا يعقل أن يتقرب بالله بأمر نهى عنه .

5 - أن يخصم الدين الذي على الوقف من الغلة قبل أن تقسم على الموقوف عليهم، لأن سداد الديون أولى .

الفرع الثاني: الأعمال التي يجب على ناظر الوقف الامتناع عنها

ويقصد بهذه الأعمال جميع التصرفات التي من شأنها أن تسبب ضرراً سواء في أعيان الوقف أو في ريعه، أكان بطريق مباشر أم غير مباشر، مما يؤدي إلى تعرض الوقف إلى الضياع والاندثار، أو يؤدي إلى ضياع حقوق الموقوف عليهم، وتتمثل هذه الأعمال في بيع الوقف و التعدي عليه .

أولاً : بيع الوقف

من المقرر فقها عدم جواز التصرف بالمال الموقوف تصرفاً ناقلاً للملكية، وعليه فإنه لا يجوز بيع الوقف أو هبته، فلا خلاف بين الفقهاء أنه لا يجوز لا للناظر ولا للقاضي ولا لغيرهما بيع الوقف، لمنافاة ذلك لمقتضى الوقف، إذ مقتضاه هو قطع التصرف في العين الموقوفة بأسباب التملك ومنها البيع .

والدليل على ذلك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقف مال له على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال عمر: يارسول الله إني أصبت مالاً وهو عندي نفيس فأردت أن أتصدق به، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم، تصدق بأصله، لا يباع و لا يوهب و لا يورث، ولكن ينق ثمره، فتصدق به عمر¹. فالوقف باعتباره صدقة جارية، يبتغي من ورائها الواقف دوام الأجر والثواب من عند الله سبحانه، وعدم انقطاعه بموته، لا يجوز بيعه أو التصرف فيه تصرفاً ناقلاً للملكية، فالوقف يخرج من الذمة المالية للواقف، ولا يدخل في الذمة المالية للموقوف عليه، بل يتمتع بالشخصية المعنوية التي يعبر عنها الفقه الإسلامي بالشخصية الحكيمة .

غير أن الحنابلة يجيزون بيع الوقف بافتقاده للمقصود الذي وجد من أجله، وانقطاع النفع المرجو منه، فالأصل عندهم هو عدم جواز بيع الوقف ويجوز ذلك استثناءً، وفي ذلك يقول ابن قدامة: " ... وإذا لم تتعطل منافع الوقف بالكلية لكن قلت، وكان غيره أنفع منه و أكثر رداً على أهل الوقف لم يجز بيعه، لأن الأصل تحريم البيع، وإنما أبيع للضرورة، صيانة للمقصود " .²

والمشرع الجزائري منع التصرف في الأموال الموقوفة منعاً باتاً بأي نوع من أنواع التصرف، وأخرجها من دائرة التملكيات، فالأموال الموقوفة لا تكون محل ملك ولا دعوى تملك، وهذا ما انطوت عليه المادة 23 من قانون الأوقاف رقم 10/ 91 المعدل والمتمم، والتي نصت على أنه: " لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها "، فهذه المادة جاءت صريحة في منع التصرفات التي ترد على الأملاك الوقفية سواء أكان بيعاً أم هبة أو غيرها من التصرفات، وسواءً أكانت هذه التصرفات من الواقف أو الموقوف عليهم أو من الناظر أو أي متولي آخر لإدارة الوقف، لأن الوقف يكون على وجه التأييد، وهذا ما أكدته المادة 03 من قانون الأوقاف آنف الذكر بقولها: " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير " .

وهذا ما شددت عليه أيضاً الغرفة العقارية للمحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 16/07/1997م، والذي جاء فيه " من المقرر شرعاً وقانوناً أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية سواءً بالبيع أو الهبة أو بغيرهما وليس للمحبس إلا حق الانتفاع، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن جهة الاستئناف تعاظت عن طلب الطاعن الأساسي الرامي إلى إبطال البيع الوارد على الأرض المحبسة وراحت تصحح هذا البيع المفرغ في عقد الشهرة، بالرغم من تعلقه بأرض محبسة، فإن القضاة بقرارهم كما فعلوا قد أساءوا تطبيق القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض قرارهم " .³ فحق الموقوف

¹ أخرجه البخاري في كتاب الوصايا، مرجع سابق، ج2 ص 295 و مسلم في كتاب الوصية باب الوقف، مرجع سابق، ج3 ص 1255 .

² الكافي في فقه الإمام أحمد ، لابن قدامة ، مرجع سابق، ج2 ص 16 .

³ قرار رقم 157310 مؤرخ في 16 / 07 / 1997م، مجلة قضائية لسنة 1997، عدد 01، ص 34 .

عليهم في الملك الوقفي، ينحصر في حق الانتفاع بما تنتجه العين الموقوفة، باستغلالها استغلالاً غير متلف للعين، باعتباره حق انتفاع لا حق ملكية .

فيمنع منعاً باتاً بيع الوقف أو هبته أو التنازل عنه، وإذا حدث ذلك فيجب استرجاع الملك الوقفي مهما كانت المبررات¹، فكل تصرف يطل الملك الوقفي يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً تطبيقاً عليه أحكام البطلان المطلق المنصوص عليها في المادة 102 من القانون المدني الجزائري، حيث يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به، وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ويمكن للقاضي أن يقضي بهذا البطلان من تلقاء نفسه دون أن يتمسك به أحد الخصوم في الدعوى .

ثانياً: التعدي على الوقف

التعدي في اصطلاح الفقه الإسلامي يعني الظلم ومجاوزة الحد²، وعلى ذلك فالتعدي على الوقف يقصد به كل تصرف من شأنه الإضرار بالوقف أو بمستقبله، إن في عين الوقف أو في ريعه .

فالفقه الإسلامي يعتبر الأوقاف أموالاً، ولذلك لا يفرقها من حيث التعدي عليها عن باقي الأموال فهو يدخل التعدي عليها في باب الجنایات المعروف في كتب الفقه الإسلامي مع تقرير الضمان على الأموال الموقوفة المعتدى عليها، ويقع التعدي في الفقه الإسلامي الموجب للضمان من خلال الفعل الضار، فالإتلاف في اصطلاح الفقهاء هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة، كما يعرف أيضاً بأنه إهلاك المال وإفناؤه، والإفناء قد يتعلق بذات المال، وقد يتعلق بماليتها مع بقاء ذاته وهو نوعان، الأول إتلاف للشيء صورة ومعنى، بإخراجه عن كونه صالحاً للانتفاع به ، والثاني إتلاف للشيء معناه لا صورة، بأحداث مانعاً فيه يمنع من الانتفاع به مع قيامه في نفسه حقيقة.³

وبالجملة فإن كل ما يسبب زهاب المال وضياعه وخروجه من يد صاحبه بنية التجاوز يعد تعدياً، أما الغصب وهو صورة من صور التعدي الإرادي فقد عرفته مجلة الأحكام العدلية على أنه : "أخذ مال أحد وضبطه بدون إذنه"⁴ ، وهذا التعريف على الرغم من إيجازه فهو يؤدي المعنى المقصود من الغصب، فلا يعدو أن يكون استيلاء على مال شخص بغير وجه حق.⁵

فإذا كان يتعين على ناظر الملك الوقفي، عمارته وحفظ أصوله من الضياع، فإنه من باب أولى يتوجب عليه عدم الاعتداء على الأملاك الوقفية التي يتولى النظر عليها، فمن أسباب ضعف النظرة الذاتية للأوقاف،

¹ إلا في حالات نادرة قرر المشرع من خلالها استبدال الوقف والذي ستناوله بالدراسة في الفصل الثاني من هذه الرسالة باعتباره صيغة من الصيغ الاستثنائية في استثمار الأملاك الوقفية .

² محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2002م ، ص 46 .

³ ذات المرجع السابق، ص 52 .

⁴ المادة (881) من مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق .

⁵ محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص 65 .

هو اعتداء الناظر على الأملاك الوقفية، فقد يطول الزمان ومع ضعف الوازع الديني لدى كثير من الناس في وقتنا الحالي، أن يعمد الناظر بالاستيلاء على الأملاك الوقفية، والتصرف فيها كما لو أنها من أصول ندمهم المالية، فناظر الملك الوقفي يعد أمينا على الوقف، وإن حصل تعدي الناظر على الوقف وجب عليه الضمان، ويكون الضمان في حالة الغصب، بالمثل إذا كان المال مثلياً، وبالقيمة إن كان المال قيمياً .

والمشروع الجزائري من خلال نص المادة 5 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، جعل الأملاك الوقفية ليست ملكا لا للأشخاص الطبيعيين ولا المعنويين وتتمتع بشخصية معنوية مستقلة، لذلك لا يُجيز القانون الجزائري لأي شخص ضم أي ملك تثبت له الصفة الوقفية لأملكه الخاصة سواء كان هذا الشخص طبيعي أو معنوي، حتى وإن كان هذا الشخص هو ناظر الوقف نفسه أو السلطة القائمة على إدارة الأوقاف، أو الدولة ذاتها .

وبمناسبة الحديث عن الاعتداء على الأوقاف في النظام القانوني الجزائري، نجد أنه من المناسب معالجة كيفان أعمال مقتضيات قانون الثورة الزراعية قد أدى إلى استيلاء الدولة على الأوقاف في الجزائر، ثم تم تصحيح الأمر في فترات لاحقة من خلال إلغاء هذا القانون بقانون التوجيه العقاري، فقد تميزت المرحلة ما بعد الاستقلال مباشرة سنة 1962 بمغادرة المعمرين أرض الوطن وتركهم لمساحات زراعية شاسعة، مما استلزم إصدار عدة مراسيم ونصوص تشريعية لتنظيم هذا القطاع، من جملتها الأمر رقم 20/62 المؤرخ في 24/08/1962 م والمتعلق بحماية وتسيير الأملاك الشاغرة، والمرسوم رقم 388/63 المؤرخ في 01/10/1963¹م الذي أعلن أن كل المزارع الفلاحية التابعة لبعض الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين هي ملك للدولة، وبهذا تم تأمين جميع أراضي المعمرين وإدماجها تحت ما كان يسمى بنظام التسيير الذاتي، وبذلك أصبحت الدولة مالكة بشكل فعلي لحوالي مليوني هكتار من الأراضي الزراعية التي تشكل حوالي 2000 مزرعة².

ثم كان أن تدعمت هذه النصوص التشريعية بتطبيق الأمر رقم 73/17 المتضمن قانون الثورة الزراعية الصادر في 08/11/1971 م³ القاضي بأن الأرض لمن يخدمها، وبموجب المواد 34 . 35 . 36 . 37 منه تم تأمين العديد من الأراضي الزراعية الموقوفة وقفاً عاماً، هذا التأمين تم لصالح الصندوق الوطني للثورة الزراعية، وبذلك تم الاستيلاء على عدد كبير من الأوقاف العامة قدرت ب 18.167 هكتار⁴، وهو الأمر الذي صعب عملية استرجاع الأوقاف فيما بعد وصعب عملية إثباتها واكتشاف

¹ الجريدة الرسمية العدد 73 مؤرخة في 04 / 10 / 1963 م .

² محمد البشير مغيلي، التكوين الاقتصادي للوقف في بلدان المغرب العربي، مقال منشور ضمن ندوة نظام الوقف والمجتمع المدني في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية و الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، بيروت، من 8 إلى 11 أكتوبر 2001 م، ص 339 .

³ الجريدة الرسمية العدد 97 مؤرخة في 30 / 11 / 1971 م .

⁴ حمدي باشا عمر " عقود التبرعات، الهبة . الوصية . الوقف " مرجع سابق، ص 96.

معالمها بالإضافة إلى أن هذا القانون قلص من دور الوقف العام وأهميته مقابل تفعيل دور الأملاك الوطنية وتكريس الملكية الجماعية حسب المنهج الاشتراكي السائد في تلك الفترة .

أما عن عملية تأميم الأراضي الموقوفة وقفاً خاصاً فإنها تمت بطريقتين، التأميم الكلي ويكون ذلك عندما لا يستغل الموقوف عليهم الأرض الموقوفة بصفة شخصية ومباشرة، فيعتبرون بذلك في مرتبة المالكين غير الشرعيين، ولقد حددت المادة 29 من قانون الثورة الزراعية شروط الاستغلال المباشر والشخصي للأرض الزراعية، وهو كل عامل يباشر بمفرده أو بمساعدة أقاربه المباشرين أو يتخذ من نشاطه الزراعي مهنة أو يعين أساس لهذا النشاط، أما التأميم الجزئي للأراضي الزراعية الموقوفة وقفاً خاصاً، فكان وقفاً لما تضمنت عليه المادة 37 من قانون الثورة الزراعية، حيث أكدت بأن لا تتجاوز الملكية الزراعية الموقوفة حدود الملكية الزراعية الخاصة، وبذلك أمتت أجزاء من أراضي موقوفة وقفاً خاصاً.

فهذه الأحكام في قانون الثورة الزراعية شكلت مساساً وخرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ومساساً بالطابع التعبدى للوقف، وهو ما جعل فكرة الوقف تتراجع داخل المجتمع الجزائري، لاسيما في ظل غياب أي مفهوم وإطار قانوني لتنظيم الوقف في تلك الفترة، الأمر الذي تأخر إلى غاية صدور قانون الأسرة 84 / 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 مايو 2005¹ و الذي نظم أحكام الوقف في مواده من (312 إلى 220) .

ولقد استمر هذا الخرق لأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالأوقاف إلى غاية التسعينات، بصدور القانون رقم 25/90 المؤرخ في 11/18 / 1990 المتضمن التوجيه العقاري²، المعدل والمتمم بالقانون 26/95 المؤرخ في 25/09/1995³ اللذان أقر بحق استرجاع الأراضي الزراعية الموقوفة المؤممة إلى ملاكها الأصليين، ولقد تأكد هذا بموجب المادة 38 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، التي نصت على أنه: " تسترجع الأملاك الوقفية التي أمتت في إطار أحكام الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 08 نوفمبر سنة 1971 والمتضمن الثورة الزراعية إذا ثبتت بإحدى الطرق الشرعية و القانونية وتؤول إلى الجهات التي وقفت عليها أساساً، وفي حالة انعدام الموقوف عليه الشرعي تؤول إلى السلطة المكلفة بالأوقاف . 2 - وما فوت منها باستحالة استرجاع العين الموقوفة وجب تعويضها وفقاً للإجراءات المعمول بها مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه " .

ومن خلال استقراء المادة 38 من قانون الأوقاف آنفة الذكر نجد أن شروط استرجاع الأملاك الوقفية المؤممة تتمثل فيما يلي:

¹ الجريدة الرسمية عدد 43 مؤرخة في 22 يونيو 2005 م .

² الجريدة الرسمية عدد 49 مؤرخة في 18 نوفمبر 1990 م .

³ الجريدة الرسمية عدد 55 مؤرخة في 27 سبتمبر 1995 م .

1 - إثبات الوقف بإحدى الطرق القانونية والشرعية: ويكون عبء إثبات الملك الوقفي في هذه الحالة واقعا على عاتق الجهة المكلفة بالأوقاف (الوصية على الأوقاف) أو على الجهة الموقوف عليها بحسبانها جهة الاستحقاق، أو بتعاونهما معاً، أما عن وسائل الإثبات فهي واسعة، لا تنحصر فقط بالعقد الرسمي بل قد تأخذ أشكالاً متعددة¹، وهو ما انطوت عليه المادة 35 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، بقولها: " يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية مع مراعاة أحكام المادتين 29 و 30 من هذا القانون "، لأن حماية الوقف من أي اعتداءات تطاله لا يمكن أن تتأتى إلا من خلال حماية أصل هذا الحق، فالإثبات له تأثير مباشر على وجود الحق، فما لا دليل عليه هو و العدم سواء .

2 - أن تكون العين الموقوفة قائمة وسليمة وقت طلب مباشرة إجراءات الاسترجاع: أما إذا استحالت عملية الاسترجاع كأن تتحول العين الموقوفة عن طبيعتها الأصلية، كأن تصبح عمرانية أو تعرضها للضياع و الإندثار، فإنه في هذه الحالة يتم تعويض الموقوف عليهم تعويضاً عينياً، مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية .

وبالإضافة إلى توافر هذين الشرطين، يتعين على من يريد استرجاع ملك وقفي أمم بمقتضى قانون الثورة الزراعية أن يتبع إجراء معين نصت عليها المادة 81 من قانون التوجيه العقاري 25/90 المعدل بمقتضى الأمر رقم 26/95 ، يتمثل هذا الإجراء في تقديم المالك الأصلي طلب استرجاع الملك المؤمم، وهنا يجب أن يحل ناظر الملك الوقفي، أو الهيئة المكلفة بالأوقاف أو الجهة الموقوف عليها محل المالك الأصلي، أما بخصوص ميعاد تقديم طلب الأراضي المؤممة، فلقد كانت المادة 81 من قانون التوجيه العقاري 25/90 قبل تعديله تنص على مدة ستة أشهر من تاريخ نشر هذا القانون أي بتاريخ 18/09/1990 ، وبعد تعديله بموجب الأمر 26/95 تم منح أجل مقدر باثني عشر شهرا من تاريخ نشر الأمر، أي بتاريخ 27/11/1995، غير أن هذه المواعيد لا تسري على طلب استرجاع الملك الوقفي، وذلك بنص المادة 40 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، التي جاء فيها: " عند تطبيق أحكام المادة 81 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 تحل الجهة الموقوف عليها أو السلطة الوصية المكلفة بالأوقاف محل المالك الأصلي، ولا تؤخذ بعين الاعتبار الآجال المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر "، وبهذا الأسلوب الذي استبعد تطبيق الميعاد المنصوص عليه في المادة 81 من قانون التوجيه العقاري، يكون المشرع الجزائري قد ضمن استكمال عملية استرجاع الأراضي الوقفية، وهو أمر يتفق مع تأبيد الأملاك الوقفية .

¹حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة . الوصية . الوقف، مرجع سابق، ص 96.

ويقدم هذا الطلب إلى الوالي المختص إقليمياً، ويجب أن يكون مرفقاً بوثائق نصت عليها المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 119/96 المؤرخ في 06 أفريل 1996¹، المحدد لكيفيات تطبيق المادة 11 من الأمر 26/95 المعدل والمتمم للقانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري وهي :

- طلب ممضياً من طرف هيئة الأوقاف أو ممثل الجهة الموقوف عليها .
 - قرار التأميم والوضع تحت حماية الدولة أو أية وثيقة أخرى تثبت التأميم أو الوضع أو التبرع .
 - عقد الوقف أو أي سند قانوني آخر يثبت أنها وقف .
 - استمارة تسحب من مديرية المصالح الفلاحية بالولاية .
- تتم دراسة الملفات من طرف اللجنة المنصوص عليها في المادة 82 من قانون التوجيه العقاري، وهي لجنة ولائية متساوية الأعضاء، تضم ممثلين للإدارة وعدداً متساوياً من المنتخبين المحليين وممثلي جمعيات الملاك والمستثمرين الفلاحين وتجمعاتهم المعتمدة قانوناً، وتبث هذه اللجنة في طلبات الاسترجاع بالرفض أو بالقبول مع التعليل وتكون قراراتها قابلة للطعن حسب نص المادة 82 من قانون التوجيه العقاري، ويقصد بالطعن في هذا المقام الطعن القضائي، وليس الطعن الإداري.
- وإذا تقرر استرجاع الأرض الموقوفة وفقاً لهذه الإجراءات فإنه سترتب على ذلك أثراً قانونية من أهمها زوال حق ملكية الدولة على الأراضي الموقوفة، وانتقال حق الانتفاع بالأرض محل الاسترجاع إلى الموقوف عليهم إذا كان موجوداً، أو إلى السلطة المكلفة بالأوقاف، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد صحح موقفه برفضه الاعتداء على الأملاك الوقفية من طرف أي كان حتى وإن كانت الدولة، وهذا تمسكاً بالشرعية الإسلامية التي استمد منها أحكام الأوقاف.

المطلب الثاني: أجره ناظر الوقف

أجره ناظر الوقف ومن يقوم بما يحتاج إليه في مجال إدارته ورعاية شؤونه، وحفظ أصوله وتنمية ريعه، والدفاع عنه من أطماع الطامعين، موضوع ذو أهمية بالغة، ذلك لأن تحقيق غرض الواقف من الوقف المتمثل في ديمومة صرف غلته على الموقوف عليهم يتوقف على مدى نجاح الناظر في إدارته للوقف، وقناعته بما يأخذ من أجره ولا يمد يده فيختلس من أموال الوقف، وهذا في حد ذاته يشكل حماية للوقف في عينه وريعه .

فناظر الملك الوقفي تثبت له أجره مقابل إدارته وتسييره لشؤون الوقف والاهتمام بمصالحه وتدبير أموره، من عمارة وإصلاح وتنمية استثمارية، وغيرها من التصرفات التي يعود نفعها أولاً وأخيراً على الوقف ومن ثم على الموقوف عليهم، فهذه الإدارة تُحمل الناظر الكثير من الأعباء والمشاق، وبذل جهود وطاقت لو بذلها في تنمية واستثمار أمواله الخاصة لعادت عليه بالريح الوفير، ومن هذا المنطلق يستحق الناظر أجره مقابل الجهود التي يبذلها، ولذلك وجب معرفة أحكام الأجره التي يتقاضاها الناظر، لكي لا

¹ الجريدة الرسمية عدد 22 مؤرخة في 1996 م .

يحصل فيها المغالاة، فيعود ذلك بالضرر على الوقف وعلى الموقوف عليهم، وهذا يعد أيضا وجها من أوجه حماية الأموال الموقوفة في مواجهة الناظر، فالأوقاف كسائر المشروعات الإنتاجية الأخرى لا بد لها من حفظها وبصونها وبنميتها ويدير شؤونها في مقابل أجره، فما سند استحقاق الناظر للأجرة؟ وما مقدارها؟ وما موردها المالي؟.

الفرع الأول: مدى مشروعية أجره ناظر الوقف

أجرة ناظر الوقف هي: المقابل المالي لما يقوم به الناظر من أعمال للوقف بإدارته وعمارته وإصلاحه وتنميته باستثمار وصوله وريوعه، وتحصيل الغلة وصرفها إلى الموقوف عليه. وقد حصل اتفاق فقهاء المذاهب الإسلامية الأربعة، الحنفية والمالكية، والشافعية، والحنابلة، على مشروعية أخذ الأجرة على النظارة على الوقف، وقد استدلو على ذلك بأدلة من السنة، وآثار الصحابة، ومن المعقول¹، كما أن القوانين الوضعية أقرت لناظر الوقف الحق في أجره، فالناظر يقوم بأعمال وي بذل مجهودات لصالح الوقف، ولا بد له من مقابل لما يبذله من جهد، حتى لا تسول له نفسه أن يمد يده فيأخذ من الأموال الموقوفة التي هو أمينها على رعايتها وحمايتها.

فقد روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا يقتسم ورثتي ديناراً ما تركت - بعد نفقة نسائي ومؤونة عاملي - فهو صدقة ".² ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قد اعتبر ما تركه من مال صدقة وذلك بعد إخراج نفقة نسائه ومؤونة عامله المقصود بالعامل هنا هو المتولي أو الناظر، ولذلك وقد عنون الإمام البخاري للحديث السابق بقوله: "باب نفقة القيم للوقف"³، وقال ابن حجر السقلائي: " وهو دال على مشروعية أجره العامل على الوقف، والمراد بالعامل في هذا الحديث القيم على الأرض والأجير ونحوهما ".⁴

فمما تقدم نستنتج أن العامل على الوقف، أو القيم أو متولي الوقف، وكل هذه المفردات بمعنى الناظر يستحق أجره يتقاضها مقابل الأعمال التي يقوم بها لصالح الوقف من رعايته وحمايته وتحصيل غلاته وتأديتها إلى مستحقيها، ولا شك أنها أعمال تتطلب جهدا معتبرا خصوصا إذا كانت الوقف كبيرا وواسعا، وبمفهوم المخالفة فإن ناظر الملك الوقفي لا يستحق الأجرة إذا لم يؤدي العمل المنوط به

¹ أحكام الأوقاف للخصاف، مرجع سابق، ص345، والإسعاف في أحكام الأوقاف، مرجع سابق، ص57، و حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج4 ص 88، وروضة الطالبين، مرجع سابق، ج5 ص348، و كشاف القناع للبهوتي، ج4 ص300.

² أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الوصايا . باب نفقة القيم للوقف، ج3 ص197، وفي كتاب الجهاد والسير . باب نفقة نساء النبي صلى الله عليه وسلم بعد وفاته، مرجع سابق، ج4 ص45، ومسلم في كتاب الجهاد والسير. باب قول النبي صلى الله عليه وسلم : " لا نورث ما تركنا فهو صدقة "، مرجع سابق، ج3 ص1382 .

³ صحيح البخاري، مرجع سابق، ج3 ص197.

⁴ فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ج5 ص406 .

في نظارة الوقف، فإن فرط في تأدية مهامه سقط حقه في الأجر بقدر ما فوت على الوقف من الواجب عليه من العمل .

أما عن دليل أجرة الناظر من عمل الصحابة فيستنبط مما رواه البخاري ومسلم من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أصاب أرضاً بخيبر فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها فقال: يا رسول الله إني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمر به قال: "إن شئت حبست أصلها وتصدق بها" قال فتصدق بها عمر أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث وتصدق بها في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف غير متمول".¹

ووجه الدلالة من ذلك أن عمر رضي الله عنه أجاز لمن يقوم بمهام النظر على وقفه أن يأخذ أجراً مقابل ذلك، حيث نفى الجناح والإثم والحرج عليه، ولا شك أن ذلك بلغ النبي صلى الله عليه وسلم وأقره على ذلك.

كما أن الإمام البخاري في صحيحه قد بوب لهذا الحديث بقوله: "باب نفقة القيم للوقف".² وقال الطرابلسي: "ويجوز أن يجعل الواقف للمتولي على وقفه في كل سنة مالا معلوماً لقيامه بأمره، والأصل في ذلك ما فعله عمر رضي الله عنه، حيث قال لوالي هذه الصدقة أن يأكل منها غير متأثر مالا...".³ وفي ذلك كله دلالة على مشروعية أخذ الناظر الأجرة من مال الوقف مقابل ما يقوم به من أعمال، وجاء في قول عمر رضي الله عنه عبارة: "غير متمول" وفي رواية "غير متأثر"، وهاتان العبارتان تعنيان أن الناظر لا يأخذ من وقف عمر ملكا كثيرا، إذ المراد بالمعروف القدر الذي جرت عليه العادة، وتعارف عليه الناس في زمن من الأزمنة .

كما يستدل على مشروعية أجرة ناظر الوقف بقياس العمل الذي يقوم به هذا الأخير على الأجراء في الوقف، فإذا جاز للناظر أن يستأجر الأجراء لما يحتاج إليه من العمارة، جاز له أن يأخذ أجرة على نظارته، فهو في حكمهم⁴، فإذا كان ناظر الوقف أو المتولي أو القيم هو الذي يقوم بإدارة الوقف والعناية به من عمارة وإصلاح واستثمار وصرف غلاته إلى المستحقين، فإنه لا بد له من أجرة تمثل المقابل المالي لما يقوم به، بحيث تكون مناسبة لما يبذل من جهد، ويصرف من وقت لإدارة الوقف، ذلك الجهد الذي لو بذله في إدارة أمواله الخاصة لعاد عليه بأرباح كبيرة، فأجرة الناظر جعلت مقابل إدارته للوقف ومسؤوليته عنه .

¹ سبق تخريج الحديث .

² صحيح البخاري، مرجع سابق، ج3 ص 197 .

³ الإسعاف في أحكام الأوقاف، للطرابلسي، مرجع سابق، ص 57 .

⁴ أحكام الأوقاف للخصاف، مرجع سابق، ص 345.

وفي النظام القانوني الجزائري يعتبر أن المنظومة القانونية الوقفية مستمد من الشريعة الإسلامية، فقد سائر المشرع الجزائري الفقه الإسلامي في مشروعية أجرة ناظر الوقف، حيث نص صراحة على حق ناظر الوقف في مقابل بدل المهام التي يؤديها، وذلك في نص المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 98/381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، حيث انطوت على أنه: " لناظر الملك الوقفي الحق في مقابل شهري أو سنوي يقدر ويحدد من ريع الملك الوقفي الذي يسيره ابتداء من تاريخ تعيينه أو اعتماده، ويمكن عند الاقتضاء منح هذا المقابل من غير موارد الملك الوقفي الذي يتولى نظارته ".

كما أن المشرع الجزائري من ناحية ثانية اعتبر حق الناظر في الأجر من النفقات المالية للوقف، وهذا ما انطوت عليه المادة 32 من ذات المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه بقولها " دون الإخلال بأحكام المادة 6 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه، تشمل نفقات الأوقاف خصوصاً على ما يلي: ... 4. التعويضات المستحقة لناظر الملك الوقفي طبقاً لأحكام المواد 18 و19 و20 المذكورة أعلاه"، فالمشرع يعتبر ناظر الملك الوقفي أجيراً، له الدور الريادي في تسيير وإدارة ورعاية المرفق الوقفي، ولذلك أوجب له راتباً شهرياً أو سنوياً، فهذا الأجر من شأنه أن يحفز الناظر على القيام بالأعمال المنوطة به تجاه الملك الوقفي، لأن ترك الناظر من غير أجر دنيوي وتوكيله للشواب الأخرى قد يجعله ينكاسل في تأدية مهامه.

غير أن ناظر الوقف - سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون الجزائري - لكي يستحق الأجر على نظارته على الوقف يجب توافر شرطين:

1 - أن تتم تولية الناظر على الوقف بطريقة شرعية: حيث أن الناظر على الوقف لا يستحق الأجرة إلا إذا تمت توليته على الوقف بطريقة شرعية، فإذا لم تتم تولية شخص ما على الوقف لم يستحق الأجرة، ويترتب على ذلك أن جميع الأعمال التي تصدر عنه قبل التولية تكون لاغية شرعاً وقانوناً، ولا يلزم الوقف بها، ولا يستحق من عملها أجرة عليها، والمشرع الجزائري يعتبر استحقاق الناظر الأجرة يكون من تاريخ التعيين، مما يعني أخذه بشرط صحة النظر، فمن لم يعين ناظراً للوقف لا يستحق الأجرة، وهذا ما نصت عليه المادة 18 من المرسوم التنفيذي 381/98 بقولها: " لناظر الملك الوقفي الحق في مقابل شهري أو سنوي يقدر ويحدد من ريع الملك الوقفي الذي يسيره ابتداء من تاريخ تعيينه أو اعتماده..."، فتعيين ناظر الملك الوقفي من قبل الوزير المكلف بالشؤون الدينية يكون في الوقف العام، أما اعتماده من قبل ذات الوزير فيكون في الوقف الخاص، مع ملاحظة أنه لكي يكون التعيين أو الاعتماد صحيحين، ينبغي أيضاً أن يتوافر في الناظر الشروط المنصوص عليها في المادة 17 من ذات المرسوم، والتي سبق بيانها.

2 - أن يقوم الناظر بالأعمال المطلوبة منه: يشترط لاستحقاق الناظر الأجرة أن يؤدي العمل المنوط به في نظارة الوقف، لأن ما يأخذه الناظر هو بطريق الأجرة ولا أجرة بدون عمل، فالمادة 19

من المرسوم التنفيذي 381/98 - أنفة الذكر - عند حديثها عن تحديد المقابل الشهري أو السنوي لناظر الملك الوقفي، جاء فيها عبارة " يحدد المقابل الشهري أو السنوي المستحق ... " مما يعني أن الناظر قد يكون تعيينه أو اعتماده صحيحا غير أنه لا يكون مستحقا للأجر، وذلك في حالة ما إذا لم يؤد الأعمال الواجب عليه تأديتها تجاه الملك الوقفي، ذلك أن استحقاق الأجر يكون مقابل تأدية المهام، وفي ذات المعنى ورد في نص المادة 32 من ذات المرسوم، عند حديثها عن نفقات الأوقاف عبارة: " التعويضات المستحقة لناظر الملك الوقفي... "، ويستنتج منها وجوب قيام ناظر الوقف بالمهام المسندة إليه فإن أدى مهامه استحق تعويضات عنأعبائه .

الفرع الثاني: تقدير أجره ناظر الوقف

أجرة ناظر الوقف قد تكون مقدارا معينا من المال كل شهر أو كل سنة نقداً، أو تكون نسبة من غلة الوقف، وإما يقدرها الواقف وهذا هو الأصل وإما أن يقدرها القاضي بوصفه صاحب الولاية العامة، وإما ألا تكون مقدرة، وفي التقدير إما أن تقدر بأجر المثل¹، أو بأقل أو أكثر منه. وبيان مقدار أجره ناظر الوقف لاشك أنه يُعد، وجها من أوجه حماية الوقف ذاته في مواجهة الناظر، فلو ترك هذا الأمر من غير تقدير لحصلت مغالاة النظار فيما يأخذونه من أموال الوقف نظيرا لما يقدمونه من أعمال للوقف بموجب النظارة عليه، ولذلك سنتناول بالدراسة، مقدار أجره ناظر الوقف في الفقه الإسلامي وفي القوانين الوضعية .

أولاً تقدير أجره ناظر الوقف في الفقه الإسلامي

أجرة ناظر الوقف إذا كانت مشروطة من قبل الواقف فلا تخلو من أن تكون مساوية لأجرة المثل، أو أكثر، أو أقل من أجره المثل، فإن قدر الواقف أجره ناظر وقفه بما يساوي أجره المثل أو يزيد من ذلك فلا خلاف بين أصحاب المذاهب الأربعة في جواز ذلك.² وقد أُستدل على أن الناظر له أجره المثل أو ما يفوقها إذا شرطها له الواقف بأن مقدار الأجرة في هذه الحالة تعتبر من اشتراطات الواقف، وشرط الواقف يجب الوفاء به ما لم يخالف حكم في الشريعة الإسلامية، ومن ناحية ثانية أنه لما جاز أن يقدر له مالا معلوماً يأخذه في كل سنة أو في كل شهر من غلة وقفه من غير أن يشترط عليه القيام بأمر الوقف جاز له أن يقدر له ذلك مع تكليفه بالقيام بأمر الوقف من باب أولى.³

إن فالواقف في الأصل هو المالك للعين قبل أن يقوم بوقفها، ومن ثم أجاز له الفقهاء حق اشتراط

¹ يقصد بأجرة المثل: البديل الذي جرى العرف بدفعه لمثل العامل في مثل مدته وشروطه .

² أحكام الأوقاف للخصاف، مرجع سابق، ص346، وحاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج4 ص436، ومواهب الجليل، مرجع سابق، ج6 ص33، ومغني المحتاج، للشرييني، مرجع سابق، ج2 ص294، وكشاف الفناع، مرجع سابق، ج4 ص300.

³ أحكام الأوقاف للخصاف، مرجع سابق، ص346، الإسعاف في أحكام الأوقاف، للطربلسي، مرجع سابق، ص 58 .

ما شاء من الشروط ما دامت لا تخالف حكما من أحكام الشريعة الإسلامية، وعلى ذلك إذا عين للناظر شيئا في مقابل قيامه بالنظر على الوقف كان مستحقا له، حتى ولو كان هذا الأجر يفوق أجر المثل، على اعتبار أن الأجر ليس له حد معين، وإنما هو على ما تعارف عليه الناس من إعطائه للناظر في زمن من الأزمنة، وهذا الأمر ليس بالغريب، لأن الواقف باستطاعته أن يجعل الناظر من المستحقين الموقوف عليهم، من غير أن يشترط عليه القيام بمهام النظارة، غير أن هذه الزيادة على أجر المثل تكيف في هذا المقام على أنها استحقاقا في الوقف باعتبار الناظر هنا أحد المستحقين بمعنى الموقوف عليهم، ولا سيتقيد من الزيادة على أجر المثل بحسبان العمل المؤدى في القيام بشؤون الوقف .

وقد يحدث أن يحدد الواقف أجرا زهيدا للناظر للوقف يقل عن أجره أمثاله، بصرف النظر عما إذا كان هذا الأجر المقدر يفي بسد حاجياته أم لا، وفي مثل هذه الحالة يكون الأمر متروكا للناظر نفسه فهو غير ملزم بقبول ذلك الأجر الزهيد فله الخيار فإما أن يرضى، وإما أن لا يرضى به، فإن رضي به فيعد متبرعا بعمله الذي يزيد عن أجره المثل¹، أما إذا لم يرض بتلك الأجرة، فعليه أن يرفع أمره إلى القاضي ليرفع له الأجرة إلى حدود أجره أمثاله، على اعتبار أن ذلك حقا من حقوقه، فالفقهاء في هذه الحالة متفقون على أن القاضي ينظر في الأمر، فإن رأى المصلحة في أن يكمل أجر مثله فعل، وفي ذلك حماية للملك الوقفي في مواجهة الناظر، فقد يتحجج الناظر بأن أجرته لا تكفيه لأنها أقل من أجره أمثاله، فيقع في المحذور ويمد يده ليأخذ من أموال الوقف الذي يشرف على النظر عليه، فالسماح للقاضي برفع الأجرة إلى أجره المثل يحقق حماية للوقف، لأن ذلك سيدفع الناظر للتفرغ لخدمة مصالح الوقف .

على أن يُراعى القاضي حين تقديره لهذه الزيادة الضوابط التالية :

1 - النظر إلى شخص مماثل للناظر في إدارة مشروع مماثل، ليعرف مقدار ما يعطي من أجر²، لأن حقيقة أجر المثل، هو الأجر الذي يتقاضاه غيره من الناظر في إدارة الأوقاف المماثلة للوقف الذي يديره في الحجم، و في الجهد المبذول للقيام بشؤونها من عمارة و حفظ ورعاية وتنمية.

2 - النظر إلى زمان الأجرة ومكانها والظروف والملابسات التي تحيط بها، لأن الأجرة تختلف باختلاف الأعمال و الأزمنة والأعراف، وفي ذلك يقول ابن تيمية: " عوض المثل هو المسمى في العرف، وهو الذي يقاس له السعر والعادة، فإن المسمى في العقود نوعان: نوع اعتاده الناس وعرفوه، فهو العوض المعتاد المعروف، ونوع نادر لفرط رغبة أو مضارة أو غيرهما ... ولهذا قال كثير من العلماء: قيمة المثل ما يساوي الشيء في النفوس ذوي الرغبات، ولا بد أن يقال في الأمر المعتاد، فلأصل فيه إرادة الناس ورغبتهم، وقد علم بالعقول أن حكم الشيء حكم مثله، وهذا من العدل والقياس و الاعتبار " ³ . ولذلك

¹ كشف القناع، للبهوتي، مرجع سابق، ج 4 ص 300.

² وفي ذلك يقول ابن عابدين: " لو عيّن له الواقف أقل من أجر المثل للقاضي أن يكمل له أجر المثل بطلبه، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج 4 ص 451 .

³ مجموع الفتاوى، تقي الدين أحمد بن تيمية، تحقيق: أنور الباز، دار ابن حزم ، بيروت، لبنان، سنة 2010 م، ص 522.

يتعين على القاضي في تقديره لأجرة الناظر في هذه الحالة مراعاة الظروف والملابسات التي يؤدي فيها الناظر مهامه، ليتمكن من التقدير الحقيقي لأجر مثله .

3 - على القاضي مراعاة التضخم في النقود وتغيرها، فقد نص الفقهاء على أنه ينبغي مراعاة تغير النقود المتداولة عند تقدير رواتب الأجراء، فلا شك أن النقود تتغير قيمتها من زمن إلى آخر، فقد تتعارض للتآكل مما يفقدها قيمتها، وعلى ذلك يروي القاضي في تقدير أجره المثل، الزمان المراد التقدير فيه .

4 - الاستعانة في تقدير أجره المثل بأهل الخبرة في التقويم، وينبغي أن لا يقل عددهم عن اثنين في الراجح من أقوال الشافعية، لأن التقويم بمثابة الشهادة، فقد لا يكون للقاضي مُلماً بأمر التقدير في الوقف، وعلى ذلك عليه أن يستعين بأهل الخبرة في ذلك، فلا يفترض في القاضي أن يكون ملماً بكل المسائل الفنية والتقنية في مجال الأوقاف.¹

أما إذا عين القاضي ناظراً للوقف، أو إذا عينه الواقف، ولكنه لم يحدد له أجره، فللقاضي تقدير أجره المثل له بحيث لا يزيد عن ذلك²، ومرد ذلك إلى أن سلطة القاضي في هذا الأمر تختلف عن سلطة الواقف، فإذا كان يجوز للواقف أن يزيد في أجره الناظر عن أجره المثل، فإن القاضي لا يجوز له ذلك.

ثانياً تقدير أجره ناظر الوقف في القانون الوضعي

في النظام القانوني الجزائري، نصت المادة 19 من المرسوم التنفيذي 381/98 آنف الذكر على أنه: " يحدد المقابل الشهري أو السنوي المستحق و المذكور في المادة 18 أعلاه، حسب ما هو منصوص عليه في عقد الوقف، وإذا لم ينص عليه العقد، يحدد الوزير المكلف بالشؤون الدينية نسبته، بعد استشارة لجنة الأوقاف المنصوص عليها في المادة 9 أعلاه " .

ومن خلال استقراء هذه المادة يتبين أن المشرع الجزائري نحى منحى الفقه الإسلامي من حيث المبدأ في طريقة تقدير أجره ناظر الوقف، فإذا كانت الأجرة منصوص عليها في عقد الوقف، فإنها هي الأجرة التي يستحقها الناظر، بحسبانها شرط من اشتراطات الواقف، حيث أن القانون الجزائري أوجب احترام هذه الأخيرة، غير أن ذات المادة أوردت حكماً آخر احتاطت به لمواجهة حالة أن يأتي العقد خالياً من تحديد أجره الناظر، مفاد هذا الحكم أن يتولى وزير الشؤون الدينية والأوقاف تحديد نسبة هذا الأجر، إلا أن المادة ألزمت الوزير قبل أن يحدد الأجرة أن يستشير لجنة الأوقاف المنصوص عليها في المادة 9 من ذات المرسوم.

¹ محمد عثمان اشبير، مشمولات أجره الناظر المعاصرة، مقال ضمن منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، في 11 . 13 أكتوبر 2003 م، ص 358 .

² الإسعاف في أحكام الأوقاف، للطرابلسي، مرجع سابق، ص 58 .

ويؤخذ على الالتجاء إلى وزير الشؤون الدينية من أجل تحديد نسبة المقابل الشهري أو السنوي لناظر الوقف - إذا لم يحدده الواقف في عقد وقفه - تبني المشرع الجزائري دائماً أسلوب المركزية الإدارية فيما يتعلق بتسيير الأوقاف، وفي ذات الصدد فإن ذات المادة 19 ألزمت الوزير باستشارة لجنة الأوقاف وهو توجه يعزز أيضاً هذه المركزية الإدارية إذا أن لجنة الأوقاف هي لجنة مركزية على مستوى وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، كما أن المادة 19 آنفة الذكر، لم تحدد طبيعة هذه الاستشارة المقدمة من طرف لجنة الأوقاف للوزير هل هي استشارة إلزامية يتعين على الوزير إتباع ما جاء فيها، أم أنها مجرد استشارة استثنائية يجوز للوزير عدم الاعتماد عليها.

ومن ناحية ثانية يؤخذ على المشرع الجزائري في ذات المادة عدم تحديده للمعايير التي يتبعها وزير الشؤون الدينية في تحديد قيمة ومقدار الأجرة التي يستحقها الناظر في حالة عدم تحديدها من طرف الواقف، ذلك أن الفقه الإسلامي اتفق على أن له أجرة المثل، لذلك كان من الأجدر على المشرع الجزائري أن يقرر في حالة عدم تحديد أجرة الناظر في عقد الوقف من قبل الواقف أو حدها الواقف في عقد وقفه إلا أنها كانت زهيدة أن يلجأ إلى المحكمة المختصة من أجل أن تحدد له أجرة على أن يضبطها بضابط وهو أجرة المثل، ففي ظل القانون المقارن نجد هذا ما أخذ به المشرع في إمارة الشارقة في دولة الإمارات العربية المتحدة في القانون رقم 4 لسنة 2011 في شأن الوقف، آنف الذكر، حيث انطوت على أنه: " إذا لم يعين الواقف أجراً للناظر، أو عين له أجراً يقل عن أجر المثل، يكون للمحكمة المختصة أن تعين له أجر المثل بعد أخذ رأي الأمانة العامة للأوقاف لإمارة الشارقة"، فلا شك أن القضاء المختص يكون أكثر عدلاً في تقرير أجرة المثل للناظر وإن كان يستأنس في ذلك برأي السلطة التنفيذية المختصة بشؤون الأوقاف .

الفرع الثالث: المورد المالي لأجرة ناظر الوقف

يعد تحديد المورد المالي الذي يستحقه ناظر الملك الوقفي استقواء أجرته منه أمر من الأهمية بمكان من ناحية توفير الحماية للوقف الذي يشرف الناظر إدارته، فهل ياترى يستفي الناظر أجرته من غلة الوقف القائم بالنظر عليه أم يستقيها من بيت مال المسلمين أو ما يعبر عنه في الوقت الراهن بالخرينة العامة للدولة ؟

أولاً- المورد المالي لأجرة ناظر الوقف في الفقه الإسلامي

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن صرف أجرة ناظر الوقف من غلة الوقف مطلقاً، سواء نصّ الواقف على الصرف منها أم لم ينص على ذلك، وسواء كان الناظر معيناً من قبل الواقف أو من قبل القاضي، وسواء كانت الأوقاف معلومة الأصل أم مجهولة لا يعرف على من حبست¹، وتكمن العلة من ذلك في أن

¹ الإسعاف في أحكام الأوقاف، للطرابلسي، مرجع سابق، ص 58، وحاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج 4 ص 88، و مغني المحتاج، للشربيني، مرجع سابق ج 3 ص 554، وكشاف القناع، للبهوتي، مرجع سابق، ج 4 ص 270 .

الناظر يقوم بإدارة الوقف ونمائه ورعايته فهو كالأجير على الوقف يستحق من غلته، ففي قول عمر رضي الله عنه بشأن وقف أرض خيبر - السابق ذكره - إشارة إلى جواز أن يأخذ الناظر أجرته من ريع الوقف على أن يكون ذلك بالمعروف دون حيف أو جور، فقوله: " أن يأكل منها " يعني من مال الوقف أو من ريعه .

ولئن كان هذا هو رأي جمهور الفقه الإسلامي، فقد ذهب بعض المالكية إلى أن الجهة التي تصرف منها أجرة ناظر الوقف هي بيت المال - وهو مصطلح مرادف للخزينة العامة للدولة في العصر الراهن - فإن لم يعط من بيت المال شيئاً فلا شيء له وأجره على الله، ولا يجوز الصرف من الغلة، فإن أخذها منها زُدت منه¹، فقد جاء في مواهب الجليل ما نصه: " الأئمة ابن عتاب عن المشاور: لا تكون أجرة إلا من بيت المال، فإن أخذها من الاحباس أخذت منه ورجع بأجره في بيت المال، فإن لم يعط منها فأجره على الله " ². وقد استدلت أصحاب هذا القول بأن إدارة الأوقاف من أعمال الدولة، ومن الأمور التي يجب أن يقوم بها الحاكم، وذلك لأنها في أكثر الأحيان مآلها إلى البر والصدقات والخيرات، فمن يقوم بشؤونها يكون كعمال الدولة، يأخذ أجرته من بيت مالها، لا من الأوقاف، إلا أن الدسوقي ضعف هذا القول، فقال: " وإفتاء ابن عتاب بأن الناظر لا يحل له أخذ شيء من غلة الوقف بل من بيت المال إلا إذا عين الواقف شيئاً ضعيف " ³.

كما نوقش ما ذهب إليه بعض المالكية، بأن المصالح الخاصة زادت في الأوقاف على المصالح العامة، فلا تكون الأجرة من عموم بيت المال، بل من غلة الوقف⁴، كما أن قولهم يؤدي إلى ترك الأوقاف بلا نظار مما يؤدي إلى ضياعها، وذلك أن الناظر إذا علم أنه لا يُعطى على نظارته شيئاً من غلة الوقف، وأن حقه في بيت المال، وقد لا يُعطى شيئاً فقد يترك النظارة، أو يُهمل الوقف فلا يعطيه حقه في النظارة، وبالتالي يؤدي إلى ضياع الأوقاف وخرابها.

ولذلك يرجح الباحث ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من استحقاق الناظر لأجرته من غلات الوقف القائم على إدارته ذاته، وذلك للأدلة التي وردت في ذلك من ناحية، ومن ناحية ثانية سيدفع هذا المسلك الناظر لبذل الجهد والتفاني في القيام بشؤون الوقف لارتباط أجرته بغلة الوقف، ولا يتم اللجوء إلى بيت المال أو الخزينة العامة لاستفتاء أجرة الناظر إلا في حالة عدم وجود غلة للوقف أو ضيقها لسبب وجيه، خارج عن تقصير الناظر أو عدم قيامه بمهامه من عمارة للوقف وحمايته واستثماره وغيرها من المهام الملقاة على عاتقه حيال الملك الوقفي .

¹ مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، للحطاب، مرجع سابق، ج 6 ص 40، وحاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج 4 ص 88

² مواهب الجليل، مرجع سابق، ج 6 ص 40 .

³ حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج 4 ص 88 .

⁴ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 348.

ثانيا - المورد المالي لأجرة ناظر الوقف في القانون الوضعي

في النظام القانوني الجزائري، انطوت المادة 18 من المرسوم التنفيذي 381/98 آنف الذكر على أنه : " لناظر الملك الوقفي الحق في مقابل شهري أو سنوي يقدر ويحدد من ريع الملك الوقفي الذي يسيره ابتداءً من تاريخ تعيينه أو اعتماده، ويمكن عند الاقتضاء منح هذا المقابل من غير موارد الملك الوقفي الذي يتولى إدارته " .

ومن تحليل نص هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري أخذ بمذهب جمهور الفقه الإسلامي، إذ يستحق ناظر الوقف أجرته من ريع الملك الوقفي الذي يتولى النظارة عليه، غير أن ذات المادة وفرت حماية أكبر لأجرة الناظر واحتاطت أن لا يكون للوقف ريع كاف، فنصت على أنه عند الاقتضاء يأخذ ناظر الوقف أجره من غير موارد الملك الوقفي الذي يتولى نظارته، غير أنه يؤخذ على المقنن الجزائري في هذه المادة عدم بيانه للمقصود بحالات الاقتضاء التي يجوز عندها أن يمنح الناظر أجرته من غير ريع الملك الوقفي القائم على تسييره، وفي الآن ذاته لم تُبين المادة ما هو هذا المورد المالي الذي تُستقى منه أجرت الناظر في هذه الحالة، مما يجعلنا نقول أن صياغة هذه المادة يكتنفها الإبهام والغموض .

ولا شك أنه يقصد بحالات الاقتضاء الواردة في هذه المادة، ما يعبر عنه الفقه الإسلامي بحالة ضيق الغلة، فقد تقتضي ظرف الوقف وأحواله أن يحتاج الوقف لإبصلاحيات تستدعي نفقات زائدة عن المعتاد مما ينجم عنه ضيق الغلة عن أداء أجور ورواتب العاملين بمن فيهم ناظر الملك الوقفي، ففي هذه الحالة يقرر الفقه الإسلامي أنه إذا كانت عمارة الوقف ضرورية بحيث لو أخرت يترتب عنها خراب الوقف فإنها تقدم، وإن استغرقت جميع الغلة سقط حق الجميع بمن فيهم الناظر¹، كما يمكن تصور حالة من حالات الاقتضاء، عندما يكون الوقف مدينا بحيث لا تكفي الغلة لسداد الدين، مع استقواء الناظر لأجرته المقرر له شهريا أو سنويا .

أما بخصوص المصدر الذي يستوفي منه ناظر الملك الوقف أجرته في حالة الاقتضاء، والذي لم يبينه أيضاً المادة 18 - محل الدراسة - فلم يرد في قانون الأوقاف ما يبين هذه الجهة، وفي تقديري المتواضع أن ناظر الوقف في مثل هذه الحالات يستوفي أجرته من الصندوق المركزي للأوقاف الذي نصت على إنشائه المادة 35 من ذات المرسوم التنفيذي 381/98 في فصله الرابع تحت عنوان أحكام مالية، حيث انطوت هذه المادة على أنه: " ينشأ صندوق مركزي للأموال الوقفية بموجب قرار وزاري

¹ أما إذا لم تستغرق جميع الغلة، فإن الأمر يختلف بحسب كفاية الفاضل، فإن كان الفاضل كافيا للصرف على الجميع، بقي الناظر محتفظا بأجرته، أما إذا كان غير كاف فإن الناظر يقدم، على اعتبار أن في قطع مرتبه تعطيلاً للوقف، وهنا يصرف له قدر كفايته سواء كانت أقل من المرتب المشروط له أم أكثر منه، أما إذا كانت العمارة غير ضرورية بحيث لا يترتب على تأجيلها أي إخلال بالوقف، فإن الناظر يقدم في أخذ أجرته (ينظر : المعيار المعرب عن فتاوى أهل افريقية والأندلس والمغرب، لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، سنة 1981 م، ج7، ص 380 .

مشترك بين الوزير الوصي والوزير المكلف بالمالية، طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما، ويقصد بهذا الصندوق الحساب الخاص بالأموال الوقفية، وتحول الأموال التابعة للوقف إلى هذا الصندوق " .

فإذا كان هذا الصندوق المركزي للأموال الوقفية الذي أنشئ بموجب القرار الوزاري المشترك بين وزارتي المالية والشؤون الدينية ويحمل رقم 31 مؤرخ في 2 مارس 1999م، وهو بمثابة حساب مركزي يفتح في إحدى المؤسسات المالية بقرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينية، علماً أنه يتم فتح حساب للأوقاف على مستوى نظارة الشؤون الدينية، لكن الموارد والإيرادات المحصلة فيها تصب في الحساب المركزي للأوقاف، وهذا بعد خصم النفقات المرخص بها، وهذا ما انطوت عليه المادة 36 من المرسوم التنفيذي 381/98 بقولها: " يسهر ناظر الشؤون الدينية في الولاية على دفع أموال الأوقاف في الصندوق المركزي المذكور أعلاه"، فإنه ينبغي اللجوء إلى هذا الصندوق من أجل استقاء ناظر الملك الوقفي لأجرتة في حالة عدم كفاية غلة الوقف .

غير أنه ينبغي ملاحظة أن استقاء الناظر لأجرتة، من الصندوق المركزي للأوقاف في حالة عدم كفاية الغلة، إنما يتعلق وينحصر في الأوقاف العامة، أي تلك التي لا يُصرف ريعها إلا في وجوه البر أو المصالح العامة كالمستشفيات والمدارس، بحكم أن نفعها يعود على المصلحة العامة للمجتمع، أما فيما يتعلق بالأوقاف الخاصة، حيث يقتصر نفعها على أشخاص معينين محصورين، فلا يتحمل الصندوق المركزي نفقات النظارة عليها .

المطلب الثالث : محاسبة ناظر الوقف وعزله

تحتل الرقابة الإدارية مكاناً بارزاً في عالم الإدارة لدرجة أنها أصبحت جزءاً لا يتجزأ من المجتمع الدولي، لذا يمكن القول : "عطين رقابة قوية أعطك إصلاحاً إدارياً"، ذلك أن الرقابة القوية هي العين الساهرة ضد كل أنواع الفساد الإداري ولها ذات حرص جميع الدول والمنظمات الدولية والمؤسسات والشركات على اختيار القادة الأكفاء الأقوياء الأمناء للعمل في أجهزة الرقابة¹. والأموال الوقفية، قد تكون عرضة للإسراف والتبذير، بل للسرقة والاختلاس أحياناً من قبل من يقومون على إدارتها وهم النظار، لذلك وجب التصدي لمثل هذه التجاوزات بالنظم القانونية الرقابية الناجمة، فتفعيل الدور الرقابي على عمل نظار الأوقاف يجب أن يمارس بأسلوب يتحلى بالحياد والشفافية والتجرد بعيداً عن المطامع الشخصية والتطلعات الفردية المحدودة، فمما لا شك فيه أن رقابة ومحاسبة ناظر الوقف على الأعمال التي يقوم بها بخصوص الوقف تمثل وجهاً من الأوجه الهامة في حمايته والمحافظة عليه، فمبدأ الرقابة على أصحاب الولايات عموماً، وإن كان يمثل واجباً من الواجبات الملقاة على عاتق الدولة، فإنه مطلوب في النظارة على الوقف خصوصاً، فمحاسبة النظار على الأملاك الوقفية من أهم المواضيع الجديرة بالبحث والتقصي، خصوصاً في هذا العصر الذي ضعفت فيه

¹ نور حسن عبد الحليم قاروت، دور القضاء الشرعي في ضبط تصرفات الناظر، ورقة بحثية ضمن المؤتمر الثاني للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، سنة 2006 م، ص 96 .

الذمم، فحسن محاسبة الناظر من خلال الرقابة الموضوعية سيؤدي بالضرورة إلى تفاني هذا الأخير في تأدية مهامه، أو عزله عن النظارة إذا توافر السبب الشرعي والقانوني المؤدي إلى ذلك .

وبناء على ما تقدم سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نعالج في أولهما محاسبة ناظر الوقف، وفي ثانيهما نتحدث عن عزل ناظر الوقف، وذلك في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

الفرع الأول: محاسبة ناظر الوقف في الفقه الإسلامي

المقصود بمحاسبة الناظر مناقشته فيما يجريه من أعمال وتصرفات متعلقة بالوقف محل النظارة، فناظر الوقف وإن كان يعد أميناً على ما تحت يده من الأوقاف وغلاتها، لا يضمن ما تلف بلا تفریط، والأصل أنه مصدق فيما يقول، إلا أن ذلك لا يمنع من محاسبته ومتابعته.

أولاً: مشروعية وحكمة محاسبة ناظر الوقف

المتتبع لكتب الفقه الإسلامي في باب الأوقاف، للبحث عن آراء الفقهاء وأقوالهم فيما يتعلق بمحاسبة الناظر، يجد أن معظم ما جاء فيها هي أحكام اجتهادية صرفة، اقتضتها ظرف الحال، وذلك لعدم وجود نصوص صريحة من الكتاب أو السنة بخصوص محاسبة الناظر على الوقف أو تبين حكمها أو تدل على مشروعيتها، وإنما هي أمور اجتهادية، يُعمل فيها القياس بحسبانه مصدر من مصادر التشريع الإسلامي .

وبإعمال القياس يمكن الاستدلال على مشروعية محاسبة الناظر على الوقف بما يلي :

1 - بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم، حيث كان يستوفي الحساب على عماله، فيحاسبهم على المصروفات من المال العام، فقد أخرج البخاري ومسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم، استعمل رجلاً على صدقات بني سليم، فلما جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وحاسبه قال: هذا الذي لكم وهذه هدية أهديت لي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " فهلاًّ جلست في بيت أبيك وبيت أمك حتى تأتيك هديتك إن كنت صادقاً " ، ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم، فخطب الناس وحمد الله وأثنى عليه ثم قال: " أما بعد، فإني أستعمل رجلاً منكم على أمور مما ولاني الله، فيأتي أحدكم فيقول: هذا لكم وهذه هدية أهديت لي، فهلاًّ جلس في بيت أبيه وبيت أمه حتى تأتيه هديته إن كان صادقاً " .¹

وقال النووي في معرض شرحه لهذا الحديث: " فيه محاسبة العمال، ليعلم ما قبضوه وما صرفوا "،² كما قال فيه الحافظ ابن حجر: " في الحديث مشروعية محاسبة المؤمن " .³ ومن هذا نستنتج أن محاسبة الأمانة والعمال أمر مقرر شرعاً، ولا شك أن الناظر من جملة هؤلاء الأمانة، فينبغي محاسبته على أموال الوقف التي هي تحت إدارته .

¹ من حديث أخرجه البخاري في كتاب الأحكام . باب محاسبة الإمام عماله، مرجع سابق، ج8، ص121، ومسلم في كتاب الإمارة . باب تحريم هدايا العمال، مرجع سابق، ج3، ص 1464 .

² شرح صحيح مسلم للنووي، مرجع سابق، ج12 ص220.

³فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ج13 ص167.

2 - محاسبة عمر بن الخطاب رضي الله عنه لعماله، ومن بينهم الولاية، ومن أمثلة محاسبته لهم، ما روي عنه أنه استعمل أبا هريرة رضي الله عنه، على البحرين، فقدمّ ومعه مال كثير، فقال له عمر: "استأثرت بهذه الأموال يا عدوّ الله وعدوّ كتابه!" قال أبوهريرة: "لستُ عدوّ الله ولا عدوّ كتابه، ولكني عدوّ من عاداهما"، قال: "فمن أين هي لك؟"، قال: "خيل لي تتاجت، وغلة رقيق لي، وأعطية تتابعت عليّ"، فنظروه فوجدوه كما قال.¹

فعمر بن الخطاب رضي الله عنه، بمحاسبته هذه للأمناء من سلف هذه الأمة يطبق تعاليم الإسلام في وجوب محاسبة كل من تولى أمراً من أمور المسلمين، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على مشروعية محاسبة ناظر الوقف لأنه يدخل في جملة من تولى أمراً من أمور المسلمين، ألا وهو الوقف، إذ يعتبر القاضي ناظراً عاماً ينظر في عموم الأوقاف، ونظره عليها نظر مراقبة ورعاية وليس نظر تصرف لأن الذي يتصرف هو الناظر الخاص، أما القاضي فإنه يراقب تصرف الناظر الخاص ويتابع أعماله، حتى لو اشترط الواقف ألا يراقب القاضي الناظر كان شرطه باطلاً.

أما عن الحكمة من محاسبة ناظر الوقف، فهي ظاهرة تتمثل في المحافظة على عين الوقف وحمايتها، والاطمئنان على وصول ريعها ومنفعتها إلى المستحق، فبالمحاسبة يتمكن القاضي من معرفة الخائن من الأمين، فيستبدل الخائن بغيره، وهذا بلا شك يقطع الطريق على من تسول له نفسه اللعب بأوقاف المسلمين، بل قد يدفع حتى الناظر الأمين إلى مضاعفة الجهد في رعاية الوقف الذي يتولى إدارته، كما أن في المحاسبة ردعا لأيادي النظار المطلقة، حتى يدركوا أن الأمر ليس فوضى، وأن ثمة رقابة على أعمالهم بخصوص أموال الوقف، إذا ما أغفلوا وجودها وساروا في طريق استغلال الأوقاف لأغراضهم الشخصية أو تعدوا عليها، كان جزاؤهم العزل والضمآن .

ومن ناحية أخرى فإن ترك النظار مطلقي العنان يفعلون ما يحلو لهم في أموال الوقف، لا يقيدهم قيد، ولا يحاسبهم محاسب، يؤدي بهم إلى التمادي في التقصير في شؤون الوقف، مما يترتب عنه ضياع الوقف، وضياع حقوق المستحقين، وقد يلجأ النظار إلى التحايل من أجل الاستيلاء على أموال الأوقاف، وفي أقل تقدير صرفها في غير وجوهها الشرعية .

إن محاسبة نظار الأوقاف هي الطريق السليم للمحافظة على أعيان الأوقاف وصيانتها من الدمار، كما أنها الوسيلة الناجحة لحماية حقوق المستحقين لمنافع الأوقاف من ظلم نظارها ، فلا يجوز التهاون بها أو إهمالها، وذلك بهدف الحد من الشكاوى والتظلمات ولضبط إدارة الوقف، ولمنع من تسول له نفسه من النظار خيانة الأمانة أو استغلال الوقف لأغراضه الشخصية .

ثانياً: كيفية محاسبة ناظر الوقف في الفقه الإسلامي

¹ سير أعلام النبلاء للذهبي، تحقيق: شعيب الارنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1990م، ج 2، ص 112.

أحكام محاسبة النظار في مجال الأوقاف من الأمور الاجتهادية - على غرار غالبية أحكام الأوقاف - كان من الطبيعي أن تختلف من مذهب فقهي إلى آخر ومن زمانا لآخر، وذلك تبعا لاختلاف الأعراف والأحوال .

فقد ذهب فقهاء المالكية إلى التفرقة في مجال محاسبة الناظر بين ما إذا كان الواقف قد اشترط على الناظر في وثيقة الوقف الإشهاد عند صرفه لشيء من أموال الوقف، وبين ما إذا لم يشترط عليه ذلك، ففي الصورة الأولى حيث اشترط الواقف على الناظر أن إدخال شيء في الوقف أو إخراج منه إنما يجب أن يكون بإشهاد، نجدهم يقررون أن الناظر عندئذ لا يُصدق في أنه صرف منافع الوقف في وجوهها، ولا يقبل قوله إلا بإشهاد، وأما في الصورة الثانية، حيث لم يشترط الواقف الإشهاد في الصرف، فالمالكية يقررون أن الناظر يصدق فيما ادعى من حلفه اليمين إذا كان الناظر أمينا لا يشك في أمره، أما إذا كان متهما¹، فلا يصدق إلا أن يحلف اليمين².

وفي حقيقة الأمر يجد الباحث أن الإشهاد على التصرفات في مجال الأوقاف، أمرا حسننا لاسيما أننا نجد آيات كثيرة في القرآن الكريم تأمر الناس بالإشهاد على حقوقهم ومعاملاتهم، وما يقع بينهم من عقود، وذلك من أجل صيانتها والمحافظة عليها، حتى لا يقع نسيانها، ويمكن الرجوع إلى الشهود فيما إذا وقع النزاع حولها، ومن تلك الآيات قوله تعالى : " وأشهدوا إذا تباعتم"³.

أما فقهاء المذهب الحنفي فيفرون حين محاسبة الناظر بين الأمور التي لا تشهد كأداء الأجور، والأمور التي تشهد كعمارة الوقف وإصلاحه، ففي الحالة الأولى بخصوص الأمور التي لا تشهد، يختلف الحكم باختلاف حال الناظر، فإن كان عدلا معروفا بالأمانة، فلا يكلف القاضي الناظر عندها بتفصيل موارد الوقف موردا موردا ، ولا بتفصيل مصارفه مصرفا مصرفا إذا تعذر عليه ذلك ويكتفى منه بتقديم الحساب الإجمالي، أما إذا كان الناظر متهما، فلا يكتفي القاضي منه عندها بتقديم الحساب الإجمالي ، ولكن يجبره على التفصيل وتعيين جهات التحصيل جهة جهة، بحيث يتبين ما جاء إليه كل شهر من أجور، كما يبين ما حصله من الغلل والثمار، وعليه أن يبين المصارف مصرفا مصرفا، يبين ما أخذه كل مستحق، ويبين ما أنفقه في عمارة الوقف ومقداره، وغير ذلك من تفاصيل الأمور، أما بخصوص المحاسبة في الأمور التي تشهد، كما إذا ادعى الناظر أنه قبض الغلة وأنفقها في عمارة الوقف، فنازعه المستحقون في القدر الذي ادعى إنفاقه في عمارة الوقف، أو قالوا إن العمارة لم تكن ضرورية، أو أنه بالغ فيها، فإن القاضي يعين من يثق به للكشف على العمارة، ويقدم تقريره للقاضي ليفصل في النزاع⁴.

¹ متهما، من الاتهام ، يقال اتهمت فلانا أي أدخلت عليه التهمة، والتهمة الظن، (ينظر: لسان العرب، مرجع سابق، ج 12، ص 644).

² حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج 4، ص 89 .

³ سورة البقرة ، من الآية 282 .

⁴ محمد أبو زهرة ، مرجع سابق، ص 355 .

وفي تقدير الباحث أن ما ذهب إليه الحنفية من التمييز حين المحاسبة بين ناظر أمين وناظر غير أمين، هو أمر محل نظر، ذلك أن الأصل في الناظر أن يكون أميناً، لأن الأمانة شرط من شروط الناظر، أما إذا ثبتت خيانتة وعدم أمانته فيتوجب عندئذ عزله، فمحاسبة الناظر محاسبة دقيقة أمر ضروري سواء كان أميناً في سلوكه أو حامت الشكوك حوله، لأن المحاسبة الدقيقة عن كل صغيرة وكبيرة، هي التي يمكن معرفة ما إذا كان الناظر أميناً أم أنه غير ذلك، كما أنه لا يوجد دليل شرعي على إعفاء الناظر الأمين من المحاسبة الدقيقة، فينبغي على الناظر أن يقدم كشفاً مفصلاً و دورياً يبين فيه حسابات الوقف من المدخلات والمصروفات.

في حين يذهب الفقه الشافعي بخصوص محاسبة ناظر الوقف، إلى التفرقة بين ما إذا كان الموقوف عليهم معينين أم أنهم غير معينين، ففي الحالة الأولى إذا ادعى الناظر صرف الغلة إلى هؤلاء المستحقين فإنه لا يصدق في ادعائه، ويكون القول قولهم في تسلّم حصصهم من الاستحقاق من عدمه، أما إذا ادعى ذلك وكان الموقوف عليهم غير معينين، كما إذا كان الموقوف عليهم عموم الفقراء مثلاً أو جهة من الجهات العامة، فإنه يصدق في الصرف وفي قدره، سواء كان أميناً أو غير أميناً، إلا أنه في حالة كونه أميناً يقبل قوله بلا يمين، أما إن كان متهماً فيحلفه القاضي اليمين.¹

ويرى الباحث أن التفرقة التي أقامها الشافعية حين محاسبة الناظر بين أن يكون الموقوف عليهم معينين أم غير معينين، تفرقة لا مبرر لها، ذلك أن حقوق الموقوف عليهم يجب أن تصان وتحمى في كلتا الحالتين، فلا يجوز التساهل في محاسبة ناظر الوقف إذا كان الموقوف عليهم غير معينين، بل يجب أن يحاسب محاسبة دقيقة، فإذا كان الموقوف عليهم المعيين يدفعون عن حقوقهم في غلة الوقف، فمن باب أولى أن يحاسب الناظر أشد المحاسبة إذا كان الموقوف عليهم غير معينين .

أما فقهاء المذهب الحنبلي، فيفرون في محاسبة الناظر بين ما إذا كان الناظر متبرعاً بالنظارة - أي لا يتقاضى أجره مقابلها - وبين ما إذا كان غير متبرع، فإذا كان الناظر متبرعاً فإن الحنابلة يقررون قبول قوله في تحصيل الغلة وتوزيعها على المستحقين ولا يكلف بإثبات ذلك ببينة، أما إذا كان الناظر غير متبرع يعمل مقابل أجره، فإن الحنابلة لا يقبلون كلامه في تحصيل الغلة وتوزيعها على مستحقيها إلا ببينة تثبت ذلك وفي ذلك يقول البهوتي: " يقبل قول الناظر المتبرع في دفع المستحق، وإن لم يكن متبرعاً لم يقبل قوله إلا ببينة " .²

¹ معني المحتاج، ج 2، ص 394 . وفي ذلك يقول الشربيني: " ولو ادعى متولي الوقف صرف الربيع للمستحقين فإن كانوا معينين فالقول لهم، ولهم مطالبته بالحساب، وإن كانوا غير معينين فهل للإمام مطالبته بالحساب أم لا؟ وجهها حكاهما شريح في أدب القضاء، وأوجهها : الأول، ويصدق في قدر ما أنفق عند الاحتمال، فإن اتهمه الحاكم حلفه، والمراد كما قال الأذري إنفاقه فيما يرجع فيه إلى العادة، وفي معناه الصرف إلى الفقراء ونحوهم من الجهات العامة بخلاف إنفاقه على الموقوف المعين، فلا يصدق فيه لأنه لم يأت منه " .

² كشاف القناع للبهوتي، مرجع سابق، ج2، ص 456 .

وهذا يعني أن الحنابلة لا يطالبون الناظر المتبرع إلا بحساب إجمالي، بينما يطالبون الناظر غير المتبرع بالكشف التفصيلي لحسابات الوقف، فعندهم أن المتبرعين بالنظرة على الأوقاف من أهل وذوي المروءات من الناس فليس من اللائق أن يطلب منهم تقديم حساب تفصيلي عما حصلوه من ريع الوقف، وما أنفقوه منه بل إنهم يصدقون بما يقولون دون مطالبتهم بالبينة والدليل، فلو طلب منهم كشف تفصيلي لا امتنع أمثال هؤلاء الناس من القيام على شؤون الأوقاف.¹

ويؤخذ على الحنابلة تمييزهم بين الناظر المتبرع وغير المتبرع في المحاسبة، فهذا التمييز لا مبرر له فكلاهما يقدم نفس الخدمة للوقف، بإدارته والقيام على شؤونه، فالفرق بينهما يكون في الثواب عند الله سبحانه وتعالى، أما في المحاسبة الدنيوية فهما على السواء، صحيح أن الأصل في الإنسان المتبرع أن يكون أميناً، غير أن هذا لا يعني بأي حال من الأحوال أن يكون بمنأى عن المحاسبة، بل لا بد من محاسبة لكي يتبين أنه أمين أم غير ذلك، فيجب عدم الاغترار بالظواهر، فرب شخص يتبرع بالنظر في أمور الوقف مجاناً وهو يضمّر في نفسه نهب خيرات الوقف، لا سيما أن الكثير من الناس لا يتورعون عن حلف اليمين، كما أن أخذ الأجرة على الناظرة على الأوقاف لا ينقص من أمانة الناظر.

وقد سلك متأخروا الحنابلة في محاسبة الناظر مسلكاً جيداً ودقيقاً حيث أعطوا ولي الأمر الحق في إنشاء (ديوان خاص لمحاسبة نظار الأوقاف)² يُقدّم النُّظَار إليه بياناً تفصيلياً لواردات الأوقاف وطريقة تصرفهم في تلك الواردات، ووجوه الإنفاق التي سلكوها، ومدى التزامهم بتنفيذ شروط الواقفين، قال ابن تيمية: " لولي الأمر أن ينصب ديواناً مستوفياً لحساب الأموال السلطانية، كالفىء وغيره، وله أن يفرض له على عمله ما يستحقه مثله من كل مال يعمل فيه بقدر ذلك المال، واستيفاء الحساب، وضبط مقبوض المال، ومصروفه من العمل الذي له أصل".³

وهذا الرأي لا شك من وجاهته، فهو الذي ينبغي تطبيقه والعمل به للقضاء على المشكلات والتظلمات التي ما فتئت المحاكم تغص بها من موقوف عليهم لا تصل إليهم حقوقهم، كما أن فيه قضاء على جانب كبير السلبيات التي توجه لنظام النظارة على الأوقاف.

الفرع الثاني: محاسبة ناظر الوقف في القانون الوضعي

المشرع الجزائري يعتبر الناظر مسؤولاً على الوقف الذي هو تحت نظارته، وهو في ذات الوقت يعتبره وكيلاً عن الموقوف عليهم، حيث أن المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، نصت على أنه: " يباشر ناظر الملك الوقفي عمله تحت رقابة وكيل الأوقاف ومتابعته، ويتولى على الخصوص المهام الآتية:

¹ نفس المرجع السابق، ج2، ص 457 .

² الديوان معناه: الدفتر أو السجل، ومن المعلوم أن أول من وضع الدواوين في الإسلام هو الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وذلك بعد أن غنم المسلمون كنوز فارس .

³ مجموع فتاوى ابن تيمية، مرجع سابق، ج31 ص85-86.

1- السهر على العين الموقوفة، ويكون بذلك وكيلاً على الموقوف عليهم وضامناً لكل تقصير...".

ف نجد أن القانون الجزائري في مادة الأوقاف في مجال المسؤولية المدنية، جعل ناظر الملك الوقفي ضامناً لكل تقصير من جانبه في التسيير، وهذا المسلك يقوم على اعتبارات حماية الأملاك الوقفية في مواجهة الناظر والمحافظ عليها، رغم مخالفته للآراء التي كانت سائدة في الفقه الإسلامي من أن يد الناظر على الوقف تعد يد أمانة، فإذا هلك الملك الوقفي تحت يده دون تعد أو إتلاف فإنه لا يضمن، فهذا التوصيف الفقهي كان ملائماً لما كان معهوداً من أحوال الناس فيما مضى، حيث كان الوازع الديني سائداً، غير أن أحوال الناس قد تغيرت، وذلك يقتضي أن يتغير اعتبار يد الناظر على الوقف يد أمانة إلى اعتبار يد ضمان ومسؤولية، وهذا ما تبناه القانون الجزائري، في نص 13 أعلاه في فقرتها الأولى بالنسبة للأوقاف العامة، وذات الحكم يسري كذلك على الأوقاف الخاصة، فقد نصت المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 381/ 98 سالف الذكر، على أنه: " يمارس الناظر المعتمد لرعاية الملك الوقفي الخاص مهامه حسب شروط الواقف طبقاً لأحكام هذا المرسوم، ويعتبر مسؤول أمام الموقوف عليه والواقف إن اشترط ذلك، وكذا السلطة المكلفة بالأوقاف ".

وهو ذات المسلك الذي انتهجه القانون المغربي، سواء بالنسبة للأوقاف العامة أو الأوقاف الخاصة (المعقبة)، ففي الأولى نصت المادة 156 من مدونة الأوقاف الصادرة سنة 2010 سالفة الذكر على أنه: " يخضع نظار الأوقاف وسائر الأمرين المساعدين بالصرف الآخرين والمراقب المالي المركزي ومساعداه والمراقبون المحليون، أثناء ممارستهم لمهامهم، لقواعد المسؤولية التأديبية والمدنية والجنائية، طبقاً للنصوص التشريعية الجاري بها العمل في حالة ثبوت إخلالهم بالالتزامات الملقاة على عاتقهم "، أما بالنسبة للأوقاف المعقبة فقد نصت بخصوصها المادة 119 من ذات المدونة على أنه: "يعهد إلى ناظر الأوقاف المعقبة بتسيير المال الموقوف والمحافظ عليه ورعاية شؤونه وتحصيل مداخيله وتوزيعها على المستحقين حسب شروط الواقف مع مراعاة أحكام هذه المدونة، - يلزم الناظر بتقديم حساب سنوي عن تسييره للوقف المعقبة إلى المستفيدين منه وإلى إدارة الأوقاف مدعماً بالوثائق المثبتة " .

ولهذا المسلك أصل يمكن أن يستند عليه، وهو أن الناظر لم يستلم مال الوقف على سبيل الوديعة، أو من أجل حفظه إلى حين رده عند الطلب، بل وضع يده عليه بحسابه أنه ولي عليه ومسؤول عنه، بدليل أنه إذا لم يكن صالحاً للمهمة التي تناط به عند اختياره فإنه لا يجوز توليته.

وبالعودة إلى القانون الجزائري الذي يعتبر ناظر الملك الوقفي وكيلاً على الموقوف عليهم، فإنه لا يجوز لناظر الوقف أن يتعاقد مع نفسه بخصوص أموال الوقف الذي تحت نظارته، وهذا تطبيقاً لمقتضيات المادة 410 ق م ج التي انطوت على أنه: " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة

والواردة في نصوص قانونية أخرى "، لأن تعاقد ناظر الوقف مع نفسه بخصوص أموال الوقف، فيهتعارض لمصلحته مع مصلحة الوقف، فمثلاً يجوز للناظر أن يؤجر لنفسه عقارا موقوفا يتولى النظارة عليه، لأنه قد يؤجره لنفسه بأقل من أجرة المثل، مما يترتب عليه ضرر بمصالح الوقف، وبمصالح الموقوف عليهم، وهذا المعنى هو ما أكدته المادة 578 ق م ج، حيث نصت على أنه: " لا يجوز للوكيل أن يستعمل مال الموكل لمصالح نفسه "، فلا يجوز لناظر الوقف أن يستعمل أموال الوقف في مصلحته، وإن فعل كان تصرفه باطلا.

فبمقتضى هذه الوكالة تتحدد مسؤولية ناظر الوقف المدنية، أي يعرف متى يضمن ما يهلك في يده من أموال الوقف ومتى لا يضمن، فإذا لم يقصر في حفظ الأمانة ولم يعتدي عليها ولم يتجاوز في التصرف في حدود ولايته لا يضمن ما يهلك في يده منها، أما إذا بدد مال الوقف فإنه يُعامل قانوناً معاملة الوكيل الذي يبدد مال موكله.¹

ولئن كانت المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 آنف الذكر، قد ذكرت حالتين يكون الناظر فيها ضامناً ومسؤولاً عن تصرفاته، بقولها في الفقرة الثانية من حالة (ب) : " في حالة رهن أو بيع المستغلات دون إذن كتابي يعتبر الرهن أو البيع باطلين بقوة القانون، ويتحمل الناظر تبعات تصرفه"، فإن هاتين الحالتين المذكورتين، إنما ذكرتا على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، فالقاعدة أن المشرع الجزائري لم يحدد كل الحالات التي يكون فيها ناظر الوقف ضامناً، بل يرجع في ذلك إلى المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تتحدث عن المسؤولية التقصيرية، بقولها: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض "، فكل عمل يقوم به الناظر يضر بمصلحة الوقف، ويكون ناتجاً عن تقصير منه يكون مسؤولاً عنه ومستوجباً للتعويض.

كل ذلك مع مراعاة الحالات التي لا يكون فيها ناظر الوقف ضامناً بقوة القانون كالحادث المفاجئ، والقوة القاهرة، وخطأ المضرور، وخطأ الغير، حيث أن المادة 127 من القانون المدني الجزائري قد انطوت على أنه: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك "، فلا يعد الناظر مقصراً، إذا تترتب على الوقف ضرر بفعل حادث فجائي أو قوة القاهرة، كأن يدمر العقار الوقفي بفعل زلزال مثلاً، كما لا يترتب عليه تعويض إذا كان الاعتداء صادر من الغير، وكان الناظر قد بذل عناية الشخص الحريص في دفع اعتداء هذا الغير على الملك الوقفي .

¹ حيث أن المادة (1/575) من القانون المدني الجزائري انطوت على أنه: " الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون تجاوز الحدود المرسومة "

غير أنه يعاب على المشرع الجزائري بشأن محاسبة ناظر الملك الوقفي أنه لم يحدد الآليات التي من شأنها أن تبين لنا معرفة ما إذا كان الناظر قد قصر، في تأدية لمهامه تجاه الملك الوقفي أم أنه لم يقصر، حيث نجد أن بعض القوانين المقارنة في مادة الأوقاف قد ألزمت ناظر الملك الوقفي بتقديم كشف حساب أو تقرير سنوي بالأعمال والأموال التي صرفها من أموال الوقف، فعلى سبيل المثال تنص المادة 50 من قانون الأوقاف المصري رقم 48 لسنة 1946 المعدل والمتمم، على أنه: "يعتبر الناظر أميناً على مال الوقف ووكيلاً عن المستحقين، ولا يقبل قوله في الصرف على شؤون الوقف أو على المستحقين إلا بسند، عدا ما جرى العرف على عدم أخذ سند فيه"، فالمشرع المصري رغم اعتباره يندناظر الملك الوقفي أنها يد أمان، غير أنه يقرر عدم تصديق قول الناظر في الصرف على شؤون الوقف ومصالحه، و صرف حقوق للمستحقين، إلا بعد تقديم سند كتابي يثبت صرف أي مبلغ فيما صرفه فيه.

كما أن ذات النهج في توفير آلية محاسبة الناظر إتباعها قانون الأوقاف في إمارة الشارقة، بمقتضى القانون رقم 4 لسنة 2011م أنف الذكر، حيث انطوت المادة 2/44 منه على أنه: " يجب على كل ناظر أن يقدم تقريراً سنوياً مؤيداً بالمستندات عن إدارته للوقف إلى الأمانة العامة للأوقاف " فقانون الأوقاف في إمارة الشارقة بدولة الإمارات العربية المتحدة، وفر آلية يمكن من خلالها محاسبة الناظر على الأملاك الوقفية التي يديرونها، حيث ألزمه بتقديم تقرير سنوي مكتوب إلى الأمانة العامة للأوقاف، وهي تعد الجهة الإدارية المكلفة بالرقابة على الأوقاف في إمارة الشارقة، وبذلك تعتبر يد الناظر يد ضمان وليس فقط يد أمان.

الفرع الثالث: عزل ناظر الوقف

العزل في التعريف اللغوي هو: التنحية والإبعاد، يقال: عزل الشيء أي نحاه جانباً، واعتزلت القوم أي فارقتهم وتنحيت عنهم، ويقال: أعزل عنك ما يشينك أي نحه عنك، ويأتي بمعنى الفرز، يقال: عزل الزَّوان¹ عن القمح أي أفرزه²، والعزل في الاصطلاح يستعمله الفقهاء بمعنى العزل عن الوظيفة، وهو: التنحية عن العمل. ومن ثم نلاحظ تطابق للمعنى اللغوي للعزل بمعناه الاصطلاحي.

أولاً: عزل ناظر الوقف في الفقه الإسلامي

يكون لعزل الناظر عن ولاية الوقف لدى الفقه الإسلامي حالات ثلاث: وهي أن يتخلى الناظر عن إدارة الوقف من تلقاء نفسه، ويسمى " عزل الناظر نفسه"، أو أن يتم العزل بإرادة الواقف نفسه، كما قد يتم عزله من قبل القاضي، ولكل حالة اجتهادها الخاص بها من لدن الفقه الإسلامي.

1 - عزل الناظر نفسه عن نظارة الوقف

¹ الزَّوان و الزَّوان: ما يخرج من الطعام فيرمى وهو الرديء منه، لسان العرب، لابن منظور، مرجع سابق، ج 1 ص 200.

² لسان العرب، لابن منظور، مرجع سابق، ج 11 ص 440، والقاموس المحيط، مرجع سابق، ج 4 ص 15.

ويتم ذلك بأن يتخلى الناظر عن ولاية الوقف وذلك باستقالته، فقد يرغب ناظر الوقف عزل نفسه عن النظارة، لعدم تفرغه، أو لعدم قدرته لكبر أو مرض، أو لغير ذلك من الأسباب، ولفقهاء الشريعة الإسلامية في حكم هذه الاستقالة وجهات نظر، فيرى المالكية والحنابلة، بأن ناظر الوقف يجوز له عزل نفسه سواء كانت توليته على الوقف من قبل الواقف أو من قبل القاضي، والعلة في ذلك أن الناظر يعد بمنزلة الوكيل فيجوز له أن يتخلى عن الوكالة¹، في حين يذهب الفقه الحنفي إلى التفرقة بين أن يكون الناظر قد عينه القاضي، أو أن يكون قد عينه الواقف، فالأول يمكنه عزل نفسه بعد علم القاضي بذلك، أما إن كان الناظر معيناً من قبل الواقف، فيمكنه أيضاً عزل نفسه بشرط علم الواقف أو القاضي بهذه الاستقالة.² ويذهب الشافعية، إلى القول بأن ناظر الوقف لا يعزل بعزله نفسه.³

فمن خلال عرض هذه الآراء يتضح لنا أن الفقهاء بخصوص استقالة ناظر الوقف لهم ثلاث اتجاهات، الاتجاه الأول يقبل الاستقالة ويمثله المالكية والحنابلة، والاتجاه الثاني لا يقبل الاستقالة ويمثله الشافعية، والاتجاه الثالث يقبل الاستقالة ولكن بشروط ويمثله الحنفية، وإذا تأملنا في حقيقة وظيفة الناظر وجدناها تقوم على مصلحة الوقف، من أجل حفظ أمواله وتنميتها واستثمارها، وعلى ذلك فإن إجماع الناظر على الاستمرار في القيام بمهام النظارة عن طريق عدم قبول استقالته، قد يؤدي إلى إهماله مصالح الوقف والموقوف عليهم، مما يفضي لتعرضها للضياع، وعلى ذلك فالذي يظهر رجحانه للباحث في هذه المسألة، هو القول بحق الناظر بعزل نفسه والاستقالة من الولاية على الوقف إذا أبلغ القاضي بها، لأن ذلك يمنع الضرر عن الناظر وعن الوقف، حيث إنه إذا أبلغ القاضي بذلك فإنه سيمنع الضرر الذي قد يلحق بالوقف، لأن القاضي هو الناظر العام للأوقاف، فيعين ناظراً آخرًا للولاية عليه، كما أن في إلزام الناظر مواصلة إدارة الوقف مع رغبته في الاستقالة ضرراً عليه، والنبي صلى الله عليه وسلم يقول: " لا ضرر ولا ضرار "، فلا تلزم الشريعة الإسلامية شخصاً أن يقوم بعمل يجلب ضرراً عليه.

2 - عزل الناظر من قبل الواقف

لا خلاف بين الفقهاء في أن الواقف إذا قام بتعيين ناظراً ما على المال الذي وقفه فإن له الحق في أن يعزله متى شاء ، كما لا يجب عليه إبداء الأسباب التي دفعته إلى ذلك، لأن الواقف هو الذي أنشأ الوقف بمحض إرادته، فهو الذي وضع أمواله أو جزءاً منها وقفاً، وقرر لوقفه شروطاً يجب إتباعها، وبالتالي له حق تنصيب الناظر، كما يملك الحق في عزله وتعيين غيره بدلاً عنه، غير أن الواقف إذا لم يتم بتعيين الناظر وقام القاضي المختص بذلك، ففي هذه الحالة لا يملك الواقف عزل الناظر لأن القاضي هو الذي نصبه ناظراً على الوقف.⁴

¹ الشرح الكبير، للدردير، مرجع سابق، ج 4 ص 88، وكشاف القناع، مرجع سابق، ج 4 ص 305 .

² حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج 4 ص 382 .

³ مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 2، ص 393 ، والأشباه والنظائر للسيوطي، مرجع سابق، ص 172 .

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق، ج 8 ، ص 237 .

3 - عزل الناظر من قبل القاضي

السؤال الذي يثور في هذا المقام مفاده: هل من حق القاضي بحسبانه صاحب الولاية العامة على الأوقاف عزل ناظر الوقف؟

في الإجابة عن هذا السؤال يفرق الفقه الإسلامي بين كون الناظر معين من قبل القاضي، وبين كونه معين من قبل غيره، فبخصوص الحالة اختلف الفقهاء في حق القاضي عزل ناظر الوقف المعين من قبله، وذلك على قولين، فقد ذهب المالكية، والشافعية إلى القول بأن القاضي لا يملك عزل الناظر إلا بسبب موجب للعزل ولو كان معيناً من قبله¹، في حين يذهب الحنفية، والحنابلة، إلى أنه للقاضي عزل ناظر الوقف المعين من قبله مطلقاً، ويقصد بإطلاقهم أنه من حق القاضي عزل الناظر المعين من قبله متى شاء، حتى ولو بدون سبب موجب للعزل².

والذي يظهر رجحانه للباحث هو قول المالكية والشافعية، بأن القاضي إنما يعزل الناظر الذي عينه إذا توافر له بسبب لعزله، وذلك حتى لا تدخل الأغراض الشخصية في نصب الناظر وعزلهم، خاصة وليس هناك مبرر لعزل القاضي الناظر المعين من قبله وتولية غيره مادام أنه قائم بواجبه تجاه الوقف والموقوف عليهم، والقول بغير ذلك سيؤدي إلى عدم الاستقرار، مما يترتب عنه عزوف الأكفاء عن العمل في النظارة وتولى من هم دونهم وهذا ليس في مصلحة الأوقاف .

أما بخصوص الحالة الثانية فقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة على أن حق القاضي في عزل الناظر المعين من قبل غيره ليس مطلقاً بل مقيد بظهور سبب موجب للعزل³. لأن الذي يعين الناظر من غير القاضي إما الواقف و إما من له ولاية التعيين كالوصي والموقوف عليهم - عند من يثبت لهم هذه الولاية - وهؤلاء ولايتهم على الوقف خاصة في حين ولاية القاضي على الوقف ولاية عامة، ومن القواعد الفقهية المقررة أن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة، لذلك لا يجوز للقاضي عزل الناظر المعين من قبله من غير سبب موجب للعزل.

وإذا كان القاضي لا يعزل الناظر المعين من قبل غيره إلا بسبب موجب لعزله اتفاقاً، وكذلك الناظر المعين من قبله على الراجح، إذن فما هي الأسباب الموجبة لعزل ناظر الوقف؟

4 - موجبات عزل الناظر

يتعين على القاضي عزل الناظر إن ظهر منه سبب موجب لعزله، ويأثم القاضي لو ترك الناظر يستمر في عمله في هذه الحالة، وهذا الحكم يسري على كل ناظر ولو كان الواقف هو الناظر نفسه،

¹ مواهب الجليل، للحطاب، مرجع سابق، ج 6 ص 39، ومغني المحتاج، للشربيني، مرجع سابق، ج 2 ص 393 .

² الأشباه والنظائر، لابن نجيم، مرجع سابق، ص 195.

³ الأشباه والنظائر لابن نجيم، مرجع سابق، ص 195، وحاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج 4 ص 88، ومغني المحتاج، مرجع سابق، ج 2 ص 393. المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ج 8 ص 237-238 .

وذلك تحقيقاً لمصلحة الوقف بحمايته والمحافظة عليهم ثم تحقيق مصلحة الموقوف عليهم، بل لو اشترط الواقف أنه ليس للقاضي أن يعزل الناظر الذي عينه لإدارة وقفه لأي سبب فلا يلتفت إلى شرطه، لأنه مخالف لحكم الشرع فيبطل، ويجب على القاضي عزله إن ظهر سبب موجب لعزله، وموجبات عزل الناظر هي :

أ - فسق ناظر الوقف:

لا خلاف بين الفقهاء في أن الفسق من موجبات عزل الناظر، فإذا عرض الفسق للناظر فيتعين عزله عن النظارة، لأن المقصود من النظارة حفظ الوقف وفسق الناظر يخل بهذا المقصود¹. حيث يُنظر لناظر الوقف على أنه الشخص الذي يتعين عليه القيام بشؤون الوقف، وهي مهمة جلب للنظار احتراماً ومنزلة سامية بين الناس، فلذلك يتعين على ناظر الملك الوقفي التسامي عن الدناءات وكل ما يتسبب في خدش كرامته، فلا شك أن تورط الناظر في تعاطي ما يسيء إلى سمعته بين الناس كشرب الخمر أو الزنا أو ما يسيء إلى الشرف والأمانة يؤدي إلى سحب الثقة منه، فيجب أن يكون ناظر الوقف عدلاً غير فاسق، ولأن الفسق يمنع تولية النظارة ابتداءً، فإنه في ذات الوقت يمنعها إن عرض على الناظر حين توليه أمر النظارة على الوقف.

ب - خيانة ناظر الوقف:

المقصود بخيانة الناظر: أن يتصرف تصرفاً غير جائز عالمياً به²، حيث ينظر إلى ناظر الوقف على أنه أمين على الوقف الذي يتولى النظارة عليه، فهو يقوم بكل الأعمال الجائزة التي من شأنها أن تعود على الوقف بالنفع، وعليه أن يمتنع عن كل الأعمال غير الجائزة التي من شأنها أن تسبب ضرراً بالمال الموقوف .

ولا خلاف بين الفقهاء في أن خيانة ناظر الوقف تعد سبباً من الأسباب الموجبة لعزله عن نظارة الوقف، فإذا خان الناظر فيتعين عزله، لأن المقصود من النظارة حفظ الوقف و الخيانة تخل بهذا المقصود³، ولأن الخيانة تتنافى مع مقتضيات النظارة على الأوقاف فإن الفقهاء قد قرروا أنه يتعين على القاضي أن يعزل الناظر إذا ظهرت فيه خيانة ولو كان الناظر هو الواقف ذاته، أو اشترط الواقف عدم عزل الناظر المعين من طرفه حتى ولو ثبتت خيانتة، لأن مثل هذا الشرط يعد منافي للشريعة الإسلامية التي تحرم الخيانة عامة، وفي ناظر الوقف خاصة، من أجل المحافظة على الأوقاف من الضياع، ولأن الخائن لا يؤتمن من أن يستولي على الأوقاف التي تحت نظارته.

¹الإسعاف في أحكام الأوقاف، للطرابلسي، مرجع سابق، ص 49 .

² البحر الرائق، لابن النجيم، مرجع سابق، ج 5 ص 253، وحاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج 3 ص 384.

³الإسعاف في أحكام الأوقاف، للطرابلسي، مرجع سابق، ص 49 . كشف القناع، للبهوتي، مرجع سابق، ج 4 ص 270 .

ولا يعزل القاضي الناظر إلا بخيانة ظاهرة بينة، ولا يعزل بمجرد الطعن في أمانته أو مجرد شكوى الموقوف عليهم بل حتى يثبتوا عليه الخيانة¹، فمن المقرر شرعاً أن ليس كل من أتهم بأمر معين يصدق عليه الاتهام فالمتهم بري حتى تثبت إدانته، ويعتبر الناظر خائناً في الصور التالية:

1 ب - إذا تصرف الناظر تصرفاً يؤدي إلى ضياع الوقف أو غلته أو تلفهما

يتعين على ناظر الوقف أن يحافظ محافظة شديدة على أموال الوقف التي يتولى النظر عليها، فيمنع عليه أن يتصرف فيها تصرفات تضر بأصل الملك الوقفي، أو تضر بالغللات التي ينتجها الوقف ومن الأمثلة التي تؤدي إلى ضياع الوقف، بيع الناظر للوقف أو بعضه، فلا يجوز التصرف في الأوقاف بالبيع أو الهبة أو أي تصرفات أخرى ناقلة للملكية، ومن الأمثلة كذلك أن يدعي الناظر ملكيته للمال الموقوف²، فينبغي على الناظر أن يكون أميناً، وأن لا يستولي على الوقف بأن يضمه إلى جملة أملاكه، كما يعد الناظر أيضاً خائناً إذا لم يمنع شخصاً من أن يتلف شيئاً من الوقف³، ذلك أن من واجبات الناظر أن يدافع على الوقف الذي يتولى النظر عليه بأن يبذل كل مل في وسعه من أجل منع أيأ كان من التعدي عليه والمخاصمة في ذلك إن اقتضاء الأمر أمام القضاء، ومن جهة أخرى يعد الناظر أيضاً خائناً لمهمته تجاه الوقف إذا امتنع عن عمارته، وكان في يده من غلة الوقف ما يمكنه أن يعمره به و أجبره القاضي على العمارة، ولم يحم بها⁴، ذلك أنه من أوجب الواجب على الناظر عمارة الوقف لحمايته من الخراب والضياع والاندثار، فالحكمة من الوقف هي استمرارية أصله، ليستفيد الموقوف عليهم من غلته .

2 ب - إذا تصرف الناظر تصرفاً فيه منفعة له

يتوجب على ناظر الوقف من أجل إثبات أمانته تجاه الملك الوقفي أن لا يتصرف فيه تصرفاً يبتغي من ورائه منفعة خاصة له، كأن يقدم الناظر على تأجير دار الوقف ولو بأجرة المثل، لأنه لا يجوز له السكنى ولو بأجر المثل، فمصالح الناظر في هذه الحالة تتعارض مع مصلحة الوقف الذي يتولى النظر عليه، فعليه أن يمتنع عن تأجير الوقف لصالح نفسه، كما يعد الناظر قد تصرف بمال الوقف تصرفاً فيه منفعة لنفسه إذا قام بزراعة أرض الوقف لنفسه ولو كان البذر والنفقة منه، فكل تصرف في مال الوقف يجر الناظر من ورائه منفعة خاصة له يتعين عليه عدم القيام به من أجل عدم الطعن في أمانته تجاه الوقف .

3 ب - إذا لم يراع الناظر اشتراطات الوقف .

¹ البحر الرائق، لابن نجيم، مرجع سابق، ج 5 ص 253 .

² الإسعاف في أحكام الأوقاف، للطرابلسي، مرجع سابق، ص 60 .

³ البحر الرائق، لابن نجيم، مرجع سابق، ج 5 ص 253 .

⁴ أحكام الأوقاف، للخصاف، مرجع سابق ص 202 ، والبحر الرائق، لابن نجيم، مرجع سابق، ج 5 ص 252 . 253 .

يعد من خيانة الناظر تجاه الوقف عدم تنفيذ الشروط التي نص عليها الواقف في عقد وقفه، إذا كانت صحيحة وليس فيها ما يتعارض مع نصوص الشريعة الإسلامية، كما إذا لم يعط الناظر الموقوف عليهم ما اشترط لهم الواقف¹، فقد سبق بيان أن الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية المقارنة تعتبر " شرط الواقف كنص الشارع " .

ج - عجز ناظر الوقف عن أداء مهامه :

اتفق الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، على أن عجز الناظر يعد من موجبات عزله عن النظارة، ذلك أن المقصود من النظارة حفظ الوقف وتنميته ولا يحصل هذا المقصود بعجز ناظر الوقف عن تأدية هذه المهام، لذلك يجب على القاضي عزل الناظر إذا كان عاجزاً عن تأدية مهامه، من أجل حماية الوقف مراعاة لمصالحه ومصالح الموقوف عليهم .

د- إصابة ناظر الوقف بالجنون :

يتفق الفقه الإسلامي على أنه من أسباب عزل الناظر إصابته بالجنون، فإذا طرأ الجنون على الناظر يتعين عزله عن النظارة، لأنه يشترط في الناظر ابتداءً أن يكون عاقلًا، فإذا كان المجنون ليس له ولاية على ماله، فمن باب أولى أن لا تكون له ولاية على مال غيره، كما يجب عزله سواء كان معينًا من الواقف أو من طرف القاضي على حد سواء، فالجنون يسلب كل الولايات.

وقد قيد الحنفية الجنون الذي يعزل بموجبه الناظر بالجنون المطبق إذا دام سنة كاملة، أما إذا دام أقل من ذلك فلا يعزل بسببه².

غير أنه وقع خلاف في وجهات النظر، حول أثر ما إذا عاد إلى الناظر عقله على ولايته على الوقف، فهل تعود إليه أم لا ؟

وفي الإجابة عن هذا السؤال يذهب المالكية إلى القول بأنه إذا عاد للناظر عقله عادت إليه ولايته على الوقف، قياساً على الوصي، لأن خروجه من الولاية كان لعل الجنون، فإذا ذهبت تلك العلة عاد إليه ما كان عليه من أمر النظر في الوقف، في حين فرق الحنفية بين ما إذا كان الناظر المعين من قبل الواقف، أم من قبل القاضي، فإذا كان معين من الأول عادت النظارة إليه، لأنها بمثابة شرط من الواقف، أما إن كان معين من قبل القاضي فلا تعود له النظارة³.

ويرجح الباحث ماذهب إليه الحنفية، فإذا كان ناظر الوقف معين من قبل الواقف، وأصيب بالجنون فعزل لهذا السبب، ثم عاد إليه عقله فإنه يعود إلى تولي مهامه في نظارة الوقف، لأنه يكون عندئذ كما لو أن النظارة مشروطة له من لدن الواقف فهي بمثابة شرط من اشتراطاته، أما لو كان الناظر

¹ حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج 3 ص 384.

² حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج 3 ص 385.

³ ذات المرجع السابق .

معين من طرف القاضي، فإنه لا يتعين على القاضي أن يعيده إلى النظارة مرة ثانية، ذلك أن القاضي هو الذي عينه فيجوز له عزله لتوافر سبب العزل وهو الجنون .

ثانيا: عزل ناظر الوقف في القانون الوضعي

تحدث المشرع الجزائري عن انتهاء مهام ناظر الملك الوقفي - المعين والمعتمد - في نص المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، فقد انطوت هذه المادة على أنه: " تنتهي مهام ناظر الملك الوقفي المعين أو المعتمد بإعفاء أو بإسقاط بموجب قرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينية حسب الحالات التالية :

أ - حالات الإعفاء: يعفى ناظر الملك الوقفي من مهامه، وتبطل تصرفاته إذا مرض مرضاً أفقده القدرة على مباشرة العمل أو فقد قدرته العقلية .

ويعفى من ممارسة مهامه إذا ثبت نقص كفاءته أو إذا تخلى عن منصبه بمحض إرادته شريطة أن يبلغ السلطة السلمية كتابياً برغبته في الاستقالة وتاريخ مغادرته .

كما يعفى إذا ثبت أنه تعاطى أي مسكر أو مخدر أو لعب الميسر أو رهن الملك الوقفي كله أو جزءاً منه أو أنه باع مستغلات الملك الوقفي دون إذن من السلطة المكلفة بالأوقاف، أو الموقوف عليهم، أو ادعى ملكية خاصة في جزء من الملك الوقفي أو خان الثقة الموضوعة فيه أو أهمل شؤون الوقف .

ب - حالات الإسقاط: تسقط مهمة ناظر الملك الوقفي إذا ثبت أنه يضر بشؤون الملك الوقفي وبمصلحة الموقوف عليهم، أو تبين أنه يلحق ضرراً بمستقبل الملك الوقفي أو موارده أو إذا ارتكب جناية أو جنحة .

في حالة رهن أو بيع المستغلات دون إذن كتابي يعتبر الرهن أو البيع باطلين بقوة القانون ويتحمل الناظر تبعات تصرفه .

تثبت الحالتان المبينتان في الفقرة 2 أعلاه بواسطة التحقيق و المعاينة الميدانية و الشهادة والخبرة و الإقرار تحت إشراف لجنة الأوقاف المذكورة في المادة 9 أعلاه " .

ومن خلال استقراء نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد اتبع منهج توازي الأشكال في عزل ناظر الوقف، فنص على أن العزل يكون بموجب قرار من وزير الشؤون الدينية، ذلك لأن تعيين ناظر الوقف يكون بقرار من ذات الوزير، كما بينت ذلك المادة 16 من ذات المرسوم التنفيذي.

كما أن المشرع الجزائري فرق بين مجموعتين من حالات عزل ناظر الوقف، المجموعة الأولى أطلق عليها حالات الإعفاء، أما المجموعة الثانية فأطلق عليها حالات الإسقاط، رغم أن الحالات المبينة في المجموعة الثانية، تقل أهمية عن الحالات المبينة في المجموعة الأولى المتعلقة بالإعفاء، وقد يفهم ضابط التفرقة بين حالات الإعفاء وحالات الإسقاط، في أن الأولى تكون إذا أصاب ناظر الوقف عوارض لا دخل لإرادته في الإصابة بها، أما إسقاط الناظر عن نظارة الوقف فيكون في الحالات التي يقترب فيها

الناظر بادرتة أفعال تضر بمصلحة الوقف، إلا أن هذا المعيار غير متبع لدى المقنن الجزائري، إذ نجده قد أدرج ضمن حالات الإعفاء ثبوت تعاطي الناظر لمادة مسكرة أو مخدرة أو أنه لعب الميسر، أو أنه رهن الملك الوقفي، أو باع مستغلات الملك الوقفي دون إذن من السلطة المكلفة بالأوقاف أو الموقوف عليهم، أو أنه ادعى أنه يملك جزء من الوقف أو خان الثقة الموضوعة فيه أو أهمل شؤون الوقف، وهذه أفعال كلها يقترفها الناظر بمحض إرادته .

وبالرجوع إلى نص المادة 21 من المرسوم التنفيذي 381/98 المذكور أعلاه، نجد أن المشرع الجزائري قد تدرج في تعداد الحالات التي تؤدي إلى إنهاء مهام ناظر الملك الوقفي بالنظر إلى درجة خطورة كل حالة وذلك على النحو التالي :

1 - حالات صدور قرار بإعفاء ناظر الملك الوقفي من مهامه :

1 - 1 - إذا مرض الناظر مرضاً أفقده القدرة على مباشرة العمل أو فقد قدرته العقلية: وذلك لأن القانون الجزائري يشترط في ناظر الوقف أن يكون سليم العقل والبدن ذا كفاءة وقدرة على حسن التصرف، وهذا الشرط هو شرط ابتداء عند تعيين ناظر الوقف، كما أنه في الآن ذاته يعد شرط استمرار في ناظر الوقف، وعلى ذلك إذا أصيب ناظر الملك الوقفي بمرض ما جعله غير قادر على تحمل أعباء القيام بالواجبات الملقاة على عاتقه حيال الملك الوقفي كان هذا سبباً كافياً لأن يُصدر وزير الشؤون الدينية قراراً بإعفاء الناظر من تولي مهام النظارة على الوقف، والأمر ذاته لو أصيب الناظر بمرض عقلي، فمهام النظارة تتطلب أن يكون الناظر في كامل قواه العقلية حتى يتمكن من تدبير أمور الوقف الذي يتولى النظارة عليه، فكل مرض عقلي يصيب الناظر يجعل غير قادر على مباشرة أعمال النظارة يعد مرض موجباً لعزل الناظر، أما الأمراض البسيطة التي تصيب الناظر غير أنها لاتفقده القدرة على القيام بمهام النظارة على الملك الوقفي فلا تعتبر سبباً من الأسباب الموجبة لعزله، والحال ذاته بالنسبة للمرض العقلي الذي يعبر عنه الفقه الإسلامي بالجنون، فيجب أن يبلغ حداً يفقد الناظر معه القدرة على تسيير وتدبير شؤون الملك الوقفي.

فعلى وزير الشؤون الدينية المنوط به إصدار قرار الإعفاء، أن يتأكد عن طريق التحقيق والشهادة المستفيضة وعن طريق الخبرة من أن ناظراً لملك وقفي ما قد أصيب بمرض عضوي، أو عقلي أفقده القدرة على القيام بمهام النظارة، ومن ثم يكون قد انتفاء فيه توافر شرط سلامة العقل والبدن الوارد في الفقرة الرابعة من المادة 17 من المرسوم التنفيذي 381/98 سالف الذكر، ومن ثم يتعين عزله من أجل حماية الملك الوقفي.

وفي نطاق القانون المقارن، فقد نصت مدونة الأوقاف المغربية الصادرة في 2010 سالف الذكر، في مادتها 118 على أن يتولى النظر في شؤون كل وقف معقب ناظر خاص به يعين من طرف الواقف، وإلا من طرف السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف بعد استشارة الموقوف عليهم، ويشترط في هذا الناظر أن يكون مسلماً، متمتعاً بالأهلية قادراً على تسيير المال الموقوف والنظر في شؤونه، وعلى ذلك

فإن ناظر الوقف المعقب في النظام القانوني المغربي يتم عزله بقرار من السلطة المكلفة بالأوقاف إذا فقد أهليته، ولم يعد بمقدوره القيام بشؤون الملك الوقفي وهو ما أشارت إليه المادة 120 من ذات المدونة .
فمن الملاحظ أن عزل الناظر في القانون المغربي لا يخص سوى الناظر على الوقف المعقب - أي الوقف الخاص - وذلك لأن النظارة على الأوقاف العامة في المغرب هي من اختصاص الملك، يقوم بمهامها بالنيابة عنه وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية¹، فالمغرب من الدول التي تتبنى ولاية الدولة على الأوقاف العامة .

2 - 1 - إذا ثبت نقص كفاءة الناظر: يشترط المشرع الجزائري فيالشخص لكي يصح تعيينه ناظرا لملك وقفي ما، أن يكون ذا كفاءة وقدرة على حسن التصرف، كما بينت ذلك المادة 17 من المرسوم التنفيذي 381/98 سالف الذكر، وهذا الشرط كما يعد شرطاً لتعيين الناظر فإنه يعد أيضاً شرطاً للاستمرار في النظارة على الملك الوقفي، وعلى ذلك إذا ثبت لوزير الأوقاف أن الناظر لم يعد يتمتع بالكفاءة المطلوبة للقيام بمهام النظارة فإنه يصدر قرار بإعفائه من هذا المنصب .

وقد سلك هذا المسلك أيضاً قانون الأوقاف في إمارة الشارقة في دولة الإمارات العربية المتحدة، بمقتضى أحكام القانون رقم 4 لسنة 2011 في شأن الوقف، حيث نصت المادة 48 منه في فقرتها الثانية على أنه: " إذا تبين للأمانة أن هناك تقصيراً من الناظر أو سوء إدارة أو تصرف، أو خالف الواجبات أو الالتزامات المترتبة عليه بموجب النظارة، أو امتنع من تقديم التقرير السنوي عن الوقف المشمول بنظره، جاز لها بدعوى مستعجلة أن تطلب من المحكمة أن تتضم إلى ناظر الوقف في النظارة، أو تطلب عزل ناظر الوقف وتعيين ناظراً على الوقف"، فمن خلال استقراء هذه المادة يتضح لنا أن قانون الأوقاف في إمارة الشارقة يجعل من سوء إدارة أو تصرف الناظر لعدم كفاءته سبباً كافياً لعزله، أو على أقل تقدير أن تتضم إليه الأمانة العامة المكلفة بالإشراف على الأوقاف في النظر على الوقف، فقد اشترطت ذات القانون في المادة 38 منه في ناظر الوقف أن يكون قادراً على إدارة الوقف ورعايته.

والجدير بالملاحظة في ظل قانون الأوقاف في إمارة الشارقة أن الذي يتخذ قرار بعزل الناظر هو المحكمة المختصة وليس الأمانة العامة للأوقاف المكلفة بالإشراف الإداري و مراقبة شؤون الأوقاف في هذه الإمارة .

3 - 1 - تخلي الناظر عن منصبه بمحض إرادته شريطة أن يبلغ السلطة السلمية كتابياً برغبته في الاستقالة وتاريخ مغادرته: فكما أن الفقه الإسلامي يسمح لناظر الوقف بأن يعزل نفسه عن النظارة، فإن القانون الجزائري كذلك يسمح لناظر الوقف أن يستقيل من نظارة الوقف، غير أن استقالته

¹ فقد نصت المادة 2 من مدونة الأوقاف المغربية على أنه: " يعتبر النظر في شؤون الأوقاف العامة من صلاحيات جلالتنا الشريفة بصفتنا أميراً للمؤمنين، ويقوم بهذه المهمة تحت سلطتنا المباشرة وزيرنا في الأوقاف والشؤون الإسلامية، في إطار التقيد بأحكام هذه المدونة والنصوص المتخذة لتطبيقها " .

مقيدة بأن يبلغ السلطة الإدارية المشرفة على الأوقاف وهي وزارة الشؤون الدينية بتاريخ رغبته في الاستقالة، ويجب أن يكون هذا الإبلاغ كتابي وليس شفوي، وذلك من أجل تعيين ناظر بديل واتخاذ الإجراءات اللازمة لتفادي شغور منصب الناظر.

كما أن القانون المغربي في مدونة الأوقاف الصادرة سنة 2010 سألقة الذكر في مادتها 121 جعلت من أسباب انتهاء مهمة ناظر الأوقاف المعقبة " الخاصة " قبول طلب إعفائه، فناظر الملك الوقفي المعقب يستطيع أن يستقيل من منصبه وذلك بتقديم طلب مكتوب إلى السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف، غير أن الناظر لا يعد مستقيلاً من منصبه كناظر على الملك الوقفي، إلا من تاريخ قبول استقالته من طرف هذه السلطة .

4- 1 - ثبوت تعاطي الناظر أي مسكر أو مخدر أو لعب الميسر: ذلك لأن شرب الخمر والمخدرات أو لعب الميسر¹ كلها تعد أعمالاً من أعمال الفساق، فهي أعمال منهي عنها شرعاً وذلك لقوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ }²، لأن الخمر والمخدرات تعد مذهباً للعقول، والقمار مضيقاً للمال، فلا ينبغي في ناظر الوقف أن يكون ممن يتصف بارتكاب مثل هذه المعاصي، فيفقد صفة العدالة التي اشترطها القانون الجزائري في من يتولى النظارة على الأوقاف في نص المادة 17 من المرسوم التنفيذي 381/98 سالف الذكر.

5 - 1 - إقدام الناظر على رهن الملك الوقفي كله أو جزء منه أو بيعه مستغلات الملك الوقفي دون إذن من السلطة المكلفة بالأوقاف أو الموقوف عليهم: رأينا عند دراستنا للأعمال التي يجب على ناظر الوقف الامتناع عنها، أنه لا يجوز لناظر الوقف بيع الملك الوقفي أو القيام بأي تصرف على الوقف ناقل للملكية لأنه ليس ملكاً له، فإن أقدم الناظر على بيع الوقف أو رهنه دون إذن من وزارة الشؤون الدينية أو من الموقوف عليهم، اعتبر هذا الفعل أحد الأسباب الموجبة لإعفائه من النظارة، فالناظر بقيامه بهذه الأفعال يكون قد خالف وجباته التي على رأسها المحافظة على الملك الوقفي ورعايته، فلا شك أن بيع الوقف أو رهنه يسبب ضرراً بالغاً به.

ولقد قرر المشرع في لسلطنة عُمان بمقتضى المرسوم السلطاني رقم 65 لسنة 2000 المتعلق بإصدار قانون الأوقاف - أنف الذكر - على أنه لوزير الأوقاف الاعتراض على أعمال ناظر الوقف وعزله إن أقدم على أعمال تضر بالوقف، فقد نصت المادة 19 من هذا القانون على أنه: " مع عدم الإخلال بشروط الواقف للوزير حق الوكالة العامة على جميع الأوقاف، وله حق الاعتراض على أعمال الوكيل وعزله إذا أتى أعمالاً تضر بالوقف "، ولا شك أن إقدام الناظر الذي يسميه القانون العماني بالوكيل

¹ الميسر: هو القمار، ينظر: الجامع لحكام القرآن للقرطبي، مرجع سابق، ص 435 .

² سورة المائدة، الآية 90 .

- على رهن الوقف أو بيعه يعد من جملة العمال التي تسبب الضرر للوقف، فرهنه قد يؤدي إلى الحجز عليه، وبيعه منافٍ لمقتضيات الوقف، وهي حبس الأصل وتسييل الثمرة .

6 - 1 - ادعى الناظر ملكية خاصة في جزء من الملك الوقفي أو خيانتة للثقة الموضوعة فيه أو إهماله لشؤون الوقف: استيلاء الناظر على الملك الوقفي كله أو جزء منه أو إهماله لشؤون الوقف كل منها تعد صورة من صور خيانة الناظر للأمانة الملقاة على عاتقه، فيتعين على الناظر المحافظة على الملك الوقفي وتوابعه من عقارات ومنقولات وليس الاستيلاء عليه، فقد اشترطت المادة 17 من المرسوم التنفيذي 381/98 سالف الذكر، في ناظر الوقف أن يكون أميناً، والأمانة هي عكس الخيانة، وهذه الأخيرة موجبة لعزل الناظر شرعاً وقانوناً .

وفي النظام القانوني لجمهورية السودان نجد أن قانون ديوان الأوقاف القومية الإسلامية السوداني لسنة 2008 ينص في المادة 17 منه على أنه: " يعين ديوان الأوقاف القومية من يأنس فيه الكفاءة لتولي نظارة أي وقف قومي نيابة عنه بالشروط التي يراها مناسبة ويجوز عزله متى ما قام مانع شرعي أو قانوني لتوليته بقرار من المحكمة المختصة "، ولا شك أن من الموانع الشرعية والقانونية لتولي النظارة على الوقف، خيانة الناظر بإقدامه على الاستيلاء على الملك الوقفي أو إهماله لشؤون الوقف الذي يتولى النظر عليه.

2- حالات صدور قرار بإسقاط ناظر الوقف من مهامه :

هذه الحالات وردت في الفقرة الثانية من المادة 21 من المرسوم التنفيذي 381/98 أنف الذكر وهي حالات لا تقل أهمية عن حالات الموجبة لإعفاء الناظر، بل أنها تستغرقها وتتداخل معها إلى حد كبير .

1 - 2 - إضرار الناظر بشؤون الملك الوقفي وبمصلحة الموقوف عليهم: من المهام المنوطة بناظر الملك الوقفي وفقاً للمادة 13 من ذات المرسوم التنفيذي أنف الذكر، هي السهر على العين الموقوفة بحسبانها وكياً عن الموقوف عليهم، و المحافظة على الملك الوقفي وملحقاته، والقيام بكل عمل يفيد الملك الوقفي، والسهر على صيانة الملك الوقفي وحمايته، فإن أخل الناظر بأحد من هذه الالتزامات الملقاة على عاتقه فيكون قد أضر بشؤون الملك الوقفي و بشؤون المستحقين، مما يستوجب إسقاط النظارة عنه .

غير أنه يلاحظ على نص المادة 21 محل التحليل، أنها لم تبين ما هي درجة الضرر الموجب لإسقاط النظارة عن الواقف، هل الضرر الجسيم فحسب أم حتى الضرر البسيط ؟ فقد يقوم الناظر ببعض الأعمال التي قد يعتقد في تقديره أنها في مصلحة الوقف والموقوف عليهم، غير أنه يتبين لاحقاً أنها سببت ضرراً بسيطاً بالوقف أو الموقوف عليهم، وهذا الضرر البسيط في تقدير الباحث - خصوصاً إذا كان من غير قصد من الناظر - لا يعد من الأسباب الموجبة لإسقاط النظارة عن الناظر، لأن الشخص قد يحدث أن يسبب ضرراً لأمواله الخاصة لسوء تقديره للأمور في بعض الأحيان .

2 - 2 - ارتكاب ناظر الوقف لجناية أو جنحة: والملاحظ على هذه الحالة، أن المشرع الجزائري في المادة 21 من المرسوم التنفيذي 381/98 أنها لم يحدد نوع الجناية أو الجنحة، ومكان ارتكابها هل خارج إدارته وتسييره للملك الوقفي أو بمناسبة، فكان على المقنن الجزائري أن يكون أكثر تحديدا في بيان نوع الجنايات والجنح التي تعد من أسباب إسقاط النظارة عن متولي الوقف، فنجد أن المشرع المغربي في مدونة الأوقاف قد حصرها في الجرائم المتعلقة بالأموال أو المخلة بالأخلاق، فقد نصت المادة 118 في فقرتها الثالثة بخصوص شروط ناظر الوقف المعقب على أنه: " ويشترط فيه أن يكون مسلما متمتعا بالأهلية، قادرا على تسيير المال الموقوف والنظر في شؤونه، وأن لا تكون قد صدرت في حقه عقوبة من أجل ارتكاب جريمة من الجرائم المتعلقة بالأموال أو المخلة بالأخلاق " كما أن المادة 120 من ذات المدونة قررت أنه: " يعزل ناظر الأوقاف المعقبة بمقرر للسلطة المكلفة بالأوقاف إذا ثبت ... أو صدر في حقه حكم نهائي بالإدانة من أجل ارتكابه إحدى الجرائم المشار إليها في المادة 118 أعلاه ... "، فإذا ارتكب ناظر الملك الوقفي جريمة من الجرائم المتعلقة بالأموال، فإنه يخشى عليه من أن تمتد يده إلى مال الوقف بالسرقة وغيرها من أوجه الاعتداءات المالية على الوقف، أما اقتراف الناظر لجريمة من الجرائم الأخلاقية كزنا فإنها تقدر في عدالته فيكون قد أصابه الفسق بارتكابها .

وبالعودة إلى القانوني الجزائري، فإن الحالات التي تؤدي إلى إعفاء أو إسقاط ناظر الوقف من مهامه، يتم إثباتها بكافة وسائل الإثبات، المتاحة كالتحقيق، والمعايينة الميدانية، وشهادة الشهود، والخبرة، والإقرار، ولا بد من إعداد تقرير بذلك تحت إشراف لجنة الأوقاف.

والخلاصة التي ننهي إليها من دراسة هذا المبحث مفادها: إن المهام المنوطة بناظر الوقف حيال الملك الوقفي تعد حجر الأساس في حمايته من الضياع، فقد قررت القوانين الوضعية بما استمدته من الفقه الإسلامي بأنه يتعين على ناظر الوقف أن يعمل كل ما فيه مصلحة الوقف ومنفعة الموقوف عليهم مع مراعاة في ذلك الشروط المعتبرة شرعا التي يضمنها الواقف في عقد وقفه، حيث يجب عليه حفظ الوقف وعمارته، كما أنه مسؤول عن حماية الملك الوقفي وفي هذا الصدد يتوجب عليه عدم القيام بأعمال الامتناع عنها من شأنه أن يؤدي إلى تحقيق هذا الهدف، فعلى الناظر الامتناع عن بيع الوقف أو جره منه، لأنه لا يجوز في حق هذا الأخير التصرفات الناقلة للملكية تحقيقا لصفة التأبير فيه، كما يمتنع الناظر عن التعدي على الوقف أو الاستيلاء عليه بحسبانه أمين عليه .

ومن ناحية ثانية تطرق الباحث في هذا المبحث إلى دراسة أحكام أجره ناظر الوقف، حيث تعد من الأهمية بمكان وذلك لأن الوقف لكي يحقق الغرض من إنشائه المتمثل في ديمومته وصرف غلته إلى الموقوف عليهم يتوقف على مدى نجاح الناظر في إدارته لهذا الوقف وقناعته بما يأخذه من أجره بدل ذلك حيث لا يلجأ إلى الاختلاس من أموال الوقف، فقد قرر الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية هذه الأجرة لناظر الوقف وهي تقدر بأجرة المثل يستقيها الناظر بحسب الأصل من غلة الوقف القائم على إدارته، واحتياطا ستقيها من الخزينة العامة للدولة أو من الصناديق الخاصة بالأوقاف .

ومن ناحية ثالثة فإن محاسبة ناظر الوقف وعزله من الجزئيات المهمة في هذا البحث لما لها من دور فعال في حماية الملك الوقفي، وذلك لأن هذا الأخير قد يتعرض إلى التبدد بل و إلى السرقة والاختلاس أحيانا من طرف القائم على إدارته ولذلك قررت القوانين الوضعية المستمدة من الشريعة الإسلامية آليات من أجل محاسبة ناظر الوقف باعتباره وكيلًا عن الموقوف عليهم وضامنا لكل تقصير حيال الملك الوقفي، كما قد تؤدي هذه المحاسبة للناظر إلى عزله لعدة أسباب تهدف في جملتها إلى حماية الوقف والمحافظة عليه.

الفصل الثاني: استثمار أموال الوقف وأثره في حمايته

الفكرة الجوهرية في الوقف هي استمرار المنفعة والثمرة والغلة، كما جاء في الحديث الشريف: "حبس الأصل وسبب الثمرة"، لأن من خصائص الوقف تأبيد الانتفاع به، واستمراره إلى المستقبل، فالأصل فيه الاستمرار في العطاء والنفع، فقد حبس مال الوقف من أجل استغلاله مع المحافظة على أصله، فالوقف كما هو معلوم مال ينتفع به، إلا أن طبيعته الخاصة القائمة على الاستمرارية وعدم الانقطاع تجعله في حاجة ماسة إلى إيجاد قواعد تضمن المحافظة عليه من الضياع، فلا يكفي أن يحافظ الناظر على أموال الوقف بجمعها وصيانتها من العبث فحسب، بل لا بد من المحافظة على أصولها وأعيانها باستثمارها، فقد تكون أموال الوقف ثروات طائلة متنوعة، من معامل ومصانع ومؤسسات وأراضي فلاحية تمد غيرها من المؤسسات بما تستمد به وجودها واستمرارها، مساهمة بذلك في ترابط الحياة الصناعية والفلاحية والاقتصادية .

ولذلك وجب أن تستثمر أموال الوقف من أجل تحقيق مقاصد أهمها، المحافظة على رأس مال الوقف حتى لا يتآكل من جراء النفقات، ومن أجل إنماء رأس ماله بالأرباح الناتجة عن استثماره، وثالثاً تحريك أمواله من أجل إنعاش الاقتصاد الوطني وتشغيل الأيدي الراغبة في العمل إسهاماً في الحد من ظاهرة البطالة¹، فالوقف لا يعني بحال من الأحوال تجميد رأس المال والثروة الوطنية وحبسها عن الانتفاع الاقتصادي بل هو على العكس من ذلك تماماً، فحقيقته أنه مصدر اقتصادي يهدف إلى إنتاج دخل يتميز بالاستمرارية يسمح بتوفير احتياجات الموقوف عليهم (المستفيدين) في الحاضر، مع الحفاظ على تلبية هذه الحاجيات في المستقبل أيضاً، وهنا يتجلى المضمون الاقتصادي للوقف فقيمه لا تقتصر على الجوانب التقليدية الاجتماعية والثقافية والإنسانية فحسب، بل تتعدى ذلك لتشمل أيضاً القيمة الاقتصادية . وعملية استثمار الأوقاف ترتبط بوجود الآليات التي تمكن القائمين عليها من تعبئة مواردها بشكل فعال من أجل خدمة الصالح العام، وقد عمل الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية وعلى رأسها القانون الجزائري على فتح المجال لإنشاء آليات حقيقية ومقننة من أجل تحقيق الهدف التنموي والاستثماري للوقف.

وسنتناول بالدراسة في طيات هذا الفصل استثمار الوقف من خلال بحثين، أولهما في ماهية استثمار الوقف، وثانيهما في طرق استثمار الوقف ودورها في تنميته .

¹ محمد المهدي، نظام النظارة على الأوقاف في الفقه الإسلامي والتطبيقات المعاصرة، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، سنة 2011 م، ص 329 .

المبحث الأول: ماهية استثمار الوقف

يعد الوقف وثيق الصلة بالاستثمار، فإذا كان هذا الأخير يعد في جانب منه تكوين رأسمال يكمن في إنشاء مشروعات استثمارية، فإن الوقف في أصل إنشائه يعد تكويناً لرأسمال، وهو ما يفهم من خلال الشق الأول في تعريف الوقف بأنه " حبس الأصل "، أما الوجه الآخر للاستثمار المتمثل في توظيف رأس المال الذي تم تكوينه من أجل الحصول على منافع وعوائد، فهو الغاية المبتغاة من الوقف وهو ما يفهم من الشق الثاني في تعريف الوقف بأنه " تسبيل الثمرة " ¹.

لذلك تعد المحافظة على أموال الوقف بتميمته أمراً ضرورياً وذلك بهدف استمرارية تقديم المنافع للمستفيدين منه، ويعتبر القائمون على أمر إدارة هذه الأموال، سواء كانوا أفراداً أو هيئات أو نحو ذلك مسؤولين أمام الوقف و أمام المستفيدين وأمام المجتمع بصفة عامة من أي تقصير أو إهمال أو تعدي في استثمارها، بالإضافة إلى المساءلة أمام الله عز وجل في الآخرة بحسبان أن أموال الوقف من الأموال ذات النفع العام التي حرمت الشريعة الإسلامية التعدي عليها.

ولذلك فمن خلال هذا المبحث سنتعرف على حقيقة استثمار الوقف وحكمه وأهميته في المطلب الأول، كما نبين في المطلب الثاني الأدلة الشرعية الواردة في حكم استثمار الوقف مع بيان ضوابط هذا الاستثمار شرعاً وقانوناً باعتبار أن الأموال الموقوفة لها خصوصية تميزها عن بقية الأموال، أما في المطلب الثالث فنتناول بالدراسة ملكية الوقف وشخصيته الاعتبارية وأثر ذلك على استثماره .

المطلب الأول : تعريف استثمار الوقف وحكمه وأهميته

لقد اهتم الاقتصاديون في العصر الحالي اهتماماً بالغاً بموضوع الأوقاف، وذلك راجع لعدة أسباب من أهمها أن مفهوم الوقف أصبح من المفاهيم الاقتصادية التي بدأ يتسع انتشارها على نطاق كبير في المجتمعات الإسلامية ويلقى قبولاً واسعاً لدى الباحثين في الاقتصاد الإسلامي، بالإضافة إلى أن الوقف يحقق مفهوم التنمية المستدامة (المتواصلة) من خلال دوام أصل العين الموقوفة وبقائها لتنتفع بها الأجيال وتستفيد من ثمرتها، فما هو تعريف الاستثمار الوقفي وما حكمه و فيم تتجلى أهميته ؟

الفرع الأول: تعريف استثمار الوقف

الاستثمار في لغة العرب، مصدر: استثمر، من (ثمر) وهذه المادة (ثمر) وما تفرع عنها تدل على التنمية والتكثير والإنتاج، والثمر: حمل الشجر، وأنواع المال، والولد ثمرة القلب لأن الثمرة: نتيجة الشجر والولد نتيجة الأب، وأثمر الشجر: خرج ثمره، وثمر ماله نماء: يقال ثمر الله مالك أي كثره، وأثمر الرجل: كثر ماله ².

¹ عبد الستار أبوغدة وحسين حسين شحاته، الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية للوقف، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، الطبعة الأولى، سنة 1998، ص 20.

² لسان العرب، مرجع سابق، ج 4، ص 106 .

ويستشف من التعريف اللغوي للاستثمار أنه يقصد به التنمية والزيادة و التكاثر في أصل الشيء محل الاستثمار .

أما في الاصطلاح الفقهي فلم يستخدم الفقهاء المسلمون لفظ الاستثمار بالمعنى الاقتصادي المعاصر، إنما عبروا عن معناه بألفاظ أخرى تدل عليه منها :

- 1 - التثمير: بمعنى تكثير المال وتنميته، وهو مأخوذ من (ثمر)¹.
 - 2 - ومن ذلك قول الطبري رحمه الله: " وأصل الزكاة: نماء المال وتثميته وزيادته "².
 - 3 - التنمية: بمعنى تكثير المال بالتجارة، ومنه قول النووي في معرض حديثه عن وجه عدم اشتراط الحول في زكاة المعدن " وإنما يعتبر الحول للتمكن من تنمية المال، وهذا نماء في نفسه "³.
- والمعنى المقصود بهذه الألفاظ عند الفقه الإسلامي، العمل في المال لتنميته وتحقيق الأرباح فيه، مع مراعاة الأحكام الشرعية في هذه العملية .

ولقد عمدت التشريعات المقارنة إلى النص على إمكانية استثمار وتنمية أموال الوقف، غير أننا نجدها لم تُعرف ما هو المقصود بهذا الاستثمار، فعلى سبيل المثال نصت المادة 45 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدلة بمقتضى القانون 07/01 على أنه: "تستغل وتستثمر وتنمي الأملاك الوقفية وفقاً لإرادة الواقف وطبقاً لمقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف حسب الكيفيات التي حددها هذا القانون، والأحكام القانونية غير المخالفة له"، كما نصت المادة 60 من مدونة الأوقاف المغربية على أنه: " تجري على الأموال الموقوفة وفقاً عاماً لجميع التصرفات القانونية الهادفة إلى الحفاظ عليها، وتنمية مداخلها بما يلائم طبيعتها ويحقق مصلحة ظاهرة للوقف، ولهذه الغاية تكلف إدارة الأوقاف بتدبير هذه الأموال واستثمارها وفق القواعد المنصوص عليها في هذه المدونة والنصوص المتخذة لتطبيقها"، وفي ذات الصدد نصت المادة 26 من قانون الأوقاف الأردني على أنه: " تنشأ مؤسسة عامة تسمى (مؤسسة تنمية أموال الأوقاف) تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري ولها ذمة مالية مستقلة عن ذمة الوزارة ولها بهذه الصفة أن تقوم بجميع التصرفات القانونية التي تمكنها من أداء وظائفها..."، كما جاءت المادة 27 من ذات القانون مبينة للمهام المنوطة بهذه المؤسسة، فهي تقوم باستثمار الأموال الوقفية المنقولة وغير المنقولة بما يحقق مصلحة الوقف بما في ذلك الاستثمار في العقارات غير الوقفية شراء وبيعاً من الأموال الوقفية المنقولة، على أن تلتزم في جميع تصرفاتها واستثماراتها بأحكام الشريعة الإسلامية مع مراعاة شروط الواقفين .

¹ نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق، سوريا، سنة 2008، ص55 .

² تفسير الطبري، المرجع السابق، ج 1، ص257 .

³ روضة الطالبين، المرجع السابق، ج2 ص 282 .

وقد عرّف مجمع الفقه الإسلامي¹، التابع لمنظمة التعاون الإسلامي² استثمار الوقف بقوله: "يقصد باستثمار أموال الوقف تنمية الأموال الوقفية سواء أكانت أصولاً أم ريعاً بوسائل استثمارية مباحة شرعاً"³.

فهذا التعريف يجعل القصد من استثمار الوقف هو تحقيق أكبر عائد للوقف، أو تأمين أعلى ربح سواء من الأصل أو الربح، وذلك بالبحث عن أفضل الطرق المشروعة التي تؤمن ذلك، ليتم صرفه على جهات الخير الموقوف عليها، ولحفظ قسم منها لعمارة الأصل، أو إصلاحه، أو ترميمه، استثماراً، لأنه لا يجوز بحال تعطيل منافع الوقف، ولا يمكن الحصول على المنافع إلا عن طريق الاستثمار لضمان بقاءه، واستمراره للبقاء، فالوقف بحد ذاته استثمار، ويلاحظ على هذا التعريف للاستثمار الوقفي الذي جاء به مجمع الفقه الإسلامي أنه أضاف إليه ضابط من ضوابط الاستثمار الوقفي ألا وهو مشروعية المجال الذي تستثمر فيه الأملاك الوقفية بأن لا يكون مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية .

الفرع الثاني: أهمية استثمار أموال الوقف وحُكمه

أولاً : أهمية استثمار أموال الوقف

للوهلة الأولى قد يتبادر للأذهان أن الهدف من الاستثمار هو الحصول على العائد أو الغلة فحسب، ولكن في حقيقة الأمر يسبق ذلك هدف أكثر أهمية وهو المحافظة على الأصل الذي يدر هذا العائد وهذا ما يذهب إليه الكتّاب المعاصرون في مجال الاستثمار حيث يقول أحدهم: "عندما ننشئ مشروعاً ونجمع له الأموال اللازمة فإننا نطلق على هذه العملية عملية استثمار - ثم يحدد الهدف منها

¹ مجمع الفقه الإسلامي: هو عبارة عن هيئة علمية إسلامية ذات شخصية اعتبارية مستقلة، داخل منظمة التعاون الإسلامي، مكونة من مجموعة مختارة من فقهاء الأمة الإسلامية وعلمائها، أنشأ بتاريخ 12 نوفمبر 1977م، من أهدافه بيان الأحكام الشرعية فيما يواجه المسلمين في أنحاء العالم من مشكلات ونوازل وقضايا مستجدة من مصادر التشريع الإسلامي المعاصرة، وتشجيع البحث العلمي في مجالات الفقه الإسلامي، ينظر الموقع: www.themwl.org تاريخ الزيارة في 06/15/2018.

² منظمة التعاون الإسلامي: وكانت تعرف سابقاً باسم منظمة المؤتمر الإسلامي وهي منظمة دولية تجمع سبعا وخمسين دولة، وتصف المنظمة نفسها بأنها "الصوت الجماعي للعالم الإسلامي" وإن كانت لا تضم كل الدول الإسلامية وأنها تهدف "حماية المصالح الحيوية للمسلمين" البالغ عددهم نحو 1,6 مليار نسمة، وللمنظمة عضوية دائمة في الأمم المتحدة، تأسست المنظمة في الرباط في 25 سبتمبر سنة 1969، ينظر الموقع: <http://www.oic-oci.org/home> تاريخ الزيارة في 06/15/2018.

³ قرار رقم (140) بشأن الاستثمار في الوقف وفي غلاته وريعه، مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، المنعقد في دورته الخامسة عشرة بمسقط (سلطنة عُمان) 14 - 19 محرم 1425هـ، الموافق 6 - 11 مارس 2004م. يُنظر الموقع <http://www.fiqhacademy.org.sa/qrrat/15-6.htm> تاريخ الزيارة في 06/17/2018.

بقوله . فالمطلوب أولاً المحافظة على الأموال المستثمرة، فضلاً عن ذلك فإن أصحاب الأموال المستثمرة يتوقعون تعويضاً عن استخدام هذه الأموال يطلق عليه الدخل الذي تدره هذه المشروعات¹.

ولذلك تظهر أهمية استثمار الأملاك الوقفية قبل الحصول على العوائد في حماية هذه الأموال والمحافظة عليها، لأن الأموال عموماً والأموال الموقوفة خصوصاً إذا لم تستثمر فإنها ستكون عرضة للتآكل والضياع، حتى وإن كان المال الموقوف يتمثل في رأس مال ثابت²، فإن هذا لا يمنع من تعرضه للضياع، فإذا تصورنا مثلاً أن مالا موقوف يتمثل في أرض زراعية صالحة للزراعة فإن عدم استثمارها بزراعتها قد يحولها إلى أرض بور غير صالحة للزراعة، ولا شك أن هذه الوضعية الأخيرة تعرض هذه الأرض الموقوفة إلى الضياع .

وإلى جانب ذلك فقد عملت الشريعة الإسلامية على توجيه أموال الأمة وتحريكها وتنشيطها عن طريق الاستثمار، وذلك من أجل خدمة اقتصاد الأمة، فكانت جميع الأموال التي بين أيدي المسلمين متداولة ورائجة رواجاً يحقق المصلحة العامة التي يسعى الشرع الحنيف إلى تحقيقها من خلال سياسته المالية³، فالوقف بكونه نوعاً من أنواع التمويل الذي جاء به النظام الإسلام، يمكن الاستفادة منه في تحريك المال وتداوله، فلا يمكن أن يقصد منه بأي حال من الأحوال تعطيل رأس المال عن التداول، فحبس الأصل لا يعني عدم إمكانية استثماره .

وذلك لأن الأموال المدخرة عند الأغنياء إذا أوقفوها بحيث تستغل استغلالاً تجارياً يدرّ بريح على الموقوف عليهم، فإننا بهذا الاستغلال التجاري نكون قد وجهنا جزءاً من المال إلى السوق التجارية، الأمر الذي سيؤدي إلى زيادة في الطلب، وعندما تحدث الزيادة في الطلب يترتب على ذلك زيادة في الإنتاج لتلبية رغبات الطالبين، يسير مع زيادة الإنتاج قلة في التكاليف بالإضافة إلى المنافسة التي تتوجه في اتجاهين، تنافس على النوعية، وتنافس على الكمية، هذا التنافس ينتج عنه إقامة منشآت تجارية من مصانع، ومستشفيات، وبالتالي ينشأ لدينا سوق عمل لتلبية احتياجات هذه المنشآت التجارية مما يترتب على ذلك من تشغيل أيدي عاملة كانت في السابق تعاني من البطالة وقلة العمل، وهذه الأيدي العاملة يتحرك بحوزتها المال ويصبح لديها احتياجات، فيزيد الطلب على السلع في الأسواق بسبب توفر السيولة النقدية، وهكذا نلاحظ أن العملية أصبحت متوالية ونشطة، وكل هذا النشاط الاقتصادي كان نتيجة لتحريك واستثمار الأملاك الوقفية، التي نؤكد من جديد أن حبس أصلها لا يعني عدم قابليتها

¹ حسنى أحمد توفيق، التمويل والإدارة المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1971م، ص 7-8.

² يقصد برأس المال الثابت: المواد التي لا تتغير ولا تدخل في الاستهلاك ضمن دورات الإنتاج، ومن أهم الأمثلة عن رأس المال الثابت في معظم النشاطات الاقتصادية هو الأرض، والبناء، والمنشآت، والآلات، والتجهيزات الضرورية، والطاقة المحركة، ينظر: عبد الستار أبوغدة وحسين حسين شحاته، الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية للوقف، مرجع سابق، ص 27.

³ فؤاد السرطاوي، التمويل الإسلامي ودور القطاع الخاص، دار المسيرة للطباعة والنشر، عمان، الأردن، سنة 1999، ص 44 .

للاستثمار.¹

فالمصلحة الشرعية والقانونية من نظام الوقف تقتضي من القائمين على الأملاك الوقفية أن يسهروا على استثمارها وتنميتها، لأنه يحقق بقاء هذه الأوقاف واستمرار المقصد من إنشائها، كما يساهم في التخفيف من أعباء نفقات الدولة في الكثير من المجالات الاجتماعية والاقتصادية، وإن المتتبع لتاريخ الوقف لا يمكنه أن ينكر الدور الريادي لمؤسسة الوقف في هذه المجالات عبر مختلف الأزمنة والأمكنة.

فالوقف كما يتبين من مضمونه وحقيقته الاقتصادية يعد عملية تنموية متكاملة، وذات أثر اقتصادي بعيد المدى، وأن هناك مجالات رحبة يستطيع أن يساهم فيها أكثر في العملية التنموية إذا أتيحت له الفرصة و توفرت له المرونة في طبيعة الأعيان الموقوفة، وإن كانت هذه المساهمة قد تمت من خلال صرف ريع الوقف في العديد من المجالات ذات الارتباط بالتنمية فإنه يمكن أن يتم ذلك من خلال ربط الاتجاهات الاستثمارية في الوقف بخطط التنمية التي تعتمد عليها الدولة من غير أن يؤثر ذلك على استمرارية أعيان الوقف أو يؤدي إلى انخفاض عوائده.² فمن الأمور المهمة في الاستثمار الوقفي الحرص على الاستغلال الأمثل للوقف من منظور التنمية الاقتصادية، وذلك من خلال وجود كفاءة عالية للمنشأة الاقتصادية الوقفية في تحقيق أهدافها الأساسية، وبالتالي فإن الهدف الأساسي للوقف هو تنمية الريع والغلة بأقل تكلفة ممكنة من خلال حسن استثمار الوقف، بالإضافة إلى حسن توزيع ريعه على مستحقيه، ومما لا شك فيه أن ارتفاع كفاءة الأعيان الوقفية كجزء من مكونات الاقتصاد الوطني ستؤدي إلى رفع كفاءة الاقتصاد عموماً، وتحقيق التنمية الشاملة المنشودة، ولذلك تحرص غالبية الدول الإسلامية على الاهتمام بالمنظومة الوقفية عموماً، والجانب الاستثماري منها على وجه الخصوص.

فاستثمار الوقف شغل فكر واجتهاد الفقهاء عبر اختلاف الزمان والمكان لما رأوا فيه من نتائج إيجابية على الحفاظ على الكليات الخمسة للأمة ولكونه وسيلة تحقق هذه المصالح الخمس الضرورية، بتحقيق التكافل الاجتماعي والاقتصادي، بما تدره ممتلكات الوقف من ريع مالي يستفيد منه الموقوف عليهم .

ولإدراك المشرع الجزائري أهمية تنمية واستثمار الأملاك الوقفية نص في المادة 45 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدلة بمقتضى القانون 07/01 على أنه: " تستغل وتستثمر وتنمي الأملاك الوقفية وفقاً لإرادة الواقف وطبقاً لمقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف حسب الكيفيات التي حددها هذا القانون، والأحكام القانونية غير المخالفة له"، فقانون الأوقاف كانت نصوصه عامة بخصوص استثمار الأملاك الوقفية، ولذلك فقد صدر القانون رقم 07/01 المتمم والمعدل للقانون رقم

¹ نفس المرجع السابق، ص 45 .

² فؤاد عبد الله العمر، استثمار الأموال الموقوفة الشروط الاقتصادية ومستلزمات التنمية، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، سنة 2008م، ص 223 .

10/91 في جملته متعلق بتنمية واستثمار الأملاك الوقفية، وتتمثل أهم أسباب هذا التعديل، في كون الآليات المتبعة في قانون الأوقاف 10 /91 أصبحت قاصرة على تشجيع عملية الاستثمار في الأملاك الوقفية ولذا فإن هذا التعديل جاء لوضع آليات جديدة وملائمة تساير التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي تشهدها الجزائر.

ثانياً : حُكم استثمار أموال الوقف

استثمار أموال الوقف يعد مطلباً شرعياً وقانونياً، لما يترتب عليه من مصالح للوقف وللموقوف عليهم و للمجتمع بأكمله، غير أن تفصيل حكم استثمار الوقف يختلف باختلاف الأموال الوقفية محل الاستثمار، حيث نفرق بين استثمار الأصول الوقفية من جهة، واستثمار رُيوع (غلات) الوقف من جهة ثانية .

فالأصول الوقفية إما أن تكون موقوفة للاستغلال وإما أن تكون موقوفة للانتفاع، فإن كانت موقوفة للاستغلال أي أن الواقف وقفها بقصد الحصول على ريعها ثم صرفه على جهات حددها فقد اتفق الفقهاء الإسلامي على أنه يجب على الناظر أن يستغل هذا الوقف لأن قصد الواقف لا يتحقق إلا بالاستغلال¹، والذي يقصد به العملية التي تؤدي إلى استعمال الوقف في تحقيق الهدف المنشود منه، وهذه العملية تتطلب تهيئة من أجل القيام بها، فالمدرسة مثلاً تحتاج إلى توفير المعلمين المناسبين، والإمداد بالوسائل اللازمة للتدريس، ومثلها المستشفى، والعمارة السكنية المعدة للإيجار أو المصنع الموقوف لإنتاج سلعة معينة، فيجب من استغلال وتنمية واستثمار مثل هذه الأوقاف، وعلى ذلك إذا قصر الناظر في هذا الاستثمار فالجهات القائمة على الأوقاف مسؤولة عن القيام بهذا الواجب، وكذا القضاة ومن له النظر في المصالح العامة في الدولة عليه أن لا يُهمل استثمار مثل هذه الأوقاف، وتحسينها من الخراب والضياع لأن غرضها لا يتحقق إلا باستثمارها، وأما إن كانت الأموال موقوفة للانتفاع، أي أن الواقف وقفها لينتفع بها وليس من أجل الحصول على غلتها كدار لسكنى العجزة أو سيارة إسعاف لنقل المرضى أو كتب لمطالعة طلبة العلم فهذه الأصول لا تُستغل بل ينتفع بها حسب شروط الواقف .²

أما بخصوص حكم استثمار ريع الوقف أو جزء منه قبل توزيعه على الموقوف عليهم، والذي يقصد به غلة المال وثمرته، ككراء الأرض وأجرة الدابة وثمره الزرع، فالأصل أن غلة الوقف تصرف تبعاً لشروط الواقف³، لأن العمل بشروط هذا الأخير واجب فيما يتعلق بوقفه ما لم يخالف النصوص والقواعد الشرعية، فإذا كان الواقف قد اشترط في وقفه أن توزع غلته على معين أو على جهة معينة أو في عمل

¹ الذخيرة للقراقي، مرجع السابق، ج6 ص329، وكشاف القناع للبهوتي، مرجع سابق، ج4، ص268 .

² محمد مختار السلامي، استثمار أموال الوقف، مقال ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الكويت في الفترة من 15 . 17 شعبان 1424 هـ، الموافق ل 11 . 13 أكتوبر 2003 م، ص134 .

³ مغني المحتاج للشربيني، مرجع سابق، ج2، ص376 .

من أعمال البر فالأصل أن توزع هذه الغلة فوراً في مصرفها المشترك من قبل الواقف، فلا يجوز عدم صرف الربح للموقوف عليهم ومنعهم منه واستثماره .

هذا الحكم فيما إذا استحق الموقوف عليهم كل الربح ولم يفضل منه شيء، غير أنه إذا زادت إيرادات الوقف عن حاجة مصرفه، أو كان قد رصد من غلته جزءاً لعمارتها، وصيانته، أو أن الجهة التي قد وقف عليها هذا الوقف قد سدت حاجتها بأوقاف أخرى، أو لأي سبب جعل إيراد الوقف محفوظاً ومرصوداً لحاجته، فلا يظهر مانع من استثماره بالوسيلة المناسبة إلى وقت الحاجة إلى صرفه في مصرفه¹، خصوصاً أننا نجد في الوقت الحالي العديد من الصيغ الاستثمارية ذات المدى القصير، فاستثمار الفائض من غلة الوقف في مثل هذه المشروعات مع احترام الضوابط الشرعية لا شك أنه يساهم في تنمية الوقف، كما أن فيه مصلحة للموقوف عليهم لأنه يزيد في المستقبل من الغلة المخصصة لهم .

المطلب الثاني: دليل مشروعية استثمار الوقف وضوابطه

سبق بيان أن الغالب على أحكام الوقف أنها أحكام اجتهادية، تختلف فيها آراء الفقهاء باختلاف الأمكنة والأزمنة، ولذلك عمل الفقه على استنباط أدلة من مصادر التشريع الإسلامي للدلالة على بيان مشروعية استثمار الأملاك الوقفية، ومن ناحية ثانية فإنه ومراعاة للخصوصية التي يتميز بها الوقف، يتعين علينا بيان الضوابط التي يجب أن تلتزم بها إدارة الأملاك الوقفية عند قيامها بعملية استثمار هذه الأملاك .

الفرع الأول: دليل مشروعية استثمار أموال الأوقاف

يمكن الاستدلال على حكم مشروعية استثمار الوقف بدليل من القياس ومن عمل الصحابة رضي الله عنهم، وبدليل من المعقول.

أولاً: من القياس: يستدل الفقه الإسلامي في إقرار مشروعية استثمار الوقف بدليل القياس، فلقد قاس العلماء استثماره أو تنميته على مشروعية استثمار مال اليتيم، فكما لا يجوز لوكيل اليتيم أن يترك مال موكله دون استثماره والاجتهاد في تنميته، وإلا ضاع المال، وهذا ينافي المصلحة الشرعية في الحفاظ على كلية المال والتي تعتبر أحد الكليات الخمس التي رعاها الإسلام ودعا إلى الحفاظ عليها وشرع لها عقوبات وتعزيرات لمن أتلفها، فعمر ابن الخطاب رضي الله عنه يقول في شأن تنمية مال اليتيم: "أَتَجْرُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى لَا تَأْكُلُهَا الرِّكَاءُ"²، فكذا مال الوقف فحكمه حكم مال اليتيم، لذلك يتعين استثمار وتنمية الأملاك الوقفية من أجل أن يستمر عطاؤها، وتستمر منافع استغلالها لمن أوقفت عليهم ولحمايتها من الضياع .

¹ كشف القناع للبهوتي، مرجع سابق، ج4، ص268.

² المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ج6، ص338 .

ثانياً: عمل الصحابة : ما فعله عمر ابن الخطاب رضي الله عنه حيث أنه لم يقسم أرض العراق ومصر والشام بين الفاتحين إنما وقفها وتركها بأيدي أهلها يزرعونها وضرب عليهم الخراج¹، بقصد استثمارها لتأمين موارد ثابتة للدولة، وهذا يدل على جواز استثمار أموال الوقف لمصلحة الموقوف عليهم .

ثالثاً: من المعقول: إن المصلحة الشرعية، تقتضي المحافظة على مال الوقف، وزيادة نمائه حتى يستمر في تأدية المقاصد الاجتماعية والاقتصادية المنوطة به، فإذا كان الوقف هو تحبب الأصل وتسهيل الثمرة أو الغلة (الربح)، فإن هذا يفيد أن الموقوف عليهم لا يملكون رقية الوقف، إنما لهم منفعة وغلته، ولا يمكن الحصول على الغلة إلا باستثمار الوقف بأي وسيلة من وسائل الاستثمار المناسبة له، فاستثمار أموال الوقف تعد طريقة من طرق المحافظة عليها وحمايتها من الاضمحلال والخراب، فاستثمار العقار بتأجير طريق من طرق المحافظة عليه وصيانته وبقاؤه لزمان أطول يحقق الغرض منه، واستثمار الأرض بزراعتها وسيلة من وسائل الحفاظ على بقائها صالحة للزراعة ومنتجة إنتاجاً يعود نفعه على الموقوف عليهم، إذن مراعاة مصلحة الوقف تقتضي وجوب استثماره

الفرع الثاني: ضوابط استثمار أموال الوقف

للوقف طبيعة خاصة تختلف عن طبيعة الوحدات الاقتصادية الهادفة للربح، ومن ثم فإن استثمار أموال الوقف تتطلب أسساً ونظماً ووسائل معينة للتخطيط والرقابة وتقويم الأداء واتخاذ القرارات الاستثمارية، وعلى ذلك يحكم استثمار أموال الوقف في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي مجموعة من الضوابط المستنبطة من مصادر الشريعة الإسلامية والتي تعتبر المرجعية الشرعية للقرارات الاستثمارية، كما تعتبر المعايير التي في ضوئها يتم تقويم الأداء الاستثماري من الناحية الشرعية، وتتمثل هذه الضوابط فيما يلي :

أولاً : ضابط المشروعية

ويقصد به أن تكون عمليات استثمار أموال الوقف مطابقة لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية والتي تعتبر المرجعية الأولى في هذا النشاط، حيث يتم تجنب استثمار الأموال الوقفية في المجالات المحرمة شرعاً ومنها: الإيداع في البنوك بفوائد، أو شراء أسهم شركات تعمل في مجال الحرام، أو الاستثمار في بلاد تحارب الإسلام والمسلمين أو تتعاون مع من يحاربهم²، لأن الغاية لا تبرر الوسيلة، ولا يصح أن نسعى لاستثمار الوقف وزيادة غلته وربيعة بالوسائل المحرمة شرعاً، لأنها تحبط الأجر،

¹ الخراج: هو ما يفرض على الأراضي التي فتحها المسلمون عنوة أو صلحاً و أبقوها في أيدي أهلها مقابل مقدار معين من المحاصيل الزراعية . (ينظر : فقه السنة للسيد سابق، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، سنة 1971 م، ص 188)

² حسين حسين شحاتة، استثمار أموال الوقف، مقال ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الكويت في الفترة من 11 . 13 أكتوبر 2003 م، ص 159 .

وتهدم الأصل الذي قصده الواقف بالحصول على الأجر والثواب من الله تعالى، وهذا يتنافى مع استخدام الوسائل المحرمة.

فقد جاء في القرار رقم (140) الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورته الخامسة عشرة بشأن الاستثمار في الوقف وفي غلاته وريعها البند التاسع منه ما يلي: " يجب عند استثمار أموال الوقف مراعاة الضوابط الآتية: أ - أن تكون صيغ الاستثمار مشروعة وفي مجال مشروع " ¹.

وفي نطاق القانون المقارن، فإن قوانين الأوقاف في الدول الإسلامية تجعل من الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي لها لذلك نجدها في حديثها عن استثمار الوقف تربطه بضابط عدم مخالفته مجال الاستثمار أو صيغته لأحكام الشريعة الإسلامية، ففي ظل النظام القانوني الجزائري ونظرا لأن المشرع قد جعل الشريعة الإسلامية المصدر الأول لقانون الأوقاف، فقد نصت المادة 2 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، على أنه: " على غرار كل مواد هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه "، فإن المادة 45 من ذات القانون المعدلة بمقتضى القانون 07/01 انطوت على أنه: " تستغل وتستثمر وتنمي الأملاك الوقفية وفقاً لإرادة الواقف وطبقاً لمقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف حسب الكيفيات التي حددها هذا القانون، والأحكام القانونية غير المخالفة له"، فالمشرع الجزائري قد وضع إطاراً عاماً تتحرك فيه كافة المواد المنظمة للأوقاف وهو التأكيد على الطابع الإسلامي الخالص للوقف عموماً و لعملياً استثماره على وجه الخصوص .

كما نصت المادة 60 من مدونة الأوقاف المغربية على أنه: " تجري على الأموال الموقوفة وفقاً عاماً لجميع التصرفات القانونية الهادفة إلى الحفاظ عليها، وتنمية مداخيلها بما يلائم طبيعتها ويحقق مصلحة ظاهرة للوقف، ولهذه الغاية تكلف إدارة الأوقاف بتدبير هذه الأموال واستثمارها وفق القواعد المنصوص عليها في هذه المدونة والنصوص المتخذة لتطبيقها "، والقواعد المتعلقة بالوقف في النظام القانوني المغربي مستمدة من الشريعة الإسلامية يظهر ذلك من خلال ديباجة المدونة حيث جاء فيها: "... ووفقاً لهذا النهج، قررنا إصدار مدونة الأوقاف تجمع الأحكام الفقهية المتناثرة للوقف، وتحسم التضارب في أموره المختلفة، وتعيد تنظيم أحكامه القانونية شكلاً ومضموناً، بما يضمن تقيدها بأحكام الفقه الإسلامي "، وهذه المرجعية لمدونة الأوقاف المغربية للشريعة الإسلامية أكدتها المادة 169 من ذات المدونة، حيث انطوت على أنه: " كل ما لم يرد في هذه المدونة يرجع فيه إلى أحكام المذهب المالكي فقها واجتهاداً بما يراعى فيه تحقيق مصلحة الوقف "، إذن يستنتج من هذه النصوص أن المشرع المغربي

¹قرار رقم (140) بشأن الاستثمار في الوقف وفي غلاته وريعها، مجلس مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ينظر الموقع <http://www.fiqhacademy.org.sa/qrrat/15-6.htm> تاريخ الزيارة في 2018 /06/30.

يشترط في عملية استثمار الأملاك الوقفية يجب أن يكون بناء على أسس وقواعد لا يشوبها ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية .

وفي ذات الصدد نصت المادة 26 من قانون الأوقاف الأردني على أنه: " تنشأ مؤسسة عامة تسمى (مؤسسة تنمية أموال الأوقاف) تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري ولها ذمة مالية مستقلة عن ذمة الوزارة ولها بهذه الصفة أن تقوم بجميع التصرفات القانونية التي تمكنها من أداء وظائفها..."، وللتأكيد على الطابع الإسلامي لهذه العملية، أوجبت المادة 27 من ذات القانون على مؤسسة تنمية أموال الأوقاف الالتزام في جميع تصرفاتها واستثماراتها بأحكام الشريعة الإسلامية مع مراعاة شروط الواقفين .

وبناء على ما تقدم نستنتج أن قوانين الأوقاف المقارنة لا تُجيز استثمار أموال الأوقاف في وجه من الأوجه غير المباحة شرعاً، فلا يجوز لناظر الوقف أن يستثمر مال الوقف في عقد تحرمه الشريعة الإسلامية كأن يُقرض مال الوقف بفائدة أو أن يستثمر في أسهم الشركات التي تمارس عقوداً محرمة، وهذا استبعاداً لتأطير وتنمية الأوقاف بالطريقة التي تستثمر بها أموال المؤسسات الخيرية في الغرب التي يطلق عليها " Les fondations " .

ثانياً: ضابط الحرص على تقليل المخاطر الاستثمارية

من المعلوم أن الاستثمار عمل مستقبلي ولذلك يتعين على الجهة التي تتولى استثمار الأملاك الوقفية أن يكون نصب أعينها ما يتميز به الاستثمار من خصائص يتعين عليها مراعاتها، منها على وجه الخصوص¹:

- أن النتيجة في الاستثمار تكون مجهولة فقد يتحقق العائد أو لا يتحقق.
 - أن المستثمر يعمل في ظل مخاطر الكثير منها لا يمكن توقعها بدقة أو التحكم فيها ومن أهمها مخاطر السوق، ومخاطر تقلبات القوة الشرائية للنقود، ومخاطر التوقف عن سداد الالتزامات.
 - أن الاستثمار يحتاج إلى مدة من الزمن مستقبلية لتحقيق العائد منه .
- ونظراً لهذه الخصائص يجب على من يتولى استثمار الأوقاف تجنب الأعمال التي تكثر فيها المخاطر ويقل فيها الأمان، وعدم تعريض الأموال الوقفية لدرجة عالية من المخاطر، مع تأمين الحصول على الضمانات اللازمة المشروعة من تلك المخاطر، وإجراء التوازن بين العوائد والأمان.
- وتأكيداً لهذا الضابط نص القرار رقم (140) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقد في دورته الخامسة عشر بشأن الاستثمار في الوقف وفي غلاته وريعه، في البند التاسع

¹ حسين حسين شحاتة، مرجع سابق، ص 166 .

على أنه: " يجب عند استثمار أموال الوقف مراعاة الضوابط الآتية: ... ج - اختيار وسائل الاستثمار الأكثر أماناً وتجنب الاستثمارات ذات المخاطر العالية بما يقتضيه العرف التجاري والاستثماري " ¹.
فمجمع الفقه الإسلامي ركز في توصيته بشأن استثمار الأملاك الوقفية في أصولها ورُيوعها على ضرورة اختيار المشروعات والطرق الآمنة، والعمل على تفادي المشروعات والطرق التي تتسم بالمخاطرة العالية، والهدف من ذلك حماية الأوقاف من مخاطر العمليات الاستثمارية، ومن ناحية ثانية أوصى المجمع القائمين على استثمار الأوقاف، بالالتزام بما هو متعارف عليه عند التجار والمستثمرين عند استثمار أموالهم، لأن التجار والمستثمرين عندما يلتزمون بتلك الأعراف فإنهم يلتزمون بها لأنها تحقق المصلحة في عملية الاستثمار.

ومن بين العمليات الاستثمار المحفوفة بالمخاطر عند الاقتصاديين ما يلي :

- الاستثمارات ذات الأجل الطويلة في مشروعات معرضة للخطر مثل المجازفة في ميادين عمل مستحدثة .

- الاستثمار في مشروع جديد يقوم به أشخاص ليسوا أصحاب رأس مال أو خبرة .

غير أن ما تقدم لا يعني الإحجام عن استثمار أموال الوقف لأنه لو قيل بذلك لما قامت مشروعات، فالعبرة بأخذ الحيطة وما يغلب على الظن في نجاح المشروع الاستثماري، ولا يقال أيضاً إن من شروط الوقف التأييد، واستثمار الوقف يعرضها للتلف وبالتالي معارضة هذا الشرط لأن الغالب على الظن حين الدخول في هذا المشروع أو ذاك بعد أخذ الحيطة والدراسة هو بقاء أصل الملك الوقفي مع السعي لتحقيق أرباح له .

وفي ظل النظام القانوني الجزائري فإن المتتبع لنصوص قانون الأسرة الجزائري - بحسبان أن الوقف أحد الموضوعات التي ينظمها - ولقانون الأوقاف رقم 10/91 والقوانين المعدلة والمتممة له لاسيما القانون رقم 07/01 التي جاءت نصوصه متعلقة باستثمار الأوقاف، يجد أن المشرع الجزائري لم ينص بصفة مباشرة على ضابط الحرص من تقليل المخاطر الاستثمارية حين مباشرة عملية استثمار أموال الوقف .

غير أن المشرع الجزائري تحسباً لمثل هذا الخلو، وذلك بالإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأول لقانون الأوقاف، وذلك في نص المادة 222 من قانون الأسرة، ونصت المادة 02 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، وإذا أردنا أن نخصص الأمر أكثر في استثمار الأوقاف، فإن المادة 45 من القانون الأوقاف رقم 10/91 المعدلة بمقتضى القانون 07/01 انطوت على أنه: " تستغل وتستثمر وتنمي الأملاك الوقفية وفقاً لإرادة الواقف وطبقاً لمقاصد الشريعة الإسلامية

¹قرار رقم (140) بشأن الاستثمار في الوقف وفي غلاته وربيعة، مجلس مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ينظر الموقع: <http://www.fiqhacademy.org.sa/qrrat/15-6.htm>. تاريخ الزيارة في 15/07/2018.

في مجال الأوقاف حسب الكيفيات التي حددها هذا القانون، والأحكام القانونية غير المخالفة له "ولا شك أن من مقاصد الشريعة الإسلامية حماية وحفظ الأموال عموماً، والأموال الموقوفة خصوصاً . وبناءً على ما تقدم بيانه، فإن المشرع الجزائري هو بدوره ولو بصفة غير مباشرة، يقرر أنه يجب على من يتولى إدارة واستثمار الأوقاف التقيد بضابط الحرص على تقليل المخاطر الاستثمارية، وذلك بأن يسلك السبل الكفيلة بضمان عدم التعرض للخسارة ما أمكن، فلا بد من مراعاة مراتب المخاطر التي يمكن أن تتعرض لها الاستثمارات، وذلك باختيار الشركات والمؤسسات الموثوقة والمعروفة بالنجاح في غالب مشروعاتها، ولا بد أيضاً من دراسة للمشروع وجدواه الاقتصادية قبل الدخول فيه .

ثالثاً : ضابط مراعاة الالتزام بشروط الواقف ومصلحة الموقوف عليهم

سبق بيان أن شروط الواقفين يجب العمل بها إذا لم تخالف أمراً دلت الشريعة الإسلامية على اعتباره، وعلى ذلك يجب أن لا يتنافى الاستثمار مع اشتراطات الواقف ، ومن هنا فالعلاقة بين شرط الواقف والاستثمار، أن استثمار الوقف أو جزء من ريعه قد يكون مستفاداً من شرط الواقف، فإذا نص الواقف في صيغة الوقف على نوع استثمار معين فيجب من إتباعه ما دام ليس فيه ضرراً بالوقف، وإذا نص على استثمار جزء من ريع الوقف لتنمية أصله فله ذلك .

وفي ذات الصدد نص القرار رقم (140) الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورته الخامسة عشرة بشأن الاستثمار في الوقف وفي غلاته وريعه، في البند الرابع على أنه: " يعمل بشرط الواقف إذا اشترط تنمية أصل الوقف بجزء من ريعه، ولا يعد ذلك منافياً لمقتضى الوقف، ويعمل بشرطه كذلك إذا اشترط صرف جميع الربح في مصارفه، فلا يؤخذ منه شيء لتنمية الأصل " ¹ .

فقد يشترط الواقف في وثيقة إنشاء وقفه أن يعمل ناظر الوقف على التنمية والزيادة في أصل الملك الوقفي من جزء من الربح الناتج عن الوقف، فلا يتم تقسيمه على الموقوف عليهم، ويعد هذا الشرط شرطاً صحيحاً من الواقف يجب احترامه والعمل به لأنه لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، ولا يعد منافياً لمقتضى الوقف، بل على العكس يعمل على زيادة أصل العين الموقوفة مما يترتب عنه زيادة في الربح والغلة التي سيستفيد منها في المستقبل الموقوف عليهم، ولكن إذا اشترط الواقف في وثيقة وقفه صرف جميع الغلة على الموقوف عليهم من غير اللجوء إلى استثمار الغلة وجب كذلك إتباع هذا الشرط أيضاً .

والقوانين المقارنة في مادة الوقف تتفق جميعها على أنه يجب العمل بشروط الواقف إذا كانت هذه الشروط لا تخالف أمراً ورد في الشريعة الإسلامية، ففي القانون الجزائري، نصت المادة 14 من قانون

¹ قرار رقم (140) بشأن الاستثمار في الوقف وفي غلاته وريعه، مجلس مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، انظر الموقع: <http://www.fiqhacademy.org.sa/qrarat/15-6.htm> تاريخ الزيارة في 2018 /07/15.

الأوقاف رقم 10 /91 المعدل والمتمم على أن: " اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد قي الشريعة نهي عنها "، وفي ذات الصدد نصت المادة 218 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " ينفذ شرط الواقف ما لم يتناف ومقتضيات الوقف شرعاً، وإلا بطل الشرط وبقي الوقف "، وذات الحكم أكد عليه قانون الوقف الشرعي اليمني رقم 23 لسنة 1992 م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 32 لسنة 2008 م حيث انطوت المادة 65 منه على أنه: "يجب على المتولي تنفيذ شروط الواقف والتقيد بها زماناً ومكاناً"، كما جاء في مدونة الأوقاف المغربية - سالف الذكر- في نص المادة 34 أنه يجب التقيد بشروط الواقف والوفاء بها إذا كانت مشروعة وقابلة للتنفيذ، ونفس المعنى جاء في قانون الأوقاف في إمارة الشارقة في دولة الإمارات العربية المتحدة - سالف الذكر- حيث انطوت المادة 43 منه على أنه: " يجب التقيد بشروط الواقف "، وتأسيساً على كل هذه النصوص في قوانين الأوقاف المقارنة، يتعين على الجهة التي تقوم بعملية استثمار الأوقاف أن تُراعي الشروط التي يضعها الواقف عند إنشاء وقفه، كأن ينص على طريقة معينة في استثمار الوقف، ويُستثنى من ذلك الشروط التي يضعها الواقف وتكون مخالفة لمقتضيات الوقف في الشريعة الإسلامية، فهذه الشروط يجب إهمالها ولا يجب إتباعها والأخذ بها.

كما يجب مراعاة مصلحة الموقوف عليهم عند استثمار أموال الوقف بما لا يعرض مصالحهم الخاصة للضياع كالسكن في البناء، لأن المنتفع الأول من استثمار الوقف هو الموقوف عليهم، فلا يصح إهمال مصالحهم الخاصة ولا العامة.

وتبياناً لضابط مراعاة مصلحة الموقوف عليهم، انطوى القرار رقم (140) الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورته الخامسة عشر بشأن الاستثمار في الوقف وفي غلاته وريعته في البند التاسع منه على أنه: " ينبغي استثمار أموال الوقف بالصيغ المشروعة الملائمة لنوع المال الموقوف بما يحقق مصلحة الوقف وبما يحافظ على الأصل الموقوفومصالح الموقوف عليهم"¹، فغالبية القوانين المقارنة في مادة الوقف تجعل من ناظر الوقف وكيلا عن الموقوف عليهم² وتأسيساً على ذلك يجب على إدارة استثمار الأوقاف الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الموقوف عليهم، ذلك أن عملية استثمار

¹ نفس المرجع السابق .

² فقد نصت المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 على أنه: " يباشر ناظر الملك الوقفي عمله تحت رقابة وكيل الأوقاف ومتابعته، ويتولى على الخصوص المهام الآتية: 1. السهر على العين الموقوفة، ويكون بذلك وكيلاً على الموقوف عليهم وضامناً لكل تقصير ... "، كما انطوت على ذات المعنى المادة 38 من قانون الأوقاف في إمارة الشارقة بقولها "يعتبر الناظر أميناً على الوقف وأمواله، ووكيلاً عن المستحقين وممثلاً شرعياً لهم أمام الآخرين".

الوقف بل الوقف في حد ذاته أنشأ من أجل مصلحتهم، فينبغي أن تؤخذ بعين الاعتبار هذه المصلحة في كل عملية من عمليات الوقف وفي كل شأن من شؤونه .

المطلب الثالث: ملكية الوقف وشخصيته الاعتبارية

ثمة مسائل معينة ترتبط ارتباطاً عضوياً بموضوع استثمار الأوقاف وتنميتها ينبغي دراستها قبل اختيار الطريقة التي يُلجأ إليها في استثمار المال الوقفي، ذلك أن معرفة هذه المسائل ودراستها أمر من الأهمية بمكان لتوفير الحماية لأموال الوقف حين الاستثمار ومن أهم هذه المسائل، مسائلة لمن تعود ملكية أصل الملك الوقفي وأثر ذلك في توفير الحماية له.

فملكية¹ العين الموقوفة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمدى صحة استثمار أموال الوقف لتنميته والمحافظة على أصوله، ذلك أن الإنسان لا يجوز له شرعاً ولا قانوناً أن يتصرف فيما لا يملك أو فيما ليس له وكالة أو نيابة للتصرف فيه .

فلئن كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتفقوا على أن منفعة² العين الموقوفة هي للموقوف عليهم، فإنهم قد اختلفوا فيمن يملك رقبته، فهل يملكها الواقف، أم الموقوف عليهم، أم تنتقل إلى ملك الله تعالى، ولقد أوجد الفقه القانوني حل لهذا الخلاف، وذلك من خلال تبني الشخصية المفترضة للملك الوقفي.

¹ عرّف ابن تيمية الملكية على أنها: "القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة"، ثم فسّر هذا التصرف بقوله: "فالمالك التام يملك فيه التصرف في الرقبة بالبيع والهبة ويورث عنه، وفي منفعه بالإعارة والإجارة والانتفاع"، وقد نبه في تفسيره هذا إلى أن الملك قسمان تام وناقص، فالتام هو الذي يملك فيه المالك الرقبة مع منافعها، فيملك أن يتصرف في تلك الرقبة، وهو أهم ما يميز الملك التام، أما الناقص فهو أن يملك الرقبة دون منافعها، أو يملك المنفعة دون الرقبة، ينظر: الفتوى الكبرى لأبن تيمية، مرجع سابق، ج4، ص106، وكذلك محمد بلال مهران، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 2004 م، ص 276 .

أما الملكية في القانون فقد تضمنها المادة (674) ق م ج التي نصت على أنه: "الملكية حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة"، فحقيقة الملكية لشيء ما، هو ثبوت حق التمتع بذلك الشيء، باستعماله من مالكه، ولو باستهلاكه إذا كان معدداً للاستهلاك، وباستغلاله إذا كان معدداً للاستغلال، وله أن يتصرف فيه تصرفاً قانونياً ببيعه، أو إجارته، أو هبته، أو نحو ذلك، أو تصرفاً مادياً بإتلافه، ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 1998م، ج8، ص496 .

² يتناول الفقه الإسلامي حق الانتفاع ضمن أقسام أو صور الملكية الناقصة، التي منها ملكية المنفعة وحدها دون ملكية العين على أنها حق شخصي، ومن أمثلة ذلك أن يوصي شخص بداره أو وقفها على إنسان بعينه، فليس للموصى له أو الموقوف عليه إلا الانتفاع بهذه الدار بنفسه، وليس له أن يسكنها غيره بطريق الإيجار أو التبرع أو نحو ذلك، أما الصورة الثانية من الملكية الناقصة فهي ملكية المنفعة وحدها فقط ملكاً عينياً، بمعنى أن تكون الملكية تابعة للعين وليس للشخص الذي له حق المنفعة، وهو ما يسمى حق الارتفاق وهو حق مقرر على عقار آخر دون النظر إلى المالك (ينظر: أنور محمد دبور، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر، ط2، سنة 1993 م، ص272).

الفرع الأول: ملكية الوقف في الفقه الإسلامي

تباينت كلمة الفقه الإسلامي حول مسألة ملكية العين الموقوفة وذلك على ثلاث اتجاهات. فيرى الاتجاه الأول أن الواقف يظل مالكا للعين الموقوفة، ووصفوا هذه الملكية بأنها مقيدة بحيث لا يتمكن معها الواقف من أن يتصرف في العين الموقوفة كما يتصرف في أملاكه التي يملكها ملكية غير مقيدة، وقد تبنى هذا المسلك الإمام أبي حنيفة و المالكية،¹ فقد سبق بيان أن الإمام أبي حنيفة يعرف الوقف على أنه: " حبس العين على حكم ملك الوقف، والتصرف بالمنفعة على جهة الخير "، وبناءً على هذا التعريف فهو يرى أن المال الموقوف يبقى على ملك صاحبه لكونه مالكة الأصلي، وهو من يقوم عليه وله الولاية الأولى عليه، كما يملك جميع سلطات المالك على الملك الوقفي، ويستدل على ما ذهب إليه بقوله صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب رضي الله عنه: " إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها"، ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن تحبب الأصل لا يقتضي خروجه عن ملك الواقف بل يدل على بقاء الملك .

هذا وقد رجح الأحناف بعد أبي حنيفة رضي الله عنه عن هذا القول، فقد ذهب محمد بن الحسن الشيباني إلى الاقتداء برأي أبي حنيفة بأن الوقف تبرع، إلا أنه يُوسع مجاله إلى التبرع الذي يتناول المال الموقوف ومنافعه معاً كما في الهبة والصدقة لكن على طريق الاحتباس الذي لا تقبل العين الموقوفة معه انتقالاً ولا تداولاً، كما أن أبو يوسف يذهب إلى أن حقيقة الوقف إسقاط لملكية العين الموقوفة، لتكون ثمرات هذه الملكية ومنافعها لما وقفت عليه.²

كما سبقت الإشارة إلى أن الإمام مالك يعرف الوقف على أنه: " إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيه، ولو تقديراً "، فالمالكية يجعلون الوقف تصرف لازم لا يجوز الرجوع عنه ولا التصرف فيه بأي تصرف ناقل للملكية وتبقى العين الموقوفة على ملك واقفها، ويستدلون على ما يذهبون إليه أن الملكية لم تخرج من ملك الواقف بذات الحديث الذي استدل به الحنفية، وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعمر: " إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها " ففيه إشارة للتصدق بالغلة، مع بقاء ملكية الموقوف على ذمة الواقف ومنع أي تصرف تمليكي فيه للغير، فالوقف لا يعدو أن يكون تصرفاً في غلات الأعيان الموقوفة، ولا يتجاوز ذلك إلى الأعيان إلا بالقدر الذي يلزم لاستقاء الغلات منها، وهذا الأمر لا يقتضي أن تخرج الأعيان عن ملك أصحابها، ذلك أن خروج الملك من يد صاحبه لا بد أن يكون بسبب مُخرج، ولم يتعين خروج الموقوف عن الملك بالوقف لأنه لا يوجد ما يدل عليه.

هذا ولم يضع القانون المدني الجزائري تعريفاً لحق الانتفاع، وعرفه الأستاذ السنهوري بقوله: " إن حق الانتفاع هو الحق العيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير، بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع، الذي يجب أن ينتهي حتماً بموت المنتفع"، (ينظر: السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج9 ص 1201)

¹ المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ج5 ص 546 .

² مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص 30 .

أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى القول بأن ملكية المال الموقوف تنتقل من الواقف إلى الموقوف عليهم ويناصر هذا القول الحنابلة، فيرون أن الوقف طالما هو تصدق فهو يقتضي خروج المال الموقوف عن ملك صاحبه، ولما كان لا بد للملك من مالك - حتى لا يكون سائبة - فإن المال الموقوف يجب انتقاله إلى الموقوف عليهم ملكية ناقصة غير تامة، فلا يجوز للموقوف عليه أن يبيع الوقف أو أن يهبه كما أنه لا يورث عنه،¹ ويستدلون فيما يذهبون إليه بأن الوقف سبب يزيل ملك الواقف إلى من يصح تملكه على وجه لا يخرج المال عن ماليته، فوجب أن ينتقل الملك إليه كما هو الشأن في البيع والهبة²، ولذلك فإن المال الموقوف إذا صح الوقف فإن ملكيته تنتقل إلى الموقوف عليهم .

أما الاتجاه الثالث الذي يمثله الشافعية، فيذهبون إلى أن الوقف بمجرد وقوعه صحيحاً مستوفياً لأركانه وشروطه ينتقل إلى ملك الله تعالى، لا فرق في ذلك بين أن تكون العين الموقوفة مسجداً أو غيره³، ويُقصد بانتقاله إلى ملك الله عز وجل أنه لم يعد فيه ملك لأي شخص، فهو يخرج من الذمة المالية للواقف وفي ذات الوقت لا يدخل في الذمة المالية للموقوف عليهم وإلا فجميع الموجودات لله سبحانه وتعالى في كل الأوقات، ويستدلون فيما يذهبون إليه بحديث عمر رضي الله عنه في الوقف، في الرواية التي ورد فيها قوله صلى الله عليه وسلم لعمر: " تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث"⁴ والرواية التي ورد فيها قوله صلى الله عليه وسلم لعمر أيضاً: " إن شئت تصدقت بها"⁵، ووجه الدلالة بهاتين الروايتين، أن التصدق بالأصل يقتضي خروجه عن ملك الواقف، ولا يمكن إدخاله في ملك أحد من العباد، إذ ليس للعباد إلا الغلات إن كانت لهم فيه حقوق، لذلك تخرج الرقبة من ملك صاحبها إلى غير مالك من العباد، ولما كان ذلك الخروج إنما هو على وجه الصدقة وهي لا يراد بها إلا وجه الله تعالى، كان الملك لله سبحانه وتعالى.

الفرع الثاني: ملكية الوقف وشخصيته الاعتبارية وآثارها في حمايته .

لبيان موقف المشرع الجزائري من مسألة ملكية أصل المال الموقوف يتعين علينا أن نتتبع النصوص القانونية الواردة في مختلف القوانين المنظمة للوقف في التشريع الجزائري، ففي المرسوم التنفيذي رقم 283/64 المؤرخ في 17/09/1964 م المتضمن نظام الأملاك المحبسة، أنف الذكر ركزت نصوصه على عدم جواز التصرف في الأموال الموقوفة خوفاً من ضياعها، أما في قانون الأسرة فقد عرفت المادة 283 منه الوقف على أنه: " حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق".

¹ الكافي في فقه أحمد، لابن قدامة، مرجع سابق، ج2، ص324 .

² نفس المرجع السابق، ج2، ص325 .

³ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص 194 .

⁴ أخرجه البخاري في صحيحه، مرجع سابق، ج3، ص1017 .

⁵ نفس المصدر السابق، ج3، ص1019 .

وفي قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، فقد انطوت المادة 3 منه على تعريف الوقف بقولها: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من أوجه البر والخير"، كما نصت المادة 5 من ذات القانون على أن: "الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين و يتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها"، كما أضافت المادة 17 من نفس القانون أنه: "إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليهم في حدود أحكام الوقف وشروطه"، كما قررت المادة 18 منه أنه: "يحصر حق المنتفع بالعين فيما تنتجه، وعليه استغلالها استغلالاً غير متلف للعين، وحقه حق انتفاع لاحق ملكية". ومن خلال هذه النصوص يتجلى لنا أن عين الوقف (أصل الملك الوقفي) في النظام القانوني الجزائري لا ملكية فيها لأحد، فهي تخرج بمقتضى الوقف من ملكية الواقف، كما أنها لا تنتقل إلى ملكية الموقوف عليهم، لأن حق الموقوف عليه ينحصر في ما تنتجه العين الموقوفة، فحقه حق انتفاع لاحق ملكية للعين الموقوفة، ذلك أن المشرع الجزائري جعل من الوقف ذو طابع مؤسساتي مادام يتمتع بالشخصية المعنوية، كما نصت على ذلك المادة 5 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، آنفة الذكر.

وإذا كان الوقف وفقاً للمادة الخامسة - آنفة الذكر - ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا المعنويين، فهل هذا يعني أن الوقف ملك شاغر؟ وبالتالي فهو يدخل في أملاك الدولة؟ ويكتسي هذا السؤال أهميته من أن المادة 773 ق م ج نصت على أنه: "يعتبر من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم".

وفي الإجابة على هذا السؤال نجد أن فرضية ملكية الدولة للأوقاف قد نفاها المشرع الجزائري في قانون الأوقاف صراحة في نفس المادة الخامسة منه بقولها: "الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين"، والدولة هي أحد الأشخاص الاعتبارية، ولذلك فهي لا تملك الأوقاف، وكل ما أثبتته المادة الخامسة للدولة هو السهر على حماية إرادة الواقف بقولها: "... وتسهر الدولة على احترام إرادة الوقف وتنفيذها"، وبهذا يكون الوقف ليس ملكاً شاغراً، ولتوافق التشريعات لا بد أن يعتبر معنى الشعور هنا، إما بأن المقصود به هو التخلي عن منافع الملك الوقفي لا عن ذاته، وإما بأن قانون الأوقاف لا يعني بعدم ملكية محل الوقف شغوره عن الملكية، ولكن الارتقاء به من مجرد مال مملوك إلى مال ذي شخصية معنوية، وذلك لأن قانون الأوقاف يعد مخصصاً ومقيداً للقانون المدني الجزائري، فمن القواعد المسلم بها في الفقه القانوني أن الخاص يقيد العام.

وعطفاً على ما تقدم ومن أجل حماية الأوقاف يتعين الفصل بين الأموال الوقفية وأموال الدولة، ففي العهد الاستعماري قامت السلطات الفرنسية بالجزائر بإصدار ثلاث نصوص قانونية بتاريخ الفاتح

أكتوبر 1844، 18 يونيو 1854 و 30 أكتوبر 1858، والتي بموجبها ضمت الأوقاف - وخاصة في شمال الجزائر - إلى أملاك الدولة¹، فكان نتيجة ذلك القضاء على الأوقاف و إفلاس المؤسسات الخيرية. فمن الثابت أن نتيجة الخلط بين الأموال الوقفية و أموال الدولة هي القضاء على الأوقاف، وإن بشكل تدريجي، ذلك أن القطاعات الحكومية مكلفة باستعمال أموال الدولة قصد تنفيذ التوجهات الحكومية، وبما أن هذا التوجه تتحكم فيه بالدرجة الأولى أبعاد سياسية تخضع باستمرار للتغيير، فإن اختلاط الأموال الوقفية بالأموال العامة ضمن ميزانية سلطة حكومية سيؤدي إلى إضعاف الأوقاف، والحيلولة دون أداء رسالتها الاجتماعية بالدرجة الأولى، ومن ثم فإن عدم الخلط بين المال الوقفي والأموال العامة للدولة يشكل وجها من أوجه حماية الأوقاف، فيجب إبعاد الأوقاف عن التسييس، بحيث لا تكون مجرد أداة لتنفيذ سياسات حكومية، وإنما يجب أن تؤدي دورها الاجتماعي والاقتصادي والحضاري المنوط بها .

ومن ناحية ثانية، تظهر أهمية الفصل بين الأموال الوقفية والأموال الحكومية في المساعدة على ممارسة الرقابة على طريقة الصرف والتدقيق في العمليات المرتبطة به، ليس بالنسبة للمال الوقفي فحسب ولكن أيضاً بالنسبة للمال العام، لأن الخلط بينهما يحول دون ضبط العمليات التي يشوبها إهدار للمال العام أو تبديد لريع الوقف، حيث لا يعرف متى ينتهي تدخل ميزانية الدولة لبيدأ تدخل الميزانية الخاصة للأوقاف، والعكس صحيح²، ومن مجموع ما تقدم يتبين لنا أن الوقف في النظام القانوني الجزائري ليس ملكاً للأوقاف، ولا للموقوف عليهم، كما أنه ليس ملكاً من أملاك الدولة، بل ملك مستقل يتمتع بالشخصية المعنوية.

أولاً: الشخصية الاعتبارية للوقف

اعترف المشرع الجزائري للوقف بالشخصية المعنوية في نص المادة 5 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتم، والتي انطوت على أنه: "الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها"، كما أكد المشرع هذه الشخصية الاعتبارية للوقف من خلال ما نصت عليه المادة 49 من القانون المدني الجزائري المعدلة بمقتضى القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، حيث جاء فيها: "الأشخاص الاعتبارية هي الدولة والولاية البلديات...، الوقف، كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية". وذات المسلك الذي انتهجه المشرع الجزائري في الاعتراف للوقف بالشخصية المعنوية، اتبعه أيضاً بعض المشرعين في بعض الدول العربية، فقد انطوت المادة 16 من قانون الأوقاف لإمارة الشارقة الصادر سنة 2011 أنف الذكر على أنه: "تكون للوقف شخصية اعتبارية منذ صدور إسهاد الوقف..."،

¹ OCTAVE PESLE. La théorie et la pratique des habous dans le rite Malékite; Imprimeries Réunies de la Vigie Marocaine et de; petit Marocain; Casablanca; 1941; P:8 .

² عبد الرزاق صبيحي، الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المملكة المغربية، سنة 2009 م، ص 85 .

كما نص المشرع القطري على ذلك في المادة 7 من القانون رقم 8 لسنة 1992 بشأن الوقف المعدل والمتمم، حيث نصت على أنه: "تكون للوقف شخصية معنوية منذ إنشائه"، وذات الحكم تضمنه القانون الأوقاف في سلطنة عُمان الصادر سنة 2000م، في المادة 2 منه التي انطوت على أنه: "تكون للوقف شخصية معنوية من إنشائه مستوفيا لأركانه وشروطه"، أما المشرع المغربي فقد نص في مدونة الأوقاف الصادرة سنة 2010م على تمتع الوقف العام بالشخصية المعنوية في نص المادة 3/50 حيث جاء فيها: "يتمتع الوقف العام بالشخصية الاعتبارية منذ إنشائه، وتتولى إدارة الأوقاف تدبير شؤونه وفقا لأحكام هذه المدونة، وتعتبر ممثله القانوني"، غير أن المشرع المغربي سكت عن مدى تمتع الوقف المعقب بالشخصية المعنوية، إلا أن نص المادة 3/378 من قانون الالتزامات والعقود المغربي¹ يوحي بذلك، فقد جاء فيها: "لا محل لأي تقادم بين ناقص الأهلية أو الحبس أو غيره من الأشخاص المعنوية والوصي أو المقدم أو المدير مادامت ولايتهم قائمة ولم يقدموا حساباتهم النهائية"، فهذه الصياغة في هذه المادة تدل على أن المشرع المغربي يعتبر الوقف أيا كان نوعه متمتعا بالشخصية الاعتبارية عندما ساوى بينه وبين الأشخاص المعنوية الأخرى .

وتُعرّف الشخصية المعنوية على أنها: صلاحية كائن جماعي لثبوت الحقوق له أو عليه، أو أنها صفة يمنحها القانون لمجموعة من الأشخاص أو الأموال قامت لغرض معين بمقتضاها تكون هذه المجموعات شخصا جديدا متميزا عن مكوناتها ويكون أهلا لتحمل الواجبات واكتساب الحقوق.² والوقف يتمتع بهذه الشخصية المعنوية، فهو كيان مستقل عن كل شخص طبيعي (إنسان) أو شخص اعتباري آخر كالمؤسسات، وهو ما يجعله خارج عن ملكيتهم جميعا.

أما عن نطاق الشخصية الاعتبارية للوقف فإن فقهاء القانون يقسمون الأشخاص المعنوية إلى نوعين الأشخاص الاعتبارية العامة³ والأشخاص الاعتبارية الخاصة⁴، فالأولى تخضع لأحكام القانون العام والثانية تخضع لأحكام القانون الخاص، ويتمتع الشخص المعنوي العام بأهليتين، أهلية عامة وأهلية خاصة لأن الأهلية قد تتعدد أما الشخصية فواحدة لا تتعدد، أما شخص القانون الخاص فله أهلية خاصة في مجاله الخاص ولا يتعداه إلى مجال آخر، خلافا للشخص المعنوي العام، فالفرق بين الشخص المعنوي

¹ صدر قانون الالتزامات والعقود المغربي سنة 1965، وعدله المشرع عدت تعديلات، آخرها بمقتضى الظهير الشريف رقم 140.11.1 الصادر في 17 أغسطس 2011، انظر: المكتبة القانونية، على الموقع الإلكتروني:

<http://fsjes9anon.blogspot.com> تاريخ الزيارة في 02/09/2018.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 1988م، ج5، ص288 .

³ المقصود بأشخاص القانون العام المعنوية: هي تلك الكائنات العامة القائمة بذاتها أي تلك المنظمات العامة التي تتمتع باختصاص و سلطات ذاتية خاصة بها، وأول هذه الأشخاص الدولة ثم يأتي بعدها أشخاص معنوية عامة تابعة لها .

⁴ الأشخاص المعنوية الخاصة فهي جماعات الأموال وجماعات الأشخاص التي اعترف لها القانون بهذه الصفة .

العام والشخص المعنوي الخاص يكون في الأهلية وليس في التكوين.¹

والشخصية الاعتبارية التي يتمتع بها الوقف إنما هي من نوع الشخصيات الاعتبارية الخاصة وليست العامة إلا أنها تدخل في نطاق الاعتراف العام من الدولة²، فالوقف يتمتع بالشخصية الاعتبارية بمجرد إنشائه، وهو ليس بحاجة إلى ترخيص، وهذا ما نص عليه صراحة المشرع القطري في المادة 7 من قانون الأوقاف التي انطوت على أنه: "تكون للوقف شخصية معنوية منذ إنشائه"، وهذا يعكس رغبة المشرع القطري في توفير الاستقلالية والكينونة لشخصية للوقف منذ وجوده.

أما لدى المشرع الجزائري فإن القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم حدد كيفية إنشاء الوقف، حيث نصت المادة 4 منه على أن: "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة يثبت وفقا للإجراءات المعمول بها مع مراعاة أحكام المادة 4 المذكورة أعلاه"، كما نصت المادة 41 من ذات القانون على أنه: "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجل الأشخاص التي اعترف لها القانون بهذه الصفة لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف"، فلقد كان المشرع الجزائري واضحا في نص هذه المادة حيث اوجب على الواقف أن يحرر وثيقة الوقف لدى الموثق ويسجلها في السجل العقاري مع تسليم نسخة منها للجهة المشرفة على الأوقاف، ومع كذلك فالوقف يحصل على الشخصية الاعتبارية بمجرد تمام الإشهاد به أمام الجهة المختصة قانونا ولا يتوقف اكتساب الشخصية المعنوية على قيده في السجل العقاري بل أن الشخصية المعنوية التي يكتسبها الوقف هي التي تمكنه من إتمام إجراءات التسجيل إذ يتمكن الوقف باعتباره مالكا جديدا للعقار الموقوف أن يقوم بإتمام إجراءات التسجيل والقيود.

ثانياً: دور الشخصية الاعتبارية للوقف في حمايته

إن اعتراف القوانين الوضعية للوقف بالشخصية الاعتبارية يعد اختيارا سليما، فمن ناحية قطع هذا الاختيار الجدل في الفقه الإسلامي الذي كان مطروحا حول تحديد الجهة التي يؤول إليها الملك الوقفي، هل هي للواقف أو الموقوف عليه أو هي في حكم ملك الله تعالى، ومن ناحية ثانية فإن الاعتراف القانوني للوقف بالشخصية الاعتبارية يوفر له الكثير من الحماية سواء من خلال النتائج العامة للشخصية المعنوية، أو من خلال النتائج الخاصة لشخصية الوقف الاعتبارية .

¹ محمد طوموم الشخصية المعنوية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، بدون دار نشر، سنة 1987 م، ص 17 .

² جمعة محمود الزريقي، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ليبيا، ط1، سنة 2001 م، ص 68 .

1 - حماية الوقف من خلال النتائج العامة للشخصية الاعتبارية

عندما يصبغ القانون على أي مجموعة أموال أو مجموعة أشخاص صبغة الشخصية المعنوية، فإنه يترتب عنه نتائج انطوت على بيانها المادة 50 من القانون المدني الجزائري بقولها: " يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقرها القانون . - يكون له خصوصاً: ذمة مالية، أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقرها القانون، موطن و هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها، الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر، نائب يعبر عن إرادتها، حق التقاضي " .

إذن فمن هذا النص القانوني - والنصوص المماثلة له في تقنينات بعض الدول العربية¹ نجد أن الوقف يتمتع بكافة الحقوق التي يتمتع بها الشخص الطبيعي باستثناء تلك الحقوق التي تكون لصيقة بشخص الإنسان فلا يتصور مثلاً أن تثبت للوقف حقوق الأسرة، كحق الزوجية أو الحقوق الناشئة عن القرابة كالإرث والنفقة والنسب، ولا يتصور أن تثبت له كذلك الحقوق اللصيقة بجسم الإنسان مثل حقه في حماية بدنه لأن شخصية الوقف لا جسم لها، وقد عدّدت المادة 50 ق م ج المذكورة أعلاه الحقوق التي تتمتع بها الشخصية المعنوية عامة، والتي من ضمنها الشخصية المعنوية للوقف .

1 - 1 - الذمة المالية المستقلة للوقف: تُعرف الذمة المالية في القفه القانوني بأنها مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية.² وقد أثبت المشرع هذه الذمة المالية المستقلة للوقف والقائمة بذاتها تتكون مما له من حقوق وما عليه من واجبات مالية، وهذه الذمة المالية للوقف توفر له حماية أمواله بأن تجعلها لا تختلط بحقوقه بحقوق شخص الواقف من ناحية، كما لا تختلط بحقوق الناظر القائم على إدارته من ناحية ثانية، ولا بحقوق الموقوف عليهم من ناحية ثالثة، ومن ثم فإنه لا يجوز لدائني الموقوف عليهم أو الواقف، أو الناظر التنفيذ بحقوقهم على أموال الوقف لأنها ليست أموال مدينهم، فحقوق وواجبات الوقف مستقلة عن حقوق وواجبات كل هؤلاء الذين لهم علاقة به.

2 - 1 - أهلية الوقف: أثبتت القوانين المقارنة للوقف أهلية وجوب وأهلية أداء، فأهلية الوجوب بالنسبة للوقف محددة بطبيعة الغرض المقصود من وجوده فهي تختلف عن أهلية الشخص الطبيعي، لذلك يمكن أن يقال أن الوقف يتمتع بأهلية وجوب خاصة، لأنها مقيدة بالحدود المقررة له في عقد إنشائه أو بواسطة القانون.

¹ فعلى سبيل المثال نصت المادة 51 من القانون المدني الأردني - القانون رقم 43 لسنة 1976م - على أنه: " 1 الشخص الحكمي يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي يقرها القانون، 2 فيكون له: أ - ذمة مالية مستقلة، ب - أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه، أو التي يقرها القانون، ت - حق التقاضي، ث - موطن مستقل، 3 - ويكون له من يمثله في التعبير عن إرادته " .

² محمد حسين منصور، المدخل إلى العلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص 316 .

أما عن أهلية أداء الوقف فمن المعروف أن أهلية الأداء أو أهلية التصرف مناطها توافر كامل الإرادة والتمييز للشخص كي يكون صالحاً لمباشرة الأعمال والتصرفات القانونية بنفسه، ويثبت ذلك للإنسان وحده، باعتبار ما لديه من قدرة إرادية، لذلك ينبغي فهم أهلية أداء الوقف بالمعنى الذي يتفق وطبيعته، فيقصد بها تحديد مدى النشاط المعترف به للوقف لتحقيق أهدافه، ولذلك يتوصل الباحث إلى نتيجة مفادها أن أهلية الوقف في إبرام التصرفات الصحيحة والمنتجة لأثارها من الناحية القانونية يكون في حدود سند إنشائه، وفي إطار الحدود التي يقرها القانون، ولا يُسمح بتجاوز الغرض الذي نشأ من أجله الوقف، وأن هذه الأهلية توفر حماية للوقف وذلك بضمان استقلاليته عن الناظر أو الجهة التي تقوم بإدارته، فهي تتصرف وتتعاقد باسم الوقف ولحسابه وليس باسمها أو لحسابها الخاص، فتصرفات الناظر تجاه الوقف تُعبر في الحقيقة عن إرادة الوقف.

3 - 1. الوقف له موطن : على غرار كل الأشخاص الاعتبارية فإن الوقف له موطن خاص به و متميز عن موطن كل الأشخاص الذين لهم علاقة به، ويعد موطن الوقف مقراً قانونياً يمكن مخاطبته فيه بالنسبة لما يتعلق بنشاطه على نحو يعتد به قانوناً¹ ، وتكمن أهمية تحديد موطن الوقف في معرفة الاختصاص المحلي للجهات القضائية المنوط بها الفصل في منازعاته.

وكقاعدة عامة فإن موطن الوقف هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته الرئيسي، ويقصد بهذا المركز المكان الرئيسي لنشاطه القانوني والمالي والإداري، وليس بالضرورة مركز الاستغلال الذي يمكن أن يوجد في مكان مغاير لمركز الإدارة، وإذا كان للوقف فروعاً في أماكن مختلفة، فإن مركز إدارة كل فرع يكون موطناً خاصاً بكل أعماله المتعلقة به وذلك تيسيراً على المتعاملين، وتطبيقاً لذلك يجوز رفع الدعاوى إلى المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الوقف وذلك في المسائل المتعلقة بهذا الفرع.

4 - 1. الوقف له نائب يعبر عن إرادته: الوقف شخص معنوي له وجود قانوني يُبيح له التعامل مع الغير مباشرة بواسطة ممثله الشرعي وهو المتولي " ناظر الوقف "، فقد نصت المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 381 /98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك على أنه: "تسند رعاية التسيير المباشر للملك الوقفي إلى ناظر الملك الوقفي في إطار أحكام القانون رقم 10/91 المؤرخ في ابريل سنة 1991 والمذكور أعلاه"، وكذلك عمدت القوانين المقارنة إلى إسناد النظرة على الأوقاف سواء إلى أشخاص طبيعيين أو جهات حكومية - كما هو مبين في الفصل الأول من هذه الرسالة - فناظر الوقف يعد المدير العام له، فإذا عقد الوقف العزم على إجراء أي تصرف أو عملية قانونية فإن المخول قانوناً للتعبير عن هذه الإرادة هو ناظر هذا الوقف ويكون ذلك باسم الوقف ولحسابه باعتبار أن الوقف شخصية معنوية.

¹ نفس المرجع السابق، ص 430 .

5 - 1 - الوقف له حق التقاضي: الوقف كالشخص الطبيعي في هذه الصفة فكما يجوز لهذا الأخير اللجوء للقضاء سواء أكان مدعياً أم مدعى عليه، يجوز للوقف أن يباشر الدعوى التي يرغب في رفعها وأن يدافع عن الدعاوى التي ترفع عليه، والفرق بينهما يكمن في أن الوقف يتولى بصفة مباشرة هذا الحق ولكن عن طريق ممثله القانوني، فقد انطوت المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 على تحديد مهام ناظر الملك الوقفي وذكر من بين هذه المهام، السهر على العين الموقوفة ودفع الضرر عنها، والمحافظة عليها وعلى ملحقاتها وتوابعها من عقارات ومنقولات، ولا شك أن الدفاع عن الوقف في مواجهة من يدعي حقاً عليه أمام المحاكم يدخل ضمن حماية الوقف المنوطة بالناظر، وفي ذات الصدد نصت المادة 56 من مدونة الأوقاف المغربية الصادرة سنة 2010 أنفة الذكر على أنه: "تمثل الأوقاف العامة أمام القضاء مدعية أو مدعى عليها من لدن السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف أو من تنتدبه لهذا الغرض"، كما نص صراحة على حق الوقف في التقاضي للوقف المشرع الأردني بما تضمنته المادتان 4 و26 من قانون الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم 32 لسنة 2001، حيث أعطى المشرع الأردني لوزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية ولمؤسسة تنمية أموال الأوقاف حق التقاضي، أو أن تتيب كل منهما في الإجراءات القضائية المتعلقة بالأوقاف المحامي العام المدني أو أن توكل المحامين لهذه الغاية. ومن كل ما سبق نستنتج أن للوقف عن طريق الجهة التي تمثله قانوناً أن يُقاضي الغير الذي ينازعه في حق يقرره له القانون أمام القضاء، كما له أن يدعي على الغير حقاً ما لدى القضاء عن طريق ممثله، وتتصرف نتائج هذه الدعوى إلى الذمة المالية للوقف سالبا أو إيجابا.

2 - حماية الوقف من خلال المميزات الخاصة بشخصيته المعنوية

1 - 2 - إعفاء الوقف من الضرائب والرسوم: نظراً للهدف الخيري الذي يسعى الوقف إلى تحقيقه فقد أُعفي في التشريعات القانونية المقارنة من سداد الرسوم والضرائب المفروضة على غيره من جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال، فقد نصت المادة 44 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم على أنه: "تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عمل من أعمال الخير والبر"، ويلاحظ على هذه المادة أن المشرع الجزائري قد خص من خلالها فقط الوقف العام بالإعفاء من دفع رسم التسجيل وغيره من الضرائب الأخرى، ولا يشمل الإعفاء الأوقاف الخاصة، وقد ورد في نفس المادة تعليق هذا الحكم بأن الأوقاف الخيرية تهدف إلى تحقيق أعمال البر والخير، غير أننا نجد بعض المشرعين في تقنيات وقفية مقارنة تسوي في إعفاء الأوقاف أيا كان نوعها سواء كانت عامة أو خاصة من الالتزام بالنظم الضريبية، فعلى سبيل المثال نصت المادة 7 من قانون الأوقاف العُماني رقم 2000/65 على أنه: "تعفى الأوقاف من جميع الرسوم والضرائب، كما يعفى الواقف من أية رسوم تتعلق بتسجيل الوقف"، وقد تضمنت ذات المعنى المادة 28 من قانون الأوقاف القطري رقم 8 لسنة 1996 المعدل والمتمم، حيث انطوت على أنه: "تعفى الأوقاف من جميع الرسوم والضرائب، كما يعفى الواقف من أية رسوم تتعلق بالإشهاد أو تسجيل الوقف"، فالأوقاف أيا كانت عامة أو خاصة طالما أقرها المشرع

يكون الهدف منها هو فعل البر والخير، ولذلك تسعى الأنظمة القانونية إلى إعفائها من أي ضريبة أو رسم، والهدف من وراء ذلك هو تشجيع الأشخاص - سواء كانوا طبيعيين أو معنويين - في المجتمع على إنشاء الأوقاف.

2 - 2 - عدم خضوع الوقف للتقادم: من مظاهر الحماية المدنية للأوقاف هو عدم قابلية هذه الأخيرة للاكتساب بالتقادم، فلئن كانت المادة 827 ق م ج تنص على أنه: " من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً كان أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو خاصاً به صار له ذلك ملكاً إذا استمر حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع"، فإن هذه القاعدة لا تنطبق على الأموال الموقوفة، فرغم أن قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم جاء خالياً من بيان حكم خضوع الأملاك الوقفية للتقادم المكسب، إلا أن المحكمة العليا ذهبت إلى عدم خضوعها له، فقد أكدت في القرار الصادر عنها بتاريخ 16 جويلية 1997 على صحة الحكم الصادر عن محكمة بوسعادة القاضي بإبطال عقد شهرة المنصب على عقار محبس لفائدة زاوية الهامل ببوسعادة، ناقضة بدون إحالة القرار الصادر عن مجلس قضاء المسيلة الذي قام بإلغاء هذا الحكم وقضى من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس¹. لكن السؤال الذي يثور في هذا المقام: هل حظر تملك الوقف بالتقادم المكسب يشمل نوعي الوقف العام والخاص على حد سواء ؟ .

الغرفة العقارية للمحكمة العليا أجابت على هذا السؤال في قرارها رقم 216394 المؤرخ في 29 ديسمبر 2001 م والذي جاء فيه: "... حيث أنه من الثابت أن الحبس ينقسم إلى نوعين: النوع الأول: هو الحبس الخيري العام ويأخذ حكمه حكم العقارات التي تخضع للمنفعة العامة التي لا يجوز التقادم المكسب فيها. النوع الثاني: وهو الحبس الأهلي وهو خاضع للتقادم متى توافرت شروطه، سواء في سقوط الحق في التمسك بالبطلان تماشياً مع أحكام المادة (102) فقرة 2 من القانون المدني، أو التقادم المكسب عملاً بالمادة (282) من نفس القانون حفاظاً على استقرار المعاملات وإن هذا منسجم مع ما هو مستقر عليه في الشريعة الإسلامية بخصوص نوع الحبس الأهلي بعدم جواز سماع الدعوى إذا توافرت في المدعى عليه شروط التقادم"².

وذاًت المسلك في التفرقة بين الوقف العام والوقف الخاص (الأهلي) بخصوص خضوعهما للتقادم المكسب من عدمه تبناه المشرع المغربي في مدونة الأوقاف الصادرة سنة 2010، حيث انطوت المادة 51 منها على أنه: " يترتب عن اكتساب المال لصفة الوقف العام عدم جواز حجزه أو كسبه بالحيازة أو بالتقادم..."، ولأن المشرع المصري قد ذهب إلى إلغاء الوقف (الأهلي)³، فقد نصت المادة 970 من القانون المدني المصري على أنه: " في جميع الأحوال لا تكتسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت

¹ قرار المحكمة العليا رقم 157310 المؤرخ في 16 جويلية، المجلة القضائية 1997 العدد الأول، ص 34 .

² قرار المحكمة العليا رقم 216394 المؤرخ في 29 ديسمبر 2001 م، ينظر: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهيئة .

الوصية . الوقف، مرجع سابق، ص 100

³ وذلك بمقتضى المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 بشأن إلغاء نظام الوقف على غير الخيرات.

الحيازة ثلاثاً وثلاثين سنة، ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو للهيئات العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما والأوقاف الخيرية أو كسب أي حق عيني على هذه الأموال بالتقادم".

ومما تقدم نستنتج أن المحكمة العليا الجزائرية وهي محكمة قانون، والمشرعين المغربي والمصري قد اتجهوا إلى حماية الوقف العام من التقادم المكسب دون توفير ذات الحماية للوقف الخاص، في حين ذهبت بعض القوانين في مادة الأوقاف إلى التسوية بين نوعي الوقف في حمايتهما من التقادم المكسب، فقد نصت المادة 1/32 من قانون الأوقاف في إمارة الشارقة رقم 4 لسنة 2011 على أنه: "لا يجوز تملك أعيان الوقف ولا أمواله ولا اكتساب أي حق عيني على ذلك بالتقادم مهما طاللت المدة"، ويثمن الباحث هذا التوجه للمشرع في إمارة الشارقة، إذ أنه عمل بهذه المادة على حماية الوقف من التقادم المكسب مهما طاللت المدة، يستوي أن يكون الوقف عاماً أو خاصاً، لأن الوقف بنوعيه ليس ملكاً لأحد، ويتمتع بالشخصية المعنوية، ولأن نوعيه يُقصد منهما عمل البر والإحسان، ولأن الوقف الخاص في الأخير سيتحول إلى وقف عام بانتهاء الأشخاص الموقوف عليهم، لذلك وجب حمايته هو الآخر من أن يُكتسب بالتقادم.

3 - 2 - عدم إمكانية الحجز على أموال الوقف: الحجز إجراء تحفظي يراد به التنفيذ على أموال المدين عن طريق بيعها بالمراد العلني لتسديد دين الدائن الحاجز وديون الدائنين المشتركين في الحجز من قيمة هذه الأموال.

ومن المستقر عليه أن الحجز لا يكون إلا على أموال المدين، غير أنه من الآثار القانونية للوقف خروج المال الموقوف من ذمة الواقف، وعدم دخوله في ذمة الموقوف عليهم، ولذلك لا يجوز حجزها والتنفيذ عليها لأن الوقف يتمتع بشخصية معنوية وبالتالي تكون ذمته المالية مستقلة عن الذمة المالية للواقف وللموقوف عليهم، ومن ناحية ثانية فمن قواعد التنفيذ أن يكون المال المطلوب التنفيذ عليه قابلاً للتداول، وبذلك لا يجوز الحجز على أموال الوقف، لأن الوقف يقتضي حبس العين ومنعها من التداول¹. فلا يصح الحجز إلا على الأموال التي يصح التصرف فيها حتى يمكن بيعها بالمزاد العلني في حالة عدم استيفاء الدين، و طالما أن الوقف لا يجوز التصرف فيه بأي حال من الأحوال بشكل من أشكال التصرف الناقلة للملكية فإن حجزه أيضاً غير ممكن لأنه يكون بدون جدوى ولأنه غير قابل للتملك.

ولم يتضمن قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، أي نص صريح يقضي بعدم إمكانية الحجز على الأملاك الوقفية، غير أن الاستنتاجات المبينة في الفقرة السابقة تجعله تحصيل حاصل، في حين نجد أن المشرع المغربي نص صراحة على ذلك في مدونة الأوقاف من خلال نص المادة 51 التي

¹ جمعة محمود الزريقي، مرجع سابق، ص 109.

انطوت على أنه: "يترتب عن اكتساب المال لصفة الوقف العام عدم جواز حجزه..."، فالمشرع المغربي رغبة منه في تأكيد الحماية للأوقاف نص بصريح العبارة عن حمايته من الحجز، غير أن هذه الحماية في تقدير الباحث جاءت منقوصة بأن شملت الأوقاف العامة دون الأوقاف الخاصة.

وفي النهاية ينبغي ملاحظة أن الحماية القانونية المقررة لأموال الوقف بعدم قابليتها للحجز، إنما تتعلق بأصل المال الوقفي وليس بغلته، ذلك أن المادة 21 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم أجازت التنفيذ على حق الموقوف عليهم في الغلة الناتجة عن أصل المال الوقفي، حيث نصت على أنه: "يجوز جعل حصة المنتفع ضماناً للدائن في المنفعة فقط وفي الثمن الذي يعود إليه"، وهذا حتى لا تضيع حقوق الدائنين، ولأن حق الموقوف عليهم يكون في الربح من الوقف، وليس في عين (أصل) المال الموقوف، لذلك يجوز الحجز على المنفعة التي يتلقاها أحد الموقوف عليهم لتكون ضماناً للوفاء بديونه.

والخلاصة التي ننتهي إليها من دراسة هذا المبحث حول ماهية استثمار الوقف هي: أن الوقف له صلة وطيدة بالاستثمار لأن الغاية من الوقف تتمثل في حبس أصل العين و التصدق بالربح أو المنفعة على الموقوف عليهم، وتحصيل هذه المنفعة لا يكون إلا من خلال استثمار هذه الأوقاف وتنميتها، إلا أن هذه العملية ونظراً لخصوصية الأوقاف يجب أن تُراعى فيها شروط خاصة تتمثل في مشروعية الطريقة المتبعة في الاستثمار من الناحيتين الشرعية والقانونية، كما يجب التقليل من المخاطر الاستثمارية مع ضرورة مراعاة اشتراطات الواقف في كل ذلك، وفي الأخير بين الباحث اختلاف الفقه الإسلامي حول ملكية العين الموقوفة، حيث وجدت القوانين الوضعية مخرجاً لذلك من خلال تبني الشخصية المعنوية للوقف بما توفر له من حماية.

المبحث الثاني: طرق استثمار الوقف ودورها في حمايته

الوقف لا يمكن أن يُحَقَّق الغاية المبتغاة منه إلاّ بالعناية بمقصد من المقاصد المهمة له المتعلِّق باستدامة المنفعة من خلال الاستفادة من وسائل الاستثمار المتنوعة وصُورته المتعددة من ناحية، ومن ناحية ثانية فإنه بإلقاء نظرة على مشكلات الوقف في الوقت المعاصر يتضح أنها لها صلة وثيقة بطرق استثماره، فهذه المشكلات إجمالاً هي: خراب الكثير من أعيان الوقف القائمة، وهذا يحتاج إلى التجديد وهي عمليات استثمارية، كما أن ضآلة الإيرادات من الأوقاف القائمة مرده إلى سوء اختيار الطريقة الأنسب لاستثماره، فما من شك أن حسن طريقة استثمار أموال الوقف تؤدي بالضرورة إلى الحفاظ عليها وحمايتها لكي لا تتآكل من جراء النفقات والمصاريف.

ولقد أوجد قانون الأوقاف الجزائري وتعديله بالقانون رقم 07/01 عدة عقود لاستغلال وتنمية أموال الوقف، فمنها ما هو أصلي في ذلك، ومنها ما هو استثنائي بمعنى أنه لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة، كما أن المشرع الجزائري قد استعمل في جل مواد التعديل المذكور أعلاه عبارة: "يمكن أن تستغل و تستثمر وتنمي الأموال الوقفية ب...". كما استخدم في بعضها عبارة "يمكن أن تستثمر"، وفي بعضها عبارة: "يمكن أن تنمي"، وفي هذا الصدد يذهب الدكتور منذر قحف إلى التفرقة بين تنمية الوقف وعملية استغلاله بقوله: "فأما التنمية يقصد منها زيادة حجم الأموال المستغلة، أو الاستثمارية، أو الرأسمالية للوقف، كأن يكون الوقف أرضاً سكنية معطلة، فلا بد في استثمارها من البناء عليها، فيحتاج ذلك البناء إلى إضافة استثمارية جديدة، تضاف إلى رأس مال الوقف نفسه، وهذا النشاط التنموي يتميز بأنه يزيد في القيمة الرأسمالية لمال الوقف، وفي طاقته الإنتاجية، وهو في الغالب طويل الأجل، أو متوسطه على الأقل، أما استغلال الوقف فهي العملية التي تقصد إلى استعمال مال الوقف في تحقيق أغراضه، وهي تتطلب تهيئة للقيام بهذه المهمة، فالمدرسة مثلاً تحتاج إلى استئجار المعلمين المناسبين، والإمداد بالمواد الاستهلاكية اللازمة، وتوفير الوسائل والأجهزة العلمية التي تحتاجها، ومثلها المستشفى، والمسجد، ومثل ذلك العمارة السكنية المعدة للإيجار، أو المصنع الموقوف لإنتاج سلعة معينة، تتفق أرباحها على أغراض الوقف، وأما ما يحتاجه الاستغلال من تمويل إنما هو لتمكين مدير المال من استثمار رأس مال الوقف نفسه، كأن يحتاج الوقف إلى صيانة، فيخصص المتولي جزءاً من إيرادات الوقف للإنفاق على صيانته".¹

ومن خلال هذه التفرقة نستنتج أن تنمية الوقف تهدف إلى زيادة في رأسماله، أما استغلال الوقف فهدفه الاستعمال الأمثل لرأس المال المتاح من أجل أن تكون عوائده ورُيعه ذات مردود أكبر، إلا أنه في كلتا الحالتين سواء في التنمية أو الاستغلال الأمر يهدف إلى الاستثمار الجيد وحسن اختيار طريقته ليؤدي الوقف الهدف المرجو منه، وهذا يختلف باختلاف طبيعة الوقف ذاته.

¹ منذر قحف، الوقف الإسلامي، مرجع سابق، ص 217.

المطلب الأول: الطرق الأصلية لاستثمار الأملاك الوقفية

يُقصد بالطرق الأصلية لاستثمار الأملاك الوقفية تلك الطرق التي أقرها الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، بحيث يُلجأ إليها غالباً لاستثمار الأوقاف في كل الحالات، على خلاف بعض الطرق الأخرى التي لا يمكن اللجوء إليها إلا في حالات الضرورة، والطرق الأصلية لاستثمار الأموال الوقفية تتمثل في نوعين من العقود، نوع عام، وهو عقد إيجار الملك الوقفي، فيمكن أن تستثمر كل الأملاك الوقفية به، أياً كانت طبيعتها، وعقود أخرى خاصة بنوع من الأوقاف وهو الأراضي الفلاحية الصالحة للزراعة أو المشجرة، وعقود ثالثة خاصة بالأراضي المبنية أو القابلة للبناء .

الفرع الأول: عقد الإيجار¹ الوقفي

يُعرّف الإيجار أو الإجارة في الفقه الإسلامي بتعريفات تتقارب في معناها ولفظها، فعرّفه الحنفية بأنه: عقد على المنافع بعوض، كما عرّفه المالكية على أنه: معاوضة على منافع الأعيان، أما الشافعية فعندهم الإجارة: تملك منفعة بعوض، في حين عرّفه الحنابلة بأنه: عقد على منافع². فالفقه الإسلامي يعتبر عقد الإيجار شبيه بعقد البيع لذلك نجدهم يعبرون عنه بأنه تملك، والفرق بين العقدين عندهم يكمن فقط في كون الحق الذي ينتقل من البائع إلى المشتري في عقد البيع هو حق الملكية، في حين ينتقل من المؤجر إلى المستأجر في عقد الإيجار حق المنفعة .

وقد عرف المشرع الجزائري الإيجار في المادة 1/467 من القانون المدني، المعدلة بمقتضى القانون رقم 05/07³، التي انطوت على أن: "الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم"، وقد عرّفه المشرع المصري في المادة 558 من القانون المدني بأنه: "عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم".

ويعتبر عقد الإيجار من أهم العقود المسماة وأكثرها انتشاراً، إذ تكمن أهميته في تمكين غير القادرين على التملك من الانتفاع بما لا يملكون، فيشبعون حاجاتهم من سكن أو مزاولة أنشطتهم التجارية و الفلاحية والصناعية، ومن ناحية ثانية فإنه يمكن الملاك من استثمار أملاكهم فيحصلون على عوائد

¹ الإجارة لغة: اسم لما يعطى من كراء لمن قام بعمل ما جزاء له على عمله، فيقال: له أجر، وأجرة، وإجارة، وأجره إذا أثابه على عمله، وتطلق أيضاً على الكراء . (ينظر: القاموس المحيط، مرجع سابق، ج1، ص362) .

² البحر الرائق، ابن النجيم، مرجع سابق، ج7، ص297، والمعني، لابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص7، وحاشية الدسوقي، للدسوقي، مرجع سابق، ج4، ص2 .

³ القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 م يعدل ويتم الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، عدد 31.

دون أن يضطروا إلى إخراج هذه الأملاك من ذممهم المالية.¹

لذلك يعد الإيجار الوقفي أكثر الطرق والسبل انتشاراً في استثمار الأملاك الوقفية، وهو الطريق الأصلي له لأنه يناسب طبيعة الأملاك الوقفية، من حيث كونه عقد يرد على منفعة الأشياء، ولا ينقل ملكية الشيء محل الإيجار، بل قبل تعديل القانون رقم 10/91 بالقانون رقم 07/01 كان المشرع الجزائري يجعل الإيجار هو الطريق الوحيد لاستثمار الأملاك الوقفية قبل أن تضاف له طرق أخرى بمقتضى التعديل، ففي الفصل السابع من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، والذي جاء تحت عنوان أحكام مختلفة، نصت المادة 42 منه على أنه: "تؤجر الأملاك الوقفية وفقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول، مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية"، والأحكام التشريعية المعمول بها في النظام القانوني الجزائري بشأن تنظيم إيجار الأوقاف تتمثل في ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، حيث أن الفصل الثالث من هذا المرسوم جاء تحت عنوان "إيجار الأملاك الوقفية"، من المادة 22 إلى المادة 30 منه.

ومن ناحية ثانية يتعين إتباع الأحكام الواردة بشأن الإيجار في القانونين المدني والتجاري، فقد انطوت المادة 26 مكرر 8 من القانون رقم 07/01 المعدل والمتمم للقانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة الثانية من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق ل 27 أبريل 1991 والمذكور أعلاه، تخضع عقود إيجار المحلات الوقفية والمعدة للسكن والمحلات التجارية لأحكام القانون المدني والتجاري"، فإيجار الأملاك الوقفية يخضع من حيث المبدأ إلى ذات القواعد التي يخضع لها إيجار الأملاك العادية، ولا يتميز عنه سواء في بعض الجزئيات التي تستهدف حماية الأعيان الوقفية والمحافظة عليها نظراً للطابع الخاص الذي تتميز به عن الأملاك الأخرى.

وإذا تعلق الأمر بعقد إيجار أراضي مخصصة للفلاحة يجب التقيد بما جاء في المادة 26 مكرر 9 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، التي نصت على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة 14 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق ل 27 أبريل 1991 والمذكور أعلاه، للسلطة المكلفة بالأوقاف حق إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة. 2 - تحدد شروط تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم"، والتنظيم الذي صدر بشأن تطبيق هذه المادة يتمثل في المرسوم التنفيذي رقم 70/14 المؤرخ في 10 فبراير 2014م²، يحدد شروط وكيفيات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة، والملاحظة الأولية على هذا المرسوم التنفيذي أنه جاء بعد طول غياب في إصدار النصوص

¹ بن عزوز عبد القادر، فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام (دراسة تطبيقية عن الوقف الجزائري) رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1425 هـ، 2004م، ص 156.

² الجريدة الرسمية، عدد 9، المؤرخة في 20 فبراير 2014 م.

التنظيمية للقانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، فهو كمرسوم تنفيذي تطبيقاً للمادة 9 من قانون الأوقاف المعدلة بمقتضى القانون 07/01، لم يصدر إلا بعد مرور أربعة عشر سنة كاملة بعد إصدار التعديل، رغم ما تكتسبه الأراضي الوقفية الفلاحية من أهمية من ناحية، فضلاً عن أن أكثر الأوقاف العقارية في الجزائر تتمثل في أراضي فلاحية من ناحية ثانية، فكان على المشرع أن يُعجل بإصدار هذا المرسوم ولا ينتظر كل هذه المدة الطويلة، فالأهمية الأراضي الوقفية الفلاحية في الاقتصاد الوطني في عموم دول شمال إفريقيا نجد أن المشرع المغربي على سبيل المثال قد أفرد لإيجار الأملاك الوقفية الفلاحية أحكام خاصة في مدونة الأوقاف الصادرة سنة 2010 أنفة الذكر، في الجزء الفرعي الثالث منها تحت عنوان "أحكام خاصة بكراء¹ الأملاك الوقفية الفلاحية.

على أنه ينبغي في كل ما تقدم مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية، بخصوص إيجار الأملاك الوقفية، فالمادة 2 من قانون الأوقاف جعلت من الشريعة الإسلامية المصدر الأول الذي استقى منه المشرع أحكام الأوقاف في النظام القانوني الجزائري²، كما أن المادة 45 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدلة والمتممة بمقتضى المادة 05 من القانون رقم 07/01 نصت على أن: "تستغل وتستثمر وتنمي الأملاك الوقفية وفقاً لإرادة الواقف وطبقاً لمقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف حسب الكيفيات التي حددها هذا القانون والأحكام القانونية غير المخالفة له"، لذلك ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار اشتراطات الواقف بشأن استثمار الوقف الذي قام بإنشائه، إذا كانت لا تخالف حكماً وارداً في الشريعة الإسلامية.

وبناءً على ما تقدم سنعالج إيجار الأملاك الوقفية من خلال ما يلي :

أولاً: أطراف عقد تأجير الملك الوقفي

يؤكد الفقه الإسلامي على أن الذي يملك الحق في إجارة الملك الوقفي هو الناظر دون غيره، وذلك لأنه يملك الولاية على الوقف، ومن هنا يتضح أنه لا يجوز لولي الأمر التصرف في إجارة الوقف مع وجود الناظر، لأن الناظر يملك ولاية خاصة على الوقف، في حين ولي الأمر له حق الولاية العامة عليه، والقاعدة الفقهية المسلم بها تقضي بأن: "الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة"، إلا أن الحال يختلف

¹ يُعبر المشرع المغربي عن الإيجار بلفظ الكراء، فقد سبق بيان أن الكراء أحد المرادفات اللغوية للإيجار .

² وفي حقيقة الأمر أن غالبية القوانين المقارنة في مادة الوقف تضمنت نص يماثل نص المادة 2 من قانون الأوقاف الجزائري التي نصت على أنه: "على غرار كل مواد هذا القانون، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه"، وفي بيان ذات المعنى نصت المادة 169 من مدونة الأوقاف المغربية الصادرة سنة 2010 على أنه: "كل ما لم يرد في هذه المدونة يرجع فيه على أحكام المذهب المالكي فقها واجتهاداً بما يراعى فيه تحقيق مصلحة الوقف"، كما نصت المادة 3/3 من قانون الأوقاف في إمارة الشارقة الصادر سنة 2001 على أنه: "إذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب أحمد ثم مذهب مالك ثم مذهب الشافعي ثم مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد فيها نص طبقت المبادئ العامة للفقه الإسلامي".

عند غياب الناظر، أو عند عدم استطاعته القيام بمثل هذا التصرف لمانع معتبر شرعا، أو لرفضه العمل بما هو أنفع للوقف، ففي هذه الحالات يحق لولي الأمر القيام باستغلال الوقف بإجارتته، أما الموقوف عليه فلا يجوز له ذلك مطلقاً لأن حقه ينحصر في استحقاق الربح لا في إدارة الوقف.¹

أما في النظام القانوني الجزائري، فقد سبق وأن انتهينا إلى أن المشرع الجزائري اعترف للأوقاف بالشخصية المعنوية وذلك في المادة 5 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، وهو ما أكدته المادة 49 من القانون المدني الجزائري، ومن نتائج هذه الشخصية المعنوية، أن الوقف يتمتع بأهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون²، ومن ثم فالوقف أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومن هذه النتائج أيضاً أن للوقف نائباً يعبر عن إرادتها، وهذا النائب هو ناظر الملك الوقفي وهو ما تضمنته المادة 13 من المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك أنف الذكر، بقولها: "يباشر ناظر الملك الوقفي عمله تحت مراقبة وكيل الأوقاف ومتابعته، ويتولى على الخصوص المهام الآتية: ... السهر على حماية الملك الوقفي والأراضي الفلاحية الوقفية واستصلاحها وزراعتها وفقاً لأحكام المادة 45 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 و المذكور أعلاه".

إذن فناظر الملك الوقفي هو الذي ينوب عن الوقف في إبرام عقد الإيجار بحسابه المستأجر وهذا ما أكدته المادة 12 من ذات المرسوم التنفيذي 381/98 بقولها: "تسند رعاية التسيير المباشر للملك الوقفي إلى ناظر الملك الوقفي في إطار أحكام القانون رقم 10/91 المؤرخ في ابريل سنة 1991 والمذكور أعلاه".

غير أنه بالعودة إلى المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 200/2000³ المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها، التي انطوت على أنه: "تكلف مديرية الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية على الخصوص بما يلي: ... إبرام عقود إيجار الأملاك الوقفية واستثمارها في الحدود التي يمنحها التشريع والتنظيم المعمول بهما ..."، وبالرجوع أيضاً إلى عقود الإيجار النموذجية⁴، نجد أنه من الناحية العملية أن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ممثلة في مديرية الشؤون الدينية باعتبارها

¹ الأشباه والنظائر، ابن النجيم، مرجع سابق، ص 186 وما بعدها، و رد المحتار، ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص400 - 401.

² ينظر المادة (50) من القانون المدني الجزائري.

³ الجريدة الرسمية، عدد 47 ، المؤرخة في 2 غشت 2000 م.

⁴ ينظر: عقد إيجار مسكن وقفي صادر عن مديرية الشؤون الدينية والأوقاف لولاية أدرار في الملحق رقم 6، ص 355 من هذه الرسالة.

الهيئة الولائية المكلفة بالأوقاف وصاحبة الإشراف على النظار على المستوى الولائي¹، هي صاحبة الحق في تأجير الوقف، فهي الطرف المؤجر للملك الوقفي، لذلك يلحظ الباحث تعارض وتدخل في القانون الجزائري بشأن مهمة تأجير الأملاك الوقفية بين ناظر الملك الوقفي ومديرية الشؤون الدينية والأوقاف. وفي إطار القانون المقارن نجد أن العديد من القوانين الوضعية في مادة الوقف قد أسندت مهمة تأجير الأملاك الوقفية لهيئات حكومية، فقد عمل المشرع الأردني بموجب المادة 26 من قانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية الصادر 2001 على إنشاء مؤسسة رسمية تسمى "مؤسسة تنمية أموال الأوقاف"، وجعل من اختصاصاتها استثمار الأملاك الوقفية المنقولة وغير المنقولة بما يحقق مصلحة الوقف، وفي جمهورية السودان أنشأ قانون الأوقاف القومية الإسلامية الصادر سنة 2008، ديوان الأوقاف الإسلامية بموجب المادة 1/4 منهالتى انطوت على أنه: "ينشأ ديوان يسمى (ديوان الأوقاف الإسلامية) وتكون له شخصية اعتبارية وخاتم عام وله حق التقاضي باسمه"، كما جعلت المادة الخامسة من اختصاصاته استثمار أموال الأوقاف في كافة مجالات الاستثمار المشروعة، ويرجع السبب في إسناد قوانين الأوقاف في التشريعات الوضعية تأجير الأملاك الوقفية إلى هيئات حكومية إلى ضعف أداء النظار على الأوقاف في الوقت الحالي، أو إلى عدم تعيين نظار لبعض الأوقاف، مما جعل هيئات حكومية تتولى النظارة عليها بمقتضى القانون.

أما عن الطرف الثاني في عقد الإيجار الوقفي وهو المستأجر، فإنه يصح أن يكون أي شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد معه ناظر الملك الوقفي، ونظراً لعدم تطرق قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، ولا المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، لجزئية من له أحقية استئجار الملك الوقفي فإنه يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية إعمالاً لنص المادة 2 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، التي تجعل من الشريعة الإسلامية المصدر الأول له، والمادة 42 من ذات القانون القاضية بأنه: "تؤجر الأملاك الوقفية وفقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية"، لنجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد وضعوا قيوداً تحدد الشخص الذي يجوز أن يؤجر له الملك الوقفي، حيث قرروا أنه لا يجوز لناظر الوقف أن يقوم بتأجير الوقف لنفسه، أو لمن هو تحت ولايته كولدته الصغير²، لأنه يكون في هذه الحالة مؤجراً ومستأجراً في الوقت ذاته، مما يجعل مصالحه متعارضة مع مصالح الوقف وهذا قد يؤدي إلى غبن الوقف.

¹ تنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك على أنه: "يراقب وكيل الأوقاف على صعيد مقاطعته تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية موقع الملك الوقفي ويتابع أعمال نظار الأملاك الوقفية ويراقبها وفقاً لأحكام المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 114/91 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه".

² البحر الرائق، لابن النجيم، مرجع سابق، ج5، ص254 - 258.

كما لا يجوز للناظر أن يؤجر الوقف لمن لا تقبل شهادته لهم، وهم أصوله وفروعه وزوجته¹، والسبب في ذلك يرجع لوجود تهمة محباتهم وتفضيلهم عن غيرهم في المال الوقفي لهم، فيجب على الناظر أن يبتعد عن موضع التهمة، أما إذا انتفت التهمة عنه بتأجيله لغيرهم وتحقق أن للوقف مصلحة في هذا الإيجار صح التصرف.

وفي الأخير ينبغي الإشارة إلى أن المشرع الجزائري عندما يتعلق الأمر بتأجير أرض وقفية مخصصة للفلاحة، أوجب أن يكون الشخص المستأجر إذا كان طبيعيا حاملا للجنسية الجزائرية، وأن يثبت أنه فلاح، وذلك بمقتضى المادة 7 من المرسوم التنفيذي 70/14 المحدد لشروط وكيفيات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة، أنف الذكر، حيث انطوت على أنه: "يمكن كل شخص طبيعي أن يترشح لاستئجار الأراضي المذكورة في المادة 4 أعلاه، مع مراعاة ما يلي: أن يكون من جنسية جزائرية، وأن يثبت صفة الفلاح"، أما إذا كان المستأجر شخص معنوي، فيجب أن يكون خاضعا للقانون الجزائري، وأن يكون مجال نشاطه هو الزراعة، وهذا ما بينته المادة 8 من ذات المرسوم، حيث نصت على أنه: "يمكن الشخص المعنوي أن يستفيد من استئجار الأراضي الوقفية الفلاحية على أن يكون خاضعا للقانون الجزائري أن يكون النشاط الذي يمارسه في مجال الفلاحة".

فاشترط الجنسية الجزائرية بالنسبة للشخص الطبيعي، والخضوع للقانون الجزائري بالنسبة للشخص المعنوي من قبل المشرع الجزائري، هدفه إبراز الروح الوطنية في الشخص المستأجر للأرض الوقفية الفلاحية وذلك لأن الأوقاف أصبح ينظر إليها على أنها ثروة وطنية، يكون الحامل للجنسية الجزائرية أقدر على استثمارها واستغلالها استغلالا جيدا، علما أن المشرع في هذا الصدد لم يفرق بين نوع الجنسية المشروطة ما إذا كانت أصلية أو مكتسبة، حيث أورد الأمر على إطلاقه، أما اشتراط إثبات صفة الفلاح في الشخص الطبيعي، وأن يكون الشخص المعنوي يمارس نشاط الفلاحة فهو شرط منطقي، لأن الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة يكون إيجارها للانتفاع بها من أجل تنميتها واستغلالها الاستغلال الأمثل وجعلها منتجة، وهذه المهمة لا يمكن أن يقوم بها إلا من كان مشتغلا بالفلاحة ويحمل صفة الفلاح.

ثانيا: طرق إبرام عقد إيجار الملك الوقفي

يعد عقد الإيجار في النظام القانوني الجزائري من العقود الشكلية، فلا يكفي لانعقاده تبادل رضا طرفيه، بل يجب من افرغ هذا التراضي في قالب قانوني معين نص عليه المشرع وهذا بمقتضى المادة 467 مكرر ق م ج المضافة بمقتضى القانون رقم 05/07 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، حيث انطوت على أنه: "ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا".

وعقود إيجار الأملاك الوقفية تشمل عقود إيجار المحلات الوقفية المعدة للسكن والمحلات

¹ نفس المرجع السابق .

التجارية طبقاً لمقتضى المادة 26 مكرر 8 من القانون رقم 07/01 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف بقولها " مع مراعاة أحكام المادة الثانية من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 و المذكورة أعلاه، تخضع عقود إيجار المحلات الوقفية المعدة للسكن والمحلات التجارية لأحكام القانون المدني والقانون التجاري "، كما تشمل من ناحية ثانية الأراضي المخصصة للفلاحة حسب نص المادة 26 مكرر 9 من القانون رقم 07/01 أنف الذكر، والذي صدر بشأن تطبيقها المرسوم التنفيذي رقم 70/14، أنف الذكر المحدد لشروط وكيفيات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة.

وتطبيقاً للمادتين 22 و 25 من المرسوم التنفيذي 381/98 أنف الذكر فإن إيجار الأملاك الوقفية المعدة للسكن وممارسة التجارة يتم بموجب طرقتين هما الإيجار عن طريق المزاد العلني، والإيجار بالتراضي، حيث تنص الأولى على أنه: "يؤجر الملك الوقفي في إطار أحكام المادة 42 من القانون رقم المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 و المذكور أعلاه، سواء كان بناء أو أرض بياض أو أرضاً زراعية أو مشجرة عن طريق المزاد"، كما قررت الثانية أنه: "يمكن تأجير الملك الوقفي بالتراضي لفائدة نشر العلم وتشجيع البحث فيه، وسبل الخيرات، بترخيص من الوزير المكلف بالشؤون الدينية وبعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف المذكورة في المادة 9 أعلاه"، وذات الطرق تتبع أيضاً في إيجار الملاك الوقفية المخصصة للفلاحة، تطبيقاً للمادتين 14 و 20 من المرسوم التنفيذي 70/14.

1 - إيجار الأملاك الوقفية بالمزاد العلني

الأصل والقاعدة العامة أن الأملاك الوقفية تخضع للإيجار عن طريق المزاد العلني طبقاً لنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي 381/98 أنفة الذكر أعلاه، إذا تعلق الأمر بإيجار أملاك وقفية معدة للسكن أو لممارسة التجارة، وتطبيقاً أيضاً للمادة 14 من المرسوم التنفيذي 70/14 أنف الذكر، إذا كان الإيجار يتعلق بأرض وقفية مخصصة للفلاحة، التي انطوت على أنه: "دون الإخلال بأحكام المواد من 22 إلى 24 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 12 شعبان عام 1419 الموافق أول ديسمبر سنة 1998 والمذكور أعلاه، تختص السلطة المكلفة بالأوقاف وحدها بإجراءات تأجير الأراضي الوقفية الفلاحية عن طريق المزاد العلني"، وأسلوب المزاد العلني في إيجار الأملاك الوقفية العامة هو الأسلوب الذي أوجب المشرع المغربي أيضاً إتباعه، يتضح ذلك من خلال المادة 1/61 من مدونة الأوقاف الصادرة سنة 2010 حيث انطوت على أنه: "تخضع جميع المعاوضات والأكزية المتعلقة بالأموال الموقوفة وفقاً عاماً، وكذا البيوع المتعلقة بمنتوج الأشجار والغل ومواد المقالع العائدة للوقف العام، لإجراءات السمسرة¹ أو طلب العروض، شريطة التقيد بمبادئ المنافسة والمساواة بين المتنافسين، والالتزام بقواعد الشفافية وإشهار المسبق".

¹ يُعبر المشرع المغربي عن المزاد العلني بمصطلح السمسرة.

فمن خلال هذه النصوص يتضح لنا أن المشرعين الجزائري والمغربي يهدفان من إقرارهما لقاعدة إجبارية إتباع أسلوب المزيدة العلنية في إيجار الأملاك الوقفية¹، كان هدفهما هو توفير رقابة قانونية ذات فعالية لحماية هذه الأملاك الوقفية والمحافظة عليها، إذ تعد طريق المزاد العلني من أساسيات دعم الوقف وتنميته وحسن استثماره، وذلك بما تكفله من شفافية ومنافسة وهما مبدءان أساسيان يجب الحرص عليهما في إيجار الأملاك الوقفية، وهو ما لا يمكن أن يتحقق إلا بعرض هذه الأملاك الوقفية على العموم عن طريق المزاد العلني المفتوح أمام الجميع الأمر الذي يحول دون غبن الوقف وإثراء الغير على حسابه بمناسبة عملية إيجاره .

ويجري هذا المزاد العلني لإيجار الملك الوقفي في النظام القانوني الجزائري وفقاً لمقتضيات المادة 23² من ذات المرسوم التنفيذي رقم 381/98، وذلك تحت إشراف مدير الشؤون الدينية والأوقاف المختص إقليمياً وبمشاركة مجلس سبل الخيرات المنصوص عليه في المادتين 08 و 12 من المرسوم التنفيذي رقم 82/91 المتضمن إحداث مؤسسة المسجد أنف الذكر، ويتم المزاد على أساس دفتر شروط نموذجي يحدده وزير الشؤون الدينية والأوقاف، ويعلن في الصحافة الوطنية أو طرق الإعلان الأخرى قبل عشرين يوماً من تاريخ إجرائه، على أن يحدد السعر الأدنى بإيجار المثل³ طبقاً لنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي 381/98 والمادة 16 من المرسوم التنفيذي 70/14 أنف الذكر .

ويتم تحديد أجر المثل من خلال الخبرة التي يُراعى فيها ضرورة معاينة المال الموقوف المؤجر بحضور ممثل عن السلطة المكلفة بالأوقاف إقليمياً، مع ضرورة استطلاع رأي مصالح إدارة أملاك الدولة عندما يتعلق الأمر بإيجار أرض وقفية مخصصة للفلاحة وفقاً لما تقضي به المادة 15 من المرسوم التنفيذي 70/14 أنف الذكر، فالمشرع الجزائري يتبع ما نص عليه الفقه الإسلامي من ضرورة تأجير الملك الوقفي بأجر المثل أو أكثر، إذ لا يجوز لناظر الوقف ولا لغيره أن يؤجر الوقف بأقل من ذلك،

¹ علماً أن المشرع المغربي في إطار إيجار الأملاك الوقفية العامة قد أضاف طريقة أخرى تلجأ إليها السلطة المكلفة بالأوقاف، تتمثل في طريقة تقديم العروض، التي جعلها المشرع الجزائري طريقة من طرق إبرام الصفات العمومية في المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، حيث نصت المادة 39 منه على أنه: " تبرم الصفقات العمومية وفقاً لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وقف إجراء التراضي".

² تنص المادة 23 من المرسوم 381/98 على أنه: " يجري المزاد تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية وبمشاركة مجلس سبل الخيرات على أساس دفتر شروط نموذجي يحدده الوزير المكلف بالشؤون الدينية، ويعلن المزاد في الصحافة الوطنية أو طرق الإعلان الأخرى قبل عشرين يوماً من تاريخ إجرائه " .

³ لم يُعرف المشرع الجزائري أجر المثل، ويُعرفه الفقه الإسلامي على أنه: الثمن الذي لا يلحق الضرر أو الظلم بأي طرف من المتعاملين في السوق، سواء كانوا البائعين أم المشترين، أي أنه ذلك الثمن الذي يغطي تكاليف الإنتاج مع هامش ربحي معقول، ينظر: سعيد سعد مرطان، مدخل للفكر الاقتصادي في الإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1986، ص138.

وإذا تم الإيجار بأقل من أجر المثل كان فاسداً، ويلزم المستأجر بقيمة أجره المثل من بداية العقد، أما إذا لم يرغب الناس في استئجار الوقف إلا بأقل من أجره المثل، فيجوز إجارة الوقف بهذه القيمة، ذلك أن أجره المثل إنما تعتبر بالرغبات، فإذا كان لا يُرغب باستئجاره إلا بأقل صار هذا الأقل هو أجره المثل.¹ ولذلك فإن أسلوب المزاد العلني المتبع من قبل المشرعين الجزائري والمغربي من أجل إيجار الأملاك الوقفية، يعد أفضل الطرق للوصول إلى تحديد أجر المثل الحقيقي للملك الوقفي، مما يضمن حمايته والمحافظة عليه من الغبن.

2 - إيجار الأملاك الوقفية بالتراضي

تُعد هذه الطريقة في تأجير الملك الوقفي استثناءً من القاعدة العامة، المتمثلة في تأجيله بطريق المزاد العلني، أقرها المشرع الجزائري في المادة 25 من المرسوم التنفيذي 381/98 أنف الذكر. وباستقراء هذه المادة نجد أنها جعلت اللجوء إلى هذه الطريقة المباشرة في إيجار الأملاك الوقفية محصوراً في حالتين اثنتين: الحالة الأولى تتمثل في كون الملك الوقفي مؤجر لفائدة نشر العلم وتشجيع البحث العلمي، فالمشرع الجزائري ورغبة منه في تشجيع نشر العلم والبحث العلمي، رخص للسلطة القائمة على إدارة الأوقاف عدم اللجوء إلى إجراءات المزاد العلني من أجل تأجير أي ملك وقفي عام، ومثال ذلك: أن يرغب شخص معيناً في إيجار ملك وقفي من أجل إقامة مدرسة قرآنية تُدرس القرآن الكريم وعلومه، أو من أجل نشر أي علم دنيوي نافع.

أما الحالة الثانية فتتمثل في كون الملك الوقفي مؤجر لفائدة سبل الخيرات، ونجد أن سبل الخيرات قد بينتها الفقرة "د" من المادة 05 من المرسوم التنفيذي 82/91 المؤرخ في 23 مارس 1991، المتضمن إحداث مؤسسة المسجد أنف الذكر، حيث تتمثل في: المحافظة على حرمة المساجد وحماية أملاكها، وترشيد أداء الزكاة جمعاً وصرفاً، والمساهمة في حل المشكلات الاجتماعية مثل تيسير الزواج للشباب ورعاية اليتامى ومساعدة المحتجين والمنكوبين، ومحاربة المحرمات والانحرافات والآفات الاجتماعية وأسبابها، فكل هذه المجالات وما يدخل تحتها تعد من قبيل سبل الخيرات، فلا يُنظر إلى الوقف

¹ البحر الرائق، لابن النجيم، مرجع سابق، ج5، ص265، والإسعاف في أحكام الأوقاف، للطربلسي، مرجع سابق، ص54 كما نص قانون الأوقاف في إمارة الشارقة، القانون رقم 4 لسنة 2011 على قاعدة احترام أجر المثل في إيجار الأوقاف من خلال المادة 4/42 التي انطوت على أنه: "لا يجوز لناظر الوقف تأجير أملاك الوقف بما يقل عن أجره المثل"، كما كان القانون المدني الأردني الصادر 1976 المعدل والمتمم واضحاً في تحديد مقدار أجره الوقف، فقد نصت المادة 754 على أنه: "لا تصح إجارة الوقف بأقل من أجر المثل إلا بغير يسير، ويلزم المستأجر بإتمام أجر المثل، ودفع ما نقص منه عن المدة الماضية من العقد، وله الخيار في فسخ، أو القبول بأجر المثل عن المدة الباقية، 2 - ويجري تقدير أجر المثل من قبل الخبراء في الوقف الذي أبرم فيه العقد ولا يعتد بالتغيير الطارئ أثناء المدة المعقود عليها"، والغبن اليسير الوارد في الفقرة الأولى من هذه المادة يقصد به: ما يتغابن فيه الناس عادة، وهو عكس الغبن الفاحش (ينظر: منذر عبد الكريم القضاة، مرجع سابق، ص 174).

هو أيضا الهدف منه هو فعل الخير، لذلك يتكامل مع هذه المجالات ليستفيد المجتمع من تكامل هذه الجهود من أجل أن يؤدي قطاع التطوع الهدف المنشود منه، فعلى سبيل المثال لا تلتزم السلطة المكلفة بالأوقاف إتباع إجراءات المزاد العلني إذا رغت أحد الجمعيات الخيرية التي تنشط في مجال تيسير الزواج للشباب تأجير أحد المباني الوقفية المخصصة للسكن، فينعتقد هذا الإيجار بالتراضي بين هذه الجمعية الخيرية والسلطة المكلفة بالأوقاف بحسبانها نائبا عن الوقف، مع ضرورة إتباع الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي 96/94 المؤرخ في 19/03/1994¹ المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار النصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، غير أنه من الناحية العملية نجد أن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف قد أعدت نماذج لإيجار الأملاك الوقفية.²

ويتم تأجير الملك الوقفي بالتراضي في الحالتين المبينتين أعلاه بترخيص من الوزير المكلف بالشؤون الدينية وبعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف، سواء كان محل الإيجار الوقفي معد للسكن أو لممارسة التجارة، أو كان متمثلا في أرض مخصصة للفلاحة، ومرد هذا الإجراء الأخير هو غلق الباب أمام الذين يريدون التلاعب بالأملاك الوقفية من خلال تأجيرها عن طريق المحاباة والمحسوبية.

وقد أضافت المادة 20 من المرسوم التنفيذي 70/14 أنف الذكر، استثناءا ثالثا خصت به إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة، بموجبه تُحول السلطة المكلفة بالأوقاف اللجوء إلى طريقة التراضي، يتمثل في عدم جدوى تنظيم عمليتين متتاليتين لإيجارها عن طريق المزاد العلني، حيث انطوت هذه المادة على أنه: "تؤجر الأراضي الوقفية الفلاحية بالتراضي بترخيص من الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف، بعد تنظيم عمليتين متتاليتين للإيجار عن طريق المزاد العلني أثبتتا عدم الجدوى"، فإذا نظمت السلطة المكلفة بالأوقاف عمليتين متتاليتين من أجل إيجار أرض وقفية مخصصة للفلاحة إلا أنه في هتين العمليتين لم يتقدم أحد للمزايدة أو أن من تقدم للمزايدة قدم عرض لا يفوق القيمة الدنيا للإيجار فإن السلطة المكلفة بالأوقاف تعلن عدم جدوى المزايدة³، ومن ثم يجوز لها اللجوء على طريقة التراضي في إيجار الملك الوقفي، غير أنه يعاب على المشرع الجزائري قصره هذه الحالة على إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة دون غير من الأملاك الوقفية المعدة للسكن أو لممارسة التجارة، إذ أنه لم يُرد أي نص مماثل في المرسوم التنفيذي 381/98 أنف الذكر، عندما يتعلق الأمر بإيجار ملك وقفي

¹ الجريدة الرسمية، عدد 17 لسنة 1994، المؤرخة في 30 مارس 1994.

² ينظر: نموذج عقد إيجار مسكن وقفي في الملحق رقم 09، ص 364، ونموذج عقد إيجار محل وقفي تجاري في الملحق رقم 10، ص 368، ونموذج عقد إيجار أرض فلاحية وقفية في الملحق رقم 11، ص 372 من هذه الرسالة.

³ وذلك لأن المادة 18 من المرسوم التنفيذي 70/14 المحدد لشروط وكيفية إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة، انطوت على أنه: "لا يبيث في المزايدة إلا إذا قدم عرض يفوق القيمة الدنيا للإيجار ويكون رسو المزاد على من يقدم أعلى عرض".

غير مخصص للفلاحة، فمن الناحية العملية يمكن كذلك أن تثبت عملية المزاد العلني لإيجار الملك الوقفي فيها عدم الجدوى.

ففي إطار القانون المقارن نجد أن المشرع المغربي قد تفادى مثل هذا الانتقاد، حيث نصت المادة 2/61 من مدونة الأوقاف المغربية على أنه: " وفي حالة تعذر إجراء السمسرة أو طلب العروض، أو أُجري أحدهما لمرتين متتاليتين دون أن يسفر عن أي نتيجة، جاز للسلطة المكلفة بالأوقاف بموجب مقرر معلل إجراء المعاوضات والأكرية عن طريق الاتفاق المباشر "، فهذا الحكم من المشرع المغربي جاء عاما يشمل جميع إيجار الأملاك الوقفية العامة سواء كانت مخصصة للفلاحة أو لغيرها من الأغراض السكنية أو المهنية.

ثالثا: المدة في عقد الإيجار الوقفي

ذهب الفقه الإسلامي إلى أن إجارة الوقف يجب أن تكون مؤقتة بمدة معينة، فلا يجوز للناظر أن يؤجر الوقف بمدة غير محددة¹، وذلك يعود لجملة من الأسباب تتعلق بحماية الأوقاف والمحافظة عليها باعتبار الطابع الخاص الذي تتميز به، ومن أهم هذه الأسباب:

1 - إن إطلاق مدة إجارة الملك الوقفي يؤدي في الغالب إلى خراب الوقف، وضياح حقوق المستحقين.

2 - إن الأحوال والظروف الاقتصادية في تغير مستمر، وهذا يؤدي بدوره إلى تغير كبير في قيمة أجرة الوقف إما بالزيادة أو النقصان، وإطلاق مدة الإيجار في الوقف لا بد أن يضر بأحد الأطراف، وهذا مخالف لنص القاعدة الشرعية " لا ضرر ولا ضرار " .

3 - كما أن إطلاق مدة الإيجار في الملك الوقفي قد يؤدي إلى أن يدعي المستأجر أنه مالك لأعيان الوقف، وهو أمر يتنافى مع طبيعة الوقف التابيدية.

وفيما يتعلق بمقدار هذه المدة فيذهب الفقه الإسلامي إلى ضرورة مراعاة شروط الواقف في ذلك والالتزام بالمدة التي حددها في وقفه، ولا يجوز للناظر مخالفتها، إلا في أمور محددة تدور حول تحقيق النفع للوقف وتحري مصلحته، كأن لا يرغب الناس في استئجار الوقف إلا بأكثر من المدة التي حددها الواقف، أو أن يكون تأجير الوقف بأكثر من المدة التي حددها الواقف أدر على الوقف وأنفع للمستحقين، ففي مثل هذه الحالات يجوز للناظر الوقف تجاوز المدة التي حددها الواقف، ولكن على شرط أن يتم ذلك بعد أخذ إذن القاضي.

أما إذا لم يحدد الواقف مدة محددة لإيجار الوقف بأن أطلق ذلك، فيجب أن يتقيد الناظر بمدة محددة وقد قرر الفقهاء أن تكون سنة في الدور والحوانيت، وثلاث سنوات في الأراضي، وهذه المدة

¹ كشاف القناع، للبهوتي، مرجع سابق، ج4، ص5 . ومغني المحتاج، للشربيني، مرجع سابق، ج2، ص349 . والشرح الكبير، للدردير، مرجع سابق، ج4، ص96 .

لا يجوز تعديلها إلا في حالات الضرورة كأن تكون دار الوقف تحتاج إلى العمارة، ولا يوجد ريع للوقف تعمر به، ووجد من يستأجرها لمدة طويلة ويقوم بتعميرها بأجرتها، ففي مثل هذه الحالة يرفع الأمر إلى القاضي لأخذ إذنه بشأن تأجير الملك الوقفي مدة طويلة.¹

وعن مدة إيجار الملك الوقفي في النظام القانوني الجزائري، فبالرجوع إلى أحكام القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري قد نص على وجوب تحديد عقد الإيجار العادي بمدة معينة²، فهو عقد من العقود الزمنية التي يستغرق تنفيذها مدة زمنية معينة، فتعد المدة فيه عنصراً أساسياً تتحدد على إثرها التزامات الطرفين من تمكين الانتفاع في مدة زمنية معينة ودفء أجره مناسبة لهذه المدة.

وبخصوص إيجار الأملاك الوقفية فإن المشرع الجزائري ساير الفقه الإسلامي في وجوب أن يكون إيجار الملك الوقفي لمدة محددة، وذلك بمقتضى المادة 1/27 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، بقولها: " لا يصح تأجير الملك الوقفي لمدة غير محددة "، كما جاء في المادة 1/6 من المرسوم التنفيذي 70/14 المحدد لشروط وكيفيات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة، على أنه: " تؤجر الأراضي الوقفية الفلاحية لمدة محدودة"، وتطبيقاً لهتين المادتين نجد أن العقود النموذجية التي تعدها وزارة الشؤون الدينية تتضمن تحديد مدة الإيجار، فإذا كان المشرع الجزائري يُوجب تحديد المدة في كل عقود الإيجار أياً كان محلها، فإن تحديد هذه المدة يكون أكثر من ضرورة عندما يتعلق الأمر بإيجار الأملاك الوقفية لأن إطلاق مدة الإيجار في مثل هذه الأملاك يؤدي ولا شك إلى إلحاق الضرر بالمستحقين لريع الوقف، كما قد يؤدي إلى ضياع الوقف من خلال أطماع المستأجرين في الاستيلاء عليه إذا كان إيجاره لمدة طويلة غير محددة، لذلك فإن تحديد المدة في إيجار الأملاك الوقفية يُعد وجهاً من أوجه حمايتها والمحافظة عليها.

وتحديد مدة عقد إيجار الملك الوقفي يكون حسب طبيعة هذا الملك، وهذا ما قضت به المادة 2/27 من المرسوم التنفيذي 381/98 بقولها: " تحدد مدة عقد الإيجار حسب طبيعة الملك الوقفي ونوعه"، وما تضمنته المادة 2/6 من المرسوم التنفيذي 70/14، من أنه: " تحدد مدة الإيجار حسب طبيعة الاستغلال الفلاحي"، فطبيعة الملك الوقفي تختلف فقد يكون عقاراً أو منقولاً أو منفعة، وإذا تعلق

¹ زهدي يكن، أحكام الوقف، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص 156.

² وهو ما انطوت عليه المادة 467 مكرر ق م ج المضافة بمقتضى القانون رقم 05/07، بقولها: " ينعد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلاً"، وفي ذات الصدد نصت المادة 21 من المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري المعدلة بمقتضى القانون رقم 05/07 آنف الذكر، على أنه: " تجسد العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين وجوباً في عقد إيجار طبقاً للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم ويحرر كتابياً بتاريخ مسمى " وقد حدد المرسوم التنفيذي 69/94 المؤرخ في 19/03/1994 والمتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار والمنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي 03/93 آنف الذكر، حددت البيانات التي يجب أن يحتوي عليها ومن بينها مدته، وهو ما نصت عليه المادة 02 منه .

الإيجار بالأراضي الفلاحية، فإن طبيعة الاستغلال الفلاحي تختلف حسب طبيعة النشاط الفلاحي، فمثلا يختلف استغلال الأراضي المعدة لزراعة القمح عن استغلال الأراضي المعدة لزراعة التمر والزيتون، فمن المحاصيل الزراعية ما يحتاج فقط إلى موسم زراعي من أجل جني المحصول، فيما تحتاج بعض المزروعات كالنخيل إلى سنوات من أجل الحصول على ثمارها.

وتطبيقا للقواعد العامة بخصوص الإيجار في القانون المدني الجزائري، فإنه لا يمكن أن تزيد مدة إيجار الأملاك الوقفية غير الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة، عن مدة ثلاث سنوات وذلك إعمالا بمقتضيات المادة 468 ق م ج القاضية بأنه: " لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجار تزيد مدته على ثلاث سنوات، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، وإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى ثلاث (03) سنوات"، فناظر الوقف أو السلطة المكلفة بالأوقاف تعبير مجرد مديرة للوقف، ومن ثم لا تملك على الوقف سواء حق القيام بأعمال الإدارة، فالوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين ويتمتع بالشخصية المعنوية.

أما إذا تعلق الإيجار بأرض وقفية مخصصة للفلاحة فقد خول نص المادة 9 من المرسوم التنفيذي 70/14 أنف الذكر، أن تكون مدته أطول من ذلك طالما أنها محددة، فقد نصت على أنه: "تخول السلطة المكلفة بالأوقاف إعداد عقد الإيجار 2. يخضع عقد الإيجار لإجراءات الإشهار العقاري إذا كانت مدة الإيجار اثني عشرة 12 سنة فما فوق"، ويرجع السبب في إمكانية إيجار الأراضي الوقفية الفلاحية لمدة أكثر من ثلاث سنوات، إلى أن هذه الأخيرة تحتاج إلى إصلاح وزراعة قد لا تحقق الأرباح المأمولة منها بالنسبة للمؤجر إلا من خلال تأجيرها لسنوات عديدة ليست بالقصيرة نسبياً، ولذلك فقد أوجب المشرع الجزائري في المادة 2/12 أنفة الذكر ضرورة خضوع الإيجار الوقفي الوارد على أرض مخصصة للفلاحة للإشهار العقاري إذا حددت مدة الإيجار باثني عشرة سنة أو تفوق وذلك من أجل تحقق شرط نفاذ الإيجار في مواجهة الغير تماشياً مع ما تقضي به المادة 17 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، التي تشترط شهر عقود الإيجار الواردة على العقار والتي تزيد مدتها عن اثني عشر سنة وإلا لما أمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير.

وقد عمل المشرع المغربي أيضاً على التفرقة في مدة إيجار الأوقاف بالنظر إلى الغرض الذي ترصد له العين الوقفية المؤجرة، فإذا كانت العين الموقوفة ملكاً وقفياً غير مخصصة للفلاحة، كالأراضي المستخدمة في المدن كمواقف للسيارات أو البنائات المعدة للاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الصناعي، فإن مدة الإيجار تحدد فيها بما لا يزيد عن ثلاث سنوات قابلة للتجديد عند توافر شرطين هما موافقه إدارة الأوقاف على التجديد بعد الإخطار الذي يكون على المؤجر توجيهه إلى هذه الإدارة وذلك قبل انتهاء مدة الإيجار بثلاث أشهر من جهة، والالتزام من جهة أخرى بالزيادة في سعر الإيجار بما لا يقل عن عشرة في المائة من مبلغها، وهذا ما قضت به المادة 94 من مدونة الأوقاف المغربية

الصادرة سنة 2010م.¹

أما إذا كانت العين الموقوفة المعروضة للإيجار من الأراضي الفلاحية، فإن مدة الإيجار تحدد فيها بما لا يزيد عن ست سنوات قابلة للتجديد مرتين فقط بشرطين هما: من جهة موافقة إدارة الأوقاف على التجديد بعد الإخطار الذي يكون على المؤجر تبليغه إلى هذه الإدارة قبل انتهاء مدة الإيجار بستة أشهر، ومن جهة أخرى التزام المؤجر طالب التجديد بالزيادة في ثمن الإيجار بما لا يقل عن عشرين في المائة من مبلغها، وهذا ما تضمنته المادة 98 من ذات المدونة.²

فالمشرع المغربي قد حدد المدة الزمنية في عقد الإيجار، بثلاث سنوات إذا كان الملك الوقفي غير مخصص للفلاحة، ورفع المدة إلى ست سنوات إذا كان الملك الوقفي مخصص للفلاحة، وذلك من أجل مراعاة طبيعة الفلاحة التي قد لا يحقق المؤجر أرباحا في خلال ثلاث سنوات، فلم يمنح المشرع أي سلطة تقديرية للسلطة المكلفة بالأوقاف في تحديد مدة الإيجار، ولم يمنح لها سلطة تقديرية سواء في تقدير إمكانية تجديد عقد الإيجار من عدمه.

أما المشرع الأردني فقد نص على مدة إيجار الأملاك الوقفية من خلال المادة 753 من القانون المدني الأردني، التي انطوت على أنه: "إذا لم يُحدد الواقف المدة تؤجر العقارات لمدة سنة، والأراضي لمدة ثلاث سنين على الأكثر، إلا إذا اقتضت مصلحة الوقف غير ذلك وصدر إذن من المحكمة، 2 - أما إذا عقدت الإجازة لمدة أطول، ولو بعقود مترادفة أنقضت إلى المدة المبينة في الفقرة الأولى من هذه المادة"، ويلاحظ على هذه المادة أن من خلالها التزم المشرع الأردني بخصوص مدة إيجار الملك الوقفي بحرفية ما اجتهد به الفقه الإسلامي، بحيث أخضعها للمدة التي يحددها الواقف بمقتضى شروطه وإن لم يفعل كانت مدة الإيجار سنة، في غير الأراضي الفلاحية، أما في الأراضي الفلاحية فتمتد إلى ثلاث سنوات، ولا يمكن أن تزيد على ذلك إلا إذا رفع الأمر إلى المحكمة المختصة وحكمت بذلك بعد تقديرها أن زيادة المدة أنفع للوقف.

رابعاً: التزامات مستأجر الملك الوقفي

عقد إيجار الملك الوقفي من العقود الملزمة لجانبين يُرتب التزامات متبادلة في ذمة كل من المؤجر والمستأجر، فالمؤجر فيه - وهو السلطة المكلفة بالأوقاف - ملزم بتسليم المستأجر الملك الوقفي المؤجر وملحقاته، وأن يمكنه من الانتفاع به انتفاعاً هادئاً كاملاً، غير أننا سنقتصر على دراسة الالتزامات التي

¹ نصت المادة 94 من مدونة الأوقاف المغربية 2010 على أنه: "تكرى الأملاك الوقفية غير الفلاحية لمدة ثلاث سنوات، - غير أنه يمكن تجديد هذه المدة بطلب من المكثري قبل انتهائها بثلاثة أشهر، شريطة موافقة إدارة الأوقاف والزيادة في السومة الكرائية بنسبة لا تقل عن عشرة بالمائة من هذه السومة عند كل تجديد".

² المادة 98 من ذات المدونة على أنه: "تكرى الأملاك الوقفية الفلاحية لمدة لا تزيد عن ست سنوات، 2 - غير أنه يمكن تجديد هذه المرة لمرة واحدة بطلب من المكثري قبل انتهائها بستة أشهر على الأقل، شريطة موافقة إدارة الأوقاف والزيادة في السومة الكرائية بنسبة لا تقل عن عشرين في المائة من هذه السومة عند كل تجديد".

يرتبتها عقد إيجار الملك الوقفي في ذمة المستأجر، لأنها هي التي يظهر من خلالها وجه حماية الملك الوقفي في عملية إيجاره، حيث يتعين على المستأجر، تجاه الملك الوقفي الالتزام بعدة التزامات مبينة في القواعد العامة لإيجار الأملاك العادية في القانون المدني، مع ضرورة مراعاة الطبيعة الخاصة للأملاك الوقفية .

1 - الالتزام باستعمال العين الوقفية المؤجرة حسب ما أعدت له والامتناع عن إحداث تغييرات فيها

وهذا الالتزام يستفاد من نص المادة 490 ق ج م التي انطوت على أنه: " يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة حسبما وقع الاتفاق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة حسب ما أعدت له "، كما نص عليه المشرع المغربي في المادة 84 من مدونة الأوقاف، حيث انطوت على أنه: " يتعين على المكتري المحافظة على العين المكترة واستعمالها فيما أعدت له، وفق الشروط المنصوص عليها في عقد الكراء، وفي دفتر للتحميلات عند الاقتضاء".
فعقد إيجار الأملاك الوقفية من العقود الواردة على المنفعة¹، فهو لا يخول للمستأجر إلا حق الانتفاع بالعين الوقفية المؤجرة، ولا يملك الحرية في استعمالها على الكيفية التي يشاء، وإنما يجب أن يستعملها وفق ما تم الاتفاق عليه في العقد، أو وفق ما أعدت له بحكم طبيعتها، وإلا عد مخلا بالتزاماته وعرض نفسه للجزاء القانونية المترتبة على هذا الإخلال.

وعلى ذلك إذا نص عقد الإيجار على استعمال الملك الوقفي في غرض معين دون غيره، كأن يذكر أنه سيؤجر للسكن أو ممارسة حرفة معينة، فلا يجوز للمستأجر أن يستعمله على خلاف ذلك.² وإذا لم يحدد في العقد الغرض الذي سيستعمل فيه الملك الوقفي المؤجر فإن المستأجر يلتزم باستعماله فيما أعد له، وطبيعة الملك الوقفي هي التي تدل على الوجه الذي يجب استعماله فيه.

ويجب ملاحظة أن التزام مستأجر الملك الوقفي باستعمال العين المؤجرة وفقا لما عدت له لا يتوقف عند ما بيناه أعلاه فحسب، بل يجب عليه أن لا يترك العين الوقفية المؤجرة دون استعمال إذا كان هذا الترك لها سيلحق ضررا بها، فمثلا إذا كانت العين الموقوفة أرض مخصصة للفلاحة مستصلحة فإن عدم زراعتها لمدة خمس سنوات أو أكثر، قد يحولها إلى أرض بور تحتاج إلى إصلاح من جديد، غير أنه إذا ورد اتفاق يفيد أن المستأجر يستطيع أن يترك العين دون استعمال، أو كان عدم استعماله

¹ فقد نصت المادة 5 من نماذج عقد الإيجار على أنه: " يتصف الملك الوقفي على أنه للانتفاع ولا يمكن أن يغدو للامتلاك، فلا يمكن للمستأجر بيعه ولا التنازل عليه ولا رهنه و لا يجاره من الباطن و لا التصرف فيه بأي شكل من الأشكال و لا التغيير في طبيعته كليا أو جزئيا ولو بصفة مؤقتة مع مراعاة أحكام المادة 24 من قانون الأوقاف". ينظر هذه النماذج في الملاحق رقم 09 و10 و11، الصفحات 364، 368، 372 من هذه الرسالة.

² ولقد ألزم المشرع الجزائري المستأجر في المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 69/94 المؤرخ في 19/03/1994 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار على أن يشغل الأماكن المؤجرة طبقا للغرض الذي تم الاتفاق عليه بين الطرفين، فلا يجوز للمستأجر أن يخالف هذا الغرض وإلا عد مخلا بالتزامه.

لها مبررا لقوة قاهرة اعترضته فلا مسؤولية عليه عندها.¹

أما بخصوص التزام المستأجر بالامتثال عن إحداث تغييرات في الملك الوقفي المؤجر، فقد نصت المادة 6 من نماذج عقد الإيجار الوقفي المعدة من قبل وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، على أنه: "يمنع على المستأجر إحداث أي تغيير في طبيعة المحل بزيادة أو نقصان إلا بعد الموافقة الخطية لوزارة الشؤون الدينية بموجب وصل مسجل"، وفي بيان عموم ذات الالتزام في جميع عقود الإيجار نصت المادة 1/492 من ق م ج على أنه: "لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة أي تغيير بدون إذن مكتوب من المؤجر 2. إذا أحدث المستأجر تغييرا في العين المؤجرة يلزم بإرجاعها إلى الحالة التي كانت عليها، ويعوض الضرر عند الاقتضاء"، كما نص عليه المشرع المغربي في المادة 85 من مدونة الأوقاف آنفة الذكر، التي انطوت على أنه: "لا يجوز للمكثري إحداث أي تغيير في العين المكثرة إلا بإذن مكتوب من إدارة الأوقاف".

وباستقراء هذه النصوص نجد أنه يتعين على مستأجر الملك الوقفي أن لا يدخل أي تغيير عليه يجعل من حالته تختلف عن تلك التي تسلمها عليه، ويقصد بالتغييرات التي تمس الملك الوقفي المؤجر هي تلك التغييرات المادية وليس التغييرات في استعماله، فالتغييرات المادية هي كل ما يلحق كيان أو جسم الملك الوقفي المؤجر أو أحد ملحقاته، ومن الأمثلة عنها قيام المستأجر بفتح نوافذ أو أبواب جديدة في الملك الوقفي المؤجر، أو سد ما كان موجودا منها، أو هدم السور الخارجي للمنزل الوقفي المؤجر، أو اقتلاع المستأجر أشجار الأرض الوقفية المؤجرة.² غير أنه لا يعد تغييرا في الملك الوقفي المؤجر أن يدخل المستأجر فيه ما يحتاج إليه من تحسينات كالمياه والإضاءة، وهو ما انطوت عليه المادة 493 من ق م ج بقولها: "يكون للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه والكهرباء والغاز وما يشبه ذلك على شرط أن لا يخالف طريقة وضع هذه الأجهزة القواعد المعمول بها، إلا إذا أثبت المؤجر أن وضع هذه الأجهزة يهدد سلامة العقار".

وفي الأخير يجب التنويه إلى أن التزام مؤجر الملك الوقفي بعدم إحداث تغيير فيه، لا يتعلق بالنظام العام، إذ يجوز للمؤجر مخالفة هذا الالتزام، حيث أن المشرعين الجزائري والمغربي مكنا المستأجر من إحداث تغييرات على الملك الوقفي المؤجر، ولكن لا يمكن أن يتم هذا التغيير إلا بعد الحصول على الموافقة الكتابية من السلطة المكلفة بإدارة الأوقاف.

2 - التزام المستأجر بالمحافظة على الملك الوقفي المؤجر

وهذا الالتزام قرره المادة 1/495 من ق م ج بقولها: "يجب على المستأجر أن يعتني بالعين

¹ هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، سنة 2010م، ص150.

² عبد الحميد الشوربي، أحكام عقد الإيجار في تشريعاته المتعددة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004م، ص270.

المؤجرة، وأن يحافظ عليها مثلما يبذلها الرجل العادي"¹، كما قرره المشرع المغربي في المادة 84 من مدونة الأوقاف، التي انطوت على أنه: "يتعين على المكتري المحافظة على العين المكترة...".

فبمقتضى عقد إيجار الملك الوقفي فإن هذا الأخير يخرج من حيازة السلطة المكلفة بإدارته إلى حيازة المستأجر طوال مدة العقد، حتى يتمكن هذا الأخير من الانتفاع به على الوجه المبين في العقد أو بحسب ما أعد له الملك الوقفي المؤجر، وهذا ما من شأنه أن يضع على عاتق المستأجر التزاما بالمحافظة عليه، فمستأجر الملك الوقفي بحسبانه المدين بهذا الالتزام، يتعين عليه أن يحافظ على الملك الوقفي المؤجر بأن يبذل في سبيل تحقيق ذلك العناية التي يبذلها الرجل العادي، فإذا كان متهاونا في هذه المحافظة فعليه أن يرفع من عنايته إلى درجة عناية الرجل العادي، ذلك أن التزام مستأجر الملك الوقفي في هذا المقام هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق نتيجة²، فلا يسأل إذا تلف الملك الوقفي، أو هلك متى بذل العناية المطلوبة وذلك لأن يد المؤجر هي يد أمين مرخص له بالاستغلال ولذلك يكون عليه المحافظة على العين الموقوفة.

ولا تتوقف مسؤولية مستأجر الملك الوقفي عن الأفعال التي تصدر عنه فحسب، بل تمتد لتشمل أفعال من كان تابعا له ممن سمح لهم بالإقامة أو استعمال الملك الوقفي المؤجر، كأفراد أسرته من زوجه وأقاربه وأصدقائه وضيوفه ... الخ.³

وفي سبيل تنفيذ مستأجر الملك الوقفي لالتزامه بالمحافظة عليه، يتعين عليه أيضا القيام بالترميمات التأجيرية⁴، وفي ذلك نصت المادة 494 ق م ج على أنه: "يلتزم المستأجر بالقيام بالترميمات الخاصة بالإيجار والجاري بها العمل ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك"، كما نصت المادة 07 من نماذج عقد الإيجار الوقفي المعدة من قبل وزارة الشؤون الدينية والأوقاف⁵، على أنه: "يلتزم المستأجر بإجراء الإصلاحات الصغيرة الناتجة عن استغلال المحل وبكل أعمال الترميم المترتبة عن أي خلل كان المستأجر سببا فيه"، وبناء على هتين المادتين يقع على عاتق مستأجر الملك الوقفي إجراء الترميمات الخاصة بالإيجار، والتي اصطلح الفقهاء على تسميتها بالترميمات التأجيرية تمييزا لها عن الترميمات

¹ ويعد هذا النص تطبيقا للقواعد العامة في نظرية الالتزام، إذ تنص المادة (172) ق م ج على أنه: " في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه أو خطئه الجسيم " .

² وفي بيان هذا الالتزام نصت المادة (2/495) ق م ج على أنه: " وهو مسؤول عما يلحق العين أثناء انتفاعه بها من فساد أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالا عاديا " .

³ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج 6 ، ص 540 .

⁴ وهي تلك الترميمات البسيطة المتعلقة بانتفاعه اليومي بالعين المؤجرة كالقيام بالإصلاحات البسيطة في قنوات المياه.

⁵ ينظر هذه النماذج في الملاحق رقم 09 و10 و11، الصفحات 364، 368، 372 من هذه الرسالة.

الضرورية، ويعود سبب تحميل المشرع مستأجر الملك الوقفي بهذه الترميمات افتراض أن مصدرها يعود لاستعمال المستأجر أو من يتبعه للملك الوقفي، بحكم اتصاله بالعين المؤجرة مدة الإيجار، وكذلك لبساطة هذه الترميمات عادة.

غير أنه ينبغي ملاحظة أن التزام مستأجر الملك الوقفي بالقيام بالترميمات التأجيرية لا يتعلق بالنظام العام، وعلى ذلك فإنه يجوز للمستأجر بناء على اتفاق مع السلطة القائمة على إدارة الأملاك الوقفية إعفائه منها أو تقاسم نفقاتها بينهما أو التشديد فيها، فالأصل في العقود الإيجار أن العقد شريعة المتعاقدين.¹

ويلحق بالالتزام مستأجر الملك الوقفي بالمحافظة عليه ضرورة قيامه بإخطار مؤجر الملك الوقفي بما يستوجب تدخله، تطبيقاً لنص المادة 497 ق م ج القاضية بأنه: " يجب على المستأجر أن يخبر المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله، كأن تحتاج العين المؤجرة إلى ترميمات مستعجلة أو يظهر فيها عيب أو يقع اغتصاب عليها أو يتعدى الغير بالتعرض أو الإضرار بها "، فقد يهدد سلامة الملك الوقفي المؤجر أثناء مدة الإيجار تهديداً ما، ولأن العين المؤجرة موجودة في حيازة المستأجر فهو الأعم بكل ما من شأنه تهديد سلامتها، ولذلك ولما كان ملزماً بالمحافظة عليها كان لزاماً عليه أن يبلغ السلطة القائمة على إدارة الأوقاف المؤجرة له بكل أمر يستدعي تدخلها، كأن يحتاج الملك الوقفي المؤجر إلى ترميمات مستعجلة بهدف المحافظة على أصله، يترتب على عدم إجرائها هلاكه، فأساس التزام المستأجر بالإخطار هو علمه بها دون المؤجر.

3 - الالتزام بدفع ثمن الإيجار في الموعد المتفق عليه ورد الملك الوقفي المؤجر

يتمثل محل التزم المستأجر في عقد الإيجار في دفع الأجرة " بدل الإيجار "، مقابل انتفاعه بالعين المؤجرة، وحكم تخلفها هو بطلان عقد الإيجار²، ومن ناحية ثانية تُعد الأجرة ضرورية في عقد الإيجار لتمييزه عن عقد العارية الذي يكون بغير عوض.³

وإذا كان الأصل في النظرية العامة في عقد الإيجار أن يكون للمتعاقدين حرية الاتفاق على بدل الإيجار، حيث نصت المادة 2/467 من ق م ج على أنه: " يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقداً أو بتقديم أي عمل آخر "، فإن هذا الأصل لم يأخذ به المشرع الجزائري فيما يتعلق بثمن الإيجار الوقفي، ذلك أن المرسوم التنفيذي 381/ 98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك، والمرسوم التنفيذي 70/14 المحدد لشروط وكيفية إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة، أنفي الذكر، قد أخضع بدل الإيجار الوقفي لإجراءات خاصة يحدد عن طريقها، وهي المزداد العلني أو التراضي

¹ هلال شعوة، مرجع سابق، ص 163 .

² حيث عرفت المادة 467 من ق م ج الإيجار بقولها: " الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم "

³ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج 6، ص 07 .

وذلك حسب المادتين 22 و 23 من المرسوم الأول، والمادتين 14 و 20 من الثاني، ويجب أن تحدد الأجرة في الإيجار الوقفيين إيجار المثل كسعر أدنى عن طريق الخبرة بعد المعاينة واستطلاع رأي المصالح المختصة في أملاك الدولة أو الجهات الأخرى المختصة إذا تم عقد الإيجار عن طريق المزاد العلني، أما إذا أجز الملك الوقفي بالتراضي مباشرة تطبيقاً لنص المادة 25 أنفة الذكر من المرسوم التنفيذي 381/98 المذكور أعلاه، فإن ثمن الإيجار يحدد بالتراضي بين ناظر الوقف ممثلاً في الهيئة المكلفة بالأوقاف (مديرية الشؤون الدينية والأوقاف) والمستأجر، ويخضع لرقابة السلطة المركزية ممثلة في الوزير .

وفي كل الحالات يكون المستأجر ملزماً بدفع ثمن الإيجار إلى حساب الصندوق المركزي للأوقاف المفتوح لهذا الشأن مقابل وصل الدفع الذي يسلم له، والذي عليه استظهاره إلى مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، والتي بدورها تسلم له بعد التأكد والتدقيق وصلاً عن دفع قيمة الإيجار.¹ فعدم دفع هذه القيمة لشهرين متتاليين من قبل المستأجر أو التذبذب في تسديد الأجرة وعدم احترام أجلها تعد من الأسباب التي تخول السلطة المكلفة بالأوقاف حق فسخ عقد الإيجار الوقفي.² كما يلتزم مستأجر الملك الوقفي برده عند انتهاء عقد الإيجار³، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة المتعلقة بعقد الإيجار في القانون المدني الجزائري، حيث نصت المادة 469 مكرر 1 من ق م ج المضافة بمقتضى القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13/05/2007 المعدل والمتمم للقانون المدني على أنه: "ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء..."، وفي بيان ذات الالتزام انطوت المادة 502 من ذات القانون على أنه: "يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة عند انتهاء مدة الإيجار، فإذا أبقاها تحت يده دون حق، وحب عليه أن يدفع للمؤجر تعويضاً باعتبار القيمة الاجارية للعين وباعتبار ما لحق المؤجر من ضرر".

ولذلك يتعين على مستأجر الملك الوقفي أن يرده ذاته عند انتهاء الإيجار، وبما اشتمل عليه من ملحقات تتبعه من دون نقص، وإذا اختلف مؤجر الملك الوقفي متمثلاً في مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، والمستأجر حول الحالة التي يجب أن يكون عليها الملك الوقفي المؤجر وقت الرد، وجب

¹ فقد نصت المادة 5 من المرسوم التنفيذي 70/14 على أنه: "يكون إيجار الأراضي الوقفية الفلاحية مقابل دفع قيمة اجارية لحساب الصندوق المركزي للأوقاف"، كما نصت المادة 11 من نفس المرسوم على أنه: "يلتزم المستأجر المستفيد من إيجار الأراضي الوقفية الفلاحية، على الخصوص بما يأتي: ... تسديد مقابل الإيجار السنوي مسبقاً".

² حيث نصت المادة 12 من نماذج عقد الإيجار على أنه: "يحق للوزارة إلغاء عقد الإيجار في الحالات التالية: ... تأخر المستأجر في دفع الإيجار شهرين متتاليين... تسجيل المستأجر تذبذباً في تسديد أجرة الكراء وعدم احترام مواعيدها". ينظر هذه النماذج في الملاحق رقم 09 و 10 و 11، الصفحات 364، 368، 372 من هذه الرسالة.

³ فعقد الإيجار هو من العقود الزمنية التي ترد على الانتفاع بالعين المؤجرة، ولما كان الانتفاع بالشيء بطبيعته مؤقتة بمدة زمنية وجب على المستأجر أن يرد للمؤجر العين المؤجرة عند نهاية العقد

الاحتكام إلى محضر المعاينة الذي حرّراه عند التسليم، فإن لم يكونا قد حرّرا محضرا بالتسليم التزم مؤجر الملك الوقفي ما قد يدعيه من نقص أو عجز أصاب الملك الوقفي المؤجر¹، وفي بيان هذا المعنى نصت المادة 503 من ق م ج على أنه: " يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة بالحالة التي كانت عليها وقت تسلمها، ويحرر وجاهيا محضر أو بيان وصفي بذلك . وإذا تم رد العين المؤجرة دون تحرير محضر أو دون بيان وصفها، يفترض في المؤجر أنه استردها في حالة حسنة ما لم يثبت العكس " .

وإذا تسبب مستأجر الملك الوقفي في أي نقص فيه فإنه يتم خصم مصاريف إصلاحه من مبلغ الكفالة المقدم منه عند إبرام العقد كضمان على تلك المحتويات عند مغادرته له، حيث أنه من الناحية العملية تلزم مديرية الشؤون الدينية والأوقاف للمستأجر للملك الوقفي بدفع مبلغ نقدي يعد بمثابة كفالة كضمان على محتويات الملك الوقفي المؤجر المبينة بالوثيقة المحررة المثبتة لحالته عند التسليم والاستلام، حيث لا يعاد مبلغ هذه الكفالة للمستأجر المغادر للملك الوقفي المؤجر إلا بعد خصم ما يترتب من مصاريف ترميم، وإصلاح الملك الوقفي عند المغادرة، ويعد هذا الإجراء تأكيدا لحماية للملك الوقفي المؤجر تطبيقا للفقرة الثالثة من المادة 503 ق م ج التي جعلت المستأجر مسؤولا عن الضرر الذي يلحق بالعين المؤجرة، إلا إذا اثبت أنه ليس هو المتسبب فيه.²

4 . التزام المستأجر بعدم تأجير الملك الوقفي من الباطن³

من أجل حماية الملك الوقفي والمحافظة عليه فإنه تُقرر هذا الالتزام في ذمة مستأجر الملك الوقفي، فقد نصت على ذلك المادة 5 من نماذج عقود الإيجار المعتمدة من طرف وزارة الشؤون الدينية والأوقاف⁴، على أنه: " يتصف الملك الوقفي على أنه للانتفاع ولا يمكن أن يغدو للامتلاك، فلا يمكن للمستأجر بيعه ولا التنازل عليه و لا رهنه ولا إيجاره من الباطن و لا التصرف فيه بأي شكل من الأشكال و لا التغيير في طبيعته كليا أو جزئيا ولو بصفة مؤقتة مع مراعاة أحكام المادة 24 من قانون الأوقاف" . فلتن كان حق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة هو حق شخصي وليس حقا عينيا⁵، وهو حق

¹ هلال شعوة، مرجع سابق، ص 187 .

² حيث نصت المادة 503 من ق م ج على أن: " المستأجر مسؤول عما يلحق العين المؤجرة من هلاك أو تلف، ما لم يثبت أنه لا ينسب إليه " .

³ الإيجار من الباطن أو الإيجار الفرعي هو: قيام المستأجر بتأجير العين المؤجرة إلى شخص آخر، يسمى المستأجر الفرعي أو المستأجر من الباطن لمدة معينة، لا تخرج عن مدة الإيجار الأصلي عادة مقابل أجر معلوم. ينظر: هلال شعوة، مرجع سابق، ص 206.

⁴ ينظر هذه النماذج في الملاحق رقم 09 و 10 و 11، الصفحات 364، 368، 372 من هذه الرسالة.

⁵ الحق الشخصي: هو رابطة قانونية بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين، وهذا الحق يخول للدائن مطالبة المدين بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ومن ثم فإن للحق الشخصي ثلاثة عناصر: صاحب الحق، ومن عليه الحق، ومحل الحق وهو الأداء الواجب على المدين، أما الحق العيني فهو سلطة يخولها القانون لشخص على شيء مادي معين، كحق الملكية وحق الارتفاق، ومن ثم فإن للحق العيني عنصرين هما: صاحب الحق ومحل الحق، ينظر: إسحاق إبراهيم=

مالي يجوز للمستأجر بحسب الأصل أن يتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات التي تتناول الحقوق الشخصية، كتنازل المستأجر عن حقه في الانتفاع بالعين المؤجرة بمقابل أو من غير مقابل أو ما يطلق عليه التنازل عن الإيجار، أو قيام المستأجر بتأجير حقه في الانتفاع بالعين المؤجرة إلى مستأجر آخر أو ما يطلق عليه الإيجار من الباطن، والذي يُسمى أيضا، الإيجار الفرعي، لأنه يتفرع عن الإيجار الأصلي¹، فإن المشرع الجزائري قد نص على عدم جواز تصرف المستأجر في حق الانتفاع بالعين المؤجرة إلا بشروط، فقد نصت المادة 505 من ق م ج على أنه: " لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجارا من الباطن دون موافقة المؤجر كتابيا ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك " .

وجدير بالملاحظة أن المادة 5 من نماذج عقود الإيجار الوقفية آنفة الذكر لم تستثني من حظر لجوء مستأجر الملك الوقفي إلى تأجيله من الباطن حالة الموافق الصريحة على ذلك من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف باعتبارها مؤجرا للملك الوقفي، كما هو عليه الحال في المادة 505 ق م ج، حيث أجازت التأجير من الباطن في حالة الموافقة الكتابية من المؤجر، ومرد ذلك يرجع إلى حرص وزارة الشؤون الدينية والأوقاف على عدم فتح الباب لمثل هذه التأجيلات من أجل حماية الأملاك الوقفية والمحافظة على حقوقها، ذلك أن الإيجار من الباطن (الإيجار الفرعي) لا ينشئ علاقة مباشرة بين المؤجر الأصلي و المستأجر من الباطن، مما قد يترتب على ذلك ضياع حقوق الملك الوقفي .

ومن ناحية ثانية فإن نماذج عقود الإيجار الوقفي المعدة من قبل وزارة الشؤون الدينية والأوقاف لم تتطرق إلى مسألة التنازل عن عقد إيجار الملك الوقفي²، كما لم يتضمن ذلك قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، فالتنازل عن الإيجار يشترك مع الإيجار من الباطن في انتقال منفعة العين المؤجرة من المستأجر إلى شخص آخر، سواء كان المتنازل له أو المستأجر الفرعي، غير أنهما يختلفان من حيث

=منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1999، ص291.

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج 6، ص662 وما بعدها.

² يُعرّف التنازل عن الإيجار بأنه: اتفاق يقصد من ورائه نقل جميع حقوق والتزامات المستأجر الناشئة عن عقد الإيجار، إلى شخص آخر يحل محله فيها يسمى المتنازل له، فبموجب هذا التنازل يحيل المستأجر حقه في الانتفاع بالعين المؤجرة إلى المتنازل له، ويحيل له في ذات الوقت التزاماته في مواجهة المؤجر، والتي من أهمها دفع الأجرة والمحافظة على العين المؤجرة، وكذلك ردها عند نهاية الانتفاع، وعليه بهذه الصورة لا يعد أن يكون تنازل المستأجر عن حقه في الانتفاع بالعين المؤجرة وهو حق مالي شخصي منقول، حوالة حق بالنسبة للمستأجر من حقوق، وحوالة دين بالنسبة لما عليه من التزامات، والتنازل عن الإيجار قد يكون بعوض يدفعه المتنازل له إلى المستأجر، فنكون أمام بيع أو مقايضة في هذه الحالتين كما قد يكون دون عوض فيعده هبة، وقد يشمل التنازل العين المؤجرة كلها، كما قد يقتصر على بعضها فقط، أما عن مدته فهو قد يرد على كامل مدة الإيجار، كما قد يرد على جزء منها، ينظر: أحمد شرف الدين، عقد الإيجار في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن المبنية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، سنة 2006، ص155 .

العلاقات التي ينشئها كل منهما، فالإيجار من الباطن لا ينشئ علاقة مباشرة بين المؤجر الأصلي والمستأجر الفرعي، وإنما يرتب علاقتهان مستقلتان عن بعضهما البعض، الأولى علاقة المؤجر الأصلي بالمستأجر الأصلي وتخضع لأحكام عقد الإيجار الأصلي، والعلاقة الثانية هي علاقة بين المستأجر الأصلي والمستأجر الفرعي، ويحكمها عقد الإيجار الفرعي، أما التنازل عن الإيجار فهو ينشئ علاقة مباشرة بين المؤجر والمتنازل له فيحل هذا الأخير محل المستأجر المتنازل في الحقوق والالتزامات المستمدة من عقد الإيجار في مواجهة المؤجر.¹

والمشرع المغربي في مدونة الأوقاف نص في المادة 86 منها على أنه: "لا يجوز للمكتري تولية الكراء إلا بإذن كتابي من إدارة الأوقاف، كما يمنع الكراء من الباطن مطلقاً"، فقد سمح المشرع في هذه المادة بالتنازل عن إيجار الأملاك الوقفية إذا استصدر المستأجر ترخيصاً مكتوباً من إدارة الأوقاف، في حين منع منعاً باتاً على المستأجر إيجار الملك الوقفي من الباطن لأن في هذا الأخير لا يكون لإدارة الأوقاف فيه علاقة بالمستأجر من الباطن، وفي مثل هذا الإيجار لا شك تضيع حقوق الملك الوقفي المؤجر.

5 - وإذا كانت الالتزامات المبينة في الفقرات السابقة هي التزامات عامة يلتزم بها المستأجر في أي عقد إيجار كان، فإن هناك التزامين إضافيين يقعان على عاتق المستأجر، بينهما مواد العقود النموذجية لإيجار الملاك الوقفية المعدة من طرف وزارة الشؤون الدينية والأوقاف²، فقد نصت المادة 8 منها على أنه: "يلتزم المستأجر باحترام القوانين والآداب العامة في مجالات النظافة والأمن وحسن الجيرة، وفي حالة مخالفتها يفسخ العقد بقوة القانون دون أي تعويض"، فيتعين على مستأجر الملك الوقفي أن يتقيد بالآداب العامة التي تنظم شؤون النظافة، فعليه أن لا يجعل من الملك الوقفي محل الإيجار مكاناً غير نظيف أو مكان لرمي القمامة، فقيمة النظافة من أهم القيم التي تحت عليها الشريعة الإسلامية، كما يتعين عليه أيضاً التقيد بأمن المجتمع، فلا يجوز له مثلاً أن يجعل من الملك الوقفي المستأجر مكاناً لتجمع أفراد يمارسون نشاطات تضر بأمن المجتمع، كما يجب عليه في كل الأحوال الالتزام بحسن جوار القاطنين بجانب الملك الوقفي، فالشريعة الإسلامية تحت على حسن الجيرة، وفي حالة عدم التزام المستأجر بهذين الالتزامين، فإنه يترتب على ذلك فسخ عقد الإيجار من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف، وذلك بقوة القانون ومن غير استحقاق المستأجر لأي تعويض.

أما الالتزام الثاني الملقى على عاتق المستأجر والخاص بإيجار الأملاك الوقفية يتمثل في التزامه بتسديد تكاليف إيصال الكهرباء والغاز والماء، فلقد انطوت على تقرير هذا الالتزام المادة 9 من نماذج عقود الإيجار، ويعد هذا الالتزام خلافاً لما هو وارد في القاعدة العامة لعقد الإيجار في مواد القانون

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج 6، ص 662 - 663.

² تنظر هذه النماذج في الملاحق رقم 09 و10 و11، الصفحات 364، 368، 372 من هذه الرسالة.

المدني الجزائري¹، إذ يعد توفير الكهرباء والمياه واصلاهما من التزامات المؤجر إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك، كما هو الشأن في عقد الإيجار الوقفي بمقتضى هذه المادة، أما تسديد فواتير استهلاك الكهرباء والماء والغاز فهو يقع دائما على عاتق المستأجر بحسبانه هو المستفيد من استهلاكها.

خامساً: انتهاء عقد الإيجار الوقفي

ينتهي عقد الإيجار الوقفي وفقا لعدة أسباب منها ما يتعلق بالعقد أو المعقود عليه، ومنها ما يتصل بالمؤجر، ومنها ما يتصل بالمستأجر.

1 - انتهاء عقد الإيجار الوقفي بانقضاء مدة الإيجار

عقد الإيجار الوقفي على غرار كل عقود الإيجار الأخرى عقد مؤقت، أي أنه عقد من العقود الزمنية، تقاس منفعة العين فيه بمقياس الزمن، إذ لا يمكن تحديد مدى انتفاع المستأجر بالشيء إلا بالمدة التي ينتفع فيها به، وعلى ذلك فإن عقد الإيجار الوقفي ينتهي بإنهاء المدة المتفق عليها في هذا العقد، فقد سبق بيان أن المادة 1/27 من المرسوم التنفيذي 381/98 أنف الذكر، توجب أن تكون مدة الإيجار الوقفي محددة، و ذات الحكم نصت عليه المادة 1/6 من المرسوم التنفيذي 70/14 سالف الذكر، أما فيما يخص تجديد عقد الإيجار الوقفي فقد نصت المادة 3/27 من المرسوم التنفيذي 381/98 أنف الذكر، على أنه: "يجدد عقد الإيجار خلال الأشهر الثلاثة الأخيرة من مدته، و إذا لم يتم ذلك تطبق أحكام الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر والمتضمن القانون المدني".

فانتهاء مدة إيجار الملك الوقفي يفترض أن العقد لم يجدد، أو جدد وانتهت مدة التجديد، وتطبيقا للقواعد العامة لعقد الإيجار، نجد أن المادة 469 مكرر 1 ق م ج نصت على أنه: "ينتهي عقد الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء"، فيتجلى من هذا النص أن مجرد انقضاء المدة المحددة في عقد الإيجار الوقفي، أو المدة المحددة في تجديده، تؤدي بالضرورة إلى انتهائه دون داعي للقيام بأي إجراء إضافي آخر، بما في ذلك توجيه تنبيه بالإخلاء، كما لا يمكن الحديث عن التجديد الضمني لعقد الإيجار الوقفي، لأن المشرع الجزائري قد عمد إلى إلغاء التجديد الضمني لعقد الإيجار في كل عقود الإيجار بصفة عامة، بمقتضى أحكام القانون رقم 05/07 المعدل والمتمم للقانون المدني

¹ فقد نصت المادة 479 من ق م ج على أنه: "يلتزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم ... 3 - ويتعين عليه أن يقوم لاسيما بالأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص، وأعمال تنظيف الآبار، كما يتعين عليه صيانة وتفريغ المراحيض وقنوات تصريف المياه ... " فهذه الأعمال من أعمال الترميمات الضرورية وليس من الترميمات البسيطة الملقاة على عاتق المستأجر، وقد ذكرها المشرع الجزائري على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، فإيصال الكهرباء والماء والغاز للعين المؤجرة يدخل ضمن هذه الأعمال الضرورية للعين المؤجرة من أجل الانتفاع بها، لذلك تعد التزام من التزامات المؤجر.

الجزائري الصادر بمقتضى الأمر رقم 58/75 .¹

2 - انتهاء عقد الإيجار الوقي بسبب فسخه

في العقود الملزمة لجانبين يحق لأحد المتعاقدين، أن يطلب فسخ² العقد إذا أخل المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته، وهذا ما انطوت عليه المادة 119 من القانون المدني بقولها: " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد اذاره المدين أن يطلب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك "، وبما أن عقد الإيجار عموما وعقد الإيجار الوقي خصوصا من العقود الملزمة لجانبين، فإنه وتطبيقا للنظرية العامة في عقد الإيجار إذا أخل مستأجر أو مؤجر الملك الوقي بالتزامات الملقاة على عاتقه جاز للطرف الآخر، تطبيقا للمادة 119 أعلاه، بعد اذار المدين بتنفيذ التزاماته، أن يطلب من القضاء فسخ العقد، مع ما يترتب على ذلك من تعويض.

غير أنه يجب الأخذ في الحسبان أن طلب الفسخ تطبيقا للمادة 119 أعلاه، يخضع دائما للسلطة التقديرية للقاضي في الاستجابة إلى طلب الفسخ من عدمه، وبناء على ذلك فقد يلجأ المتعاقدان إلى الفسخ الاتفاقي أو ما يطلق عليه البعض الشرط الفاسخ الصريح، حيث ينص المتعاقدان في العقد الذي يجمعهما على أنه في حالة عدم تنفيذ الالتزامات التي يربتها العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه وبحكم القانون، وهذا ما بينته المادة 120 من ق م ج بقولها: " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشرط المنفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي، وهذا لا يعفي من الاعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين ".³

ولذلك تضمنت نماذج عقد الإيجار الوقي المعتمد من قبل وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، في المادة 12 منها على شروط اتفاقية، يفسخ عقد الإيجار الوقي في حال تحققها، تتمثل هذه الحالات في⁴:
أ - تأخر المستأجر في دفع الإيجار شهرين متتاليين أو التذبذب في تسديدها وعدم احترام مواعيدها:

¹ ففي ظل القانون رقم 05/07 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري لا مجال للحديث عن التجديد الضمني لعقد الإيجار، الذي كانت تنص عليه المادة 474 الملغاة بمقتضى القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 / 05 / 2007 ، حيث جاء فيها: "... إلا أنه إذا بقي المستأجر في المحل أو بقي فيه بعد انقضاء تلك المدة فينقذ إيجار جديد تجري عليه المادة 509 الخاصة بالإيجار المنعقد لمدة غير محددة ... "، كما أن المادة 509 من القانون المدني قبل إلغائها بالقانون 05/07 كانت تنص على أنه: " إذا انتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة مع علم المؤجر اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى، ولكن لمدة غير محددة، وتسري على الإيجار أحكام المادة 474 إذا تجدد على هذا الوجه " .

² يشترط في العقد لكي يكون قابلا للفسخ أن يكون ملزما لجانبين، وأن لا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، وأن يكون المتعاقد الآخر الذي يطلب الفسخ مستعدا للقيام بالتزاماته من جهة وقادرا على إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ من جهة أخرى، ينظر: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج1 ، ص 698.

³ هلال شعوة، مرجع سابق، ص 227 - 228 .

⁴ تنظر هذه النماذج في الملاحق رقم 09 و10 و11، الصفحات 364، 368، 372 من هذه الرسالة.

فمن لالتزامات الأساسية على مستأجر الملك الوقفي هي دفع بدل الإيجار، فتأخره لمدة شهرين عن الوفاء بهذا الالتزام، أو عدمه احترامه لمواعيد الدفع، يعرضه لفسخ عقد الإيجار الذي كان يستفيد منه، وتقرير هذا الفسخ كشرط اتفاقي في عقد الإيجار الوقفي يشكل ضمانته هامة لاستمرار حصول السلطة المكلفة بالأوقاف على مداخيل إيجار الأملاك الوقفية والتصدي لبعض المؤجرين سيئي النية ومنعهم من التقاعس عن أداء بدل الإيجار .

كما أخذ المشرع المغربي بهذا السبب في فسخ عقد الإيجار الوقفي، حيث اعتبر أن عدم أداء بدل الإيجار لثلاثة أشهر خلال ثمانية أيام من تاريخ توصيل الإنذار للمستأجر، يجعله في حالة المطل المبرر لفسخ العقد من طرف إدارة الأوقاف، مع التعويض إن كان له مقتضى¹.

ب - عدم احترام شروط الأمن والنظافة والآداب العامة: تقدم الحديث عن التزام مستأجر الملك الوقفي احترام شروط الأمن، بعدم تعريض أمن المجتمع من خلال أعمال يقوم بها في الملك الوقفي، أو عدم احترام شرط النظافة فيه، أو عدم احترام الآداب العامة في المجتمع فإن كل هذه الأعمال تعبير إخلالا بالتزاماته التعاقدية ومن ثم يحق للسلطة المكلفة بالأوقاف فسخ عقد الإيجار.

ج - ملاحظة إهمال الملك وعدم الحفاظ عليه: سبق بيان أن يد مستأجر الملك الوقفي هي يد أمين مرخص له بالاستغلال، لذلك يكون عليه الحفاظ على هذا الملك الوقفي وصيانته بما يسمح ببقائه على الحال التي تسلمه عليها، لذلك إذا أهمل المستأجر الملك الوقفي كان مخلا بهذا الالتزام، ويترتب على ذلك فسخ العقد، من طرف السلطة المكلفة بالأوقاف، وهذا السبب أخذ به كذلك المشرع المغربي، حيث نصت المادة 84 من مدونة الأوقاف على أنه: "يتعين على المكثري المحافظة على العين المكتراه واستعمالها فيما أعدت له وفق الشروط المنصوص عليها في عقد الكراء، وفي دفتر التحميلات عند الاقتضاء 2 - كل إخلال بهذا الالتزام يوجب الفسخ والتعويض عن الضرر".

د - إذا دعت المصلحة العامة لفسخ العقد: فقد تدعوا المصلحة العامة للمجتمع في بعض الأحيان السلطة المكلفة بالأوقاف اتخاذ إجراءات معينة من شأنها أن لا تتم إلا إذا فسخ عقد الإيجار الوقفي، الذي يستفيد منه المؤجر، مثل أن تحتاج مديرية الأوقاف والشؤون الدينية إلى إعادة بناء الملك الوقفي المؤجر أو إدخال تغييرات هامة عليه، إذ أن حفظ المال الوقفي وصيانته وتميمته يقع على عاتق السلطة المكلفة بالأوقاف، ومن أجل القيام بهذا الواجب فإنها قد ترى أن مصلحة الوقف تقتضي إعادة بناء العين الموقوفة المؤجرة بعد هدمها بإسقاط البناء كله أو في جزء منه مما يتعذر معه الاستمرار في شغل الملك الوقفي من قبل المستأجر، فتكون المصلحة العامة عندئذ دعت إلى فسخ عقد الإيجار الوقفي.

كما نصت المادة 12 من المرسوم التنفيذي 70/14 المحدد لشروط وكيفيات إيجار الأراضي

¹ حيث انطوت المادة 95 من مدونة الأوقاف المغربية على انه: "إذا لم يؤدي المكثري كراء ثلاثة أشهر داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ توصيله بإنذار بالأداء، اعتبر في حالة مطل، وترتب عنه الحق في فسخ العقد مع التعويض".

الوقفية المخصصة للفلاحة، على أنه: "يترتب على كل إخلال من المستأجر بالتزاماته فسخ العقد"، وقد حددت المادة 11 من ذات المرسوم هذه الالتزامات بأنها، الالتزام بعدم تغيير الوجهة الفلاحية، والالتزام بتسديد الإيجار السنوي مسبقاً، والالتزام بعدم تأجير الأرض الفلاحية من الباطن، والالتزام باحترام المدة الثابتة في عقد الإيجار.

والحكمة من وراء لجوء وزارة الشؤون الدينية والأوقاف في الجزائر إلى هذه الصورة الاتفاقية مع المستأجر في تقرير الفسخ المنصوص عليه كبند من بنود عقد الإيجار الوقفي، من غير ضرورة اللجوء للقضاء، تتمثل في رغبتها توفير مصاريف التقاضي وتقاضي إهدار الوقت في ساحات المحاكم من أجل الحكم بهذا الفسخ.

3 - انتهاء عقد الإيجار الوقفي بهلاك العين الموقوفة المؤجرة

هلاك العين المؤجرة كسبب من أسباب انقضاء عقد الإيجار، نص عليه المشرع الجزائري في الأحكام العامة لنظرية الالتزام بموجب المادة 121 من ق م ج بقولها: " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون "، كما أكد المشرع مضمون هذا النص في النصوص المنظمة لعقد الإيجار بموجب المادة 481 من ق م ج التي انطوت على أنه: " إذا هلك العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار هلاكاً كلياً يفسخ الإيجار بحكم القانون 2 - إذا كان هلاك العين المؤجرة جزئياً أو إذا أصبحت في حالة لا تصلح للاستعمال الذي أعدت من أجله، أو نقص هذا الاستعمال نقصاً معتبراً ولم يكن ذلك بفعل المستأجر، يجوز لهذا الأخير، إذا لم يقم المؤجر في الوقت المناسب برد العين المؤجرة إلى الحالة التي كانت عليها، أن يطلب حسب الحالة إما إنقاص بدل الإيجار أو فسخ الإيجار " .

وليست الفقرة الأولى من المادة 481 أعلاه، إلا تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بانفساخ العقد لاستحالة التنفيذ الراجع إلى انعدام المحل، فبهلاك العين المؤجرة الموقوفة هلاكاً كلياً أصبح تنفيذ عقد الإيجار الوقفي مستحيلًا، فقد تهلك العين المؤجرة الموقوفة بسبب حريق أو صاعقة من السماء أو حرب مدمرة أو نحو ذلك، كما يعد من قبيل الهلاك الكلي أن يزول البناء الوقفي المؤجر، حتى ولو بقيت الأرض التي عليها البناء و بقي معها بعض الحيطان قائماً¹.

فينفسخ الإيجار الوقفي بهلاك العين الموقوفة المؤجرة هلاكاً كلياً، فإذا كان الهلاك بسبب المستأجر أو شخص آخر معلوم، فإنه يرجع عليه ليعوض الوقف الذي هلك بوقف آخر، ليحل محل الوقف الهالك، فقد نصت المادة 24 من قانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم على أنه: "لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر، إلا في الحالات الآتية :
- حالة تعرضه للضياع أو الاندثار.

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج6، ص 284 .

- حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكانية إصلاحه ... " .

أما إذا هلكت العين الموقوفة المؤجرة هلاكاً جزئياً، أو أصبحت في حالة لا تصلح للاستعمال الذي أعدت له أو نقص هذا الاستعمال نقصاً معتبراً، ولم يكن بفعل مستأجر الملك الوقفي، كأن يتهدم حائط البيت السكني الموقوف محل الإيجار، أو أن ينهار سقفه، أو أن يجف الآبار فلم تعود تكون مياه الري كافية لزراعة الأرض الوقفية المخصصة للزراعة، ففي مثل هذه الحالات ويتوافر الشروط المتقدم ذكرها، وإذا لم تقم السلطة المكلفة بالأوقاف في الوقت المناسب برد الملك الوقفي المؤجر إلى الحالة التي كان عليها، فإنه يجوز للمستأجر أن يطلب - حسب الحالة - إما إنقاص بدل الإيجار أو فسخ عقد الإيجار.

4 - انتهاء عقد الإيجار الوقفي لسبب عائلي أو مهني خاص بالمستأجر

جاء في المادة 469 مكرر 1 ق م ج في فقرتها الثانية: "... غير أنه يجوز للمستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسبب عائلي أو مهني ويجب عليه إخطار المؤجر بموجب محرر غير قضائي يتضمن إشعاراً لمدة شهرين".

ومن خلال تطبيق هذا النص العام في عقود الإيجار على عقد الإيجار الوقفي، نستنتج أن المشرع الجزائري أعطى للمستأجر الحق في إنهاء عقد الإيجار الوقفي إذا عرضت له أسباب عائلية أو أسباب مهنية تطلبت ذلك، غير أن المشرع لم يحدد ما هي الأسباب العائلية والأسباب المهنية التي يمكن بمقتضاها للمستأجر طلب إنهاء عقد الإيجار الوقفي، ولعموم اللفظ فإن كل سبب عائلي أو سبب مهني هو محل اعتبار، شريطة أن يثبت المستأجر وجود هذا السبب، وأن يثبت في الوقت ذاته أثره المباشر على عقد الإيجار الوقفي وضرورة إنهائه تحت ضغط هذا السبب.

ومن الأسباب العائلية مثلاً، زيادة أفراد عائلة المستأجر مع عدم قدرة البيت السكني الموقوف استيعاب عددهم، مما يحتم على المستأجر أن يبحث عن عين مؤجرة أوسع تفي بحاجته، أو على العكس من ذلك، فقد يتناقص أفراد العائلة المستأجرة للمسكن الوقفي المؤجر، فيصبح هذا المسكن أكبر من حاجته أو أكثر كلفة، فيجعله ذلك ينهي عقد الإيجار الوقفي ليستأجر عيناً تتناسب مع وضعه الجديد، ومن الأسباب العائلية أيضاً التي يمكن لمستأجر الملك الوقفي السكني أن يؤسس عليها إنهاء عقد الإيجار، التحاق أبنائه بمؤسسات تعليمية بعيدة عن الدار الموقوفة و عدم توفره على وسائل النقل التي تنقلهم إلى تلك المؤسسات¹، أما عن أمثلة الأسباب المهنية التي تُجيز لمستأجر الملك الوقفي طلب فسخه، أن يقوم موظفاً أو عاملاً بتأجير سكنا وفقه من أجل قضاء عطلة الصيفية ثم تقوم الهيئة المستخدمة أو رب العمل باستدعائه للالتحاق بعمله فتلغى عطلته، أو أن يستأجر حرفي محلاً موقوفاً ليمارس فيه حرفته ثم تسحب منه رخصة مزاولتها ويشطب اسمه من سجل الحرفيين دون خطأ منه .

¹ هلال شعوة، مرجع سابق، ص 234.

ولكي يتمكن المستأجر من فسخ عقد الإيجار الوقفي لأسباب شخصية سواء كانت عائلية أو مهنية عليه أن يثبت وجود السبب الشخصي وعلاقة هذا السبب بطلب فسخ عقد الإيجار أي ضرورة أن يكون السبب الشخصي مؤثرا وضروريا لإنهاء العلاقة الإيجارية، وفي كلتا الحالتين سواء أكان طلب فسخ عقد الإيجار الوقفي لأسباب عائلية أو مهنية، يتعين على مستأجر الملك الوقفي، أن يخطر السلطة المكلفة بالأوقاف برسالة موصى عليها قبل شهرين من موعد إنهائه لعقد الإيجار الوقفي.

5 - انتهاء عقد الإيجار الوقفي لموت المستأجر

انطوت المادة 469 مكرر 2 من ق م ج على أنه: " لا ينتقل الإيجار إلى الورثة - غير أنه في حالة وفاة المستأجر، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يستمر العقد إلى انتهاء مدته، وفي هذه الحالة يجوز للورثة الذين كانوا يعيشون عادة معه منذ 6 أشهر، إنهاء العقد إذا أصبحت تكاليفه باهضة بالنسبة إلى مواردهم أو أصبح الإيجار يزيد عن حاجتهم - يجب ممارسة حق إنهاء الإيجار خلال ستة أشهر من يوم وفاة المستأجر"، كما نصت المادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، على أنه: " يفسخ عقد الإيجار قانونا إذا توفي المستأجر، ويعاد تحريره وجوبا لصالح الورثة الشرعيين للمستأجر للمدة المتبقية من العقد الأول مع مراعاة مضمونه".

وتطبيقا لهذه المادة ألغت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 2009/01/06 في ملف رقم 501842 في قضية ناظر الشؤون الدينية والأوقاف لولاية ميله ضد (ب - ع) ومن معه، قرار استئناف صادر عن مجلس قضاء قسنطينة، فقد جاء في قرار المحكمة العليا: "...حيث أن الطاعن يعيب على القرار المنتقد أنه جاء في تسببيه، وأن النزاع القائم بين الطرفين يدور حول محل تجاري تابع للأملاك الوقفية كان مؤجرا لمورث المستأنف عليه أي المدعى عليه في الطعن بعقد محدد المدة وفقا لقانون الأملاك الوقفية ولما توفي المورث لم يجدد العقد وفقا لما يتطلبه القانون و أن قضاة الموضوع وخلافا للحثية المذكورة أعلاه صرحوا أنه يوجد ما يفيد وأن المستأجر أخل بأحد التزاماته وأن عدم تسوية الوضعية المتعلقة بتجديد عقد الإيجار مسألة إدارية بحتة وليس ركن من أركان العقد أو أحد الالتزامات التي من شأنها أن يكون أثارها إنهاء علاقة الإيجار وهو أول ما يؤخذ على قضاة الموضوع في مثل هذا التعليل الذي جاء مخالفا للمادتين 27 و 29 من المرسوم 381/89 المؤرخ في 1998/12/01 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكذلك فسخ الإيجار قانونا عند وفاة المستأجر وإعادة تحريره لصالح الورثة بإعادة تحرير عقد الإيجار باسمهم للمدة المتبقية إلا أنهم امتنعوا وهو ما لم يأخذه القرار المطعون فيه بعين الاعتبار مما يعرضه للنقض والإبطال ... " ¹.

¹ مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2009، ص 186 - 190، موقع المحكمة العليا على شبكة الانترنت : <http://www.coursupreme.dz/index.php?p=valrecherche> تاريخ الزيارة في 2018 / 11 / 14.

ومن خلال استقراء ما تقدم نستنتج أن المشرع الجزائري قد خرج على ما تقتضيه القواعد العامة في نظرية الالتزام من انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، وهذا ما تقضي به المادة 108 من ق م ج بقولها: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"، فقد اعتبر المشرع أن وفاة مستأجر الملك الوقفي تؤدي إلى فسخ عقد الإيجار بقوة القانون، قبل انتهاء مدته، دون حاجة إلى أي إجراء من قبل الورثة الشرعيين للمستأجر، غير أن ينبغي ملاحظة أن المشرع الجزائري رتب أثر على وفاة مستأجر الملك الوقفي قبل انتهاء مدة العقد وهو تحرير عقد إيجار جديد لصالح ورثته، للمدة المتبقية من العقد الأول المفسوخ بقوة القانون المبرم مع السلف الذي كان مستأجرا للملك الوقفي، ويتعين عند إبرام العقد الجديد مراعاة مضمون العقد الأول.

في حين نجد أن المشرع في جمهورية اليمن من خلال نص المادة 85 من قانون الأوقاف الشرعية رقم 23 لسنة 1992 المعدل والمتمم بالقانون رقم 32 لسنة 2008 لا يجعل من موت مستأجر الملك الوقفي سببا من الأسباب التي تؤدي إلى فسخه، بل يظل العقد ساري المفعول وذلك لصالح ورثته، على أن يتولى إدارة العين الوقفية المؤجرة من الورثة من هو قوي وأمين منهم، وإن لم يكن فقد نص المشرع على ضرورة رفع يد هؤلاء الورثة عن الوقف وذلك من أجل حمايته من الضياع.¹

الفرع الثاني: العقود الخاصة باستثمار الأراضي الفلاحية الصالحة للزراعة

لقد تناول المشرع الجزائري طرق استغلال واستثمار وتنمية الأراضي الوقفية الزراعية والمشجرة، في القانون رقم 07/01 المعدل للقانون 10/91 المتضمن قانون الأوقاف، فلقد جاء هذا القانون سعيا من المشرع لاستدراك النقص الموجود في القانون رقم 10/91 من حيث استثمار الأموال الموقوفة، حيث جاء هذا التعديل بعدة أحكام كان موضوعها هو استثمار الأموال الموقوفة من أجل حمايتها وتنميتها، فإلى جانب إمكانية استثمار الأراضي الفلاحية عن طريق عقد الإيجار بحسبانه طريقة أصلية في استثمارها، نجد أن المشرع الجزائري قد نص على عقود أخرى يمكن اللجوء إليها من أجل تنمية الأراضي الفلاحية الصالحة للزراعة، فقد نصت 26 مكرر 1 من القانون رقم 07/01 على أنه: "يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمى الأملاك الوقفية إذا كانت أرضا زراعية أو شجرا بأحد العقود الآتية :

1 - عقد المزارعة: ويقصد به إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد.

2 - عقد المساقاة: ويقصد به إعطاء الشجر للاستغلال لمن يصلحه مقابل جزء معين من ثمره".
والملاحظ أن المشرع الجزائري قد حدد هذين النوعين من العقود لاستثمار الأراضي الفلاحية الصالحة للزراعة والمشجرة من أجل حمايتها، ذلك أن استغلال هذا النوع من الأراضي يشكل أهمية بالغة

¹ نصت المادة 85 من قانون الأوقاف الشرعية اليمني على أنه: "المستأجر لعين الوقف أو أملاكه ضامن لها ولا يجوز لورثته قسمة الأوقاف المؤجرة له ... ويختص بها القوي الأمين وإلا رفعت يدهم".

في الاقتصاد الوطني، إضافة إلى أن العديد من الأوقاف العامة في الجزائر تتمثل في أراضي فلاحية صالحة للزراعة أو مشجرة، وعدم زراعتها أو عدم الاعتناء بشجرها يعرضها لأن تصبح أرض بور، ولا شك أن مثل هذه الوضعية تنقص من قيمتها الاقتصادية، لذلك فعدم استثمار الأراضي الفلاحية الصالحة للزراعة عموماً بما فيها الأراضي الوقفية يشكل تعسفاً في استعمال الحق.

أولاً: عقد المزارعة

المزارعة في التعريف اللغوي هي: من المفاعلة، وهي مصدر مشتق من زرع، أي، طرح البذر، وأصل الزرع، التتمية.¹

أما لدى الفقه الإسلامي فقد عرفت المزارعة بعدة تعريفات تختلف باختلاف التكيف الممنوح لها، فقد عرفها الحنفية بأنها " عقد على الزرع ببعض الخارج"²، كما عرفها الحنابلة بأنها " دفع أرض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه، أو زرع لمن يعمل عليه، بجزء مشاع معلوم من المتحصل"³، كما ذهب الشافعية إلى تعريفها على أنها " المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج من زرعها"⁴، فالحنفية والحنابلة والشافعية يكتفون بالمزارعة على أنها عقد على عمل المزارع وأجرته بعض ناتج زراعته، أما المالكية فقد عرفوا المزارعة بأنها: " الشركة في الزرع أو في الحرث"⁵، فصورها على أنها شركة بين العامل المزارع ومالك الأرض وبناء عليه، إذا استغل ناظر الوقف أرض الوقف الزراعية بزرعها شراكة، بأن أعطاها لبغض المزارعين ليزرعوها، وليكون محصولها شراكة بينهم و بين الوقف بنسبة معينة مناصفة أو مثالثة حسبما يتفقان عليه، فهذا يسمى مزارعة.

وقد عرف المشرع الجزائري عقد المزارعة في الفقرة الثانية من المادة 26 مكرر 1 من القانون رقم 07/01 أنف الذكر بقولها: " عقد المزارعة: ويقصد به إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد"، وهذا التصوير للمزارعة في الوقف يحتمل أن يكون معناه، أن المزارعة عقد على منفعة يستوفيه المزارع، مقابل جزء من محصول الأرض لأهل الوقف، فهي عقد إيجار، لكن المقابل فيها جزء من المحصول الذي تنتجه الأرض، كما يحتمل أن يكون معناه أن المزارعة عقد على عمل المزارع، وأجرته بعض ناتج زرعها، وذلك أن قول المشرع للاستغلال محتمل أن يكون لحساب رب الأرض، كما يحتمل أن يكون لحساب المزارع، والحصة من المحصول، يحتمل أن تكون مقدرة لرب الأرض، أو للمزارع.

وقد عرف المشرع العراقي المزارعة في نص المادة 85 من القانون المدني على أنها: " عقد على

¹ لسان العرب، لابن منظور، مرجع سابق، ج 8، ص 141.

² بدائع الصنائع، للكاساني، مرجع سابق، ج 5، ص 254.

³ شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، مرجع سابق، ج 1، ص 354.

⁴ مغني المحتاج، للشربيني، مصدر سابق، ج 3، ص 323 - 324.

⁵ الشرح الصغير، للدردير، مرجع سابق، ج 3، ص 311.

الزرع بين صاحب الأرض والمزارع، فيقسم الحاصل بينهما بالحصص التي يتفقان عليها وقت العقد". ومن خلال تعريف المشرعين الجزائري والعراقي لعقد المزارعة يمكن القول أنه عقد يشبه الإيجار لأنه يمكن المزارع من الانتفاع بأرض مملوكة للغير بمقابل ، لذلك نجد أن المشرع المصري يعبر عن طرفي عقد المزارعة بالمؤجر والمستأجر، يظهر ذلك من خلال نص المادة 619 من القانون المدني المصري التي انطوت على أنه: " يجوز أن تعطي الأرض الزراعية والأرض المغروسة بالأشجار مزارعة للمستأجر في مقابل أخذ المؤجر جزءاً معيناً من المحصول "، كما أنه قد أخضع عقد المزارعة للأحكام التي تنظم عقد الإيجار إلا إذا وجد اتفاق على خلاف ذلك، من خلال نص المادة 620 من القانون المدني المصري.¹

ومن ناحية ثانية عقد المزارعة يشبه عقد الشركة لأنه ينشئ مساهمة في إنتاج المحصول بين المالك للأرض وبين المزارع بالعمل الذي يقدمه، ويعود للمالك حصة من المحصول الذي تنتجه الأرض تتفاوت قيمة هذه الحصة بالزيادة أو النقصان بحسب المنتج.²

وقد ثبت دليل مشروعية عقد المزارعة بالسنة والإجماع والمعقول، فمن السنة النبوية: عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما قال: " أعطى النبي صلى الله عليه وسلم خيبر لليهود أن يعملوها ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها"³، فهذا الحديث دل على أن ما قام به النبي صلى الله عليه وسلم وهو التعاقد على الأرض بالخدمة عموماً ، فدل ذلك على مشروعية عقد المزارعة. كما يستدل على مشروعية عقد المزارعة من الإجماع، حيث يجمع الفقهاء على مشروعية المزارعة، فقد نقل ابن قيم الجوزية أن كبار الصحابة عملوا بالمزارعة والخلفاء الراشدون و التابعين دون نكير من أحدهم، فدل ذلك على مشروعيتها.⁴ ومن المعقول: استدلت الفقهاء على مشروعية المزارعة كصيغة مشروعية لتنمية المال، بأن قاسوها على عقد المضاربة لأن كل واحد منهما يشترك في أن جزء منهما مال والثاني عمل . كما راعوا في ذلك حاجة الناس ورعاية ضروريات حياتهم فرب ماهر بالزراعة لا يمتلك الأرض، ورب مالك للأرض لا يقدر على زراعتها بمفرده فرعاية لمصلحة هذا وذاك شرعت المزارعة .

والمشرع الجزائري عرف عقد المزارعة ولم يتطرق إلى بيان أركانه، مما يتعين علينا إعمال المادة 222⁵ من قانون الأسرة الجزائري، و المادة الثانية من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، اللتان

¹ نصت المادة 620 من القانون المدني المصري على أنه: " تسري أحكام الإيجار على المزارعة مع مراعاة الأحكام الآتية إذا لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفها.

² رمول خالد، المرجع السابق، ص 134 .

³ صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب المغازي، باب معاملة النبي أهل خيبر، حديث رقم 4248.

⁴ إعلام الموقعين، ابن قيم الجوزية، تحقيق الشيخ عبد الرحمان الوكيل، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1987، ج4، ص27.

⁵ تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " كل ما لم يرد عليه النص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

تحيلان على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نصن للدلالة على أن مصدر أحكام الوقف في النظام القانوني الجزائري هو الشريعة الإسلامية .

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن عقد المزارعة يتكون من الأركان التالية :

1 - العاقدان: و يشترط أن يتوافر في كل منهما الأهلية الكاملة، فالطرف الأول في عقد مزارعة الملك الوقفي هو الناظر، أما الطرف الثاني فهو المزارع ويشترط فيه أهلية التصرف، إضافة إلى شرط احترام مهنة الزراعة بحسبان أن شخصية المزارع محل اعتبار في عقد المزارعة.¹

2 - المنفعة أو العمل: ويشترط فيه ² :

- بيان الأرض المعقود عليها

- تحديد جنس البذور المراد زرعها .

- بيان نصيب العاقدين من الغلة ويكون جزء مشاعا.

- مشاركة صاحب الأرض بجزء من البذور أو المساواة في المخرج أو القيمة بحسب العقد .

- أن تكون المنفعة مشروعة.

- مراعاة العرف الزراعي المشروع في هذا النوع من العمل.

3 - الصيغة: وهي اللفظ الدال على عقد المزارعة.³

لذلك إذا توافرت أركان عقد المزارعة أمكن اللجوء إليه من أجل استثمار الأراضي الوقفية الفلاحية الصالحة للزراعة، فهو من العقود الاستثمارية والتمويلية التي تعامل بها المسلمون منذ عهد النبوة، لما لها من خصائص سد حاجات المجتمع الغذائية ولتوفير مناصب عمل وكما تعتبر فرصة للذين لا يملكون الأرض التي يحقون عليها طموحاتهم الاستثمارية أن يحققوا ذلك وبينوا قدراتهم لأفراد الأمة عن طريقة عقد المزارعة .

أما بالنسبة إلى انتهاء عقد المزارعة، فإنه يكون إما بانتهاء المدة المتفق عليها بين المؤجر والمزارع، ذلك أن عقد المزارعة يتطلب تحديد مدة يتفق عليها طرفاه، وفي حالة عدم تحديد مدة معينة فإنه يتم اللجوء إلى زمن نضوج الثمار بالنظر للمواسم الزراعية، وهذا ما نجد المشرع المصري يعتمده في نص المادة 621 من القانون المدني، التي انطوت على أنه: " إذا لم تعين مدة المزارعة، كانت المدة دورة زراعية سنوية " ، كما ينتهي عقد المزارعة بوجود أسباب طارئة تكون دافعة إلى انتهاء العقد، وذلك إما بموت المزارع، أو لأن المزارع لم يحسن زراعتها وبالتالي من أجل حمايتها خوفا من تحويل طبيعتها الزراعية ينتهي العقد، أو في حالة عدم تمكن المزارع من الانتفاع من زراعة الأرض الموقوفة محل عقد

¹ الذخيرة للقرفي، مرجع سابق، ج6، ص 152 .

² نفس المرجع السابق.

³ بدائع الصنائع ، للكاساني، مرجع سابق، ج6، ص 176 .

المزارعة، وفي هذه الحالة يكون المزارع في حكم المخل بالتزاماته التعاقدية¹، كما نجد أن المشرع المصري في تنظيمه لعقد المزارعة لا يُمكن المزارع من التنازل عن المزارعة بتسليم الأرض إلى مزارع آخر يزرعها، كما لا يمكنه تأجير الأرض الزراعية من الباطن، وفي حالة قيامه بذلك يعد مخالفاً بالتزاماته مما يعرض عقد المزارعة إلى الفسخ².

ثانياً: عقد المساقاة

المساقاة في التعريف اللغوي: مفاعلة، أي مشاركة، وهي مشتقة من السقي، فيقال ساقى فلان فلاناً نخله أو كرمه، إذا دفعه إليه واستعمله فيه على أن يعمره ويسقيه ويقوم بمصلحته ويقال: سقى ماشيته أو أرضه أو كلاهما، أي جعل لهما ماء³. ومن ذلك نستنتج أن المساقاة في تعريفها اللغوي تستعمل للدلالة على سقي شيء ما.

أما في اصطلاح الفقه الإسلامي فعقد المساقاة يقصد به: أن يدفع الرجل كرمه أو حائط نخله أو شجره لمن يكفيه القيام بما يحتاج إليه من السقي والعمل، على أن ما أطعم الله من ثمرتها بينهما نصفين أو على جزء معلوم من الثمرة⁴، وتسمى أيضاً بالمعاملة، وهي على هذا نوع من الشركة في نماء الشجر يتعاقد عليها المساقى والعامل بحصة منه .

وقد عرف المشرع الجزائري عقد المزارعة في الفقرة الثالثة من المادة 26 مكرر 1 من القانون رقم 07/01 أنف الذكر بقولها: " عقد المساقاة: ويقصد به إعطاء الشجر للاستغلال لمن يصلحه مقابل جزء معين من ثمره"، وبناءً على هذا التعريف إذا تعاقدت السلطة المكلفة بالأوقاف، مع أحد المزارعين من أجل رعاية الأشجار في الأراضي الوقفية المشجرة، مقابل أن يكون ثمارها شركة بينه وبين الوقف بنسبة معينة يتفقان عليها فهذا العقد يسمى مساقاة .

ولقد ثبتت مشروعية عقد المساقاة بأدلة من السنة النبوية المطهرة، ومن المعقول، فعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: " أعطى النبي صلى الله عليه وسلم خيبر لليهود أن يُعمَلوها ويَزْرَعوها ولهم شَطْرُ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا " ⁵، فعمل اليهود في أرض خيبر وقيامهم على سقي أشجارها مقابل جزء مما تنتجه هذه الأشجار يدل على مشروعيتها، أما الدليل من المعقول، فالمساقاة مستثناة من الأصول الممنوعة لضرورة الناس إلى ذلك وحاجتهم إليها، إذ لا يمكن لجميع الناس القيام على عمل أشجارهم بأيديهم، ولا بيع الثمرة قبل بدو صلاحها للاستئجار من ثمنها على ذلك إن لم يكن لهم مال، فلهذه العلة رخص

¹ رمول خالد، مرجع سابق، ص 134، ص 135 .

² فقد نصت المادة 625 من القانون المدني المصري على أنه: " لا يجوز في المزارعة أن ينزل المستأجر عن الإيجار أو أن يؤجر الأرض من الباطن إلا برضاء المؤجر .

³ لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق، ج7، ص 154.

⁴ الشرح الكبير، للدردير، مرجع سابق، ج 3، ص 539 .

⁵ صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب المغازي، باب معاملة النبي أهل خيبر، حديث رقم 4248.

في المساقاة .

والمشرع الجزائري على غرار عقد المزارعة، عرف عقد المساقاة و لم يتطرق إلى بيان أركانه، مما يتعين علينا إعمال المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة الثانية من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، اللتان تحيلان على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص، وبالرجوع إليها نجد أن الفقه الإسلامي يشترط أن يتوافر في عقد المساقاة الأركان التالية¹:

1 - العاقدان: ويشترط فيهما الأهلية الكاملة .

2 - العمل أو المنفعة: ويشترط فيهما أن يكون قبل بدو الصلاح²، كما يجب بيان محل العمل، أي أن يكون النخل أو الشجر معلوما عند إبرام العقد إذ لا يمكن تصور وجود عقد مساقاة في شيء مجهول أو محتمل الوجود في المستقبل وذلك تجنباً للغرر الذي تحرمه الشريعة الإسلامية، كما يتعين تحديد صفة العمل، وتكون غالباً طبقاً لعرف البلد إن لم يتم تحديده بدقة في العقد.

3 - تحديد نصيب العامل: فيجب أن يكون معلوماً كأن يكون الخمس أو الربع، وأن يكون جزء مشاعاً من الغلة في جميع ما تنتجه الأرض من شجر، حيث لا يمكن حصر نصيب العامل في نوع معين من الشجر أو نوع معين غير مؤكد أنه سوف يثمر أو لا يثمر باعتبار أن ذلك غرر، والغرر محرماً في الشريعة الإسلامية

4 - الصيغة: وهي اللفظ الدال على المساقاة، نحو ساقيت أو بما يدل عليه العرف من صيغ على المساقاة.

وينتهي عقد المساقاة بما ينتهي به عقد المزارعة، وقد تنتهي بوجود أسباب طارئة تدفع إلى انتهائه أو فسخه، كأن يلحق بالعامل عجز يؤدي إلى وفاته قبل بدء عملية البذر، أما إذا مات العامل بعد البذر فلخلفه العام أن ينبوه في المساقاة، وإن اتفق الطرفان على الفسخ فسخ عقد المساقاة³.

وجدير بالملاحظة أن ناظر الوقف لا يلجأ إلى إبرام عقدي المزارعة والمساقاة إلا إذا كان فيهما منفعة للملك الوقفي، من أجل حمايته بتنميته أصوله أو ريعه، أما إذا لم يثبت وجود المنفعة فلا يصح العقد بل يقع باطلاً، ومن ثم فلا يحق للمزارع أخذ حصة من المحصول أو الثمر، بل يترتب له أجر المثل الذي يتقاضاه من الناظر شخصياً وليس من أموال الوقف، كما يلحق حكم المزارعة والمساقاة بحكم إجارة الوقف، من حيث عدم جواز عقدهما بغبن فاحش، أو التعاقد بشأنهما مع الناظر نفسه، ولا شك أن مثل هذه الشروط تساهم في حماية المال الموقوف من التبدد والضياع .

الفرع الثالث: العقود الخاصة بتنمية الأملاك الوقفية القابلة للبناء أو المبنية المعرضة للانقراض

¹ بدائع الصنائع، للكاساني، مرجع سابق، ج 6، ص 185 - 186. و المغني، لابن قدامة، مرجع سابق، ج 5، ص 556

² يقصد ببداية الصلاح ظهور مبادئ النضج و الحلاوة، فقد نصت المادة (92) من ق م ج على أنه: " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً و محققاً " .

³ رمول خالد، مرجع سابق، ص 137 .

قد تكون الأملاك الوقفية تتمثل في عقارات مبنية تستعمل من أجل أغراض السكن أو لمزاولة مهنة معينة، كما قد تكون أيضا أرض قابلة للبناء عليها، ورغم أن مثل هذه الأملاك الوقفية تعد ضئيلة قياسا بالأراضي الوقفية المخصصة للزراعة، إلا أن المشرع الجزائري قد أوجد لها صيغا من أجل استثمارها، لأن هذه الأملاك الوقفية وبالخصوص ما كان مبنيا منها قد يتعرض للخراب بمرور أزمان طويلة عليها مما يجعلها لا تؤتي الربح والغلة المأمولة منها، لذلك تلجأ السلطة المكلفة بالأوقاف للطرق التالية من أجل تتميتها.

أولا: عقد المقاوله

تناول المشرع الجزائري إمكانية اللجوء لعقد المقاوله من أجل تنمية واستثمار العقارات الوقفية المبنية أو القابلة للبناء من خلال ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 26 مكرر 6 من القانون رقم 07/01 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف 10/91 التي انطوت على أنه: "يمكن أن تستغل وتنمي وتستثمر الأملاك الوقفية حسب ما يأتي: 1 - بعقد المقاوله: سواء كان الثمن حاضرا كلية أو مجزءا في إطار أحكام المادة 549 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني". ولقد توافقت هذه المادة في تعريفها لعقد المقاوله مع التعريف الوارد في 549 منق م ج والتي عرفت المقاوله بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا، مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وقد يكون الثمن حاضرا كليا أو مجزءا وذلك حسب الاتفاق المبرم بين الطرفين، لذلك يمكن لناظر الوقف أو السلطة المكلفة بالأوقاف الاتفاق مع أحد المقاولين من أجل بناء عقارات معينة على الأراضي الوقفية المخصصة لهذا الغرض.

ويقابل عقد المقاوله في الفقه الإسلامي عقد الاستصناع، والذي يعرف بأنه: "عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل".¹

فالتعبير عن الاستصناع بأنه "عقد" المقصود منه إخراج الوعد بالتعاقد، أما لفظ على "مبيع"، فقصد به إخراج عقد الإيجار لأنه عقد يقع على المنافع وليس على العين، كما يقصد بها بيان أن هناك شيئا يباع وهو المادة الخام التي يقدمها الصانع، أما تعبير "الذمة" فيقصد به تقييد البيع فلا يقصد به البيع على إطلاقه، فالشيء المبيع قد يكون مقبوضا في مجلس العقد، وفي عقد الاستصناع المطلوب هو شيء يبقى في ذمة الصانع ويسلم عند تمامه، أما التعبير "شرط فيه العمل" فيكون ذلك بيان جنس الشيء المصنوع ونوعه وصفته، بيانا تاما نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية للنزاع.

وطبقا لأحكام القانون المدني الجزائري يعد عقد المقاوله من قبيل العقود الرضائية، إذ لم يشترط القانون لانعقاده صحيا أن يُفرغ المتعاقدين رضاهما في قالب قانوني معين، ولا تكون الكتابة ضرورية إلا إذا تعلق الأمر بإثباته، كما أنه عقد ملزم لجانبين ومن عقود المعاوضة، وهو عقد وارد على عمل،

¹ بدائع الصنائع، للكاساني، مرجع سابق، ج5، ص 2. و كتاب الأم، للشافعي، مرجع سابق، ج3، ص 114 .

إذ يلتزم المقاول بأداء عمل معين، وهذا الأداء هو الذي يميز عقد المقاولة عن عقد الإيجار من ناحية وعن عقد العمل من ناحية أخرى، فانفصاله عن عقد الإيجار أمر بديهي، فهذا الأخير عقد يرد على منفعة الشيء، أما المقاولة فعقد يرد على العمل، وكذلك يتميز عقد المقاولة عن عقد العمل فإذا كان كل من العقدين يرد على العمل، فإن عقد العمل يرد على العمل في ذاته أما المقاولة فتد على العمل باعتبار نتيجته.¹

ويكون تحديد الثمن في عقد المقاولة بشأن الملك الوقفي بالاتفاق بين الناظر والمقاول، وإذا اختلفا في تحديد الثمن أو أغفل تحديده في العقد وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل والنفقات التي أنفقها المقاول طبقا لنص المادة 562 ق م ج، وإذا ثبت أثناء العمل لناظر الوقف أو السلطة المكلفة بالأوقاف أن المقاول يقوم بالعمل على وجه معيب أو مناف لما يقتضيه العقد بينهما، جاز لناظر الوقف أو السلطة المكلفة بالأوقاف على حسب الحالة أن ينذره بأن يعدل عن طريقة التنفيذ في أجل معقول يعينه له فإذا نقضى الأجل دون أن يعود المقاول للطريقة الصحيحة في تنفيذ العقد جاز للسلطة المكلفة بالأوقاف أن تطلب فسخ العقد - باعتبار أن عقد المقاولة من العقود الملزمة للجانبين - كما يجوز لها أن تعهد لمقاول آخر بانجاز العمل على الملك الوقفي ويكون ذلك على نفقة المقاول الأول المخل بالتزاماته وهذا تطبيقا لمقتضيات للمادة 180 من ق م ج.

يجوز للسلطة القائمة على الأوقاف، أن تتحلل من عقد المقاولة وتوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمام العمل محل المقاولة مع تعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من مصروفات وما أنجزه من أعمال وما فاتته من كسب لو أنه أتم العمل.

وينقضي عقد المقاولة بين السلطة المكلفة بالأوقاف والمقاول بموت هذا الأخير، إذا أخذت بعين الاعتبار عند التعاقد مؤهلاته الشخصية، أما إذا كان الأمر خلاف ذلك فإن العقد لا يعد ينتهي تلقائيا ولا يجوز للسلطة المكلفة بالأوقاف فسخه إلا إذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية من أجل حسن تنفيذ العمل، وفي كل الأحوال عندما يتم انتهاء عقد المقاولة الواردة على الملك الوقفي بسبب موت المقاول، فإن ذلك يرتب على السلطة المكلفة بالأوقاف، أن تدفع لتركة المقاول المتوفى قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الذي يعود على الملك الوقفي من هذه الأعمال والنفقات، كما تلتزم السلطة المكلفة بالأوقاف بذات الالتزامات المبينة أعلاه حسب مقتضيات المادة 570 من ق م ج إذا كان المقاول قد بدأ في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا عن إتمامه لسبب خارج عن إرادته .

ثانيا : حماية الأملاك الوقفية المبنية بعقد الترميم والتعمير

أقر المشرع الجزائري عقد الترميم والتعمير كآلية من آليات استثمار العقارات الوقفية المبنية المعرضة للخراب والاندثار، من أجل حمايتها وحفاظا على ديمومتها وجعلها تؤدي الغرض الذي وقفت

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج7، ص6 - 7 .

من أجله بمساهمتها في النهوض بالقطاع العمراني، فقد انطوت المادة 26 مكرر 7 من القانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف رقم 10/91 على أنه: "يمكن أن تستغل وتستثمر وتتمى العقارات الوقفية المبنية المعرضة للخراب والاندثار بعقد الترميم أو التعمير الذي يدفع المستأجر بموجبه ما يقارب قيمة الترميم أو التعمير مع خصمها من مبلغ الإيجار مستقبلاً".

ويقصد بعقد الترميم والتعمير إقدام ناظر الوقف أو السلطة المكلفة بالأوقاف على إبرام عقد إيجار بشأن العقار المبني الموقوف والمعرض للخراب والاندثار، مع مستأجر سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، حيث يقوم هذا الأخير بدفع مبلغ يقارب قيمة الترميم يخصم فيما بعد من قيمة الإيجار، وعند انتهاء استهلاك مبلغ الترميم والتعمير يعاد تحرير عقد إيجار عادي بين الطرفين يخضع لأحكام القانون المدني والتجاري المتعلقة بإيجار المحلات السكنية والتجارية، أو يعاد البناء محل العقد للسلطة المكلفة بالأوقاف، وتكون بذلك قد أنفذته من الخراب الذي قد يؤدي به إلى الاندثار.

وهذا العقد من خلال تحليله نجده يتضمن نوعين من العقود:

1 — عقد الترميم : عرفت المادة الثالثة من القانون رقم 04/11 المحدد لقواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية¹، الترميم العقاري بأنه: "كل عملية تسمح بتأهيل بنايات أو مجموعة بنايات ذات طابع معماري أو تاريخي...". ويتفق هذا النص مع نص المادة 26 مكرر 7 أنف الذكر في أن الترميم يرد على بنايات موجودة، وإذا كان المشرع الوقفي قد حصرها صراحة في البنائيات المعرضة للخراب والاندثار، فما يستنتج من تعريف قانون 04/11 أن البنائيات المعنية بالترميم هي تلك البنائيات المعرضة للانهدام والخراب مع إمكانية التدخل لإصلاحها، مما يستدعي التدخل لتأهيلها، غير أن المشرع في القانون 04/11 لم يبين المقصود بالتأهيل وإن كان نص على إعادة التأهيل وعرفه بأنه: "كل عملية تتمثل في التدخل في بناية أو مجموعة بنايات من أجل إعادتها إلى حالتها الأولى وتحسين شروط الرفاهية واستعمال تجهيزات الاستغلال"، ويفهم من هذا النص أن الترميم العقاري لا يقتصر على إعادة البناء إلى حالته التي كان عليها قبل تعرضه للخراب أو التداعي، بل يتعدى ذلك إلى إضافة وإدخال التحسينات، وتهيئة العقار بما يجعله قابلاً للاستغلال، وبهذا المعنى يقترب من مفهوم الترميم كآلية لاستغلال واستثمار وتنمية البنائيات الوقفية المعرضة للخراب والاندثار، فلا يقتضي الأمر إعادة بنائها فحسب بل كذلك تحسينها لكي تكون صالحة فيما بعد لاستغلالها استغلالاً أمثل، بما يجعلها تُدر غلة تعود لمصلحة الوقف والموقوف عليهم بالفائدة.

وعقد ترميم الملك الوقفي لا تحتاج إلى رخصة صريحة من السلطات العمومية باعتبارها متعلقة ببناية موجودة أصلاً، غير أنه وتطبيقاً لقواعد التهيئة العمرانية فإن الترميمات الكبرى التي تقع على

¹ القانون رقم 04/11 يحدد لقواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية، 04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، الجريدة الرسمية، العدد 14 لسنة 2011، المؤرخة في 6 مارس 2011.

الواجهات الخاصة والمحلات والسكنات، فإنها بحاجة إلى رخصة صريحة من طرف السلطات المحلية المختصة إقليمياً أين يتواجد العقار، وإن كان عقد الترميم كقاعدة عامة لا يحتاج إلى شهادة أو رخصة إجبارية مثل شهادة التعمير، المطابقة، القسمة، ورخصة البناء، والهدم.¹

2 - عقد التعمير: من خلال نص المادة 26 مكرر 7 من القانون 07/01 أنفة الذكر، يتجلى أن المشرع الجزائري يقصد بعقد التعمير، شهادة التعمير التي انطوت على بيانها المادة 51 من القانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم،² إلا أنه ينبغي ملاحظة أن شهادة التعمير لا تسلم إلا بشأن الأراضي غير المبنية عكس ما ذكره المشرع في نص المادة 26 مكرر 7 المذكورة أعلاه والذي ذكر فيها العقارات المبنية المعرضة للخراب والاندثار، حيث أنه بالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية نجد أن المشرع استعمل مصطلح "CONSTRUCTION" وذلك من أجل الدلالة على البناء.³

وما يؤكد هذا التوجه أيضاً نص المادة 21 من القانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري⁴ المعدل والمتمم، حيث تعد بمقتضاها الأراضي القابلة للتعمير في مفهوم هذا القانون هي كل القطع الأرضية المخصصة للتعمير في أجال معينة بواسطة أدوات التعمير، وفقاً لقانون التهيئة والتعمير 29/90 المعدل والمتمم.

وجدير بالإشارة إلى أن عقد الترميم والتعمير الخاص بالملك الوقفي لا يرتب للمستأجر في ذمة الوقف سواء حقاً شخصياً، كما لا تتغير أجرته تبعاً لتغير أجره المثل وليس للمستأجر أي حق عيني لا على الأرض ولا على ما فوقها من بناء بل كل ذلك يظل ملكاً للوقف، فما قام به صاحب الحق من ترميم وتعمير لا يرتب له إلا حق الدائنية فيمكنه المطالبة بما صرفه في إصلاح الوقف في حالة فسخ العقد من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف.⁵

ويشترط توافر جملة من الشروط حتى يتمكن ناظر الملك الوقفي من اللجوء إلى عقد الترميم والتعمير، فالشرط الأساسي يتمثل في وجود عقار وقفي مبني معرض للخراب والاندثار يتعين إصلاحه

¹ رمول خالد، مرجع سابق، ص 145.

² القانون رقم 29/90 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990م، المتعلق بالتهيئة والتعمير، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 52، بتاريخ 2 ديسمبر سنة 1990م والمعدل والمتمم بموجب القانون 05/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتضمن قانون التهيئة والتعمير والنصوص التطبيقية له، لاسيما المرسوم التنفيذي رقم 177/91 المؤرخ في 28 ماي 1991 الذي يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير والمصادقة عليه و محتوى الوثائق المتعلقة به المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 317/05 المؤرخ في 10 سبتمبر 2005.

³ رمول خالد، مرجع سابق، ص 146 .

⁴ القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990م، المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية المؤرخة في 18 نوفمبر 1990، عدد 49 ، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 26/95، المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 م، الجريدة الرسمية عدد 55 لسنة 1995 م، المؤرخة في 27 سبتمبر 1995 م .

⁵ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج6، ص 1501 .

من أجل استغلاله ليؤدي الغرض الذي أوقف من أجله، كما يتعين التأكد من عدم وجود مال خاص بالوقف يكمن أن يعمر ويرمم البناء الوقفي بواسطته، كما يجب استصدار محضر معاينة بخراب الوقف من قبل اللجنة الإدارية التابعة لمديرية الشؤون الدينية والأوقاف التي يقع في دائرة اختصاصها الملك الوقفي فقد نصت المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المحدد لإدارة الملك الوقفية أنف الذكر على أنه: "يراقب وكيل الأوقاف على صعيد مقاطعته وضعية الملك الوقفي ويتابع أعمال نظارة الأملاك الوقفية ويراقبها..." ويهدف هذا الشرط إلى التحقق من حالة الاندثار والخراب، وتكون هذه المعاينة تحت رئاسة وكيل الأوقاف. كما يجب تحديد وبيان النفقات التي تحتاجها عملية الترميم والتعمير لأن مبلغ هذه النفقات يُشكل مقدار الأجرة التي كان على المستأجر تقديمها طيلة مدة الإيجار .

حيث يلتزم المستأجر بدفع قيمة الترميم والتعمير، من أجل إصلاح الملك الوقفي المبني المعرض للخراب والاندثار، وتعيين قيمة ما يقدمه تكون حسب طبيعة العقار الوقفي ودرجة تخريبه واندثاره، وتتم هذه العملية بواسطة خبير عقاري يثبت حالة العقار، ثم يتم بعد ذلك تحديد القيمة بالتراضي بين ناظر الملك الوقفي، أو السلطة المكلفة بالأوقاف كطرف والمستأجر كطرف ثانٍ .

ويلتزم المستأجر بدفع قيمة الإيجار باعتبار أن العقد هو عقد إيجار، غير أن المشرع الجزائري لم يبين في المادة 26 مكرر 7 أنفة الذكر ما إذا كان المستأجر يدفع مبلغ الإيجار سنويا أم شهريا، أخذا في الحسبان أن قيمة الترميم والتعمير التي دفعها المستأجر تخصم كمبلغ إيجار تدريجي باعتباره دينا على الملك الوقفي المبني الذي قام بترميمه وإصلاحه .

وينتهي عقد الترميم والتعمير بانقضاء مدة استهلاك قيمة ما تم إصلاحه ، كما ينتهي بما ينتهي به الإيجار العادي وفقا للقواعد العامة كحالة هلاك العين الموقوفة محل العقد لأي سبب، كما ينتهي بالفسخ إذا لم يقم المستأجر بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه خصوصا إصلاح البناء الوقفي، لأن عقد الترميم والتعمير من العقود الملزمة للجانبين.

المطلب الثاني: الطرق الاستثنائية لاستثمار الأملاك الوقفية

يقصد بالطرق الاستثنائية لاستثمار الأملاك الوقفية تلك الطرق التي أقرها الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، بحيث لا يمكن اللجوء إليها من أجل استثمار الأوقاف إلا في حالات الضرورة، وذلك خلافا للطرق الأصلية التي يمكن اللجوء إليها في كل الأحوال، فقد يضطر ناظر الملك الوقفي أو السلطة القائمة على إدارة الأوقاف إلى اللجوء إلى عقد الحكر من أجل استثمار الأراضي الوقفية العاطلة، كما قد تضطر إلى إبرام عقد المرصد بشأنها، وفي أحيانا أخرى تذهب إلى تغيير وجهة الملك الوقفي من أرض زراعية إلى أرض عمرانية، كما قد تلجأ في أحيانا أخرى إلى استبدال الملك الوقفي بملك آخر بدل منه .

الفرع الأول: استثمار الأراضي الوقفية العاطلة بعقد الحكر

الحكر في تعريفه اللغوي: هو حبس الطعام منتظرا لغلائه، وأصل الحكرة في كلام العرب الحكر، وهو الماء المجتمع كأنه أحتكر لقلته¹، ومن هذا التعريف نستنتج أن التحكير يقصد به المنع، لذلك يقال: حكر فلان أرض فلان إذا منع الغير من البناء عليها .

أما لدى الفقه الإسلامي فيعرف عقد الحكر على أنه: عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض مخصصة للبناء والغرس أو لحداهما في يد المستأجر الذي يسمى محتكرا مادام يدفع أجرة المثل². فحق الحكر هو حق قرار مرتب على الأرض بإجارة طويلة المدى، يدفع فيها المتحكر للوقف مبلغا يقارب قيمة الأرض، ويرتب مبلغ آخر ضئيل يستوفى سنويا لجهة الوقف من المتحكر أو ممن ينتقل إليه هذا الحق، على أن يكون للمتحكر حق الغرس والبناء وسائر وجوه الانتفاع، فإذا كان من المقرر من الناحية الشرعية أن عقد الإجارة ينتهي بانتهاء مدته ولو كانت الأرض مشغولة بزراع أو غرس أو بناء، فإن الأرض لو أجرت مدة معينة من أجل البناء أو الغرس فيها، ثم انتهت تلك المدة فأراد المستأجر أن يبقي الأرض الموقوفة في يده بأجر مثلها فإنه يكون أحق من غيره بها، وقد علل الفقه الإسلامي هذا الحكم، بأنه أنفع للوقف ما دام المحتكر يدفع أجر المثل ولأن الأرض الموقوفة معدة للاستغلال وقد تحقق هذا الهدف، أما إذا انتهت مدة إجارة الأرض وليس بها بناء أو غراس موضوع من قبل المستأجر فتتزع الأرض منه لتؤجر لغيره، فتترك الأرض الموقوفة في يد مستأجريها ماداموا يدفعون أجر المثل هو المقصود بالحكر.

وقد نص المشرع الجزائري على صيغة عقد الحكر، كطريقة من الطرق الاستثنائية في استثمار الأراضي الوقفية من خلال نص المادة 26 مكرر 2 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، حيث انطوت على أنه: "يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر، الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة للبناء و/أو للغرس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد، مع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء و/أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد، مع مراعاة أحكام المادة 25 من قانون 10/91".

وعليه فعقد الحكر هو أن يقدم المشرع على الوقف أرض الوقف العاطلة عن الإنتاج والاستغلال لمن ينتفع بها بالبناء والغرس أو بأحدهما مقابل دفعه مبلغا قريبا من قيمة الأرض وقت إبرام العقد، وتقديم إيجار سنوي يحدد مقداره في العقد، وهذا لمدة معينة، وبعد تلك المدة يعود البناء أو الغرس والأرض للوقف.

¹ لسان العرب، لابن منظور، مرجع سابق، ج4، ص 208.

² زهدي يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 162.

فبعد الحكر في الأراضي الوقفية على هذا التصوير عقد إيجار إلا أنه نوع خاص من الإيجار، فلا يلجأ إليه في الحال الذي تكون فيه الأرض تؤدي ما وقفت من أجله، بل في حال كون الأرض فيه عاطلة عن ذلك، بخلاف الإجارة عموماً، فهي أصل عقود استثمار الأملاك الوقفية كما تقدم. وإذا رجعنا إلى القانون المدني الجزائري لا نجد فيه تعريفاً للحكر، لكن عند تحليل عناصر الحكر بالمفهوم الذي تقدم نجد أنه يحتوي على مالك أرض، ومحتكر، ومنفعة متمثلة في بناء أو غراس يستوفيهما المحتكر من أرض عاطلة يقدمها مالكها له لمدة طويلة، وأجرة من المحتكر لمالك الأرض، وهذه العناصر هي عناصر الإجارة قانوناً بمفهومها المتقدم، لذلك نستنتج أن عقد التحكير في أصله هو أيضاً عقد إيجار إلا أنه من نوع خاص .

وقد عرف المشرع الأردني عقد الحكر في المادة 1249 من القانون المدني بقوله: "الحكر عقد يكسب المحتكر بمقتضاه حقا عينيا يخوله الانتفاع بأرض موقوفة بإقامة مبان عليها أو استعمالها للغراس، أو أي غرض لا يضر بالوقف لقاء أجر محدد" .

ويتسم هذا التعريف لعقد الحكر من لدن المشرع الأردني بالمرونة، حيث ربط الحكر بالتطور الزمني من حيث الحاجة إلى إقامة مشروع صناعي أو زراعي من غير العمارة أو الغراس، مع اشتراطه في كل الحالات عدم الإضرار بمصلحة الوقف، وذلك انسجاماً مع التعريف الفقهي الذي يقضي بتحري مصلحة الوقف.¹

ويكون محل عقد الحكر أرض وقفية فلا يجوز إنشاء حق حكر على عين غير موقوفة ويعد من أقدم الحقوق العينية المنشأة على الأوقاف، وهذا الأمر أكده المشرع الجزائري في نص المادة 26 مكرر 2 من القانون 07/01 حيث جاء فيها: "... يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر..."، كما يفهم من هذا النص أنه لا يمكن اللجوء لعقد الحكر إلا عند الضرورة بأن تكون الأرض الوقفية عاطلة عن الإنتاج، بمعنى أنه وجدت ضرورة مع مصلحة للوقف استدعت التحكير، كما يجب من إتباع الإجراءات الشكلية المتمثلة في الكتابة الرسمية والتسجيل والشهر العقاري، حتى يكون لعقد الحكر حجية في مواجهة الغير، تطبيقاً لنص المادة 324 مكرر 1² من القانون المدني الجزائري، وتطبيقاً أيضاً لمقتضيات القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2003/1/15 المحدد لشكل ومحتوى السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية، أنف الذكر حيث نصت المادة 2 منه على أنه: "يأخذ السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية شكل البطاقات العقارية المنصوص عليها في القرار المؤرخ في 27 مايو سنة 1976 والمتعلق بالبطاقات العقارية المستعملة من قبل المحافظات العقارية، وتكون باللون الأزرق"، ومرد هذه

¹ منذر عبد الكريم القضاة، مرجع سابق، 159

² انطوت المادة 324 مكرر 1 من ق م ج على أنه: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية ... أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي يحرر العقد".

الشكلية ترجع إلى أن عقد الحكر يرتب حقوقاً عينية على الأرض الموقوفة محل الحكر لصالح المحتكر، كما أن مدته تكون طويلة نسبياً - كما سنبين في الفقرة اللاحقة - ومن ثم يجب إخضاعه للشكل الرسمي من أجل حماية الملك الوقفي من أن يستولي عليه المحتكر أو ورثته.

أولاً : مدة عقد الحكر

أورد المشرع الجزائري في نص المادة 26 مكرر 2 من القانون 07/01 أنف الذكر، عبارة "لمدة معينة"، غير أنه لم يحدد المدة التي يجب أن ينعقد لها عقد الحكر، ولذلك فهي متروكة للاتفاق بين السلطة المكلفة بالأوقاف، والشخص المحتكر، باعتبارهما طرفي العقد، وغالباً ما تكون سنوات طويلة، فإذا توفي العاقد فإن ورثته يرثون ذلك من غير تجديد للمدة، بخلاف الإيجار العادي للوقف فالمدة فيه محددة قانوناً لكل نوع من أنواع الموقوفات حسب الفقرة الثانية من المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 التي انطوت على أنه: "تحدد مدة عقد الإيجار حسب طبيعة الملك الوقفي ونوعه"، فيمكن أن تكون مدة الحكر أكثر من مدة الإيجار العادي بسنين كثيرة.

في حين نجد أن بعض التشريعات المقارنة تذهب إلى تحديد مدة عقد الحكر، فقد نصت المادة 999 من القانون المدني المصري على أنه: "لا يجوز الحكر لمدة تزيد على ستة وستين سنة فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقوداً لمدة ستين سنة"¹، كما نص المشرع الأردني على مدة محددة لعقد الحكر نصت على بيانها المادة 2/1250 من القانون المدني بقولها: "لا يجوز التحكير لمدة تزيد على خمسين سنة، فإذا عينت مدة تزيد على ذلك أو لم تعين مدة اعتبر الحكر معقوداً لمدة خمسين سنة"، وتكمن العلة في تحديد مدة عقد الحكر من قبل المشرعين المصري والأردني في أن ترك تحديد هذه المدة للمتعاقدين، قد يذهبان في تحديده إلى مدة تطول عن المائة سنة أو أكثر وهذا يؤدي بلا شك إلى ضياع الأوقاف، بتعاقب أجيال على عقد الحكر المعقود من طرف أسلافهم، فمن أجل حماية الأوقاف تدخل المشرع وحدد المدة التي لا يجوز أن يتجاوزها عقد الحكر.

ثانياً: الأجرة في عقد الحكر

الأجرة في عقد الحكر منقسمة إلى قسمين: أجرة معجلة تقارب قيمة الأرض يدفعها المحتكر سلفاً، وتجعل الاحتكار له شبه بالبيع، ذلك أن المحتكر يشتري حق القرار على الأرض مدة بقاء بنائه

¹ أوردت هذه المادة من القانون المدني المصري على سبيل المقارنة بين الأنظمة القانونية بشأن تحديد مدة عقد الحكر ودورها في حماية الأرض الموقوفة محل عقد الحكر، إلا أنه يتعين الإشارة إلى أن المشرع المصري، قد ألغى كل عقود الأحكار على الأراضي الموقوفة، وذلك بمقتضى القانون رقم 43 لسنة 1982 في شأن إنهاء الأحكار على الأعيان الموقوفة، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه: "يعتبر حق الحكر منتهاياً دون تعويض في الأعيان الموقوفة الخالية من أي بناء أو غراس عند العمل بهذا القانون، وتعتبر الأرض ملكاً خالصاً لجهة الوقف ولا يعتد بأي بناء أو غراس تقام في الأرض الفضاء المحكرة بعد العمل بهذا القانون"، ينظر: عبد الحميد الشواربي، وأسامة عثمان، منازعات الأوقاف والأحكار، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، سنة 1995، ص 184 .

أو غرسه، ويورثه في تلك المدة، والأصل أنه لا يجوز بيع الوقف، إلا في حالات استثنائية مذكورة في المادة 24 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، ومن هذه الحالات أن تتعطل الأرض الموقوفة، وقد توفرت في الاحتكار، وأجرة رضائية سنوية محددة في العقد بين المحتكر وبين المشرف على الوقف، وبذلك يكون الاحتكار له شبه عقد بالإيجار، غير أن الإيجار العادي للوقف يكون بالمزاد العلني ويحدد السعر الأدنى فيه بأجر المثل.

ولم يحدد المشرع الجزائري مقدار الحد الأدنى للأجرة الرضائية السنوية في عقد الحكر بل ترك تحديدها للسلطة المكلفة بالأوقاف بالتراضي مع المحتكر، حيث أورد المشرع في نص المادة 26 مكرر 2 من القانون 07/01 أنف الذكر عبارة: "... مع الالتزام بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد..."، في حين ذهب المشرع الأردني لتحديد الحد الأدنى لهذه الأجرة، فقد نصت المادة 1/1255 من القانون المدني الأردني على أنه: "لا يجوز تحكير الأراضي الموقوفة بأقل من أجر المثل"، وهذا التحديد من المشرع الأردني للأجرة الدورية لعقد الحكر بأجر المثل جاء من أجل حماية الأملاك الوقفية من أن يؤجر بثمن بخس، مما يجعل عوائد استثمارها لا تؤدي الغرض المرجو منها.

وإلى جانب التزام المحتكر بدفع بدل الحكر، يلتزم أيضا بجعل الأرض الموقوفة صالحة للاستغلال، من خلال اتخاذه الوسائل اللازمة لجعلها صالحة ببذل عناية الرجل العادي، مراعيًا في ذلك الشروط المتفق عليها في العقد وطبيعة الأرض الموقوفة والغرض الذي أعدت لأجله، فالتزامه الأساسي هو إصلاح الأرض المحتكرة، فيردمها إذا كانت منخفضة، ويرممها إذا كانت في حاجة إلى ترميم، ويعيد بنائها إذا كانت خربة، ويسوي سطحها لجعلها صالحة للزراعة إذا كانت أرض زراعية، فالأرض الزراعية غير أرض البناء، والأرض التي أعدت لزراعة الفاكهة غير الأرض التي أعدت لزراعة المحاصيل العادية¹، وفي حالة عدم قيام المحتكر بالتزاماته وجب تطبيق القواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين وذلك بمطالبتة بالتنفيذ العيني أو فسخ عقد الحكر مع التعويض إن كان له مقتضى.

وعقد الحكر من ناحية ثانية يرتب حقوقا للمحتكر في مواجهة الملك الوقفي، فهو ينشئ للمحتكر حقا عينيا أصليا في الأرض الوقفية المحتكرة وهو حق الحكر²، وبمقتضى هذا الحق يخول له الانتفاع بالأرض بجميع وجوه الانتفاع، شريطة أن تكون الأعمال التي يجريها في الأرض الموقوفة محل الحكر من شأنها أن تؤدي إلى تحسينها، فله على وجه الخصوص أن يقيم على الأرض بناء أو غراسا، وله حق القرار في الأرض ببنائه أو غراسه إلى غاية أن ينتهي حق الحكر، كما يجوز للمحتكر أن يرتب وصية على الحكر، كما ينتقل حق الحكر إلى ورثة المحتكر، ذلك أن الحكر ينتقل إلى الخلف العام والخلف

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج6، ص 1472 .

² نفس المرجع السابق، ص 1471.

الخاص للمحتكر، فقد أقر المشرع الجزائري هذه الحقوق له في نص المادة 26 مكرر 2 من القانون 07/01 أنف الذكر، إذ ورد فيها عبارة "...وتوريثه خلال مدة العقد...".

إلا أن كل هذه الحقوق التي تثبت للمحتكر بمقتضى عقد الحكر لا تمكنه من تملك الأرض الموقوفة محل العقد، كما لا يمتلك المحتكر البناء أو الغراس الذي أقامه على الأرض الموقوفة، ذلك لأن المشرع الجزائري قد ربط حقوق المحتكر في عقد الحكر بضرورة مراعاة أحكام المادة 25 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، وبالرجوع إليها نجدها قد انطوت على أن: "كل تغيير يحدث بناء كان أو غرسا يلحق بالعين الموقوفة ويبقى الوقف قائما شرعا مهما كان نوع ذلك التغيير..."، فعد الحكر لا يمكن المحتكر من منازعة السلطة المكلفة بالأوقاف في ملكية الأرض الموقوفة، أو في ملكية البناء أو الغراس الذي أقامه عليها مهما طال مدة وضع يده على الأرض الموقوفة بسبب عقد الحكر، فالمحتكر شأنه شأن المستأجر والمودع لديهم، وكل متعاقد آخر لم يضع يده على العين إلا بسبب وقتي من هذا القبيل .

وينتهي عقد الحكر بمضي المدة المحددة فيه، ذلك أنه يجب أن يكون محددًا بمدة، كما ينتهي أيضا لأسباب خاصة بالمحتكر قبل حلول مدة انتهائه كموت المحتكر قبل أن يبني أو يغرس على الأرض الموقوفة إلا إذا طلب جميع ورثته بقاء عقد الحكر، فيورث لهم¹، كما ينتهي عقد الحكر أيضا بالفسخ إذا لم يقيم المحتكر بتنفيذ أحد الالتزامات الملقاة على عاتقه، كأن يتماطل مرارا عن دفع الأجرة، أو أن يُهمل إهمالا جسيما استصلاح الأرض الموقوفة، وذلك لأن التزامه الأساسي يكمن في إصلاح الأرض الموقوفة العاطلة.

الفرع الثاني: تنمية العقار الوقفي بعقد المرصد

المرصد في اصطلاح الفقه الإسلامي: هو دين يثبت على الوقف لمستأجر عقاره، مقابل ما ينفقه بإذن المتولي لتعميره عند عدم وجود غلة في الوقف، ثم يؤجر منه بأجرة مخفضة لما له من دين على الوقف،² كما عُرّف على أنه عقد يتم بموجبه الاتفاق بين إدارة الوقف و بين المستأجر للقيام بإصلاح الأرض وعمارته وتكون نفقاتها دينا مرصدا على الوقف بأخذ المستأجر من الناتج ثم يعطي للوقف بعد ذلك الأجرة المنفق عليها، ويكون في الأرض الخربة غير قابلة للاستئجار ولا توجد بها غلة لإصلاحها ولا يرغب أحد في استئجارها.³

فالمرصد إذن هو عقد يرتب دينا ثابت لمستأجر العقار الوقفي، المأذون له من قبل الناظر بالإنفاق على العمارة الضرورية لذلك العقار وذلك نتيجة لعدم وجود غلة في الوقف يعمر بها، ولأنه

¹ عبد الحميد الشواربي، وأسامة عثمان، مرجع سابق، ص 144.

² حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص 402.

³ علي محي الدين القرّة داغي، مقال بعنوان، نظرة تجديدية للوقف واستثماراته، ينظر الموقع الالكتروني :

ugnhhttp://www.onislam.net/arabic/madarik/2018/12/06 .

لا يرغب الناس في استئجاره مدة طويلة بأجرة معجلة تنفق على تعميره بل يوجد من يستأجره بأجرة ينفقها على عمارته وإصلاحه، ثم بعد ذلك يرجع المستأجر على الوقف بما أنفقه من مال، فيكون هذا المال دينا مرصدا على العقار الوقفي.

ولقد نص المشرع الجزائري على عقد المرصد بحسابه صيغة استثمارية، يسعى من خلاله إلى حماية الأراضي الموقوفة القابلة للبناء، من خلال نص المادة 26 مكرر 5 من القانون رقم 07/01 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف 10/91، حيث انطوت هذه المادة على أنه: "يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمي الأرض الموقوفة بعقد المرصد، الذي يسمح بموجبه لمستأجر الأرض بالبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء، وله حق التنازل عنه باتفاق مسبق طيلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار مع مراعاة أحكام المادة 25 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه".

فالأراضي الموقوفة قد ينتهي بها الحال - مع طول الزمان - إلى أن تصبح أراض خربة معرضة للاندثار ومتدنية الربيع والغلة، وعلى ذلك لا يتحقق الهدف الذي من أجله جعلت هذه الأراضي وقفا¹، من غير أن يتمكن ناظر الوقف أو السلطة المكلفة بالأوقاف من إصلاحها، أو إيجاد مستأجر يقبل استئجارها على الحالة التي هي عليها نظرا لكثرة نفقات إصلاحها ولقلة عوائدها، وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى البحث عن طريقة استثمارية، من أجل أن تؤدي هذه الأراضي الموقوفة الهدف الذي أوقفت من أجله، فنص على عقد المرصد، استمدته من الشريعة الإسلامية، وهو يعتبر نوع من أنواع الإجارة الخاصة، حيث استطاع الفقه الإسلامي أن يشتق من عقد الإيجار هذه الطريقة بشروط معينة، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن الفقه الإسلامي ليس فقها جامدا بل يسعى إلى الاستجابة لمتغيرات كل زمان ومكان.

ولئن كان الفقه الإسلامي يسمح باللجوء إلى عقد المرصد في جميع الأراضي الوقفية سواء كانت زراعية أو مخصصة للبناء، فإن المشرع الجزائري قد حصره في الأراضي القابلة للبناء حيث ورد في المادة 26 مكرر 5 أنه: "... يسمح بموجبه لمستأجر الأرض بالبناء فوقها ..."، فالمستأجر في عقد المرصد بعد أن يرخص له بالبناء من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف، توجب له الأرض الموقوفة بأجرة منخفضة مقابل الدين الذي يثبت في ذمة الوقف، وإذا أرادت السلطة المكلفة بالأوقاف إخراج المستأجر يلزمها أن تدفع له ما صرفه في البناء، بمعنى أن استغلال البناء من قبل المستأجر كعمارة للوقف يوازي المدة المعينة المحددة في عقد المرصد فتكون زمنا كافيا لاستهلاك قيمة البناء الذي أنجزه المستأجر.

¹ ألا وهو دوام المنفعة للمستفيدين من ريعها .

أولاً: شروط صحة عقد المرصد

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى الشروط التي يجب أن تتوافر في الملك الوقفي حتى يمكن للسلطة المكلفة بالأوقاف اللجوء إلى صيغة عقد المرصد من أجل استثماره وتنميته، غير شرط أن يتعلق هذا الاستثمار بالبناء، أي أن تكون الأرض الموقوفة محل عقد المرصد أرض تصلح للبناء، مما يحتم علينا إعمال متقنيات المادة 2 من قانون الأوقاف، 10/91 المعدل والمتمم والبحث عن هذه الشروط في أحكام الشريعة الإسلامية.

وبالرجوع إليها نجد أن الفقهاء يشترطون جملة من الشروط ينبغي توافرها، حتى يجوز لناظر الملك الوقفي اللجوء إلى عقد المرصد من أجل تنمية الوقف وحمايته من الضياع، تتمثل هذه الشروط في¹:

1 - أن يكون الوقف خراباً: فلا يجوز لناظر الوقف إتباع صيغة عقد المرصد في تنمية وتعمير الوقف إلا إذا كان الوقف قد خرب واندثر، بمعنى أنه لم يعد يُدر أي غلة أو عوائد نتيجة لهذه الوضعية التي آل إليها بسبب مرور زمن طويلاً عليه أو لأي سبب آخر، فالمشرع الجزائري في المفهوم الذي حدده لعقد المرصد، أغفل فيه فكرة ارتباط هذا العقد بخراب الوقف الذي يحتاج إلى إصلاح لاستمراره في أداء نفعه للموقوف عليهم، حيث اكتفى بربطه بالبناء فوق الأرض الموقوفة مقابل استغلال إيرادات البناء. ولذلك ومراعاة لشرط خراب الوقف تذهب بعض التشريعات المقارنة في مادة الأوقاف إلى ضرورة أخذ الإذن من المحكمة المختصة قبل أن يتخذ ناظر الوقف القرار في اللجوء إلى هذه الصيغة الاستثنائية في تعمير الوقف، فقد نصت المادة 32 من قانون رقم 4 لسنة 2011 بشأن الأوقاف في إمارة الشارقة، أنف الذكر على أنه: "لا يجوز لناظر الوقف أن يرتب تصرفاً على أعيان الوقف أو على أي شيء منها خلواً أو حكراً لمصلحة آخر دون إذن المحكمة"، وتكمن الحكمة من ضرورة أخذ إذن المحكمة في مثل هذه التصرفات، إلى بسط رقابتها على ناظر الوقف لتأكد من أن الوقف في حالة خراب واندثار يبرر اللجوء إلى هذه الطرق الاستثنائية في إيجار الوقف.

2 - عدم وجود غلة في الوقف يُعمر بها : إضافة إلى شرط خراب الوقف، يجب أن لا يكون له غلة يمكن أن يلجأ إليها ناظره من أجل تعميره بها، ذلك أن القيام بمهمة تعمير الوقف من أهم الاختصاصات الملقاة على عاتق الناظر، والسلطات المكلفة بالأوقاف في التشريعات التي تتبنى ولاية الدولة على الأوقاف، ولذلك إذا ثبت بالخبرة والمعينة أن الوقف له غلة يمكن أن يعمر بها فلا يجوز تأجيله بعقد المرصد لأنه يمثل طريقة استثنائية من طرق إيجار الملاك الوقفية.²

¹ محمد بن حسن الشطي، القواعد الحنبلية في التصرفات العقارية، دار المقتبس، بيروت، لبنان، ط1 سنة 2014 م، ص7

² علي محي الدين القرة داغي، مقال بعنوان " نظرة تجديدية للوقف واستثماراته "، ينظر الموقع :

ughttp://www.onislam.net/arabic/madarik تاريخ الزيارة في 11/12/2018.

3 - عدم وجود من يستأجر الوَقْفَ بإجارة معجّلة لعمارتها: فإذا وجد من يستأجر الوقف بطريقة الإيجار العادية التي تعتبر الطريق الأصلي في استثماره وتنميته عندئذ يمكن اللجوء إلى عقد المرصد، حيث يرجع ناظر الوقف إلى القاضي ويطلب منه إعطاء الإذن للمستأجر بإيجار العقار الوقفي على هذا الوجه، بأن ينفق بدل الإيجار على التعمير على أن يكون ما أنفقه ديناً مرصداً على الوقف، بمعنى أن العقار الموقوف يبقى كرهن في يد المستأجر يستعمله وينتفع به، وكلما قضت الحاجة إلى التعمير يأذن ناظر الوقف للمستأجر صاحب المرصد بإجراء العمارة الضرورية فيقوم بعمارة ما يراه لازماً ثم يثبت ما أنفقه على العمارة في مواجهة الناظر فيضاف إلى أصل الدين، وكلما انقضت مدة الإجارة تجدد ويزداد مقدار الدين على الوقف من سنة إلى أخرى حتى يصبح صاحب المرصد متصرفاً بالعقار الموقوف لقاء أجره زهيدة وهي في الحقيقة لا تساوي سواء جزاء يسيراً من أجرته الحقيقية¹، لذلك ينبغي أن لا يكون للوقف غلة من ريعه يمكن أن يعمر بها حتى يأذن القاضي في اللجوء إلى عقد المرصد.

ثانياً: التزامات المستأجر في عقد المرصد:

جعل المشرع الجزائري عقد المرصد مقصوراً في البناء على الأرض الموقوفة التي تصلح للبناء وعلى ذلك يلتزم صاحب الحق في المرصد بالتزامين هما البناء على الأرض الموقوفة و دفع الأجرة .

1 - التزام المستأجر بتشييد البناء على الأرض الموقوفة: الهدف الأساسي الذي من أجله أقر المشرع الجزائري إمكانية اللجوء إلى عقد المرصد هو البناء على الأرض الموقوفة القابلة للبناء من أجل استثمارها وتنميتها لتؤدي الغرض الذي وقفت من أجله، وبناء على ذلك يتعين على صاحب الحق في المرصد أن يقيم البناءات المنفق عليها في عقد المرصد مع السلطة المكلفة بالأوقاف (مديرية الشؤون الدينية والأوقاف)، وفي حالة عدم التزام صاحب الحق في المرصد بهذا الالتزام الأساسي يكون ذلك سبباً كافياً لإقدام السلطة المكلفة بالأوقاف على فسخ العقد تطبيقاً للمادة 119 من ق م ج باعتبار أن عقد المرصد من العقود الملزمة للجانبين، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في فسخ العقد .

2 - التزام المستأجر بدفع بدل الإيجار: فعقد المرصد حسب المشرع الجزائري يسمح بمقتضاه لمستأجر الأرض الموقوفة بالبناء عليها بناء يستغل، وله مقابل وضعه ذلك البناء حق استغلاله مدة من الزمن يمكن له فيها من أخذ قيمة ما بناه، وبعد ذلك تخلص غلة الوقف للموقوف عليهم، غير أن صاحب الحق في المرصد ملزم بدفع أجره منخفضة - طيلة مدة استغلال البناء - لا تصل إلى حد أجره المثل كما هو عليه الحال في الإيجار العادي للأموال الموقوفة، وما يتبقى يجعل في مقابل دينه على الوقف، أما ما يستوفى من الأجرة المنخفضة فيصرف للمستحقين من الوقف.

¹ زهدي يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 180 .

ثالثا: حقوق المستأجر في عقد المرصد:

إذا أبرم عقد المرصد صحيحا ومستوفيا لشروطه فإنه يرتب لصاحب الحق في المرصد حقوق تتمثل في :

1 - حق صاحب المرصد باستغلال إيرادات البناء: فإذا كان الهدف الأساسي من عقد المرصد لدى المشرع الجزائري هو حماية الأرض الموقوفة الخربة بالبناء عليها، فإنه يحق لصاحب المرصد استغلال هذه البنايات التي أقامها على الأرض الموقوفة، حيث أقرت له بهذا الحق المادة 26 مكرر 5 حيث وردت فيها عبارة: "... مقابل استغلال إيرادات البناء..."، فإذا كانت البنايات التي شيدها تصلح للتجارة فله أن يزاول فيها تجارة معينة، شريطة مراعاة القوانين المنظمة لها، وضرورة مراعاة كذلك أحكام الشريعة الإسلامية في ذلك، فلا يجوز له ممارسة تجارة في مواد تحرم الشريعة الإسلامية التعامل فيها كالخمر مثلا، لأن في كل عمليات إيجار الأملاك الوقفية سواء الإيجار العادي أو الإيجار الاستثنائي يجب مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك تطبيقا لأحكام المادة 42 من قانون الأوقاف 91/10 المعدل والمتمم، التي انطوت على أنه: "تؤجر الملاك الوقفية وفقا للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية" لأن الهدف من الأوقاف هو عمل البر والخير، ويكون حق استغلال صاحب المرصد للبناء طيلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار.

2 - حق صاحب المرصد في التنازل عن حقه في استغلال إيرادات البناء: انطوت على بيان هذا الحق المادة 26 مكرر 5 من قانون الأوقاف 91/10 المعدل والمتمم بقولها: "... وله حق التنازل عنه باتفاق مسبق طيلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار..."، وقد قرر الفقه الإسلامي كذلك إمكانية بيع المرصد وانتقاله من يد إلى أخرى بعد أخذ الإذن من ناظر الملك الوقفي¹، غير أنه ينبغي ملاحظة أن البيع في هذا المقام يتعلق بإيرادات البناء لا بالبناء ذاته، وذلك لأن البناء يكون ملكا للوقف، وليس ملكا لصاحب الحق في المرصد لذلك لا يجوز له التصرف فيه، لأن المادة 26 مكرر 5 من قانون الأوقاف، أكدت في ذيلها على ضرورة مراعاة عند إبرام عقد المرصد أحكام المادة 25 من ذات القانون التي تقضي بأن كل تغيير يحدث بناء أو غراس يلحق بالعين الموقوفة.

ومن ناحية ثانية فإن المشرع الجزائري، ربط حق صاحب المرصد في التنازل عن استغلال إيرادات البناء بضرورة الاتفاق المسبق على ذلك بينه وبين السلطة المكلفة بالأوقاف المتمثلة في مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، متأشيا في ذلك بالفقه الإسلامي حيث ربط أيضا هذا الحق بضرورة أخذ الإذن من ناظر الملك الوقفي محل عقد المرصد، كما ينبغي ملاحظة أن هذا الحق في التنازل عن إيرادات البناء يكون لمدة محددة وهي مدة استهلاك قيمة الاستثمار التي ينتهي بها عقد المرصد.

¹ نفس المرجع السابق، 180 .

3 - حق انتقال المرصد إلى الورثة: عقد المرصد من عقود الإيجار الطويلة التي تقع على الأملاك الوقفية، لذلك قد يموت صاحب الحق في المرصد قبل استقفاء قيمة استثماره في الأرض الموقوفة، وفي حالة وقع ذلك فإن الفقه الإسلامي يقرر انتقال حق المرصد إلى ورثته.¹ ورغم أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا الحق بصريح العبارة في نص المادة 26 مكرر 5 من قانون الأوقاف أنفة الذكر إلا أن هذا يفهم ضمناً، فإذا كان من حق صاحب المرصد التنازل بإرادته عن حقه في استغلال إيرادات البناء للغير بالاتفاق مع السلطة المكلفة بالأوقاف، فإنه يكون من أيضاً من حق ورثته أن يتقل إليهم هذا الحق طيلة مدة استقفاء قيمة الاستثمار، باعتبار أن الدين الذي على الوقف هو من مكونات الذمة المالية لسلفهم المتوفى، والذي ينتقل إليهم بالضرورة، وهذا فضلاً عن إتباع أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد به نص في قانون الأوقاف وفقاً لمقتضيات المادة الثانية منه .

وينتهي عقد المرصد انتهاء طبيعياً عندما يستوفي صاحب حق المرصد لقيمة دينه التي ترتبت على الملك الوقف، أي باستهلاكه قيمة الاستثمار التي أنفقها بالبناء على العقار الوقفي، حسب المشرع الجزائري، كما قد ينتهي بالفسخ وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في حالة عدم تنفيذ المستأجر (صاحب الحق في المرصد) بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه كأن لم يقم بالبناء المتفق عليه على الأرض الموقوفة من أجل تنميتها أو لم يدفع قيمة الإيجار .

ومن خلال دراسة أحكام عقدي الحكر والمرصد، نستنتج أن كل منهما يرد على أرض موقوفة هي بحاجة ماسة للاستثمار فيقوم المستأجر بإصلاحها، من أجل أن تؤدي الغرض الذي أوقفت من أجله، غير أن العقدين يختلفان في أن الحكر لا يرد إلا على الأرض الموقوفة التي خربت تماماً أي أصبحت مندثرة ، أما عقد المرصد فيرد على الملك الموقوف الذي لا يوجد به مال يعمر به ولا يمكن إيجاره بأجرة معجلة تنفق على تعميره، ومن ناحية ثانية فعقد الحكر يرتب للمستأجر حقا عينياً لصاحبه على الأرض الموقوفة، يجوز له التنازل عنه أو بيعه من غير اتفاق مسبق مع السلطة المكلفة بالأوقاف، في حين أن عقد المرصد لا يرتب لصاحبه إلا حقا شخصياً على الملك الوقفي لا يجوز له بيعه أو التنازل عنه من غير اتفاق مسبق مع السلطة المكلفة بالأوقاف .

الفرع الثالث: استثمار الوقف بتغيير وجهته

نصت المادة 26 مكرر 3 من قانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف رقم 10/91 على أنه: "مع مراعاة الأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها، وأحكام المادتين 24 و 25 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه، يمكن إدماج الأراضي الفلاحية الوقفية المجاورة للتجمعات السكانية ضمن الأراضي العمرانية طبقاً لأحكام القانون

¹ نفس المرجع السابق، 180 .

129/90¹ المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990 والمتعلق بالتهيئة والتعمير"، كما نصت المادة 26 مكرر 4 من ذات القانون على أنه: "يصح تغيير وجهة الملك الوقفي إلى ما هو أصلح له وللمستحقين، ما لم يمنع ذلك شرط من شروط الواقف، وفي حالة وجود مانع يلجأ إلى القاضي الذي يصدر حكماً يراعي مصلحة الوقف والموقوف عليهم، وفقاً للأحكام والإجراءات المنصوص عليها في القانون".

ويمكن إدماج هاتين المادتين تحت عنوان واحد، لأن إدماج الأراضي الفلاحية ضمن الأراضي العمرانية هو من صميم تغيير وجهة الملك الوقفي، فتغير هذه الوجهة قد تكون بتغيير نوع النشاط المقام فوقه أو بالتغيير في طريقة استثماره.

ولتغيير وجهة الملك الوقفي بإدماج الأراضي الفلاحية ضمن الأراضي العمرانية ينبغي أن يتوافر شرطان، أولهما أن تكون الأرض الفلاحية التي يراد إدماجها ضمن الأراضي العمرانية مجاورة للتجمعات السكانية، فبمفهوم المخالفة لا يجوز إدماج الأراضي الموقوفة المخصصة للفلاحة في الأراضي العمرانية إذا كانت بعيدة عن مكان التجمع العمراني حيث يجب أن تبقى مخصصة للزراعة، ويتمثل الشرط الثاني في أن يتحقق للأرض الفلاحية إحدى الحالات التي تبيح استبدال الوقف المذكورة في المادة 24 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، وهي أربع: - حالة تعرضه للضياع والانقراض، - حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه، - حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية، - حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانقضاء إتيانه بنفع قط...، وسيأتي تفصيل هذه الحالات عند الحديث عن طريقة استبدال الأوقاف من أجل استثمارها وتتميتها.

أما الحالة الثانية من الحالات التي أجاز المشرع الجزائري فيها تغيير وجهة الملك الوقفي فهي ما جاء في المادة 26 مكرر 4 وذلك فيما إذا كان التغيير أصلح للوقف أو للمستحقين، ومثال ذلك أن تكون الأرض الموقوفة الفلاحية تجاور تجمع سكاني غير أن ريعها من الفلاحة قليل، فيكون أصلح للوقف، وأنفع للموقوف عليهم المستحقين للريع أن تحول هذه الأرض إلى بنايات تجارية تؤجر لمن يرغب فيها، وفق قواعد إيجار الأملاك الوقفية ليكون دخلها من هذا الإيجار التجاري أعلى من دخلها عن طرق فلاحتها، غير أنه في كل ذلك اشترطت المادة 26 مكرر 4 أن لا يتعارض مع اشتراطات الواقف، بمعنى أنه إذا اشترط الوقف في عقد وقفه أن تظل الأرض الفلاحية التي وقفها مخصصة للفلاحة ولا يجوز تغيير وجهتها وجب احترام شرطه لأن المادة 14 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم انطوت على أن: "اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها".

¹ المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتضمن قانون التهيئة والتعمير.

وحتى ولو اشترط الواقف في عقد وقفه عدم إمكانية تغيير وجهة الملك الوقفي من أرض فلاحية إلى أرض عمرانية غير أن هذا التغيير كان أنفع للوقف، وأصلح للموقوف عليهم فيجوز عندئذ اللجوء إلى القضاء المختص ليقرر هذا التغيير بحكم قضائي، وهذا وفق ما نصت عليه المادة 26 مكرر 4 أنفة الذكر، ولأن القاضي يجوز له أن يلغي اشتراطات الواقف التي تضر بمصلحة الوقف أو الموقوف عليهم وفقا لمقتضيات المادة 16 من قانون الأوقاف الجزائري.

وهذه الأحكام استمدها المشرع الجزائري من اجتهادات الفقه الإسلامي وخاصة المذهب الحنفي والحنبلي، فالفقه الإسلامي يعتبر وجهة الوقف من صميم اشتراطات الواقف، بمعنى أنه يجب احترامها والعمل بها حيث يجب العمل بشرط الواقف، وتجاوز مخالفتها وتغييرها حيث يجوز ذلك في اشتراطات الواقف، فضوابط احترام اشتراطات الواقف عند فقهاء المذهب الحنفي تتمثل عدم مخالفتها للشريعة الإسلامية، وعدم مخالفتها لمصلحة الوقف أو الموقوف عليهم، ولذلك نجد عندهم بعض التوسع في تغيير وجهة الوقف، فقد أجازوا تغيير وجهة الأرض الفلاحية الوقفية إلى أرض عمرانية بشروط، ففي الفتاوى الخانية: "وإن أراد قيم الوقف أن يبني في الأرض الموقوفة بيوتا يستغلها بالإجارة لا يكون له ذلك، لأن استغلال أرض الوقف يكون بالزرع، ولو كانت الأرض متصلة ببيوت المصر يرغب الناس في استئجار بيوتها ويكون غلة ذلك فوق غلة الزرع والنخل، كان للقيم أن يبني فيها بيوتا ويؤجرها، لأن الاستغلال بهذا الوجه يكون أنفع للفقراء"¹.

ويجب أن لا يفهم من تعبيرهم هذا احتمال خروج الأرض الفلاحية عن الوقف، بمعنى أن هذه البيوت إذا بنيت تكون وقفا كأصلها، فالذي يتغير هو طريقة استثمارها، فإذا كان الواقف قد وقفها من أجل زرعها لتكون غلاتها ريع يستفيد منه الموقوف عليهم، فإن الفقه الحنفي لا يرى مانعا من إمكانية تغيير طريقة استثمار هذه الأرض وذلك بتحويل وجهتها من زراعية إلى أرض عمرانية، غير أنهم يشترطون لذلك أن تكون مجاورة للأمصار التي يقصد بها أماكن التجمعات السكنية، كما يجب أن يكون تحويلها إلى محلات تجارية أو دور سكنية من أجل إيجارها يحقق مصلحة الموقوف عليهم.

وأما المذهب الحنبلي فهو أوسع المذاهب في مخالفة اشتراطات الواقف، فلا يتبع منها إلا ما وافق مقصودا شرعيا، وعليه يجوز عندهم تغيير وجهة الملك الوقفي، وفي ذلك يقول ابن تيمية: "لناظر أن يغير صورة الوقف من صورة إلى صورة أصلح منها، كما غير الخلفاء الراشدون صورة المسجدين الذين بالحرمين، وكما نقل عمر مسجد الكوفة من موضع إلى موضع"²، فيجيز الفقه الحنبلي تغيير وجهة الملك الوقفي إذا قدر الناظر أن هذا التغيير هو أصلح للوقف، بأن يكون الريع منه أكثر من صورته

¹ فتاوى قضيان، محمود الأوز جندي قضان، دار صادر بيروت، لبنان، سنة 1991 م، ج3، ص 333.

² الفتاوى الكبرى، ابن تيمية، مرجع سابق، ج4، ص282.

الأصلية، وهذا هو شرطهم الوحيد ويطلقون يد الناظر في تقدير هذه المصلحة للوقف، وذلك من غير مراعاة لاشتراطات الواقف عند إنشاء وقفه.

ويرى الباحث أن إطلاق يد الناظر في مثل هذه الطريقة الاستثنائية قد يُشكل خطراً على الوقف ومصلحة الموقوف عليهم، إذا أخطأ الناظر في تقدير مصلحة الوقف، بأن غير وجهته لما هو أقل فائدة له، لذلك كان على الفقه الحنبلي أن يُقرن هذا التقدير بضرورة أخذ إذن القاضي، لأن استثمار الوقف بتغيير وجهته تعد طريقة استثنائية في الاستثمار وليست طريقة أصلية فيه.

وأما عند الشافعية فقد قال النووي: " لا يجوز تغيير الحبس على هيئته، فلا تجعل الدار بستانا ولا حماما، ولا بالعكس، إلا إذا جعل الواقف للناظر ما يرى فيه مصلحة الوقف"¹. ومن خلال هذا النص يتبين لنا أن الفقه الشافعي لا يُجيز لناظر الوقف الإقدام على تغيير وجهته الأصلية، من أجل تغيير طريقة استثماره إلا إذا نص الواقف على إمكانية هذا التغيير صراحة في وثيقة عقد وقفه، ومن باب أولى الأخذ بهذا المنع إذا كان الواقف قد اشترط في عقد الوقف عدم إمكانية اللجوء إلى تغيير وجهة الوقف.

أما عند الفقه المالكي فلم أعتز لهم على نص في تغيير الأراضي الفلاحية الموقوفة إلى أراضٍ عمرانية، والتغيير عندهم عموماً يخضع إلى مسألة مخالفة اشتراطات الواقف، ومما نصوا على جواز تغيير وجهته من الأحباس تلك المحاذية للمسجد المحتاج إلى التوسيع فيوسع بإدخالها فيه.²

ومن خلال عرض هذه الآراء الفقهية في مسألة تغيير وجهة الأملاك الوقفية من أراضٍ فلاحية إلى أراضٍ عمرانية، نجد أن المشرع الجزائري أخذ بما ذهب إليه الفقه الحنفي والذي اشترط لإمكانية هذا التغيير مجاورة الأراضي الفلاحية إلى مكان التجمعات العمرانية، مع ضرورة مراعاة اشتراطات الواقف في ذلك، وقد وسع المشرع الجزائري من ذلك بأن رخص للسلطة المكلفة بالأوقاف في حالة اشتراط الواقف عدم التغيير اللجوء إلى القضاء المختص لاستصدار حكم بتغييره إذا كان أصلح للوقف وأكثر نفعاً للموقوف عليهم.

أما في التشريعات المقارنة - التي بين يدي³ - في مادة الوقف، فلم أعتز فيها على أي نص يتحدث على مسألة تغيير وجهة الملك الوقفي من غير استبدال الوقف - الذي سنتحدث عنه لاحقاً -

¹ روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، سنة 1991، ج4، ص523.

² النوازل الجديدة الكبرى، لأبوعيسى سيدي المهدي الوزاني، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ط1، سنة 1996، ج8، ص369.

³ وتتمثل هذه القوانين في: قانون الأوقاف المصري رقم 48 لسنة 1946 المعدل والمتمم، وقانون الأوقاف الشرعية اليمني رقم 23 لسنة 1992 المعدل والمتمم، وقانون الأوقاف القطري رقم 08 لسنة 1996 المعدل والمتمم، وقانون الأوقاف لسلطنة عُمان رقم 65 لسنة 2000، وقانون الأوقاف، والشؤون و المقدسات الإسلامية الأردني رقم 32 لسنة

وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن قانون الأوقاف الجزائري هو قانون بذل فيه المشرع الجهد من أجل تنظيم غالبية المسائل التي تنظم الأوقاف، وحمايتها بما هو أصلح لها وللموقوف عليهم. وبالعودة إلى التشريعات المقارنة التي جاءت خالية من بيان حكم مسألة تغيير وجهة الملك الوقفي فإننا نجد أن كل تلك القوانين تضمنت نصاً يفيد بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد به نص، مع اختلافهم في التفصيل في المرجعية الفقهية التي يستند إليها كل قانون، فعلى سبيل المثال نصت مدونة الأوقاف المغربية الصادرة سنة 2010 في المادة 169 منها على أنه: "كل مال لم يرد في هذه المدونة يرجع فيه إلى أحكام المذهب المالكي فقها واجتهادا بما يراعى فيه تحقيق مصلحة الوقف"، في حين اعتمد المشرع في إمارة الشارقة على ترتيب المذاهب الفقهية التي يعتمد عليها عند خلوا القانون من تنظيم مسألة معينة حيث نصت المادة 3/3 من القانون رقم 4 لسنة 2011 على أنه: "إذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب أحمد ثم مذهب مالك ثم مذهب الشافعي ثم مذهب أبي حنيفة، فإن لم يوجد فيها نص طبقت المبادئ العامة للفقه الإسلامي"، أما المشرع اليمني فعلى غرار ما فعل المشرع الجزائري في نص المادة الثانية من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، نص على ضرورة البحث عن حكم المسألة التي لم يرد بها نص في قانون الأوقاف في كل مذاهب الفقه الإسلامي بالاعتماد على أقوى الأدلة.¹

الفرع الرابع: حماية الوقف باستبداله

تتكون الأملاك الوقفية في أغلب الأحيان من أبنية ، وأراضٍ زراعية وعقارات في معظمها تؤول إلى أن تكون غير صالحة للاستعمال، أو مهدمة أو قليلة جدا في الربح والغلة الناتجة عنها، ولا شك أن هذه الوضعيات تتسبب في تعطيل الهدف الذي من أجله جعلت أوقافا، مما دعى الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية للبحث عن طرق من أجل تنميتها واستغلالها وصولا إلى تحقيق مصلحة الوقوف والموقوف عليهم، لذلك يقر الفقه الإسلامي - مع الاختلاف - والقوانين الوضعية استبدال هذه الأوقاف في حالات معينة بتوافر شروط معينة، ويعتبر هذا الاستبدال من الصيغ الاستثمارية الذاتية للوقف.

فالاستبدال في التعريف اللغوي: مأخوذ من البذل، وبذل الشيء غيره، وتبدل به، واستبدله واستبدل به كله: أي اتخذ منه بدلاً، وتبديل الشيء: تغييره،² ومن ثم نستنتج أن الأصل في الاستبدال هو جعل شيء مكان شيء آخر.

أما في الاصطلاح الفقهي فيقصد باستبدال الوقف إخراج العين الموقوفة عن جهة وقيها ببيعها،

2001، وقانون ديوان الأوقاف القومية الإسلامية في السودان لسنة 2008، وقانون الأوقاف رقم 4 لسنة 2011 في شأن الوقف في إمارة الشارقة، ومدونة الأوقاف المغربية الصادرة في 23 فبراير 2010 .

¹ فقد انطوت المادة 90 من قانون الأوقاف الشرعية اليمني الصادر سنة 1992 المعدل والمتمم، آنف الذكر على أنه: "ما لم يذكر في هذا القانون يعمل فيه بأقوى الأدلة في الشريعة الإسلامية التي استمد منها هذا القانون ."

² لسان العرب، لابن منظور، مرجع سابق، ج11، ص84 .

وشراء عين أخرى تكون وقفا بدلها، هذا إذا وردت كلمة الاستبدال وحدها، أما إذا اقترنت هذه الكلمة بكلمة الإبدال كان يقال: إبدال الوقف واستبداله فيصبح معنى الإبدال هو إخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها ببيعها، والاستبدال هو شراء عين أخرى تكون وقفا بدلها.¹

ولذلك نستنتج في هذا المقام أن مصطلح الاستبدال ملازما لمصطلح الإبدال، فإذا تم إخراج العين الموقوفة عن الوقف إما مباشرة بتغييرها بعينا أخرى لتصبح الثانية وقفا، أو بطريقة غير مباشرة ببيعها ليشتري بثمنها عينا أخرى تصبح هي الوقف، لذلك جعل الاستبدال من الشروط العشرة التي يصح للواقف اشتراطها في وقفه إلى جانب الإبدال لأن كل منهما في الحقيقة يستلزم معنى الآخر، فلا فرق بينهما عند الفقهاء فهم يستعملون اللفظين معا أحدهما مكان الآخر، غير أن الشائع هو لفظ الاستبدال.

أولا: استبدال الوقف في الفقه الإسلامي

في الأصل لا يجوز التصرف في الملك الوقفي بأي تصرف ناقل للملكية لأن حكم الوقف هو التأييد واللزوم، ليحقق دوام الانتفاع به وتحصيل الثواب والأجر بنفعه المستمر، وهذا هو الفرق الجوهرى بين الوقف وسائر الصدقات الأخرى، فإذا آل هذا الوقف إلى الخراب، فقد اختلف الفقه الإسلامي في جواز استبداله بوقف آخر يحل محله كأسلوب للمحافظة على الطاقة الإنتاجية لهذا الوقف. فبالنسبة للمذهب الحنفي فقد انقسم فقهاؤه بشأن استبدال الوقف إلى رأيين: أولهما: يمثله الإمام أبو يوسف، حيث يرى أنه إذا اشترط الواقف في وقفه استبدال الوقف إذا خرب فإن الوقف وشرط الاستبدال صحيحان، وأما إذا سكت الواقف عن ذكر الاستبدال أو أن يشترط عدم الاستبدال ولكن صار الوقف لا ينتفع به بالكلية أو لا يفي بمؤنته ففي هذه الحالة يجوز الاستبدال لمصلحة الوقف بعد إذن القاضي.² وذلك لأن أبو يوسف لا يرى أن شرط استبدال الوقف يتنافى مع تأييد الوقف، لأن التأييد لا يرتبط بعين معينة بحيث يزول الوقف بزوال صفة التأييد، فالغلات والريع هو أساس بنیان الوقف، فما دامت غلات الوقف تصرف على التأييد، وما دام الوقف مستمرا في صرف غلاته على مصارفها فهو لزوم أبدي، لأن العبرة في الوقف بمعنى الاستمرارية في الصرف على أوجه البر التي عينها الواقف، فما دامت مستمرة فالوقف مستمر، وشرط الاستبدال لا يناهض هذا بل أنه في أكثر الأحوال يكون لزيادة الغلات أو لمنع تضائلها .

أما الرأي الثاني لدى الحنفية فيمثلته محمد بن الحسن الشيباني، حيث يذهب إلى أن استبدال الوقف لا يجوز، فالوقف جائز إلا أن شرط الاستبدال باطل، غير أن هذا القول ليس هو المتبع في المذهب الحنفي.³ لذلك يرى الباحث أن الأقرب إلى روح الشريعة الإسلامية هو ما ذهب إليه أبو يوسف

¹ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 145 .

² المبسوط، للرخسي، مرجع سابق، ج12، ص 41 - 42 .

³ البحر الرائق، لابن النجيم، مرجع سابق، ج5، ص 223 .

وجمهور الفقه الحنفي من جواز استبدال الوقف إذا صار خراب لا ينتفع به خصوصاً أنهم اشترطوا لذلك أخذ موافقة القاضي¹ لكونه الأعم بما تحتاجه الأوقاف من مصالح مختلفة ومتفاوتة، ولأنه المفوض الوحيد في سرعة البث واتخاذ القرار، فلو افترضنا أن أمر استبدال الوقف متوقفاً على ما يراه الموقوف عليهم مثلاً، لكان في تشتت آرائهم ضياع المصلحة المرجوة من الوقف، لأن كل منهم سيبحث في المقام الأول عن مصلحته الذاتية في حين سيعمل القاضي على الحكم بما يحقق المصلحة العامة للموقوف عليهم.

أما فقهاء المذهب المالكي بشأن استبدال الوقف فيفرون بين ما إذا كان المال الموقوف منقولاً أو عقاراً، فيجوز عندهم استبدال الوقف إذا كان محله مالا منقولاً ودعت المصلحة إلى ذلك، لأن الأموال المنقولة معرضة للتلف والخراب فاستبدالها يكون بقاء للوقف واستمراراً له، فقد جاء في المدونة: "قلت رأيت ما ضعف من الدواب المحبسة في سبيل الله أو بلي من الثياب كيف يصنع بها؟ قال مالك: أما ما ضعف من الدواب حتى لا يكون فيها قوة للغزو فإنه يباع ويشترى بثمنها غيرها من الخيل فيجعل في سبيل الله"²، فيما لا يجيز المالكية استبدال العقار الموقوف، وجعلوا ذلك أصلاً عندهم، فقد جاء في الشرح الصغير أنه لا يجوز بيع العقار الخرب الذي لا ينتفع به أو استبداله بمثله غير خرب: "ولا يجوز بيع نقضه من أحجار أو أخشاب، فإن تعذر عودها فيما حبست فيه جاز نقلها في مثله"³.

والسبب في تمسك المالكية بعدم الاستبدال في العقارات حرصهم على عدم التلاعب بالأوقاف فقد يهملها الناظر عمداً أو أن يشترك مع من يريد شراءها في تخريبها فتضيع بذلك مصلحة الوقف والموقوف عليهم، ومن هنا رأى المالكية أنه لا يجوز بيعها بحال من الأحوال، ولكن يجوز نقل أخشابها وحجارتها إلى مكان وقفي آخر، ورغم تمسك المالكية بعدم إبدال الوقف العقاري فإنهم يتفقون مع بقية جمهور الفقه الإسلامي في الغاية من هذا النقاش المتمثلة في الحرص الشديد على مصالح الأوقاف بالاحتياط من كل ما من شأنه تبديدها وضياعها.

وقد تبع الفقه الشافعي المالكية في تقريبهم بين الوقف المنقول والعقار لكنهم اختلفوا في حكم الاستبدال، فبخصوص الوقف المنقول اختلف الشافعية فيما بينهم فمنهم من أجاز استبدال المنقول مثل النخلة إذا جفت أو الجذع في المسجد إذا كسر وذلك ببيع الوقف المنقول الذي لا يرجى منفعته ويشترى بالثمن ما يكون وقفاً مكان الذي تلف، ومنهم من منع بيع أو استبدال الوقف المنقول وغير المنقول عامة، فقد جاء في فتح الوهاب: "ولا يباع موقوف وإن خرب كشجرة جفت ومسجد انهدم وتعذرت إعادته، وحصره

¹ وفي ذلك يقول ابن النجيم: "أنه لا يملك الاستبدال إلا القاضي إذا رأى المصلحة في ذلك، ولو شرط أن يبيعه ويشترى بثمنها أرضاً أخرى ولم يزد صح استحساناً، وصارت الثانية وقفاً بشرائطه الأولى ولا يحتاج إلى إيقافها"، ينظر: البحر الرائق، لابن النجيم، مرجع سابق، ج5، ص223.

² المدونة الكبرى، للإمام مالك، مرجع سابق، ج4، ص342.

³ الشرح الصغير، للدردير، مرجع سابق، ج4، ص126 - 127.

الموقوفة البالية، وجذوعه المنكسرة إدامة للوقف في عينه¹، ويستدل الشافعية على ما يذهبون إليه بالحديث الشريف حول وقف عمر بن الخطاب رضي الله عنه و الذي جاء فيه ألا يباع أصلها ولا تتباع ولا توهب ولا تورث.

ويناقش هذا لاستدل الذي قدمه الشافعية، بما يفهمه الحنفية من هذا الحديث المشهور المتفق عليه، فيقولون: إن الوقف عقد لازم لا يفسخ بإقالة ولا غيرها ولا يوهب ولا يورث ولا يستبدل مادامت منافعه قائمة فإن تعطلت هذه المنافع المقصودة منه فلا بد و أن يستبدل من أجل أن يبقى قائماً ويستفاد من منافعه وذلك ببيعه على أن يصرف ثمنه في مثله لأن في إقامة البدل مقامه يكون تأييداً للوقف وتحقيقاً للمقصود²، ويذهب الباحث إلى تثمين هذا الفهم الذي ذهب إليه الحنابلة لهذا الحديث الشريف، ولذلك يصبح هذا دليل لصالح الفقه المجيز لاستبدال الوقف إذا خرب من أجل دوام نفعه .

أما الفقه الحنبلي فقد توسع في استبدال الأوقاف بصفة عامة سواء كانت منقولة أو عقارية، فإذا خرب الوقف وتعطلت منافعه كالدار إذا تهدمت أو الأرض إذا أصبحت مواتا جاز بيع الوقف أو جزء منه لإصلاح الجزء الآخر، وإن تعذر الإصلاح بيع الوقف كله وأشترى بثمنه بدلا منه ليصبح وقفا تلقائياً، وكذلك الأمر بالنسبة للأموال المنقولة الموقوفة مثل الفرس الذي حبس على الغزو فإذا كبرت ولم تعد قادرة على الغزو فلا مانع من الاستفادة منها في أعمال أخرى عامة غير الغزو مثل أن يحمل عليها الرمل أو المتاع، فإذا تعذرت الاستفادة منها فيجوز بيعها ويشترى بثمنها ما يصلح للغزو من فرس أو غيرها.³

ومما يدل على توسع الحنابلة في استبدال الوقف بغيره تحصيلاً للمنفعة و مراعاة لمصالح الوقف والموقوف عليهم ما أفتى به ابن تيمية بجواز استبدال أي وقف حتى المسجد بغيره إذا كان في ذلك مصلحة ينتفع بها الموقوف عليهم أو الناس عامة، إذ المسجد من المنافع العامة، فقد أفتى بمسألة مفادها: "إن المسجد إذا كان موقوفاً ببلدة أو محلة، فإذا تعذر انتفاع أهل تلك الناحية به صرفت المنفعة في نظير ذلك فيبني بها في موضع آخر، كما يقوم مثل ذلك في زيت المسجد وحُصره، إذا استغنى عنها المسجد تصرف إلى مسجد آخر ويجوز صرفها عنده في الفقراء والجيران، وأستدل على ذلك : بأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يقسم كسوة الكعبة بين المسلمين، وكذلك كسوة سائر المساجد، لأن المسلمون هم المستحقون لمنفعة المساجد".⁴

ففي هذه الفتوى نجد ابن تيمية يفرق بين المقاصد الحقيقية من تشريع الوقف، وهي مجموعة

¹ فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، زين الدين زكريا الأنصاري، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، 1996 م، ج1، ص 444 .

² المغني، لابن قدامة، ج6، ص 250 .

³ كشاف القناع، للبهوتي، مرجع سابق، ج2، ص 470 .

⁴ الفتاوى الكبرى، لابن تيمية، مرجع سابق، ج 31، ص 213 .

من الأهداف الثابتة، وبين الوسائل المتغيرة التي تؤدي إلى تحقيق مصلحة الوقف والموقوف عليهم، فلما كان مقصد الواقف من وقفه هو تحصيل الأجر والثواب، والمقصد من إقامة المساجد هو حفظ الدين، فقد أفتى باستبدال المسجد بمكان آخر، لينتفع به المسلمون الموجودون في المحلة العامرة إذ لا فائدة من مسجد موجود في قرية أو محلة خربة فارغة من السكان .

وقد نظر ابن قدامة المقدسي إلى المصلحة عند حديثه عن استبدال الوقف أو بيعه فقال: "إن الوقف إذا بيع، فأى شيء اشتري بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز سواء كان من جنسه أم من غير جنسه، لأن المقصود المنفعة لا الجنس، لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التي كانت الأولى تصرف فيها، لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه، كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به".¹

ومن هنا نرى أن الحنابلة يذهبون إلى جواز استبدال الوقف الخرب بغيره ليكون الثاني وقفا ويتقيدون في ذلك بضابط تحقيق المصلحة المرجوة من الوقف، من أجل تحقيق التأييد في الوقف باستمرارية منافعه وغلته ولو في مكان آخر.

ومن خلال استعراض آراء الفقه الإسلامي حول مسألة جواز استبدال الملك الوقفي من عدمه، يرجح الباحث رأي المذهب الحنبلي الذي يذهب إلى جواز استبدال الأعيان الموقوفة الخربة التي لم تعد تحقق الغرض المرجوا منها بأوقاف أخرى سواء بصفة مباشرة بالمعاوضة أو ببيعها وشراء بثمنها أوقافا أخرى، وذلك لأن في مذهب القائلين بعدم الجواز إفراطا في التشدد الذي يترتب عليه بقاء الأوقاف خرابا خصوصا إذا كانت عقارات تتمثل في دور خاوية على عروشها لا ينتفع بها أحد، أما إذا كانت أراض زراعية فتكون ميتة لا يزرعها أحد، وهذا لاشك يعد خرابا في الأرض يؤدي إلى فساد كبير في وسائل الاستغلال، فضلا عما يلحق من ضرر بالموقوف عليهم نتيجة لهذه الوضعية، غير أنه ينبغي أن يؤخذ في الحسبان أن فتح الباب على مصرعيه في استبدال الأوقاف قد أدى في التاريخ الإسلامي إلى ضياع أوقاف كثيرة، باتخاذ سبيلا للاستيلاء على الأملاك الوقفية وبالتالي فلا بد من العمل على وضع قيود وشروط محددة تحول دون حصول مثل تلك المخالفات، الأمر الذي يقتضي أن توجه الاستبدال إلى استثمار تلك الأملاك لا إلى ضياعها، مما يحقق المقصود من الوقف في تأييد العين الموقوفة وصرف منافعها دوما على الجهات المستحقة لها، ويتفق مع سياسات الشريعة الإسلامية في التعامل مع الأموال والتصرف فيها وبخاصة فيما يتعلق بضرورة استثمارها وعدم جواز تعطيلها.

ويمكن أن نستخلص مما سبق جملة من الشروط والقيود وضعها الفقه الإسلامي لكي يمكن اللجوء إلى طريقة استبدال الوقف من أجل استثماره وتحول دون ضياعه تتمثل فيما يلي:

1 - أن تنتفي المنفعة من العين الموقوفة بحيث لا يستفاد منها فلا بد من البحث عن بديل

¹ المغني، لابن قدامة، ج6، ص 253 .

لها يتحقق به ديمومة الوقف .

2 - أن يتم الاستبدال بقرار من القاضي الذي ينبغي أن يكون عدلا يرى المصلحة في الاستبدال ويقدرها، فلا تُعطى صلاحية الاستبدال للواقف ولا للناظر حتى ولو كان الواقف قد نص على ذلك في عقد وقفه وذلك من أجل درء الشبهة ومنعا للتسيب وحماية للملك الوقفي، وإذا رأى الناظر أو الواقف مصلحة في استبدال الوقف فعليه أن يرفع الأمر إلى القاضي لأخذ الإذن منه.

3 - أن لا يكون بيع العين الموقوفة بغبن فاحش، ذلك لأن البيع بغبن فاحش ظلم وتنازل عن جزء من الوقف وهذا لا يجوز .

4 - أن لا يبيع الناظر الوقف الخرب لمن لا تقبل شهادته ولا لمن له على الناظر دين وذلك لأن البيع ممن لا تقبل شهادته للناظر يستدعي الاتهام، إذ فيه احتمال أن يقع غبن على الوقف، كما أن البيع لمن له على الناظر دين فيه احتمال ضياع مال البذل بعجز الناظر على السداد فيضيع الوقف.

5 - أن تكون العين التي اشترت وتم الاستبدال بها أكثر خيرا و أنفع للوقف من الأولى .

6 - لا تعتبر عملية الاستبدال صحيحة وناظرة بالاكتماء ببيع المال الموقوف بل لا بد من تحقق الخطوة الأخرى، والتي تعتبر الغاية والهدف من عملية الاستبدال ومن خلالها يمكننا اعتبار عملية الاستبدال صيغة استثمارية من صيغ استثمار الأملاك الوقفية وتتم هذه الخطوة بشراء عين أخرى محل العين الأولى لتكون الثانية وقفا، ومن ثم تتحقق ديمومة الوقف وتأبيده .

ثانيا : استبدال الوقف في القانون الوضعي

الأصل لدى المشرع الجزائري أن حكم الوقف هو التأبيد حيث لا يجوز التصرف في عين الوقف بأي تصرف من التصرفات الناقلة للملكية، وهذا الحكم بينته المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدل والمتمم، حيث عرفت الوقف على أنه: "حبس العين عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق" ولقد أكد المشرع هذا التأبيد في الوقف من خلال نص المادة 23 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم التي انطوت على أنه: "لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف، سواء بالبيع، أو الهبة، أو التنازل، أو غيرها"¹، فالوقف إذا نشأ صحيحا كان حكمه التأبيد فلا يجوز التصرف فيه بأي تصرف ناقل للملكية، وهذه الخاصية في الأملاك الوقفية هي التي تجعل عقد الوقف يختلف عن بقية عقود التبرعات الأخرى المتمثلة في الهبة والوصية، فالموهوب له

¹ وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 157310 المؤرخ في 16 يوليو 1997 بعدم صحة بيع عقار محبس، حيث جاء فيه: "... من المقرر شرعا وقانونا أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو بغيرهما، ولما تبين في قضية الحال أن جهة الاستئناف تغاضت عن طلب الطاعن الأساسي الرامي إلى إبطال البيع الوارد على الأرض المحبسة وراحت تصحح هذا البيع المفرغ في عقد الشهرة بالرغم من تعلقه بأرض محبسة، فإن القضاة بقرارهم كما فعلوا يكونون قد أساءوا تطبيق القانون، وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض قرارهم"، ينظر: المجلة القضائية العدد الأول سنة 1997، ص 34 .

أو الموصى له يستطيع التصرف في المال الموهوب له أو الموصى له به لأن هذين العقدين بمقتضاهما تنتقل الملكية للموهوب له أو الموصى له، على عكس الوقف الذي يشترط فيه التأييد، حيث لا يمكن بيع أو هبة أو التنازل عن المال الموقوف ولا التصرف فيه بأي تصرف آخر ناقل للملكية.

غير أن المشرع الجزائري في تقريره عدم صحة التصرف في أصل الملك الوقفي بالتصرفات الناقلة للملكية ربط ذلك في المادة 23 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم آنفة الذكر، بأن يكون الملك الوقفي ينتفع به، حيث ورد فيها عبارة " لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به " وبمفهوم المخالفة أنه إذا كان الملك الوقفي لا ينتفع به بأن صار خرابا فيجوز التصرف فيه باستبداله إذا توافرت الشروط والمصلحة الشرعية .

ولذلك فقد جاءت المادة 24 من قانون الأوقاف الجزائري رقم 10/91 المعدل والمتمم مؤكدة لما تضمنته المادة 23 قبلها من عدم صحة التصرفات في الملك الوقفي من حيث الأصل، فقد نصت المادة 24 من نفس القانون على أنه: " لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر، إلا في الحالات الآتية: - حالة تعرضه للضياع أو الاندثار، - حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه، - حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية، - حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء إتيانه بنفع قط، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه...".

إذن فالأصل هو عدم صحة التصرفات الناقلة للملكية على الملك الوقفي تحقيقا لشرط التأييد فيه والاستثناء هو إمكانية التصرف فيه ببيعه واستبداله بوقف آخر يكون أحسن منه من أجل ديمومته وهذا ما نص عليه كذلك المشرع اليمني في القانون رقم 23 لسنة 1992 بشأن الوقف الشرعي حيث انطوت المادة 56 منه على أنه: " لا يجوز التصرف في الوقف إلا بإذن الجهة المختصة وفي الأحوال المبينة في هذا القانون"، وفي ذات الصدد نصت المادة 7 الفقرة 7 من قانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية الأردني رقم 32 لسنة 2001 - أنف الذكر - على أنه من صلاحيات مجلس الأوقاف الموافقة على استبدال العقارات الوقفية بإذن من المحكمة الشرعية المختصة عند وجود المسوغ الشرعي، فكل هذه النصوص في القوانين المقارنة تبين بما لا يدع مجال للشك أن عملية استبدال الأوقاف إنما هي على سبيل الاستثناء من الأصل الذي هو عدم جواز التصرف في الأملاك الوقفية بأي تصرف ناقل للملكية.

وبالعودة إلى نص المادة 24 من قانون الأوقاف الجزائري رقم 10/91 المعدل والمتمم نجده قد حدد حالات، يجوز في حالة تحقق إحداها اللجوء إلى استبدال الملك الوقفي، تتمثل هذا الحالات في:

1 - حالة تعرضه الملك الوقفي للضياع أو الاندثار: وهذه الحالة تقتضي أن يكون الملك الوقف قد خرب تماما ولم تعد فيه غلة كافية لإصلاحه ولا يوجد من يقبل أن يستأجره على هذه الحالة التي هو عليها من الخراب.

2 - حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه: وهذه الحالة تتداخل إلى حد كبير مع

الحالة الأولى، بأن يصبح الوقف بدون غلة أو أن يكون ذا غلة ضئيلة لا تفي بتكاليف صيانته وإصلاحه والتي يعبر عنها الفقه الإسلامي بتكاليف مؤنة الوقف، أما إذا وجدت غلة يُعمر ويُصلح بها هذا الملك الوقفي فلا يصح عندئذ اللجوء إلى استبداله.

3 - حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية: ومثال ذلك أن تكون أرض موقوفة وقفا عاما مجاورة لمسجد معيناً أو مقبرة معينة، واحتاج المسجد إلى التوسعة بحسبانه وقفا عاما ينتفع به جميع المسلمين بإقامة الصلاة التي هي الركن الثاني من أركان الإسلام، إضافة إلى الوظائف العديدة التي تؤديها المسجد في حياة المسلمين، فقد أجاز المشرع الجزائري أن تستبدل الأرض الموقوفة المجاورة للمسجد بأرض أخرى من أجل توسعة المسجد، ونفس الكلام يقال إذا تعلق الأمر بمقبرة رأت السلطة المكلفة بالأوقاف قيام حالة الضرورة، بأن تستبدل الأرض الموقوفة المجاورة لها من أجل توسيع المقبرة التي تعد هي أيضاً من الأوقاف العامة.

4 - حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء إتيانه بنفع قط، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلاً، أو أفضل منه: وهذه الحالة تعد تكراراً للحالة التي سبقت الإشارة إليها، وهي: حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه، فهذه الحالة تصدق أن يكون محلها مال وقفي منقول كسيارة مثلاً انعدمت منافعها لكن يمكن بيعها مجزئة، كما تصدق أيضاً على العقارات، غير أن المشرع الجزائري اشترط أن تستبدل العقارات التي انعدمت منفعتها بعقارات مماثلة لها أو أفضل منها، فلا يجوز أن يستبدل العقار بعقار أقل منه في القيمة.

غير أن المشرع الجزائري لم يحدد الجهة التي تقوم بعملية استبدال الوقف، إلا أنه عني عن البيان أن الواقف ليس هو المنوط به هذه المهمة لأن الوقف قد خرج عن ملكه¹، كما أن الموقوف عليهم لا يمكنهم القيام بذلك لأن حقهم في الوقف محصوراً في استحقاق الغلة وهذا ما بينته المادة 18 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، حيث انطوت على أنه: "ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه، وعليه استغلالها استغلالاً غير متلف للعين وحقه حق انتفاع لا حق ملكية"، وبناء على هذه الاستبعادات نستنتج أن السلطة المكلفة بالأوقاف ممثلة في مديرية الشؤون الدينية والأوقاف للولاية مكان تواجد الملك الوقفي المراد استبداله، هي التي تقوم باستبدال الوقف، حيث يقوم المدير بتكوين لجنة تتكون من وكيل الأوقاف وموظفين في الإدارة وتقوم هذه اللجنة بدراسة إمكانية الاستبدال وجدواه بالنسبة للوقف، فإذا وافقت هذه اللجنة على القيام بعملية الاستبدال، يصدر مدير الشؤون الدينية والأوقاف المختص قرار يثبت إحدى الحالات المبينة في المادة 24 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، وذلك بعد الخبرة والمعينة وقفا لما انطوت عليه ذات المادة

¹ فقد انطوت المادة 19 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم على أنه: "إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه".

2/24 بقولها: " تثبت الحالات المبينة أعلاه بقرار من السلطة الوصية بعد الخبرة والمعائنة"، و من أجل التحقيق من ذلك يتم الاستعانة بالخبراء المختصين مثل المهندسين والخبراء العقاريين، الذين يمكنهم تحديد أن الوقف قد خرب ولا يمكن إصلاحه وعمارته وأن المصلحة تكمن في استبداله .

وفي نطاق التشريعات المقارنة تذهب بعض القوانين إلى ضرورة أن يكون القضاء هو المشرف على عملية استبدال الأوقاف، وهذا ما نص عليه المشرع الوقي في إماره الشارقة من خلال أحكام القانون رقم 4 لسنة 2011 بشأن الوقف في إماره الشارقة، حيث انطوت المادة 19 منه على أنه: " في حال الاستبدال يجب مراعاة الضوابط التالية: ... 2 - يكون الإشراف على الاستبدال من المحكمة" وفي ذات الصدد نصت المشرع الأردني في قانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية رقم 32 لسنة 2001 في المادة 7/7 على أنه: " يمارس مجلس الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية الصلاحيات التالية: ... 7 - الموافقة على استبدال العقارات الوقفية بإذن من المحكمة الشرعية المختصة عند وجود المسوغ الشرعي".

والحكمة من تقرير المشرع في إماره الشارقة والمشرع الأردني لهذه الرقابة القضائية في عملية استبدال الأوقاف، تكمن في رغبتها في التأكد من أن الأوقاف التي ستستبدل قد خربت بالفعل وتحققت فيها شروط الاستبدال، إذ أن القاضي بما لديه من إمكانيات في تعيين الخبرة وغيرها يكون أقدار على تحديد توافر شروط الاستبدال من عدمها، هذا فضلا عن أن الفقه الإسلامي الذي يعد مصدرا لقانون الأوقاف في هذه الدول يشترط إذن القاضي للقيام الناظر بالاستبدال، بل نجد أن المشرع المصري يذهب إلى أبعد من ذلك في تقرير الرقابة القضائية على عملية استبدال إذا يكلف المحكمة بأن تشتري هي بناء على طلب ذوي الشأن بأموال البديل المودعة بخزنتها عقارا أو منقولاً يحل محل العين الموقوفة، وهذا وفقا لمقتضيات المادة 14 من القانون رقم 48 لسنة 1946 المتعلق بأحكام الوقف المعدل والمتمم - آنف الذكر - لذلك وتماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية كان على المشرع الجزائري أن لا يمكن السلطة المكلفة بالأوقاف من إجراء عملية استبدال الأوقاف إلا بعد أخذ الإذن من القضاء المختص، لأنه هو الأقدر على التأكد من توافر الحالات التي نص عليها المشرع في المادة 24 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، وذلك لأن استبدال الأوقاف يعد استثناء وليس أصلا في استثمار الأملاك الوقفية .

وفي حالة حلول العين المبدلة التي أصبحت وقفا محل العين المستبدلة، فإذا كانت عقارا فإنه يجب تسجيلها في السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية تطبيقا للمادة الأولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2003/11/14 المحدد لشكل ومحتوى السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية آنف الذكر - المحدث لدى مصالح المحافظة العقارية، وفي هذه العملية تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب وكل الرسوم الأخرى وذلك لكونها عملا من أعمال البر و الخير، وقد نص على

مثل هذا الحكم صراحة المشرع الأردني كضوابط من ضوابط استبدال الأملاك الوقفية العقارية.¹ والخلاصة التي ننهي إليها منبسط تفاصيل هذا المبحث المتعلق بطرق استثمار الأملاك الوقفية مفادها: أن استدامة المنفعة التي هي الهدف الأساسي من إنشاء الأوقاف لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال إتباع الأساليب والطرق الناجعة في استثماره فمشكلات الأوقاف في العصور الراهنة شديدة الصلة بطرق استثمارها، فخراب الكثير منها راجع إلى عدم اختيار الطريقة المثلى في استثمارها من أجل حمايتها من التآكل بفعل النفقات .

وأن هذه الطرق المتبعة في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية لاستثمار الأوقاف منها ما هو أصلي، وهي الطرق والأساليب التي يُلجأ إليها في كل الحالات من أجل استثمار الأملاك الوقفية، وعلى رأس هذه الطرق عقدا الإيجار، حيث أن المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأوقاف 10/91 بالقانون رقم 07/01 كان ينص على الإيجار باعتباره الطريقة الوحيدة لاستثمار الأوقاف وذلك لأن الفقه الإسلامي يعتمد عليه كثيرا في تنمية الأوقاف، كما أن المشرعين في القوانين الوضعية ينظمون أحكامه، وبعد تعديل قانون الأوقاف 10/91 أضاف المشرع الجزائري إليه طرق أخرى أصلية في استثمار الأملاك الوقفية كان الفقه الإسلامي قد سبق إلى تنظيم أحكامها تتمثل في العقود الخاصة باستثمار الأراضي الفلاحية الصالحة للزراعة وذلك عن طريق عقدي المزارعة والمساقاة، وطرق أصلية أخرى خاصة بتنمية الأملاك الوقفية القابلة للبناء أو المبنية المعرضة للاندثار وذلك بعقد المقاولة وعقد الترميم والتعمير .

وأخيرا بيّن الباحث من خلال هذا المبحث الطرق الاستثنائية لاستثمار الأملاك الوقفية ودورها في حمايتها، حيث أن هذه الأساليب لا يمكن اللجوء إليها إلا في حالات الضرورة وذلك خلافا للطرق الأصلية، حيث يمكن حماية الأراضي الوقفية العاطلة بعقد الحكر، الذي استنبطه الفقه الإسلامي من عقد الإيجار العادي، غير أن بعض التشريعات المقارنة في مادة الأوقاف قد ذهبت إلى إلغاء الأحكار على الأوقاف مثل ما فعل المشرع المصري، كما يمكن حماية وتنمية العقارات الوقفية الخربة بعقد المرصد الذي يرتب حقا شخصيا لصاحب المرصد على الوقف، وأخيرا يمكن على سبيل الاستثناء حماية الأملاك الوقفية إذا خربت عن طريق بيعها واستبدالها بأوقاف أخرى تكون أكثر نفعاً لمصلحة الوقف والموقوف عليهم .

¹ فقد انطوت المادة 1237 من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا أعطى الواقف حين إنشاء الوقف أو لغيره حق التغيير والتبديل والإعطاء والحرمان والزيادة والنقصان والبدل والاستبدال جاز له أو لذلك الغير استعمال هذا الحق على الوجه المبين في إسهاد الوقف ... 3 - ويلزم تطبيقا للقانون التسجيل في دائرة تسجيل الأراضي إذا كان الموقوف عقارا ."

الفصل الثالث: منازعات الأوقاف وطرق الإثبات فيها

من النتائج الأساسية المترتبة عن اعتراف الدولة بالأوقاف وعن اكتسابه الطبيعة المؤسسية وتمتعها بالشخصية المعنوية وتمييزها عن سائر التصرفات والعقود واختلافها عن نظم الملكية المعترف بها فقها وقانونا، كان لزاما على الدولة السهر على احترام إرادة الواقف في نفس الوقت الذي عليها أن تعمل فيه على حماية هذه الأوقاف من الاعتداء والغصب سواء من قبل القائمين على إدارتها أو من قبل الموقوف عليهم أو من قبل الغير، ولا تتأتى هذه الحماية للأوقاف إلا من خلال حماية الآليات القضائية التي تمكن القائمين على إدارتها من اللجوء إلى القضاء المختص لمنازعة من يعتدي على هذه الأوقاف أو على أي حق من حقوقها أو متعلق بها.

وذلك لأن القضاء هو صاحب الرقابة المستقلة والموضوعية التي تكفل حماية جميع الحقوق الثابتة للأشخاص الطبيعية أو المعنوية، كما أن القضاء لعب تاريخيا دورا بارزا وأساسيا في توفير الحماية للأوقاف والرقابة على أعمال النظار والقائمين على إدارتها، وتصرفات المستفيدين من ريعها، الأمر الذي كان له بالغ الأثر في تأثر التشريعات القانونية الوضعية بفكرة ولاية القضاء في الرقابة على الأموال الوقفية .

غير أن اللجوء إلى القضاء من أجل رد أي اعتداء على الأوقاف أو حق من حقوقها والدفاع عنها في مواجهة الأفراد والأشخاص المعنوية يتطلب بداية إثبات هذه الملكية الوقفية، لكي تستفيد من الحماية الخاصة المقررة لها قانونا وذلك بتوثيق هذه الأعيان الوقفية طبقا للأشكال والشروط والإجراءات المعمول بها قانونا أو إثباتها بالطرق التي من خلالها يمكن الاحتجاج بها أمام القضاء لضمان الحصول على أكبر قدر من الحماية لهذه الأوقاف، فنظرية الإثبات تحتل أهمية بالغة في توفير الحماية القضائية للأموال الوقفية، فما لا دليل عليه يعد هو والعدم سواء .

وبناء على ما تقدم سنعالج هذا الفصل من خلال مبحثين نتناول في أولهما الدعاوى الوقفية، وفي ثانيهما ندرس طرق إثبات الأوقاف .

المبحث الأول: أحكام الدعاوى والتقاضي في مسائل الأوقاف

لا شك أن إنشاء الأوقاف وإدارتها واستثمارها وتنميتها يؤدي في الكثير من الأحيان إلى حدوث العديد من المنازعات بشأنها تطرح على مرفق القضاء من أجل الفصل فيها بتطبيق الأحكام القانونية الخاصة بتنظيم الأوقاف عليها، وهذا اللجوء إلى القضاء يكون من خلال الدعوى القضائية، والتي هي سلطة قانونية تمكن صاحب الحق في اللجوء إلى القضاء المختص من أجل حماية حقه، وهي بعبارة أخرى مصلحة أو حق يحميه القانون، غير أن الفقه الحديث يرى بأن الدعوى حق له كيان مستقل عن ذات الحق الذي يحميه لأن الدعوى القضائية تعتبر وسيلة قانونية لحماية الحق وليست الحق ذاته .

ويمكن القول بأن مجمل المنازعات التي تكون سببا في دعاوى الوقف تتعلق بالواقف أو الموقوف عليهم أو ناظر الوقف ونشاطهم ومسؤولياتهم بشأن ما يوكل إليهم من وظائف وصلاحيات بالإضافة إلى المال الموقوف في ذاته وسبل استثماره وتقسيم ريعه إلى جانب الدولة ونظرتها إلى إدارة الأوقاف، وقد يكون الغير سببا في المنازعة الوقفية، ومن ثم فإن كل هذه الأطراف المتقدم ذكرها قد تشكل أشخاص الدعوى الوقفية، كما أنه يجب أن تقام هذه الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة بنظرها نوعيا وإقليميا، وذلك لأن نظرية الاختصاص تحتل أهمية بالغة في التنظيم القضائي .

وبناء على ما تقدم نعالج أحكام الدعوى والتقاضي في مسائل الأوقاف من خلال مطلبين الأول نخصه لدراسة أسباب الدعاوى الوقفية وأطرافها، والثاني نتناول فيه الاختصاص القضائي بنظر الدعاوى الوقفية .

المطلب الأول: أسباب الدعاوى الوقفية وأطرافها

لكل دعوى سبب وأطراف، فالسبب هو النزاع أو واقعة الاعتداء على الحق أو إنكاره مما يقتضي تدخل السلطة القضائية عن طريق رفع الدعوى إليها، أما أطراف الدعوى فيقصد بهم أشخاص الدعوى، أي الشخص الذي ينسب له الادعاء والشخص الذي يوجه إليه هذا الادعاء، وبمعنى آخر المدعي والمدعى عليه في الدعوى الوقفية محل الدراسة .

الفرع الأول : أسباب الدعاوى الوقفية

في الواقع العملي لا يمكننا بحال من الأحوال حصر كل الحالات التي تؤدي إلى المنازعة الوقفية وذلك مرده إلى كثرة هذه المنازعات من ناحية، كما أن تنوع الوظائف والأدوار الاجتماعية المنوطة بالأوقاف تزيد من كثرتها من ناحية ثانية، وهذا ما يؤدي دائما إلى ظهور منازعات وقفية متجددة لم تكن محل نظر من طرف القضاء، فقضايا الأوقاف والمنازعات الوقفية التي تنظرها المحاكم تشكل أهم مصدر لرصد الحراك الاجتماعي والديني في المجتمع، الأمر الذي يجعل توثيق القضايا الوقفية

وتصرفات الناس بالوقف من أولويات الخطط الرامية إلى حفظ حقوق المجتمع في الوقف¹، فيمكن القول أن الاجتهادات القضائية في مادة الوقف تعتبر أهم ما يمكن الاهتمام به من أجل معرفة الأسباب المؤدية إلى منازعات الأوقاف.

ومن خلال استقرار بعض الاجتهادات القضائية في مادة الوقف يمكن ملاحظة أن مجمل المنازعات التي تكون سببا في دعاوى الأوقاف تكون إما متعلقة بالواقف، كما قد تكون متعلقة بمحل الوقف أي المال الموقوف، أو بسبب إدارة الأمالك الوقفية وتوزيع الربوع والغلات الناتجة عنها، وقد تنشأ المنازعة الوقفية بسبب الموقوف عليهم المستحقين لريع الوقف، وفي حالات كثيرة قد يكون الغير هو المتسبب في دعاوى الوقف.

أولاً: المنازعات التي يتصور حدوثها بسبب الواقف.

الواقف هو الشخص الذي يصدر منه التصرف المنشئ للوقف، والمتبرع بالمال على وجه التحبیس، وقد سبق بيان أنه يشترط فيه أن يكون أهلا للتبرع، مالكا للمال الموقوف ملكا تاما له مطلق الحرية في التصرف فيه، كما يجب أن لا يكون الواقف مريضاً مرض الموت أثناء قيامه بإنشاء الوقف. وعلى ذلك إذا أقدم شخص لا تتوافر فيه أهلية التبرع - لصغره أو جنونه - على وقف مال من أمواله فإن هذا الوقف لا يصح، حيث يجوز لكل من له مصلحة التوجه للقضاء المختص من أجل تقرير هذا البطلان، علماً أن القاضي يقضي به من تلقاء نفسه لأن البطلان في هذا الحالة هو بطلان مطلق متعلق بالنظام العام، كما يمكن تصور المنازعة الوقفية سببا من الواقف إذا أقدم هذا الأخير على إنشاء عقد وقفه في مال لا يملكه ملكا تاما، ففي هذه الحالة يبطل الوقف، فقد قضت المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في 1988 / 11 / 21 بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرع رشيدا لا مكرها، ويشترط في المال المحبس أن يكون مملوكا للواقف معينا خاليا من النزاع، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة والقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المحبس كان عمره 99 سنة مريضا بصيرا وأن القطعة من الأرض المحبسة ملك لشخص آخر، فإن قضاة المجلس الذين قضوا بتصحيح عقد الحبس خالفوا أحكام الوقف والقانون"². وبناء على هذا القرار من المحكمة العليا لا يصح الوقف إذا لم يكن المال الموقوف مملوكا ملكا تاما للواقف، ولذلك يحق للمالك الحقيقي للمال الموقوف أو كل من له مصلحة وصفة المنازعة أمام الجهة القضائية المختصة من أجل تقرير بطلان الوقف واستعادة ماله.

كما يُتصور قيام المنازعة في الوقف بسبب الواقف إذا وقف ماله وهو في مرض الموت

¹ عبد الناصر موسى أبو البصل، التقاضي في دعاوى الوقف ومنازعاته، مقال ضمن أبحاث منتدى قضايا الوقف الفقهيّة الثالث، من 28 إلى 30 أبريل 2007، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، ص 350 .

² قرار المحكمة العليا رقم 46546 بتاريخ 1988 / 11 / 21، المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 2، ص 60 .

فقد قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 96675 بتاريخ 1993/11/23 بأنه: "من المقرر أنه يبطل الحبس في مرض الموت ويعتبر وصية، ومتى كان ثابتا في قضية الحال أن المحبس الذي أقام الحبس كان في حالة مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته وعليه فإن القرار المنتقد لما قضى بإلغاء حكم المحكمة القاضي ببطلان الحبس والقضاء من جديد برفض الدعوى قد أخطأ في تطبيق الشريعة والقانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".¹ وعلى ذلك يكون من حق ورثة الواقف في مرض الموت أو كل من له مصلحة وصفة التوجه إلى الجهة القضائية المختصة من أجل تقرير بطلان الوقف لأنه يضر بمصالحهم.

ومن بين الحالات التي يمكن أن يتدخل فيها القضاء في الوقف، بسبب من الواقف هو حالة اشتراط الواقف في وقفه شروط تتنافى مع مقتضيات الوقف أو ضارة بمصلحة الوقف أو الموقوف عليهم، فإذا كان المشرع الجزائري وغيره من المشرعين في القانون المقارن، قد مكّن الواقف من أن يشترط في عقد وقفه ما يراه من الشروط التي تنظمه² إعمالا بما قرره الفقه الإسلامي من أن "شروط الواقف كنصوص الشارع" في وجوب احترامها والعمل بها، فإن هذه الشروط يجب أن لا تكون تتنافى مع مقتضى الوقف الذي هو اللزوم والتأبيد، كما يجب أن لا تكون ضارة بمصلحة الموقوف عليهم، لذلك يمكن للقاضي أن يتدخل في الوقف إذا كانت هذه الشروط لا تحترم مقتضيات المادة 16 من قانون الأوقاف الجزائري رقم 10/91 المعدل والمتمم التي انطوت على أنه: "يجوز للقاضي أن يلغي أيا من

¹ قرار المحكمة العليا رقم 96657 بتاريخ 1993 / 11 / 23، المجلة القضائية سنة 1993، عدد 3، ص 302، وفي ذات الصدد قضت المحكمة العليا الجزائرية في القرار لها في الملف رقم 183643 بتاريخ 1998/11/25 ببطلان حبس في مرض الموت، فقد جاء في القرار: "حيث أنه بالفعل فإن القرار المنتقد قد أكد على أن الشهادات الطبية أثبتت على وجه القطع بأن المحبس كان مصابا بمرض المثانة إلا أن هذه الشهادات الطبية لم تنص على حتمية موت المحبس، وهو تسبب قاصر ومتناقض مع أن حتمية موت المريض هي في علم الله و أن الأطباء يمتنعون عن الخوض فيها، حيث أن المادتين 215 و 204 من قانون الأسرة تنص على بطلان الحبس في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، وإن المحبس الذي أقام الحبس موضوع النزاع في أوت 1987 كان يعاني منذ 1985 من مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته في 1987/11/3 الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه "ينظر: المجلة القضائية لسنة 1998، العدد 1، ص 99.

² فقد انطوت المادة 14 من قانون الأوقاف الجزائري رقم 10 / 91 المعدل والمتمم على أنه: "اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها"، كما نصت المادة 34 من مدونة الأوقاف المغربية الصادرة سنة 2010 - أنفة الذكر - على أنه: "يجب التقيد بشروط الواقف والوفاء بها إذا كانت مشروعة وقابلة للتنفيذ..." وفي ذات الصدد نصت المادة 14 من قانون الأوقاف في إمارة الشارقة الصادر سنة 2011. أنف الذكر - على أنه: "يعمل بشرط الواقف، 2 - إذا اقترن الوقف بشرط مخالف للشرع أو كان فيه تعطيل لمصلحة الوقف أو تفويت لمصلحة الموقوف عليهم صح الوقف وبطل الشرط"، كما نصت المادة 13 من قانون الأوقاف في سلطنة عمان علأنه: "إذا اقترن الوقف بشرط غير صحيح بطل الشرط وصح الوقف مالم يكن الشرط منافيا لحكم الوقف أو لحقيقته فإنه يبطل به الوقف".

الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم، أو ضارا بمحل الوقف، أو بمصلحة الموقوف عليهم"، فلو اشترط الواقف في عقد وقفه إمكانية رجوعه عن الوقف والتصرف فيه بعد أن جعله وقفا فإن القضاء يتدخل من أجل إبطال هذا الشرط حيث لا يُمكن للواقف التصرف في هذا الوقف بأي تصرف من التصرفات الناقلة للملكية لأن حكم الوقف هو اللزوم بعدم إمكانية الرجوع عنه.

كما يمكن للورثة المنازعة أمام القضاء في الوقف إذا كان الواقف قد قصد من وقفه الخاص الإضرار ببعض الورثة كأن يخرج بعضهم من الاستفادة من الوقف الخاص، وفي ذلك قضت المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها بتاريخ 30/09/1997 بأنه: "ومتى تبين في قضية الحال، أن القرار المنتقد لما قضى بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بصحة الحبس الذي أقامه المحبس على زوجته وبناته وحرّم ابنه الطاعن من كل الاستفادة من الحبس المذكور فإنهم قد عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني والشرعي، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه".¹

فإذا قصد الواقف من وقفه الخاص الإضرار ببعض ورثته باشتراطه إخراجهم من الاستفادة، فإنه يجوز لهم رفع الأمر للقضاء المختص من أجل تقرير بطلان هذا الشرط وقفا لمقتضيات المادة 16 من قانون الأوقاف الجزائري 10/91 المعدل والمتمم، فكل وقف خاص يقصد من ورائه صاحبه الإضرار بالورثة أو الإنقاص من حقوقهم في الميراث الذي فرضه الله سبحانه وتعالى، فإن القاضي إذا وضع بين يديه الدليل فعليه أن يبطل شرط الواقف، لأن الشريعة الإسلامية لا تحمي ما يناقض أحكامها. **ثانيا: المنازعات التي يُتصور حدوثها بسبب محل الوقف**

محل الوقف هو المال الذي تم التبرع به على وجه التحبّيس، ويجوز أن يكون عقارا أو منقولاً أو منفعة، إلا أنه يشترط فيه أن يكون مملوكا للواقف ملكية تامة غير متنازع فيها، كما يجب أن يكون معلوما محددًا ومشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة .

وبناء على هذه الشروط يمكن تصور قيام المنازعة الوقفية بسبب محل الوقف إذا كانت العين الموقوفة غير مملوكة ملكية تامة للواقف، ذلك أن الوقف يعد من عقود التبرعات إذ بمقتضاه يخرج المال الموقوف من الذمة المالية للواقف، فلا يجوز لشخص أن يوقف مال غيره، وإذا أقدم على ذلك فإنه يجوز لهذا الغير المنازعة في ذلك أمام القضاء المختص من أجل استرجاع ماله وإبطال الوقف فيما يخصه من مال، وفي ذلك قضت المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها صادر عن غرفة الأحوال الشخصية في 28/09/1993 بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن يكون المال المحبس ملكا للواقف وإلا لما جاز له أن يحبسه، وأن يكون معيننا - غير مجهول - وخاليا من كل نزاع ولو كان هذا المال في الشيع، ومن ثم

¹ قرار المحكمة العليا رقم 171658 مؤرخ في 30/9/1997، ينظر: مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 305 .

فإن عقد الحبس الذي شمل مال المحبس مع أخيه في قضية الحال - لا يكون باطلاً إلا بالنسبة لأخ المحبس المدعو "س" لكنه صحيحاً بالنسبة للمال المملوك له،... وعليه فإن قضاة المجلس لم يسببوا قراريهما - المطعون فيهما - بشكل مقبول مما يستوجب نقضهما وإحالتهم مع الأطراف على نفس المجلس¹.

فهذا القرار من المحكمة العليا يُمكن كل شخص أُعتدي على ماله الخاص، بجعله وقفاً أن يتقدم أمام الجهة القضائية المختصة من أجل الحكم له بإبطال الوقف في ماله الذي تم بغير رضا منه بوكالة قانونية، من أجل تطبيق مقتضيات المادة 28 من قانون الأوقاف الجزائري رقم 10/91 المعدل والمتمم التي توجب أن يكون الموقوف مملوكاً للواقف ملكية تامة.

وإذا كانت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في مادة الوقف تشترط في المال محل الوقف أن يكون متقوماً - على ما تم بيانه في أركان الوقف - والمال المتقوم هو المال الذي تُبَيح الشريعة الإسلامية التعامل فيه، فثمة أموال في الشريعة لا يجوز التعامل فيها، يُعبر عنها بالأموال غير المتقومة، فلا يصح أن يكون محلاً للوقف خمر أو دار للدعارة أو للقمار لأن الشريعة الإسلامية لا تُبَيح التعامل في مثل هذه المجالات، كما لا يصح وقف أموال تحصل عليها الواقف من جراء عمليات ربوية ذلك لأن التعامل في الربا من المحرمات في الشريعة الإسلامية التي تعد مصدر قوانين الأوقاف في الدول الإسلامية، فقد نصت المادة 11 من قانون الأوقاف الجزائري 10/91 المعدل والمتمم على أنه: "...ويجب أن يكون محل الوقف معلوماً محددًا ومشروعاً"، وعلى ذلك فإذا كان محل الوقف غير مشروعاً وفقاً لمنظور الشريعة الإسلامية فإن القاضي يتدخل من تلقائي نفسه من أجل تقرير بطلان هذا الوقف .

ثالثاً: المنازعات التي يتصور حدوثها بسبب إدارة الوقف

تعد إدارة الوقف من أهم الأمور المهمة من أجل نجاحه في تأدية الدور الاجتماعي المنوط به، ويشرف على هذه الإدارة ناظر الملك الوقفي الذي يتولى إدارته ورعايته وعمارته، لذلك يمكن تصور قيام المنازعة في حالة تقصير أو إهمال الناظر للوقف أو تصرف في ريعه على غير مقتضى الشريعة الإسلامية والقانون، أو عدم احترامه لشروط التي يقررها الواقف في عقد وقفه إذا كانت صحيحة يتعين اتباعها، أو إذا تصرف الناظر في الوقف أو ريعه خلافاً لما تقتضيه مصلحة الموقوف عليهم.

ففي ظل القانون المقارن، نصت المادة 49 من قانون الأوقاف في إمارة الشارقة الصادر سنة 2011 - أنف الذكر - على أنه: "إذا رأت المحكمة عند النظر في تصرفات الناظر أو الدعوى المتعلقة بالوقف ما يقتضي عزله أو ضم آخر إليه وجب عليها مؤقتاً تعيين ناظر أو ضم ناظر آخر له، إلى أن يفصل في الدعوى بحكم بات، ويكون قرارها مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون" فالمشرع الإماراتي في إمارة الشارقة من خلال هذا النص يقرر للموقوف عليهم أو للسلطة القائمة على الأوقاف المتمثلة في الأمانة

¹ قرار المحكمة العليا رقم 94323 مؤرخ في 28/09/1993، ينظر: المجلة القضائية 1994، عدد 2، ص 76 .

العامة للأوقاف في إمارة الشارقة منازعة الناظر أمام القضاء إذا ظهر تقصيره في رعاية الوقف أو الإضرار بمصالحهم، وذلك لأن ذات المشرع في المادة 38 من نفس القانون اعتبر الناظر أمينا على الوقف و أمواله ووكيلا عن المستحقين وممثلا شرعيا لهم أمام الآخرين، ومن أجل تعزيز مقتضيات هذه الأمانة في الناظر فقد قرر المشرع الإماراتي أنه في حالة نظر المحكمة في الدعوى لا يترك الناظر لوحده من أجل إدارة الوقف، بل يتعين على المحكمة المختصة أن تعين ناظرا آخرًا للوقف، أو على أقل تقدير أن تعمل على ضم ناظر آخر للناظر المنظور في أمره من أجل تولى إدارة الوقف .

وفي النظام القانوني الجزائري يعد كذلك الناظر وكيلا على الموقوف عليهم¹، غير أن تعيينه يكون من قبل وزير الشؤون الدينية والأوقاف بقرار بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف²، كما تنهى مهامه بإعفاء أو إسقاط بموجب قرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف وفقا للحالات المبينة في المادة 21 من المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لشروط إدارة الملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، ولذلك يمكن تصور المنازعة القضائية في هذا المجال بشأن القرار الذي يصدره وزير الشؤون الدينية والأوقاف بشأن عزل الناظر، حيث يجوز لهذا الأخير - إذا كان يعتبر أن القرار الصادر من الوزير هو قرار تعسفي - التوجه إلى القضاء الإداري المختص في أجل أربعة أشهر من تاريخ تبليغه بقرار العزل³، من أجل استصدار حكم بإلغاء قرار وزير الشؤون الدينية والأوقاف إذا كان هناك مصوغ قانوني لهذا الإلغاء .

كما يمكن تصور المنازعة بسبب إدارة الوقف من خلال تحديد الأجرة التي يتقاضاها الناظر مقابل قيامه بأعمال النظارة على الوقف، حيث أن لناظر الملك الوقفي الحق في مقابل شهري أو سنوي يقدر ويحدد من ريع الملك الوقفي الذي يُسيره ابتداء من تاريخ تعيينه أو اعتماده، على أن يحدد هذا المقابل الشهري أو السنوي المستحق للناظر بحسب ما هو منصوص عليه في عقد الوقف وإذا لم ينص عليه في العقد يحدده الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف بعد استشارة لجنة الأوقاف، فقد يُنازع الناظر وزير الشؤون الدينية والأوقاف في القرار الذي حدد بمقتضاه المقابل الشهري أو السنوي إذا قدر الناظر أن هذا المقابل لا يتناسب مع أعباء النظارة التي يقوم بها، ولقد كان المشرع الوقفي في إمارة

¹ فقد انطوت المادة 13 من المرسوم التنفيذي المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لشروط إدارة الملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، على أنه: " يباشر ناظر الملك الوقفي عمله تحت مراقبة وكيل الأوقاف ومتابعته ويتولى على الخصوص المهام الآتية: 1- السهر على العين الموقوفة ويكون بذلك وكيلا على الموقوف عليهم وضامنا لكل تقصير "

² المادة 16 من ذات المرسوم التنفيذي .

³ نصت المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008م على أنه: " يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة أشهر، يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي "، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 21 ، لسنة 2008 المؤرخة في 23 أبريل 2008 .

الشارقة واضحا في تقرير هذه الحق في المنازعة للناظر من خلال نص المادة 46 من القانون رقم 4 لسنة 2001 بشأن الأوقاف آنف الذكر - حيث انطوت على أنه: " إذا لم يعين الواقف أجرا للناظر، أو عين له أجر يقل عن أجر المثل، يكون للمحكمة أن تعين له أجر يعادل أجر المثل، ولها أخذ رأي الأمانة " .

فمن خلال هذا النص في قانون الأوقاف في إمارة الشارقة يمكن تصور المنازعة الوقفية التي يكون سببا فيها تسيير وإدارة الأوقاف، فناظر الوقف يقوم بأعباء النظارة من رعاية الوقف وحفظه والقيام بكل شؤونه باعتباره وكيلًا على الموقوف عليهم، ولذلك يستحق مقابلا بدل ذلك والأصل أن هذا المقابل يحدده الواقف في عقد الوقف، فإذا لم يحدده أو حدده الواقف غير أنه لا يبلغ حد أجر المثل¹، فإن المشرع الإماراتي قد قرر للناظر المنازعة في ذلك أمام القضاء المختص من أجل الحصول على أجر المثل على الأقل مقابل تسيير الوقف وإدارته .

وكذلك في مجال إدارة الوقف قد يكون توزيع ريع الوقف وغلاته على الموقوف عليهم سببا في المنازعة الوقفية، فالناظر وفقا للمادة 13 من المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، يناط به مهمة تحصيل عائدات الملك الوقفي وتوزيعها على المستحقين، فإذا أخل ناظر الملك الوقفي بالتزامه بتوزيع ريع الوقف على هؤلاء المستحقين، كأن يتمتع عن ذلك كليا أو جزئيا، أو أن يقوم بتوزيع الريع خلافا لما اشترطه الواقف من شروط صحيحة معتبرة في إنشاء وقفه، أو أن يوزع الريع على الذكور دون الإناث في الوقف الخاص، أو أن يستغل ريع الوقف لخدمة أغراضه الشخصية، فإن في كل حالة من هذه الحالات يمكن تصور قيام المنازعة الوقفية أمام القضاء من قبل الموقوف عليهم، أو ورثتهم أو من قبل كل شخص له صفة ومصحة في ذلك .

رابعا: المنازعات التي يُتصور حدوثها بسبب الموقوف عليهم أو الغير

في كثير من الحالات ما يكون الموقوف عليهم - أي المستفيدين من ريع الوقف أو الغير والذي لا علاقة له بالوقف، سببا في المنازعة الوقفية، والحالة الشائعة لذلك هو استيلاء الموقوف عليهم أو الغير على الملك الوقفي.

فمن خلال دراسة أحكام الموقوف عليه باعتباره ركنا من أركان الوقف سبق وأن بين الباحث أن حقه ينحصر في استحقاق ريع الوقف ولا حق له في ملكية العين الموقوفة، حيث أنها تخرج من ملكية الواقف ومع ذلك لا تدخل في ملكية الموقوف عليه بل تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة وفقا لمقتضيات المادة 5 من قانون الأوقاف الجزائري 10/91 المعدل والمتمم، والنصوص المقابلة له في التشريعات المقارنة - والتي سبق بيانها عند الحديث عن شخصية الوقف الاعتبارية في القانون الوضعي - أما الغير فغني عن البيان أنه أجنبي عن الوقف لا حق له في عين الوقف ولا في الاستحقاق من ريعه.

¹ هو الأجر الذي يتقاضاه غيره من النظار في الرعاية والإشراف على مثل الوقف الذي يشرف عليه.

وبناء على ما تقدم إذا أقدم الموقوف عليهم أو الغير على الاستيلاء على الوقف والادعاء بملكيته، فإنه يكون على ناظر الملك الوقفي باعتباره مكلفا شرعا وقانونا بحماية الملك الوقفي والدفاع عنه أو السلطة المكلفة بالأوقاف، المنازعة أمام الجهة القضائية المختصة من أجل استرجاع الملك الوقفي الذي تم الاعتداء عليه، لأنه لا يجوز أن يكون الوقف ملكا لا للأشخاص الطبيعية ولا للأشخاص المعنوية، فقد قضت الغرفة المدنية بالمحكمة العليا الجزائرية في قرارها المؤرخ في 1994/03/30 بأنه: "من المقرر قانونا أن الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق، إلا أنه يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية، ولما ثبت - في قضية الحال - أن قضية الموضوع أسسوا قرارهم القاضي برفض دعوى الطاعن، التي ادعى فيها أنه الوارث الوحيد للمرحوم أخيه فإنهم التزموا بتطبيق القانون، لأن المال المحبس لا يمكن أن يكون محل تملك أو دعوى ملكية مما يتعين معه رفض الطعن".¹

ومن خلال تسبب هذا القرار الصادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا الجزائرية يتضح لنا أن الأملاك الوقفية تكون محل منازعة إذا ادعى الموقوف عليهم أو الغير ملكيتها سواء بالميراث أو بغيره من أسباب كسب الملكية، وذلك راجع إلى أن هذه الأملاك لا تقبل التملك في أساسها لأي شخص سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا .

وفي نطاق القضاء المقارن في مادة الوقف، من أجل بيان المنازعة الوقفية التي يتسبب فيها ادعى الغير ملكية الوقف، قضت محكمة الاستئناف بالرباط بالمملكة المغربية في قرار لها مؤرخ في 2010 /11/08 بأنه: "... وحيث يستفاد من مرفقات المقال الاستئنافية أو تلك المدلى بها من طرف المطلوب حضورها أن الدار المدعى بها محبسة على ضريح الولي الصالح سيد العربي بن السايح، حسب عقد التحبيس المضمن تحت عدد 856 بتاريخ 27 مارس 2009 وبالتالي أصبحت تحت إشراف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية نظارة أوقاف الرباط، ولا يمكن تبعا لذلك أن تكون محل ملكية خاصة عملا بالمادة السادسة من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 48-150 الصادر بتاريخ 1984/10/2 المتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي، مما يبقي ادعاء ملكيتها من طرف المستأنف عليهم مردودا، وهو ما يرتب على ذلك إلغاء الأمر المستأنف، وتصديا بعدم قبول دعواهم لانعدام صفتهم".²

فمن خلال هذا العمل القضائي المغربي الصادر عن محكمة استئناف الرباط يتضح لنا أن المنازعة الوقفية في كثير من الأحوال يكون سببا فيها ادعاء الغير ملكية عين الوقف، وحيث أن المشرع

¹ قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 109957 المؤرخ في 1994/03/30م، ينظر: المجلة القضائية لسنة 1994، عدد3، ص 39 .

² قرار محكمة استئناف الرباط بالمملكة المغربية، القرار عدد 351، المؤرخ في 2010/11/08 ، ينظر: زكرياء العماري، سلسلة دليل العمل القضائي في المنازعات الوقفية، منشورات مجلة القضاء المدني، الرباط، المملكة المغربية، سنة 2013، الجزء الثاني، ص 188 .

المغربي - كما عمل المشرع الجزائري¹ - قد قرر أن الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية تعتبر وقفا عاما وبناء على ذلك لا تكون أي صفة لأي شخص يدعى ملكية عليها أو على أي عين أخرى ملحق بها، ومن ثم يتعين رفض أي ادعاء بملكيتها، لأنها تتمتع بالشخصية المعنوية ولا تكون ملكا لأي شخص.

وفي الأخير وبصدد دراسة أسباب المنازعة الوقفية ينبغي ملاحظة أن الأسباب التي تناولها الباحث أعلاه إنما هي على سبيل المثال وليست على سبيل الحصر، وذلك أنه لا يمكن بحال من الأحوال حصر في هذا المقام جميع الأسباب التي تؤدي إلى المنازعة الوقفية، فهي متعددة من ناحية كما أنها متجددة من ناحية ثانية، وذلك راجع إلى تعدد الأدوار الوظيفية التي يؤديها الوقف في المجتمع، لذلك تعد الاجتهادات القضائية في إيجاد حل المنازعات الوقفية بتطبيق القانون عليها فيما ورد فيه نص أو اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تعد المصدر الرئيس لقوانين الأوقاف في التشريعات المقارنة وأحد المرتكزات التي يُعول عليها لفهم التطبيقات العملية لحماية الأوقاف.

الفرع الثاني: أطراف الدعوى الوقفية

تقوم الخصومة القضائية بين طرفين أو أكثر، فعند لجوء شخصين ثار بينهما نزاع إلى المحكمة من أجل حسمه يجعل منهما متقاضيين، وقد تمتد الخصومة أو المنازعة إلى أطراف أخرى عن طريق الإدخال أو التدخل في الدعوى²، وإذا كان من الأهمية بمكان ضرورة معرفة المدعي من المدعى عليه في جميع الدعاوى القضائية، فإن الأمر ذاته ينطبق على الدعوى الوقفية حيث يعد تحديد وضعية وطبيعة الخصم في دعوى الوقف من أول وأهم الأمور التي ينظر إليها القاضي، لذلك يقول سعيد بن المسيب³ بخصوص هذه المسألة " من عرف المدعي من المدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم بينهما"⁴، لذلك تظهر أهمية التفرقة بين المدعي و المدعى عليه في الأمور التالية :

1 - إن معرفة من هو المدعي ومن هو المدعى عليه في دعوى الوقف تساعد القاضي على

¹ فقد انطوت المادة 8 من قانون الأوقاف الجزائري رقم 10/91 المعدل والمتمم، على أنه: " الأوقاف العامة المصونة هي: - الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية ...".

² إبراهيمي محمد، الوجيز في الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2006م، ج1، ص236.

³ هو سعيد بن المسيب بن مخروم القرشي المخزومي، من مشاهير التابعين ومن الفقهاء السبعة في المدينة المنورة، ولد بعد سنتين من خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وسمع من كبار الصحابة، وقال ابن عمر في حقه: سعيد بن المسيب أحد المفتين، وكان الحسن البصري إذا أشكل عليه أمر كتب إلى سعيد بن المسيب يسأله، توفي سنة 94هـ الموافق ل 712م، ينظر: سير أعلام النبلاء، لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، سنة 2001م، ج4، ص218 - 219 .

⁴ إحكام الأحكام على تحفة الحكام، للقاضي أبي بكر محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي، شرح وتعليق مأمون بن محي الدين الجنان، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، بدون سنة نشر، ص28 .

تحقيق العدل بحيث يؤخذ الحق ممن حازه دون وجه حق، وإرجاعه إلى صاحبه وبذلك تتقطع الخصومة والمنازعة .

2 - إن حجة المدعي تتمثل في البينة، فعليه يقع عبء الإثبات في الدعوى، في حين أن حجة المدعى عليه هي اليمين، وذلك في حالة إنكار الادعاء الموجه إليه، وعجز المدعي عن الإثبات¹، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم " البينة على المدعي واليمين على من أنكر".

3 - إن تحديد مكان نظر الدعوى يعتمد على مكان إقامة المدعى عليه، لأن الدعوى تقام غالباً في موطن المدعى عليه وخاصة إذا كانت الدعوى تتعلق بحق في الذمة.²

وفي القانون الوضعي فإن حيازة صفة المدعي أو صفة المدعى عليه ينتج عنه آثار على سير ومآل الدعوى، فالمدعي هو الذي يحدد الإطار الأولي للدعوى، وهو الذي يختار الوقت الذي تبدأ فيه الخصومة، وإذا وجد خيار بين عدة جهات قضائية ترفع أمامها الدعوى كأن للمدعي ممارسة هذا الحق في الخيار سواء تعلق الأمر بالاختصاص المحلي أو النوعي، ولكن إذا كان المدعي يستفيد من هذه الميزات في رفع الدعوى فإنه يقع على عاتقه في أغلب الأحيان تحمل عبء الإثبات في الدعوى، وذلك إعمالاً لمقتضيات المادة 323 من ق م - والنصوص المقابلة له في التشريعات المقارنة³ - التي تلزم الدائن بإثبات الالتزام .

أما المدعى عليه فبالرغم من أن صفته الإجرائية تُفرض عليه، فيوجد في وضعيته يكون فيها محرراً من عبء الإثبات، كما يمكنه عن طريق الطلبات المقابلة توسيع إطار الخصومة وهذا أمام المحكمة وحتى أمام الجهة القضائية الاستئنافية، كما يمكن أن يكون الغير الخارج عن الدعوى الوقفية طرفاً فيها، مع الأخذ في الحسبان دور النيابة العامة في دعاوى الوقف باعتبار أن هذا الأخير يعد

¹ تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون، مرجع سابق، ج 1، ص 98 .

² نفس المرجع السابق.

³ فقد نصت على ذلك المادة الأولى من قانون الإثبات المصري، حيث انطوت على أنه: " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"، كما نصت المادة 448 من التقنين المدني العراقي على أنه: " البينة على من ادعى أنه دائن واليمين على من أنكر"، كما نصت المادة 376 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه: " من يدعي أنه دائن يجب عليه إثبات حقه، فإذا ما تم هذا الإثبات كان على من يدعي أن الالتزام قد انقضى أن يثبت صدق مدعاه"، وتنص المادة 420 من قانون الالتزامات والعقود التونسي أن: " إثبات الالتزام على القائم به" وتنص المادة 421 من ذات القانون أنه: "إذا اثبت المدعي وجود الالتزام كانت البينة على من يدعي انقضائه أو عدم لزومه له"، كما انطوت المادة 73 من القانون المدني الأردني على أنه: " الأصل براءة الذمة وعلى الدائن أن يثبت حقه وللمدين نفيه"، وفي ذات السياق نصت المادة 77 من ذات القانون على أنه: " البينة على المدعي واليمين على من أنكر، ينظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج2، ص 66 .

موضوعا من موضوعات قانون الأسرة .

وبناء على ما تقدم يمكن حصر أطراف الدعوى الوقفية في الواقف، والموقوف عليه، وناظر الوقف، والغير، والنيابة العامة .

أولا : الواقف في الدعوى الوقفية

الواقف عندما يقف ماله ويصح الوقف فإن هذا المال الموقوف يخرج من ذمته المالية ومع ذلك فالواقف لا يعد شخصا أجنبيا عن الوقف حيث يسجل الوقف باسمه وينسب إليه، فقد يكون مدعيا أو مدعى عليه في الدعوى الوقفية، فيكون في الوضع الأول أي مدعيا إذا أقدم الناظر المعين من طرفه أو المعين من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف على عدم احترام الشروط التي نص عليها هذا الواقف عند إنشاء عقد وقفه إذا كانت صحيحة معتبرة، فالوقف يجب أن يُدار على الطريقة التي اشترطها الواقف إعمالا بالقاعدة التي قررها الفقه الإسلامي والتي مفادها " أن شرط الواقف كنص الشارع " أي من حيث وجوب اتباعه وعدم مخالفة إرادة الواقف، فإذا ادعى الواقف أمام القضاء أن الشروط التي قررها في عقد وقفه لم يتم احترامها من طرف الناظر فإن ادعاه يسمع من قبل القضاء المختص لأنه صاحب مصلحة، كما تتوفر له الصفة وفقا لمقتضيات المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 09/08 آنف الذكر.¹

ولقد ورد الاجتهاد القضائي من المحكمة العليا الجزائرية، مقررًا لحق الواقف في الادعاء إذا لم تحترم الشروط الصحيحة التي قررها عند إنشاء عقد وقفه، حيث جاء في قرراها المؤرخ في 1989/02/24 أنه: " إذا كانت مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية تقضي بخضوع عقد الحبس لإرادة المحبس الذي يجوز له أن يأخذ بالشروط المعمول بها في أي مذهب من المذاهب الإسلامية، فإن مخالفة هذه المبادئ تقتضي بطلان ما يرتب عليها من أحكام مخالفة، وعليه يستوجب نقض القرار الذي يقضي بإبطال عقد الحبس لخروجه عن القواعد المعمول بها في المذهب المالكي مخالفا بذلك القاعدة الشرعية التي توجب احترام إرادة المحبس"²، وتأسيسا على هذا العمل القضائي من المحكمة العليا يكون الواقف مدعيا أمام القضاء في الدعوى الوقفية، حيث يتقدم للجهة القضائية المختصة بعريضة مكتوبة تتضمن موجزا للوقائع المتمثلة في عدم احترام ناظر الوقف لشروط الواقف، ويضمنها طلباته والوسائل التي يؤسس

¹ فقد انطوت المادة 1/13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 09/08 على أنه: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون ."

² قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 40589 المؤرخ في 1989/02/24 ، ينظر: المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 1،

عليها دعواه آخذاً بعين الاعتبار ما تقضي به المادتين 14¹ و15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية الذكر.

وإذا كان يصح أن يكون الواقف مدعياً في الدعوى الوقفية، فإنه يصح أيضاً أن يكون في أحيانا أخرى مدعياً عليه، ينازعه أحد الأطراف الآخرين في ذات الدعوى يُخوِّزون الصفة والمصلحة في الدعوى، ومثال ذلك: أن يقدم الواقف على وقف مال مملوك للغير، حيث يجوز لهذا الأخير رفع دعوى قضائية على الواقف من أجل إبطال الوقف الذي أقامه في مال ليس مملوكاً له، فقد قضت محكمة النقض في المملكة المغربية في قرار لها مؤرخ في 2004/01/31 بأن: "المقرر فقها وقضاء أن استحقاق الحبس لا يكون إلا بعد إثبات موجباته ومنها ملكية المحبس يوم التحبیس ومعاينة الشهود لحيازته من طرف المحبس عليهم، وبالرجوع إلى أوراق الملف يتبين أن الطالبة لم تدل بما يقيد ملكية المحبس للشيء المحبس، لاسيما والمطالبون ينكرون في كافة المراحل نسبة محل النزاع إلى المحبس مدعين حوزة وملكه إرثاً من أسلافهم واستدلوا على ذلك بموجب رسم التصرف وعقد قسمة ورسوم الشراء، والمحكمة عندما ثبت لها من دراسة وثائق الملف أن شروط الدعوى غير قائمة لعدم إثبات ملكية المحبس الشيء المحبس ولعدم معاينة حيازته، تكون أقامت قضاءها على أساس صحيح".²

فمن خلال هذا العمل القضائي لمحكمة النقض بالمملكة المغربية يتضح لنا إمكانية الادعاء على الواقف إن هو عمل على وقف مال غير مملوك له، من قبل أطراف آخرين في الدعوى الوقفية يثبتون ملكيتهم للمال الموقوف، ويطلبون من القضاء تقرير بطلان الوقف للسبب المتقدم ذكره .

ثانياً: الموقوف عليه في الدعوى الوقفية

الموقوف عليه هو الجهة التي حددها الواقف في عقد وقفه من أجل أن تستفيد من ريع وغللات الوقف، وقد يكون الموقوف عليه شخصاً طبيعياً كما هو الحال عليه في الأوقاف الخاصة، كما قد يكون شخصاً معنوياً كمجموعة من الطلبة أو الفقراء والمساكين في الوقف العام، وهؤلاء الموقوف عليهم يمكن

¹ حيث انطوت المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف". كما نصت المادة 15 من ذات القانون على أنه: "يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى - تحت طائلة عدم القبول شكلاً البيانات الآتية: 1 - الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى 2 - اسم ولقب المدعي وموطنه 3 - اسم ولقب وموطن المدعي عليه، فإن لم يكن لهم وطن معلوم فأخر موطن له 4 - الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي، 5 - عرضاً موجزاً للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى، 6 - الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى".

² قرار محكمة النقض بالمملكة المغربية، القرار عدد 333 المؤرخ في 2007/01/31، ملف مدني عدد 2004/1575، ينظر: زكرياء العمري، سلسلة دليل العمل القضائي في المنازعات الوقفية، منشورات مجلة القضاء المدني، الرباط، المملكة المغربية، سنة 2011، ج1، ص140 .

أن يكونوا في وضعية المدعي في حالة ما إذا لم تصرف إليهم غلة وريع الوقف على النحو الذي بينه عقد الوقف المستفيدين منه، حيث يلجؤون إلى الجهة القضائية المختصة من أجل أن تقرر على الناظر أو السلطة المكلفة بالأوقاف ضرورة صرف ريع الوقف لهم. كما يمكن أن يكون الموقوف عليه مدعيا في الدعوى الوقفية في حالة الوقف الخاص على الذكور دون الإناث، إذ لا يُمكن الواقف من أن يتخذ من الوقف مطية إلى حرمان الإناث من حقهم في الميراث الذي أوجبه الشريعة الإسلامية لهم، فإذا أقدم الواقف على إنشاء وقف خاص على ذريته وعمل على إخراج الإناث من الاستفادة منه فلهن اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة من أجل الحكم لهم بالاستفادة من الوقف، وذلك بإدخالهم في جملة المستفيدين. وقد يكون الموقوف عليهم في وضعية المدعى عليه في الدعوى الوقفية، وذلك في حالة تصرفهم في الوقف بأحد التصرفات الناقلة للملكية مثل بيع الوقف أو قسمته، وفي هذه الحالة يقع عبء إثبات بيع الوقف أو قسمته من قبل الموقوف عليهم على عاتق المدعي فالقاعدة العامة في الإثبات تقضي بأن البينة على المدعي.

كما يجوز للموقوف عليه توسيع نطاق الخصومة عن طريق الطلبات المقابلة¹، وذلك لأن الموقوف عليه في مواجهة طلبات المدعي في الدعوى الوقفية - سواء كانت الطلبات أصلية أو إضافية منه - يملك وسيلتين قانونيتين هما الدفع² والطلب المقابل، فقد نصت المادة 866 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أن: "الطلبات العارضة هي الطلبات المقابلة والتدخل، ويحقق فيها حسب الأشكال المقررة لعريضة افتتاح الدعوى"، فإذا كانت الغاية من الدفع في الدعوى الوقفية هي عدم القضاء للمدعي بطلباته، فإن الطلب المقابل يهاجم من خلاله المدعى عليه في الدعوى الوقفية محل الخصومة بالطلب من القضاء له بحق في مواجهة المدعي الأصلي³، ومن ثم في هذه الحالة يتحول الموقوف عليه من مدعى عليه إلى مدعي، غير أنه يجب ملاحظة أن هذه الطلبات المقابلة من الموقوف عليه في الدعوى الوقفية لا يمكن أن تكون مقبولة للنظر فيها إلا في الحالة التي تكون مرتبطة بالطلبات الأصلية التي يقدمها المدعي الأصلي في الدعوى الوقفية، وذلك وفقا لمقتضيات المادة 867 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

ثالثا: ناظر الملك الوقفي في الدعوى الوقفية

سبق بيان أن الأوقاف تتمتع بالشخصية المعنوية، وأن الناظر هو النائب القانوني الذي يعبر عن

¹ عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثماره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2006م، ص 232 .

² الدفع هو الوسيلة القانونية التي يملكها المدعى عليه للرد على طلبات المدعي الأصلي أو الإضافية، وبحكم أن هذه الدفوع تؤثر على نطاق الخصومة فإنه يجوز للمدعي الرد عليها بدفوع مضادة تسمى بالدفوع ضد دعاوى المدعى عليه.

³ سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006م، ج 1، ص 112 .

إرادة الوقف، وقد أناط به المشرع الجزائري دفع الضرر عن الملك الوقفي، وحمايته¹، كما نص المشرع الإماراتي في إمارة الشارقة في قانون الأوقاف الصادر 2011 أنف الذكر، في المادة 2/83 على أن يشرف الناظر على حماية الوقف .

وهذه الحماية للوقف من طرف الناظر قد تجعله في وضع المدعي في الدعوى الوقفية، حيث يتعين عليه دائما إذا تم التعدي على الأملاك الوقفية التي يشرف عليها اللجوء إلى القضاء المختص من أجل رفع دعوى قضائية لمخاصمة المعتدي والعمل على استصدار حكم قضائي ببرد الأوقاف والحكم بالتعويض على المعتدي إذا كان له مقتضى، فناظر الوقف سواء أكان فردا في حالة تعيينه أو اعتماده من قبل وزير الشؤون الدينية والأوقاف، أو كان ممثلا في مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، يتمتع بالصفة والمصلحة في رفع الدعوى القضائية وفقا للمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك دفاعا عن الوقف من أجل حمايته.

ومن ناحية ثانية يمكن أن يكون ناظر الوقف بحسبانه ممثلا قانونيا للوقف هو المدعى عليه في الدعوى الوقفية، فقد تُخطي مديرية الشؤون الدينية والأوقاف في تقدير بسط ولايتها على بعض الأموال باعتبارها أوقافا عامة رغم فقد المال لصفة الوقف، حيث يتقدم من له صفة ومصلحة إلى الجهة القضائية المختصة طالبا الحكم له برفع يد مديرية الشؤون الدينية باعتبارها صاحبة النظارة على الأوقاف على ماله الخاص، وفي بيان ذلك قضت المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها مؤرخ في 05/05/1996 جاء فيه: " حيث يتضح من عقدي الحبس المؤرخين في 10/11/1942 و 28/02/1952 أن المرحوم (ق ح م) حبس عقارات واقعة بمستغانم ولكن مع التوضيح بأنه يحتفظ بحق الانتفاع والاستغلال لنفسه طوال حياته وأنه بعد وفاته ينتقل حق الانتفاع إلى ورثته الذكور الذين عددهم وأنه فقط في حالة عدم وجود ورثة ذكور تصبح العقارات محبسة لفائدة البقاع المقدسة، وأنه طالما يوجد ورثة كما هو منصوص عليه في عقد الحبس، فإن حق الانتفاع واستغلال العقارات يعود إليهم، وأن مديرية الشؤون الدينية لولاية مستغانم لا يمكنها أخذها، وعليه فإن تصرف مديرية الشؤون الدينية بأخذ العقارات المتنازع عليها وتأجيرها للغير يعتبر تعديا طالما يوجد ورثة ذكور، مما يستوجب الحكم عليها بردها، ودفع مبالغ الإيجار المقبوضة منذ سنة 1976 " .²

فمن خلال هذا القرار يتبين أنه قد تكون الجهة الحكومية التي تتولى النظر على الوقف مخطئة في تقدير اعتبار مال معين من جملة الأوقاف، في حين يعتبر في حقيقته ليس ملكا وقفيا، وهذا ما يعطي

¹ فقد انطوت المادة 7 من المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، على أنه: " يقصد بنظارة الوقف في صلب هذا القانون ما يأتي: أ - التسيير المباشر لملك الوقفي، ب - رعايته، ج - عمارته، د - استغلاله، هـ - حفظه، و - حمايته " .

² قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 137561، المؤرخ في 05/05/1996، ينظر: المجلة القضائية لسنة 1996، عدد02، ص 147 .

الحق للمالك الحقيقي للمال في الادعاء على ناظر الوقف أمام الجهة القضائية المختصة من أجل استرجاع ماله، وبذلك يكون ناظر الوقف مدعى عليه باعتباره ممثلاً للملك الوقفي.

رابعاً: الغير في الدعوى الوقفية

يقصد بالغير في مادة الوقف من لم يكن ركناً من أركاننا الوقف، فهو ليس الواقف ولا الموقوف عليه، كما أنه ليس له علاقة بإدارة الوقف فهو ليس الناظر أو السلطة القائمة على إدارة الأوقاف في الدول التي تتبنى ولاية الدولة على الأوقاف .

فالخصومة في المنازعة الوقفية قد لا تنحصر في الأطراف الأصلية لها فقط، بل قد تتعدى إلى أطراف أخرى وذلك عن طريق التدخل أو الإدخال في الخصومة¹. فالتدخل في الخصومة هو طلب عارض وفقاً للمادة 866 من ق إ م إ ج أنف الذكر، يوجهه شخص خارج الخصومة في المنازعة الوقفية السارية بقصد الانضمام إلى أحد الخصمين فيها لمساعدته أو اختصام الطرفين، وبذلك يقسم التدخل الإرادي أو الاختياري في الدعوى إلى تدخل أصلي وهو الذي يطلق عليه الفقه التدخل الاختصامي، وتدخل فرعي يسميه الفقه التدخل الانضمامي، وهو ما نصت عليه المادة 196 من ق إ م إ ج، حيث انطوت على أنه: " يكون التدخل الاختياري أصلياً أو فرعياً " .

وقد عرفت المادة 198 من ذات القانون المقصود بالتدخل الاختياري الأصلي، حيث انطوت على أنه: " يكون التدخل أصلياً عندما يتضمن ادعاءات لصالح المتدخل "، وبتطبيق هذه المادة على الدعوى الوقفية، يكون التدخل الاختياري فيها من قبل الغير الخارج عن الخصومة فيها، بتوجيه طلب للمحكمة متمسكا في مواجهة أطراف الدعوى الوقفية القائمة بالحق المتنازع عليه، وذلك من خلال ادعائه بهذا الحق أو بحق متعلق به، كتدخل شخص في منازعة وقفية قائمة بين أحد الأشخاص " أ " ومديرية الشؤون الدينية والأوقاف في ولاية معينة، حيث يدعي الشخص " أ " أنه المالك الحقيقي للأرض الفلاحية التي تعتبرها مديرية الشؤون الدينية وفقاً عاماً، فيتدخل الشخص " ب " في المنازعة الوقفية يطلب الحكم له بملكية الأرض الفلاحية في مواجهة طرفي الخصومة وهما كل من الشخص " أ " ومديرية الشؤون الدينية والأوقاف، حيث يدعي الشخص " ب " أن الأرض الفلاحية محل النزاع ليست ملكاً للشخص " أ "، كما أنها ليست وفقاً ومن ثم لا نظارة لمديرية الشؤون الدينية والأوقاف عليها بل هي ملك خاص له.

أما عن التدخل الاختياري الفرعي أو ما يطلق عليه الفقه التدخل الانضمامي، فقد بينت المقصود به المادة 198 من نفس القانون، حيث انطوت على أنه: " يكون التدخل فرعياً عندما يدعم ادعاءات أحد الخصوم في الدعوى "، ففي الدعوى الوقفية إذا قدم الغير الخارج عن الخصومة طلباً إلى المحكمة

¹ فقد نصت المادة 194 من ق إ م إ ج على أنه: " يكون التدخل في الخصومة في مرحلة أول درجة أو في مرحلة الاستئناف اختياريًا أو وجوبياً "، فلا يقبل التدخل إلا أمام جهة الدرجة الأولى أو في مرحلة الاستئناف، وبالتالي يستبعد التدخل أمام جهة النقض أو أمام جهة الإحالة بعد النقض، مالم يتضمن قرار الإحالة خلاف ذلك، وهذا ما قضت به الفقرة الثالثة من ذات المادة .

المختصة من أجل الانضمام إلى أحد أطرافها لمساعدته في الدفاع عن حقوقه أعتبر متدخلا فرعيا، غير أنه ينبغي ملاحظة أن هذا التدخل لا يقبل إلا ممن كانت له مصلحة تتمثل في المحافظة على حقوقه في مساندة الخصم¹، ففي المنازعة الوقفية في المثال السابق، يكون التدخل فرعيا إذا تدخل الشخص " ب " لمساندة الشخص " أ " في ادعائه بأن الأرض الفلاحية ليست وقفا وإنما هي ملك للشخص " أ " إذا كان يملك وثائق تثبت ذلك وفي ذات الوقت كان الشخص " ب " دائئا للشخص " أ " وبذلك تتحقق المصلحة فيتدخل من أجل مساندة لكي لا يخسر دعواه ويتأثر بذلك الضمان العام.

أما بخصوص التدخل الوجوبي (الإجباري) أو الإدخال فيقصد به إجبار شخص خارج عن الخصومة أو المنازعة الوقفية للدخول فيها وذلك بتكليفه بالحضور أمام الجهة القضائية المختصة بناءً على طلب أحد الخصوم فقد انطوت المادة 199 من ق إ م ج على أنه: " يجوز لأي خصم إدخال الغير الذي يمكن مخاصمته كطرف أصلي في الدعوى للحكم ضده، 2 - كما يجوز لأي خصم القيام بذلك من أجل أن يكون الغير ملزما بالحكم الصادر"، فمثلا إذا قام شخص بإنشاء وقف صحيح موثق محله دار له، وبعد وفاته ادعى أحد أبنائه ملكية الدار عن طريق الميراث، وحدث أن نازعه ناظر الوقف أمام الجهة القضائية المختصة في ذلك، حيث أثبت الناظر للمحكمة أن هذه الدار هي محل وقف ومن ثم لا يجوز التصرف فيها بأي تصرفات الناقلة للملكية وقفا للمادتين 3 و 5 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، ففي مثل هذه الدعوى يجوز لناظر الملك الوقفي أن يطلب من المحكمة المختصة إدخال باقي ورثة الواقف، حتى يكون هؤلاء الورثة ملزمين بالحكم الصادر في هذه الدعوى، من أجل عدم مخاصمتهم هم أيضا لناظر مستقبلا في صحة وقف هذه الدار محل الوقف.

ودعما للدور الإيجابي للقاضي، فقد أصبح بإمكان هذا الأخير وفقا لما تقضي به المادة 201 من ق إ م ج ولو من تلقاء نفسه أن يأمر أحد الخصوم متى استدعت الضرورة ذلك وتحت طائلة غرامة تهديديه، بإدخال من يرى القاضي إدخاله مفيدا لحسن سير العدالة أو لإظهار الحقيقة²، وتطبيقا لهذا الدور الإيجابي للقاضي في الدعوى الوقفية فإنه بإمكانه أن يأمر على سبيل المثال ناظر الوقف في المثال السابق بإدخال بقية الورثة في الدعوى المنظورة أمامه خصوصا إذا كان أحد هؤلاء الورثة يحوز

¹ فقد نصت المادة 2/198 من ق إ م ج على أنه: " لا يقبل التدخل إلا لمن كانت له مصلحة للمحافظة على حقوقه في مساندة هذا الخصم".

² وذلك أنه قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 آنف الذكر، كانت مسألة التدخل الوجوبي بناء على أمر المحكمة محل جدل واعتراضات، والتبرير الذي كان يساق في ذلك، مفاده أن الخصومة القضائية ملك لأطرافها وتدخل القاضي يتنافى مع مبدأ الحيطة كضمانة من ضمانات التقاضي، كما أن موقف المحكمة العليا الجزائرية لم يكن مستقرا حول الموضوع فقد أجارته حينما تم تراجعته عن موقفها بإقرارها عدم جواز إدخال الغير في الدعوى تلقائيا بأمر من القاضي على أساس انعدام النص الذي يخول للمحكمة ذلك، ينظر: بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الرويبة، الجزائر، ط3، سنة 2011، ص 49.

على وثائق تثبت أن الدار محل المنازعة هي وقف عام، وبذلك يكون دور القاضي في هذا المجال دورا فعالا في حماية الأوقاف من الاعتداء عليها .

خامسا: دور النيابة العامة في الدعوى الوقفية

خلافا للدور الأصيل للنيابة العامة في تحريك ومباشرة الدعوى العمومية أمام القضاء الجزائي، فقد منح المشرع الجزائري للنيابة العامة حق التدخل في الدعاوى المدنية بهدف حماية النظام العام، ويتم هذا التدخل إما بصفتها خصما في الدعوى كمدعية أو مدعى عليها، وهو ما نصت عليه المادة 256 من ق إ م إ ج، أو بصفتها متدخلة في خصومة قائمة من أجل إبداء الرأي بما يحقق سلامة تطبيق القانون فتكون طرفا منضما حسب ما نصت عليه المادة 259 من نفس القانون.

ولقد نصت المادة 260 من ق إ م إ ج على سبيل الحصر على القضايا التي يجب اطلاع وإبلاغ النيابة العامة بشأنها عشرة أيام قبل الجلسة من أجل إبداء رأيها الكتابي حول تطبيق القانون، كما أعطت ذات المادة للنيابة سلطة التدخل التلقائي في القضايا التي تقدر بأنها متعلقة بالنظام العام، ومن ناحية ثانية منحت أيضا للقاضي إمكانية طلب تدخل النيابة العامة لذات الغرض في أية قضية أخرى¹، وعليه فإنه تتدخل النيابة العامة في كلا الحالتين بغرض تقديم الرأي بما يتوافق والتطبيق السليم للقانون دون أن تستهدف مصلحة أحد الخصمين، فهي تعمل بهذه الصفة كمستشار فني للقاضي دون أن يكون رأيها ملزما له، ولكن بالمقابل يكون القاضي ملزما بتمكين النيابة من الاطلاع على ملف القضية متى كان تدخلها وجوبيا .

وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري، الذي تم تعديله بالأمر رقم 02/05 الصادر بتاريخ 2005/02/72 نجده قد نص على إجراء إلزامي جديد يخص قضايا الأسرة، وهو وجوب أن تكون النيابة العامة طرفا أصليا في جميع تلك القضايا، فجاءت صياغة المادة 3 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على النحو التالي: " تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون ."

وبما أن المشرع الجزائري قد اعتبر الوقف أحد موضوعات قانون الأسرة²، فإن هذا يعني أن

¹ فقد نصت المادة 260 ق إ م إ ج على أنه: " يجب إبلاغ النيابة العامة عشرة (10) أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا الآتية: 1 - القضايا التي تكون الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها، 2 - تنازع الاختصاص بين القضاة، 3- رد القضاة، 4 - الحالة المدنية، 5- حماية ناقصي الأهلية ، 6 - الطعن بالتزوير، 7 - الإفلاس والتسوية القضائية، 8 - المسؤولية المالية للمسيرين الاجتماعيين، ويجوز لممثل النيابة العامة الاطلاع على جميع القضايا الأخرى التي يرى تدخله فيها ضروريا، يمكن أيضا للقاضي تلقائيا، أن يأمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأية قضية أخرى " .

² حيث نظم المشرع الجزائري بعض أحكام الوقف في قانون الأسرة في الفصل الثالث من الباب الرابع تحت عنوان التبرعات وبالتحديد من المادة 213 إلى المادة 220 من القانون رقم 11/84 الصادر في 9

أي دعوى قضائية تتعلق بالأوقاف تنتظر أمام أي جهة قضائية كانت، وتخضع لتطبيق قانون الأوقاف ستكون النيابة العامة طرفاً أصلياً فيها ليس كمدعية¹ أو كمدعى عليها بالمعنى القانوني، وليس الهدف من ذلك الحكم لها أو عليها، ولكن كمرقب ومكلف بالسهر على حسن تطبيق القانون تطبيقاً سليماً، وحراسة على حماية النظام العام²، خصوصاً أن الأوقاف ليست ملكاً خاصاً كما أنها ليست ملكاً عاماً وقد صمّن المشرع الجزائري حماية شروط الواقف بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم، حيث يكون على ممثل النيابة العامة أن يقدم طلباته الكتابية وحضور الجلسات في القضايا التي يكون النزاع فيها متعلقاً بالأوقاف، ولا شك أن هذا الإجراء يكفل الحماية القضائية للأوقاف في مجال المنازعة فيها.

وإذا كان المشرع الجزائري يوجب تدخل النيابة العامة تلقائياً في القضايا التي يحددها القانون، أو من أجل الدفاع عن النظام العام وفقاً لما تقضي به المادة 257 من ق إ م إ ج، والتي من بينها الدعاوى الوقفية وذلك بمقتضى المادة 3 مكرر من قانون الأسرة الجزائري آنف الذكر، فإنه لم يبين ما هو الجزاء الذي يترتب عن الحكم القضائي في الدعوى الوقفية إذا لم تتدخل النيابة العامة في هذه الدعوى؟ فهل يكون الحكم صحيحاً أم باطلاً؟

وفي الإجابة على هذا السؤال نجد أن قانون الأسرة الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الذين قرر فيهما المشرع ضرورة تمثيل النيابة العامة في الدعوى الوقفية جاء خالياً من بيان الجزاء المترتب على الحكم القضائي الذي يصدر في الدعوى الوقفية التي لم تمثل فيها النيابة العامة، كما أنه لا يوجد اجتهاد قضائي صادر عن المحكمة العليا الجزائرية يبين ذلك .

غير أنه بالرجوع إلى بعض التشريعات المقارنة في مادة الوقف، نجدها قد اشترطت ضرورة وجوب تدخل النيابة العامة في النزاعات المتعلقة بالأوقاف، ورتبت على تخلف ذلك بطلان الحكم القضائي، فقد نص على ذلك المشرع المصري في المادة 6 من القانون رقم 1 لسنة 200 الصادر في 29/01/2000، المتعلق بتنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية³،

يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24، الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984م، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 ماي 2005 م، الجريدة الرسمية عدد 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005 م .

¹ مع العلم أنها تكون مدعية عندما يتعلق الأمر بالقضايا الجزائية مثل حالة الاعتداء على الأوقاف .

² عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومة، الجزائر، سنة 2013، ص 172

³ القانون رقم 1 لسنة 2000، المتعلق بتنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، الصادر في 29/01/2000، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 4 مكرر الصادرة في 29/10/2000، ينظر الموقع على الرابط: <https://www.egypt.gov.eg/arabic> تاريخ الزيارة في 06/06/2019م.

والتي انطوت على أنه: "مع عدم الإخلال باختصاص النيابة العامة برفع الدعوى في مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة المنصوص عليه في القانون رقم 3 لسنة 1996، للنيابة العامة رفع الدعوى ابتداء في مسائل الأحوال الشخصية إذا تعلق الأمر بالنظام العام أو الآداب... وعلى النيابة العامة أن تتدخل في دعاوى الأحوال الشخصية والوقف التي تختص بها المحاكم الابتدائية أو محاكم الاستئناف وإلا كان الحكم باطلاً"، فالمشرع المصري من أجل حماية الأوقاف العامة، وذلك من خلال تطبيق صحيح القانون عليها أوجب أن تتدخل النيابة العامة أمام المحاكم الابتدائية و محاكم الاستئناف، وهذا التدخل هو تدخل وجوبي وليس على سبيل الجواز أو الاختيار، حيث رتب المشرع على عدم تدخل النيابة العامة في النزاعات المتعلقة بالأوقاف بطلان الأحكام القضائية .

ومن خلال تتبع الاجتهادات القضائية المصرية نجد أن محكمة النقض المصرية منذ أمد بعيد ترى وجوب تدخل النيابة العامة في الدعاوى الوقفية، إلى الحد الذي جعلت البطلان المترتب على تخلف ذلك من النظام العام حيث تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، حتى ولو لم يتمسك به الخصم الذي له فيه مصلحة في الدعوى الوقفية، فقد قضت في قرارها بتاريخ 1979/4/26 بأنه: "البطلان المترتب على عدم تدخل النيابة العامة في الدعوى المتعلقة بالوقف من النظام العام، وتقضي به المحكمة على الرغم من عدم تمسك الطاعنة به في صحيفة الطعن، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد صدر دون تدخل النيابة العامة لإبداء رأيها في النزاع فإنه يكون باطلاً"¹، لذلك فالتوجه العام التشريعي والقضائي في مصر يذهب إلى وجوب تدخل النيابة العامة في كل دعاوى الأوقاف أمام المحاكم الابتدائية و محاكم الدرجة الثانية (الاستئنافية) والهدف من ذلك هو إبداء رأي النيابة العامة لحماية للأوقاف العامة دون الأوقاف الخاصة وذلك لأن المشرع المصري قد عمد إلى إلغاء هذه الأخيرة بمقتضى المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 المتعلق بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات، أنف الذكر .

أما في القانون المغربي فقد نص الفصل 9 من قانون المسطرة المدنية² على أنه: "يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة الدعاوى الآتية: 1 - القضايا المتعلقة بالنظام العام والدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية والهبات والوصايا لفائدة المؤسسات الخيرية وممتلكات الأحباس والأراضي الجماعية...".

تبلغ إلى النيابة العامة القضايا المسطرة أعلاه قبل الجلسة بثلاثة أيام على الأقل بواسطة كتابة الضبط. غير أنه يمكن أن يتم هذا التبليغ أمام المحكمة الابتدائية في الجلسة المندرجة القضية فيها.

¹ محكمة النقض المصرية طعن رقم 417 لسنة 44 قضائية بتاريخ 1979/4/26، ينظر: عبد الحميد الشواربي وأسامة عثمان، منازعات الأوقاف والأحكار، مرجع سابق، ص 99 .

² قانون المسطرة المدنية المغربي، ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1/74/447 بتاريخ 28 سبتمبر 1974 المعدل والمتمم، آخر تعديل له بالقانون رقم 95-53 بتنفيذ الظهير الشريف رقم 14-14 بتاريخ 6 مارس 2014، الجريدة الرسمية المغربية عدد 6240 بتاريخ 20 مارس 2014 .

يمكن للنيابة العامة في هذه الحالة أن تطلب تأخير القضية إلى أقرب جلسة لتقديم مستنتاجاتها كتابة أو شفويا حيث يجب على المحكمة تأخيرها.

يمكن للنيابة العامة أن تطلع على جميع القضايا التي ترى التدخل فيها ضروريا. للمحكمة أن تأمر تلقائيا بهذا الإطلاع.

يشار في الحكم إلى إيداع مستنتاجات النيابة أو تلاوتها بالجلسة وإلا كان باطلا".

فمن خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع المغربي سلك مسلك المشرع المصري، في ضرورة تدخل النيابة العامة في الدعاوى الوقفية من أجل أن تدلي بأرائها في القضية وقد رتب على عدم تبليغ النيابة العامة، أو ورود الحكم غير متضمن لأرائها في الدعوى الوقفية بطلان الحكم القضائي، وهذا ما أكدته محكمة النقض المغربية في قرار لها بتاريخ 16 ديسمبر 1986 جاء فيه: "فإن الدعوى مادامت تتعلق بممتلكات حبس، ومادام أن هذا الحبس معقب ويشمل حتى من لم يوجد من أولاد المحبس، وأنه يرجع في الأخير إلى المسجد، بالإضافة إلى أن الحبس معقب على مسجد ولم تكن وزارة الأوقاف ممثلة فيه، فإنه كان يجب أن يبلغ ملف القضية إلى النيابة العامة لتودع مستنتاجاتها بالملف حسبما ينص عليه الفصل 9 من ق م م، والمحكمة حينما سمعت الدعوى وبنت في النزاع قبل الإدلاء بالإرثاء تكون قد بنت في النزاع في مواجهة طرفين لم تثبت صفتها في الدعوى فخرقت بذلك مقتضيات الفصل الأول من ق م م، ومن جهة أخرى فإنها بإغفالها لتبليغ ملف القضية إلى النيابة العامة تكون قد خرقت مقتضيات الفصل التاسع، مما يعرض حكمها للنقض"¹.

إذن فالمشرع المغربي والاجتهاد القضائي لدى محكمة النقض المغربية يذهبان إلى وجوب إبلاغ النيابة العامة بالدعاوى الوقفية، والهدف من ذلك هو ضمان حماية الأملاك الوقفية بإيداع النيابة العامة لما أسماه المشرع المغربي "استنتاجاتها" في الدعوى، حيث أن هذا الإجراء من النظام العام، ويترتب على عدم احترامه بطلان الحكم في الدعوى القضائية الوقفية، كما أنه يقضي به القاضي من تلقاء نفسه من غير حاجة لأن يتمسك به من له مصلحة فيه، كما يلاحظ أن النظام القانوني المغربي في هذه الجزئية، يوجب تدخل النيابة العامة في الدعوى الوقفية أيا كان نوع الوقف سواء كان وقفا عاما أو وقفا

¹ قرار محكمة النقض بالمملكة المغربية رقم 1594 المؤرخ في 16/12/1986، ملف عقاري رقم 84/4180، ينظر: زكرياء العماري، سلسلة دليل العمل القضائي في المنازعات الوقفية، مرجع سابق، ج1، ص17. وفي ذات الصدد قضت محكمة الاستئناف بفاس المغربية في قرارها رقم 133 المؤرخ في 13/4/2005: "وحيث إنه بالاطلاع على الحكم المطعون فيه يتأكد صحة الدفع المثار، إذ أنه خال من الإشارة إلى مستنتاجات النيابة العامة كما تقضي بذلك الفقرة الأخيرة من الفصل التاسع المذكور تحت طائلة البطلان الشيء الذي أكد عليه المجلس الأعلى في قراره عدد 95/1/5/296 مكرر بقوله" عدم إحالة الملف على النيابة العامة طبقا للفصل 9 من ق م م في المرحلة الابتدائية يؤدي إلى بطلان الحكم الصادر فيه ولو قامت الهيئة الاستئنافية بإحالته على النيابة العامة لديها لأن ذلك لا يغني عن النقض الحاصل ابتدائيا"، ينظر: زكرياء العماري، سلسلة دليل العمل القضائي في المنازعات الوقفية، مرجع سابق، ج1، ص20.

خاصا " معقب "، فالمشرع المغربي بمقتضى نصوص مدونة الأوقاف الصادرة سنة 2010 آنفة الذكر - على خلاف المشرع المصري - لم يذهب إلى إلغاء الوقف الخاص بل نظم أحكامه، لذلك فهو مشمول بهذه الحماية التي يوفرها تدخل النيابة العامة في الدعوى الوقفية .

المطلب الثاني : الاختصاص القضائي بنظر دعاوى الأوقاف

في ظل الشريعة الإسلامية الأصل أن القضاء في الإسلام يختص بجميع الدعاوى والمنازعات، فلا يوجد أي فراغ قضائي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية، وفي ذلك قال الفقيه ابن رشد: " انتقوا أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق كان حقا لله أو حقا للآدميين"¹، والمقصود من هذا الكلام، أن القضاء في الإسلام شامل لجميع الاختصاصات والموضوعات فيما يكون فيه التنازع فلا يمكن أن تكون قضية أو منازعة تائرة ليس لها محكمة تنظرها من أجل الفصل فيها، غير أنه يجوز أن تخصص محكمة معينة للفصل في منازعات محددة كالأحوال الشخصية، أو المعاملات، والأوقاف، أو الجنائيات أو غيرهم من الموضوعات، وفي ذلك قال الإمام النووي من الشافعية: " لو نصبت قاضيين في بلد وخص كلُّ بمكان أو زمان أو نوع جاز .."²، ويذهب الإمام الشرييني مقرا لكلام النووي وشارحا له إلى القول: " كأن جعل أحدهما يحكم في الأموال، والآخر في الدماء والفروج ..."³.

ويستفاد من هذه النصوص في الفقه الإسلامي، أن مسألة الاختصاص بالدعاوى القضائية، هي مسألة قائمة على الاجتهاد وفق ظروف كل بلاد وأحوال العباد فيه وما يبسر عليهم أمور حياتهم، حيث لا توجد نصوص في مصادر التشريع الإسلامي تلزم القاضي بأن يحكم في جميع القضايا أيا كان نوعها، حيث يجوز أن يكون تخصص القاضي في مجال معين، فيكون أحد القضاة متخصصا في مجال الأحوال الشخصية ويكون آخر متخصصا في مجال المعاملات من بيع وغيرها، وهكذا يسود مبدأ تخصص القضاة في كل مجال من مجالات الحياة، ويمكن القول أن تعدد مجالات الحياة في العصور الراهنة تجعل مثل هذا التخصص أكثر فائدة في تحقيق العدالة للمتقاضين.

ولذلك ونظرا لهذا التشعب في القضايا ومجالات الدعاوى في العصور الحديثة، فقد أصبحت نظرية الاختصاص القضائي في نظر الدعاوى تحتل أهمية بالغة في الفكر القانوني، فيعد الاختصاص من المسائل الجوهرية في سير الدعوى القضائية و يقصد به ولاية جهة قضائية بالفصل في القضايا المطروحة أمامها وفقا لمعايير النوع والموقع الإقليمي، فيمكن القول بأن عنصر الاختصاص يشكل مفتاح كل دعوى قضائية، فهو يعد بمثابة المفتاح للباب، فإذا وُضع المفتاح المناسب في قفل الباب فتح المدخل وتم البدء في مناقشة الموضوع والنظر فيه، أما إذا أخطأ المتقاضي في التوجه إلى الجهة القضائية

¹ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد ، مرجع سابق، ج2، ص461 .

² مغني المحتاج للشرييني، مرجع سابق، ج4، ص 379 .

³ نفس المرجع السابق.

المختصة فلا حديث عن الخصومة القضائية لأن أول ما ينظر فيه القاضي في الدعوى المرفوعة هو ولايته بنظرها .

لذلك يتعين ويقع على عاتق المتقاضي في الدعوى الوقفية قبل كل شيء معرفة الجهة القضائية التي خولها القانون النظر في دعواه نوعيا وإقليميا، إما بموجب القواعد العامة أو بموجب نصوص خاصة، إذ أن الكثير من الدعاوى تنتهي دون الفصل في الموضوع، حيث يتم رفضها شكلا، ويعود ذلك إلى عدم اختصاص الجهة القضائية المرفوعة أمامها بالنظر فيها.

الفرع الأول: الاختصاص النوعي بنظر الدعاوى الوقفية

يقصد بالاختصاص النوعي: ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجاتها بالنظر في نوع محدد من الدعاوى، فالاختصاص النوعي هو توزيع القضايا بين الجهات القضائية المختلفة على أساس نوع الدعوى، وبعبارة أخرى هو نطاق القضايا التي يمكن أن تباشر فيه جهة قضائية معينة ولايتها وفقا لنوع الدعوى.¹

ومن البديهي القول بأن الاختصاص النوعي بنظر دعاوى الوقف، لا يمكن الحديث عنه إلا في الدول التي تنهج منهج تعدد جهات القضاء وتتوعها حسب الموضوعات التي تدخل في اختصاصها، ولذلك لا تُثار مشكلة الاختصاص النوعي لنظر الدعاوى الوقفية في الدول التي تأخذ بنهج وحدة جهات القضاء فيها في جهة واحدة، حيث يكون للمحاكم جميعا نفس الاختصاصات، فالقاضي في بعض الدول العربية والإسلامية يحكم في جميع المنازعات التي ترفع إليه سواء كانت تتعلق بأحوال الشخصية أو بالمعاملات أو بالحدود أو غير ها من الاختصاصات .

أولا: الاختصاص النوعي بنظر الدعاوى الوقفية في التشريع الجزائري

في ظل النظام القضائي الجزائري يُبحث الاختصاص النوعي للجهات القضائية بالدعاوى الوقفية بالنظر إلى مستويين، المستوى الأول عمودي والمستوى الثاني أفقي .

حيث يُقصد بالمستوى العمودي توزيع الاختصاص النوعي بنظر الدعاوى الوقفية فيما بين الجهات القضائية على مختلف درجاتها والمتمثلة في المحاكم، و المجالس القضائية، والمحكمة العليا فيما يخص القضاء العادي، والمحاكم الإدارية ومجلس الدولة بالنسبة للقضاء الإداري، وذلك بالنظر إلى تسلسلها كدرجة أولى أو جهة استئناف كدرجة ثانية أو جهة طعن بالنقض كجهة عليا تختص بمراقبة بتطبيق القوانين بالنسبة للأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية.

أما المستوى الأفقي، فيقصد به تقسيم الاختصاص بأنواع مختلفة ومتنوعة من القضايا فيما بين الجهات القضائية الموجودة على مستوى الدرجة الواحدة، الأقسام بالمحاكم، والتي يمكن أن تتشكل أيضا من أقطاب متخصصة، والغرف بالمجالس القضائية وبالمحكمة العليا ومجلس الدولة.

¹ بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 81.

فالاختصاص النوعي بنظر الدعاوى الوقفية ينعقد للقضاء العادي باعتبار أن المحكمة هي صاحبة الاختصاص العام للنظر في الدعاوى القضائية، فقد نصت المادة 1/32 من ق إ م إ ج رقم 09/08 على أنه: " المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتشكل من أقسام"، فالتنظيم القضائي الجزائري يعتمد على وحدة الجهة القضائية الأساسية المتمثلة في المحكمة تتشكل من أقسام مكلفة بالنظر في مختلف القضايا المطروحة أمامها بحسب طبيعة النزاع .

لذلك يتعين النظر إلى طبيعة الأملاك الوقفية من أجل تحديد القسم المختص على مستوى المحكمة، حيث أن هذه الأخيرة - وفقا للمواد من 423 إلى 536 من ق إ م إ ج - تنقسم إلى ستة أقسام هي الأقسام المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا الأسرة، وقد سبق أن بين الباحث أن محل الوقف يجوز أن يكون منقولاً أو عقاراً أو منفعة، كما سبق بيان أن الوقف ليس ملكاً للواقف ولا للموقوف عليه كما أنه ليس ملكاً للأشخاص المعنوية، فلا تملكه الدولة ولا الولاية ولا البلدية، فالوقف يربط فقط للموقوف عليهم حق الحياة والانتفاع على الشيء محل الوقف.

فالاختصاص النوعي بخصوص الحياة وحق الانتفاع في الحالة التي يكون فيها محل الوقف منقولاً أو منفعة يعود إلى القسم المدني، أما في الحالة التي يكون فيها محل الوقف عقاراً - وهي الحالة الغالبة في الأوقاف - يكون الاختصاص النوعي بنظر الدعوى الوقفية للقسم العقاري على مستوى المحكمة، فقد انطوت المادة 511 من ق إ م إ ج على أنه: " ينظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالأملاك العقارية"، كما نصت 512 من ذات القانون على أنه: " ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية: 5 - في إثبات الملكية العقارية. 10 - في إيجار السكنات والمحلات المهنية، 11 - في الإيجارات الفلاحية"، وبناء على ذلك فإن الدعوى الوقفية التي يكون موضوعها منصباً على عقار موقوف نشب بشأنه نزاع معين سواء في أصل ملكيته - أي في صحة وقفه من عدمها - أو في استغلاله بالإيجار، فإن الاختصاص النوعي في الدعوى المقامة بشأنه يختص بها نوعياً القسم العقاري بالمحكمة، كدرجة أولى للتقاضي، ويختص بنظر الطعن فيه بالاستئناف الغرفة العقارية على مستوى المجلس القضائي، كدرجة ثانية للتقاضي، كما يختص بنظر الطعن بالنقض فيه الغرفة العقارية على مستوى المحكمة العليا، أخذاً في الحسبان أن هذه الأخيرة ليست محكمة موضوع إنما هي محكمة قانون تراقب مدى تطبيق القضاة والمستشارين في الجهات القضائية لصحيح القانون، كما أنها تعمل على توحيد الاجتهاد القضائي، لذلك هي محكمة قانون وليست محكمة موضوع.

والجدير بالملاحظة أنه وبالرغم من أن المشرع الجزائري قد اعتبر الأوقاف أحد موضوعات قانون الأسرة¹، إلا أن قسم شؤون الأسرة لا يعد مختصاً نوعياً بالنظر في المنازعات الوقفية، حيث إن المادة

¹ فقد نظم المشرع الجزائري بعض أحكام الوقف في قانون الأسرة في الفصل الثالث من الباب الرابع تحت عنوان التبرعات وبالتحديد من المادة 213 إلى المادة 220 من القانون رقم 11/84 المعدل والمتمم.

423 من ق إ م إ ج قد حددت على وجه الخصوص نوع الدعاوى التي ينظر قسم شؤون الأسرة ولم يدرج المشرع الجزائري المنازعات الوقفية من جملتها.¹

كما ينعقد الاختصاص النوعي بنظر الدعاوى الوقفية للقضاء الجزائري بمناسبة تطبيق الحماية الجزائية المقررة للأموال بصفة عامة حيث يسري على المساس بالأموال الموقوفة كل العقوبات المقررة في حال المساس بحرمة المال بأي شكل من الأشكال التي تكتمل فيها عناصر وأركان جريمة من الجرائم المقررة على الأموال، وهذا ما انطوت عليه المادة 36 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، حيث انطوت على أنه: " يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو تدليسية أو يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستنداته أو يزورها إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات"، فحيث تقتضي الحاجة دائما في إطار حماية الأوقاف إلى سن القوانين التي تغل يد أي شخص يعتمد إلى الاعتداء عليها، فمن خلال استقراء نص المادة 36 أعلاه يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد نص على ثلاثة جرائم تمس بالأموال الوقفية تتمثل الأولى في جريمة الاستغلال غير المشروع للملك الوقفي، والجريمة الثانية تتمثل في إخفاء الوثائق الخاصة بالأوقاف، والجريمة الثالثة هي جريمة التزوير التي يمارسها الجاني على الوثائق والعقود والمستندات التي تثبت الوقف والخاصة به .

فعن جريمة الاستغلال غير المشروع للملك الوقفي فيرى المشرع الجزائري أن قيام الشخص بالاعتداء على الأموال الوقفية لا يعد عملا جنائيا إلا إذا كان مرتبطا بإحدى الوسيلتين التي يقوم عليها الركن المادي وهما: التستر (الخلسة) أو التدليس، حيث اشترط توافر أحدهما في الفعل أو السلوك المكوّن للركن المادي في هذه الجريمة، ولم يعرف المشرع الجزائري المقصود بالطرق المستترة (الخلسة) وقد ذهب الفقه إلى تعريفها بأنها: أن يقوم الشخص بالشيء خفية أو الاستحواذ على الشيء دون علم صاحبه وفي غيبته ودون رضاه²، أما عن عنصر التدليس فهو كل ما يصدر عن المدلس من أقوال أو أفعال من شأنها أن تؤدي إلى تضليل الغير بإيقاعه في الغلط وذلك من أجل الاستيلاء على عقاره، ويجب أن يفهم هذا التدليس بمفهوم الحيل والطرق التي يستعملها المعتدي للوصول إلى عقار الغير وهي نفس الحيل والطرق التي أوردها المشرع الجزائري ضمن المادة 372 من ق ع ج³.

¹ فقد نصت المادة 423 من ق إ م إ ج على أنه: " ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية: 1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة، 2 - دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة، 3 - دعاوى إثبات الزواج والنسب، 4 - الدعاوى المتعلقة بالكفالة، 5 - الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم".

² حَمَار الفاضل، الجرائم الواقعة على العقار، دار هومة، الجزائر، ط3، 2008م، ص 24 .

³ القانون رقم 02/16 المؤرخ في 19 يونيو 2016 يعدل ويتم الأمر رقم 66/156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، عدد 37 المؤرخة في 22 يونيو 2016 .

وعلى هذا فإن عنصر التدليس وعلى غرار عنصر الخلسة يعتبر أساسيا في جريمة الاستغلال غير المشروع للأموال الوقفية، إذ بإثباته تظهر النية الإجرامية لدى الفاعل وبالتالي يستحق العقاب المقرر، ومن الملاحظ أن المادة 36 من قانون الأوقاف أنفة الذكر، لم تبين العقوبة المقررة على ذلك بل أحالتنا إلى نصوص قانون العقوبات، وبالرجوع إليه نجد أن المشرع الجزائري يعاقب على التعدي على الأموال الوقفية العقارية من خلال نص المادة 386 منه التي انطوت على أنه: "يعاقب من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دينار كل من انتزع عقار مملوك للغير وذلك خلسة أو بطريق التدليس، وإذا كان انتزاع الملكية قد وقع ليلا بالتهديد والعنف أو بطريقة التسلق أو التكسير من عدة أشخاص أو مع حمل سلاح ظاهر أو مخبأ بواسطة واحد أو أكثر من الجناة فتكون العقوبة من سنتين إلى عشر سنوات والغرامة من 20000 إلى 100000 دينار".

أما عن جريمة تزوير عقود أو وثائق أو مستندات خاصة بالوقف، فتكمن أهمية هذه الوثائق أو المحررات في أنها وسائل لإثبات الأملاك الوقفية لذلك يجب أن تكون محمية قانونا باعتبارها مصدر ثقة بين كافة الناس¹، وعلى ذلك فإن المساس بهذه المحررات والوثائق بالتحريف والتزوير يعد تعديا على محتواها وبالتالي على الملك الوقفي، فالتزوير جريمة يعاقب عليها القانون لأن من شأنه أن يغير من طبيعة الأملاك الوقفية إلى أموال خاصة يحوزها الجاني، فتغيير الحقيقة في المحررات والمستندات والعقود الوقفية هو جوهر التزوير فيها إذ لا يمكن تصور التزوير فيها إلا بإبدال الحقيقة بما يغيرها، فإذا لم يكن هناك تغيير في الحقيقة فلا وجود للتزوير. ويعاقب على جريمة تزوير المستندات والوثائق المتعلقة بالوقف بمقتضى نص المادة 36 من قانون الأوقاف أنفة الذكر التي أحالتنا إلى نصوص قانون العقوبات، حيث بالرجوع إليه نجد العقوبة المقرر لتزوير المحررات الرسمية تضمنتها المادة 216 وهي السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة وبغرامة من 1000000 دج إلى 2000000 دج، أما عن العقوبة المقررة لتزوير المحررات العرفية فتضمنتها المادة 220 ق ع ج وحددتها من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج .

وبخصوص جريمة إخفاء عقود وقف أو وثائقه أو مستنداته، فإن الإخفاء وفقا للاجتهادات القضائية يقتضي الحيازة المادية للشيء محل الإخفاء كما أن هذا الفعل يقوم بحجب الشيء المخفي²، ومحل جريمة الإخفاء وفقا لنص المادة 36 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، يتضمن ثلاثة أنواع من المحررات هي العقود والوثائق والمستندات، حيث نص المشرع في هذه المادة على أنه: "يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي... أو يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستنداته..."

¹ عبد العزيز سعد، جرائم التزوير وخيانة الأمانة واستعمال المزور، دار هومة، الجزائر، ط3، سنة 2013، ص 13 .

² بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، دار هومة، الجزائر، ط 15، سنة 2013، ص 429 .

فقد الوقف في النظام القانوني الجزائري هو تصرف صادر بإرادة منفردة هي إرادة الواقف، والمستندات والوثائق الخاصة به قد تكون عرفية أو إدارية أو قضائية متعلقة بوجوده أو بإثبات حق من حقوقه.

والعقوبة المقررة لجريمة إخفاء العقود والوثائق والمستندات الوقفية أحالتنا بخصوصها المادة 36 آنفة الذكر إلى نصوص قانون العقوبات الجزائري، وبالرجوع إليه نجد أن نص المادة 387 منه تعاقب على جريمة إخفاء الأشياء، حيث انطوت على أنه: "كل من أخفى عمدا أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جناية أو جنحة في مجموعها أو جزء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 500 إلى 20000 دينار - ويجوز أن تتجاوز الغرامة 20000 دينار حتى تصل إلى ضعف قيمة الأشياء المخفأة...". غير أنه إذا أردنا تطبيق هذه المادة على جريمة الإخفاء المتعلق بالوقف محل الدراسة فإننا سنصطدم بقاعدة مفادها أن تكون المحررات والوثائق الخاصة بالوقف متحصلة من جناية أو جنحة أو تم اختلاسها أو تبديدها، وعلى ذلك فما هو السبيل إذا كانت هذه المحررات والوثائق مبدئيا في حياة الشخص الذي قام بإخفائها أي أنه لم يقم باختلاسها أو تبديدها كما لم يحصل عليها من جناية أو جنحة، فما هو النص العقابي الذي يمكن تطبيقه في هذه الحالة؟ لذلك على المشرع الجزائري أن يعيد النظر في النصوص القانونية الجنائية التي تحمي الأوقاف، أو أن يسن نصوصاً قانونية جزائية ضمن قانون العقوبات أو ضمن قانون الأوقاف خاصة بحماية الأملاك الوقفية بدلاً من الاكتفاء فقط بنص المادة 36 من قانون الأوقاف.

كما يجدر بالملاحظة من ناحية ثانية، أن الاختصاص النوعي بنظر المنازعات الوقفية في النظام القضائي الجزائري قد ينعقد للقضاء الإداري، وذلك إعمالاً للمعيار الشكلي، حيث تعد المنازعة إدارية عندما يكون أحد أطرافها شخصا من أشخاص القانون العام المتمثلة في الدولة والولاية والبلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، حيث نصت المادة 800 من ق إ م إ ج على أن: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة، أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها".

وبالرجوع إلى المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 200/2000¹ المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها، التي انطوت على أنه: "تكلف مديرية الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية على الخصوص بما يلي: ... إبرام عقود إيجار الأملاك الوقفية واستثمارها في الحدود التي يمنحها التشريع والتنظيم المعمول بهما...". وبالرجوع أيضا إلى عقود الإيجار النموذجية²، نجد أنه من الناحية العملية أن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ممثلة في مديرية الشؤون الدينية باعتبارها الهيئة

¹ الجريدة الرسمية، العدد 47 لسنة 2000، المؤرخة في 2 جمادى الأولى 1421 الموافق 2 غشت 2000 م.

² ينظر: عقد إيجار بستان وقفي الصادر عن مديرية الشؤون الدينية والأوقاف لولاية أدرار في الملحق رقم 08، ص 361 من هذه الرسالة.

الولاية المكلفة بالأوقاف وصاحبة الإشراف على النظار على المستوى الولائي¹، هي صاحبة الحق في تأجير الأوقاف واستثمارها، ولذلك تكون طرفاً في النزاع الذي قد ينشب بشأن عقد الإيجار الوقفي، وفي هذه الحالة وتطبيقاً للمادة 800 من ق إ م إ ج، يكون اختصاص الفصل في مثل هذا النزاع للمحكمة الإدارية ويكون قابلاً للاستئناف أمام مجلس الدولة.

أما عن الطبيعة القانونية للاختصاص النوعي في الدعاوى عموماً في الدعاوى الوقفية محل الدراسة خصوصاً فإنه متعلق بالنظام العام، حيث لا يجوز للأطراف الخصومة الوقفية الاتفاق على خلافه، فلا يجوز لهم الاتفاق على اللجوء إلى جهة قضائية أو محكمة غير مختصة، لأن القاضي في هذه الحالة سيقضي بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك بعدم الاختصاص النوعي من له مصلحة فيه في الدعوى، كما يجوز أن يثار عدم الاختصاص النوعي من أي خصم مدعى عليه في الدعوى الوقفية في أي مرحلة من مراحل سيرها، حتى ولو كان ذلك أمام المحكمة العليا.²

ثانياً: الاختصاص النوعي بنظر الدعاوى الوقفية في التشريعات المقارنة

إذا كان الاختصاص النوعي بنظر الدعاوى الوقفية في النظام القضائي الجزائري ينعقد للمحكمة بصفتها صاحبة الاختصاص العام بنظر الدعاوى القضائية، فإن بعض التشريعات المقارنة قد جعلت اختصاص النظر في الدعاوى الوقفية مقصور على محاكم خاصة تسمى "بالمحاكم الشرعية"، وهي محاكم تعمل بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية، في مسائل الأحوال الشخصية وغيرها من المسائل التي يكون مصدرها التشريع الإسلامي، حيث يقوم المشرع في الدول التي تأخذ بها على تحديد اختصاصات هذه المحاكم .

فلقد نص على هذا الاختصاص النوعي للمحاكم الشرعية المشرع القطري، في قانون الأوقاف رقم 8 لسنة 1996 المعدل والمتمم بمقتضى المرسوم بقانون رقم 35 لسنة 2006 - أنف الذكر - حيث نصت المادة 27 منه على أنه: "تختص المحاكم الشرعية وحدها دون غيرها بالنظر في كل نزاع ينشأ عن تطبيق هذا القانون"، كما نص على اختصاص المحاكم الشرعية بالفصل في المنازعات الوقفية المشرع في سلطنة عُمان في قانون الأوقاف الصادر بمقتضى المرسوم السلطاني رقم 2000/56 المتضمن قانون الأوقاف - أنف الذكر - حيث نصت المادة 4 منه على أنه: "تختص المحاكم الشرعية بالنظر في أي نزاع

¹ تنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك على أنه: "يراقب وكيل الأوقاف على صعيد مقاطعته تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية موقع الملك الوقفي ويتابع أعمالناظر الأملاك الوقفية ويراقبها وفقاً لأحكام المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 114/91 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه ."

² فقد انطوت المادة 36 من ق إ م إ ج على أنه: "عدم الاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائياً في أي مرحلة كانت عليها الدعوى".

ينشأ عن تطبيق هذا القانون، كما تختص بالنظر في كل دعوى تقام على الواقف سواء أكانت من ورثة الواقف أم من الغير".

كما أخذ باختصاص المحاكم الشرعية في نظر دعاوى الوقف المشرع الأردني¹، من خلال أحكام قانون أصول المحاكمات الشرعية، القانون رقم 31 لسنة 1959² المعدل بمقتضى القانون رقم 84 لسنة 2001³، حيث نصت المادة الثانية من هذا القانون على أنه: "تنظر المحاكم الشرعية وتفصل في المواد التالية: 1 - الوقف وإنشائه من قبل المسلمين وشروطه والتولية عليه واستبداله وما له علاقة بإدارته الداخلية وتحويله المسققات والمستغلات الوقفية للإجارتين وربطها بالمقاطعة 2 - الدعاوى المتعلقة بالنزاع بين وقفين أو بصحة الوقف ... "

وهذا التوجه من المشرع القطري والعُماني والأردني في إسناد الاختصاص النوعي بنظر كل الدعاوى الوقفية للمحاكم الشرعية، يعكس رغبتهم في الحرص على التطبيق الصحيح لمقتضيات قانون الأوقاف في هذه الدول، حيث أنه لا شك يكون القضاة على مستوى المحاكم الشرعية أقدر على فهم الاجتهادات الفقهية في مسائل الأوقاف، وذلك من خلال ما يضمنه التكوين الشرعي الذي يحظى به هؤلاء القضاة، خصوصاً وأن جل مسائل الأوقاف هي ذات طابع اجتهادي، بمعنى أنه لا توجد نصوص قطعية واردة بخصوصها في القرآن الكريم وفي السنة النبوية المطهرة باعتبارهما مصدرين أساسيين من مصادر التشريع الإسلامي، مما يحتم أن يكون القاضي في مادة الوقف متخصصاً في دراسة الشريعة الإسلامية، وذا اطلاع واسع على الاجتهادات الفقهية بخصوصها.

فإذا كان يفترض في القاضي علمه بالقوانين التي يسنها المشرع في دولته ومنها القوانين المنظمة للأوقاف على مختلف درجاتها، فإننا نجد أن كل المشرعين في مادة الوقف يُحِيلون فيما لم يرد به نص في قانون الأوقاف إلى أحكام الشريعة الإسلامية بحسبانها المصدر الأول الذي استقى منه المشرعين في الدول العربية والإسلامية قوانين الأوقاف .

¹ سامي العوض، النظام القضائي الأردني، ينظر: الموقع الإلكتروني على الرابط: <https://jordan-lawyer.com/tag>

تاريخ الزيارة في 2019/7/5م

² قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم 31 لسنة 1959 المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية الأردنية رقم 1449 المؤرخة في 1/11/1959 م منشور على الموقع الإلكتروني: http://homatalhaq.com/view_article تاريخ الزيارة في 2019/7/5م.

³ القانون رقم 48 لسنة 2001 المعدل لقانون أصول المحاكمات الشرعية، الجريدة الرسمية الأردنية رقم 4524 المؤرخة في 11/12/2001 . منشور على الموقع الإلكتروني: http://homatalhaq.com/view_article تاريخ الزيارة في 2019/7/8م.

الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي¹ بنظر الدعاوى الوقفية

يقصد بالاختصاص الإقليمي: ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعوى المرفوعة أمامها استنادا إلى معيار جغرافي (مكاني) يخضع للتقسيم القضائي.²

وتكاد تجمع التشريعات المقارنة على أن الاختصاص الإقليمي أو المكاني بنظر الدعاوى يكون للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه حيث أن الأصل براءة الذمة، غير أن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات التي اقتضتها اعتبارات معينة أهمها جعل المحكمة الأقدر على الفصل في النزاع المختصة به، وذلك في قضايا الوقف العقارية حيث تختص المحكمة الموجود بدائرتها العقار.

أولا: الاختصاص الإقليمي بنظر الدعاوى الوقفية في التشريع الجزائري

نص المشرع الجزائري على الاختصاص الإقليمي بنظر الدعاوى الوقفية ضمن نصوص قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم، حيث انطوت المادة 48 منه على أنه: " تتولى المحاكم المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها محل الوقف النظر في المنازعات المتعلقة بالأماكن الوقفية ".

والملاحظ على هذه المادة أن المشرع الجزائري من خلالها جعل الاختصاص الإقليمي في المنازعات الوقفية ينعقد للجهة القضائية التي يوجد فيها محل الوقف، وذلك من غير تفرقة بين طبيعة ونوعية المال الموقوف عما إذا كان منقولاً أو عقاراً أو منفعة، لذلك نجد أن المشرع الوقفي قد خالف القاعدة العامة في الاختصاص الإقليمي التي انطوت على بيانها المادة 37 من ق إ م إ ج حيث جاء فيها: " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإذا لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "، فالأصل أن يكون الاختصاص الإقليمي للمحكمة الموجود بها موطن المدعى عليه، وذلك لأن الأصل هو براءة الذمة، ومن ثم على من يطالب خصمه بشيء أن يسعى إليه، كما أن المدعي هو من أخذ بزمام المبادرة برفع الدعوى واختيار الوقت الذي يناسبه، فكان من باب التوازن أن لا يختار أيضا المحكمة التي تناسبه.

غير أنه يجب ملاحظة أن المشرع الجزائري عند تقريره لهذا الأصل العام في الاختصاص الإقليمي احتاط لحالات قد تستثنى من هذا الأصل بمقتضى نصوص قانونية أخرى لذلك أورد في ذيل المادة 37 من ق إ م إ ج - أنفة الذكر - عبارة " ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "، ومن جملة

¹ لقد استعمل المشرع الجزائري من خلال نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 مصطلح الاختصاص الإقليمي، في الفصل الثالث من الباب الثاني، وذلك تماشياً مع المصطلح المستخدم في الدستور، بدل مصطلح الاختصاص المحلي الذي كان يعتمده في قانون الإجراءات المدنية الصادر بمقتضى الأمر رقم 154/66 الملغى.

² بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 90 .

ما نص عليه القانون خلافا لهذا الأصل هو ما قررته المادة 48 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم - أنفة الذكر - التي تجعل الاختصاص الإقليمي في المنازعات الوقفية ينعقد للمحاكم المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها محل الوقف، أيا كانت طبيعة المال الموقوف سواء أكان منقولاً أو منفعة أو عقاراً .

فلو ثار نزاع بين ناظر ملك وقفي كمدعي وبين الموقوف عليهم أو الغير كمدعى عليه، وكان هذا المال الموقوف يتمثل في منقول أو منفعة فإن المحكمة المختصة إقليمياً بنظر هذا النزاع هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محل الوقف، وليست محكمة موطن الموقوف عليهم أو الغير، وإذا دفع المدعى عليه بعدم اختصاص هذه المحكمة باعتبارها ليست محكمة موطن المدعى عليه فإن القاضي يرفض دفعه حتى ولو كان هذا الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول، وذلك إعمالاً لمقتضيات المادة 48 من قانون الأوقاف الجزائري رقم 10/91 المعدل والمتمم .

ويمكن فهم مسلك المشرع الجزائري في عقد الاختصاص الإقليمي في منازعات الأوقاف للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها محل الوقف، في اعتباره أن غالبية الأوقاف يكون محلها متمثلاً في عقار، ومن ثم يكون هذا التوجه متسقاً مع ما تقضي به المادة 40 من ق إ م إ ج التي انطوت على أنه: "فضلاً عما ورد في المواد 37 و 38 و 46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها: 1 - في المواد العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال..." .

فمن خلال استقراء هذه المادة نجدها نصت على حالات معينة، يكون من جملتها المنازعات إذا كان الوقف متمثلاً في عقار، يكون الاختصاص الإقليمي بشأنها منعقداً لمحكمة محل وقوع العقار الوقفي دون سواها، والحكمة من هذا الاختصاص الإقليمي الحصري في مجال المنازعات الوقفية تكمن فيما يترتب عنه من فوائد عملية على مستوى إجراءات التحقيق في مثل هذا النوع من الدعاوى، كالتجربة والانتقال للمعاينة وغير من الإجراءات.¹

حيث لا يجوز لأطراف الدعوى الوقفية الاتفاق على خلاف ذلك، لأن الاختصاص الإقليمي في هذه الحالة متعلقاً بالنظام العام - خلافاً للأصل - فلا يجوز إقامة الدعوى أمام أي محكمة غير المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقار الوقفي وذلك تحت طائلة الحكم بعدم الاختصاص تلقائياً من القاضي . أما عن طبيعة الاختصاص الإقليمي في المنازعة الوقفية التي يكون محلها غير عقار، بمعنى أن يكون منقولاً أو منفعة، فلا يعد من النظام خلافاً للاختصاص النوعي، وبالتالي يجوز لأطراف الدعوى

¹ إبراهيمي محمد، مرجع سابق، ج1، ص171 .

الوقفية الاتفاق على مخالفته وفقا لمقتضيات المادة 46 من ق إ م إ ج التي انطوت على أنه: "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا"، كما أنه في هذه الحالة التي يكون فيها محل الوقف منقولاً أو منفعة لا يقضي القاضي بعدم اختصاصه الإقليمي من تلقاء نفسه بل يجب أن يتمسك به المدعى عليه في الدعوى الوقفية إذا كانت له مصلحة في ذلك، ويجب أن يكون ذلك قبل الخوض في موضوع الدعوى، وإلا يكون قد انعقد الاختصاص للمحكمة إذ تمسك به بعد الخوض في موضوع الدعوى الوقفية، وذلك وفقا لمقتضيات المادة 46 من ق إ م إ ج.¹

أما في الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص النوعي بنظر الدعوى الوقفية للقضاء الإداري، المتمثل في المحكمة الإدارية كدرجة أولى، إذا كانت مديرية الشؤون الدينية والأوقاف طرفاً في النزاع، فإن الاختصاص الإقليمي يكون ذاته المنصوص عليه 48 من قانون الأوقاف الجزائري، حيث تختص به المحكمة الإدارية للولاية التي يكون بها محل وجود المال الوقفي، وتكون مديرية الشؤون الدينية لتلك الولاية ممثلة للوقف، ويكون الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية متعلقاً بالنظام العام، وفقاً لمقتضيات المادة 807 من ق إ م إ ج التي انطوت على أن: "الاختصاص النوعي والإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام"، ويعنى ذلك أنه لا يجوز لأطراف الدعوى الوقفية الاتفاق على مخالفته، كما يقضي به القاضي الإداري من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك به المدعى عليه في الدعوى الإدارية، كما يمكن من ناحية أخرى التمسك به من طرف أحد الخصوم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى .

آخذاً في الحسبان أن الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية، قد ضبطه المشرع الجزائري، بمقتضى التنظيم، حيث رسم المعالم الإقليمية لكل محكمة إدارية، في المرسوم التنفيذي 356/98 المحدد لكيفيات تطبيق أحكام القانون رقم 02/98 المعدل بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 194/11³ المؤرخ في 23 مايو 2011، حيث رفعت المادة الثانية منه عدد المحاكم الإدارية إلى 48 محكمة تنشأ عبر كامل التراب الوطني، يحدد اختصاصها الإقليمي تبعاً للجدول الملحق بهذا المرسوم، بينما كانت تحصرها المادة 2 من المرسوم التنفيذي 356/98 المعدل في 31 محكمة إدارية فقط.

¹ فقد نصت المادة 46 من ق إ م إ ج على أنه: "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي ولو لم يكن مختصاً إقليمياً يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك، 3 - يكون القاضي مختصاً طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له"

² القانون رقم 02/98 الصادر في 30/05/1998م يتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 17 لسنة 1998 .

³ المرسوم التنفيذي رقم 194/11 الصادر في 22/05/2011م، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 365/98 المؤرخ في 14/11/1998 المحدد لكيفيات تطبيق أحكام القانون رقم 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 29 لسنة 2011، المؤرخة في 22 مايو 2011 .

ثانيا: الاختصاص الإقليمي بنظر الدعاوى الوقفية في التشريعات المقارنة

نص المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات الشرعية، القانون رقم 31 لسنة 1959، المعدل بمقتضى القانون رقم 84 لسنة 2001 - آنف الذكر - على أنه: " كل دعوى ترى في محكمة المحل الذي يقيم فيه المدعى عليه ضمن حدود المملكة فإن لم يكن للمدعى عليه محل إقامة في المملكة فالدعوى ترفع أمام المحكمة التي يقيم فيها المدعى ضمن حدود المملكة ويستثنى من ذلك الدعاوى الآتية:1 الدعاوى المتعلقة بالأوقاف غير المنقولة ترى في محكمة المحل الموجود فيه ذلك الوقف ... "

فالمشرع الأردني من خلال هذا النص يقرر القاعدة العامة في الاختصاص المكاني للمحاكم الشرعية التي تختص نوعيا بالفصل في الدعاوى الوقفية، حيث أن الدعوى ترفع أمام المحكمة الشرعية التي يقع في دائرة اختصاصها محل إقامة المدعى عليه، فإن لم يكن له محل إقامة في الأردن فإن الاختصاص المكاني يعود للمحكمة الشرعية التي يقع في دائرة اختصاصها محل إقامة المدعى، لكن هذا الأصل العام للاختصاص المكاني في القانون الأردني استثنى منه المشرع صراحة حالة الوقف غير المنقول، أي الوقف الذي يكون محله عقارا، حيث يجب أن ترفع الدعوى بخصوصه مكانيا أمام المحكمة الشرعية التي يقع في دائرة اختصاصها محل تواجد العقار الوقفي .

لذلك يكون المشرع الأردني قد فرق بشأن الاختصاص المكاني لدعاوى الأوقاف بين الدعاوى الوقفية التي يكون محل الوقف فيها منقول من ناحية وبين الدعاوى الوقفية التي يكون محل الوقف فيها عقار من ناحية ثانية، حيث إنه في الحالة الأولى التي يكون فيها محل الوقف منقولا فإن الاختصاص المكاني بنظر الدعوى الوقفية يخضع للقاعدة العامة في الاختصاص في قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني، فينעד للمحكمة الشرعية التي يقع في دائرة اختصاصها محل إقامة المدعى عليه، وذلك لأن الأصل في المدعى عليه براءة ذمته، كما أن المدعى في الدعوى الوقفية قد اختار الوقت الذي يناسبه في رفع الدعوى، وإذا لم يكن للمدعى عليه في الدعوى الوقفية محل إقامة بالمملكة الأردنية فعندئذ ترفع الدعوى أمام المحكمة الشرعية التي يدخل في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعي .

أما في الحالة الثانية حيث تكون الدعوى الوقفية متعلقة بعقار وقفي، فإن المشرع الأردني قد جعل الاختصاص المكاني، يخرج عن القاعدة العامة فينעד للمحكمة الشرعية التي يوجد بدائرة اختصاصها الوقف العقاري، والحكمة من هذا الاستثناء تكمن في أن القاضي الشرعي بالمحكمة الشرعية المتواجد في نطاق دائرتها الوقف العقاري يكون اقدر على تحقيق العدالة بشأن النزاع القائم على هذا الوقف، حيث تسهل عليه إجراءات المعاينة وما تتطلبه من تنقل، بخلاف القاضي البعيد عن موقع العقار الوقفي الذي يكون عليه تحمل أعباء التنقل إذا أراد معاينة الوقف¹، وهذا المسلك من المشرع الأردني هو ذات المسلك

¹ عبد الناصر موسى أبو البصل، مرجع سابق، ص 364 .

الذي انتهجه المشرع الجزائري بخصوص دعاوى الوقف بصفة عامة وفقا للمادة 48 من قانون الأوقاف الجزائري رقم 91/10 المعدل والمتمم .

وفي جمهورية مصر العربية بشأن الاختصاص المحلي بنظر الدعاوى الوقفية، فقد انطوت المادة 4/15 من القانون رقم 1 لسنة 2000 الصادر في 29 يناير 2000م - أنف الذكر - على أنه: "فيما عدا قسمة أعيان الأوقاف المنتهية، يكون الاختصاص بنظر منازعات الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه، للمحكمة الكائنة بدائرتها الأعيان أو الأكبر قيمة إذا تعددت، أو المحكمة الكائن بدائرتها موطن ناظر الوقف أو المدعى عليه ."

فالمشرع المصري يجعل الاختصاص الإقليمي بنظر منازعات الأوقاف للمحكمة التي يوجد بدائرتها الملك الوقفي، سواء كان سبب المنازعة الوقفية شروط صحة الوقف، أو استحقاق الموقوف عليه لريع الوقف من عدم ذلك، أو كان سبب المنازعة التصرفات التي تجري على الملك الوقفي، كأن يتصرف فيه الغير أو الموقوف عليه أو الناظر بتصرف ناقل للملكية، أو نزاع تعلق بتصرفات استغلالية للملك الوقف كإيجاره، أو غيرها من المنازعات باستثناء منازعات قسمة الأوقاف المنتهية¹، وإذا كانت أعيان الملك الوقفي متعددة فيكون الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها أكبر قيمة لهذه الأعيان الوقفية، فإذا كان على سبيل المثال الملك الوقفي يتمثل في عدة سيارات إسعاف يعمل بعضها في مدينة القاهرة إلا أن القسم الأكبر منها يعمل ومتواجد بمدينة الإسكندرية، وثار نزاع بشأن هذا الوقف فإن المحكمة المختصة إقليميا تكون محكمة الإسكندرية لأنها هي المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها أكبر قيمة لهذا الوقف المتكون من عدد من سيارات الإسعاف .

غير أنه ينبغي ملاحظة أن المشرع المصري قد أضاف اختصاص محاكم أخرى بنظر الدعاوى الوقفية إقليميا وهي المحكمة المتواجدة بدائرتها موطن ناظر الوقف، أو المحكمة الموجودة بدائرة اختصاصها موطن المدعى عليه.

فالمشرع المصري أجاز أن ترفع الدعوى الوقفية أمام المحكمة الواقعة بدائرتها موطن ناظر الوقف، وذلك لأن ناظر الوقف هو المكلف من الناحية الشرعية والقانونية بالدفاع عن الوقف وحمايته، بحسبانه نائبا قانونيا عنه، لذلك يكون طرفا في المنازعة الوقفية، فإذا ادعى الغير أو الموقوف عليهم على الوقف دعوى معينة، فيصح أن تنظرها إقليميا المحكمة التي يقع في دائرتها موطن ناظر الوقف، فإذا كان المدعي قد اختار الوقت المناسب لرفع الدعوى، فينبغي أن لا يمكن أيضا من اختيار المحكمة المختصة إقليميا أيضا، فتسهيلا على الناظر الذي ادعى الغير بحق ما على الوقف الذي يتولى النظر عليه قرر المشرع المصري اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن هذا الناظر.

¹ حيث جعل المشرع المصري الاختصاص الولائي بشأنها ينعقد للجان إدارية خاصة، ينظر: علي عبد الفتاح علي جبريل، حركة تقنين أحكام الوقف في تاريخ مصر المعاصر، طبعة الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، سنة 2003م، ص 133.

أما إذا كان ناظر الوقف هو المدعي في الدعوى الوقفية فإن المحكمة المختصة إقليمياً هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، كما لو أقام الناظر دعوى على مستأجر الوقف الذي لم يسدد بدل الإيجار في الوقت المتفق عليه في عقد الإيجار الوقفي.

ومن خلال ما تقدم نخلص إلى أن المشرع الجزائري يجعل الاختصاص الإقليمي بنظر الدعوى الوقفية ينعقد للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موقع الملك الوقفي، في حين يذهب المشرع الأردني للترقية بين وقف المنقول والعقار، حيث يجعل الدعوى المقامة بشأن وقف المنقول يكون فيها الاختصاص الإقليمي للمحكمة الشرعية الواقع في دائرتها محل إقامة المدعى عليه، أما إذا كان محل الوقف عقاراً كان الاختصاص الإقليمي، للمحكمة الشرعية التي يقع في دائرة اختصاصها موقع العقار، أما المشرع المصري فلم يفرق بين وقف المنقول والعقار إنما جعل الاختصاص المكاني للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موقع المال الموقوف أو الحصة الأكبر قيمة منه، وفي بعض الحالات ينظر المشرع المصري إلى الجهة التي تكون مدعى عليها في الدعوى الوقفية، فإذا كان المدعى عليه هو ناظر الوقف باعتباره ممثلاً للوقف، فإن الدعوى تختص بها المحكمة الموجود بدائرة اختصاصها موطن الناظر، أما إذا كان ناظر الوقف هو المدعي فإن الدعوى تختص بها المحكمة الموجود بدائرتها موطن المدعى عليه .

والخلاصة التي ننتهي إليها من خلال دراسة هذا المبحث المتعلق بأحكام التقاضي في دعاوى الأوقاف هي: أن القضاء يوفر حماية للأموال الوقفية حيث نجده قد لعب منذ نشأة الأوقاف في القرون الأولى من فجر الإسلام دوراً هاماً في هذا الصدد، حيث كان يلجأ الناس إلى القضاء من أجل تطبيق الاجتهادات الفقهية على النوازل في مادة الأوقاف بل إن القضاء ذاته كانت له اجتهادات عملية في مسائل الأوقاف، وقد استمر هذا الوضع بالنسبة للقضاء في الأنظمة القانونية الوضعية التي تأخذ بنظام الأوقاف وذلك راجع إلى أن غالبية الأحكام المتعلقة بالوقف هي أحكام اجتهادية .

فمن خلال استقراء الأحكام القضائية يتبين أن للدعاوى الوقفية عدة أسباب تكون هيا للدافع وراء قيامها فمن هذه الأسباب ما يعود للشخص المنشئ للوقف وهو الواقف كأن لا يكون متمتعاً بالأهلية القانونية للتبرع بماله، أو أن يكون مريضاً مرض الموت، أو أن يشترط في عقد وقفه شروطاً تتنافى مع مقتضيات الوقف، ومن هذه الأسباب ما يعود للمال الذي تم التبرع به وهو محل الوقف كأن يكون مملوكاً للغير وليس ملكاً تاماً للواقف، أو أن يكون التعامل فيه غير مشروع ، ومن أسباب الدعاوى الوقفية ما يعود لإدارة الوقف حيث تعد هذه الأخيرة ذات أهمية بالغة في تأدية الوقف للدور المنوط به فيمكن أن تثار المنازعة الوقفية بشأن تعيين ناظر الوقف أو عزله أو بشأن تحديد الأجرة التي يتقاضاها بدل قيامه بأعباء إدارة الوقف باعتباره ممثلاً له، كما أنه من الأسباب أيضاً لقيام المنازعة الوقفية ما يعود للموقوف عليهم المستفيدين من ريع الوقف أو تلك التي يتسبب فيها الغير كأن يدعي حقاً ما على الوقف أو أن يتصرف فيه .

أما عن أطراف الدعوى الوقفية فهم المدعي والمدعى عليه وقد يكون الغير طرفاً فيها عن طريق تدخله أو إدخاله فيها، كما نسجل أن جل القوانين الوضعية من أجل توفير الحماية للأموال الوقفية تجعل من النيابة العامة طرفاً في الدعوى الوقفية، إلى الحد الذي رتب فيه بعض المشرعين بطلان الحكم في دعوى الأوقاف إذا لم تكن النيابة العامة طرفاً في الدعوى، إمعاناً في توفير الحماية القضائية للأموال الوقفية خصوصاً العامة منها .

وأخيراً ضمن هذا المبحث نخلص إلى أن مسألة الاختصاص القضائي بنظر الدعوى الوقفية ذات أهمية بالغة في القوانين الوضعية، فإذا كان الفقه الإسلامي تاريخياً يجعل القاضي يختص بنظر كل الدعوى أياً كان نوعها، فإن القوانين الوضعية تعقد الاختصاص نوعياً بنظر الدعوى الوقفية لجهات قضائية معينة لا ينظرها غيرها، ففي النظام القضائي الجزائري يختص أحياناً القضاء العادي بنظرها، وفي أحيان أخرى يختص بنظرها القضاء الإداري، في حين ذهبت بعض التشريعات المقارنة لعقد الاختصاص بنظر الدعوى الوقفية لمحاكم خاصة تسمى المحاكم الشرعية كما فعل المشرع الأردني والقطري، ومن ناحية ثانية تبين القوانين الوضعية الجهة القضائية المختصة إقليمياً بنظر هذه الدعوى وغالباً ما تكون الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موقع المال محل الوقف .

المبحث الثاني: طرق إثبات الأوقاف

يطلق فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح الإثبات ويقصدون به أكثر من معنى، فالإثبات بالمعنى العام هو إقامة الحجة مطلقا سواء كان ذلك على حق أم على واقعة، وسواء أكان ذلك أمام القضاء، أم كان أمام غيره، وسواء أكان عند التنازع أم قبله، وعلى هذا المعنى عُرف بأنه: "إقامة الدليل على حق أو على واقعة من الوقائع"، أما الإثبات بمفهومه الخاص فيقصد به: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة الإسلامية على حق، أو على واقعة معينة، تترتب عليها آثار"¹، فالمفهوم الخاص للإثبات في الفقه الإسلامي يكون بتقديم الدليل أمام القضاء من أجل تقرير حق معين .

وفي الفقه القانوني يُعرف الإثبات على أنه: " إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة لذلك قانونا على وجود واقعة يرتب عليها القانون آثارا معينة ومن أهم هذه الآثار نشوء الحقوق أو انتقالها أو انقضاؤها"². ومن هذا التعريف يتضح أن الإثبات بمعناه القانوني هو غير الإثبات بمعناه العام، فبالمعنى العام لا يختص الإثبات بأن يكون أمام القاضي، ولا بطرق محددة بل هو مطلق من القيود، أما الإثبات بمعناه القانوني فهو إقامة الدليل أمام القاضي وبطرق محددة قانونا، والإثبات نظرية شاملة تطبق على جميع نواحي القانون، فما من حق ولا من ارتباط قانوني، إلا ويتعين إثباته، فليست نظرية الإثبات مقصورة على الالتزامات، كما قد يدل على ذلك المكان الذي وردت فيه في القانون المدني الجزائري³، بل هي نظرية شاملة تتناول العقود، وتتناول غير العقود من مصادر الالتزامات الأخرى، وتتناول مصادر الحقوق العينية، ومصادر روابط الأسرة، بل هي تتجاوز القانون المدني إلى غيره من كافة فروع القوانين الأخرى⁴. والذي يعيننا في هذا المقام هو ما يسمى في القانون المدني بالتصرفات القانونية، وأكثر تحديدا يهمننا من بينها الوقف وهو من التصرفات القانونية الصادرة بإرادة منفردة كما صرح بذلك المشرع الجزائري من خلال نص المادة 4 من قانون الأوقاف رقم 10 / 91 المعدل والمتمم.

والتصرف الملزم عموما إذا صدر من أهله مستوفيا شروطه ترتبت عليه أحكامه الشرعية في الواقع، من جهة الديانة، وأصبح من الواجب تقييد الإنسان بمقتضياته، والتزامه بنتائجه، ولكن ذلك التصرف لا يمكن الاحتجاج به تجاه أحد من ذوي العلاقة، ما لم يثبت ثبوتا قضائيا، لأن الذي يلزم الناس

¹ موسوعة الفقه الإسلامي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بوزارة الأوقاف لجمهورية مصر العربية ، مرجع سابق، ج2، ص136.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص 72 .

³ لقد وضعت نظرية الإثبات في القانون المدني الجزائري، في الباب السادس منه تحت عنوان: (إثبات الالتزام) من الكتاب الثاني (الالتزامات والعقود)، وقسم الباب إلى خمسة فصول: الأول: الإثبات بالكتابة، والثاني: الإثبات بشهادة الشهود، والثالث: القرائن، والرابع: الإقرار، والخامس: اليمين.

⁴ محمد فتح الله النشار: أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2000م، ص 46.

بأحكام التصرفات عند جحودهم أو تمردهم، إنما هو القوة القضائية، وهذه القوة لا يمكن أن تلزم أحدا إلا بما ثبت لديها،¹ ومن هنا تتجلى أهمية إثبات الحقوق عموما والوقف محل الدراسة خصوصا، لذلك يذهب الفقه إلى القول بأن: " الحق بالنسبة لصاحبه لا قيمة له ولا نفع منه إذا لم يقيم الدليل، وكثير من الذين يخسرون دعاوهم وبالتالي حقوقهم لا شيء إلا لأن الدليل يعوزهم، فالدليل هو قوام الحق ومعقد النفع به"²، فالوقف وإن كان يعتبر من أحد جوانبه هو حق لله تعالى³، حيث يجعل الواقف المال محبوسا عن التصرف فيه وذلك لوجه الله تعالى من أجل تحصيل الثواب في الآخرة، إلا أنه من ناحية ثانية يكون فيه حق من حقوق العباد⁴، إذ أن من أركان الوقف الموقوف عليه الذي يستفيد من ريع الوقف وغلاته، لذلك كثيرا ما تحصل المنازعة في أصل وقف مال من عدمه، فالبحث في موضوع إثبات الأوقاف هو بحث في قضية من قضايا الواقع التي تعرض على القضاء في مختلف الدول العربية والإسلامية، وذلك بشكل مستمر إن لم نقل متصاعد .

وبناء على ذلك تعد مسألة معرفة الطرق الشرعية التي تبناها الفقه الإسلامي، والطرق القانونية في التشريعات المقارنة من أجل إثبات الأملاك الوقفية، ومسار الإثبات فيها من أهم المسائل التي يتجسد من خلالها حماية الأوقاف، وذلك لأن ما لا دليل عليه يكون هو والعدم سواء، فمن طرق إثبات الأوقاف ما قد يكون هيا مسبقا من أجل إثباتها ويُعبر عنها " بأدلة الإثبات المهيأة " ومنها ما يتم إعداده بعد ثوران النزاع بشأن الوقف وتسمى " بأدلة الإثبات غير المهيأة "، وسنتناول كل منها بالدراسة في مطلب مستقل .

المطلب الأول: إثبات الأوقاف بالأدلة المهيأة

يقصد بطرق الإثبات المهيأة تلك الطرق أو الأدلة التي أعدها صاحب الشأن مقدما لإثبات حقه عند المنازعة فيه⁵، وهذه الطرق تتحصر في الكتابة التي تعد مقدما من أجل إثبات تصرف قانوني كعقد الوقف، كما أن شهادة الشهود تكون دليلا مهيأ لإثبات الأوقاف إذا أعدها الواقف أو تطلبها القانون للإثبات، وذلك وقت إنشاء الوقف وقبل أن تثور أي منازعة بشأنه .

¹ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص 111.

² عبد العزيز سعد، الواضح في شرح القانون المدني (الإثبات في المواد المدنية والتجارية)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2009، ص 8 .

³ حقوق الله تعالى: هي الحقوق التي يقصد بها التقرب إلى الله تعالى أو يقصد بها حماية المجتمع من غير اختصاص بأحد، مثل الصلاة، الصيام، وحرمان القاتل من الميراث، وعقوبة السرقة... ، ينظر: محمد نجيب عوضين المغربي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، سنة 2005 ص 481.

⁴ حقوق العباد: هي الحقوق التي تعلق بها مصلحة خاصة بصاحبها ، وهذا النوع من الحقوق يتناول كل ما شرع لمصلحة دنيوية خاصة بالفرد دون الجماعة كالحق في الدية وضمان المتلفات وحق الشفعة ... ، ينظر: محمد نجيب عوضين المغربي، مرجع سابق ص 490 .

⁵ عبد العزيز سعد، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 41 - 42 .

الفرع الأول: إثبات الأوقاف بالكتابة

في الشريعة الإسلامية تعد الكتابة وسيلة لحفظ الحقوق وحمايتها، وقد دل عليها قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ... " ¹.

ولقد قال القرطبي في تفسير هذه الآية " فاكْتُبوه " فيه إشارة ظاهرة إلى أنه يكتب بجميع صفته الظاهرة المبينة له المعرفة عنه الاختلاف المتوهم بين المتعاملين، ومعرفة الحاكم ما يحكم به عند ارتفاعها إليه "، وقد نبه تعالى في هذه الآية على أهمية الكتابة بقوله: "ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا"، حيث نسب سبحانه الكتابة إلى العدالة وجعلها وثيقة يرجع إليها عند الشك والتنازع.² وقال ابن كثير: وقوله تعالى: "ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ" أي أعدل، وقوله: "وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ" أي أثبت للشاهد إذا وضع خطه ثم رآه تذكر به الشهادة، لاحتمال أنه لو لم يكتبه أن ينساه، كما هو الواقع غالباً، وقوله تعالى: "وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا" أي وأقرب إلى عدم الريبة، بل ترجعون عند التنازع إلى الكتاب الذي كتبتموه فيفصل بينكم بلا ريبة.³

فلكتابته أهمية بالغة في توثيق المعاملات في الشريعة الإسلامية لما تبثه من ثقة بين المتعاملين، ولما تؤديه من دور في قطع أسباب الخصومات، وتنظيم معاملات الأفراد داخل المجتمع، ولأن الله سبحانه وتعالى أراد بهذا التوثيق للحقوق قطع أسباب الفوضى، لكي لا يتساهل المسلمون في أمر كتابة الحقوق وتوثيقها ثم يلجؤون بعد ذلك إلى المنازعات التي بالضرورة تؤدي إلى التشاحن والبغضاء بين الناس.

لذلك كان يلجأ المسلمون عند إنشاء أوقافهم إلى ما يسمى في الفقه الإسلامي بـ "الوقفيات"، والتي تعني كتاب الوقف أو الصك الذي يكتب فيه الواقف عقد وقفه ويبين فيه المال الموقوف، وعلى الأخص إذا تمثل في عقار، يبين حدوده والجهة الموقوف عليها والشروط التي يتضمنها وقفه سواء في مصارف الغلة وإدارة الوقف أي التولية عليه، وبالجملة تعتبر الوقفية: هي الصك الذي تدون فيه عقارات الوقف وعقده وإرادة الواقف فيه استحقاقاً وتولية.⁴

أما من الناحية القانونية فأهمية الإثبات بالكتابة ليست بخافية، حيث تظهر الفائدة العملية للدليل الكتابي بصفة أساسية من جانب ما توفره للخصوم في الدعاوى القضائية من ضمانات ذات أهمية بالغت وذلك لأن المحتوى الذي يشتمل عليه الدليل الكتابي يشكل انعكاساً صحيحاً بالدرجة الأولى للحقوق

¹ سورة البقرة، الآية 282 .

² الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، مرجع سابق، ج3، ص 383 .

³ تفسير القرآن العظيم، لابن كثير، مرجع سابق، ج 1، ص 349 .

⁴ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص126

القائمة فعلا بين الأطراف المتخاصمة ساعة إبرام العقد أو التصرف القانوني، ومن ناحية ثانية يعد الدليل الكتابي أقل تعرضا لتأثر عامل الزمن حيث قد يؤدي ضعف ذاكرة الإنسان إلى نسيانه، ولذلك فليس من المناسب أن تترك العلاقات الهامة في الحياة اليومية خاضعة للذاكرة الإنسانية التي قد تصدق ولكنها تخيب الظن في كثير من الأحيان.¹ فالدليل الكتابي في الوقت الحاضر لم يعد موضع شك من أحد، حتى وإن كان هذا الدليل قد يتعرض للتزوير، إلا أنه في ساحة القضاء يكون لدى القاضي من الإمكانيات ما توفر له الوسائل الكفيلة لمعرفة المحررات المزورة وتمييزها عن غيرها، هذه القواعد تساعد القاضي من توفير الضمانات اللازمة والمثبتة عن طريق الدليل الكتابي وصولا إلى إعطاء كل ذي حق حقه، حيث يعتبر الفقه القانوني الكتابة هي أهم طرق الإثبات وهو دليل يعد مقدما عند قيام التصرف القانوني .

ويمكن حصر المحررات التي تصلح كدليل كتابي لإثبات التصرف المنشئ للوقف في أربعة أنواع هي: العقد التوثيقي، والعقد العرفي، والعقد الإداري، والعقد الشرعي.

أولاً: العقد التوثيقي

في الفترة الاستعمارية لم يكن الجزائريون يقبلون على توثيق أوقافهم لدى مصالح المحتل الفرنسي، وذلك حرصا منهم على حمايتها من الغصب من طرف المستعمر الذي كان يعمل على تحطيم الثوابت الدينية لدى الشعب الجزائري، حيث كان الوقف يمثل أحد هذه المعالم للحضارة الإسلامية في الجزائر، هذا فضلا على أن أحكام الشريعة الإسلامية لا توجب توثيق عقود الوقف حتى تكون صحيحة .

وفي ظل قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم إذا كان الوقف واردا على عقار فيجب توثيقه لدى الموثق المختص تطبيقا لنص المادة 41 منه التي انطوت على أنه: " يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك، وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف" ، وذلك تماشيا مع مقتضيات المادة 324 مكرر 1 ق م ج ، التي تلزم الأفراد بضرورة توثيق العقود التي ترتب حقوقا على العقار بإخضاعها للرسمية، والعقد الرسمي حسب المادة 324 ق م ج هو العقد الذي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، طبقا للأشكال القانونية، وذلك في حدود سلطته واختصاصه .

غير أنه من الملاحظ أن المادة 41 من قانون الأوقاف، لم تخص بالتوثيق فقط الأوقاف التي يكون محلها عقارا بل جاءت من الاتساع لتشمل كل الأوقاف أيا كان محلها سواء عقارا أو منقولاً أو منفعة، وفي تقدير الباحث أن المشرع الجزائري لم يكن دقيقا في التعبير على مراده من أن الأوقاف التي يجب أن توثق هي الأوقاف العقارية فحسب، والدليل على ذلك هو ما أورده في المادة 12 من قانون

¹ بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 1988، ص 17 .

الأوقاف، من أن صيغة الوقف تكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، لذلك يكون مفهوم المادة 14 متعلقا بوقف العقارات دون المنقولات أو المنافع، وإنما أورد المشرع هذا الحكم لأن الأصل والشائع في الأوقاف أن تكون على العقارات.

وبعد كتابة العقد يقوم الموثق بتسجيله لدى المصالح المكلفة المختصة إقليميا، وهذا تطبيقا لنص المادة 41 من قانون الأوقاف التي ورد فيها: "... وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري..."، ومن ضمن عملية التسجيل - في عموم العقود الواردة على العقارات - العملية الجبائية التي يقوم بها الموثق لحساب الخزينة العمومية نيابة عن زبائنه، فيحصل منهم رسوم التسجيل والطابع ليودعها لدى صندوق قابض الضرائب المختص إقليميا، وهذا ما انطوت عليه المادة 1/40 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق¹، حيث نصت على أنه: "يقوم الموثق بتحصيل كل الحقوق والرسوم لحساب الخزينة العمومية من طرف الملزمين بتسديدها بمناسبة تحرير العقود، ويدفع مباشرة لقباضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بفعل الضريبة، ويخضع في ذلك لمراقبة المصالح المختصة للدولة، وفقا للتشريع به".

غير أنه فيما يتعلق بالأوقاف العامة (الخيرية) نجد أن المشرع الجزائري جعلها معفاة من دفع أي رسوم للتسجيل، أي جعلها تُسجل مجانا، وذلك بمقتضى المادة 44 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، التي تنص على أنه: "تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى، لكونها عملا من أعمال البر والخير"، ويلاحظ على هذه المادة أنها قد خصت بهذا الإعفاء الأوقاف العامة دون الأوقاف الخاصة، وقد علل المشرع هذا المسلك بالطابع الخيري الذي تؤديه هذه الأوقاف، باعتبار أنها حُبت على جهات خيرية وخصص ريعها للمساهمة في سبل الخيرات، والهدف من هذا الإعفاء يتمثل في تشجيع أفراد المجتمع على إنشاء الأوقاف الخيرية، ولم يجعل المشرع هذا الإعفاء من رسوم التسجيل يمتد إلى الوقف الخاص، لأن الاستفادة منه مقصورة على أشخاص محددين في العقد.

وبعد تسجيل الوقف العقاري أوجب المشرع الجزائري ضرورة إتباع الإجراءات المتعلقة بالإشهار على غرار كل التصرفات العينية الواردة على العقارات، حيث يهدف الإشهار إلى إعلام الغير بما ورد على العقار من تصرفات، فلا يكون العقد الوارد على العقار نافذا فيما بين الأطراف، ولا في مواجهة الغير إلا من تاريخ شهره، تطبيقا لأحكام المادة 793 ق م ج التي تقضي بأنه: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقارات"، وبناء على ذلك يقوم الموثق بإعداد نسخة للإشهار مطابقة للأصل مع إضافة المعلومات الخاصة بتسجيله ويحرره على نموذج خاص

¹ الجريدة الرسمية، عدد 14، لسنة 2006، المؤرخة في 8 مارس 2006م.

بإدارة الشهر، ويرسل إلى المحافظ العقاري الذي يتواجد العقار الموقوف بدائرة اختصاصهم أجل شهره مما يضيفي على الملك الوقفي حجية ويحميه من الاستيلاء والتعدي .

ولقد ألزم المشرع الجزائري المصالح المكلفة بالشهر العقاري بإرسال نسخة من عقد الوقف المشهر إلى الهيئة الوصية على الأوقاف، إعمالاً للمادة 14 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، وذلك من أجل حفظ هذه العقود والاحتجاج بها عند الحاجة بحسبانها دليلاً مهياً لإثبات الملك الوقفي المعدة بشأنه، فمديرية الشؤون الدينية والأوقاف الواقع بدائرة اختصاصها الملك الوقفي هي المشرفة على حمايته. وفي ظل القانون المقارن نجد أن الانتقاد الذي وجهه الباحث للمشرع الجزائري، حيث أنه لم يفرق بين وقف العقارات والمنقولات في إخضاعها جميعاً لإجراءات التوثيق قد تفاداه المشرع الأردني، حيث نصت المادة 3/1273 من القانون المدني الأردني - أنف الذكر - على أنه: "...ويلزم تطبيقاً للقانون التسجيل في دائرة تسجيل الأراضي إذا كان الموقوف عقاراً"، فمن خلال هذا النص يتضح أن المشرع الأردني لم يُسوي بين المنقولات والعقارات كمحل للوقف حيث اشترط إجراءات التوثيق والتسجيل إذا كان محل الوقف عقاراً وليس منقولاً .

فعقد الوقف الموثق تكون له حجة قوية في إثبات الوقف، فقد نصت المادة 324 مكرر 5 من ق م ج على أنه: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني"، فانطلاقاً من هذه المادة يكون عقد الوقف الموثق رسمياً له حجية ثبوتية، لأنه يساهم في تكوينه صاحب الشأن وهو الواقف بمحض إرادته، حيث يدلي بالبيانات والوثائق الخاصة بجعل ماله الخاص وقفاً، كما يساهم فيه الموثق وهو مختص قانوناً بإبرام العقود التوثيقية فيحررها ويضيفي عليها الصفة الرسمية .

ثانياً: العقد العرفي

يقصد بالمحركات أو الأوراق العرفية هي تلك التي تصدر من ذوي الشأن ويثبت بها واقعة قانونية وموقعة من الشخص الذي يحتج بها عليه بإمضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه.¹

والعقود العرفية المتضمنة الأوقاف اعتبرها المشرع الجزائري وسيلة من وسائل إثباتها، فقد نصت المادة 35 من قانون الأوقاف الجزائري رقم 10/91 على أنه: "يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية"، فلا شك أن الكثير من الأوقاف في الجزائر وفي العديد من الدول العربية والإسلامية قد أنشأها أصحابها بمحركات عرفية² وفي بعض الأحيان أنشئت من غير محركات، لذلك نجد أن جانباً من المشرعين في القانون المقارن - في مادة الوقف - يذهبون إلى تبني مذهب تيسير وسائل إثبات الأوقاف،

¹ عبد العزيز سعد، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 66 .

² وقد عرف الفقه الإسلامي عدة تسميات للعقد الوقفي منها: حجية الوقف، وثيقة الوقف، صك الوقف، عقد الحبس ...، ينظر: عيسى بوراس، توثيق الوقف العقاري في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، جمعية التراث، غرداية، الجزائر، ط1، سنة 2012م، ص122 .

وفي هذا الصدد نص المشرع القطري في القانون رقم 8 لسنة 1996 بشأن الوقف المعدل والمتمم - آنف الذكر - في نص المادة 6 منه في فقرتها الثانية على أنه: "يثبت الوقف بجميع وسائل الإثبات الشرعية"، وفي ذات الصدد انطوت مدونة الأوقاف المغربية الصادرة سنة 2010م - آنفة الذكر - في المادة 48 منها على أنه: "يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات".

وبناء على هذه النصوص القانونية لبعض المشرعين بشأن تيسير إثبات الأوقاف، يكون العقد أو المحررات العرفية طريقة من طرق إثباتها، حيث تتضمن هذه العقود وقفا أو إثبات استحقاق وقفي أو شرط من شروط الواقف، وكلها تدل على وقفية العين.

وفي النظام القانوني الجزائري لا يثير العقد العرفي أي إشكال في إثبات الأوقاف إذا كان محلها منقولاً أو منفعة غير أنه إذا تعلق محل الوقف بعقار فإنه يجب علينا أن نفرق بشأنه بين ما إذا كان العقد العرفي للوقف قد حُرر قبل 1971/01/01 وهو تاريخ سريان قانون التوثيق الصادر بمقتضى الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المعدل بالقانون رقم 27/88 المؤرخ في 1988/07/13¹، فإن هذه العقود الوقفية العرفية تعتبر صحيحة² مع إمكانية إيداعها لدى المحافظة العقارية لإشهارها تطبيقاً للمادة 89 من المرسوم 76/63 المؤرخ في 1976/03/26 المتعلق بتأسيس السجل العقاري³ المعدل والمتمم بموجب المرسوم 132/93 المؤرخ في 1993/05/19⁴. وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2006/04/12 الذي جاء فيه: "العقود المحررة قبل صدور قانون التوثيق (الأمر رقم 91/70) الثابتة التاريخ وغير المشهورة صحيحة ومنتجة لآثارها"⁵.

أما بخصوص العقود العرفية المحررة بعد 1971/01/01، فإن القاعدة العامة تقضي ببطلان العقود العرفية المتضمنة نقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية بموجب قانون التوثيق والمادة 324 مكرر 1 من ق م ج، غير أنه بالنسبة لعقود الوقف العرفية فقد ثار خلاف فقهي حول بطلانها من عدمه غير أن المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في 16 / 11 / 1999 قد قضت بأنه: " من المستقر عليه أن الحبس لا يخضع للرسمية لأنه من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها شرعاً، ومتى تبين - في قضية الحال - أن عقد الحبس العرفي الذي أقامه المحبس سنة 1973 طبقاً

¹ وقد تم إلغاء هذا القانون بمقتضى القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، عدد 14، المؤرخة في 8 مارس 2006م.

² حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 84 .

³ الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 30 لسنة 1976.

⁴ الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 38 لسنة 1993 .

⁵ مجلة المحكمة العليا، 2006، ص 435 .

للمذهب الحنفي، فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحبس المذكور على اعتبار أنه لم يفرغ في الشكل الرسمي فإنهم أخطئوا في قضائهم وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني".¹

وقد ذهب بعض الباحثين في مجال الأوقاف² إلى القول بأن هذا القرار من المحكمة العليا جاء مخالفا لروح نص المادة 12 من قانون التوثيق والتي تشترط الكتابة الرسمية في سائر المعاملات العقارية مهما كان نوعها أو طبيعتها وذلك تحت طائلة البطلان المطلق الذي يقضي به القاضي من تلقاء نفسه، إذ القاعدة المقررة في هذا الشأن أنه لا اجتهاد مع صراحة النص.

ويشمن الباحث ما ذهبت إليه غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا، إذ كان اجتهادها ينصرف إلى عدم إخضاع الوقف المنصب على عقار لركن الشكلية، وقد أسست موقفها على كونه عملاً من أعمال البر والخير لذلك لا يشترط فيه الرسمية، فهذا الموقف يعد متماشياً مع ما جاء في قانون الأوقاف ذاته بشأن الإثبات حيث أن المادة 35 من القانون رقم 91/10 المعدل والمتمم انطوت على أنه: "يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية" وهذا من أجل تيسير إثبات الأوقاف بحسبانها عمل من أعمال البر والخير، ومن ناحية ثانية فإن المشرع الجزائري قد اشترط الرسمية في العقود الناقلة لملكية عقار أو التي ترتب حقوقاً عينية على عقار، بينما يعد الوقف إسقاطاً لملكية الواقف وليس نقلاً للملكية، فقد نصت المادة 5 من القانون 91/10 المعدل والمتمم على أنه: "الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف"، لذلك يكون غرض المشرع من إخضاعه للكتابة الرسمية في نص المادة 41 من ذات القانون أن تكون هذه الرسمية للإثبات لا للانعقاد، فلا تعد ركناً من أركان عقد الوقف، وفي هذا الإطار يجب فهم قرار غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا - أنف الذكر - الذي لم يشترط الرسمية لانعقاد الوقف صحيحاً.

غير أنه ينبغي ملاحظة أن هذا الفهم والتحليل لموقف المحكمة العليا من مسألة رسمية عقد الوقف المنصب على عقار لا يعني أن العقد العرفي للوقف يعتبر في قوة إثبات العقد الرسمي، ولكنه مع ذلك في ضوء المادة 35 من قانون الأوقاف يعد سنداً لإثباتها، وهذا ما لم يتناف ويتعارض مع دليل أو إثبات أقوى منه، وهو ما يمكن أن يفهم أيضاً من مقتضيات المادة 4 من قانون الأوقاف 91/10 المعدل والمتمم التي انطوت على أنه: "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة يثبت وفقاً للإجراءات المعمول بها، مع مراعاة أحكام المادة 2 المذكورة أعلاه"، والمادة الثانية الواجب مراعاتها في إثبات الأوقاف أوجبت بدورها الرجوع على أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه، وإثبات الأوقاف بالعقود العرفية حتى ولو كانت منصبة على عقارات يوافق روح الشريعة الإسلامية لأنه ييسر عمل البر والخير، ويسهل عملية إثباتها.

¹ قرار غرفة الأحوال الشخصية والموارث للمحكمة العليا الجزائرية رقم 234655، المؤرخ في 16/11/1999، ينظر:

مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص 314 .

² حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 85 .

ثالثا: العقد الإداري

وهو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، ويتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص ويخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام، وهذا العقد شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، فهو توافق إرادتين بإيجاب وقبول من أجل إنشاء التزامات تعاقدية قائمة على التراضي بين طرفين أحدهما هو الدولة أو شخص من أشخاص القانون العام، غير أنه يتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها فيه المتعاقد معها، وذلك قصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة، كما أنه يعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام ووسائله.¹

فمن أجل تصرف الإدارة في أملاكها للغير تلجأ إلى طريق التعاقد، حيث تبرم عقودا إدارية مختلفة، ومن أمثلة ذلك في التشريع الجزائري العقود الإدارية للتنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للجماعات المحلية ومكاتب الترقية والتسيير العقاري والمؤسسات والأجهزة العمومية، والعقود الإدارية المتضمنة بيع عقارات في إطار تسوية وضعية البناءات اللاشعرية.²

فالدولة ومجموعاتها المحلية تملك رصيذا عقاريا مثلها في ذلك مثل الأفراد، بل يمكن القول أنها تعد أكبر مالك للعقارات، والمشرع خول لها التصرف في هذه العقارات التي تدخل تحت ملكيتها ضمن الأطر القانونية المنظمة لهذه العملية، ومن بين ما تسعى الدولة إلى توفيره هو أماكن العبادة المتمثلة في المساجد، كما تسعى الدولة إلى توفير مدارس التعليم القرآني، وذلك من أجل تأدية شعائر الدين الإسلامي، ولذلك تخصص الدولة قطع أرضية من أجل تشييد وإنجاز هذه المشاريع الدينية .

فالتخصيص: هو عملية تقتضيها مصلحة المرفق العام وتتمثل في أن تضع مصلحة عامة عقارا أو منقولا تحت تصرف مصلحة عامة أخرى، من أجل تمكينها من أداء مهامها النظامية.³

والتخصيص مصطلح قانوني يقابله في اصطلاح الفقه الإسلامي الإرساد والذي يقصد به تخصيص الحاكم أو الإمام غلة بعض أراضي بيت المال لبعض مصارفه، مثل أن يجعل الحاكم غلة بعض الأصول العقارية أو المباني الحكومية أو المزارع التابعة لبيت المال على مصالح عامة كالمساجد أو من راتبه على الدولة كالأئمة والمؤذنين، وهو جائز شرعا بحكم الولاية العامة للسلطان (ولي الأمر العام) فله الصلاحية الشرعية بوقف أي جزء من أملاك الدولة على أفراد أو مؤسسات.

¹ أعمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، سنة 2002، ج2، ص194.

² حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، ط6، سنة 2006م، ص 44 .

³ أعمار يحيوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هومة، الجزائر، سنة 2004، ص121 .

فقد نص الفقهاء على أن لولي الأمر أن يرصد أرضاً أو عقاراً من بيت المال على جهة عامة كمسجد أو مدرسة أو مستشفى أو ملجأ أو ساقية أو مقبرة وذلك لينتفع بها من يستحق من بيت المال كالعلماء والمدرسين والقضاة والعزاة والطلاب وغيرهم.¹

فقد تقوم الدولة بتخصيص قطع أرضية من بيت المال أو ما يسمى حالياً بأمولاك الدولة، لأجل بناء مسجد أو مدرسة قرآنية أو مقبرة أو غير ذلك من المشاريع الدينية، وبناء على ذلك أخذ المشرع الجزائري بالتخصيص، وجعله وسيلة من الوسائل التي تساهم في تكوين الأوقاف العامة، فقد انطوت المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 81/91 المؤرخ في 23/04/1991 المتعلق ببناء المسجد وتنظيمه وتحديد وظيفته المعدل والمتمم²، على أنه: "يجب تخصيص مساحات لبناء المساجد في كل مخطط عمراني تضعه الدولة أو الجماعات المحلية لكل تجمع سكاني جديد على أن تدفع قيمة المساحة بالدينار الرمزي".

فالمشرع الجزائري قد أخذ بالتخصيص (الإرصاد لدى الفقه الإسلامي) كوسيلة لإنشاء الأوقاف العامة المصونة، وتأكيداً لما ورد في المرسوم المتعلق ببناء المسجد المذكور أعلاه، أورد المشرع الجزائري نصاً آخر يفيد التخصيص والإرصاد ضمن نصوص قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم، حيث نصت المادة 43 منه على أنه: "تستفيد السلطة المكلفة بالأوقاف من دفع الثمن بالدينار الرمزي للقطع الأرضية التي تشيد فوقها المساجد، إذا كانت هذه القطع من الأملاك الوطنية"، فالمشرع الجزائري بشأن هذه التخصيصات أوجب دفع دينار رمزي وهي قيمة تجارية، وبذلك يكون التخصيص نهائياً .

وبعد إتمام بناء المسجد أو المدرسة القرآنية أو المشروع الديني من قبل الجهة المكلفة ببنائه سواء كانت الدولة أو الجمعيات الدينية أو أحد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، يدمج البناء ضمن الأوقاف العامة وهذا ما تضمنته المادة 9 من المرسوم التنفيذي 81/91 المتعلق ببناء المساجد المعدل والمتمم، وهذا بالنسبة لمشروع بناء المسجد، حيث انطوت على أنه: "يتم دمج المسجد وما يلحق به من مرافق بمجرد الانتهاء من بنائه في الأملاك الوقفية العامة"، أما بالنسبة لتسوية وضعية المشروع الديني فتتم بموجب عقد ناقل للملكية تحرره مصالح أملاك الدولة بصفتها الهيئة المالكة، بعد دفع الدينار الرمزي ويخضع العقد للتسجيل والإشهار مع إعفائه من مختلف الرسوم، ويكون تسجيله باسم الوقف العام في السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية .

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام تسوية وضعية الأراضي المخصصة للمساجد والمشاريع الدينية بموجب أحكام المادتين 03 و 04 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها - أنف الذكر- فقد بينت المادة الثالثة منه على أنه تسوى ضمن الأوقاف العامة

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 6، ص 67 .

² المعدل والمتمم بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 377/13 المؤرخ في 9/11/2013.

كل وضعية أرض وقف خصصت لبناء المساجد أو المشاريع الدينية وملحقاتها طبقاً لأحكام المادتين 08 و43 من قانون الأوقاف الجزائري رقم 10/91 المعدل والمتمم، كما تتم حسب نص المادة الرابعة من ذات المرسوم عملية التسوية بنقل ملكية هذه الأراضي بمقابل مبلغ رمزي يخضم من حساب الأوقاف العامة لفائدة مديرية أملاك الدولة.

وفي التشريع المقارن نص المشرع القطري على إمكانية تخصيص أو رصد أراضي من قبل الدولة من أجل أن تكون وقفاً، وذلك ضمن نصوص القانون رقم 8 لسنة 1996 بشأن الوقف المعدل والمتمم - أنف الذكر - حيث انطوت المادة 19 منه على أنه: "تعتبر الأراضي المخصصة من الدولة لصلاة العيد ودفن الموتى، وفقاً لله تعالى، تسري عليها أحكام الوقف الشرعي".

فمن استقراء هذا النص نجد أن المشرع الوقفي القطري قد أخذ بنظام وقف الإرصاء، ذلك أن الدولة تخصص أراضي من أجل أن تقام فيها شعائر الدين الإسلامي والتي من بينها إقامة صلاة العيدين (عيد الفطر وعيد الأضحى) فهذه الأراضي تعتبر من جملة الأوقاف العامة في دولة قطر، وذات الحكم ينسحب على الأراضي التي تخصصها الدولة لكي تكون مقابر من أجل أن يدفن فيها الموتى فهي تعد كذلك وقفاً عاماً، وذلك لأن كل الأراضي المخصصة من الدولة لصلاة العيد أو من أجل دفن الموتى يستفيد منها جميع الأفراد فهي موقوفة على جهة عامة .

والملاحظ على المادة 19 من قانون الأوقاف القطري - سالف الذكر - أنها اقتصررت في تخصيصها للأراضي من الدولة كي تكون وقفاً عاماً على نوعين من الأغراض فقط، وهي صلاة العيدين و دفن الموتى، ولم تتطرق للحالة التي تخصص فيها الدولة أرض معينة من أجل أن تكون مسجداً تقام فيها جميع الصلوات، ويمكن تفسير ذلك بأن المشرع القطري قد نص في المادة 17 من ذات القانون على أنه: "تعتبر المساجد أرضاً وبناء، كيفما كانت الجهة التي شيدها وفقاً لله تعالى متى فتحت وأقيمت فيها الصلاة للكافة، وتدخل في حكمها المرافق المخصصة لخدمتها".

وبناء على ذلك إذا خصصت الدولة في قطر أرضاً من أجل أن تكون مسجداً لتقام فيه الصلوات كان هذا المسجد وقفاً عاماً ينتفع به جميع المسلمين بإقامة الصلاة فيه، فالوثائق التي بمقتضاها تخصص الدولة أرضاً معينة لتكون مسجداً تعد وسيلة إثبات لهذا الوقف العام.

بل أن المشرع القطري يذهب إلى أبعد من ذلك في إثبات الوقف العام عندما يتعلق بالمسجد فقد نصت المادة 18 من قانون الأوقاف القطري - أنف الذكر - على أنه: "إذا أقيم مسجد على أرض مملوكة للغير، برضى مالكها صراحة أو ضمناً وفتح للكافة، صارت الأرض وقفاً بالضرورة"، فالمساجد في القانون القطري، وفقاً لهذا النص يسهل إثبات أنها وقفاً، وذلك فقط من خلال إثبات أنها فتحت بالفعل من أجل إقامة الصلاة فيها للعامة، ويستوي الأمر في ذلك أن تكون مخصصة من الدولة أو كانت ملكاً للغير، شريطة أن تكون موافقة هذا الغير على تشييد المسجد على الأرض المملوكة له موافقة صريحة أو ضمنية .

وفي التشريع المغربي، لم تتضمن مدونة الأوقاف الصادرة سنة 2010 نصا بخصوص إثبات الأوقاف عن طريق العقد الإداري بتخصيص الدولة أراض لتكون أوقافا عامة، غير أن تضمن وسيلة أخرى إدارية تتمثل في وثيقة مسلمة من طرف ناظر الأوقاف من خلالها يمكن إثبات أن أرضا معينة لا تقع تحت جملة الأراضي الموقوفة، حيث تنص المادة 18 من المرسوم رقم 2.08.378 الصادر في 28 أكتوبر 2008 بتطبيق أحكام القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة الصادر بتنفيذ الظهير الشريف 1.6.56 بتاريخ 14 فبراير 2006 على أنه: "يتعين على العدل عند تلقي الشهادات مراعاة الشروط المقررة وكذا استحضار المستندات اللازمة. وإذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ وحب على العدل التأكد بواسطة شهادة إدارية صادرة عن السلطة المحلية من كونه ليس جماعيا أو حيسيا وليس من أملاك الدولة".

وهذا يعني أنه يتعين على العدل وقبل تلقي الشهادة من طرف الشهود بخصوص عقار غير محفظ (أي غير مسجل لدى مصالح السجل العقاري) التأكد بواسطة شهادة إدارية صادرة عن ممثل السلطة المحلية (القائد) تثبت أن العقار ليس جماعيا أو حيسيا وليس من أملاك الدولة، والهدف من هذا الإجراء هو حماية الأملاك الجماعية والأملاك الوقفية وأملاك الدولة من التصرفات غير المشروعة، وذلك بوجود تأكد العدل قبل تلقيه أي شهادة متعلقة بعقار غير محفظ، أن يكون العقار موضوع الشهادة المطلوبة ليس ملكا من الأملاك المشار إليها¹.

وبناء على ما تقدم تعتبر الشهادة الإدارية المسلمة من طرف ناظر الأوقاف بنفي الصفة الوقفية عن ملك معين من حيث الشكل حجة رسمية تأخذ حكم الوثيقة الرسمية الصادرة عن موظف عمومي مختص، وكذا حجة رسمية على تاريخها وتوقيعها ولا يمكن الطعن فيها من حيث الشكل إلا بالتزوير .

رابعاً: العقد الشرعي

أثناء فترة الاستعمار الفرنسي للجزائر كانت بعض العقود تحرر من قبل القاضي الشرعي ومن بينها العقود المتعلقة بالأوقاف، فهذه العقود تكتسي قوة ثبوتية² وهو ما قرره المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها مؤرخ في 1989/06/03 جاء فيه: " من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسي نفس الطابع الرسمي الذي تكتسيه العقود المحررة من طرف الأعوان العموميين وتعد عنوانا على صحة ما يفرغ فيها من اتفاقات وما تنص عليه من تواريخ بحيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير أو معاكس لفحواها"³.

¹ أشرف جنوي، استثناء الأوقاف العامة من الأثر التطهيري للرسم العقاري، مقال ضمن سلسلة دراسات وأبحاث الأملاك الوقفية، جمع وتنسيق زكرياء العماري، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، المملكة المغربية، سنة 2014، ص 193.

² حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 84.

³ قرار المحكمة العليا الجزائرية، رقم 40097 المؤرخ في 1989/06/03، ينظر: المجلة القضائية لسنة 1992، العدد الأول، ص 119.

فالمحاكم الشرعية كان يشرف عليها القاضي الشرعي أو ما كان يطلق عليه باشا عدل، يتلقى العقود باللغة العربية في دفاتر تقيدها فيها كافة العقود، ثم تقدم إلى مصالح التسجيل والطابع للتأشير عليها قصد تحصيل رسوم التسجيل، وكانت أغلب عقود المحاكم الشرعية تنصب على القطع الأرضية أو البنايات المتواجدة في الوسط الريفي، حيث كانت الملكية العقارية تخضع لقواعد وأحكام الشريعة الإسلامية، أما في الوسط الحضري فإنها كانت محتكرة للمستعمر الفرنسي، فليس للقضاة الشرعيين صلاحيات تحرير العقود التي تنصب على العقارات لخضوعها للقانون المدني الفرنسي في تلك الحقبة من تاريخ الجزائر المحتلة، ومع ذلك فإن العقود المتعلقة بالأحوال الشخصية والأوقاف كان يختص بتحريرها القضاة الشرعيون.¹

ولذلك فعقود الأوقاف التي حررها القضاة الشرعيون في تلك الفترات تعد حجة في إثبات الملك الوفي، فقد كان غالبا ما تحتوي هذه العقود على سبعة عناصر تتمثل في: 1 - المقدمة أو الاستهلال، 2 - التوثيق، 3 - الشهود، 4 - صيغة الوقف، 5 - أغراض الوقف ومصارفه، 6 - شروط الواقف، 7 - الخاتمة.

فالمقدمة هي عبارة عن تمهيد يتضمن بالبسملة و حمد الله سبحانه وتعالى والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم، كما تتضمن ذكر بعض الآيات من القرآن الكريم وبعض الأحاديث من السنة النبوية المطهرة التي تدل على عمل الخير والبر، كما تتضمن أمثلة من الأسوة الحسنة في الأوقاف بدءا بأوقاف الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة والتابعين، وعزم الواقف على الاقتداء بهم من أجل تحصيل الأجر في الدنيا والآخرة، وعنصر المقدمة كان يُعد من العناصر الضرورية في الحجج الوقفية، لما يتضمن من مشروعيتها، غير أن دراسة هذا العنصر في العديد من حجج الأوقاف يظهر أن التمهيد فيها قد تغير الاهتمام به من فترة إلى أخرى، فقد قل الاهتمام بها حتى كادت تتلاشى في بعض الحجج الوقفية المعدة لدى مكاتب التوثيق في السنوات الأخيرة في عهد الاحتلال الفرنسي و بداية الاستقلال.

وأما التوثيق فكان الهدف الأساسي منه هو إثبات اسم القاضي الشرعي واسم الواقف وتاريخ تحرير الحجة واسم المحكمة الشرعية، وتتوسع بعض الحجج في المعلومات الخاصة باسم الواقف ونسبه وسنه²، وتظهر أهمية هذا التفصيل في حجج الأوقاف الأهلية (الخاصة) وذلك من أجل إثبات الأنساب وصلة الموقوف عليهم بالواقف.

وأما الشهود فهم الجماعة الذين حضروا واقعة تحرير الحجة الوقفية لغرض التعريف بالواقف، وإن كان حضور الشهود ليس شرطا في صحة الوقف إلا أن الاحتفاء بالواقعة والابتهاج بها، جعل من حضور الشهود عنصرا واردا في الكثير من الحجج الوقفية.

¹ حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، الجزائر، سنة 2005، ص 74 .

² عمر زهير حافظ، نماذج وقفية من القرن التاسع الهجري، بحث ضمن ندوة الوقف في الشريعة الإسلامية ومجالاته، الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 2002، ص 779 .

أما بخصوص صيغة الوقف فهي الدالة على تحديد الممتلكات الموقوفة وتعيينها وهي متعددة الألفاظ، مثل وقف وسبل وحبس وأخرج من ملكه وتصدق لله تعالى بما هو في ملكه... وغيرها، والممتلكات الموقوفة في صيغة الوقف قد تكون أعيانا كالعقارات والأراضي والمباني، والمنقولات وقد تتمثل في منافع، وتحتوي الحجج الوقفية على تفصيلات هامة ودقيقة للمال محل الوقف كمساحته وموقعه وحدوده إذا كان عقارا، وعدده ووصفه إذا تمثل في منقول، والملكية وكيف آلت للواقف بطريقة شرعية من غير اغتصاب أو سرقة أو غيرهما من الطرق غير الشرعية، كما تبين الصيغة عدم شغل المال الموقوف بديون أو حقوق الغير .

وأما أغراض الوقف ومصارفه، فتتضمن تحديد المنتفعين من الوقف أي الموقوف عليهم، وفي هذا الخصوص فإن هناك ثلاثة أنواع من الوقف، أولها الوقف الخيري أو العام، ثانيها الوقف الذي أو الخاص، وثالثها هو الوقف المشترك الذي يجمع بين الوقف العام والخاص.

أما بخصوص شروط الواقف فهي تأتي بعد ذكر الأغراض ومصارف الوقف وهي متعددة يمكن تقسيمها إلى ثلاثة مجموعات، الأولى تعرف بالشروط العشرة، وهي تتمثل في الإعطاء والحرمان والإدخال والإخراج والزيادة والنقصان والتغيير والتبديل والإبدال والاستبدال، والمجموعة الثانية تخص الشروط المتعلقة بالنظارة على الوقف والولاية عليه وهي محددة لإدارة أعيان الوقف وتسييره وتوزيع عوائده على المستحقين، كما تشمل الصفات التي يجب أن يتحلى بها الناظر وأجرته والشروط التي يجب أن يلتزم بها في تأجير أعيان الوقف ومدته، إلى غير ذلك من التفصيلات، والمجموعة الثالثة من الشروط تخص إجراءات صرف الغلة أو العائد وأولويات هذا الصرف.¹

وأخيرا يتضمن العقد الشرعي للوقف خاتمة والتي غالبا ما تُذكر بلزوم الوقف وتحذر من الاعتداء عليه أو انتهاك حرمة، مثل: فلا يحل لأحد يؤمن بالله واليوم الآخر، ويعلم أنه إلى ربه القوي صائر أن يغيره أو يبدله أو يسعى في إبطال شيء من منفعه، قال تعالى: " فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ " .²

كما تحتوي خاتمة الحجة الوقفية في العقد الشرعي على خاتم القاضي وتوقيع الواقف والشهود وتاريخ تحرير الحجة، ومحرم الصك وما يتعلق بذلك.³

تلك هي العناصر السبعة التي تحتويها حجج الأوقاف الشرعية، وهناك تفاوت من عقد لآخر من حيث الدقة في تحرير العقد، مرد ذلك إلى خبرة ومقدرة القاضي الشرعي الذي يقوم بهذه المهمة، وقد استقر قضاء المحكمة العليا في الجزائر وفق مقتضيات قرارها رقم 40097 - أنف الذكر - المؤرخ في

¹ مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص 166 .

² سورة البقرة، الآية 181 .

³ عمر زهير حافظ، مرجع سابق، ص 782 .

1989/06/03 على أن العقود المحررة من طرف القضاة الشرعيين والتي من بينها حجج وصكوك إنشاء الأوقاف تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتسيه العقود المحررة من طرف الأعوان العموميين، ولذلك تكون لها حجة في إثبات وجود الملك الوقفي .

الفرع الثاني: إثبات الأوقاف بشهادة الشهود

أولاً: إثبات الأوقاف بالشهادة (البينة) في الفقه الإسلامي:

البينة في التعريف اللغوي هي: القضية الواضحة الظاهرة، وفي اصطلاح الفقه الإسلامي هي: شهادة الشهود، وسميت بينة لأنها هي الحجة في الأصل عند فقهاء الشريعة الإسلامية فهي الحجة القوية، جاء في مجلة الأحكام العدلية: " البينة هي الحجة القوية "، كما جاء في شرحها: "لفظ الحجة جنس يشمل الشهادة، والإقرار، والنكول عن اليمين، ولفظ قوية بمثابة فصل تعريف، يخرج بذلك الإقرار، والنكول عن اليمين، واسم البينة الآخر هو الشهادة، وعرفت في المادة 1684 من ذات المجلة بأنها: "الإخبار بلفظ الشهادة يعني بقول أشهد، بإثبات حق أحد في ذمة الآخر في حضور الحاكم، ومواجهة الخصمين"، فكما يطلق على شهادة الشاهدين اللذين يقامان لإثبات الادعاء على هذا الوجه بينة، كذلك يطلق عليها حجة، إلا أن أسباب التسمية تختلف، فلكونها تشعر بصدق المدعي يطلق عليها بينة، ولكون المدعي بتلك الشهادة يتغلب على خصمه يطلق عليها حجة¹.

وعرف الجرجاني من الحنفية الشهادة بأنها: "إخبار عن عيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق لغير على آخر"، وأضاف: " فالإخبارات ثلاثة، إما بحق للغير على آخر، وهو الشهادة، أو بحق للمخبر على آخر، وهو الدعوى، أو بالعكس، وهو الإقرار².

فقوله "عن عيان" أي عما يقع تحت عينيه، أي الإخبار عما يتحقق منه، فيشمل ما وقع تحت أذنه من تعاقد وإقرار، وما يدركه بحواسه الأخرى كلمسه وشمه، وذوقه، وعموما هو الإخبار عما هو معلوم له علما قطعيا، وهذا القيد يخصص التعريف للشهادة الأصلية، أي شهادة البت والقطع، ويخرج الشهادة على الشهادة، وشهادة التسامع، لأن فيهما المخبر لا يخبر عما يقطع به، ولا عما يعاينه أو يطلع عليه اطلاعا مباشرا، ولكن عما يغلب على ظنه.

وقوله " بلفظ الشهادة " فهو تبيين للفظ الذي يجب به أداء الشهادة، عند من يشترط ذلك، حيث يذهب بعض الفقه الإسلامي إلى القول بأنه: " جرى على السنة الأمة سلفها وخلفها في أداء الشهادة "أشهد" مقتصرين عليه دون غيره من الألفاظ الدالة على تحقيق الشيء، كأعلم وأتقين، وهو موافق لألفاظ

¹ علي حيدر أمين أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، بيروت، لبنان، سنة 1991م، ج4، ص288.

² التعريفات، للجرجاني، مرجع سابق، ص 170.

الكتاب والسنة، فكان الإجماع على تعيين هذه اللفظة، ولعل سره أن الشهادة اسم من المشاهدة، وهي الاطلاع على الشيء عيانا، فاشتراط في الأداء ما ينبني على المشاهدة".¹

وفي حقيقة الأمر يجد الباحث أن مسألة ألفاظ الشهادة تعد مسألة خلافية بين فقهاء الشريعة الإسلامية، فإذا كان البعض منهم يقصرها على لفظ " أشهد " ، فإن جانبا آخر من الفقه يوسعها لتشمل ألفاظ أخرى تعبر عنها ومن بين هؤلاء الفقهاء ابن قيم الجوزية حيث يقول: "والجمهور لا يشترط في صحة الشهادة ذكر لفظ أشهد، بل متى قال الشاهد رأيت كيت وكيت، أو سمعت أو نحو ذلك، كانت شهادة منه، وليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم موضع واحد يدل على اشتراط لفظ الشهادة، ولا عن رجل واحد من الصحابة، ولا قياس، ولا استنباط يقتضيه، بل الأدلة المتضاربة من الكتاب والسنة وأقوال الصحابة ولغة العرب تنفي ذلك، وهذا مذهب مالك، وأبي حنيفة، وظاهر كلام أحمد،".² ومن هذا القول يتضح لنا أن ابن القيم يوسع من الألفاظ التي تقبل بها الشهادة، ويرجح الباحث هذا التوجه، حيث أن الاستدلالات التي استدلت بها ابن القيم كانت من القوة بمكان، فلم يرد لا في كتاب الله سبحانه وتعالى ولا في سنة رسوله ولا في عمل الصحابة رضي الله عنهم ما يقصر اللفظ الدال على الشهادة " بأشهد " ولذلك يقبل كل لفظ يفيدها، ولأن العبرة بالمعنى وليس باللفظ فقط .

ويقسم الفقه الإسلامي الشهادة إلى شهادة أصلية، وشهادة على الشهادة، وشهادة السماع :

1 - الشهادة الأصلية: ويسمى بها بعض الفقهاء شهادة القطع أو البت، أو الشهادة المباشرة، أو شهادة الأصل، ويذكر الفقهاء هذه التسميات لها عند مقارنتهم إياها بالشهادة على الشهادة، أو عند تعرضهم لما تجب به، أو لكيفية تحملها، وإنما لم يخصصوها بقسم مستقل لأنها هي مسمى الشهادة عند الإطلاق غالبا.

والشهادة المباشرة هي الأصل في الإثبات عند فقهاء الشريعة الإسلامية، بها تثبت جميع الحقوق، سواء كانت من حقوق الله تعالى، أو من حقوق العباد على اختلاف بين الحقوق في أقل عدد الشهود الواجب فيها، ولما كان الوقف من الحقوق المشتركة بين حق الله وحق العباد فإنه من الجائز أن يتم إثباته بالشهادة المباشرة، كأن يشهد شخص بأن شخصا آخر وقف مالا له معينا، ويسمى هذا المال محل الوقف .

2 - الشهادة على الشهادة: ويتضح من تسميتها أن الشاهد فيها لا يشهد بما عينه، أو وقعت تحت سمعه، أو حواسه، وإنما يشهد على ما وقع تحت معاينة غيره، فهو ناقل للشهادة، ولم أجد لها حدا فيما لدي من

¹ المصباح المنير، للفيومي، مرجع سابق، ص 139 .

² الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن قيم الجوزية، مرجع سابق، ص 294 .

مصادر للفقهاء الإسلامي، وقد أدخلها ابن عرفة من المالكية تحت نقل الشهادة عموماً فقال: " النقل عرفاً: إخبار الشاهد عن سماعه شهادة غيره، أو سماعه إياه لقاضٍ".¹

وقد شمل تعبيره عن نقل الشهادة صورتين، الأولى: وهي الشهادة بواسطة واحدة بين شاهد الأصل، وبين القاضي المشهود عنده، أي أن يخبر الناقل للشهادة القاضي أنه سمع غيره يشهد بكذا، والثانية: وهي الشهادة بأكثر من واسطة، أي أن ينقل للقاضي نقل غيره لشهادة ثالث، أو رابع أو أكثر، كما في سند الأحاديث.

وقد اختلف الفقهاء الإسلامي في الشروط التي يجب أن تتوافر في الشهادة على الشهادة حتى تصح كوسيلة من وسائل إثبات الحقوق، ومن هذه الشروط ما يلي:²

أ - طلب التحمل من شاهد الأصل، فليل يشترط، فلا يقبل نقل السامع شهادة غيره إن لم يطلب منه نقلها، وقيل لا يشترط ذلك. ب - تبيين الفرع جهة التحمل. ج - عدالة شهود الأصل والفرع. د - العدد المطلوب في النقل. هـ - تعذر حضور مجلس الحكم، واختلفوا في بعض الأعذار. و - أن يؤديها بصفة تحمله لها.

وإذا توفرت شروطها فإن الحنفية يذهبون إلى أنه يثبت بها كل حق لا يندري بالشبهات، أما ما يندري بالشبهات فلا تصح فيه.³ أما عند المالكية فيثبت بمقتضاها كافة الحقوق من الحدود، والقصاص، والعنق، والنكاح، والطلاق، والأموال.⁴ ومحلها عند الشافعية حقوق الأدميين، وما لا يسقط بالشبهة من حقوق الله تعالى.⁵ وأما عند الحنابلة فيثبت بمقتضاها ما يقبل فيه كتاب القاضي إلى القاضي، وهو حقوق الأدميين، من مال، وقصاص، وحد قذف، ولا تقبل في حقوق الله تعالى.⁶

ومن خلال ما تقدم نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتفقوا على أن الشهادة على الشهادة تثبت بها حقوق الأدميين أي حقوق العباد، واختلفوا في قبولها في إثبات حقوق الله تعالى، ويرى الباحث أنه الأولى بالقبول والأقرب إلى روح الشريعة الإسلامية في العصور الحالية عدم الاعتداد بالشهادة على الشهادة في إثبات الملك الوقفي، وذلك راجع إلى ضعف الذم في هذه العصور، لذلك نجد أن العديد من

¹ الحدود، لابن عرفة، مرجع سابق، ج2، ص 600 .

² ينظر في هذه الاختلافات من كتب الحنفية: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم، مرجع سابق، ج 7، ص 199. ومن كتب المالكية: تبصرة الحكام، لابن فرحون، مرجع سابق، ج 1، ص 300، ومن كتب الشافعية: فتح الوهاب، لذكرياء الأنصاري، مرجع سابق، ج 2، ص 393-394، ومن كتب الحنابلة: شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، مرجع سابق، ج 3، ص 604.

³ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن النجيم، مرجع سابق، ج 7، ص 119 - 120.

⁴ تبصرة الحكام، لابن فرحون، مرجع سابق، ج 1، ص 300 .

⁵ مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، للشرييني، مرجع سابق، ج 6، ص 376.

⁶ شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، مرجع سابق، ج 3، ص 604.

المشرعين في مجال الأوقاف أصبح يشترط الإشهاد المكتوب المسبق على وقف أي مال معين - كما سنبين في إثبات الوقف بالشهادة في القوانين الوضعية - وإن كان هذا التوجه هو أيضا منتقد لما فيه من تضيق على قاعدة حرية إثبات الأوقاف .

3 - شهادة السماع: وهي أن يشهد الإنسان بما يتسامعه الناس، مما هو مشتهر بينهم، فالشاهد يقول أشهد بكذا لأنني سمعته من الناس، أو بسبب أنني سمعته من الناس.¹

وهذه الشهادة عند المالكية على ثلاث مراتب، فالأولى هي التي يعبر عنها بالتواتر، كالسماع بأن مكة موجودة، فهذه بمنزلة الشهادة بالرؤية مما يفيد القطع، أما الثانية فهي شهادة الاستفاضة، وهي التي تفيد ظنا يقرب من القطع، ويرتفع عن السماع مثل الشهادة بأن نافعا مولى ابن عمر، والثالثة هي شهادة السماع وهي التي يقصدون تسميتها بهذه التسمية²، وقد سماها الشافعية: التسامع، أو الاستفاضة، والاستفاضة عندهم أقل من التواتر، إذ تواتر الخبر أن يبلغ رواته مبلغا يستحيل عادة تواطؤهم على الكذب، والمستفيض الذي لا ينتهي إلى ذلك، وإنما يفيد الأمن منه، والأمن معناه الوثوق، وذلك بالظن المؤكد³، وهي عند الحنابلة على ضربين، سماع من المشهود عليه، كسماع الطلاق، والعق، والإبراء، والعقود، وهذا يدخل في الشهادة المباشرة كما تقدم، والثاني: سماع من جهة الاستفاضة وهي أن يشتهر المشهود به بين الناس فيتسامعون به بإخبار بعضهم بعضا.⁴

وإذا تحقق السماع بشروطه المذكورة في كتب الفقه الإسلامي فيثبت بها عند الحنفية عشرة أشياء، العتق، والولاء على خلاف فيه، والمهر على الأصح، والنسب، والموت، والنكاح، والدخول، وولاية القاضي، وأصل الوقف⁵، وعند المالكية تقبل شهادة السماع في الحمل، والنكاح، والرضاع، والميراث، والميلاد، والإسلام، والارتداد، والأحباس القديمة التي جاز عليها عشرون سنة⁶، ويثبت بشهادة السماع عند الشافعية، الموت، والنسب، والملك المطلق، والعتق، والولاء، والوقف، والنكاح⁷، ويثبت بها عند الحنابلة، النسب، والموت، والملك المطلق، والنكاح عقدا، ودواما، والطلاق، والخلع، والوقف، وشرط الواقف، ومصرفه، والعتق، والولاء، والولاية، والعزل.⁸

¹ رد المحتار، لابن عابدين، مرجع سابق، ج6، ص 620.

² تبصرة الحكام، لابن فرحون، مرجع سابق، ج 1، ص 295.

³ مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، للشريبي، مرجع سابق، ج 6، ص 377 .

⁴ كشف القناع، للبهوتي، مرجع سابق، ج 6، ص 518.

⁵ بدائع الصنائع، للكاساني، مرجع سابق، ج 5، ص 399-400،

⁶ تبصرة الحكام، لابن فرحون، مرجع سابق، ج 1، ص 297 وما بعدها .

⁷ مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، للشريبي، مرجع سابق، ج 6، ص 377، 378 .

⁸ كشف القناع، للبهوتي، مرجع سابق، ج 6، ص 518.

ومن خلال ما تقدم نجد أن الفقه الإسلامي يجمع على صحة قبول إثبات الأوقاف بشهادة التسامع، رغم أن الأصل في الشهادة أن تكون قائمة على العلم واليقين وليس الظن والتخمين، حيث لا يجوز أن يشهد الشخص إلا بما يعلمه من الرؤية أو السماع، إلا أن الفقهاء قد أجمعوا على جواز الشهادة على أصل الوقف عن طريق التسامع، أي السماع من جهة الاستفاضة والانتشار بين الناس بأن مالا معينا هو وقف .

حيث يجوز لكل من علم بوقفية المال سماعا من الناس أن يشهد بوقفيته، وتقبل شهادته قضاء سواء صرح في شهادته بأنه إنما يشهد عن تسامع أو لم يصرح بذلك، بل اقتصر على مجرد الشهادة بأنه وقف، وذلك لأنه في إثبات غير الوقف والموت، يشترط الفقهاء لقبول الشهادة أن لا يصرح الشاهد باستمداد علمه من التسامع، فلو صرح بأن شهادته من التسامع ردت هذه الشهادة.¹

والحكمة من قبول الشهادة بالتسامع في إثبات أصل الملك الوقفي، تستند إلى الضرورة لأنه لو اشترط لصحة الشهادة على الوقف، أن يكون الشاهد قد حضر مجلس الوقف بنفسه وسمع عبارته من الواقف بنفسه لأدى ذلك إلى انقطاع ثبوت الأوقاف القديمة التي انقرضت فيها طبقات واقفيها ومعاصريهم، فقد يمضي على بعض الأوقاف مئات السنين، ثم يختلف على وقفيته، وبما أن الوقف يختلف عن بقية التبرعات بديمومته، فإذا كان مشهورا بين الناس، وأحتجج إلى إثباته أمام القضاء عند الاختلاف عليه أو غصبه والاستيلاء عليه، فإن الشهادة بالتسامع تقبل بشأن إثباته، لأن عدم قبولها سيؤدي إلى ضياع الأوقاف القديمة وذلك لانقراض شهود الواقف الأصليين هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فالوقف يتعلق به حق العامة لأنه تنتفع به جهة برٍ دينية أو خيرية، إما في الحال كما هو في الوقف العام، أو بالمآل كما في الوقف الخاص الذي يتحول عند انقطاع العقب الموقوف عليهم إلى وقف عام.

ثانيا: إثبات الأوقاف بالشهادة في القوانين الوضعية

لم يعرف المشرع الجزائري المقصود بشهادة الشهود إنما نص على حجيتها مباشرة، فقد كان عنوان الفصل الثاني من الباب السادس من الكتاب الثاني من القانون المدني الجزائري، تحت عنوان (الإثبات بالبينة) ثم تم تعديله بمقتضى القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ليصبح تحت عنوان (الإثبات بالشهود) وهذا العنوان أكثر دقة من عنوان البينة، حيث إن لهذه الأخيرة معنيين: المعنى الأول عام وهو الدليل أي كان نوعه حتى القرائن، فإذا قلنا (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) فالمقصود بالبينة في هذا المقام المعنى الواسع العام أي إقامة الدليل أي كان نوعه.

كما أن للبينة من ناحية ثانية معنى خاص وهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، وقد كان هذا المعنى الخاص هو المقصود في المادة 333 ق م ج قبل تعديلها حيث كانت تنص على أنه: " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1000 دينار جزائري.... فلا تجوز البينة

¹ مصطفى الزرقا، أحكام الأوقاف، مرجع سابق، ص 122 .

في إثبات وجوده أو انقضائه ... "، وكذلك في المواد 334، 335، 336 فقد استبدلت كلمة البينة وحلت محلها شهادة الشهود، وقد كان المشرع الجزائري موفقا في هذا التعديل حيث أن شهادة الشهود كطريقة من طرق الإثبات هي أخص في الدلالة من البينة التي يقصد بها أحيانا إقامة الدليل أيا كان نوعه.

وقد كانت شهادة الشهود في الماضي هي الدليل الغالب، وكانت الأدلة الأخرى من الندرة إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة، لذلك تخصص لفظ البينة من المعنى العام وهو دليل الإثبات إلى معنى خاص وهو الشهادة دون غيرها من أدلة الإثبات، وكان للشهادة في القديم نصاب محدد رجلا، أو رجل وامرأتان، أو أربعة رجال، فزال هذا النصاب، لا في المسائل الجنائية فحسب، بل في المسائل المدنية والتجارية أيضا، وكذلك زالت ضرورة تزكية الشهود، فلم يعد الشاهد يزكيه آخر، بل الذي يزكيه هو مبلغ ما يبعثه في يقين القاضي من الاطمئنان في ثقته وأمانته.¹

ورغم تراجع مكانة الشهادة في مادة الإثبات عموما على المكانة التي كانت تحتلها في الماضي القديم، إلا أن المشرع الجزائري قد سائر الفقه الإسلامي في الاعتماد عليها كوسيلة من وسائل إثبات الأوقاف، فقد نصت المادة 5/8 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم على أنه: "الأوقاف العامة المصونة هي: ... 5 - الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية، أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار".

فمن استقراء هذه المادة يتبين لنا أن الوقف يثبت بالوثائق الرسمية، وشهادة العدول، والعقود الشرعية، فأما الوثائق الرسمية فلا شك في قبول الإثبات بها، لأنها أصل طرق الإثبات في العصر الحديث، لكن قد لا تتوافر هذه الوثائق الرسمية خصوصا إذا علمنا أن أغلب الأوقاف في الجزائر ترجع إلى العهد العثماني أو قبله، لذلك اعتمد المشرع الجزائري على شهادة العدول في إثبات الأوقاف، فهو انحياز منه للفقه الإسلامي في قبوله الإثبات بالشهادة، حتى وإن كانت قيمة الوقف - وهو تصرف قانوني - تفوق 100.000 دينار جزائري، وذلك لأن المادة 333 من القانون المدني الجزائري قد انطوت على أنه: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"،

¹ والبينة بمعنى شهادة الشهود في القانون الوضعي أضعف من الكتابة، فقديما كانت الشهادة أقوى من الأدلة الأخرى، بل كانت هي الدليل الغالب، ولما انتشرت الكتابة بدأت تسود حتى صارت في المقام الأول في الإثبات، ونزلت الشهادة إلى المكان الثاني، لما تتطوي عليه من عيوب ظاهرة، فالبينة تقوم على أمانة الشهود، والشهود وإن لم يكذبوا معرضون للنسيان، ثم إن الدقة تنقصهم، هذا إضافة إلى أنه إن فسح المجال للإثبات بالبينة، وأصبح اعتماد القضاء عليها كثرت القضايا الكيدية لسهولة الحصول على شهود الزور يشهدون بالباطل، أما الكتابة فكفتها راحة، ومتى كانت بعيدة عن التزوير فهي أدق أداء وأكثر ضبطا للوقائع، ثم إنها لا يرد عليها النسيان فهي دليل هئى مقدما ليحيط بالواقعة المراد إثباتها إحاطة شاملة، لأنها إنما أعدت لهذا الغرض. ينظر: عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص 311 و323.

وفي حالة إثبات الأوقاف فقد وجد نص المادة 5/8 من قانون الأوقاف رقم 10/91 - أنف الذكر - الذي يجيز إثباتها بشهادة الشهود وإن زادت قيمتها عن 100.000 دج.

ومن ناحية أخرى فقد نظم المشرع الجزائري مسألة الشهادة في إثبات الملك الوقفي من أجل إعطائها الطابع الرسمي، فأحدث (وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي)، وحدد شروط وكيفيات إصدارها وتسليمها، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000م¹. ووثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي هي عبارة عن شهادة مكتوبة يدلي بها شاهد عدل، وقد حدد نموذجها طبقا للملحق التابع للمرسوم 336/2000 الذي صدرت بموجبه²، وتتضمن طبقا للمادة 04 من هذا المرسوم على سبيل الوجوب البيانات التالية :

1 - المعلومات الخاصة بالشهود مع التوقيع.

2 - التصديق من قبل المصلحة المختصة بالبلدية أو أي سلطة أخرى مؤهلة قانونا.

3 - رقم تسجيلها بالسجل العقاري الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا وهو السجل الذي حدد المشرع الجزائري محتواه ونموذجه بمقتضى القرار الوزاري المؤرخ في 06/06/2001م³.

وبعد اجتماع ثلاثة وثائق من الإشهاد المكتوب لإثبات ملك وقفي فأكثر، تصدر مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي، وهي الوثيقة التي تتوج بها شهادات الشهود، وتصدر هذه الشهادة في شكل رسمي وتخضع للتسجيل والإشهار العقاري طبقا للقانون، وقد تم إحداث هذه الشهادة الرسمية بموجب المادة 05 من المرسوم التنفيذي 336/2000 - أنف الذكر- وقد حدد محتواها القرار الوزاري المؤرخ في 26/10/2000 الصادر عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف⁴، وتتضمن على سبيل الوجوب وفقا لمقتضيات المادة 03 من هذا القرار البيانات التالية: عنوان الشهادة، المراجع القانونية المعتمدة، رقم وتاريخ تسجيل وثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا وتحديد مساحة الملك الوقفي وموقعه.

ولقد انطوت المادة 06 من المرسوم التنفيذي 336/2000 على خضوع الملك الوقفي محل وثيقة الإشهاد إلى التسجيل والإشهار العقاري، وهو ما يتوافق مع نص المادة 41 من قانون الأوقاف رقم

¹ الجريدة الرسمية، العدد 64 المؤرخة في 31/10/2000 م.

² ينظر: نماذج وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي، الملاحق رقم 2 و3 و4 و5، الصفحات 351 و 352 و353 و354 على التوالي من هذه الرسالة .

³ الجريدة الرسمية، العدد 32 المؤرخة في 10/06/2001 م .

⁴ الجريدة الرسمية، العدد 31 المؤرخة في 06/06/2001 م .

10/91 المعدل والمتمم، مما يدل على أن القيمة القانونية للشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي هي من قيمة العقد الرسمي المثبت للملك الوقفي.¹

غير أن المرسوم التنفيذي 336/2000 أشار في المادة 05 منه إلى إرفاق الشهادة الرسمية بشرط البطلان عند ظهور أدلة مضادة، وهذا الشرط محل انتقاد لأنه من شأنه أن ينقص من القيمة القانونية لهذه الشهادة، كما يتنافى مع شرط إشهارها، فالمعلوم كما سبق البيان أن الإشهار هو الذي يعطي للوثيقة الرسمية حجيتها كما أنه هو مصدر الحق العيني، بالإضافة إلى أن الورقة الرسمية ذات قوة ثبوتية قاطعة ما لم يثبت تزويرها طبقا للمادة 324 مكرر 5 من ق م ج.

أما بخصوص إثبات الأوقاف بشهادة الشهود في إطار القانون المقارن فنجد أن المشرع المغربي ولأنه قد تبنى الاتجاه الميسر لإثبات الأملاك الوقفية من أجل حمايتها، حيث انطوت المادة 48 من مدونة الأوقاف المغربية الصادرة سنة 2010 - أنفة الذكر - على أنه: "يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات"، و لذلك تُعد الشهادة أحد وسائل إثبات الأملاك الوقفية في التشريع المغربي، فقد ذهبت محكمة النقض المغربية إلى تقرير أن شهادة العدول الذين شهدوا بالسماع المستفيض تفوق شهادة السماع، ولذلك قضت بصحة الحبس للمدعى فيه على مسجد لما اعتمده من أسباب واستدل به من نصوص بخصوص إعمال شهادة السماع في الحبس مع تحقق شرط طول المدة.²

ولقد قضت ذات المحكمة في قرار لها مؤرخ في 2003/12/03 بقبول شهادة السماع المتفشي في إثبات الملك الوقفي، حيث جاء فيه: "أن شهادة السماع يعمل بها في الحبس، ويكفي فيها قول شهودها بأننا نسمع من الثقات وغيرهم منذ عشرين سنة أن الشيء حبس على جهة معينة، وأننا نعلم أنه يحترم بجرمة الأحباس ... ولذلك فإن المحكمة بما لها من سلطة في تقدير الأدلة واستخلاص قضائها منها، قد عللت قرارها بأن نظارة أوقاف طنجة أدلت برسم عدلي يشهد شهوده أن القطعة الأرضية موضوع النزاع من أحباس وأوقاف مسجد أحمار حبست عليه من طرف آبائهم وأجدادهم منذ أن أدركوا بعقولهم، كما استظهرت بتواصل كرائها للغير وبتصاميم هندسية لعقارات محفظة للخواص تؤكد أنها تحد بها صادرة عن المحافظة العقارية، وأن نظارة الأحباس تحوز العقار موضوع التعرض لمدة طويلة تفوق العشرين سنة حسب شهادة شهود الرسم العدلي مما يتعين معه اعتباره حجة في إثبات الحبس".³

فمن خلال هذا الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض المغربية يتبين لنا أن العمل القضائي في المغرب في مجال إثبات الأوقاف يأخذ بمذهب تيسير إثباتها بكافة وسائل الإثبات، حيث اعتمدت محكمة

¹ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 143.

² إدريس بلحجوب، مسار العمل القضائي في مجال إثبات الوقف، سلسلة دراسات وأبحاث النظام القانوني للأملاك الوقفية، مرجع سابق، ج 1، ص 100.

³ قرار محكمة النقض المغربية، عدد 3431 المؤرخ في 2003/12/3، ينظر: المنازعات الوقفية، زكرياء العمري، مرجع سابق، ج 1، ص 121.

النقض على شهادة السماع المتقشي بين الناس في إثبات الملك الوقفي، فإذا شهد عدول من أهل بلدة معينة على أنهم سمعوا من أسلافهم أن مال معين يعد من جملة الأوقاف صحت هذه الشهادة واعتبرت دليلاً تثبت به .

وذات المسلك تبناه المشرع الأردني حيث انطوت المادة 39 من قانون البيئات الأردني رقم 30 لسنة 1952 المعدل والمتمم بالقانون رقم 16 لسنة 2005¹، على أن: "الشهادة بالسماع غير مقبولة إلا في الحالات التالية: 1 - الوفاة، 2 - النسب، 3 - الوقف الصحيح لجهة خيرية منذ مدة طويلة"، فمن استقراء هذه المادة نستج أن المشرع الأردني يأخذ بأصل عام يتمثل في عدم الاعتداد بشهادة السماع في إثبات الحقوق، حيث يجب أن تكون الشهادة المعتمدة في الإثبات هي شهادة المعاينة والمشاهدة، غير أنه استثنى من هذا الأصل العام حالات محددة على سبيل الحصر تقبل فيها شهادة السماع، ومن بين هذه الحالات إثبات الأوقاف العامة إذا كان قد مرّ على إنشائها زمن طويل، حيث أن مثل هذه الأوقاف إذا تطلب المشرع في إثباتها شهادة المعاينة فقط، فسيكون من المتعذر إثباتها وذلك لأن الشهود الذين عاصروا إنشاء هذه الأوقاف يكونون قد انقرضوا .

مع ملاحظة أن هذا الاستثناء في قبول شهادة السماع في إثبات الأوقاف قد خص به المشرع الأردني الأوقاف العامة (الخيرية) التي تم إنشاؤها منذ أمد طويل، دون الأوقاف الخاصة (الأهلية) التي يستفيد من ريعها ذرية الواقف الذين يحددهم في عقد وقفه، ويرى الباحث أنه كان على المشرع الأردني أن يمكن حتى الأوقاف الخاصة التي أنشئت من فترات طويلة من هذه الخاصية في تيسير إثباتها، وذلك لأن هذه الأوقاف الخاصة ستتحول بالمآل إلى أوقاف عامة (خيرية) يعود ريعها على جهة بر عامة كالفقراء والمساكين أو طلبة العلم .

المطلب الثاني: إثبات الأوقاف بالأدلة غير المهيأة

يقصد بطرق الإثبات غير المهيأة هي تلك الطرق أو الأدلة التي لم يُعدها صاحب الشأن مقدماً لإثبات حقه عند المنازعة فيه، وإنما تنهياً وتُعد فقط وقت قيام النزاع في الحق المراد إثباته، فكل وسيلة من وسائل إثبات الأوقاف يتم إعدادها بعد ثوران النزاع بخصوصها تعتبر من قبيل الأدلة غير المهيأة في إثباتها ويمكن حصرها في الإقرار بالوقف، واليمين، والقرائن.

الفرع الأول: الإقرار بالوقف

الإقرار في التعريف اللغوي: هو الاعتراف، مأخوذ من المقر، كأن المقر جعل الحق في موضعه.² فجعل الشيء أو الحق في موضعه من قبل الشخص المعترف يعد إقراراً منه .

¹ قانون البيئات الأردني رقم 30 لسنة 1952 المعدل والمتمم بالقانون رقم 16 لسنة 2005، ينظر الموقع الإلكتروني

<https://jordan-lawyer.com> تاريخ الزيارة في 2019/10/02

² تاج العروس من جواهر القاموس، مرتضى الزبيدي، دراسة وتحقيق: علي شيري، دار الفكر، بيروت، 1994، ج7، ص371.

وفي الاصطلاح الفقهي عرفه الجرجاني من الحنفية بأنه: " إخبار بحق لآخر عليه ¹ . وعرفه ابن عرفة من المالكية بأنه: " خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو بلفظ نائبه " ² . كما عرفه الحنابلة بأنه: " إظهار مكلف مختار ما عليه لفظاً أو كتابة أو إشارة أحرص أو على موكله أو موليه أو مورثه بما يمكن صدقه " ³ .

وعليه فالإقرار هو حجة على المقر أو على نائبه، غير أن ما يمكن ملاحظته على هذه التعاريف الفقهية للإقرار أنها لم توضح وجوب أن يقع الإقرار أمام القضاء، ذلك أن أول ما يطلبه القاضي من المدعى عليه هو الإقرار، فإن أقر قضي عليه بما أقر به وإن أنكر يطلب القاضي من المدعي إثبات دعواه.

والدليل الشرعي للإثبات بالإقرار مستمد من القرآن الكريم، في قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ " ⁴ ، فإقرار المرء يعد حجة على نفسه يقضى به عليه، وقد عمل بهذا الدليل الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة من بعده، كما انعقد إجماع علماء الأمة الإسلامية على أن الإقرار يعد سيد أدلة الإثبات .

ويعرف الفقه القانوني الإقرار بأنه: " اعتراف شخصي بواقعة من شأنها أن تنتج آثار قانونية ضده مع قصده أن تعتبر هذه الواقعة ثابتة في حقه " ⁵ .

فمن هذا التعريف يتضح أن الإقرار لا يمكن أن يقع إلا على واقعة قانونية أو عمل قانوني، أي أنه لا يتصور أن ينصب على القواعد القانونية، وذلك لأن القضاة وحدهم هم المكلفون بالبحث عن هذه القواعد وتطبيقها على ما بين أيديهم من منازعات، ولا يعتبر استدلال الخصوم بالقواعد القانونية إقراراً منهم بأي شيء ولو أدى ذلك إلى استفادة البعض منهم من ذلك، فالإقرار ينصب على الوقائع لأنها هي مصدر الالتزام.

والإقرار بواقعة معينة في الواقع يجعلها في غير حاجة إلى إثباتها، ولذلك يمكن القول بأن الإقرار يحسم النزاع قبل الفصل في الدعوى وذلك على خلاف أدلة الإثبات الأخرى، ولذلك غالباً ما يُعبر عن الإقرار بأنه سيد الأدلة، فإذا كان الأصل هو وجوب إقامة الدليل على كل واقعة قانونية إذا نوزعت أو أنكرت، ولما كان الإقرار اعترافاً بواقعة قانونية، فهذه الأخيرة لا يتعين إثباتها لأنها ليست متنازعة أو مجحودة بل هي مسلمة و معترف بها، وعلى ذلك يمكن القول بأن الإقرار ليس دليلاً بمعنى الكلمة

¹ التعريفات، الجرجاني، مرجع سابق، ص 50 .

² الحدود، لابن عرفة، مرجع سابق، ج2، ص443.

³ نفس المرجع السابق.

⁴ سورة النساء، الآية 135 .

⁵ صبري السعدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 235 .

بل يمكن اعتباره وسيلة للتقليل من الالتجاء إلى طرق الأخرى التي أقرها الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من أجل إثبات الأملاك الوقفية .

كما أن المشرع الجزائري بدوره قد عرف الإقرار في نص المادة 341 من ق م ج التي انطوت على أن: "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة"، فالإقرار حسب تعريف المشرع الجزائري لا يتضمن إنشاءً لحق جديد في ذمة المقر، وإنما هو عبارة عن نزول عن حق في المطالبة بإثبات الواقعة من طرف الخصم الذي يدعيها.

وهو عمل إخباري من شأنه الإخبار بحدوث واقعة معينة في وقت مضى، أو بثبوت حق معين، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز تعليق الإقرار على شرط أو أجل أو خيار لأن التعليق يكون بالنسبة للمستقبل أما الإقرار فهو إخبار عن الماضي كقول الواقف: هذه الدار وقفها منذ زمن كذا - يحدده - على الجهة الفولانية - يحدد الموقوف عليه - فلو كانت هذه الدار محل نزاع على وقفيتها فيكون الواقف قد قطع النزاع بإقراره هذا، ومن ناحية ثانية يعد الإقرار صادر عن إرادة منفردة وهي إرادة المقر فلا يحتاج إلى قبول يصدر من المقر له، لذلك يجب أن تتجه إرادة المقر إلى ترتيب أثر معين وهو ثبوت حق المقر له، ولذلك لا يعتبر إقرارا ما يدلي به الشخص من أقوال لتأكيد ادعاءاته¹، ولما كان الوقف وفقا لمقتضيات المادة الرابعة من قانون الأوقاف الجزائري رقم 10/91 المعدل والمتمم يعد تصرفا صادرا بإرادة منفردة وهي إرادة الواقف فإن الإقرار بالوقف يكون من طرف هذا الواقف أو من طرف ورثته. ومن ناحية ثالثة يعد الإقرار عملا شرعيا وقانونيا لأنه تعبير عن اتجاه إرادة المقر نحو إحداث أثر وهو ثبوت الحق في ذمته وإعفاء المقر له من عبء إثبات هذا الحق²، فالإقرار بالوقف يرد على واقعة من شأنها أن تنتج آثارها الشرعية والقانونية، فالمقر بالوقف يعترف بأن الأرض أو المال الذي بحوزته هو وقف على جهة معينة .

ويعد هذا الإقرار بالوقف حجة قاطعة على المقر، فقد انطوت المادة 1/342 من ق م ج على أنه: "الإقرار حجة قاطعة على المقر"، غير أنه يشترط في المقر بالوقف الأهلية وملكية المال قبل أن يصير وقفا، فلا يصح هذا الإقرار من الصبي أو المجنون، كما لا يصح بما ليس داخلا في ملكية الواقف، ولأن الوقف ملك يخرج الواقف من ذمته في وجه من وجوه البر والخير، لذلك يلزم أن يكون قابلا للتعامل فيه بطبيعته، مباحا معيننا نافيا للجهالة، ولا يصح بمكان أن يكون مستقبلا لم يدخل بعد في الذمة أو كان احتماليا، والمبدأ العام في الإقرار أن المرء مؤاخذ بإقراره فهو حجة قاصرة على المقر فقط وهو الواقف، ولا تتعداه إلى غيره ما لم يصدقه، وذلك لأن المقر لا ولاية له على الغير، فلو أقر شخص

¹ محمد تقي، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 1992، ص 360 .

² نفس المرجع السابق، ص 360 .

على نفسه وعلى غيره بوقف مال معين، فإنه ملزم بما أقره على نفسه ولا يمتد إقراره بالوقف إلى هذا الغير إلا في حالة تصديق الغير لهذا الإقرار.

وذلك لأن الإقرار بالوقف قد يكون صادرا من الواقف نفسه، كما قد يكون صادرا عن الغير، وهذا الغير إما أن يكون الوارث بالنسبة للواقف وإما أن يكون أجنبيا لا علاقة له بالوقف، وإنما هو فقط واضح يده على المال الموقوف، كما قد يكون ناظر الوقف هو المقر.

ففي الحالة التي يكون فيها الإقرار صادرا عن الواقف، يجب أن نفرق بين ما إذا كان هذا الإقرار حال صحة الواقف، أم كان في حالة مرضه، حيث لا خلاف بين الفقهاء بأن إقرار الواقف بالوقف حال صحته يكون نافذا فيما أقر به، ويصبح الموقوف وقفا صحيحا ويكون لازما بالنسبة للواقف ولورثته من بعده، وهذا بشرط أن يكون الإقرار في مجلس القاضي، وإذا كان إقرار الواقف بالوقف وهو في حال مرض الموت فإن هذا الإقرار لا ينسحب إلا على الثلث فقط والثلثان متروكان للورثة، لأن في هذه الحالة يعتبر الوقف في حكم الوصية¹، فإذا أقر مثلا المريض مرض الموت بأنه وقف أرضا له وقد عينها وحددها، فإن إقراره هذا يكون على ثلث مساحة هذه الأرض فقط، وأما الثلثان فيبقيان للورثة، والسبب في ذلك أن المريض مرض الموت لا يصح منه التصرف ويعتبر في مجال الوقف كأنه وصية، والوصية كما هو معلوم تكون في حدود الثلث، وما زاد على ذلك فهو يتوقف على إجازة الورثة.²

أما في الحالة التي يكون فيها الإقرار بالوقف صادرا عن ورثة الواقف، بأن مورثهم المتوفى قد وقف مالا معيناً صح هذا الإقرار منهم، كأن يقر الورثة بأن عقار معين تركه مورثهم وكان قد سبق له أن وقفه قبل منهم هذا الإقرار، ولذلك لا يدخل هذا العقار في تركة المورث الذي تقسم على الورثة باعتبار أن الوقف لا يورث، أما إذا أقر أحد الورثة بأن أباه قد وقف عقاره حال حياته، في حين أن الورثة الآخرين أنكروا الوقف، فإن حصة المقر تكون وقفا بينما حصة المنكر تبقى ملكا له .

وفي حالة إقرار واضح اليد الأجنبي بأن ما تحت يده وقفا، فيجب عندئذ التفريق بين ما إذا كان هذا الإقرار حال صحته، أم كان في مرض موته، فإذا أقر شخص بأن العقار الذي يحوزه هو وقف وليس له منازع في الملكية صح إقراره، ويصير العقار وقفا على الفقراء والمساكين³، والحكمة من ذلك ترجع إلى حماية الأوقاف من الضياع فهذه الأخيرة تكون عادة في يد النظار، فلو لم يصح الإقرار ممن هي في أيديهم لضاعت أوقاف كثيرة، هذا بالإضافة إلى أن الإقرار في هذه الحالة لم يتعد إلى غير المقر حيث ينفذ عليه فقط .

¹ زهدي يكن، أحكام الوقف، مرجع سابق، ص 290 .

² فقد انطوت المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة".

³ الإسعاف في أحكام الأوقاف، للطرابلسي، مرجع سابق، ص 37 .

أما إذا كان واضح اليد الأجنبي عن الوقف والمقر به مريضاً مرض الموت فإننا نكون أمام احتمالين، الاحتمال الأول أن يصرح بأن المال أو العقار الذي بيده قد وقفه فلان ابن فلان بمعنى أن يكون الوقف معلوماً ومعروفاً، ففي مثل هذه الحالة لا بد من الرجوع إلى الوقف الأصلي، فإذا كان على قيد الحياة وأقر بما صرح به هذا الأجنبي يكون العقار جميعه وقفاً ثابتاً، أما إذا أنكر لم يثبت الوقف، وينسحب ذلك على الورثة إذا كان الوقف الأصلي متوفياً، فإن ورثة الوقف إذا صدقوا الأجنبي ثبت الوقف وإن أنكروا ذلك لم يثبت الوقف، والاحتمال الثاني أن يكون الوقف غير معين، كأن يصرح الأجنبي بأن العقار الذي تحت يده هو وقف، ولكن لم يعين الوقف، فإن كان هذا الأجنبي له ورثة فإن الوقف يسري على الثلث فقط - أي ثلث العقار - أما إذا لم يكن له ورثة فإن العقار يكون وقفاً كله .

أما بخصوص إقرار ناظر الوقف فباعتبار أن هذا الأخير يعد وكيلاً عن غيره سواء كان هذا الغير هو المستحق - أي الموقوف عليه - أو كان هذا الغير هو الوقف، فإن الناظر لا يملك الإقرار على الوقف، أو تصديق المدعي في الدعوى على الوقف، فالناظر ليس خصماً أصيلاً في الدعوى بل هو وكيل عن غيره فلا يملك الإقرار عن الأصيل، وذلك لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، فإذا ادعى أحد بملكيته مالا للوقف، وأقر الناظر بذلك، فلا يحكم القاضي بهذا الإقرار.¹ فلو افترضنا أن الناظر قد اعترف في دعوى مقامة على الوقف فإن إقراره هذا لا يعتد به، ويكلف المدعي بإثبات دعواه بوسائل الإثبات المختلفة.

إذن فالأصل هو عدم جواز صحة إقرار الناظر على الوقف، إلا أن الفقهاء قد استثنوا من ذلك حالتين، أولهما: أن يدعي شخص على الناظر بفعل قام به بنفسه ففي هذه الحالة يملك الإقرار على ما فعله، كما لو أجر الناظر داراً للوقف بمقتضى عقد، ثم حدث بعد ذلك نزاع بينه وبين المستأجر، فإن الناظر يملك الإقرار بالعقد الذي عقده، أما الحالة الثانية: فتتمثل في أن يكون إقرار الناظر موافقاً لشرط من اشتراطات الوقف الصحيحة، فإن هذا الإقرار يكون صحيحاً معتبراً²، ومثال ذلك أن يقيم شخص دعوى على الوقف يطالب باستحقاق له في الغلة باعتباره من ذرية الوقف، وكان شرط الوقف يقضي بإعطاء حصة المتوفى إلى أولاده، واعترف الناظر وأقر بذلك في الدعوى، فإن إقراره هذا يكون معتبراً وصحيحاً.

الفرع الثاني: إثبات الوقف باليمين

اليمين في التعريف اللغوي: تطلق على القوة والقدرة³، ومنه قوله تعالى: "لأخذنا منه باليمين" كما يقصد بها أيضاً الحلف (القسم)⁴، وذلك لأن العرب في الجاهلية كانوا إذا تحالفوا أو تعاهدوا أخذ

¹ حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج 3، ص 589 .

² نفس المرجع السابق.

³ لسان العرب، لابن منظور، مرجع سابق، ج 7، ص 1038 .

⁴ المصباح المنير، للفيومي، مرجع سابق، ج 1، ص 201 .

كل واحد منهم باليد اليمنى لصاحبه، أو ضرب كل واحد منهم يمينه على يمين صاحبه دلالة عن الموافقة والرضا، فسمي الحلف يمينا، أو لأن الحالف يتقوى بقسمه باليمين، فما دامت اليمين ترمز إلى القوة فكأن الحالف يقوي موقفه باليمين.

وفي اصطلاح الفقه الإسلامي يقصد باليمين: القسم ويقضي تعظيم المقسوم به، وتكون بذكر اسم الله تعالى تقوية لأحد طرفي الخبر، لذا لا يجوز الحلف إلا بالله سبحانه وتعالى، فاليمين تحمل في طياتها معنى القوة لأن الحالف يتقوى عزمه على الفعل أو الترك، كما يقوي كلامه ويوثقه بالقسم بالله عز وجل، وقد نصت المادة 1681 من مجلة الحكام العدلية المستمدة من الفقه الحنفي على أن: "التحليف هو تكليف اليمين على أحد الخصمين"، كما انطوت المادة 1743 من ذات المجلة على أنه: "إذا قصد تحليف أحد الخصمين يحلف باسمه تعالى بقوله: والله أو بالله"، فالحلف يكون بالله سبحانه وتعالى تعظيما له سبحانه ولا تكون اليمين بغير اسم الله أو صفة من صفاته .

ويمكن تعريف اليمين في الوقف بأنها: قسم من طرف الحالف أمام القضاء على إثبات أو نفي شيء ما يتعلق بالوقف، وقد يكون الحالف هو ناظر الوقف باعتباره ممثلا ونائبا عن الوقف، كما قد يكون الحالف هو الغير حيث يدعى حقا ما على الوقف.

هذا ولم يورد المشرع الجزائري تعريفا لليمين، وعرفها السنهوري بأن: "اليمين قول يتخذ فيه الحالفُ الله شاهدا على صدق ما يقول، أو على إنجاز ما يعد، ويستتزل عقابه إذا ما حنث"¹. وظاهر من هذا التعريف أنه يشمل كل يمين، سواء أكانت لتوكيد قول، أو لتوكيد وعد، وهذه الأخيرة مثل تلك التي يؤديها القضاة، ورجال النيابة، والخبراء، ونحوهم، وليست مُراد هنا، إنما المراد تلك التي يؤديها الخصم تأكيدا على صدق ما يدعيه أو تكذيبا لما يدعيه خصمه، لذلك يمكن تعريفها بهذا المعنى بأنها: "الحلف الذي يصدر من أحد الخصمين على صحة ما يدعيه، أو عدم صحة ما يدعيه الخصم الآخر"، وهذه اليمين إما أن تؤدي أمام القضاء، فتكون يمينا قضائية، وإما أن تؤدي خارج مجلس القضاء، فتكون غير قضائية، حيث يتفق عليها الطرفان، ولم ينظم القانون المدني الجزائري سوى اليمين القضائية، أما اليمين غير القضائية فيخضع الاتفاق بشأنها للقواعد العامة، فيستطيع من تعرض عليه اليمين رفضها إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك، والنتائج التي تترتب على حلف اليمين غير القضائية التي تم الاتفاق عليها بين الطرفين، كما لا يجوز ردها إلا إذا كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك، وهذا لأن الأساس في اليمين غير القضائية هو اتفاق الطرفين، غير أنه ينبغي ملاحظة أنه من النادر أن يلجأ الخصوم إلى الاتفاق على اليمين غير القضائية.

واليمين القضائية تنقسم إلى يمين حاسمة، ويمين متممة، فبشأن اليمين الحاسمة نصت المادة 1/343 من ق م ج على أنه: "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر.. "

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج2، ص514.

فاليمين الحاسمة هي اليمين التي يوجهها الخصم إذا أعوزه الدليل المطلوب ليحسم بها النزاع ولهذا سميت حاسمة، ويمكن أن توجه بشأن طلب أو دفع ولذلك يصح أن توجه من الخصمين، وهي مقصورة عليهما ولا يجوز للقاضي توجيه هذه اليمين.

أما عن التكييف القانوني لليمين الحاسمة، فإنها ليست دليلاً يقدمه الخصم على صحة ما يدعيه وإنما هي وسيلة احتياطية يلجأ إليها الخصم محتكماً إلى ذمة خصمه وضميره فعندما لا يحوز الخصم الدليل الذي يسمح به القانون لإثبات دعواه، ولا يقر له خصمه بصحة ما يدعيه، لا يبقى أمامه إلا طريق واحد يلجأ إليه، وهو أن يحتكم إلى ضمير هذا الخصم، فيوجه إليه اليمين الحاسمة، يطلب منه حلفها لحسم النزاع، ولا يمتلك من وجهته إليه إلا أن يقبل هذا الاحتكام.¹

وبخصوص شروط توجيه اليمين الحاسمة فقد نصت 344 من ق م ج على أنه: "لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام، ويجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهته إليه اليمين فإن كانت غير شخصية له قامت اليمين على مجرد علمه بها..."، فموضوع اليمين الحاسمة هي واقعة قانونية محددة واضحة يدعيها الخصم وينكرها الخصم الآخر، كما يصح أن تنصب على الحق المدعى به دون ذكر الواقعة مصدر هذا الحق، كأن يوجه الخصم إلى خصمه يمينا على أنه ليس مدينا بالمبلغ المدعى به، كما يجب من ناحية ثانية أن لا تكون الواقعة موضوع اليمين مخالفة للنظام العام، حيث لا يجوز مثلاً توجيه اليمين بالنسبة لدين ناتج عن قمار، أو إيجار منزل لممارسة الدعارة أو يستغل نادياً للقمار لأن هذا يعد مخالفاً للنظام العام .

كما ينبغي ملاحظة أن اليمين الحاسمة في الدعوى الوقفية تقبل أمام أي قضاء مدني أو تجاري، مثل أن تتعلق بعقد إيجار مدني للملك الوقفي، أو عقد إيجار تجاري له، أو تتعلق بأصل وجود الملك الوقفي إذا كان الاختصاص بمنعقدا للقضاء المدني، غير أنه لا يجوز توجيه اليمين في الدعوى الوقفية إذا كان الاختصاص بمنعقدا فيها أمام القضاء الإداري، كما لا يجوز توجيهها أمام القضاء الجنائي²، يستوي في ذلك ناظر الملك الوقفي باعتباره ممثلاً قانونياً عن الوقف أو المتهم، حيث لا يجوز أن يوجه أي منهما اليمين الحاسمة إلى الآخر، وذلك لأنه لا يصح أن يصبح أحدهما قاضياً في الدعوى الجنائية عن طريق توجيه اليمين إليه أو ردها عليه لمخالفة هذا للنظام العام.

أما في حالة رفع ناظر الملك الوقفي دعوى مستقلة أمام القضاء المدني، يطالب فيها بالتعويض لصالح الوقف، فإنه يحق له توجيه اليمين إلى خصمه أمام المحكمة لأننا في هذه الحالة نكون أمام نزاع مدني ولا يحول دون ذلك أن يكون الفعل الذي تتعلق وتنصب عليه اليمين جريمة يعاقب عليها القانون .

¹ نفس المرجع سابق، ج2، ص 516 .

² صبري السعدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 272.

ووقت توجيه اليمين الحاسمة نصت عليه المادة 2/344 ق م ج، حيث انطوت على أنه: "يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى"، فطالما لم يصدر حكم نهائي في الدعوى الوقفية، فإنه يجوز توجيه اليمين الحاسمة حتى ولو كان ذلك أمام المجلس القضائي بحسبانه جهة استئناف، بل يجوز توجيه اليمين في الدعوى الوقفية بعد قفل باب المرافعة، حيث يطلب أحد الخصمين فتحه لتوجيه اليمين.

وقد لا يؤدي الخصم اليمين وإنما يردها على من وجهها وعلى ذلك نصت 2/343 من ق م ج بأنه: "ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين". وإذا وجه أحد الخصمين اليمين لصاحبه، أو ردها لخصمه بعد أن وجهها الخصم إليه، وقبل أن يعلن من وجهت إليه أو ردت عليه موقفه منها، فهل يصح أن يعلن من وجهها أو ردها أنه قد رجع عن ذلك؟

لقد وضعت المادة 345 ق م ج لذلك حدا فنصت على أنه: "لا يجوز لمن وجه اليمين، أو ردها، أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه حلف تلك اليمين"، وعليه فإن قبل الخصم حلف تلك اليمين لا يجوز التراجع عنها ممن وجهها، أو ردها، وإن نكل، أو كان الأمر قبل أن يعلن موقفه منها، جاز لمن وجهها، أو ردها، أن يتراجع عنها.

أما النكول عن اليمين فهو أن يأبى من وجهت إليه اليمين أو ردت عليه أن يحلفها. وإذا أدى الخصم اليمين خسر الطرف الآخر دعواه، وإن نكل عنها ففي مصلحة الطرف الآخر الذي وجه اليمين، فإن حلف ففي صالحه، وإن نكل خسر دعواه، وعلى ذلك نصت 347 ق م ج بقولها: "كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه".

كما أن حلف اليمين ممن وجهت إليه يعد حجة ملزمة للقاضي حيث تحسم النزاع نهائياً، فقد انطوت المادة 346 ق م ج على أنه: "لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها، أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده"، فإذا تضمن الحلف إنكاراً لما يطالب به من وجه اليمين حكم القاضي برفض الدعوى وهذا الحكم نهائي فلا يستطيع من خسر الدعوى أن يطعن في الحكم بالاستئناف ليثبت أن خصمه حلف يمينا كاذبة، كما لا يستطيع رفع دعوى مبتدأة مستنداً إلى أدلة جديدة، وفي هذا تنص المادة 346 محل التحليل على أنه: "لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه"، غير أنه إذا كان من وجهت إليه اليمين قد حلف كاذباً، فإن من خسر الدعوى يستطيع الرجوع على من حلف كذبا أو يطعن في الحكم إذا كان ميعاد الطعن لم ينقض بعد إذا أثبت كذب اليمين بحكم جنائي.

وتأسيسا على ذلك فإن إثبات كذب اليمين لا يؤثر على الحكم المدني الذي بني على هذه اليمين الكاذبة حيث تبقى له حجية الأمر المقضي، ولكن يحق للخصم الذي خسر دعواه بناء على هذه اليمين الكاذبة أن يرفع دعوى مبتدأة للمطالبة بتعويض الضرر الذي أصابه، غير أنه ينبغي ملاحظة أن سبب هذا التعويض في هذه الحالة هو الفعل الضار المتمثل في اليمين الكاذبة، وهذا السبب يختلف اختلافا جذريا عن سبب الحق الأصلي الذي حُلفت بشأنه اليمين.

ومن مجموع ما تقدم نستنتج أن اليمين كطريقة من طرق إثبات الحقوق تتضمن خطورة ومجازفة، وذلك لأن من وجهت إليه اليمين إذا حلف خسر المدعي دعواه وإذا لم يرد أن يؤديها فله أن ينكل عنها وفي هذه الحالة يخسر الدعوى، كما له أن يردها على خصمه وفي هذه الحالة يكسب أو يخسر هذا الأخير الدعوى وذلك تبعا للموقف الذي يتخذه من وجه إليه ردّ اليمين .

ونظرا لهذه الخطورة التي يتضمنها إثبات الحقوق عن طريق اليمين، نجد أن الفقه الإسلامي، يضع جملة من الضوابط لناظر الملك الوقفي، حتى يمكنه اللجوء إلى اليمين، وذلك بالنظر إلى كونه مدعيا في الدعوى الوقفية، أو مدعى عليه.

فإذا كان ناظر الملك الوقفي مدعيا في القضية أي أنه هو الذي أقام الدعوى باسم الوقف ولكنه عجز عن ثبات دعوى الوقف فإن له الحق في تحليف المدعى عليه اليمين، على اعتبار أن الناظر هو نائب عن الوقف وهو يملك إذا كان مدعيا طلب يمين الخصم، وفي هذه الحالة ومن أجل حماية الوقف لا يملك المدعى عليه حق رد اليمين على ناظر الوقف، وإذا نكل المدعى عليه في حلف اليمين يحكم القاضي عليه بما ادعاه الناظر، وهناك حالة واحدة يحق للمدعى عليه فيها رد اليمين على المدعي (ناظر الوقف) وذلك إذا كان هذا الأخير قد باشر موضوع الخلاف بنفسه، ومثال ذلك أن يرفع ناظر الوقف دعوى يطالب فيها المستأجر بدفع بدل إيجار إحدى مستغلات الوقف، وكان المستأجر قد دفع الأجرة إلى الناظر ذاته أو دفع قسما منها إليه، وأنكر الناظر ذلك، فمن حق المدعى عليه (المستأجر) في هذه الحالة رد اليمين على ناظر الوقف.

أما إذا ادعى الناظر على شخص طالبا منه أداء مبلغ استدانة للوقف من الناظر السابق، وكان المدعى عليه قد دفع مبلغ الدين إلى الناظر الذي قبله وعجز عن إثبات ذلك فليس للمدعى عليه رد اليمين على الناظر ليحلف.¹

وبخصوص الحالة التي يكون فيها ناظر الوقف مدعى عليه في القضية، وعجز المدعي عن إثبات دعواه، فإذا كان موضوع الدعوى يتعلق بأجرة، وأن ناظر الملك الوقفي الحالي لا علاقة له بالأجرة فحينئذ لا توجه اليمين إلى الناظر، كما أن نكوله لا يعتبر سببا للحكم لأن الناظر لا يملك أن يُقر

¹ الأشباه والنظائر للسيوطي، مرجع سابق، ص 505 .

أو يعترف بحق للغير ضد الوقف¹، وعلى ذلك فلو ادعى شخص على ناظر الوقف، بأن الملك الوقفي الذي يشرف على إدارته وتسييره هو ماله الشخصي، وعجز هذا المدعي على إثبات دعواه فإنه لا يحق له تحليف الناظر اليمين على الوقف.

أما إذا كانت الدعوى المقامة على الوقف ناشئة عن تصرف صادر عن الناظر الحالي نفسه فإن اليمين توجه إليه إذا لم يستطع المدعي إثبات دعواه، وإذا نكل الناظر عن أداء اليمين حكم عليه بنكوله، وذلك لأن اليمين متعلقة بفعل نفسه، كما لو ادعى شخص على ناظر الملك الوقفي طالبا تسليمه الدار الموقوفة التي استأجرها منه، وأنكر الناظر الدعوى وعجز المدعي عن إثباتها، فيحق للمدعي في هذه الحالة تحليف الناظر اليمين، ومثال ذلك أيضا أن يدعي شخص على ناظر الوقف طالبا منه دفع مبلغ معين عن قيمة بعض الأشياء التي اشتراها للوقف، وأنكر الناظر هذا الادعاء وعجز المدعي عن إثبات دعواه، فإنه يجوز له توجيه اليمين للناظر، فإن حلف تسقط الدعوى، وإن نكل عن اليمين يحكم عليه بنكوله.²

ومن هذه الضوابط التي أقرها الفقه الإسلامي من أجل إثبات قضايا الوقف باليمين نستنتج أنه في بعض الحالات قد لا تنطبق قواعد الإثبات باليمين التي نص عليها القانون الجزائري، والقوانين الوضعية على إثبات مسائل الأوقاف بهذه الوسيلة، لذلك نجد أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 35 من قانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم على أنه: "يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية"، فمراعاة من المشرع الجزائري للمصدر الأساسي الذي استمد منه أحكام الوقف وهو الشريعة الإسلامية نجده قد قدم في هذه المادة نكر طرق الإثبات الشرعية على القانونية، كما نجد أن المشرع القطري من خلال المادة 2/6 من القانون رقم 8 لسنة 1996 بشأن الوقف المعدل والمتمم قد نص على أنه: "يثبت الوقف بجميع وسائل الإثبات الشرعية". فهو اقتصر على وسائل الإثبات الشرعية في إثبات الأوقاف، وهذا نظرا لأن نظام الأوقاف هو نظام مصدره الأساسي في التشريع القطري الشريعة الإسلامية، لذلك يتعين على القاضي مراعاة أحكام الفقه الإسلامي حين الاعتماد على اليمين كطريقة من طرق إثبات الأوقاف.

الفرع الثالث: إثبات الوقف بالقرائن

أصل القرينة في التعريف اللغوي هي المقارنة، وتطلق لغة على النفس، وعلى الزوجة، والزوج قرين³، ولما كان المقارن ينبئ عن مقارنه ويعرف به انتقلت هذه التسمية فصارت دليلا من أدلة الإثبات.

¹ عكرمة صبري، الوقف الإسلامي، مرجع سابق، ص 425 .

² نفس المرجع السابق .

³ لسان العرب، لابن منظور، مرجع سابق، ج5، ص 76.

أما في اصطلاح الفقه الإسلاميفإنني لم أقف على تعريف للقرينة عند قدامى الفقهاء، وإن كانوا قد استعملوها مرادفة للأمانة و العلامة ولعل السبب في عدم تعريفهم لها هو وضوح معناها وظهور دلالتها على المقصود بها، وقد عرفها الفقهاء المعاصرين بأنها: " كل أمانة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه " ¹، إلا أنه يؤخذ على هذا التعريف أنه غير مانع إذ أنه لا يقتصر على تعريف القرينة عند الفقهاء فحسب بل يتسع ليشمل القرينة في العلوم الأخرى .

وقد جاء في مجلة الحكام العدلية تعريف القرينة من خلال المادة 1741 بقولها: " القرينة القاطعة هي الأمانة البالغة حد اليقين"، ويؤخذ على هذا التعريف أنه مقصور على تعريف القرينة القاطعة بينما قد تكون القرينة قاطعة كما قد تكون بسيطة.

ونظراً للانتقادات الموجهة للتعريفين السابقين للقرينة يمكن تعريفها بأنها: " الأمانة التي نص عليها الشارع أو استنبطها أئمة الشريعة باجتهاداتهم، أو استنتجها القاضي من الحادثة وظروفها وما يكتنفها من أحوال" ²، وهذا التعريف يشمل جميع أشكال وضروب القرائن وهي ثلاثة أنواع: أولها القرائن التي نص عليها الشارع سواء وردت في القرآن الكريم أو في السنة النبوية المطهرة، وثانيها القرائن التي استنبطها الأئمة والمجتهدون من علماء الشريعة الإسلامية، وثالثها القرائن التي يستنبطها القضاة من الوقائع والظروف والملايسات المحيطة بها.

وفي الفقه القانوني عرف السنهوري القرينة بقوله: " القرينة بوجه عام هي نقل الإثبات من الواقعة المراد إثباتها بالذات إلى واقعة أخرى قريبة منها، إذا ثبتت اعتبر ثبوتها دليلاً على صحة ثبوت الواقعة الأولى " ³. كما يمكن تعريفها بأنها: ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول.

وبناء على ذلك فالقرينة بصفاتها دليل إثبات في القانون الوضعي تنقسم إلى قسمين، قرينة قانونية وقرينة قضائية، فالأولى: هي التي يقوم المشرع نفسه باستنباطها من واقعة معلومة، فيقرر أنه مادامت هناك واقعة قد ثبتت فإن واقعة أخرى معينة تثبت بثبوت الواقعة الأولى، وهي ليست في الواقع إلا قرينة قضائية توافرت واطرد وقوعها، فاستقر القضاء عليها، ومن ثم لم تصبح هذه القرينة متغيرة الدلالة من قضية إلى أخرى، فرأى المشرع في اطرادها واستقرارها ما يجعلها جديرة بأن ينص على توحيد دلالتها، فتصبح بذلك قرينة قانونية ⁴، وذلك كوصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه قرينة على علمه به ⁵.

¹ مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص 214 .

² أنور دبور، القرائن ودورها في الإثبات، دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر سنة 1985، ص 9 .

³ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج2 ص 336.

⁴ نفس المرجع السابق، ج2، ص 600-601،

⁵ نصت المادة 61 ق م ج على أنه: " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة عن العلم به، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك " .

أما القرائن القضائية فنصت بخصوصها 340 ق م ج أنه: "يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون...". وإنما كانت متروكة لتقدير القاضي لأن الإثبات بالقرائن إثبات غير مباشر، لأنه لا ينصب على الواقعة ذاتها، وإنما على واقعة أخرى، إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها، فللقاضي سلطة واسعة في استخلاص القرائن القضائية، ومعنى ذلك أن القاضي حر في اختيار أية واقعة من الوقائع التي تثبت أمامه، لكي يستنبط منها قرينة على صحة الواقعة المراد إثباتها، كما أن له سلطة واسعة في استنباط ما تحتمل القاعدة من دلالة، فضلا عن أنه حر في تكوين اقتناعه، فقد يقتنع بقرينة واحدة قوية الدلالة، وقد لا يقتنع بعدة قرائن يرى أنها ضعيفة الدلالة، وهو في تقديره هذا لا يخضع لرقابة المحكمة العليا متى كان استخلاصه للقرائن والأخذ بها سائغا.

وللقاضي سلطة واسعة أيضا في أن يستنبط القرائن من أي مصدر يراه، فله أن يستنبطها من أوراق الدعوى، أو من أوراق الشهود، أو من تقرير الخبير، أو من دعاوى أخرى قامت بين الخصوم أنفسهم، على أن هذه القرائن لا تفيد إلا في إثبات ما يجوز إثباته بالبينة وفقا لمقتضيات المادة 340 من ق مج.

ولقد ضرب الفقه الإسلامي أمثلة عن الأخذ بالقرائن في إثبات الأملاك الوقفية ومن ذلك ما ذهب إليه الدسوقي من المالكية بقوله: "إذا رأينا كتبنا مودوعة في خزانة وقد مضى عليها مدة طويلة وقد اشتهرت بذلك، لم يشك في كونها وقفا وحكمها حكم المدرسة في الوقفية"¹، فهذه قرينة واضحة يثبت بها الوقف، وهو ما نشاهده اليوم في المساجد حيث نجد أن المصاحف والكتب قد كتب عليها "وقف لله على المسجد الفلاني"، فإذا أوجد مثل هذه الكتابة على كتب أو مصاحف ولو خارج المسجد فتلك قرينة على أنها وقف.

كما قال البهوتي من الحنابلة أنه: "ولو وجد على دابة مكتوب حبس في سبيل الله، أو وجد على باب دار، أو على حائطها وقف، أو مسجد، أو مدرسة، حكم بما هو مكتوب على هذه الأشياء المذكورة، لأن الكتابة عليها أمانة قوية، فعمل بها، لا سيما عند عدم المعارضة، وأما إذا عارض ذلك بينة لا تتهم، ولا تستند إلى مجرد اليد، بل تذكر سبب الملك واستمراره، فإنها تقدم على مجرد الأمارات، وأما إن عارضها مجرد اليد لم يلتفت إليها"². وقد جاء ما يدعم هذا التوجه في تبصرة الحكام لابن فرحون حيث قال: "كتب القاضي فلان إلى القاضي فلان في رجل من أهل الثغر بيده فرس موسوم في فحذه حبس لله تعالى، رفع إلى القاضي فسأل عن وجه تملكه للفرس، فقال اشتريته من بلاد البربر... فكتب إليه القاضي: إن لم يعرف ملكه للفرس من قبل هذه السمة وإلا أقام بينة بما ادعاه وخلقى بينه وبينه

¹ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدسوقي، مرجع سابق، ج4، ص76.

² كشف القناع على متن الإقناع، للبهوتي، مرجع سابق، ج6 ص553-554.

وإن لم تقم بينة بما ادعاه فأمضه في سبيل الله على ما ظهر من وسمه ... فدل على أن الوسم أثر يعمل به ما لم يعارضه معارض¹.

فكل هذه الأمثلة دلالة على أن الأخذ بالقرائن حجة في إثبات الأوقاف، حيث أن نظام الأوقاف هو نظام قديم عمل به منذ فجر الإسلام في عهد النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة من بعده، لذلك قد يعدم الدليل الذي يثبت الأوقاف ولا يبقى منها سوى أمارات وعلامات كقرينة تدل عليه فعلى القاضي عندئذ الاحتكام إلى حجيتها في إثبات الملك الوقفي .

والخلاصة التي يمكن أن نخرج بها من خلال ما ورد بهذا المبحث هي: أن الامام بالطرق الشرعية والقانونية التي من خلالها يتم إثبات الأملاك الوقفية تلعب دورا هاما في حماية هذه الأملاك، وذلك لأن الحق بالنسبة لصاحبه لا قيمة له عند المنازعة فيه إذا لم يُقم الدليل عليه.

وأن هذه الطرق لإثبات الأملاك الوقفية منها ما هو مهياً ومُعد سلفاً من أجل إثباتها كما هو حال كتابة الأوقاف سواء تعلق الأمر بالكتابة الرسمية التي رأينا أن المشرع الجزائري يتطلبها من أجل إثبات الوقف وليست ركناً من أركان انعقاده، أو الكتابة العرفية أو التخصيص من أجل إنشاء الأوقاف عن طريق العقود الإدارية، أو إثبات الأوقاف بالعقود الشرعية، كما تعتبر شهادة الشهود من الطرق المهيأة في إثبات الأوقاف حيث يشترط العديد من القوانين الوضعية ضرورة الإشهاد المكتوب بالملك الوقفي كشرط لسماع الدعوى به.

كما عرفنا أن من طرق إثبات الأوقاف ما ليس مهياً من أجل إثباتها إنما يعد بعد ثوران النزاع بشأنها ومن هذه الأدلة الإقرار حيث يقر بوجود الوقف الواقف ذاته أو ورثته، أما اليمين كوسيلة من وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية فرأينا أنه يوجد خصوصية بشأنها حين إثبات الأوقاف بمقتضاها حيث يعمل بها حينما تكون لصالح الوقف ولا يؤخذ بها إذا لم تكن لصالحه فلا يجوز تحليف اليمين على الوقف، كما تعتبر القرائن طريقة من طرق إثبات الأملاك الوقفية كالكتب والمصاحف التي يكتب عليها " وقف لله تعالى " فهذه قرينة على أنها وقف.

¹ تبصرة الحكام، لابن فرحون، مرجع سابق، ج2، ص 127.

خاتمة

لقد حاولت من خلال هذه الدراسة أن أتقصى القواعد القانونية الرامية إلى حماية الأملاك الوقفية في القوانين الوضعية من خلال ما استمدته من أحكام أساسها الفقه الإسلامي، فلا شك أن محاولة رسم صورة عن هذه القواعد يتم من خلال التركيز على الجمع بين ما ورد بخصوصها في الشريعة الإسلامية وما اختاره المشرعون في دولهم من هذه الاختيارات الفقهية وتكييفها مع متطلبات المجتمع وظروفه الحياتية، فتقنين القواعد المنظمة للأوقاف بإفراغها في قالب تشريعي حديث فرض على هؤلاء المشرعين اعتماد منهجية خاصة تجمع بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، حيث نجد أن كل تشريعات الدول الإسلامية والعربية في مادة الوقف تنص على ضرورة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد به نص، وهذا يدل بما لا يدع أي مجال للشك أنها تجعل من الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي لها في تقنين أحكام الأوقاف.

ففي مجال إدارة الأوقاف نجد أن الدولة الحديثة أصبحت متدخلة في هذه الإدارة والإشراف عليها، من خلال جعل النظارة على الأوقاف أو مراقبة النظار، تتولاها جهات حكومية بدل من استقلال النظارة الفردية بتسيير وتدبير شؤون الأوقاف، فيما تبنت بعض الدول مثل قطر الجمع بين الإدارة الحكومية من ناحية والإدارة الأهلية من ناحية ثانية في تسيير الأوقاف، وهذا من شأنه أن يوفر للأوقاف آلية من آليات حمايتها، حيث تساهم الإدارة المشتركة بين الجهات الحكومية والأهلية في المساهمة في إحياء سنة الوقف بتعزيز ثقة الأفراد في المؤسسة الوقفية مما يجعلهم يقدمون على إنشاء أوقاف جديدة، وفي مجال هذه الإدارة وحمايتها للأوقاف نخلص إلى جملة من النتائج تتمثل فيما يلي:

1 - أن الوقف حقيقة شرعية وواقعية وقانونية يتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة عن شخصية الواقف والموقوف عليهم والناظر فلا ملكية لهؤلاء على أموال الوقف، كما أن الدولة تسهر بما تسنه من تشريعات على حماية الأوقاف وتطبيق إرادة وشروط الواقف .

2 - اعتماد المشرع الجزائري على النظام المركزي في الإدارة الحكومية الوقفية والذي يظهر من خلال السلطة المخولة لوزير الشؤون الدينية والأوقاف في تعيين ناظر الملك الوقفي صاحب الإشراف المباشر على شؤون الوقف، هذه المركزية أدت إلى عدم تفعيل العديد من النصوص القانونية الواردة في الكثير من المراسيم التطبيقية لقانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم .

3 - إدارة الأوقاف ترتبط ارتباطا وثيقا بالشروط التي يضمنها الواقفون في عقود إنشاء أوقافهم إذا كانت هذه الشروط لا تخالف مقتضيات هذا العقد ولا تخالف حكما من أحكام الشريعة الإسلامية، كما ترتبط هذه الإدارة من ناحية ثانية بالخصائص المميزة للأملاك الوقفية من حيث عدم جواز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع، كما أنها غير قابلة للحجز، ولا تسري عليها الأحكام المتعلقة بالحيازة والتقدم، ومراعاة هذه الخصائص يساهم إسهاما كبيرا في توفير الحماية لها.

- 4 - تعيين ناظر على الملك الوقفي يعد ضرورة حتمية، سواء كان هذا التعيين من الواقف أو القاضي أو من طرف الإدارة المشرفة على الأوقاف على اختلاف الأنظمة القانونية وما تتبناه من ذلك، على أنه يُشترط في هذا الناظر الإسلام والبلوغ والعقل والعدالة والأمانة واستحضار الخوف من الله عز وجل من أجل أن يؤدي عمله المنوط به حيال الملك الوقفي على أكمل وجه مما ينتج عنه حسن إدارة الوقف التي تؤدي بدورها إلى أن يحقق هذا الأخير الأهداف التي أنشئ من أجلها.
- 5 - يُطالب الناظر من أجل حماية الملك الوقفي القيام بالأعمال التالية: إجراء العمارة لأعيان الوقف وصيانتها وإجراء العقود اللازمة للوقف، والعمل على تنميته، وتحصيل غلاته وأداء ما عليه من التزامات مالية، وأداء حقوق المستحقين (الموقوف عليهم) حسب شروط الواقف والدفاع عن الوقف، وإعداد بيان ميزانية بموارد الوقف، ولا يكفي الناظر بالأعمال السابقة بل لا بد له من الاهتمام بآخر ما وصلت إليه الإدارة الحديثة للمنشآت الإنتاجية من تسويق وعلاقات عمل والاستعانة بالمحامين من أجل الترافع عن الوقف أمام الجهات القضائية عند قيام المنازعة فيه.
- 6 - يستحق الناظر على الوقف أجره نظير المهام التي يقوم بها خدمة للوقف، هذه الأجرة تساهم بدورها في حماية الوقف كي لا تمتد له يد الناظر، ومقدار هذه الأجرة يحدده الواقف وإن لم يفعل فالإدارة المشرفة على الأوقاف، ويجب أن تتناسب مع تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية، وتستوفي هذه الأجرة من ريع الوقف، وإن لم يكن له ريع كاف فتتحملها الخزينة العامة للدولة .
- 7- رغم أن الناظر يعد أمينا على الملك الوقفي إلا أن الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية تقرر آليات لمحاسبته من أجل حماية ما تحت يده من أموال الوقف، فمما لا شك فيه أن رقابة ومحاسبة ناظر الوقف على الأعمال التي يقوم بها بخصوص الوقف تمثل وجهاً من الأوجه الهامة في حمايته والمحافظة عليه، فمبدأ الرقابة على أصحاب الولايات عموماً وإن كان يمثل واجباً من الواجبات الملقاة على عاتق الدولة بما تسنه من تشريعات، فإنه مطلوب في النظرة على الوقف خصوصاً.
- أما بخصوص استثمار الأموال الموقوفة وأثرها في حماية هذا الأخيرة، فإن الاستثمار نشاط اقتصادي الهدف منه إدماج الأموال في الدورة الاقتصادية تبعاً لدراسة علمية لينتفع صاحبها من نمائها ولكي تؤثر في الاقتصاد العام حركة ونموها، وبما أن الطبيعة الشرعية والقانونية للوقف تتمثل في بقاء أصله والإنفاق من ريعه فإن استثماره بالطرق الشرعية يكون واجباً على القائمين على شؤونه، فليس صحيحاً القول بأن الأوقاف تؤدي إلى توقف أو عرقلة الحركة الاقتصادية في الدولة بل الأمر على خلاف ذلك تماماً، حيث أصبح يُنظر إلى الأملاك الوقفية على أنها جزء مهم من الثروة الوطنية يتعين التفكير والبحث بجدية واستمرار عن كل السبل الكفيلة بحمايتها، لأنه بدون هذه الحماية سيتأثر الاقتصاد الوطني سلباً، لذلك ففي مجال الاستثمار الوقفي نستخلص النتائج التالية:

1 - استثمار الأملاك الوقفية يعد ضرورة فالفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية المقارنة تُراعي البعد التنموي للأوقاف عن طريق فتح المجال لاستثمارها وتنميتها، أخذنا في الاعتبار الضوابط الشرعية لهذه العملية .

2 - عملية استثمار الأوقاف محكومة بمجموعة من الأسس والمعايير والضوابط الفنية التي تتفق مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية من أهمها: ضرورة المحافظة على أصل الملك الوقفي، وتحقيق الأمان النسبي بضرورة التقليل من المخاطر الاستثمارية، وتحقيق المرونة في تغيير صيغ ومجال الاستثمار، ومراعاة اشتراطات الواقف.

3 - طرق استثمار الأملاك الوقفية متعددة منها ما هو أصلي في ذلك مثل عقود إيجار الأملاك الوقفية التي تعد الطريقة الشائعة في استثمارها، وعقود المساقاة والمزراعة في الأراضي الفلاحية الموقوفة الصالحة للزراعة، وعقود المقاوله والتعمير من أجل تنمية الأراضي الوقفية القابلة للبناء أو المبنية فعلا، كما أن هناك طرقا أخرى تعتبر استثنائية في استثمار الأملاك الوقفية لا يجوز اللجوء إليها إلا في حالات الضرورة تتمثل في عقد الحكر والمرصد وتغيير وجهة الأملاك الوقفية أو استبدالها بأوقاف أخرى بدلا عنها تحل محلها .

4 - اعتمد بعض المشرعين كالمشرع الجزائري والمغربي على طريقة المزاد العلني كطريقة أصلية في إيجار الأملاك الوقفية، ولا شك أن هذه الطريقة توفر رقابة قانونية ذات فعالية لحماية هذه الأملاك والمحافظة عليها، إذ تعد طريقة المزاد العلني من أساسيات دعم الوقف وتنميته وحسن استثماره وذلك من خلال ما تضمنه من شفافية ومنافسة، الحرص عليهما يعد أمرا ضروريا في عملية إيجار الأملاك الوقفية فالمراد العلني مفتوح للجميع الأمر الذي يحول دون غبن الوقف محل الإيجار أو إثراء الغير على حسابه.

5 - من خلال عقود الإيجار المرفقة كملاحق بهذه الرسالة نجد أنه من الناحية العملية في الجزائر يغيب دور ناظر الوقف في الجانب الاستثماري للوقف، حيث تستحوذ مديرية الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية على هذا الدور، حيث تعتبر الطرف الممثل للأوقاف والمكلف قانونا بإبرام هذه العقود، مما ينتج عن ذلك تداخل في المهام بينها وبين ناظر الملك الوقفي .

6 - لم يوضح المشرع الجزائري الإجراءات الواجب إتباعها في عملية استبدال الأملاك الوقفية كما فعل مع عقد إيجار هذه الأملاك في المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لشروط إدارة الملك الوقفية وحمايتها وكيفيات ذلك، فاستبدال الأوقاف المنتهية الغلة بغيرها من الأوقاف الصالحة كطريقة من الطرق الاستثنائية في استثمارها تعد من عوامل بقائها وحمايتها، فكان على المشرع بيان الإجراءات الواجب على ناظر الوقف أو السلطة المكلفة بالأوقاف اتباعها من أجل إتمام هذه العملية .

وفيما يتعلق بالمنازعات الوقفية والإثبات فيها، فمن المعلوم أن القضاء لعب دورا هاما في توفير الحماية للمنظومة الوقفية من خلال تطبيق النصوص القانونية والاجتهادات الفقهية على ما قد ينشأ من منازعات تتعلق بالأوقاف، وفي الكثير من الأحيان نجد أن القضاء كانت له اجتهادات عملية في إيجاد

حلول للإشكالات الوقفية ساهمت اسهاما كبيرا في حمايتها، ومن ناحية ثانية تعد مسألة إثبات الأملاك الوقفية أمرا بالغ الأهمية وذلك لأن ما لا دليل عليه يُعد هو والعدم سواء، والحق بالنسبة لصاحبه لا قيمته له ما لم يُقم الدليل عليه، فقد قرر الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية أن إثبات الأوقاف يكون بكل الطرق التي يمكن إثباتها بها، ومن نتائج البحث المستخلصة في هذا الصدد ما يلي:

1 - لا يمكن بحال من الأحوال حصر الأسباب المؤدية إلى المنازعة الوقفية فهي متعددة ومتجددة، غير أن مُجمل هذه المنازعات تتعلق إما بالواقف، كما يمكن أن تكون متعلقة بمحل الوقف أو بإدارة وتسيير الأملاك الوقفية، وقد تنشأ بسبب الموقوف عليهم أو الغير .

2 - تجعل القوانين الوضعية المقارنة النيابة العامة طرفا في الدعاوى الوقفية من أجل حماية هذه الأملاك، إلى درجة أن بعض التشريعات رتبت بطلان الأحكام القضائية المتعلقة بالأوقاف إذا لم تكن النيابة العامة طرفا فيها وأن هذا البطلان بطلان مطلق متعلق بالنظام العام ويقضي به القاضي من تلقاء نفسه .

3 - في ظل التشريع الجزائري يختص القضاء العادي بنظر الدعاوى الوقفية، وقد يختص بنظرها أحيانا القضاء الإداري إعمالا للمعيار العضوي وفقا لمقتضيات المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

4 - بعض التشريعات المقارنة كالقانون الأردني والقطري والعُماني يجعل الاختصاص النوعي بنظر الدعاوى الوقفية ينعقد للمحاكم الشرعية وهي محاكم تعمل بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية وغيرها من المسائل التي يكون مصدرها الشريعة الإسلامية، حيث أنه ولا شك يكون القضاة على مستوى هذه المحاكم الشرعية أقدر على فهم الاجتهادات الفقهية في مسائل الأوقاف من خلال ما يضمنه لهم التكوين الشرعي الذي يحظون به.

5 - الاختصاص الإقليمي بنظر الدعاوى الوقفية يخضع للقواعد العامة، فغالبا ما ينعقد للجهة القضائية الواقعة في دائرة اختصاصها موقع الأموال الموقوفة .

6 - يذهب الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية إلى تبني منهج تيسير إثبات الأملاك الوقفية، حيث يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية التي يمكن إثباتها بها كالكتابة وشهادة الشهود والإقرار واليمين والقرائن.

وتتوجبا لما تقدم من بسط في فصول هذا البحث وعرض وتحليل وأهم النتائج المستخلصة، يقدم الباحث جملة من التوصيات والمقترحات من شأنها أن تساهم في حماية وترقية المنظومة الوقفية تتمثل فيما يلي :

1 - الحث على الاجتهاد في مسائل الأوقاف على أن يكون أساس هذا الاجتهاد قواعد الشريعة الإسلامية مع مراعاة الظروف الاجتماعية والاقتصادية المعاصرة دون مخالفة قاعدة معلومة من الدين الإسلامي .

- 2 - العمل على استقلال الأوقاف بمنظومة تشريعية متكاملة، وذلك لأن الأملاك الوقفية متميزة عن الأملاك العامة والأملاك الخاصة.
- 3 - ضرورة استقلال إدارة الأوقاف عن الوزارات الحكومية، وذلك من خلال تأسيس في كل دولة هيئة مستقلة للأوقاف تتمتع بالاستقلالية وبالشخصية الاعتبارية للإشراف العام على الأوقاف والرقابة عليها، ونقل الإرادة السياسية الموجهة نحو الاهتمام بالأوقاف من مجرد شعارات ونصوص قانونية جامدة إلى تصورات تطبيقية قابلة للتجسيد على أرض الواقع.
- 4 - العمل على توسيع المشاركة الشعبية وتفعيل دورها في تحريك ودعم وحماية النشاط الوقفي في المجتمع، وذلك من خلال صيغ العمل الوقفي الداعي للمشاركة الشعبية والجماهيرية كالصناديق الوقفية والوقفات المجتمعية، كما هو عليه الحال في دولة الكويت .
- 5 - تدريب العاملين في مجال الأوقاف على التعامل مع النصوص القانونية المنظمة للأوقاف، والاستفادة من الاجتهادات الفقهية في هذا المجال من أجل تفادي العيوب والثغرات الموجودة على المستوى التشريعي .
- 6 - ضرورة السعي الجاد إلى إعادة واسترجاع الأملاك الوقفية التي استولت عليها الدولة الحديثة في الدول الإسلامية بموجب ما سُمي بالإصلاحات أو تأميم الأراضي، ففي التشريع الجزائري ورغم وجود نصوص قانونية واضحة إلا أنه لم تبذل الجهود الكافية لاسترجاع كافة الأملاك الوقفية المؤممة من طرف الدولة .
- 7 - ضرورة الاستفادة من تجارب البلدان الإسلامية الرائدة في مجال الأوقاف كما هو عليه الحال الكويت والإمارات والسودان وماليزيا.
- 8 - إعطاء صلاحيات للقاضي الشرعي وإعادة العمل بالمحاكم الشرعية، في الدول التي هجرتها أو على الأقل تشكيل دوائر داخل المحاكم تختص بنظر الدعاوى الوقفية، مع إخضاع هؤلاء القضاة لدورات تدريبية من أجل الوقوف على جميع جزئيات المنظومة الوقفية، هذا النظام الإسلامي المتميز عن الملكية العامة والملكية الخاصة والذي أرسى قواعد الفقه الإسلامي .
- 9 - مراعاة البعد التنموي للأوقاف وذلك عن طريق فتح آفاق استثمارية له تأخذ بعين الاعتبار الضوابط الشرعية وتستجيب لمتغيرات العصر .
- 10 - تبني المشرعين لسياسة استباقية تقوم على الحماية القبلية للأملاك الوقفية عن طريق تثبيت وضعيتها القانونية قبل حصول أي منازعة فيها، مع تبني التيسير في إثبات الأملاك الوقفية بكافة طرق الإثبات .

قائمة المراجع

أولاً: المصادر

أ - مصادر الفقه الإسلامي

1 - القرآن الكريم

2 - صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، تحقيق: مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، بيروت، لبنان، ط3، سنة 2002.

3 - صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج النيسابوري، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان، سنة 1955.

4 - سنن ابن ماجة، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، سنة 1975.

ب - المصادر القانونية في التشريع الجزائري

1 - الدستور الجزائري لسنة 1989 وتعديله سنة 2020، ج ر ج ج: العدد 82 لسنة 2020 .

2 - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج: العدد 24 لسنة 1989، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 09/05 المؤرخ في 04/05/2005، ج ر ج ج: العدد 15 لسنة 2005.

3 - القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، ج ر ج ج: عدد 49، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 26/95، المؤرخ في 25/09/1995، ج ر ج ج: عدد 55 لسنة 1995 .

4 - القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01/11/1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر ج ج: العدد 52 لسنة 1990 والمعدل والمتمم بموجب القانون 05/04 المؤرخ في 14/08/2004 .

5 - القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27/04/1991 المتضمن قانون الأوقاف، ج ر ج ج: العدد 21 لسنة 1991، المعدل بالقانون رقم 07/01 المؤرخ في 22/05/2001، ج ر ج ج: العدد 29 لسنة 2001، والقانون رقم 10/02 المؤرخ في 14/12/2002 ج ر ج ج: العدد 83 لسنة 2002

6 - القانون رقم 09/08 المؤرخ في 23/02/2008 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج: العدد 21 لسنة 2008.

7 - القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17/02/2011 يحدد لقواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية، ج ر ج ج: العدد 14 لسنة 2011.

8 - القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20/06/2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر ج ج: عدد 14 لسنة 2006.

- 9 - المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري، ج ر ل ج: العدد 14 لسنة 1993.
- 10 - الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن قانون التوثيق، ج ر ل ج: العدد 107 لسنة 1970 .
- 11 - الأمر 73/71 المؤرخ في 08/11/1971 المتضمن الثورة الزراعية، ج ر ل ج: العدد 97 لسنة 1971.
- 12 - الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر ج ج: العدد 92 لسنة 1975.
- 13 - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، ج ر ج ج: العدد 78 لسنة 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005، ج ر ج ج: العدد 44 لسنة 2005، والقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13/05/2007، ج ر ج ج: العدد 31 لسنة 2007.
- 14 - المرسوم رقم 88/63 المؤرخ في 18/03/1963 المتعلق بتنظيم الأملاك الشاغرة، ج ر ج ج: عدد 15 لسنة 1963.
- 15 - المرسوم رقم 283/64 المؤرخ في 17/09/1964 المتضمن الأملاك الحبسية العامة، ج ر ج ج: العدد 35 لسنة 1964 .
- 16 - المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المؤرخ في 16/09/2015، ج ر ج ج: العدد 50 لسنة 2005.
- 17 - المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر ج ج: العدد 30 لسنة 1976، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 19/05/1993 ج ر ج ج: العدد 34 لسنة 1993 .
- 18 - المرسوم التنفيذي رقم 99/89 المؤرخ في 27/06/1989 المحدد لصلاحيات وزير الشؤون الدينية، ج ر ج ج: العدد 26 لسنة 1989.
- 19 - المرسوم التنفيذي رقم 81/91 المؤرخ في 23/03/1991 المتعلق ببناء المسجد وتنظيمه وتسييره وتحديد وظيفته، ج ر ج ج: العدد 16 لسنة 1991، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 338/91 المؤرخ في 28/09/1991، ج ر ج ج: العدد 45 لسنة 1991، والمرسوم التنفيذي رقم 437/92 المؤرخ في 30/11/1992، ج ر ج ج: العدد 85 لسنة 1992 .
- 20 - المرسوم التنفيذي رقم 82/91 المؤرخ في 23/03/1991 المتضمن إحداث مؤسسة المسجد، ج ر ج ج: العدد 16 لسنة 1991.
- 21 - المرسوم التنفيذي 69/94 المؤرخ في 19/03/1994 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار، ج ر ج ج: 17 لسنة 1994.

- 22 - المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 01/12/1998 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، ج ر ج ج: العدد 90 لسنة 1998 .
- 23 - المرسوم التنفيذي 146/2000 المؤرخ في 28/06/2000 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، ج ر ج ج: العدد 38 لسنة 2000، المعدل والمتمم بموجب المرسوم رقم 427/05 المؤرخ في 07/11/2005، ج ر ج ج: العدد 73 لسنة 2005 .
- 24 - المرسوم التنفيذي 200/2000 المؤرخ في 26/06/2000 المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها، ج ر ج ج: العدد 47 لسنة 2000
- 25 - المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 26/10/2000 المتضمن إحداث وثيقة الإسهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروطه وكيفيات تسليمها، ج ر ج ج: العدد 64 لسنة 2000.
- 26 - المرسوم التنفيذي رقم 51/03 المؤرخ في 04/02/2003 المحدد لكيفيات تطبيق المادة 8 مكرر من القانون 10/91 المؤرخ في 27/04/1991 المعدل والمتمم، ج ر ج ج: العدد 8 لسنة 2003 .
- 27 - المرسوم التنفيذي رقم 411/08 المؤرخ 24/12/2008 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف، ج ر ج ج: 37 لسنة 2008 .
- 28 - المرسوم التنفيذي رقم 70/14 المؤرخ في 10/02/2014، يحدد شروط وكيفيات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة، ج ر ج ج: العدد 9 لسنة 2014 .
- 28 - القرار الوزاري المشترك الصادر عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف ووزير المالية، المؤرخ في 02/03/1999 المتضمن إنشاء الصندوق المركزي للأملاك الوقفية، ج ر ج ج: العدد 32 لسنة 1999.
- 29 - القرار الوزاري الصادر عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف، المؤرخ في 26/05/2001 المحدد لشكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، المؤرخ في 26/05/2001، ج ر ج ج: العدد 31 لسنة 2001.
- 30 - القرار الوزاري الصادر عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف، المؤرخ في 06/06/2001 المحدد لمحتوى السجل الخاص بالملك الوقفي، ج ر ج ج: العدد 32 لسنة 2001.
- 31 - القرار الوزاري المشترك الصادر عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف ووزير المالية، المؤرخ في 15/11/2003 المحدد لشكل ومحتوى السجل العقاري الخاص بالملك الوقفي، ج ر ج ج: العدد 17 لسنة 2003 .
- ج - المصادر القانونية في التشريعات المقارنة
- 1 - مدونة الأوقاف المغربية المؤرخة في 23 فبراير 2010، الجريدة الرسمية المغربية، العدد 5847، المؤرخة في 14 يونيو 2010 .

- 2 - قانون المسطرة المدنية المغربي، المؤرخ في 28 سبتمبر 1974 المعدل والمتمم، آخر تعديل له بالقانون رقم 95-53 بتنفيذ الظهير الشريف رقم 14-14-1 بتاريخ 6 مارس 2014، الجريدة الرسمية المغربية عدد 6240 بتاريخ 20 مارس 2014 .
- 3 - القانون رقم 32 لسنة 2001، قانون الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية الأردني، الجريدة الرسمية الأردنية، رقم 4496 الصادرة بتاريخ 16/7/2001 .
- 4 - القانون المدني الأردني - القانون رقم 43 لسنة 1976 وتعديله لسنة 2016 .
- 5 - قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رقم 31 لسنة 1959، الجريدة الرسمية الأردنية رقم 1449 المؤرخة في 1/11/1959 م المعدل والمتمم بالقانون رقم 48 لسنة 2001، الجريدة الرسمية الأردنية رقم 4524 المؤرخة في 11/12/2001.
- 6- قانون البيئات الأردني رقم 30 لسنة 1952 المعدل والمتمم بالقانون رقم 16 لسنة 2005.
- 7- القانون رقم 8 لسنة 1996 بشأن الوقف في دولة قطر، الجريدة الرسمية القطرية العدد السادس، المؤرخة في 22/7/1996 م، المعدل بمقتضى القانون رقم 35 لسنة 2006 .
- 8 - قانون الأوقاف في سلطنة عُمان، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 65/2000، الجريدة الرسمية لسلطنة عُمان رقم 676 الصادرة في 01/8/2000 .
- 9 - قانون الأوقاف الشرعية اليمني رقم 23 لسنة 1992، الجريدة الرسمية اليمنية العدد 6 ج 4 لسنة 1992، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 32 لسنة 2008 المؤرخ في 4/06/2008.
- 10 - القانون رقم 16 لسنة 2008، قانون ديوان الأوقاف القومية الإسلامية في السودان، موقع وزارة العدل السودانية على شبكة الانترنت: <http://moj.gov.sd>
- 11 - قانون رقم 4 لسنة 2011 في شأن الوقف في إمارة الشارقة، موقع الأمانة العامة للأوقاف بإمارة الشارقة: <http://awqafshj.gov.ae/ar/details>
- 12 - قانون الأوقاف المصري رقم 48 لسنة 1946 المعدل والمتمم بقانون هيئة الأوقاف المصرية رقم 80 لسنة 19971 الجريدة الرسمية المصرية، العدد 43 المؤرخة في 28/10/1971 .
- 13 - القانون رقم 1 لسنة 2000، المتعلق بتنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري، الصادر في 92/01/2000، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 4 مكرر الصادرة في 29/10/2000 .

ثانيا: المراجع

أ - الكتب المتخصصة في الوقف

- 1 - إبراهيم البيومي غانم، الأوقاف والسياسة في مصر، دار الشروق، القاهرة، مصر، سنة 1998م.
- 2 - إبراهيم محمود عبد الباقي، دور الوقف في تنمية المجتمع المدني (الأمانة العامة للأوقاف الكويت نموذجاً)، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، سنة 2006.

- 3 - أحكام الأوقاف، أبي بكر أحمد بن عمر الشيباني المعروف بالخصاف، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1999.
- 4 - الإسعاف في أحكام الأوقاف، إبراهيم بن موسى علياظريلسي، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، 1981.
- 5 - جمعة محمود الزريقي، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ليبيا، ط1، سنة 2001 .
- 6 - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة . الوصية . الوقف، دار هومة، الجزائر، سنة 2004.
- 7 - خالد عبد الله الشعيب، النظارة على الوقف، الأمانة العامة للأوقاف دولة الكويت، سنة 2006،
- 8 - رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، دار هومة ، الجزائر، سنة 2006.
- 9 - عبد الحميد الشواربي، منازعات الأوقاف والاحتكار في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1990.
- 10- عبد الحميد الشواربي، وأسامة عثمان، منازعات الأوقاف والأحكام، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، سنة 1995.
- 11- عبد الرزاق اصديحي، الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، سنة 2009.
- 12- عبد الستار أبوغدة وحسين حسين شحاته، الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية للوقف، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، الطبعة الأولى، سنة 1998.
- 13- عكرمة سعيد صبري، الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2011.
- 14- علي عبد الفتاح علي جبريل، حركة تقنين أحكام الوقف في تاريخ مصر المعاصرة، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، سنة 2003 .
- 15- عيسى بوراس، توثيق الوقف العقاري في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، جمعية التراث، غرداية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2012.
- 16- فؤاد عبد الله العمر، استثمار الأموال الموقوفة الشروط الاقتصادية ومستلزمات التنمية، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، 2008.
- 17- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، دمشق، سوريا، سنة 1971 .
- 18- محمد أحمد سراج، أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1998.

- 20- محمد المهدي، نظام النظارة على الأوقاف في الفقه الإسلامي والتطبيقات المعاصرة، الأمانة العامة للأوقاف الكويت، سنة 2011 .
- 21- محمد بن أحمد بن صالح، الوقف في الشريعة الإسلامية وأثره في تنمية المجتمع، مكتبة الملك فهد الوطنية، المملكة العربية السعودية، سنة 2001.
- 22- محمد طوموم الشخصية المعنوية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، بدون دار نشر، سنة 1987 .
- 23- محمد عبيد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، مطبعة الإرشاد بغداد، سنة 1977.
- 24- محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، سنة 2006.
- 25- محمود أحمد المهدي، نظام الوقف في التطبيق المعاصر (نماذج مختارة من تجارب الدول والمجتمعات الإسلامية) مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، سنة 2003.
- 26- مليحة محمد رزق، التطور المؤسسي لقطاع الأوقاف في المجتمعات الإسلامية (دراسة حالة جمهورية مصر العربية) الأمانة العامة للأوقاف الكويت، ط1، سنة 2006 .
- 27- منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2015
- 28- منذر قحف، الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تنميته، دار الفكر، دمشق، سوريا، سنة 2000.
- 29- وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، سنة 1996.
- 30- عبد الوهاب خلاف، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، مطبعة النصر، القاهرة، ط1، سنة 1946.
- ب - الكتب العامة في الفقه القانوني**
- 1- أحمد شرف الدين، عقد الإيجار في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن المبنية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، سنة 2006
- 2- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1999.
- 3- أمير يحيوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هومة، الجزائر، سنة 2004.
- 4- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغداددي، الرويبة، الجزائر، ط3، سنة 2011.
- 5- بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، دار هومة، الجزائر، ط 15، سنة 2013.
- 6- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، الجزائر، سنة 2005 .

- 7- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، ط6، سنة 2006.
- 8- سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006 .
- 9- عبد الحميد الشواربي، أحكام عقد الإيجار في تشريعاته المتعددة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 10- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 1998.
- 11- عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومة، الجزائر، سنة 2013 .
- 12- عبد العزيز سعد، الواضح في شرح القانون المدني (الإثبات في المواد المدنية والتجارية)، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، سنة 2008 .
- 13- عبد العزيز سعد، جرائم التزوير وخيانة الأمانة واستعمال المزور، دار هومة، الجزائر، ط3، سنة 2013
- 14- عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الجزء الثاني، سنة 2002 .
- 15- محمد الصغير بوعلي، القانون الإداري والتنظيم الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2002 .
- 16- محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 1992.
- 17- محمد حسين منصور، المدخل إلى العلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر .
- 18- محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار هومة، الجزائر، سنة 2006.
- 19- محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار هومة، الجزائر، سنة 2006.
- 20- هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، سنة 2010.

ت - معاجم وقواميس اللغة العربية

- 1 - القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1998 .
- 2 - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي الفيومي: أحمد ابن محمد بن علي، المكتبة العربية، بيروت، لبنان، سنة 1997.

- 3 - تاج العروس من جواهر القاموس، أبو الفيض محب الدين السيد محمد الحسيني، دراسة وتحقيق: علي شيري، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1994 .
- 4 - لسان العرب المحيط، لمحمد بن مكرم بن منظور، تقديم: الشيخ عبد الله العلايلي، دار الجيل، بيروت، 1988.
- 5 - معجم مقاييس اللغة، لأبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق وضبط: عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، بيروت، لبنان، سنة 1991 .
- ج - الكتب المقارنة بين الشريعة والقانون**
- 1- بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 1988.
- 2- محمد فتح الله النشار: أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2000.
- 3- محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2002 .
- 4- محمد فرج السنهوري، مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامي، شرح قانون الوقف، مطبعة مصر، القاهرة، سنة 1994.
- 5- عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية - طبيعتها ووظيفتها وقيودها - دراسة مقارنة بالقوانين الوضعية، مكتبة الأقصى، عمان، الأردن، سنة 1984.
- د - كتب تراث الفقه الإسلامي**
- 1- إحكام الأحكام على تحفة الحكام، للقاضي أبي بكر محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي، شرح وتعليق مأمون بن محي الدين الجنان، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، بدون سنة نشر.
- 2- أحكام الأوقاف، للإمام أبي بكر أحمد بن عمر الشيباني المعروف بالخصاف، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1996 .
- 3- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، تحقيق الشيخ عبد الرحمان الوكيل، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1987.
- 4- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، لزين الدين إبراهيم بن محمد ابن النجيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1999 .
- 5- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، للإمام جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1983.

- 6- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل للمرداوي: علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، سنة 1956.
- 7- البحر الرائق، لزيد بن محمد بن أبي بكر، دار المعرفة، بيروت، سنة 1997.
- 8- التعريفات، علي بن محمد الشريف الجرجاني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط3، سنة 1996.
- 9- الذخيرة، أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، سنة 1994.
- 10- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، لسيد أحمد الدردير أبو البركات، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 2000.
- 11- الفتاوى الكبرى، أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ب س ن.
- 12- الكامل في التاريخ، لابن الأثير الجزري، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، سنة 1967.
- 13- المعيار المعرب عن فتاوى علماء إفريقيا والأندلس والمغرب، أحمد بن يحيى الونشريسي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ب س ن.
- 14- المغني، لعبد الله بن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1981.
- 15- المهذب في فقه الإمام الشافعي، لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الفكر، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
- 16- النوازل الجديدة الكبرى، لأبوعيسى سيدي المهدي الوزاني، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ط1، سنة 1996.
- 17- الهداية شرح البداية، لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغياني، المكتبة الإسلامية، بيروت، بدون سنة نشر.
- 18- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد، دار الحديث، القاهرة، سنة 2004.
- 19- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر الكساني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1986.
- 20- تفسير ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر ابن كثير القرشي الدمشقي، تحقيق: محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، 1999.
- 21- تفسير الإمامين الجلالين، جلال الدين محمد بن أحمد بن محمد المعلي، وجمال الدين عبد الرحمان أبي بكر السيوطي، دار ابن كثير، دمشق، سنة 1987.

- 22- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، سنة 1996.
- 23- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، لمحمد أمين ابن عابدين، دار الفكر، دمشق، سوريا، سنة 1992.
- 24- روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، سنة 1991.
- 25- روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1991.
- 26- سير أعلام النبلاء للذهبي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1990 .
- 27- شرح النووي على صحيح مسلم، لأبي زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، سنة 1972.
- 28- شرح حدود ابن عرفة، أبو عبد الله الرصاع التونسي، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1999.
- 29- شرح حدود ابن عرفة، أبو عبد الله محمد الأنصاري المعروف بالرصاع، تحقيق محمد أبو الأجدان والظاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط1، سنة 1993.
- 30- شرح منتهى الإيرادات، يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتاب، بيروت، لبنان، ط2، سنة 1996.
- 31- فقه السنة للسيد سابق، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، سنة 1971 .
- 32- فتاوى قضبان، محمود الأوز جندي قضبان، دار صادر بيروت ، لبنان ، سنة 1991 .
- 33- فتاوى ومسائل ابن صلاح، لتقي الدين أبي عمرو عثمان بن صلاح الكردي الشهر زوري، تحقيق: عبد المعطي أمين قلنجي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، سنة 1986.
- 34- فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.
- 35- فتح التقدير على الهداية، كمال الدين بن الهمام، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط1 سنة 1995م.
- 36- كتاب الأم، محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة للنشر، بيروت، لبنان، سنة 1990.
- 37- كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن تونس بن إدريس البهوتي، تحقيق هلال مصلي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر .
- 38- مجموع فتاوى ابن تيمية، أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 1995.
- 39- محمد بن حسن الشطي، القواعد الحنبلية في التصرفات العقارية، دار المقتبس، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2014 .

40مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، سنة 2000.

41- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لمحمد بن عبد الرحمن المغربي، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1992.

42- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1984

هـ - الكتب المعاصرة في الفقه الإسلامي

1- سعيد سعد مرطان، مدخل للفكر الاقتصادي في الإسلام، مؤسسة الرسالة ، بيروت، لبنان، سنة 1986 .

2- علي حيدر أمين أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، بيروت، لبنان، سنة 1991م.

3- فؤاد السرطاوي، التمويل الإسلامي ودور القطاع الخاص، دار المسيرة للطباعة والنشر، عمان، الأردن، سنة 1999.

4- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، دمشق، سوريا، ب س ن.

5- محمد نجيب عوضين المغربي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 2005 .

6- مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سوريا، سنة 2004.

7- نزيه حماد، نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية، دار العلم، دمشق، سوريا، سنة 1994.

8- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط4، سنة 1997.

9- يوسف قاسم، تاريخ الفقه الإسلامي، طبعة كلية الحقوق جامعة القاهرة، سنة 2005.

و - المقالات والمجلات

1- أشرف جنوي، استثناء الأوقاف العامة من الأثر التظهيري للرسم العقاري، مقال ضمن سلسلة دراسات وأبحاث الأملاك الوقفية، جمع وتنسيق زكرياء العماري، دار الأفق المغربية، الدار البيضاء، المملكة المغربية، سنة 2014.

2- عمر زهير حافظ، نماذج وقفية من القرن التاسع الهجري، مقال ضمن ندوة الوقف في الشريعة الإسلامية ومجالاته، الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 2002.

3- علي محي الدين القرّة داغي، مقال بعنوان، نظرة تجديدية للوقف واستثماراته، الموقع الإلكتروني: <http://www.onislam.net/arabic/madarik>

4- محمد مختار السلامي، استثمار أموال الوقف، مقال ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الكويت في الفترة من 15 . 17 شعبان 1424 هـ، الموافق ل 11 . 13 أكتوبر 2003 .

- 5- حسين حسين شحاتة، استثمار أموال الوقف، مقال ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الكويت في الفترة من 11 . 13 أكتوبر 2003 .
- 6- نور حسن عبد الحليم قاروت، دور القضاء الشرعي في ضبط تصرفات الناظر، مقال ضمن المؤتمر الثاني للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، سنة 2006 م
- 7- محمد البشير مغيلي، التكوين الاقتصادي للوقف في بلدان المغرب العربي، مقال منشور ضمن ندوة نظام الوقف والمجتمع المدني في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية والأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، بيروت، من 8 إلى 11 أكتوبر 2001 .
- 8- محمد عثمان اشبير، مشمولات أجرة الناظر المعاصرة، مقال ضمن منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت ، في 11 . 13 أكتوبر 2003.
- 9- أنور أحمد القرع، الحماية المدنية للوقف، مقال بمجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد الثاني، سنة 1999.
- 10- بدر ناصر المطيري، التجارب الإسلامية الحديثة في تنظيم وإدارة الأوقاف " دولة الكويت نموذجاً"، مجلة نصف شهرية محكمة تصدر عن الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، العدد 15، سنة 2008.
- 11- محمد عيسى، فقه الوقف وإدارته في الإسلام، مقال ضمن دورة الأوقاف الإسلامية بالجزائر، وزارة الشؤون الدينية بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، سنة 1999 م.
- 12- عبد القادر بوعصيبة، انقضاء الوقف المعقب في ضوء مستجدات مدونة الأوقاف. مجلة القبس المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد الرابع، سنة 2013.
- 13- جمعة الزريقي، الإطار التشريعي لنظام الوقف في بلدان المغرب العربي، مقال ضمن ندوة نظام الوقف والمجتمع المدني في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية والأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، بيروت، لبنان، أكتوبر 2001.
- 14- أحمد محمد سليمان الأهدل، من أحكام الناظر، مقال ضمن ندوة الوقف الإسلامي، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقدة يومي 6 . 7 ديسمبر 1997 .
- 15- مصطفى محمود عبد العال، دور الوقف في تفعيل التكامل في الوطن العربي، مقال منشور في مجلة النهضة، تصدرها كلية الاقتصاد والعلوم السياسية جامعة القاهرة، العدد الثالث، يوليو 2005.
- 16- عجيل جاسم النشمي، مقال بعنوان " مشمولات أجرة الناظر المعاصرة " ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، الكويت في الفترة من 11 . 13 أكتوبر 2003.
- 17- محمد مصطفى الزحيلي، مقال بعنوان " مشمولات أجرة الناظر المعاصرة " ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، الكويت في الفترة من 11 . 13 أكتوبر 2003.

- 18- عبد الناصر موسى أبو البصل، التقاضي في دعاوى الوقف ومنازعاته، مقال ضمن أبحاث منتدى قضايا الوقف الفقهيية الثالث، من 28 إلى 30 أبريل 2007، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت.
- 19-المجلة القضائية عدد4، قسم الوثائق والنشر للمحكمة العليا 1989 .
- 20- المجلة القضائية عدد3، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا 1994 .
- 21- المجلة القضائية عدد2، قسم الوثائق 1998.
- 22- المجلة القضائية عدد1، قسم الوثائق 1999 .
- 23- المجلة القضائية عدد3، قسم الوثائق 2009.
- 24- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية - عدد خاص - قسم الوثائق 2001 .

ر - الرسائل الجامعية

- 1- بن تونس زكرياء، المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال قانون الأوقاف الجزائري، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر. سنة 2006.
- 2-بن عزوز عبد القادر، فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام (دراسة تطبيقية عن الوقف الجزائري) رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2004.
- 3- عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثماره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2006
- 4- فطازي خير الدين، نظام الوقف في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2007.

ز- المراجع باللغة الأجنبية

- 1 -¹ OCTAVE PESLE. La théorie et la pratique des habous dans le rite Malékite; Imprimeries Réunies de la Vigie Marocaine et de; petit Marocain; Casablanca; 1941; P:8 .

ي - المواقع الالكترونية على شبكة الانترنت

- 1 -المحكمة العليا الجزائرية على شبكة الانترنت: <http://www.coursupreme.dz/index.php>
- 2 - الأمانة العامة للأوقاف بإمارة الشارقة: <http://awqafshj.gov.ae/ar/details>
- 3 - للأمانة العامة للأوقاف الكويتية: <http://www.awqaf.org.kw>.
- 4 علي محي الدين القرّة داغي: <http://www.onislam.net/arabic/madarik>
- 5 - مجمع الفقه الإسلامي: <http://www.fiqhacademy.org.sa/qrrat>
- 6 منظمة التعاون الإسلامي: <http://www.oic-oci.org/home>
- 7 - المكتبة القانونية: <http://fsjes9anon.blogspot.com>

8 وزارة العدل السودانية: <http://moj.gov.sd>

الملحق رقم: 01

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مديرية الأوقاف

وزارة الشؤون الدينية والأوقاف

عقد إيجار رقم 44/أ.أ.ب

عقد إيجار
محل تجاري وقفي

طبقا للقانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق لـ 27 أفريل سنة 1991 م المتعلق بالأوقاف، لاسيما المادة 42 منه .
و بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 99/89 المؤرخ في 23 ذي القعدة عام 1409 هـ الموافق لـ 27 جوان ، سنة 1989 م ، المحدد لصلاحيات وزير الشؤون الدينية لاسيما المادة 6 فقرة 5 منه .
و بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 38/98 المؤرخ في 12 شعبان عام 1419 هـ الموافق لـ 01 ديسمبر سنة 1998 م ، المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها و كفاءتها ذلك .

أبرم هذا العقد بين

1- الطرف الأول المؤجر :

* وزارة الشؤون الدينية ، الكائن مقرها بـ 4 نهج تيمقاد حيدرة ، الجزائر
يمثلها : يوسف عزوزة..... من جهة
بصفته : مدير الشؤون الدينية و الأوقاف لولاية وهران

و

2- الطرف الثاني المستأجر :

* السيد: شريف خضرة
المولودة: بتاريخ: 1953/01/01 بالعمامة .
الحاملة لبطاقة التعريف الوطنية رقم : 897284 وهران الصادرة عن : دائرة وهران - ولاية وهران بتاريخ: 2008/09/15م
بصفته: مكثري
والساكنة بـ 21 شارع سانت سياس - وهران

الفصل الأول

المحل و قيمة الإيجار

المادة (01) :

يؤجر الطرف الأول للطرف الثاني طبقا للشروط المنصوص عليها في هذا العقد
المحل التجاري الوقفي الكائن بـ 44 شارع الإستقلال - المدينة الحديدة - ولاية وهران .
بلدية : وهران ولاية : وهران
- بتكليف من : غافة هـ احده
هـ مساحته الاحتمالية: //

المادة (02) :

أ- حددت قيمة إيجار بـ 15000.00 دج.....

ب- قيمة التسبيق بـ ://..... دج

ج- قيمة الضمان بـ ://..... دج

و هي تمثل قيمة الإيجار لثلاثة أشهر

يدفع الإيجار مع بدايـة كل شهر ، و كل تأخير يتجاوز الشهر يعرض صاحبه

لغرامة مالية بـ 10 % من قيمة الإيجار .

المادة (03) :

يحدد عقد الإيجار ، لمدة : 23 شهر. ابتداء من تاريخ إمضاءه

تطبيقا للمادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المذكور أعلاه .

المادة (04) :

يكون الإيجار قابلا للزيادة تماشيا و أسعار السوق ، نهاية كل سنة و يتم بناء

على قرار وزارة الشؤون الدينية والأوقاف و توجه في ذلك رسالة مضمونة للمستأجر و في حالة

عدم قبول المستأجر يفسخ العقد بصفة تلقائية و يؤجر المحل التجاري عن طريق المزاد العلني .

تطبيقا للمادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المذكور أعلاه .

الفصل الثاني

الشروط العامة

المادة (05) :

يتصف إيجار الملك الوقفي (المحل التجاري) على أنه للانتفاع و لا يمكن أن

يغدو للامتلاك فلا يمكن للمستأجر لا بيعه و لا التنازل عليه و لا رهنه و لا

إيجاره من الباطن و لا التصرف فيه بأي شكل من الأشكال و لا التغيير في

طبيعته كليا أو جزئيا و لو بصفة مؤقتة ، مع مراعاة أحكام المادة 24 من

قانون الأوقاف .

المادة (06) :

يمنع على المستأجر إحداث أي تغيير في طبيعة المحل التجاري بزيادة أو

نقصان إلا بعد الموافقة الخطية لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف بموجب

وصل مسجل .

المادة (07)

يلتزم المستأجر بإجراء الإصلاحات الصغيرة الناتجة عن استغلاله للمحل التجاري أو بكل أعمال الترميم المترتبة على أي خلل كان المستأجر سببا فيه.

المادة (08):

يلتزم المستأجر باحترام القوانين و الآداب العامة في مجالات النظافة و الأمن، و حسن الجيرة و في حالة مخالفتها يفسخ العقد بقوة القانون دون أي تعويض و تقع عليه المسؤولية المدنية لعمل المحل عما يحدث من حوادث و ما يسبب من أضرار.

المادة (09) :

يقع على المستأجر تسديد تكاليف إيصال الماء و الكهرباء و الغاز و يقع عليه التسديد فواتير الاستهلاك فيها، و كذا إصلاح الآلات و المعدات الموجودة بالمرأب التجاري الوافي.

المادة (10) :

لا يمكن للمستأجر أن يسترد مبلغ التسبيق إذا قرر إلغاء عقد الإيجار قبل انتهاء فترته .

المادة (11) :

يحق للمستأجر أن يطلب إلغاء عقد الإيجار و يشعر الوزارة بطلبه برسالة تبلغ عن طريق محضر قضائي، و يقع عليه تسديد كراء فترة انتظار الرد على أن تتعدى هذه الفترة الشهرين و يستلزم عنه عند الخروج إرجاع مفاتيح المحل التجاري للوزارة أو للجهة التي تمثلها.

المادة (12):

يحق للوزارة إلغاء عقد الإيجار في الحالات التالية:

- تأخر المستأجر في دفع الإيجار شهرين متتاليين
- تسجيل المستأجر تذبذبا في تسديد أجرة الكراء و عدم احترام مواعيدها.
- عدم احترام شروط الأمن و النظافة و الآداب العام
- ملاحظة إهمال الملك و عدم الحفاظ عليه
- إذا ما دعت المصلحة العامة لذلك .

المادة (13) :

تطبيقاً للمادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المذكور أعلاه في حالة وفاة المستأجر يفسخ عقد الإيجار قانوناً و يعاد تحريره و جوباً لصالح الورثة الشرعيين للمستأجر خلال المدة المتبقية من العقد الأولى مع مراعاة مضمونة .

المادة (14) :

كل خلاف قد يحدث بين الطرفين حول أحكام هذا العقد، يسعى إلى حله بالتراضي في المراحل الأولى وفي حالة عدم التواصل لذلك يحال على الجهات المختصة.

المادة (15) :

تختص محكمة إقليم العقار ، بالفصل في المنازعات التي تسجل حوله .

المادة (16) :

يلتزم الطرفان باحترام هذا العقد و كل تصرف مناف لمواده يعتبر لاغ.

المادة (17) :

يصبح هذا العقد ملزماً للطرفين فور إمضائه يوم : 04/04/2014 .
تاريخ سريان مفعوله و تنتهي مدته يوم :

المادة (18) :

وقع المتعاقدان هذه الوثيقة دون ضغط و لا تأثير و على ما تضمنته من معلومات برضى و موافقة الطرفين عند التسليم و الاستلام .

المادة (19) :

يحرر المؤجر هذا العقد في نسختين و تسلم نسخة منه للمستأجر .

المادة (20) :

يلغي هذا العقد سبقة في التاريخ و يكون بذلك العقد الثاني لاغياً .

حرر بـ وهران

يوم :

قرأ و صادق عليه الطرف الثاني

المستأجر

الطرف الأول

وزارة الشؤون الدينية والأوقاف



الملحق رقم: 02

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة الشؤون الدينية والأوقاف

مديرية الشؤون الدينية والأوقاف

لولاية أدرار

رقم: 186/2.8.2000

وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي

المرجع : المرسوم التنفيذي رقم 2000 - 336 المؤرخ في 28 رجب عام 1421 الموافق 26 أكتوبر سنة 2000

والمتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها.

أنا المضي أسفله السيد(ة) : .. عبد المطلب بن محمد ..

المولود(ة) بتاريخ : .. 1928/05/00 ب. المسافر أ. و. ع. ر. و. ت. ..

ابن(ة) .. محمد .. و .. هريسم بوجاحية ..

السكان(ة) في : .. المسافر أ. و. ع. ر. و. ت. .. أدرار ..

بطاقة التعريف الوطنية رقم : .. 688939 .. الصادرة بتاريخ : .. 13/05/23 .. عن دائرة : .. أ. و. ع. ر. و. ت. ..

المهنة : .. مسافر ..

أشهد بشرفي أن العقار المتمثل في : .. مسافر ..

المتكون من : .. مسافر ..

الواقع بالعنوان التالي : .. المسافر أ. و. ع. ر. و. ت. ..

بلدية : .. أ. و. ع. ر. و. ت. .. دائرة : .. أ. و. ع. ر. و. ت. ..

مساحته : .. 2.565,88 م. ..

يحدّه : من الشمال : .. مساحية ..

من الجنوب : .. مسافر ..

من الشرق : .. مسافر ..

من الغرب : .. مساحية ..

ملك وقفي.

وإثباتا لذلك وقّعت هذه الشهادة ، وأنا في كامل قواي العقلية ، والله على ما أقول شهيد .

في : .. في : .. الموافق لـ : .. 14/3/2015 ..

إمضاء الشاهد

محمد المطلب

تظنر للمصادقة على إمضاء
المعني
المجلس الشعبي البلدي
الرئيسي
بتاريخ 19 نوفمبر 2015



الملحق رقم: 06

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة الشؤون الدينية والأوقاف

مديرية الشؤون الدينية والأوقاف

لولاية أدرار

عقد إيجار مسكن وقفي رقم: 02.

طبقاً للمرسوم التنفيذي رقم: 10/91 المؤرخ في: 12 شوال 1411 هـ الموافق ل: 27 أبريل سنة 1991 المتعلق بالأوقاف لا سيما المادة 42 منه.

- وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم: 99/89 المؤرخ في 23 ذي القعدة 1409 الموافق ل: 27 جوان 1989 المحدد لصلاحيات وزير الشؤون الدينية والأوقاف لا سيما المادة 06 الفقرة 05 منه .
- وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم: 381/89 المؤرخ في 12 شعبان 1419 هـ الموافق ل: 01 ديسمبر 1998 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك .

ابرم هذا العقد بين :

01. الطرف الأول المؤجر :

وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ، يمثلها السيد : بكاوي عبد الرحمن بصفته مديراً للشؤون الدينية والأوقاف لولاية أدرار من جهة .

02. الطرف الثاني المستأجر:

- السيد : . حبيح العربي .
المولود بتاريخ : 1974/05/01. ب تسابيت. بلدية . تسابيت ، دائرة : تسابيت.
من جهة اخرى

الفصل الأول : محل وقيمة الإيجار

المادة 01: يؤجر الطرف الأول للطرف الثاني ، طبقاً للشروط المنصوص عليها في هذا العقد : المسكن الوقفي الكائن بالعنوان التالي : قصر اولاد انقال. بلدية: ادرار. دائرة: ادرار .
والمتكون من : 02 غرف و حمام ومطبخ ومرحاض وسطح مستعمل .
المادة 02 : حددت قيمة الإيجار الشهري ب: 800.00 دج - ثمانمائة دينار جزائري - .
تدفع نهاية كل شهر ، وتعتبر جزءاً من قيمة الكراء الذي يمثل الجزء المتبقي منه تغطيه لنفقات جميع الخدمات التي من شأنها أن تبقى الوقف في حالة جيدة .

المادة 03: يحدّد هذا العقد بمدة 03 سنوات طبقاً للمادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المذكور أعلاه .
المادة 04 : يجوز للمؤجر عند تجديد عقد الإيجار أن يعدل من قيمة الإيجار ، ويعلم المستأجر بذلك ، وفي حالة عدم قبول المستأجر للزيادة يتم فسخ العقد تلقائياً ويؤجر الوقف عن طريق المزاد العلني .

الصفحة الأولى

الفصل الثاني : الشروط العامة

- المادة 05 : يتصف إيجار الملك الوقفي على أنه للإنتفاع ، وليس للتملك ، كما لا يمكن للمستأجر بيع الملك الوقفي أو التنازل عنه أو رهنه أو إيجاره من الباطن ولا التصرف فيه بأي شكل من الأشكال أو التغيير في طبيعته كلياً أو جزئياً ولو بصفة مؤقتة ، مع مراعاة أحكام المادة 24 من قانون الأوقاف .
- المادة 06 : يمنع المستأجر من من إحداث أي تغيير يضر بطبيعة الوقف المؤجر .
- المادة 07 : يلزم المستأجر بإجراء الإصلاحات الناتجة عن استغلاله للوقف ، وبجميع أعمال الترميم المترتبة عن أي خلل يكون سبباً فيه .
- المادة 08 : يلزم المستأجر باحترام قوانين الآداب العامة في مجالات النظافة والأمن وحسن الجوار ومخالفة هذا يفسخ العقد بقوة القانون .
- المادة 09 : يحق للمستأجر أن يطلب إلغاء عقد الإيجار ، وهذا بإرسال إشعار مكتوب يبلغ لمديرية الشؤون الدينية والأوقاف ، وعليه أن يتلقى الرد من الإدارة .
- المادة 10 : يحق لمديرية الشؤون الدينية والأوقاف إلغاء عقد الإيجار في الحالات التالية .
- تأخر المستأجر عن دفع الإيجار لمدة سنة كاملة .
 - تسجيل تذبذب او عدم احترام مواعيد دفع قيمة الكراء .
 - عدم احترام شروط الأمن والنظافة والآداب العامة .
- المادة 11 : تطبيقاً للمادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم: 381/98 المذكور اعلاه في حالة وفاة المستأجر يفسخ عقد الإيجار قانوناً ويعاد تحريره وجوباً لصالح الورثة الشرعيين للمستأجر خلال المدة المتبقية من العقد الأولى مع مراعاة مضمونه .
- المادة 12 : تختص محكمة إقليم العقار بالفصل في المنازعات التي تسجل حوله .
- المادة 13 : يصبح هذا العقد ملزماً للطرفين ابتداءً من تاريخ : 2016/01/01 . وتنتهي مدته يوم : 2018/12/31 .
- المادة 14 : وقّع المتعاقدان هذه الوثيقة دون ضغط أو تأثير على ما تضمنته من معلومات برضى وموافقة الطرفين عند التسليم والإستلام .
- المادة 15 : يحزّر المؤجر هذا العقد في نسختين وتسلم نسخة منه للمستأجر .
- المادة 16 : يلغي هذا العقد كل عقد سبقه في هذا التاريخ ويكون بذلك العقد السابق لاغياً .
- حزّر في : .ادرار.. بتاريخ : 2016/12/13 .

قرأه وصادق عليه الطرف الثاني
المستأجر الحلال
الصفحة الثانية والأخيرة

الطرف الأول
مدير الشؤون الدينية والأوقاف لولاية
بشردوي هبعل
بشردوي هبعل

الملحق رقم: 07

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة الشؤون الدينية والأوقاف

مديرية الشؤون الدينية والأوقاف

لولاية أدرار

عقد الإيجار رقم: 2015/01

بناء على القانون رقم: 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 متعلق بالأوقاف
بناء على سير المرسوم التنفيذي رقم: 381/91 المؤرخ في: 1998/12/01 الذي يحدد شروط إدارة
الأموال الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك .
بناء على الأمر رقم 58/75 المؤرخ في: 1975/09/26 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

أطراف العقد :
أبرم هذا العقد بين كل من :
الطرف الأول : مديرية الشؤون الدينية والأوقاف لولاية أدرار، الكائن مقرها بحي 103 مسكن أدرار الممثلة
بالسيد : عبد الرحمان بكرأوي . ، بصفته مدير الشؤون الدينية والأوقاف لولاية أدرار، بصفته :
مؤجر من جهة
الطرف الثاني السيد: عبدلي عمر بن محمد، المولودة بتاريخ 1973./09/06 . ب : بلدية مشونش ،
ولاية بسكرة .
الساكن بشارع قدور بليتيم بلدية أدرار ، بصفته :

مستأجر من جهة أخرى
بناء على الأمر رقم : 58/75 المؤرخ في : 1975 /09 /26 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم:
حيث اتفق الطرفان على ما يأتي :
المادة الأولى : موضوع العقد .
يؤجر الطرف الأول للطرف الثاني حسب الشروط المنصوص عليها في العقد الموقع من الطرفين الملك الوقفي
التالي بيانه :

الصفحة 01/05



التعيين :

محل تجاري وقفي ، الكائن : بشوارع قدور بليتييم بلدية أدرار ، ولاية : أدرار
المساحة الإجمالية : 20 م² (عشرون متراً مربعاً)

المادة الثانية: مدة العقد.

تحدد مدة العقد كما يلي: 03 سنوات قابلة للتجديد عند الضرورة ، ابتداءً من تاريخ: 2015/04/01 الى
غاية : 2018/03/31

المادة الثالثة: ثمن الإيجار.

حدد ثمن الإيجار الشهري بالحروف : (ثمانية آلاف دينار جزائري) وبالأرقام : 8000.00. دج
ويُدفع في نهاية كل شهر أو سنة في حساب إيرادات الأوقاف المفتوح باسم مديرية الشؤون الدينية والأوقاف
لولاية أدرار تحت رقم : 41/ 231 020 0200 00250 001 بفرع البنك الوطني الجزائري الكائن بساحة
الشهداء أدرار مقابل وصل مخالصة يسلمه المؤجر خلال الخمسة أيام الموالية .
يمكن مراجعة قيمة الإيجار عند نهاية تاريخ سريان هذا العقد أو عند تجديده .

المادة الرابعة: الأعباء.

اتفق الطرفان دون المساس بأعباء الصيانة والترميم التي يتحملها كل من الطرفين حسب ما هو منصوص عليه
في العقد وطبقاً لأحكام الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 م المتضمن
القانون المدني .

المادة الخامسة:

يخصص الملك الوقفي المؤجر لاستغلاله في النشاط التجاري (محل تجاري) ، ولا يحق للمستأجر أن يستغله فيما
يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

المادة السادسة:

مبلغ الضمان. على المستأجر أن يدفع مبلغ الضمان المقدر ب:/.....

المادة السابعة: التزامات المتعاقدين .

التزامات المستأجر:

يلتزم المستأجر بما يلي :

01 . شغل الأماكن طبقاً للغرض المتفق عليه في العقد

02 . دفع الإيجار في الوقت المحدد

03 . السماح بتنفيذ أشغال تحسن الأجزاء المشتركة أو الأجزاء الخاصة في الأماكن العقارية المؤجرة

الصفحة: 02/05



05. إهمال الملك الوقفي وعدم صيانتة والمحافظة عليه .

06. عند الضرورة القصوى وخدمة المصلحة العامة .

المادة الحادية عشر:

للمستأجر حق المبادرة في فسخ العقد لأي سبب شخصي ، ويلتزم في هذه الحالة أن يخطر بذلك في أجل شهر واحد قبل موعد الفسخ برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام.

المادة الثانية عشرة:

عملا بأحكام المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في أول مارس 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري ، يخضع هذا العقد بالتسجيل لدى المصالح المسيرة للأوقاف.



التسجيل والطابع

مسجل بأدرار بتاريخ:

حرر بأدرار في: 2015/03/25..

المؤجر
مدير الشؤون الدينية والأوقاف

المستأجر
عبدلي عمر

01/00-4414824-01 : رقم :
شارع قدورينيتيم حي العصابة أدرار

576900
12 AVR 2015
1436611512
4994
12 AVR 2015

05/05 الصفحة

الملحق رقم: 08

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية



وزارة الشؤون الدينية والأوقاف
مديرية الشؤون الدينية والأوقاف
لولاية ادرار

عقد إيجار بستان وقي

تحت رقم : ..12 / م أ

طبقاً للقانون رقم : 10/ 91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق لـ 27 أفريل سنة 1991 م المتعلق بالأوقاف لاسيما المادة 42 منه .
وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 99/ 89 المؤرخ في 23 ذي القعدة عام 1409 هـ الموافق لـ 27 جوان سنة 1989 م، المحدد لصلاحيات وزير الشؤون الدينية و الأوقاف لاسيما المادة 06 الفقرة 5 منه .
وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 381/ 89 المؤرخ في 12 شعبان عام 1419 هـ الموافق لـ 01 ديسمبر سنة 1998 م، المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك .

أبرم هذا العقد بين :

5- الطرف الأول المؤجر :

وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ، بمثلها السيد بكاوي عبد الرحمان بصفته ، مدير الشؤون الدينية والأوقاف لولاية ادرار من جهة .

6- الطرف الثاني المستاجر

السيد بن جعفر عبد الرحمن بن امحمد
المولود (ة) خلال 1954... في رقان .. ادرار .. صاحب بطاقة التعريف الوطنية
رقم 730580 صادرة عن دائرة رقان بتاريخ 2015/06/24.....
والساكن ب: قصر زاوية لحشف . بلدية : سالي . دائرة : رقان ادرار . - من جهة
أخرى

الفصل الأول محل وتقييم الإيجار

المادة 01 : يؤجر الطرف الأول للطرف الثاني ، طبقاً للشروط المنصوص عليها في هذا العقد ،
البستان وقي الكائن ب:زاوية لحشف
المعروف ب:جنان المسجد البلدية :سالي..دائرة : رقان.....ولاية:
.....ادرار.

الصفحة الأولى

يخده :

شمالا :ملك أولاد سيدي ملوك بايلك.....
جنوبا :طريق.....
شرقا :طريق.....
غربا :طريق.....
مساحته :2م6000.....محتوياته.....

المادة 02 : - حددت قيمة الايجار الشهري : ألف و مائتا دينار جزائري...1200,00-ج.....
تدفع نهاية كل شهر ، وتعتبر جزءا من قيمة الكراء الذي يمثل الجزء المتبقي منه تغطية للنفقات التالية : دفع نفقات أعمال الصيانة والإصلاح الخاصة بالفقارة ، التكفل بمصاريف ترميم وإصلاح مجاري المياه المشتركة والخاصة بالبستان الوقفي ، مع القيام بجميع الخدمات التي من شأنها أن تبقى الوقف في حالة جيدة .
- كل تاخير في دفع الايجار السنوي يعرض صاحبه لدفع غرامة مالية تقدر ب 10 % من مبلغ الايجار السنوي .

المادة 03 : يحدد هذا العقد لمدة أربع (04) سنوات ، تطبقا للمادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 381 /98 المذكور أعلاه .

المادة 04 : يكون الايجار قابلا للزيادة تماشيا مع أسعار السوق ، بقرار من إدارة الشؤون الدينية ، وهذا بتوجيه رسالة مضمونة للمستاجر ، وفي حالة عدم القبول يفسخ العقد تلقائيا ويؤجر الوقف عن طريق المزاد العاني .

الفصل الثاني الشروط العامة

المادة 05 : يتصف ايجار الملك الوقفي على أنه للانتفاع ولا يمكن ان يغدو للإملاك ، فلا يمكن للمستاجر لبيعة ولا التنازل عنه ولا رهنهولا إيجاره من الباطن ولا التصرف باي شكل من الاشكال ولا التغيير في طبيعته كليا او جزئيا ولو بصيغة مؤقتة ، مع مراعاة احكام المادة 24 من قانون الاوقاف .

المادة 06 : يمنع المستاجر من إحداث أي تغيير يضر بطبيعة الوقف المؤجر .

المادة 07 : يلزم المستاجر باجراء الاصلاحات الناجمة عن إستغلاله للوقف ، وبجميع أعمال الترميم المترتبة عن إي خلل يكون سببا فيه .

المادة 08 : يلزم المستاجر باحترام قوانين الاداب العامة في مجالات : النظافة والأمن ، وحسن الجوار ، ومخالفة هذا يفسخ العقد بقوة القانون .

الصفحة الثانية

المادة 09 : يحق للمستاجر ان يطلب إلغاء عقد الايجار وهذا باشعار مکتوب يبلغ لمديرية الشؤون الدينية ، وعليه ان يبقي بصفة المستاجر الى ان يتلقى الرد من الادارة .

المادة 10 : يحق لمديرية الشؤون الدينية والاقواق ، الغاء عقد الايجار في الحالات التالية :

- تأخر المستاجر عن دفع الايجار لمدة سنة كاملة .
- تسجيل تذبذب او عدم احترام مواعيد دفع قيمة الكراء .
- عدم احترام شروط الامن والنظافة والاداب العامة .
- ملاحظة اهمال الملك وعدم المحافظة عليه .

المادة 11 : تطبيقا للمادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 381 /98 المذكور اعلاه في حالة وفاة المستاجر يفسخ عقد الايجار قانونا ويعاد تحريره وجوبا لصالح الورثة الشرعيين للمستاجر خلال المدة المتبقية من العقد الاولى مع مراعاة مضمونه .

المادة 12 : تخص محكمة اقليم العقار ، بالفصل في المنازعات التي تسجيل حوله .

المادة 13 : يصبح هذا العقد ملزما للطرفين ابتداء من تاريخ : .. 01 جوان

1016.....

وتنتهي مدته يوم :31/ماي/2020.....

المادة 14 : وقع المتعاقدان هذا الوثيقة دون ضغط ولا تأثير وعلى ما تضمنته من معلومات برضى وموافقة الطرفين عند التسليم والإستلام .

المادة 15 : يحرر الموجر هذا العقد في نسختين وتسلم نسخة منه للمستاجر .

المادة 16 : يلغي هذا العقد كل عقد سبقه في هذا التاريخ ويكون بذلك العقد الثاني لاغيا .

حرر في : ..أدرار... يوم : ...2016/05/17...

قرأه وصادق عليه الطرف الثاني

المستاجر



الطرف الأول

مدير الشؤون الدينية والأوقاف



ملاحظة : يعفى المستاجر من الدفع لمدة 02 سنتين من تاريخ العقد على أن ينفق بالمقابل على الأرض ما تحتاجه من تهيئة

الصفحة الثالثة و الأخيرة

الملحق رقم: 09

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة الشؤون الدينية
مديرية الأوقاف
عقد ايجار رقم / / م أ

عقد ايجار سكن وقفي

طبقا للقانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق لـ 27 افريل سنة 1991 م المتعلق بالأوقاف ، لاسيما المادة 42 منه.
وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 99/89 المؤرخ في 23 ذي القعدة عام 1409 هـ الموافق لـ 27 جوان سنة 1989 م، المحدد لصلاحيات وزير الشؤون الدينية لاسيما المادة 6 فقرة 5 منه.
وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 12 شعبان عام 1419 هـ الموافق لـ 01 ديسمبر سنة 1998م، المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيةها ذلك.

أبرم هذا العقد بين:

1 - الطرف الأول المؤجر:

وزارة الشؤون الدينية، الكائن مقرها بـ 4 نهج تيمقاد
حيدرة ، الجزائر
يمثلها :
بصفته : من جهة.

و

2 - الطرف الثاني المستأجر:

السيد/
المولود بتاريخ في
بصفته
والساكن بـ من جهة أخرى

الفصل الأول

محل وقيمة الإيجار

المادة 1:

يؤجر الطرف الأول للطرف الثاني، طبقا للشروط المنصوص عليها في هذا العقد
للسكن الوقفي الكائن بـ
بلدية : ولاية :
والمكون من غرف و (دورة المياه) و (الحمام) و (المطبخ)
(المساحة الاجمالية لملاك الوقفي م²) (المساحة المبنية م²)
(المساحة غير المبنية م²)

المادة 2 :

- أ - حددت قيمة إيجار ب :
- ب - قيمة التسييق ب :
- ج - قيمة الضمان ب :
- وهي تمثل قيمة الإيجار لثلاثة أشهر.
يدفع الإيجار مع بداية كل شهر، وكل تأخير يتجاوز الشهر يعرض صاحبه لغرامة مالية ب 10% من قيمة الإيجار.

المادة 3 :

يحدد عقد الإيجار، لمدة
تطبيقا للمادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المذكور أعلاه .

المادة 4 :

يكون الإيجار قابلا للزيادة تماشيا وأسعار السوق، ويتم بناء على قرار وزارة الشؤون الدينية وتوجه في ذلك رسالة مضمونة للمستأجر و يمكن أن يحدث ذلك مع بداية كل سنة.
تطبيقا للمادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المذكور أعلاه .

الفصل الثاني
الشروط العامة

المادة 5 :

يتصف إيجار الملك الوقفي على أنه للانتفاع ولا يمكن أن يغدو للإمتلاك، فلا يمكن للمستأجر لا بيعه ولا التنازل عليه ولا رهنه ولا إيجاره من الباطن ولا التصرف فيه بأي شكل من الأشكال ولا التغيير في طبيعته كليا أو جزئيا ولوبصفة مؤقتة، مع مراعاة احكام المادة 24 من قانون الأوقاف.

المادة 6 :

يمنع على المستأجر إحداث أي تغيير في طبيعة المحل بزيادة أو نقصان إلا بعد الموافقة الخطية لوزارة الشؤون الدينية بموجب وصل مسجل .

المادة 7 :

يلتزم المستأجر بإجراء الإصلاحات الصغيرة الناتجة عن إستغلاله المحل و بكل أعمال الترميم المترتبة عن أي خلل كان المستأجر سببافيه.

المادة 8 :

يلتزم المستأجر باحترام القوانين و الآداب العامة في مجالات النظافة والأمن، وحسن الجيرة و في حالة مخالفتها يفسخ العقد بقوة القانون دون أي تعويض و تقع عليه المسؤولية المدنية لعمل المحل عما يحدث من حوادث و ما يسبب من أضرار.

المادة 9 :

يقع على المستأجر تسديد تكاليف إيصال الماء و الكهرباء و الغاز و يقع عليه تسديد فواتير الإستهلاك فيها، وكذا إصلاح الآلات و المعدات الموجودة بالمحل التجاري.

المادة 10 :

لا يمكن للمستأجر ان يسترد مبلغ التسبيق إذا قرر إلغاء عقد الإيجار قبل إنتهاء فترته .

المادة 11 :

يحق للمستأجر أن يطلب إلغاء عقد الإيجار ويشعر الوزارة بطلبه برسالة تبلغ عن طريق محضر قضائي، و يقع عليه تسديد كراء فترة انتظار الرد على أن لا تتعدى هذه الفترة الشهرين ويستلزم عنه عند الخروج إرجاع مفاتيح المحل للوزارة أو للجهة التي تمثلها.

المادة 12 :

يحق للوزارة إلغاء عقد الإيجار في الحالات التالية:
* تأخر المستأجر في دفع الإيجار شهرين متتاليين.
* تسجيل المستأجر تدبذبا في تسديد أجرة الكراء وعدم إحترام مواعيدها.
* عدم احترام شروط الأمن والنظافة و الأدب العام.
* ملاحظة إهمال الملك عدم الحفاظ عليه.
* إذا ما دعت المصلحة العامة لذلك.

المادة 13 :

تطبيقا للمادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المذكور أعلاه في حالة وفاة المستأجر يفسخ عقد الإيجار قانونا ويعاد تحريره وجو بالصالح الورثة الشرعيين للمستأجر خلال المدة المتبقية من العقد الأولي مع مراعاة مضمونة.

المادة 14:

كل خلاف قد يحدث بين الطرفين حول احكام هذا العقد ،
يسعى إلى حله بالتراضي في المراحل الأولى وفي حالة عدم التوصل
لذلك يحال على الجهات المختصة.

المادة 15:

تختص محكمة اقليم العقار، بالفصل في المنازعات التي
تتسجل حوله.

المادة 16:

يلتزم الطرفان باحترام هذا العقد و كل تصرف مناف لمواده
يعتبر لاغ.

المادة 17:

يصبح هذا العقد ملزماً للطرفين فور إمضائه يوم:

تاريخ سريان مفعوله وتنتهي مدته يوم:

المادة 18:

وقع المتعاقدان هذه الوثيقة دون ضغط ولا تأثير وعلى
ماتضمنته من معلومات برضى وموافقة الطرفين عند التسليم والإستلام.

المادة 19 :

يحرر المؤجر هذا العقد في نسختين وتسلم نسخة منه للمستأجر.

المادة 20 :

يلغي هذا العقد كل عقد سبقه في التاريخ ويكون بذلك العقد الثاني لا غيا.

حرر في:

يوم:

قرأ وصادق عليه الطرف الثاني
المستأجر

الطرف الاول
وزارة الشؤون الدينية

الملحق رقم 10

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة الشؤون الدينية
مديرية الأوقاف
عقد ايجار رقم / / م أ

عقد ايجار محل تجاري وقفي

طبقا للقانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق لـ 27 افريل سنة 1991 م المتعلق بالأوقاف ، لاسيما المادة 42 منه.
وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 99/89 المؤرخ في 23 ذي القعدة عام 1409 هـ الموافق لـ 27 جوان سنة 1989 م، المحدد لصلاحيات وزير الشؤون الدينية لاسيما المادة 6 فقرة 5 منه.
وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 12 شعبان عام 1419 هـ الموافق لـ 01 ديسمبر سنة 1998م، المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفياتها ذلك.

أبرم هذا العقد بين:

1 - الطرف الأول المؤجر:

وزارة الشؤون الدينية، الكائن مقرها بـ 4 نهج تيمقاد
حيدرة، الجزائر.
يمثلها : من جهة.
بصفته :

و

2 - الطرف الثاني المستأجر:

السيد/.....
المولود بتاريخ في من جهة أخرى
بصفته
والساكن بـ

الفصل الأول

محل وقيمة الإيجار

المادة 1 :

يؤجر الطرف الأول للطرف الثاني، طبقا للشروط المنصوص عليها في هذا العقد
المحل التجاري الوقفي الكائن بـ
بلدية : الولاية :
والمكون من :
نوع النشاط :
قياسه :

.../...

المادة 2 :

- أ - حددت قيمة إيجار ب :
- ب - قيمة التسبيق ب :
- ج - قيمة الضمان ب :
- وهي تمثل قيمة الإيجار لثلاثة أشهر .
يدفع الإيجار مع بداية كل شهر، وكل تأخير يتجاوز الشهر
يعرض صاحبه لغرامة مالية ب 10% من قيمة الإيجار .

المادة 3 :

يحدد عقد الإيجار، لمدة
تطبيقا للمادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المذكور أعلاه .

المادة 4 :

يكون الإيجار قابلا للزيادة تماشيا وأسعار السوق، نهاية كل
سنة ويتم بناء على قرار وزارة الشؤون الدينية وتوجه في ذلك رسالة
مضمونة للمستأجر وفي حالة عدم قبول المستأجر يفسخ العقد بصفة
تلقائية و يؤجر المحل عن طريق المزاد العلني .
تطبيقا للمادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المذكور أعلاه .

الفصل الثاني
الشروط العامة

المادة 5 :

يتصف إيجار الملك الوقفي على أنه للانتفاع ولا يمكن أن
يغدو للإمتلاك ، فلا يمكن للمستأجر لا يبيعه ولا التنازل عليه ولا رهنه
ولا إيجاره من الباطن ولا التصرف فيه بأي شكل من الأشكال ولا
التغيير في طبيعته كليا أو جزئيا ولوبصفة مؤقتة، مع مراعاة احكام
المادة 24 من قانون الأوقاف .

المادة 6 :

يمنع على المستأجر إحداث أي تغيير في طبيعة المحل بزيادة
أونقصان إلا بعد الموافقة الخطية لوزارة الشؤون الدينية بموجب وصل
مسجل .

المادة 7 :

يلتزم المستأجر بإجراء الإصلاحات الصغيرة الناتجة عن إستغلاله المحل و بكل أعمال الترميم المترتبة عن أي خلل كان المستأجر سببافيه.

المادة 8 :

يلتزم المستأجر باحترام القوانين و الآداب العامة في مجالات النظافة والأمن، وحسن الجيرة و في حالة مخالفتها يفسخ العقد بقوة القانون دون أي تعويض و تقع عليه المسؤولية المدنية لعمل المحل عما يحدث من حوادث و ما يسبب من أخطار:

المادة 9 :

يقع على المستأجر تسديد تكاليف إيصال الماء و الكهرباء و الغاز و يقع عليه تسديد فواتير الإستهلاك فيها، وكذا إصلاح الآلات و المعدات الموجودة بالمحل التجاري.

المادة 10 :

لا يمكن للمستأجر ان يسترد مبلغ التسييق إذا قرر إلغاء عقد الإيجار قبل إنتهاء فترته .

المادة 11 :

يحق للمستأجر أن يطلب إلغاء عقد الإيجار ويشعر الوزارة بطلبه برسالة تبلغ عن طريق محضر قضائي، و يقع عليه تسديد كراء فترة انتظار الرد على أن لا تتعدى هذه الفترة الشهرين ويستلزم عنه عند الخروج إرجاع مفاتيح المحل للوزارة أو للجهة التي تمثلها.

المادة 12 :

يحق للوزارة إلغاء عقد الإيجار في الحالات التالية:

- * تأخر المستأجر في دفع الإيجار شهرين متتاليين.
- * تسجيل المستأجر تذبذباً في تسديد أجرة الكراء وعدم إحترام مواعيدها.
- * عدم احترام شروط الأمن والنظافة و الأدب العام.
- * ملاحظة إهمال الملك عدم الحفاظ عليه.
- * إذا ما دعت المصلحة العامة لذلك.

المادة 13 :

تطبيقاً للمادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المذكور أعلاه في حالة وفاة المستأجر يفسخ عقد الإيجار قانوناً ويعاد تحريره وجو بالصالح الورثة الشرعيين للمستأجر خلال المدة المتبقية من العقد الأولي مع مراعاة مضمونة.

المادة 14:

كل خلاف قد يحدث بين الطرفين حول احكام هذا العقد ،
يسعى إلى حله بالتراضي في المراحل الأولى وفي حالة عدم التوصل
لذلك يحال على الجهات المختصة.

المادة 15:

تختص محكمة اقليم العقار، بالفصل في المنازعات التي
تتسجل حوله.

المادة 16:

يلتزم الطرفان باحترام هذا العقد و كل تصرف مناف لمواده
يعتبر لاغ.

المادة 17:

يصبح هذا العقد ملزماً للطرفين فور امضائه يوم:

تاريخ سريان مفعوله وتنتهي مدته يوم:

المادة 18:

وقع المتعاقدان هذه الوثيقة دون ضغط ولا تأثير وعلى
ماتضمنته من معلومات برضى وموافقة الطرفين عند التسليم والإستلام.

المادة 19 :

يحرر المؤجر هذا العقد في نسختين وتسلم نسخة منه للمستأجر.

المادة 20 :

يلغى هذا العقد كل عقد سبقه في التاريخ ويكون بذلك العقد الثاني لا غيا.

حرف في:

يوم:

قرأ وصادق عليه الطرف الثاني
المستأجر

الطرف الاول
وزارة الشؤون الدينية

الملحق رقم: 11

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة الشؤون الدينية
مديرية الأوقاف
عقد ايجار رقم / / م أ

عقد ايجار أرض فلاحية وقفية

طبقا للقانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق لـ 27 افريل سنة 1991 م المتعلق بالأوقاف ، لاسيما المادة 42 منه.
وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 99/89 المؤرخ في 23 ذي القعدة عام 1409 هـ الموافق لـ 27 جوان سنة 1989 م، المحدد لصلاحيات وزير الشؤون الدينية لاسيما المادة 6 فقرة 5 منه.
وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 12 شعبان عام 1419 هـ الموافق لـ 01 ديسمبر سنة 1998م، المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفياتها ذلك.

أبرم هذا العقد بين:

1 - الطرف الأول المؤجر:

وزارة الشؤون الدينية، الكائن مقرها بـ 4 نهج تيمقاد حيدرة ، الجزائر.
يمثلها
بصفته.....
من جهة

و

2 - الطرف الثاني المستأجر:

السيد (ة)
المولود(ة) بتاريخ..... في..... من جهة أخرى
بصفته
والساكن بـ

الفصل الأول

محل وقيمة الإيجار

المادة 1:

يؤجر الطرف الأول للطرف الثاني، طبقا للشروط المنصوص عليها في هذا العقد

قطعة أرض فلاحية وقفية الكائنة بـ.....
بلدية: ولاية:.....
يحدّها شرقا:
غربا:
شمالا:
جنوبا:
مساحتها:
وبها:

المادة 2 : أ - حددت قيمة الإيجار بـ

ب - قيمة التسبيق بـ

ج - قيمة الضمان بـ

د -

وهي تمثل قيمة الإيجار لثلاثة أشهر.
يدفع الإيجار مع بداية كل شهر، وكل تأخير يتجاوز الشهر يعرض صاحبه لغرامة مالية ب 10% من قيمة الإيجار.

المادة 3 :

يحدد عقد الإيجار، لمدة.....
تطبيقا للمادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المذكور أعلاه .

المادة 4 :

يكون الإيجار قابلا للزيادة تماشيا وأسعار السوق، ويتم بناء على قرار وزارة الشؤون الدينية وتوجهه في ذلك رسالة مضمونة للمستأجر وفي حالة عدم قبول المستأجر يفسخ العقد بصفة تلقائية توجرا لارض عن طريق المزاد العلني.

تطبيقا للمادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المذكور أعلاه.

الفصل الثاني الشروط العامة

المادة 5 :

يتصف إيجار الملك الوقفي على أنه للانتفاع ولا يمكن أن يغدو للإمتلاك، فلا يمكن للمستأجر لا بيعه ولا التنازل عليه ولا رهنه ولا إيجاره من الباطن ولا التصرف فيه بأي شكل من الأشكال ولا التغيير في طبيعته كليا أو جزئيا ولو بصفة مؤقتة، مع مراعاة احكام المادة 24 من قانون الأوقاف.

المادة 6 :

يمنع على المستأجر إحداث أي تغيير في طبيعة المحل بزيادة أو نقصان إلا بعد الموافقة الخطية لوزارة الشؤون الدينية بموجب وصل مسجل .

المادة 7 :

يلتزم المستأجر بإجراء الإصلاحات الصغيرة الناتجة عن استغلاله المحل و بكل أعمال الترميم المترتبة عن أي خلل كان المستأجر سبب فيه.

المادة 8 :

يلتزم المستأجر باحترام القوانين و الأداب العامة في مجالات النظافة والأمن، وحسن الجيرة و في حالة مخالفتها يفسخ العقد بقوة القانون دون أي تعويض و تقع عليه المسؤولية المدنية لعمل المحل عما يحدث من حوادث و ما يسبب من أضرار.

المادة 9 :

يقع على المستأجر تسديد تكاليف إيصال الماء و الكهرباء والغاز و يقع عليه تسديد فواتير الإستهلاك فيها، وكذا إصلاح الآلات و المعدات الموجودة بالمحل التجاري.

المادة 10 :

لا يمكن للمستأجر ان يسترد مبلغ التسييق إذا قرر إلغاء عقد الإيجار قبل إنتهاء فترته .

المادة 11 :

يحق للمستأجر أن يطلب إلغاء عقد الإيجار ويشعر الوزارة بطلبه برسالة تبلغ عن طريق محضر قضائي، و يقع عليه تسديد كراء فترة انتظار الرد على أن لا تتعدى هذه الفترة الشهرين ويستلزم عنه عند الخروج إرجاع مفاتيح المحل للوزارة أو للجهة التي تمثلها.

المادة 12 :

يحق للوزارة إلغاء عقد الإيجار في الحالات التالية:
* تأخر المستأجر في دفع الإيجار شهرين متتاليين.
* تسجيل المستأجر تدبذبا في تسديد أجرة الكراء وعدم إحترام مواعيدها.
* عدم احترام شروط الأمن والنظافة و الأدب العام.
* ملاحظة إهمال الملك عدم الحفاظ عليه.
* إذا ما دعت المصلحة العامة لذلك.

المادة 13 :

تطبيقا للمادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المذكور أعلاه في حالة وفاة المستأجر يفسخ عقد الإيجار قانونا وبعاد تحريره وجو بالصالح الورثة الشرعيين للمستأجر خلال المدة المتبقية من العقد الأولي مع مراعاة مضمونة.

المادة 14:

كل خلاف قد يحدث بين الطرفين حول احكام هذا العقد ، يسعى إلى حله بالتراضي في المراحل الأولى وفي حالة عدم التوصل لذلك يحال على الجهات المختصة.

المادة 15:

تختص محكمة اقليم العقار، بالفصل في المنازعات التي تتسجل حوله..

المادة 16:

يلتزم الطرفان باحترام هذا العقد و كل تصرف مناف لمواده يعتبر لاغ.

المادة 17:

يصبح هذا العقد ملزماً للطرفين فور إمضائه يوم:.....
تاريخ سريان مفعوله وتنتهي مدته يوم:.....

المادة 18:

وقع المتعاقدان هذه الوثيقة دون ضغط ولا تأثير وعلى ماتضمنته من معلومات برضى وموافقة الطرفين عند التسليم والإستلام.

المادة 19 :

يحرر المؤجر هذا العقد في نسختين وتسلم نسخة منه للمستأجر.

المادة 20 :

يلغي هذا العقد كل عقد سبقه في التاريخ ويكون بذلك العقد الثاني لا غيا.

حرر في:

يوم:

قرأ وصادق عليه الطرف الثاني
المستأجر

الطرف الاول
وزارة الشؤون الدينية

المادة 14:

كل خلاف قد يحدث بين الطرفين حول احكام هذا العقد ،
يسعى إلى حله بالتراضي في المراحل الأولى وفي حالة عدم التوصل
لذلك يحال على الجهات المختصة.

المادة 15:

تختص محكمة اقليم العقار، بالفصل في المنازعات التي
تتسجل حوله..

المادة 16:

يلتزم الطرفان باحترام هذا العقد و كل تصرف مناف لمواده
يعتبر لادع.

المادة 17:

يصبح هذا العقد ملزما للطرفين فور إمضائه يوم:.....
تاريخ سريان مفعوله وتنتهي مدته يوم:.....

المادة 18:

وقع المتعاقدان هذه الوثيقة دون ضغط ولا تأثير وعلى
ماتضمنته من معلومات برضى وموافقة الطرفين عند التسليم والإستلام.

المادة 19 :

يحرر المؤجر هذا العقد في نسختين وتسلم نسخة منه للمستأجر.

المادة 20 :

يلغي هذا العقد كل عقد سبقه في التاريخ ويكون بذلك العقد الثاني لا غيا.

حرر في:

يوم:

قرأ وصادق عليه الطرف الثاني
المستأجر

الطرف الاول
وزارة الشؤون الدينية

الصفحة	الموضوع
01	مقدمة
08	الفصل التمهيدي: ماهية الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
09	المبحث الأول: تعريف الوقف وأركانه
09	المطلب الأول: تعريف الوقف ودليل مشروعيته
10	الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي للوقف
10	أولاً: التعريف اللغوي للوقف
10	ثانياً: تعريف الوقف في الاصطلاح الشرعي
14	الفرع الثاني: تعريف الوقف في القانون الوضعي
14	أولاً: تعريف الوقف في التشريع الجزائري
17	ثانياً: تعريف الوقف في تشريعات بعض الدول العربية
19	الفرع الثالث: دليل مشروعية الوقف
19	أولاً: أدلة مشروعية الوقف من القرآن الكريم
21	ثانياً: أدلة مشروعية الوقف من السنة النبوية
22	ثالثاً: أدلة مشروعية الوقف من إجماع الصحابة
23	الطلب الثاني: أركان الوقف وشروطه
24	الفرع الأول: الواقف وشروطه
25	أولاً: يشترط في الواقف أن يكون متمتعاً بأهلية التبرع
26	ثانياً: يشترط في الواقف أن يكون عاقلاً
27	ثالثاً: يشترط في الواقف أن لا يكون محجوراً عليه لسفه أو غفلة أو دين
28	رابعاً: يشترط في الواقف أن لا يكون مريضاً مرض الموت
29	خامساً: يُشترط في الواقف أن يكون مالكا للمال الموقوف
31	الفرع الثاني: محل الوقف وشروطه
31	أولاً: شرط طبيعة محل الوقف
33	ثانياً: يُشترط أن يكون محل الوقف معلوماً معيناً
34	ثالثاً: أن يكون محل الوقف مشروعاً
34	الفرع الثالث: صيغة الوقف وشروطها
37	الفرع الرابع: الموقوف عليه وشروطه
38	أولاً: أن يكون الموقوف عليه جهة بر وخير
38	ثانياً: أن تكون الجهة الموقوف عليها غير منقطعة

40	المبحث الثاني: أقسام الوقف وإطاره التشريعي
40	المطلب الأول: أقسام الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
41	الفرع الأول : أقسام الوقف في الفقه الإسلامي
41	أولاً: الوقف الخيري
43	ثانياً: الوقف الأهلي (الذري)
45	ثالثاً: الوقف المشترك
46	الفرع الثاني: أقسام الوقف في القانون الوضعي
46	أولاً: أقسام الوقف في القانون الجزائري
46	1 - الوقف العام
48	2 - الوقف الخاص
50	ثانياً: أقسام الوقف في قوانين بعض الدول العربية
53	المطلب الثاني: الإطار التشريعي للأوقاف في الجزائر بعد الاستقلال
54	الفرع الأول : نظام الوقف ما بعد الاستقلال إلى صدور دستور 1989
54	أولاً: الوقف والمرسوم رقم 388 /63
54	ثانياً: الوقف والمرسوم رقم 283/64
57	ثالثاً : الوقف و قانون الأسرة رقم 11/84
58	الفرع الثاني: تنظيم الأوقاف بعد صدور دستور 1989
58	أولاً : الوقف وقانون التوجيه العقاري رقم 25/90
59	ثانياً : الوقف و القانون رقم 10/91 ونصوصه التنظيمية والقوانين المعدلة له
63	ثالثاً : الوقف والقرارات الوزارية
66	الفصل الأول: إدارة الوقف وأثرها في حمايته
67	المبحث الأول: أحكام النظارة على الوقف ودورها في حمايته
67	المطلب الأول: ماهية النظارة على الوقف
68	الفرع الأول : تعريف النظارة على الوقف وبيان مشروعيتها
72	الفرع الثاني: التكييف الشرعي والقانوني للنظارة على الوقف
72	أولاً : تكييف النظارة على الوقف في الفقه الإسلامي
72	1- النظارة على الوقف عقد وكالة
75	2- النظارة على الوقف من الولايات
75	ثانياً: تكييف النظارة على الوقف في القانون الوضعي
77	الفرع الثالث : شروط ناظر الوقف

أولاً: الشروط المتفق عليها لدى الفقه الإسلامي وموقف القوانين الوضعية منها	78
1 - أن يكون الناظر بالغاً سن الرشد	78
2 - أن يكون الناظر عاقلاً	79
3 - أن يكون الناظر ذا قوة وقدرة على القيام بشؤون الوقف	80
4 - أن يكون الناظر أميناً	81
ثانياً : الشروط المختلف فيها لدى الفقه الإسلامي وموقف القانون الجزائري منها	82
1 - أن يكون الناظر عدلاً	82
2 - أن يكون الناظر مسلماً	85
ثالثاً: شرط الجنسية انفرد به القانون الجزائري عن الفقه الإسلامي	87
المطلب الثاني : أقسام النظارة على الأوقاف	89
الفرع الأول: النظارة الأصلية على الوقف	89
أولاً- حق الواقف في النظارة الأصلية على وقفه	89
ثانياً- مدى أحقية الموقوف عليه للنظارة الأصلية على الوقف	91
ثالثاً : حق القاضي في الولاية الأصلية على الوقف	92
الفرع الثاني: النظارة الفرعية على الوقف	94
أولاً - النظارة بالشرط	94
ثانياً - النظارة بالوكالة	95
ثالثاً - النظارة بالتفويض	96
المطلب الثالث : الأجهزة القائمة على إدارة الأوقاف في القانون الوضعي	96
الفرع الأول : الأجهزة القائمة على إدارة الأوقاف في القانون الجزائري	97
أولاً - وزارة الشؤون الدينية والأوقاف	97
1 - المفتشية العامة	98
2 . مديرية الأوقاف والحج	98
3 - لجنة الأوقاف	100
4 - الصندوق المركزي للأوقاف	102
ثانياً - مديرية الشؤون الدينية والأوقاف	103
ثالثاً - وكيل الأوقاف	104
رابعاً - مؤسسة المسجد	105
خامساً - جهاز التسيير المباشر (ناظر الملك الوقفي)	106
الفرع الثاني: التجربة الكويتية الحديثة في إدارة الأوقاف	108

108	أولاً - الأمانة العامة للأوقاف
112	ثانياً - الصناديق الوقفية.....
112	1 - الصناديق الوقفية: التعريف والأهداف
113	2 - إدارة وموارد الصناديق الوقفية
117	المبحث الثاني: حماية الوقف في مواجهة الناظر
117	المطلب الأول: وظيفة ناظر الوقف
118	الفرع الأول: الأعمال التي يجب على ناظر الوقف القيام بها
118	أولاً : حفظ الوقف
118	1 - عمارة الوقف
121	2 - الدفاع عن الوقف وحمايته
123	ثانياً: تنفيذ شروط الواقف
127	ثالثاً: تحصيل الغلة وأداء حقوق المستحقين
130	الفرع الثاني: الأعمال التي يجب على ناظر الوقف الامتناع عنها
130	أولاً : بيع الوقف
132	ثانياً: التعدي على الوقف
136	المطلب الثاني: أجره ناظر الوقف
137	الفرع الأول: مدى مشروعية أجره ناظر الوقف
140	الفرع الثاني: تقدير أجره ناظر الوقف
140	أولاً تقدير أجره ناظر الوقف في الفقه الإسلامي
142	ثانياً - تقدير أجره ناظر الوقف في القانون الوضعي
143	الفرع الثالث: المورد المالي لأجره ناظر الوقف
143	أولاً- المورد المالي لأجره ناظر الوقف في الفقه الإسلامي.....
145	ثانياً - المورد المالي لأجره ناظر الوقف في القانون الوضعي
146	المطلب الثالث : محاسبة ناظر الوقف وعزله
147	الفرع الأول: محاسبة ناظر الوقف في الفقه الإسلامي.....
147	أولاً: مشروعية وحكمة محاسبة ناظر الوقف
149	ثانياً: كيفية محاسبة ناظر الوقف في الفقه الإسلامي
151	الفرع الثاني: محاسبة ناظر الوقف في القانون الوضعي
154	الفرع الثالث: عزل ناظر الوقف
154	أولاً: عزل ناظر الوقف في الفقه الإسلامي

155	1 - عزل الناظر نفسه عن نظارة الوقف.....
155	2 - عزل الناظر من قبل الواقف
165	3 - عزل الناظر من قبل القاضي
157	4 - موجبات عزل الناظر
160	ثانياً: عزل ناظر الوقف في القانون الوضعي
161	1 - حالات صدور قرار بإعفاء ناظر الملك الوقفي من مهامه
164	2- حالات صدور قرار بإسقاط ناظر الوقف من مهامه.....
167	الفصل الثاني: استثمار أموال الوقف وأثره في حمايته
168	المبحث الأول: ماهية استثمار الوقف
168	المطلب الأول : تعريف استثمار الوقف وحُكمه وأهميته
168	الفرع الأول: تعريف استثمار الوقف
170	الفرع الثاني: أهمية استثمار أموال الوقف وحُكمه
170	أولاً : أهمية استثمار أموال الوقف
173	ثانياً : حُكم استثمار أموال الوقف.....
174	المطلب الثاني: دليل مشروعية استثمار الوقف وضوابطه
174	الفرع الأول: دليل مشروعية استثمار أموال الأوقاف
174	أولاً: من القياس
174	ثانياً: عمل الصحابة
175	ثالثاً: من المعقول
175	الفرع الثاني: ضوابط استثمار أموال الوقف
175	أولاً : ضابط المشروعية
177	ثانياً: ضابط الحرص على تقليل المخاطر الاستثمارية
179	ثالثاً : ضابط مراعاة الالتزام بشروط الواقف ومصلحة الموقوف عليهم.....
180	المطلب الثالث: ملكية الوقف وشخصيته الاعتبارية
181	الفرع الأول: ملكية الوقف في الفقه الإسلامي
183	الفرع الثاني: ملكية الوقف وشخصيته الاعتبارية وأثارهما في حمايته
185	أولاً: الشخصية الاعتبارية للوقف
187	ثانياً: دور الشخصية الاعتبارية للوقف في حمايته
187	1 - حماية الوقف من خلال النتائج العامة للشخصية الاعتبارية
188	1 . 1 - الذمة المالية المستقلة للوقف

188	1. 2 . أهلية الوقف
189	1. 3 . الوقف له موطن
189	1. 4 . الوقف له نائب يعبر عن إرادته
189	1. 5 . الوقف له حق التقاضي
190	2 - حماية الوقف من خلال المميزات الخاصة بشخصيته المعنوية
190	1 - 2 . إعفاء الوقف من الضرائب والرسوم
190	2 - 2 . عدم خضوع الوقف للتقادم
192	3 - 2 . عدم إمكانية الحجز على أموال الوقف
194	المبحث الثاني: طرق استثمار الوقف ودورها في حمايته
195	المطلب الأول: الطرق الأصلية لاستثمار الأملاك الوقفية
195	الفرع الأول: عقد الإيجار الوقفي
197	أولاً: أطراف عقد تأجير الملك الوقفي
200	ثانياً: طرق إبرام عقد إيجار الملك الوقفي
201	1 - إيجار الأملاك الوقفية بالمزاد العلني
203	2 - إيجار الأملاك الوقفية بالتراضي
205	ثالثاً: المدة في عقد الإيجار الوقفي
208	رابعاً: التزامات مستأجر الملك الوقفي
209	1 - الالتزام باستعمال العين الوقفية المؤجرة حسب ما أعدت له والامتناع عن إحداث تغييرات فيها
210	2 - التزام المستأجر بالمحافظة على الملك الوقفي المؤجر
212	3 - الالتزام بدفع ثمن الإيجار في الموعد المتفق عليه ورد الملك الوقفي المؤجر
214	4 . التزام المستأجر بعدم تأجير الملك الوقفي من الباطن
217	خامساً: انتهاء عقد الإيجار الوقفي
217	1 . انتهاء عقد الإيجار الوقفي بانقضاء مدة الإيجار
218	2 . انتهاء عقد الإيجار الوقفي بسبب فسخه
220	3 . انتهاء عقد الإيجار الوقفي بهلاك العين الموقوفة المؤجرة
221	4 - انتهاء عقد الإيجار الوقفي لسبب عائلي أو مهني خاص بالمستأجر
222	5 - انتهاء عقد الإيجار الوقفي لموت المستأجر
223	الفرع الثاني: العقود الخاصة باستثمار الأراضي الفلاحية الصالحة للزراعة
224	أولاً: عقد المزارعة

227 ثانيا: عقد المساقاة
228 الفرع الثالث: العقود الخاصة بتممية الأملاك الوقفية القابلة للبناء أو المبنية المعرضة للاندثار ..
229 أولاً: عقد المقاولة
230 ثانيا : حماية الأملاك الوقفية المبنية بعقد الترميم والتعمير
233 المطلب الثاني: الطرق الاستثنائية لاستثمار الأملاك الوقفية
234 الفرع الأول: استثمار الأراضي الوقفية العاطلة بعقد الحكر
236 أولاً : مدة عقد الحكر
236 ثانيا: الأجرة في عقد الحكر
238 الفرع الثاني: تممية العقار الوقفي بعقد المرصد
240 أولاً: شروط صحة عقد المرصد
241 ثانيا: التزامات المستأجر في عقد المرصد
241 1 - التزام المستأجر بتشيد البناء على الأرض الموقوفة
241 2 - التزام المستأجر بدفع بدل الإيجار
242 ثالثا: حقوق المستأجر في عقد المرصد
242 1 - حق صاحب المرصد باستغلال إيرادات البناء
242 2 - حق صاحب المرصد في التنازل عن حقه في استغلال إيرادات البناء
243 3 - حق انتقال المرصد إلى الورثة
243 الفرع الثالث: استثمار الوقف بتغيير وجهته
247 الفرع الرابع: حماية الوقف باستبداله
248 أولاً: استبدال الوقف في الفقه الإسلامي
252 ثانيا : استبدال الوقف في القانون الوضعي
257 الفصل الثالث: منازعات الأوقاف وطرق الإثبات فيها
258 المبحث الأول: أحكام الدعاوى والتقاضي في مسائل الأوقاف
258 المطلب الأول: أسباب الدعاوى الوقفية وأطرافها
258 الفرع الأول : أسباب الدعاوى الوقفية
259 أولاً: المنازعات التي يتصور حدوثها بسبب الواقف
261 ثانيا: المنازعات التي يتصور حدوثها بسبب محل الوقف
262 ثالثا: المنازعات التي يتصور حدوثها بسبب إدارة الوقف
264 رابعا: المنازعات التي يُتصور حدوثها بسبب الموقوف عليهم أو الغير
266 الفرع الثاني: أطراف الدعوى الوقفية

268	أولاً : الواقف في الدعوى الوقفية
269	ثانياً: الموقوف عليه في الدعوى الوقفية
270	ثالثاً: ناظر الملك الوقفي في الدعوى الوقفية
272	رابعاً: الغير في الدعوى الوقفية
274	خامساً: دور النيابة العامة في الدعوى الوقفية
278	المطلب الثاني : الاختصاص القضائي بنظر دعاوى الأوقاف
279	الفرع الأول: الاختصاص النوعي بنظر دعاوى الوقفية
279	أولاً: الاختصاص النوعي بنظر دعاوى الوقفية في التشريع الجزائري
284	ثانياً: الاختصاص النوعي بنظر دعاوى الوقفية في التشريعات المقارنة
286	الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي بنظر دعاوى الوقفية
286	أولاً: الاختصاص الإقليمي بنظر دعاوى الوقفية في التشريع الجزائري
289	ثانياً: الاختصاص الإقليمي بنظر دعاوى الوقفية في التشريعات المقارنة
293	المبحث الثاني: طرق إثبات الأوقاف.....
294	المطلب الأول: إثبات الأوقاف بالأدلة المهيأة.....
295	الفرع الأول: إثبات الأوقاف بالكتابة
296	أولاً: العقد التوثيقي
298	ثانياً: العقد العرفي
301	ثالثاً: العقد الإداري
304	رابعاً: العقد الشرعي.....
307	الفرع الثاني: إثبات الأوقاف بشهادة الشهود
307	أولاً: إثبات الأوقاف بالشهادة (البينة) في الفقه الإسلامي
308	1 - الشهادة الأصلية
309	2 - الشهادة على الشهادة
310	3 - شهادة السماع
311	ثانياً: إثبات الأوقاف بالشهادة في القوانين الوضعية
315	المطلب الثاني: إثبات الأوقاف بالأدلة غير المهيأة
315	الفرع الأول: الإقرار بالوقف
319	الفرع الثاني: إثبات الوقف باليمين.....
324	الفرع الثالث: إثبات الوقف بالقرائن
328	خاتمة

333	قائمة المصادر والمراجع.....
347	الملاحق
390	فهرس الموضوعات