جامعة مولود معمري . تيزي وزو
كلية الحقوق و العلوم السياسية

المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي

. في إطار القانون الموضوعي .

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم
تخصص: قانون

إعداد الطالب
رمضان قنفود

إشراف الأستاذ الدكتور
بن شويخ الرشيد

لجنة المناقشة:

أ.د.سي يوسف زاهية حورية، أستاذ ،جامعة مولود معمري، *تيزي وزو*..... رئيسا
أ.د.بن شويخ الرشيد، أستاذ ،جامعة لونيسي علي، البليدة..... مقررا
أ.د.تقية عبد الفتاح، أستاذ، جامعة الجـــــــــــزائر1..... ممتحنا
أ.د.بويزري سعيد، أستاذ ،جامعة مولود معمري، *تـــــيزي وزو*..... ممتحنا
د.ولد خسال سليمان، أستاذ محاضر أ،جامعة يحي فارس، المدية..... ممتحنا

السنة الجامعية 2015/2014

عن أبي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :

((إذا مات ابن ادم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية أو علم ينتفع به او ولد صالح يدعو له)).

رواه مسلم

شكر وعرفان

أتقدم بالشكر الجزيل إلى:

- الله عز و جل الذي بنعمته تتم الصالحات ، شكرا يوافي ما أعطاني من الصحة والقوة والصبر لانجاز هذا البحث ، فيارب لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك.

- الأستاذ الدكتور بن شويخ الرشيد على تفضله بقبول الإشراف على هذه الأطروحة ، وعلى كل مساعداته ومساندته ودعمه وتوجيهاته طوال فترة البحث .

- السادة أعضاء اللجنة على قبولهم مناقشة الأطروحة .

إهداء

اهدي ثمرة عملي هذا إلى :

- الوالدين أطال الله في عمرهما وأعانني على برّهما.
- من كانت لي سندا ومعينا في هذا العمل: زوجتي المخلصة.
- ابنائـي : محسن عبد الوزاق ، محمد تقي الدين ، نور هداية ، سلمى هنية ، والتوأمان: ندى روان و علي عدنان.
- كل عائلتي...وإخواني وأحبائي.....
- إلى الواقفين المحبسين.....ماضيا وحاضرا..... ومستقبلا...

- **قائمة الرموز و المختصرات**

الرمز أو المختصر	المصطلح باللغة العربية
ج.ر	جريدة رسمية
ج	جزء
ص	صفحة
ط	طبعة
غ. أ. ش	غرفة الأحوال الشخصية
غ. ق.خ	غرفة القانون الخاص
غ . م	غرفة مدنية
م . ق	مجلة قضائية
م . أ	المجلة الجزائرية
ن. ق	نشرة القضاة
م	سنة ميلادية
هـ	سنة هجرية
ف	فقرة

الرمز أو المختصر	المصطلح باللغة الفرنسية
D	**Dalloz (recueil Dalloz-sirez)**
éd.	**édition**
J.O.	**Journal officiel**
L.G.D.j.	**Librairie générale de droit et de jurisprudence.**
Litec	**Librairie Technique**
N	**Note**
n°	**numéro**
P.	**Page**
Op.cit	**Référence précité**
T	**Tome**

مقدمـة

مقدمـة

يعد الوقف مؤسسة إسلامية نشأت وتطورت في ظل الحضارة الإسلامية، وقد أدت هذه المؤسسة دورها كاملاً فيما مضى في المجتمع الإسلامي، حيث اعتمدت الأجيال السالفة على الأوقاف في تدعيم مختلف نواحي الحياة الاجتماعية، مما جعل لمؤسسة الوقف فضلاً كبيراً وأهمية عظمى في تاريخ الإسلام والمسلمين، وقد عرفت الأوقاف عبر العصور الإسلامية نموّاً وتنوّعاً واتساعاً، حيث لم تقتصر الأوقاف على العناية بفئات المجتمع فحسب، بل تعدتها إلى العناية بكل ما يعتمد عليه الناس في معيشتهم.

ومما يؤسف له أن بعض التصرفات والانحرافات السلبية، والمشكلات العملية المتراكمة قد أحاطت بتطبيق هذا النظام فانحرفت به عن أهدافه النبيلة، واتخذه بعض المشرفين عليه أداة للاستغلال والعبث بالحقوق في سبيل أغراض شخصية ، مما نتج عنه منازعات شتى تتعلق بكل جوانب التصرف الوقفي .

لقد تراكمت الآثار السلبية لهذه الانحرافات والمشكلات على مر العصور وتوالي الأجيال، حتى آلت حال الأوقاف في العصور الأخيرة إلى التدهور والجمود والإهمال وتعرضت ممتلكاتها بسبب ذلك إلى الانهيار والخراب او الغصب، فقلّت عائداتها وتضاءلت منافعها ، وازدادت منازعاتها حتى زالت صفتها احيانا.

وقد استلزم هذا الوضع المتردي تفكيراً طويلا وبحثاً جاداً متواصلا عن الطرق والأساليب الناجعة لإصلاح نظام الوقف وبعث الحيوية والنشاط في مؤسساته، وتطوير أعمالها في إطار أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، بما يحقق الأهداف الاجتماعية والاقتصادية ويساير متطلبات العصر، ويعيد للوقف قدرته على أداء دوره الإيجابي في عملية التنمية الشاملة التي تنشدها المجتمعات الإسلامية المعاصرة، ويمكن ملاحظة ان جهود الإصلاح هذه مرت بمراحل يمكن إجمالها فيما يأتي :

المرحلة الأولى : بدأت جهود الإصلاح هذه في ظل الخلافة العثمانية، وبعبارة أدق في أواخر عهدها، فبعد أن كثرت الأوقاف وتعددت أنواعها ومرافقها، وتكاثرت مشكلاتها ظهرت الحاجة إلى إحداث تنظيمات إدارية واسعة تعنى بالإشراف على أملاك الوقف

وأمواله، وتراقب مصادرها ومصارفها، وتطلب ذلك إنشاء أنظمة جديدة وإصدار قوانين عديدة لتنظيم شؤونه وبيان أقسامه وطبيعة كل قسم منها،والأحكام الشرعية التي تتعلق به.

المرحلة الثانية : وفي عهد الاستعمار الغربي الذي بسط نفوذه على البلاد الإسلامية توقفت حركة إصلاح نظام الأوقاف، بل تعرضت لكثير من الضغوط والعبث والاستغلال، فازداد حالها سوء وتدهوراً، وبخاصة في الأقطار الإسلامية التي وقعت تحت سيطرة الاستعمار الفرنسي.

نعم، لقد فهم المستعمرون وهم يدرسون المجتمعات الإسلامية ويبحثون عن مكامن القوة فيها أن للوقف والمؤسسات الدينية والاجتماعية التابعة له فضلاً كبيراً في تركيز الروح الدينية والوطنية في المسلمين، وتوطيد روابط التضامن والتعاون بينهم ، كما أدركوا أن أهم المؤسسات التي تدعم الطبقة المتعلمة الواعية في وقوفها في وجه سياسة الاستعمار وخططه هي المؤسسات التي تعتمد على الوقف كالمساجد والمدارس والزوايا والأربطة . لهذا عمد المستعمر إلى التدخل المباشر في شؤون الوقف ومؤسساته، تحت ستار إصلاح إدارتها وتحديث أنظمتها، وكان هدفه الحقيقي هو الحد من الدور الإيجابي للوقف ومؤسساته، خاصة في تنشيط الوعي الوطني ودفع حركة مقاومة المستعمر.

المرحلة الثالثة : وبانتهاء عهد الاستعمار، دخلت البلاد الإسلامية عهداً جديداً من التطور السياسي والاجتماعي تمثل في نشوء نظام الدولة الوطنية الحديثة على النمط الغربي، وهو نمط جديد يقوم على اتساع نفوذ الدولة وتقلص دور المجتمع المدني، وحلول الدولة محله في الإشراف المباشرعلى الكثير من المرافق العمومية والاجتماعية كالتعليم والصحة والشؤون الاجتماعية والدينية.

في سياق هذه التحولات الجديدة تعرض نظام الوقف لتعديلات كثيرة أهمها: إسناد إدارته والإشراف عليه إلى الإدارة الحكومية الرسمية في إطار وزارات خاصة به، تتولى إدارة أملاكه والتصرف في أموره وتسييرها بأساليب إدارية حديثة ، لكن هذا لا يمنع القول بتراجع الاهتمام بالوقف ومؤسسته ، ومن مظاهر ذلك تعطيل القوانين المنظمة لممتلكات الوقف مما أدى إلى مصادرتها بوضع اليد عليها، أو التصرف فيها، وطال العهد حتى كادت أن تضيع

بذلك معالم الأوقاف من الذاكرة الجماعية للأمة ، فتراجعت مؤسسة الوقف عن أداء دورها الرسالي وأضحت بعد ذلك مجرد أصول وأعيان أغلبها دور وبساتين معطلة المنافع ، أو مستغلة بأبخس الأثمان تفتقر إلى أبسط الموارد المالية.

غير أن هذه التعديلات لم تنجح في إصلاح كل ما كان في نظام الوقف من عيوب وما تراكم حوله من مشكلات، وهي كثيرة بعضها يرجع إلى شروط الواقفين، وبعضها إلى الإدارة والولاية او النظارة، وبعضها إلى كثرة الأوقاف الخاصة او الأهلية (الذرية) التي كانت مشكلاتها متفاقمة.

المرحلة الرابعة : بدأت هذه المرحلة منذ سنوات قليلة، في ظل التوجهات الدولية المعاصرة، وفي ظل السياسة الرامية إلى إعادة الاعتبار للأنشطة الاجتماعية، وذلك بتشجيع المجتمع المدني ومؤسساته على الإسهام في الأعمال الاجتماعية، وفي ظل هذه التوجهات عاد الحديث عن مؤسسة الوقف وبدأ البحث العلمي والأكاديمي حول تاريخه ودوره الاجتماعي والعلمي والتربوي في الحضارة الإسلامية، وعن الطرق والأساليب التي تجعله قادراً على أداء مثل هذا الدور الإيجابي من جديد في التنمية الاجتماعية التي تنشدها المجتمعات الإسلامية المعاصرة.

هذا الامر الاخير وجد له صدى في التشريع الجزائري ابتداء من دستور 1989م الذي قررت المادة 52 منه الاعتراف بالأملاك الوقفية واوجبت حمايتها، مرورا بقانون التوجيه العقاري المؤرخ في 18-11-1990م الذي صنف الأملاك الوقفية ضمن التصنيفات القانونية الثلاثة للأموال .

لقد استدعى تصنيف الوقف ضمن أصناف الملكية صدور نصوص قانونية وتنظيمية متعاقبة حددت اطار نظامه القانوني،وبينت مكانته ضمن النظام القانوني للأموال و خاصة مسألة ما يترتب عن هذا التصرف من آثار، من حيث اعتباره تصرفا قانونيا يفيد منع التصرف في رقبة العين الموقوفة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداء أو انتهاء وفق إرادة الواقف للعمل بها في وقفه والتي تتعلق إما بمصارف الوقف وتوزيع ريعه على المستحقين أو الولاية عليه، لكن بقيت الشريعة الاسلامية

هي المرجعية فيما لم يرد فيه نص بخصوص احكام الوقف ، مع العلم ان تفاصيل أحكام الوقف المقررة في الفقه هي جميعا اجتهادية قياسية للرأي فيها مجال.

ان دراسة احكام الوقف وتفرعاته اصبحت ضرورية لا سيما ان الاوقاف قائمة والناس مستمرون في وقف ممتلكاتهم ، الامر الذي يستدعي الاجتهاد من اجل محاولة الوصول الى بيان النظام القانوني للوقف في جميع جوانبه ، وجميع شتات نصوصه القانونية المتناثرة في عدة قوانين في تنظيم قانوني واحد، لا سيما وان ما يلاحظ هو النماء المطرد لاموال الوقف وزيادة انشطة استثماره ، فلم يعد الوقف مجرد عقار يتم حبس اصله وتوزيع ريعه على المستحقين وانما تنوعت و تعددت صور الاموال الموقوفة الى أسهم شركات، وحصص شائعة في أموال عقارية او منقولة ، او أسهم في صناديق استثمارية مالية، وبراءات اختراع وحقوق تأليف وغيرها كثير، ولا شك أن ذلك كله مدعاة لحدوث كثير من الإشكالات القانونية ، الامرالذي تظهر معه الاهمية البالغة بالنسبة لمعرفة النظام القانوني للتصرف الوقفي في وجوده وانشائه واثاره وهي الامور التي تتعلق بها المنازعات الوقفية في شقها الموضوعي والتي هي موضوع بحثنا ودراستنا .

اهمية الموضوع :

– الرغبة في التخصص على مستوى هذه المواضيع من القانون العقاري .

– التعرف على اهم الموضوعات محل المنازعات المتعلقة باصل المال الوقفي ، سواء من ناحية صحته وبطلانه أم كان من ناحية تفسيره و الولاية عليه أو الاستحقاق فيه أو الاستبدال، أو غير ذلك مما يخص نظام الوقف من حيث إنشائه وأركانه وشروط صحته أوالرجوع والتصرف فيه .

– تحديد القواعد الموضوعية المرجعية وكذا الاجرائية _ عرضيا _ الواجبة التطبيق بمناسبة منازعة متعلقة باصل المال الوقفي .

دوافع اختيار الموضوع :

– قلة الدراسات القانونية العميقة والشاملة في هذا الموضوع.

– الاستجابة لكثير من النداءات من جهات اكاديمية وتوصيات مؤتمرات علمية لاجل الاهتمام بهذا الموضوع ومحاولة اثراء تقنين الوقف .

– الحاجة الماسة للجمع بين الدراسات القانونية والشرعية في مجال الاوقاف ، حتى تتكامل الجهود في وضع وتقييم القواعد الموضوعية وكذا الاجرائية بما يخدم اغراض التصرف الوقفي.

– أهمية موضوع الوقف في حد ذاته باعتباره قربة وعبادة متميزة، أسهم في تأسيس حضارة مزدهرة على أسس أخلاقية وسلوك ديني إنساني رشيد، وبذلك أدى ولا يزال يؤدي دورا فاعلا في نمو المجتمع وتطوره في مناحي عدة، بحيث لم يقتصر دوره على الجانب الديني فحسب، بل لامس جوانب أخرى، كان له فيها الدور الفاعل والمؤثر في إبراز وكشف خصوصية هذا النوع من التبرع الذي له امتدادات عميقة في مجلات متعددة، سواء أكانت دينية أو اجتماعية أو ثقافية أو اقتصادية، الأمر الذي يجعل الممحص في هذا النظام يعجب من التنوع الكبير في وظائفه وأدواره .

أهــداف الدراسة : ويمكن إجمالها فيما يلي :

1 – تبيان عناصر التميز لهذا التصرف القانوني _ الذي تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا له_ عن غيره من التصرفات، على أساس أن العبرة بالآثار و النتائج.

2– إثراء الكتابة في مثل هذه المواضيع المتعلقة بالوقف نظرا لنقص الدراسات القانونية العميقة والشاملة في هذا الموضوع.

3– مواكبة التطورات التشريعية والقضائية المتعلقة بالأوقاف من حيث التحليل و المناقشة.

4– المساهمة في إحياء نظام الوقف، وبعث مؤسساته في ظل التحولات الهامة في السياسات العامة للدولة و خاصة منها السياسية، و الاقتصادية و الاجتماعية الرامية إلى النهوض بالأنشطة الخاصة و على رأسها الوقف.

5–محاولة تبسيط مسائل الوقف من خلال ابراز المحاور الكبرى في الموضوع والتي تمثل مبادئ وكليات في الموضوع تدور حولها المسائل الجزئية الاخرى ، وكذا الوسائل التي يجب

ان تنضبط بتلك المبادئ ، وبالتالي يسهل التعامل مع كل منازعة تدخل في اطار موضوع الوقف .

6- محاولة التاصيل لقواعد واحكام الوقف ، ووضع مشاريع قواعد _ مؤصلة فقهيا_ فيما لم يرد فيه نص.

7- محاولة الوقوف على احكام المسائل المتعلقة باصل الوقف التي لم يرد فيها نص قانوني والتي احال فيها القانون الامر لاحكام الشريعة الاسلامية ، وتبيان اجتهاد الفقهاء في تلك المسائل حتى يسهل على الدارسين والباحثين وحتى القضاة الرجوع اليها .

8- التعرف على الاطار القانوني الذي يحكم اهم مواضيع منازعات اصل الوقف سواء من ناحية صحته وبطلانه أم كان من ناحية تفسيره و الولاية عليه أو الاستحقاق فيه أو التصرف فيه بالاستبدال أو غير ذلك مما يخص نظام الوقف من حيث إنشائه و أركانه ، و شروط صحته أو الرجوع و التصرف فيه .

تحديد اطار الموضوع :

إن التصرف الوقفي و ما يقتضيه قد يكون سببا لمخاصمة قضائية يمكن الاصطلاح عليها بالمنازعات المتعلقة بالمال الوقفي – المنازعات الوقفية – **و المقصود بها كل منازعة تعلقت بأصل الوقف الذي هو عقد الوقف ذاته من أي ناحية كانت سواء من ناحية صحته وبطلانه ، أم كان من ناحية تفسيره و الولاية عليه أو الاستحقاق فيه او الاستبدال ، أو غير ذلك مما يخص نظام الوقف من حيث إنشائه و أركانه و شروط صحته أو الرجوع و التصرف فيه** ، ذلك أن الوقف له حكمان : حكم من حيث انه نظام قائم له شخصيته القانونية، و حكم من حيث علاقته الحقوقية بالغير.

فبالنسبة للحكم الأول فان الوقف في ذاته هو ثمرة الفقه الإسلامي الذي أوجده وحدد ماهيته و بين مقوماته و شروطه و أحكام الولاية عليه و ما إلى ذلك مما يخص نظام الوقف، و لما كان القانون المدني وكذا قانون الاوقاف قد نصا على الشخصية المعنوية للوقف فقد دل بذلك على أن الوقف في عرفه هو بذاته الوقف كما وضعته الشريعة الإسلامية ومن ثم كانت هذه الأخيرة وحدها هي المرجع في التعرف على هذه الذات و

تقصّي مقوماتها ، وقد قنن المشرع الجزائري بعض أحكامه في قانوني الأسرة و الاوقاف و في النصوص التطبيقية لهذا الأخير، فصار على القضاة إعمال موجب ذلك فيما يعترضهم من مسائله .

أما إذا وجد الوقف وبدا منه نشاط في ميدان التعامل فشانه في هذا كله شان أشخاص القانون كافة حقيقيين كانوا أو اعتباريين من حيث خضوعهم جميعا لأحكام القانون المدني او القوانين الخاصة أي أن العلاقات الحقوقية بين الوقف و الغير لا تخضع كأصل عام لأحكام الشريعة الإسلامية وانما لاختصاص القانون الوضعي ايا كانت طبيعته ، وهو ما يستبعد من بحثنا.

وإذا كانت دراسة المنازعات بصفة عامة تتضمن شقا يتعلق بالجوانب الإجرائية وآخر يتعلق بالجوانب الموضوعية ، **فان موضوع البحث هنا يقتصر على تحديد إطار للقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على المنازعات الوقفية ، وكذا قواعد التعامل مع أصل الوقف ومع ما ينتجه من منافع** ، على اعتبار ان القانون الذي يحكم موضوع النزاع يجسد حقوق والتزامات الأطراف كما تتعلق بمقتضاه حدودها و أوصافها ويعد لذلك غاية في حد ذاته (القانون الموضوعي)، بعكس القواعد الإجرائية _ التي سنتناولها بالقدر الذي يخدم الموضوع _ التي لا تعتبر غاية في ذاتها ، بقدر ما هي وسيلة تستخدم من اجل الوصول إلي غاية معينة تكمن في كفالة إظهار جوانب الحقيقة المتنازع عليها فيما بين أطراف المنازعة (القانون القضائي).

تحديد إشكالية الموضوع :

إن الإشكالية الرئيسية التي يبحث فيها الموضوع تتعلق بتحديد النصوص أوالاحكام الموضوعية الواجبة التطبيق إذا ما كنا بصدد واقعة تدخل ضمن نطاق المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي أو هي المتضمنة في االتساؤل الذي مفاده : **ما مدى إمكانية تحديد إطار للقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق بمناسبة منازعة متعلقة بأصل المال الوقفي سواء من ناحية صحته وبطلانه أو الرجوع و التصرف فيه ، أم كان من ناحية تفسيره والولاية عليه أوالاستحقاق فيه ؟، وما هي قواعد التعامل مع أصل الوقف ومع ما يدرّه من منافع ؟.**

وللإجابة على الإشكالية ومتعلقاتها، رأيت من الضرورة بمكان أن نمهد للموضوع **بفصل تمهيدي يتعلق بتطور وضعية الأوقاف في الجزائر** تطرقت فيه الى وضعية الاوقاف قبل الاستقلال ثم اتبعته بالتطور التشريعي للوقف بعد الاستقلال الى وقتنا الحالي.

ثم قسمت الموضوع إلي بابين باعتبار ان كل الموضوعات المحتملة لان تكون محل منازعة وقفية لا تخرج عن اطار عنواني البابين: **فالباب الأول يتعلق بالوجود القانوني للوقف،** وضمنته المنازعات **التي تخص نظام الوقف من حيث إنشائه و أركانه و شروط صحته ونفاذه و الرجوع فيه** ، وقد تناولته في فصلين هما: الفصل الأول: إنشاء الوقف ويتضمن مبحثين يتعلق الاول بمفهوم التصرف الوقفي حددت فيه معنى الوقف واقسامه وكذا طبيعته ومدى كفاية الايجاب فيه ، اما الثاني فيتعلق بالاوصاف القانونية لاركان التصرف الوقفي حددت فيه شروط الصحة لكل ركن من اركان الوقف توجتها بشروط النفاذ للتصرف الوقفي .

الفصل الثاني: الشخصية المعنوية للمؤسسة الوقفية ، وقد ضمنته فكرة التشخيص القانوني للمال الوقفي في مبحث أول ، تناولت فيه نتائج الاعتراف بالشخصية المعنوية للوقف ومنها حق التقاضي الذي حددت فيه الجوانب الاجرائية وقواعد الاختصاص القضائي المتعلقة بالمنازعة الوقفية ، وفي المبحث الثاني تم التطرق الى الطبيعة النظامية لارادة الواقف واشتراطاته باعتبار وجوب العمل بها في وقفه ومدى ما للقاضي من سلطة في الغاء تلك الاشتراطات .

أما **الباب الثاني فوسمته: إطار قواعد التنظيم والانتفاع الوقفي** وهو يتعلق **بالقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق في المسائل المتعلقة بجوهرالوقف والولاية عليه والاستحقاق فيه** ولأجل ذلك تناولته في فصلين: يتعلق الاول بالمبدأ العام الناظم للوقف وهو مبدأ حصانة المال الوقفي عن التصرف وقد ضمنته قاعدة بطلان التصرفات الواردة على المال الوقفي كأصل عام في المبحث الاول ،وفي المبحث الثاني تناولت الاستثناء على الاصل العام وهو جواز التصرف في الوقف بالاستبدال بضوابط وقيود مقررة شرعا وقانونا ، وفي الفصل الثاني من هذا الباب وتحت عنوان الولاية والاستحقاق في الوقف تطرقت الى امرين متلازمين

يتعلقان بالولاية والنظارة على الوقف وبالاستحقاق الذي يثبت للموقوف عليهم بمقتضى شرط الواقف .

وفي سبيل الإحاطة بهذا الموضوع اعتمدنا في كتابة البحث على المنهج الوصفي التحليلي من خلال تحليل الاراء الفقهية – التي استقرأتها واستنبطتها دون إطناب وبما يخدم الموضوع – والاحكام القانونية والاجتهادات القضائية ومناقشتها ، واستخراج الاحكام المناسبة ، واستخلاص النتائج العلمية منها .

كما واستعنت بالمنهج التاريخي والمقارن من خلال الموازنة بين الفقه الاسلامي والنصوص القانونية للوقف خدمة لطبيعة الموضوع ،ولما تمليه الحاجة فيما تطرقت اليه.

والأدوات التي استعملتها في هذه الدراسة هي :

– المؤلفات الفقهية للمذاهب الاربعة المشهورة .

– الكتب القانونية العامة.

– الدراسات العلمية والابحاث الاكادمية ، واوراق عمل الندوات والمؤتمرات المتعلقة بجوانب موضوع الوقف .

– النصوص القانونية و التنظيمية .

– الاجتهادات القضائية ذات العلاقة .

صعوبات البحث :

ولأنه لا بحث دون صعوبات وعقبات، فان من الصعوبات الظاهرة هي قلة المراجع والدراسات المتخصصة والعميقة في مادة الوقف، حيث ان طابعها عام وفقهي اكثر منها قانوني، لكن أهم ما لاقيت من صعوبات كان يتعلق بقلة القرارات والاجتهادت القضائية في مادة الوقف بصفة عامة، وبصفة خاصة طبيعة ونوع الاجتهاد القضائي في المادة الوقفية، حيث لم يمس كل المواضيع والمجالات المتصور حدوث المنازعة فيها اوان تكون سببا لها .

الفصل التمهيدي

تطور وضعية الأوقاف في الجزائر

الوقف ظاهرة اجتماعية إسلامية، وهو بالإضافة إلى ذلك يعد من أهم أصناف الملكية العقارية التي عرفتها الجزائر في الفترة ما قبل حكم العثمانيين، ولقد ازداد توسعا ملحوظا خلال العهد العثماني لا سيما مع أواخر القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر ، ولقد رافق هذا التوسع نظام إداري مميز، كما توزعت الأملاك الموقوفة بين العديد من المؤسسات الخيرية التي كان الجزائريون يحبسون عليها أموالهم .

لقد كان لهذه الأوقاف الأثر الفعال ، والفضل المشهود في تماسك المجتمع الجزائري عند بداية الاستعمار الفرنسي الذي ما فتئ يعمد مباشرة بعد احتلاله الجزائر إلى إحداث تغييرات جذرية في كل الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية، تمثلت خاصة في صدور سلسة من التشريعات ترمى كلها إلى إعادة هيكلة نظام الملكية العقارية الموجودة انذاك في الجزائر بما يحتويه من أصناف– أراضي البايلك، الممتلكات الخاصة الأراضي المشاعة، أراضي العرش، الأراضي الموقوفة – وبما يتماشى والنظام العقاري الفرنسي الذي يرتكز على الملكية الخاصة بالدرجة الأولى ، إضافة إلى ملكية الدولة وعلى هذا الأساس فقد استهدفت تلك التشريعات العقارية حل المؤسسات الخيرية التي كانت تشرف مباشرة على تسيير كمّ هائل من العقارات الموقوفة، وانتهى الأمر في الأخير إلى ضم تلك الأملاك الوقفية إلى ملكية الدولة، وجعلها تابعة لمصلحة الدومين.

ومن اجل الإلمام بهذا الموضوع ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين :

- المبحث الأول: وضعية الاوقاف قبل الاستقلال .
- المبحث الثاني : التطور التشريعي للوقف بعد الاستقلال.

المبحث الأول

وضعية الاوقاف قبل الاستقلال

شهدت الفترة القريبة من الاحتلال الفرنسي بروز حظيرة وقفية واسعة النطاق في الحقبة العثمانية التي عرفت انتشارا واسعا للمؤسسات الوقفية الخيرية على مستوى كل الدوائر الإدارية التابعة للحكم العثماني ، وهذا التزايد المستمر للأملاك الموقوفة خلال هذه الفترة يمثل إحدى دورات المدّ الوقفي في تاريخ الجزائر، حيث إتسع الوعاء الاقتصادي للأوقاف ليصبح طابعه العام هو الأملاك العقارية وخاصة الأراضي الزراعية .

لقد شكلت الوضعية المادية للاوقاف على النحو المذكور آنفا اشكالية في كيفية تعامل الاحتلال الفرنسي مع الاوقاف ، ذلك انها اضحت بالنسبة له عائقا حقيقيا لبسط مظاهرالسيطرة على الاملاك العقارية الجزائرية،الامر الذي اقتضى من السلطات الفرنسية اتباع سياسة قانونية متدرجة ابتدأت بابعاد الوقف عن المعاملات ، وانتهت بالسيطرة عليها، وبالموازاة مع ذلك كانت السياسة الاستيطانية قائمة على قدم وساق في ذات الشأن.

ان تبيان كل ما سبق اقتضى ان تكون المعالجة لهذا المبحث وفق المطلبين التاليين :

- المطلب الأول:الوضعية المادية للاوقاف في العهد العثماني.
- المطلب الثاني: السياسة الاستعمارية تجاه الوقف.

المطلب الأول

الوضعية المادية للاوقاف في العهد العثماني

يلاحظ المتتبع لتاريخ الجزائر أن المؤسسة الوقفية الجزائرية قبيل الاحتلال– في الفترة العثمانية–عرفت توسعا كبيرا حتى أصبحت نسبة الممتلكات الوقفية أكثر من الخاصة ، كما يلاحظ تنوع المؤسسات الوقفية بحسب الغرض والظروف ، حيث يسجل لها الدور

الكبير في المساهمة في بناء التكافل الاجتماعي وحماية البلاد من الاطماع الخارجية ، وحتى تنجلي صورة ما سبق نتناول مسألة القوام المادي للاملاك الوقفية في العهد العثماني (الفرع الاول)، ومسألة البناء المؤسسي للاوقاف أواخر العهد العثماني (الفرع الثاني) على النحو التالي:

الفرع الأول

القوام المادي للاملاك الوقفية في العهد العثماني

عرف الوقف الجزائري في أواخر العهد العثماني تطورا و نماء في شتى المجالات الاجتماعية والاقتصادية والجهادية ، كما يلاحظ الانتشارالواسع للمؤسسات الوقفية الخيرية على مستوى كل الدوائر الإدارية التابعة للحكم العثماني ، و يعكس هذا النماء للوقف الجزائري الوثائق الوقفية المحفوظة في الأرشيف الوطني الجزائري حيث أحصيت به أكثر من (13583) وثيقة وقفية مقسمة على مجموعات ثلاث و هي[1] :

– المجموعة الأولى : وهي تمثل الوثائق الشرعية المتعلقة بالأملاك الوقفية وبالأحكام القضائية المرتبطة بها ، و عددها (13000) وثيقة.

– المجموعة الثانية و الثالثة : وهي عبارة عن سجلات بيت المال و دفاتر البايليك والمتعلقة بشؤون سبل الخيرات ، وودائع بيت المال ، وضبط حالة الأملاك ، والعقارات الوقفية وعددها (583) وثيقة.

لقد تميزت الفترة العثمانية بالجزائر بتكاثر الأوقاف وانتشارها في مختلف أنحاء البلاد منذ أواخر القرن 15م وحتى مستهل القرن 19م، وتزايدت حتى أصبحت الأوقاف تشكل نسبة كبيرة من الممتلكات الزراعية الحضرية منذ أواخر القرن 18م.

---

1 فضيلة تكور، رصيد الفترة العثمانية من وثائق الأوقاف بالأرشيف الوطني الجزائري، الندوة العلمية حول الوقف في الجزائر أثناء القرنين الثامن عشر و التاسع عشر " معالجة مصادره وإشكالية البحث فيه"، الأرشيف الوطني الجزائري، الجزائر، أيام 6 – 7 ربيع أول 1422 هـ الموافق لـ 29– 30 مايو 2001، ص1.

ففي سنة 1750م تضاعفت عقود الأوقاف اثني عشر مرة مقارنة بسنة 1600م وهذا التزايد المستمر للأملاك الموقوفة خلال هذه الفترة يمثل إحدى دورات المد الوقفي في تاريخ الجزائر.

وفي هذه الفترة اتسع الوعاء الاقتصادي للأوقاف، حيث أصبح يشتمل على الأملاك العقارية والأراضي الزراعية، إضافة إلى العديد من الدكاكين والفنادق وأفران الخبز والعيون والسواقي، والحنايا والصهاريج وأفران معالجة الجير، هذا بالإضافة إلى الكثير من الضيعات والمزارع والبساتين والحدائق المحبسة، حيث اشتهرت كثير من المدن بكثرة أوقافها[1].

ان مما رصده الباحثون في التاريخ الجزائري هو الانتشار الكبير للوقف في هذه الفترة ، و يظهر ذلك من خلال الأمثلة التالية :

اولا . أوقاف مدينة الجزائر: عرفت مدينة الجزائر توسعا عمرانيا في ممتلكات الوقف فعرفت بناء (106) مسجدا و مدرسة وزاوية للعلم ، كزاوية سيدي عبد الرحمان الثعالبي والتي وقف عليها حوالي (82) وقفا وبدخل سنوي يساوي(6000) فرنكا، وكذلك الشأن بالنسبة للمساجد الحنفية ، حيث تكفلت مؤسسة سبل الخيرات بالاشراف على تسيير العديد من الأوقاف والتي قدرت بـ(331) وقفا سنة 1836م و بدخل سنوي يساوي (16000) فرنك[2].

كما عرفت الممتلكات الوقفية لأهل الأندلس المقيمين بمدينة الجزائر تطورا ملحوظا حيث بلغت حوالي(100)وقفا، وقدرريعها السنوي بـ(4000) فرنك سنة 1830م، ويلاحظ ايضا ان مؤسسة أوقاف الحرمين الشريفين بمدينة الجزائر لعبت دورا هاما بتشكيلها لـ (75%) من مجموع الأوقاف الموجودة بالمدينة والتي قدرت ريعها بـ (43222.70)

---

[1] مديرية الأوقاف، الأوقاف الجزائرية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، جوان 1998، ص1.

[2] راجع : د. ناصر الدين سعيدوني، تاريخ الوقف ودوره الاجتماعي والاقتصادي ، دورة الأوقاف الإسلامية بالجزائر ، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ، أيام 13-17شعبان 1420هـ – الموافق لـ 21- 25 نوفمبر1999م ، نزل السفير، الجزائر، ص6 ، د.ناصر الدين سعيدوني، النظام المالي للجزائر في الفترة العثمانية (1800م-1830م)، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، 1979م، ص145.

فرنك سنويا تبعث إلى الحرمين الشريفين[1]، و قدرت الأملاك الوقفية التابعة لهما قبل الاحتلال بـ(840) منزلا و(258) دكانا و(33) مخزنا و(57) بستانا ..إلخ[2].

ولقد قدر أحد الباحثين أن عدد الأوقاف بلغ (1798) وقفا بمدينة الجزائر لوحدها غداة الاحتلال .

ثانيا . أوقاف الغرب الجزائري : عرفت المقاطعة الإدارية العثمانية بغرب البلاد توسعا كبيرا للوقف كنظيره بمدينة الجزائر، وخاصة في الحواضر كوهران ومازونة و ندرومة وملیانة وغير ذلك من الحواضر، فوهران مثلا أحصي بها (75) وقفا غداة الاحتلال[3].

ثالثا . أوقاف الشرق الجزائري : عرفت المقاطعة الإدارية الشرقية نموا ظاهرا للأوقاف فمدينة قسنطينة على سبيل المثال قدرت أوقافها بـ (1692) وقفا غداة الاحتلال منها (100) مؤسسة تعليمية و (35) مسجدا و(169) زاوية بـ (600) تلميذ ، ينفق على كل تلميذ حوالي (36) فرنك سنويا[4]، وهذا العدد الهائل من الأوقاف يدل على مدى انتشار ثقافة الوقف عموما بالمنطقة الشرقية من الوطن .

رابعا . أوقاف القبائل الكبرى: عرفت منطقة القبائل بدورها انتشارا للوقف و المتمثل في زوايا العلم و ما أوقف عليها من بساتين و دور وغير ذلك ، و كانت هذه الأوقاف غالبا ما تتم دون تسجيل و تكون عقودها مشافهة [5].

---

[1] راجع: د. ناصر الدين سعيدوني ، تاريخ الوقف ودوره الاجتماعي و الاقتصادي، المرجع السابق، ص6 ، د. ناصر الدين سعيدوني ، النظام المالي للجزائر في الفترة العثمانية ،المرجع السابق، ص 145، 147.

[2] د. أبو القاسم سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي من القرن العاشر إلى الرابع عشر الهجري، ج 1، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، 1981م ، ص 235.

[3] راجع : عبد الرحمان الجيلالي ، تاريخ الجزائر العام، ج3 ، دار الثقافة ، بيروت ، 1989م، ص 428، أبو القاسم سعد الله ، تاريخ الجزائر الثقافي، المرجع السابق ، ص 240، ودان بوغفاله، الأوقاف بالناحية الوهرانية، أوقاف ملیانة نموذجا ، الندوة العلمية حول الوقف الجزائري ، 2001، ص 1.

[4] فاطمة الزهراء قشي، الوقف في قسنطينة ، مصادر و طروحات ،الندوة العلمية حول الوقف الجزائري ، 2001 ، ص1.

[5] زيدين قاسمي، الوقف بمنطقة القبائل ، من 1817م إلى 1878م، الندوة العلمية حول الوقف الجزائري، 2001، ص1.

خامسا . أوقاف الجنوب الجزائري : لم يختلف الحال في الجنوب الكبير عن غيره من مناطق الوطن في الاهتمام بالأوقاف ، نحو وقف الآبار والبساتين و الدور، كما هو الشأن بمنطقة توات وقورارة و ما جاورها و التي وقفت على الطرق الصوفية، كالطيبية و القادرية وغيرهما[1].

ان ما يظهر لنا مما سبق: أن المؤسسة الوقفية الجزائرية قبيل الاحتلال الفرنسي عرفت توسعا كبيرا حتى أصبحت نسبة الممتلكات الوقفية أكثر من الخاصة ، فمثلا نسبة ممتلكات الوقف العمرانية والزراعية المحصاة بمدينة الجزائر داخل المدينة وخارجها كانت أكثر من الممتلكات الخاصة[2].

والنتيجة أن هذا العدد الكبير من الأوقاف ، يعكس مدى انتشار الثقافة الوقفية لدى أفراد الأمة، مما ترتب عنه قيام المؤسسة الوقفية بدورها الاجتماعي والاقتصادي ، سواء على مستوى الرعاية الاجتماعية ، أو صيانة المرافق العامة وترميمها ، و تسيير ممتلكات القصّر و العجزة و غير ذلك من شؤون الحياة[3] .

الفرع الثاني

البناء المؤسسي للاوقاف أواخر العهد العثماني

قبل البدء في تحليل البناء المؤسسي لقطاع الأوقاف في الجزائر في هذه الفترة يجدر بنا التعريج على مسألة التعايش المذهبي وأثره في البناء المؤسسي للأوقاف (اولا) ثم مسألة جوانب إدارة الأوقاف في العهد العثماني (ثانيا).

اولا . التعايش المذهبي وأثره في البناء المؤسسي للأوقاف: لا شك انه كانت هناك حالة تعايش جديرة بالاهتمام بين المذهب الحنفي الذي اعتمدته السلطة المركزية في الباب العالي والذي تولى قضايا السياسة الشرعية، والمذهب المالكي الذي تولى الشئون المحلية ، ويؤكد

---

[1] محمد حوتيه، أوقاف إقليم توات، نموذج أوقاف قصر كوسان ، الندوة العلمية حول الوقف الجزائري ،2001، ص1.

[2] راندي دغيلام ، حركية وجمود الأملاك الوقفية في القرنين 18 و 19م، دراسة مقارنة لعقود العناء بالجزائر و المرصد بدمشق ، الندوة العلمية حول الوقف الجزائري ، 2001، ص1.

[3] د . ناصر الدين سعيدوني ، تاريخ الوقف ودوره الاجتماعي و الاقتصادي ، المرجع السابق ، ص 59.

هذا التعايش المذهبي– حسب الدراسات الوثائقية لوثائق الأوقاف في أرشيف ماوراء البحار إكس انبروفانس– أن الكثير من سكان الجزائر المالكيّين وضعوا اوقافهم حسب المذهب الحنفي ورأي أبي يوسف ، نظرا لما يتيحه المذهب الحنفي من مرونة وديناميكية في هذا الشأن [1].

لقد كان لذاك التباين المذهبي وما يترتب عنه من فروقات في الاحكام والتشريع انعكاساته على نشأة المؤسسات الوقفية وإدارتها، ومن أهم مسائل الاختلاف في باب الوقف (بالمصطلح الحنفي) والحُبس (بالمصطلح المالكي) شروط الوقف وكيفيته ، وأيضا قضايا الاستبدال ومسألة جواز الوقف عن النفس .

وفي إطار حالة التعايش بين المذهبين الفقهيين فقد أسندت مهمة القضاء في منازعات الأحباس إلى المجلس العلمي الذي كان يضم علماء من المذهبين، والذي كان يجتمع كل يوم خميس لدراسة أحوال الأوقاف ومسائلها، وكانت مهمة هذه الهيئة الإدارية تتمثل في صلاحيتين هما[2] :

- جمع إيرادات الأملاك الوقفية وتوزيعها على مستحقيها تنفيذا لشروط الواقفين .
- إصدار الحكم الشرعي في المعاملات المختلفة التي تخص الأملاك الوقفية .

وبالنسبة للاشراف على الاوقاف ، فقد كان يدير العقار المحبس موظفون يُدعون الوكلاء أو النظّار تعيّنهم السلطات العمومية ممثلة في (الباشا) أو السلطة القضائية ممثلة في (المفتي)، ويتم اختيار هؤلاء الموظفين حسب سمعة الشخص اجتماعياً من جهة تقواه أو نسبه ، وهذا التعيين غير مؤبد ، حيث يمكن نقضه حين ظهور ما يخل بهذه الوظيفة من سوء إدارة أو إهمال .

ويختلف الوكلاء في مسئولياتهم حسب أهمية المؤسسة الوقفية المسندة إليهم من

---

[1] د. ناصر الدين سعيدوني ، دراسات في الملكية العقارية ، ط1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ، 1986، ص103.

[2] مصطفى أحمد بن حموش، الوقف وتنمية المدن من التراث إلى التحديث، ندوة الوقف الإسلامي، 6–7 ديسمبر 1997، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العين، ص 1– 2.

حيث عدد العقارات المحبسة، فمؤسسة أوقاف الحرمين وهي أكبر المؤسسات كان ناظرها يعتبر من أكابر الموظفين الإداريين في مدينة الجزائر .

أما وظيفة هؤلاء الوكلاء فقد كانت تشمل إصلاح وصيانة المرفق المحبس ودفع أجور العمال، وجمع مداخيل هذه المرافق من إيجار واستغلال [1].

ثانيا . البعد المؤسسي للاملاك الوقفية في العهد العثماني : كانت الأوقاف في الجزائر العثمانية تتوزع على عدة مؤسسات خيرية ذات طابع ديني وذي شخصية قانونية ووضع إداري خاص، وهذا بيان بأهم المؤسسات التي كانت تمثل وتنظم العمل الوقفي في الجزائر العثمانية[2] :

1- مؤسسة الحرمين الشريفين: تعد أقدم المؤسسات الوقفية من حيث نشأتها ، فهي تعود إلى ما قبل العهد العثماني، وتؤول أموال أوقافها إلى فقراء مكة والمدينة، فتوجه تارة برا مع قافلة الحجاج، وتارة بحرا إلى الوكالة الجزائرية بالإسكندرية في سفن إسلامية أو نصرانية ومنها إلى الحرمين الشريفين[3]، وقد حظيت مؤسسة الحرمين بأغلبية الأوقاف في مدينة الجزائر ، حيث استمدت أهميتها من المكانة السامية التي كانت تحتلها الأماكن المقدسة في نفوس الجزائريين الذين أوقفوا عليها كثيرا من ممتلكاتهم، مما جعلها في طليعة المؤسسات الخيرية من حيث عدد الأملاك التي تعود إليها ، أو الأعمال الخيرية التي تقوم بها، فهي تقدم الإعانات لأهالي الحرمين الشريفين المقيمين بالجزائر أو المارين بها، وتتكفل بإرسال حصة من مداخيلها إلى فقراء الحرمين في مطلع كل سنتين، وكذلك كان يوكل إليها حفظ الأمانات والإنفاق على ثلاثة من مساجد مدينة الجزائر، حيث كانت تشرف على حوالي ثلاثة أرباع الأوقاف كلها، وهذا ما تثبته بعض التقارير الفرنسية التي تعود إلى السنوات

---

[1] مصطفى أحمد بن حموش، المرجع السابق ، ص 3.

[2] ناصر الدين سعيدوني ، دراسات تاريخية في الملكية والوقف والجباية، دار الغرب الإسلامي، ط1، 2001، ص59.

[3] مغلي محمد البشير الهاشمي، التكوين الاقتصادي لنظام الوقف الجزائري ودوره المقاوم للاحتلال الفرنسي، مجلة المصادر، المركز الوطني للدراسات والبحث من الحركة الوطنية وثورة نوفمبر 1954، العدد السادس، مارس 2002، الجزائر، ص163.

الأولى للاحتلال، حيث تؤكد بأن أوقاف مؤسسة الحرمين كانت تستحوذ على الشطر الأكبر من الأوقاف داخل مدينة الجزائر وخارجها، فمن هذه التقارير ما أورده "Genty de bussy" من أن أوقاف الحرمين كانت تقدر بـ (1373) ملكا منها (70) ضيعة يشرف عليها مباشرة وكلاء الحرمين[1]، أما قنصل فرنسا Valiard فقد ذكر أن كل بيوت الجزائر وما يحيط بها من أراضي فتعود لأحباس الحرمين.[2]

2- مؤسسة أوقاف الجامع الأعظم : وهي من حيث كثرة عددها ووفرة مردودها تحتل الدرجة الثانية بعد أوقاف الحرمين ، ولعل هذا يعود أساسا إلى الدور الذي كان يلعبه الجامع الأعظم في الحياة الثقافية والاجتماعية الدينية، ولقد كانت أوقاف الجامع الأعظم بمدينة الجزائر تناهز(550) وقفا كانت تشتمل على المنازل والحوانيت والضيعات وغيرها، ويعود التصرف فيها للمفتي المالكي الذي يوكل أمر تسيير شؤونها إلى الوكيل العام الذي يعضده وكيلان[3] ، وكانت تصرف عوائد أوقاف الجامع الأعظم على الأئمة والمدرسين والمؤذنين والقيمين ، إضافة إلى أعمال الصيانة وسير الخدمات[4].

3- مؤسسة أوقاف سبل الخيرات الحنفية: هذه المؤسسة الوقفية ذات الطابع الخيري كانت خاصة بالأحناف ، أسسها شعبان خوجة سنة 999هـ/1590م ، واتجه نشاطها إلى المشاريع الخيرية العامة كإصلاح الطرقات ومد قنوات الري ، وإعانة المنكوبين وذوي العاهات ، وتشييد المساجد والمعاهد العلمية وشراء الكتب ووقفها على طلبة العلم وأهله ، وكانت مكلفة بإدارة وصيانة أملاك ثمانية مساجد حنفية أهمها " الجامع الجديد ". كما كانت تسيّر أوقاف سبل الخيرات إدارة منظمة تضم أحد عشر عضوا بينهم ثمان مستشارين منتخبين ، و ناظر أو وكيل أوقاف المؤسسة ، وكاتب ينظم عقود المؤسسة، ويعين الوكيل

---

[1] د. ناصر الدين سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، المرجع السابق، ص84.

[2] مصطفى أحمد بن حموش، المرجع السابق ، ص 4،

D. Nacereddine saidouni. Les biens de l'Algerie ottomane avec les lieux saints de 'islam a travers le role de la fondation du waqf des haramayn , journal awqaf ,n3 juin2004, p134.

[3] د. ناصر الدين سعيدوني، دراسات وأبحاث في تاريخ الجزائر، مرجع سابق، ص150.

[4] د. ناصر الدين سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، مرجع سابق، ص90.

والكاتب غالبا من بين أهل العلم، ويضاف إليهم شاوش (مستخدم) كان مكلفا بالسهر على أبنية هذه المؤسسة ، وتسهيل عمل وراحة 08 طلاب(قراء) يقرؤون القرآن بجوار المؤسسة.

وأما أملاكها فقد كانت تقدر بثلاثة أرباع الأوقاف العامة ، وقد تم إحصاء 92 حانوتا يعود لمؤسسة سبل الخيرات، ثمانية منها كانت مستغلة من قبل اليهود، وهذه إشارة لسماحة الإسلام وعدالته بين مواطنيه، وغلتها السنوية الإجمالية قدرت بنحو 4455 ريالا، يضاف إلى ذلك أنه كان لمؤسسة سبل الخيرات أربع مخازن ملحقة بالفنادق غلتها السنوية 156 ريالا، إضافة إلى حمامين غلتها السنوية 165 ريالا[1].

4- أوقاف مؤسسة بيت المال: تعتبر مؤسسة بيت المال من التقاليد العريقة للإدارة الإسلامية بالجزائر التي تدعمت في العهد العثماني، وأصبحت تتولى إعانة أبناء السبيل واليتامى والفقراء والأسرى، وتتصرف في الغنائم التي تعود للدولة، كما تهتم بشؤون الخراج وشراء العتاد، وتشرف على إقامة المرافق العامة من طرق وجسور وتشييد أماكن العبادة ، كما كانت تهتم بالأملاك الشاغرة ، وايضا تتولى تصفية التركات وتحافظ على ثروات الغائبين وأملاكهم، كما تقوم ببعض الأعمال الخيرية مثل دفن الموتى من الفقراء وأبناء السبيل ، ومنح الصدقات للمحتاجين.

وكان يشرف على هذه الهيئة الخيرية موظف سام يعرف ببيت المالجي يساعده قاضي يلقب بالوكيل، ويتولى شؤون التسجيل فيها موثقان يعرفان بالعدول ، ونظرا لأهمية هذه المؤسسة فإن المشرف عليها يتمتع بصلاحيات متزايدة والاستقلال في إدارة شؤون بيت المال[2].

5- مؤسسة أوقاف الأندلسيين: قامت هذه المؤسسة الوقفية بعد محنة الأندلسيين الذين نزحوا إلى المغرب العربي واستقروا في المدن الساحلية وساهموا في الحرب ضد الاسبان ،

---

1 راجع : عقيل نمير، حول أوقاف مدينة الجزائر في القرن الثامن عشر: أوقاف مؤسسة سبل الخيرات من خلال المساجد الحنفية ، الندوة العلمية حول الوقف في الجزائر ، 2001 ، ص122، مديرية الأوقاف، الأوقاف الجزائرية، المرجع السابق، ص2، محمد البشير الهاشمي مغلي ، المرجع السابق ، ص163.

[2] د. ناصر الدين سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، المرجع السابق، ص95.

وترجع أولى عقود هذه المؤسسة حسب المؤرخ الفرنسي ديفولكس "Devoulx" إلى سنة 980هـ/1572م ، فقد كان أغنياء الجالية الأندلسية يوقفون الأملاك على إخوانهم اللاجئين الفارين من جحيم الأندلس.

وقد تعززت مؤسسة أوقاف الأندلسيين بعدها بتأسيس مركب ثقافي وتعليمي وديني سمي بزاوية الأندلسيين[1]، ثم تكاثرت مشاريعهم الخيرية حتى بلغت بالفرنك الذهبي 408072 فرنكا في عام1837[2].

6- أوقاف الزوايا والأولياء والأشراف: تعود أحباس أو أوقاف هذه المؤسسات المستقلة عن بعضها إلى أضرحة الأولياء الصالحين والأشراف والمدارس التي أسسوها في حياتهم ، وتتمثل مهمة هذه الأحباس في تسديد التكاليف الجارية للمؤسسة التعليمية أو الدينية، و كانت فوائضها تعود إلى فقراء الأشراف وأوقاف بيت المال ، وقد كانت كثيرة في مختلف المدن وخاصة منها مدينة الجزائر، فكانت تقدم لها الهدايا والهبات وتحبس عليها الأملاك ، فتكونت بذلك لكل منها ملكية ، وأشهر هذه المؤسسات تلك التي ترجع إلى ضريح سيدي عبد الرحمان الثعالبي والتي بلغت احباسها 72 عقارا، وقدرت مداخيلها بحوالي 6000 فرنك فرنسي عام 1937[3].

7- أوقاف المرافق العامة (الطرق والعيون والسواقي) : ويصر كثير من المؤرخين على تسميتها بالمؤسسة غير الدينية نظرا لدورها التقني في مدينة الجزائر، غير أن نشأتها كانت بدوافع دينية والرغبة في الثواب الجزيل بإرواء عابري السبيل ورعايتهم[4]، وقد جرى العرف على ذلك حتى سميت العيون الموجودة في الأماكن العامة بـ " السبيل" ولا يزال هذا المصطلح يستعمل حتى اليوم للدلالة على المنافع العامة .

---

[1] مصطفى أحمد بن حموش، المرجع السابق، ص6.

[2] محمد البشير الهاشمي مغلي، المرجع السابق، ص164.

[3] مصطفى أحمد بن حموش، المرجع السابق، ص6.

[4] المرجع نفسه، ص6.

وقد أوقفت عدة أملاك داخل مدينة الجزائر وخارجها للإنفاق على المرافق العامة كالطرقات والحنايا والسواقي والأقنية ، وكل هذه المرافق كانت تحظى بالعديد من الأوقاف ، ويقوم عليها وكلاء وشوّاش يعرفون بأمناء الطرق والعيون والسواقي[1].

8- مؤسسة الأوجاق(أوقاف الجند والثكنات) : لقد كان لكل من الثكنات السبع الموجودة في المدينة أوقافها الخاصة بها التي ترجع مداخيلها إلى العسكر المقيم في غرفها التي كانت تأوي ما بين 200 و300 رجل للغرف الصغيرة ، وما بين 400 و600 رجل للغرف الكبيرة ، ويعود أصل هذه الأوقاف إلى الجنود الذين ترقوا في رتبهم العسكرية حيث إرتبطت أهمية العقار الموقوف بأهمية الارتقاء في الرتبة أو المنصب الإداري الذي يحوزه الواقف، ولكن الجند يحصلون على أجورهم من الباشا، فقد كانت مداخيل الأوقاف تصرف في أشياء ترفيهية مثل الهدايا التي يقدمها وكيل الوقف لجنود الغرف الوقفية وهؤلاء الوكلاء يتم تعيينهم من قبل مقيمي الغرف ودون تدخل السلطات المحلية، مما يوحي بديموقراطية القرار في المؤسسة الوقفية الأوجاق واستقلاليتها عن السلطة المحلية[2].

ولكي نأخذ فكرة واضحة عن مختلف أوقاف المؤسسات الوقفية ونتعرف على مدى أهمية نفقاتها والفوائد التي توفرها نثبت الجدول التالي:

الجدول 01: مصاريف أوقاف بعض المؤسسات الوقفية حسب تقرير المدير المالي للإدارة الفرنسية بالجزائر بتاريخ 1842/09/30 مقدرًا بالفرنكات.

[1] د. ناصر الدين سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، المرجع السابق، ص100.

[2] مصطفى أحمد بن حموش، المرجع السابق، ص 7.

السنة	أوقاف الحرمين الشريفين	أوقاف سبل الخيرات	أوقاف أهل الأندلس
1836	105701,15	9750,40	-
1837	109895,99	13341,27	3870,80
1838	109937,25	13903,70	3978
1839	143068,62	12192,709	4141,24
1840	166495,25	12712	3384,20
1841	177268,91	10615,55	2775,20
المجموع	**812367,17**	**72515,61**	**18734,20**

المصدر: مجلة الأصالة ، وزارة الشؤون الدينية، العدد 90/89 ، جانفي/فيفري 1981.

المطلب الثاني

السياسة الاستعمارية تجاه الوقف

وصف أحد الكتاب الفرنسيين الأوقاف على انها تشكل أحد العوائق التي لا يمكن التغلب عليها والتي تحول دون تحقيق الإصلاحات الكبرى القادرة على تطوير الإقليم – الذي أخضعته أسلحتنا– وتحويله إلى مستعمرة حقيقية [1].

إن هذا الوصف يبين بجلاء كيف أن الأوقاف قد وقفت كحجر عثرة في وجه المحاولات الاستعمارية الهادفة إلى التوسع والاستحواذ على أراضي الجزائريين، ولذا كان سعي السلطات الفرنسية حثيثا لكسرهذا الحاجز لرفع الحصانة أو المناعة عن الأملاك الوقفية التي لا تسمح طبيعتها بالتصرف فيها ، حيث عمدت في سبيل تحقيق ذلك إلى اعتماد منهج قانوني متدرج تم على ثلاثة مراحل(الفرع الاول)، ابتدأت بابعاد الوقف عن المعاملات ، ثم تلاها التدخل في تسيير الأوقاف لتنتهي بالسيطرة عليها، وبالموازاة مع ذلك كان منهج الاستيطان قائم على قدم وساق في ذات الوقت (الفرع الثاني) .

الفرع الاول

المنهج القانوني للاستحواذ على الاوقاف

عمدت سلطات الاحتلال الى انتهاج سياسة قانونية متدرجة المراحل ابتداء من إبعاد الوقف عن المعاملات ، وصولا الى السيطرة عليها في المرحلة الاخيرة على النحو التالي:

أولا . مرحلة إبعاد الوقف عن المعاملات : في هذه المرحلة أصدرت الإدارة الفرنسية عدة قرارات تنص على رفع صفة الحصانة والمناعة عن الأملاك الوقفية على النحو التالي :

---

[1] د. ناصر الدين سعيدوني ، دراسات في الملكية العقارية ، المرجع السابق، ص103.

[1] مديرية الأوقاف، الأوقاف الجزائرية، المرجع السابق، ص3.

1- **قرار "اونشاف" الصادر بتاريخ 1830/09/08 م:** والذي ينص على ان : ((للسلطات العسكرية الفرنسية الحق في الاستحواذ على أملاك موظفي الإدارة التركية السابقة وبعض الأعيان من الكراغلة والحضر، بالإضافة إلى بعض الأوقاف التابعة لمؤسسة أوقاف الحرمين)) [1] .

2- مرسوم 07 ديسمبر1830 : الذي يخول للأوربيين امتلاك الأوقاف وانتقالها إليهم[2]، عملا بتوصية كلا من " فوجرو" و" فلاندان" الموظفين بمصلحة الأملاك العامة والرامية إلى وضع الأوقاف تحت مراقبة المدير العام لمصلحة الأملاك العامة ، مع إبقاء المشرفين عليها من الوكلاء، وقد تمكنت السلطة الفرنسية من تطبيق هذا القرار بصفة كلية في مدينتي وهران وعنابة ، وتم حجز وتسليم الأوقاف إلى عدة جهات منها :

- أوقاف العيون لمهندسين فرنسيين .
- أوقاف الطرق لمصلحة الجسور والطرق، بحجة ضعف الأمناء وعدم قدرتهم للقيام بهذا الدور .
- أوقاف الجيش صودرت بحجة أنها أملاك عثمانية ، وبقاؤها بأيدي الأهالي يشجعهم على الثورة .
- أوقاف المساجد فسخت بدعوى أن مداخيلها تنفق على أجانب خارج البلاد، أي أنها أموال ضائعة .

وحملت المادة الرابعة من هذا المرسوم القائمين على إدارة الأوقاف تسليم العقود والمستندات المتعلقة بها، مرفوقة بقائمة المكترين ومبالغ الإيجارات السنوية لمدير أملاك الدولة Domine ، وحسب البحث الدقيق عن الأوقاف الذي قام به بعض المسؤولين

---

[1] شريف عبد الله ، محمد مبارك الميلي، مختصر تاريخ الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1985، ص 273.

[2] د. ناصر الدين سعيدوني ، الوقف ومكانته في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بالجزائر أواخر العهد العثماني و أوائل الاحتلال الفرنسي ، مجلة الأصالة ، وزارة الشؤون الدينية ، الجزائر ، السنة العاشرة . العدد89 ، فيفري 1981م ، ص90-101.

الفرنسيين سنة 1936م، فقد بلغ عدد الأملاك الوقفية (1419) عقارا وتصرف الفرنسيون خلال هذه الفترة في (188) بناية ، استعمل بعضها لمصالح إداراتهم وهدم البعض الآخر[1].

3- وفي 25 أكتوبر 1832م وضعت سلطة الاحتلال مخططا عاما لتنظيم الوقف الجزائري تقدم به "جيرار دان" * المدير العام لأملاك الدولة إلى المقتصد المدني ، وجاء فيه أنه تشكل هيئة إدارية يرأسها المقتصد المدني مع وكلاء الوقف الجزائريين ، وبهذا المخطط أصبح المحتل يشرف على قرابة (2000) وقف سنة 1835م [2].

ثانيا . مرحلة تدخل الإدارة الفرنسية في تسيير الأوقاف والسيطرة عليها : بصدور مرسوم31 أكتوبر1838م أطلقت يد السلطة الاستعمارية للتصرف في الأوقاف، ثم تلاه المنشور الملكي المؤرخ في 24 أوت 1839م والذي قسم الاملاك إلى ثلاثة أنواع :

- أملاك الدولة: وهي تخص كل العقارات المحولة التي توجه للمصلحة العمومية عن طريق قرارات تشريعية، وكان من ضمنها الأوقاف.
- الأملاك المستعمرة.
- الأملاك المحتجزة .

بعد المرسوم السابق ، توالت المراسيم والقرارات و المناشير واللوائح وكان هدفها الوحيد هو الاستيلاء على الأوقاف[3]، ففي 01 أكتوبر1843م صدر قرار ينص على أن الوقف لم يعد يتمتع بصفة المناعة او الحصانة ، وأنه بهذا القرار أصبح يخضع لأحكام المعاملات المتعلقة بالأملاك العقارية من بيع وهبة وغير ذلك[4]، الأمر الذي سمح للأوربيين بالاستيلاء على كثير من أراضي الوقف التي كانت تشكل 50 % من الأراضي الزراعية ،

---

[1] مديرية الأوقاف، الأوقاف الجزائرية، المرجع السابق، ص4.

* هو أحد موظفي الإدارة الفرنسية في بداية الاحتلال الفرنسي للجزائر كما عرف بعمله المخابراتي لها، أبو القاسم سعد الله ، تاريخ الجزائر الثقافي ، ج1، المرجع السابق ، ص227.

[2] د. ناصر الدين سعيدوني ، تاريخ الوقف ، المرجع السابق ، ص 1.

[3] مديرية الأوقاف، الأوقاف الجزائرية، المرجع السابق، ص 7.

[4] أبو القاسم سعد الله، أبحاث و أراء في تاريخ الجزائر، ج 2، ط2، المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر، 1986. ص 20.

وبذلك تناقصت الأوقاف ونضحت مواردها، فلم تعد تتجاوز (293) وقفا منها (125) منزلا و (39) دكانا و (03) أفران و (19) بستانا و (107) وقفا آخر سنة 1843م، وكانت قبل الاحتلال (550) وقفا[1].

لقد توسع العمل بالقرار اعلاه بموجب مرسوم 30 أكتوبر 1858م الذي أخضع الأوقاف لقوانين الملكية العقارية المطبقة في فرنسا ، وسمح بامتلاك الأوقاف وتوريثها. وأعقب هذا الإجراء القرار الأخير الذي عرف بقانون 1873م، والذي استهدف تصفية أوقاف المؤسسات الدينية لصالح التوسع الاستيطاني الأوربي في الجزائر ، والقضاء على المقومات الاقتصادية والأسس الاجتماعية للشعب الجزائري[2].

وفي سنة 1878م ، صدر قانون أصبح بموجبه للمستوطنين الحق في توسيع ممتلكاتهم على حساب الأراضي الوقفية ، مما أدى إلى تصفية الممتلكات الوقفية الدينية[3].

الفرع الثاني

المنهج الاستيطاني في تصفية الوقف

انتهج المحتل الفرنسي في محاولته الاستيطانية منهجا اقتصاديا كان الهدف منه سلب ممتلكات الأمة الجزائرية سواء العمومية أو العروشية أو الوقفية ، وحتى يتمكن من ذلك عمد إلى الغارات الحربية على الأهالي لتخويفهم ، وبالتالي يتركون أراضيهم ويهجرونها ؛ الامر الذي يسهل للمحتل مصادرتها بحجة شغورها من أهلها المالكين[4] .

كما عمدت سلطة الاحتلال إلى مراجعة وثائق الملكيات الخاصة للجزائريين والمتعلقة بالوثائق الثبوتية للأملاك العقارية للأهالي ، ومصادرة كل أرض غيرموثقة مع

---

[1] د. ناصر الدين سعيدوني، دراسات وأبحاث في تاريخ الجزائر ، المرجع السابق، ص167 ، 168.

[2] المرجع نفسه ، ص168.

[3] د. ناصر الدين سعيدوني ، تاريخ الوقف ، المرجع السابق ، ص 12.

[4] د. ناصر الدين سعيدوني ، تاريخ الوقف ، المرجع السابق ، ص 12.

تشجيع السياسة الاستيطانية للأجانب، حيث بلغت نسبة المهاجرين الأوروبيين سنة 1850م حوالي (20) ألف مهاجر أوروبي موزعين على (42) قرية جديدة[1].

ومن الوسائل التي اعتمدها المحتل لمصادرة الأراضي والعقارات عموما والوقفية خاصة ، اتباع سياسة الأرض المحروقة ، وذلك بحرق المحاصيل الزراعية وفرض الضرائب والغرامات المالية ، مما يدفع الأهالي إلى التسديد أو التخلي عن ممتلكاتهم.

إن هذه السياسة الاستيطانية لم يستسلم لها الجزائريون ، بل كانت سببا لثورات شعبية امتدت مكانا وزمانا عبر كامل ربوع الوطن ، انتهاء بثورة الفاتح من نوفمبر 1954م والتي كان ثمرتها استرجاع السيادة الوطنية في 5 جويلية 1962 م[2].

والنتيجة مما سبق ذكره : أن المحتل الفرنسي حاول طمس الشخصية العربية الإسلامية للجزائريين بمحاولته طمس معاني الوقف بين أفراد المجتمع ، من خلال القضاء عليه بشتى الوسائل المتاحة : القانونية والقمعية والاستيطانية حتى حقق بعض النتائج، إلا أنه لم يستطع اجتثاثه من نفوسهم لتعلقه بدينهم، على اعتبار أنه سبيل من سبل الخيرات التي دعا الإسلام إلى المحافظة عليها وتربية الإنسان عليها.

---

[1] عبد الله جندي أيوب، الاستيطان الفرنسي في الجزائر(1830م – 1919م)، رسالة دكتوراه، كلية الآداب جامعة القاهرة، 1969م، ص29 ، 30.

[2] المرجع نفسه ، ص 30 ، 38.

المبحث الثاني

التطور التشريعي للوقف بعد الاستقلال

بالرغم من التأثيرات السلبية التي تركها التنظيم العقاري الذي كان سائدا قبل الاستقلال على أصناف الملكية بصفة عامة، وعلى الأوقاف بصفة خاصة، إلا ان الأملاك الوقفية بقيت متواجدة ، وقد كانت تتوزع على أوقاف حبست على المدارس والمساجد والزوايا والكتاتيب ، وبين أوقاف أهلية أو ذرية ، وعلة ذلك كله تعود إلى الوازع الديني الذي كوّن حول الملكيات الوقفية نظرة إجلال وتقديس.

إن تواجد الأملاك الوقفية غداة الاستقلال حدا بالمشرع الجزائري إلى التفكير في تنظيمها ، وضبط التشريعات اللازمة لتسييرها وفق نظام قانوني واداري يستجيب لطبيعة هذه الاملاك ، ويتجاوب مع الأهداف التي انشئت من اجلها ، وقد انعكس اهتمام المشرع الجزائري بهذا الصنف من الملكية العقارية –الأوقاف– في تخصيص وزارة للأوقاف بعد الاستقلال أوكلت لها مهمة تسيير الأملاك الموقوفة وسلطة الرقابة عليها، وبناء على اقتراح وزير الأوقاف صدر أول تشريع يتعلق بالوقف تمثل في المرسوم التنفيذي رقم 64 –283 المؤرخ في 17 سبتمبر 1964م[1].

لكن هذا الاهتمام ما فتئ يتقلص تارة ويزيد تارة أخرى ، وخاصة بعد صدور الأمررقم 71–73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971م[2] ، حيث واجهت الاملاك الوقفية بسبب ذلك مصاعب جمّة قبل صدوراول قانون خاص بالوقف في الجزائر سنة 1991م ، وعلى هذا الأساس ولأجل تجلية هذا التوصيف اكثر سنستعرض التشريعات التي نظمت الوقف بعد الاستقلال من خلال المطلبين الموسومين بما يلي :

– المطلب الاول :الاملاك الوقفية قبل صدور قانون الوقف 91– 10.

– المطلب الثاني :الاملاك الوقفية ما بعد صدور قانون الوقف 91–10.

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 64–283 المؤرخ في:1964/09/17،المتضمن الأملاك الحبسية العامة، ج. رعدد77.

[2] الأمر رقم 71–73 المؤرخ في: 08 نوفمبر 1971 المتعلق بالثورة الزراعية، ج. رعدد15.

المطلب الاول

الاملاك الوقفية قبل صدور قانون الوقف 91- 10

عرفت المنظومة القانونية الجزائرية تأخرا نوعا ما في مسألة التشريع للأوقاف وواجهت الاملاك الوقفية بسبب ذلك مصاعب ومصائب جمة قبل صدور اول قانون خاص بالوقف في الجزائرسنة 1991م ، ولتبيّن ذلك نتاول مسألة الحالة الثبوتية أو التوثيقية للأوقاف بعد الاستقلال (الفرع الاول) ، ومسألة الوضعية القانونية للأوقاف قبيل صدور قانون الوقف (الفرع الثاني) على النحو التالي :

الفرع الاول

الحالة الثبوتية أو التوثيقية للأوقاف بعد الاستقلال

لقد كان للإجراءات القانونية المطبقة على الوقف في فترة الاحتلال آثارا سلبية على الأملاك الوقفية بعد الاستقلال ، حيث أصبح الكثير منها ملكا خاصا لبعض العائلات والآخرتحت إشراف الدولة الجزائرية، وذلك بسبب إدراجه ضمن المنظومة العقارية وفق عقود تمت زمن الاحتلال الفرنسي، و البعض من الأوقاف انتقل إلى ملكية بعض الأشخاص بسبب الخوف من استيلاء المحتل عليه ، فسجلت هذه الأوقاف كملكية خاصة ، كما أن الكثير منها تمت بطريقة شفوية وبالشهود دون توثيق لعقد الوقف في الدوائرالرسمية أثناء الاحتلال[1]، مما يتعذر على الجهة الوصية إثبات تلك العقود لغياب الشهود في بعض الأحيان.

إن هذه الوضعية للعقارات الجزائرية نتج عنها أن ربع(¼) الممتلكات العقارية الجزائرية فقط موثقة ومشهرة بمحافظات الرهونمن بينها جزء ضئيل من الأوقاف[2].

---

1 زيدين قاسمي، المرجع السابق ، ص1.

[2] علاوة بن تشاكر ، حصر الأوقاف و حمايتها في الجزائر ، دورة إدارة الأوقاف الإسلامية ، 1999، ص8.

كما واجه الوقف الجزائري مشكلا آخر تمثل في صدور المرسوم التشريعي رقم 62-167 المؤرخ بتاريخ 12/31/ 1962م والذي أدمج الممتلكات العقارية الوقفية في أملاك الدولة أو الاحتياطات العقارية مما زاد في توسيع مشكل الأوقاف في الجزائر[1].

الفرع الثاني

الوضعية القانونية للأوقاف قبيل صدور قانون الوقف

عرفت المنظومة القانونية الوقفية الجزائرية تأخرا نوعا ما في مسألة التشريع للأوقاف، ولعل ذلك يعود إلى اهتمام الدولة الجزائرية المستقلة بشؤون أخرى رأت فيها الأهمية لما خلّفته حرب التحرير الوطنية من آثارعلى كل المستويات من جهة ، و من جهة أخرى لتأثر الطبقة السياسية بالمذهب الاشتراكي و الذي كان المنهج المتبع واختيار الطبقة السياسية الحاكمة له، والذي لم يعر للوقف ولدوره الاقتصادي و الاجتماعي أي اهتمام ، كما أن الوقف الجزائري تأثر ببعض القرارات الحكومية والتي لم تراع خصوصية المنظومة الوقفية، مما نتج عنه آثارا سلبية على الوقف من كل الجوانب . لقد

مرّت المنظومة التشريعية الوقفية بمراحل تفاوتت كل مرحلة عن الأخرى من حيث النتائج الإيجابية والسلبية على الوقف الجزائري ، ويمكن اجمال تلك المراحل فيما يلي:

المرحلة الأولى . الوقف الجزائري و الامر 62-20 : أصدرت الدولة الجزائرية المستقلة أمرا تشريعيا بتاريخ 1962/08/24م تحت رقم 62-20 والذي قضى بحماية وتسيير الأملاك الشاغرة بعد الاستقلال[2]، فتأثر الوقف سلبيا بهذا الامر ، حيث أن الكثير

من الاملاك الوقفية كان شاغرا ، وبذلك انتقلت ملكيته إلى الدولة باعتبار أن العديد من الاملاك الوقفية كانت تحت تصرف المحتل الفرنسي[1].

---

[1] عبد القادر بن عزوز، فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية ، تخصص الفقه وأصوله، جامعة الجزائر ، 2003 م-2004م ، ص42 .

[2] الامر 62-20 الصادر بتاريخ 1962/08/24م المتعلق بحماية وتسيير الأملاك الشاغرة، ج. ر عدد 36 .

المرحلة الثانية . الوقف الجزائري و المرسوم 63-388: أصدرت الدولة الجزائرية بتاريخ 1963/10/01م مرسوما تشريعيا[2] يقضي بتأميم كل المزارع الفلاحية التابعة لبعض المزارعين الطبيعيين والمعنويين لتصبح ملكا للدولة الجزائرية ، مما جعل الكثير من الممتلكات الوقفية تؤول ملكيتها إلى الدولة بحكم هذا المرسوم بطريقة غير مباشرة ، وبذلك ضمت الأملاك العقارية الوقفية لأملاك الدولة دون أن يراعي الخصوصية القانونية للوقف مما أثر على الممتلكات الوقفية الجزائرية الامر الذي جعل أيدي الطامعين تمتد إليها [3].

المرحلة الثالثة . الأملاك الوقفية في ظل المرسوم رقم 64-283: لقد صدر- بناء على اقتراح من وزير الأوقاف- المرسوم رقم 64-283[4] المؤرخ في 1964/10/07 م لاجل تنظيم وضعية الأملاك الوقفية العامة.

لقد حدد المرسوم 64-283 الأهداف التي تقصد وترجى من إنشاء الوقف وحصرها في أهداف اجتماعية ودينية وخيرية، شريطة ان يكون وقفها موافقا للصالح العام الوطني وللنظام العام، وقد اعتبر كل شرط يخالف هذه الأهداف السابقة والأهداف الدينية الإسلامية يقع باطلا[5].

ولقد ابتدأ المرسوم مواده الإحدى عشر بتقسيم الأملاك الحبسية إلى قسمين: الاحباس العمومية والاحباس الخاصة، أما الاحباس العمومية فهي الاحباس التي لا تقبل التفويت ولا تجرى عليها المعاملات التجارية، بناء على إرادة المحبس أو الواقف ويخصص مدخولها بصورة قطعية لأعمال الخير أو لصالح اجتماعي، وقد حددت الأوقاف العمومية في الأقسام التالية[6] :

---

[1] أحمد علي عبد المالك، المنظومة العقارية في الجزائر، دورة إدارة الأوقاف الإسلامية، 1999، ص 6.

[2] Décret N63-388 du 01/10/1963, Déclarant biens de L'Etat, les exploitations agricoles appartenant a certaines personnes physique au morale, j. o n 2,1963.

[3] أحمد علي عبد المالك، المرجع السابق، ص 6.

[4] المرسوم التنفيذي رقم 64 -283 المؤرخ في 1964/09/17 ، المتضمن الأملاك الحبسية العامة ، الجريدة الرسمية عدد 77.

[5] المادة 04 من المرسوم رقم 64 -283.

[6] المادتين: 01، 02 من المرسوم 64 -283.

– الأماكن التي تؤدى فيها شعائر الدين.

– الأملاك الوقفية أو الحبسية المحبسة على الأماكن المذكورة سابقا.

– الأملاك التابعة لهذه الأماكن.

– الأوقاف التي ضمت إلى أملاك الدولة، والتي لم يجر تخصيصها.

– الأملاك التي اشتراها أشخاص طبيعيون أو معنويون باسمهم الشخصي أو التي وقفت عليهم بعدما اشتريت بأموال جماعة المسلمين، أو وقع الاكتتاب عليها في وسط هذه الجماعة ، أو خصصت تلك الأموال بالمشاريع الدينية .

– الأوقاف الخاصة (المعقبة) التي لا يعرف من حبست عليهم، والمقصود بالأموال الوقفية الخاصة (المعقبة) : الأملاك التي يخصص الواقف منفعتها لمستحقين معينين أو عند انقراضهم تضم إلى عموم الأوقاف.

وفيما يخص الجانب المالي للوقف ، فقد حددت نفقات الوقف أو أوجه صرف ريع الوقف على وجه الأسبقية للنفقات الضرورية لصيانته والمحافظة عليه، كما أجاز المرسوم استبدال المال الموقوف في حالة خرابه بمال آخر من صنفه الشرعي، مع مراعاة أحكام الوقف والمنافع التي يجب الحصول عليها[1].

أما الجانب الإداري لممتلكات الوقف في ظل هذا المرسوم، فقد كلف وزير الأوقاف بتولي إدارة الأوقاف العمومية ، مع إمكانية تفويض سلطاته فيما يخص التسيير على شرط احتفاظه في جميع الأحوال بسلطته الخاصة بالرقابة والوصاية، ويدخل في نطاق سلطاته فسخ عقود الإيجار الخاصة بالأوقاف العمومية ، وذلك مهما كانت مدتها وتسميتها التعاقدية سواء كانت اعتيادية أو عرفية، مع استبعاد طلب التعويض.

وتجدر الإشارة إلى ان هذا المرسوم قد منح لإدارة أملاك الدولة الحق في إعطاء رأيها فيما يخص قيمة استئجار الأوقاف العمومية، وجعل استشارتها كشرط لتمام عقد الإجارة عندما تعادل أو تفوق قيمة الإيجار خمسة آلاف دينار جزائري ، وكذلك الأمر بالنسبة للاستئجار والمعاوضات الخاصة بالأملاك الوقفية، أو بالحقوق العقارية التي تجري عليها

[1] المادة 06 من المرسوم 64 –283.

قصد استبدالها إذا كان ثمن البيع أو المعاوضة يعادل أو يفوق(5000 دج) خمسة آلاف دينار جزائري[1].

ويلاحظ في الأخير ان هذا المرسوم قد قرر ان جميع الجمعيات مهما كان نوعها، التي تقوم بإدارة أو تسيير أو مراقبة الأملاك الوقفية وكذا الجمعيات والمنظمات التي كانت مكلفة سابقا من قبل السلطات المتصرفة في تلك الأملاك، أو المسيرة لشؤون الدين الإسلامي تكون ملزمة باتباع ما جاء في هذا المرسوم ، وعلى هذه الجمعيات أو المنظمات ان تقدم حساب إدارتها وجميع الوثائق الثبوتية والعقود والمستندات الموجودة بحوزتها وكل المبالغ التي لديها إلى وزارة الأوقاف، وذلك خلال اجل حدده هذا المرسوم[2].

لكن – وبعد استعراض كل الذي سبق – نسجل ملاحظة هامة مفادها: ان هذا المرسوم 64 –283 قد جمد فور صدوره، وبالتالي لم يدخل حيز التطبيق أصلا، الامر الذي ابقى فعليا وضعية الأوقاف دون ضبط وتحديد دقيق ، وبالنتيجة ظلت على وضعيتها إلى حين صدور الأمر 71–73 المتضمن الثورة الزراعية ليزيد الطين بلة.

المرحلة الرابعة . الأملاك الوقفية في ظل الأمر 71–73 المتعلق بالثورة الزارعية [3] :

يعتبر هذا الأمر أحد التشريعات الأساسية التي استهدفت تحقيق التطبيق والتحول الاشتراكي في مجال الزراعة، وقد أسفر تطبيق هذا الأمر عن تشكيل قطاع الأموال الوطنية الزراعي، والذي يتسم بالاتساع الذي غطى غالبية الأراضي الزراعية المتاحة[4].

و قد تشكل قطاع الأموال العامة الزراعية أساسا نتيجة لعمليات التأميم والتي تأسس تنفيذها على قواعد قانونية حددها هذا الأمر والتي تمثلت فيما يلي:

– تأميم الأراضي الزراعية التي تغيب عنها ملاكها الخواص: وفي هذا الصدد اعتبر كل مالك لا يستغل الأراضي الزراعية المملوكة له بزراعتها شخصيا ويكتفي بتأجيرها متغيبا عن

---

[1] المادة 07 من المرسوم 64 –283.

[2] المادة 09 من المرسوم 64 –283.

[3] الأمر رقم 71–73 المؤرخ في: 08 نوفمبر 1971، المتضمن الثورة الزراعية، الجريدة الرسمية عدد 15.

[4] محمد فاروق عبد الحميد، التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في القانون الجزائري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص22.

أرضه، وتأسيسا على مبدأ : " الأرض لمن يخدمها " أممت هذه الأراضي ووسائل الإنتاج المرتبطة بها[1].

وطبقا للمادة 37 من الأمر السالف الذكر، فإن حكم المالك المتغيب عن الأرض ينطبق على المستحقين في الأراضي الزراعية الموقوفة والتي لا يقومون باستغلالها بأنفسهم، ويتم تأميمها طبقا لذلك لصالح صندوق الثورة الزراعية.

– تأميم أراضي الأوقاف العمومية الزراعية : حيث أوردت المادة 34 من الأمر حكما يقضي باعتبار كل ارض زراعية أو معدة للزراعة، وكل مؤسسة وقف آيلة مباشرة لمؤسسة أو آيلة نهائيا لها من الأوقاف العمومية بحكم القانون، شريطة ان تكون المؤسسة المكلفة بها أوالجهة التي آلت الأرض إليها معتبرة كهيئة ذات طابع نفع عمومي أو مصلحة عامة ، وإذا لم تتوفر فيها هذه الشروط تؤمم الأرض بتمامها لفائدة الصندوق الوطني للثورة الزراعية ، دون ان يمس تدبير التأميم البناءات الواقعة فيها، أو ما يحيطها مباشرة.

ونصت المادة 35 من الأمر71–73 على انه : ((عندما تكون الأرض الزراعية أو المعدة للزراعة والمؤسسة كوقف آيل للأوقاف نهائيا، يتم تأسيسها أو إلحاقها بالصندوق الوطني للثورة الزراعية ويصبح الأشخاص القائمون باستغلالها مباشرة أو شخصيا حين التأميم مستحقين لها على وجه الأولوية شريطة ان تتوفر فيهم شروط المنع النصوص عليها في هذا الأمر، ولا يتم منح هذه الأراضي واستغلالها إلا بالشكل الجماعي مراعاة لوحدة أيلولة العقود)).

أما المواد 36 و37 و38 من هذا الأمر فقد وردت تحت عنوان : حالة الأرض الزراعية أو المعدة للزراعة والمؤسسة كوقف خاص، حيث افادت ابتداء انه تطبق أحكام الجزء الأول من هذا الأمر المتعلقة بتأميم الأراضي الزراعية أو المعدة للزراعة، وتسري بتمامها على الأراضي الزراعية أو المعدة للزراعة والمؤسسة كوقف، غير المستكملة لأيلولتها النهائية للوقف[2].

---

[1] المرجع نفسه ، ص13.

[2] المادة 36 من الأمر رقم 71–73.

أما المادة 37 من الأمر فنصت على ما يلي :((ان أصحاب الاستحقاق الوسطاء، الذين لا يستغلون حسب مفهوم هذا الأمر، بصفة مباشرة وشخصية الأرض الزراعية أو المعدة للزراعة والمؤسسة كوقف، وغير آيلة نهائيا للوقف يعدون بمثابة مالكين غير مستغلين بالنسبة لتطبيق التدابير الخاصة بالثورة الزراعية على هذه الأرض، وعندما يستغل هؤلاء المستحقون الأرض المذكورة مباشرة وشخصيا، تسري عليهم أحكام هذا الأمر المتعلقة بحصر الملكية الخاصة الزراعية)).

واضافت المادة 38 بأنه: ((عندما تزول المؤسسة أو الجهة المعنية كمستحقة نهائيا لأرض زراعية أو معدة للزراعة ومؤسسة كوقف تحل الدولة محلها ، وإذا وجد مستحقون لهذه الأراضي تطبق عليهم أحكام المادة السالفة، وفي حالة عدم وجود مستحقين وسطاء للأرض تعود هذه الأرض بتمامها للصندوق الوطني للثورة الزراعية)).

لقد كان الواضح من هذه السياسة المتبعة في هذا الأمر هو الحث على استثمار الأراضي الموقوفة واستغلالها، نتيجة لنقصان الأراضي الزراعية بالنسبة لعدد الفلاحين الذين لا يملكون الأرض أو يملكون قليلا منها[1]، كما انه يمكن الملاحظة في الأخير انه فيما يتعلق بوقف الأرض الزراعية، لم تبق سوى الأوقاف العمومية، وهي التي آلت إلى جهة أو مؤسسات ذات نفع عام قبل نشر الأمر المتضمن الثورة الزراعية، وهذا الحكم يشابه ما جرى في مصر من ناحية إلغاء الوقف الأهلي أو الخاص، واستبقاء الوقف الخيري أو الأوقاف العمومية .

المرحلة الخامسة . الوقف الجزائري وقانون التنازل عن أملاك الدولة :

لقد كان لقانون 81-01 المؤرخ في 10 فبراير 1981م والمتضمن قانون التنازل عن الأملاك العقارية السكنية و المهنية والتجارية التابعة للدولة والجماعات المحلية و الهيئات العمومية [2] اثرا سلبيا على الاوقاف ، حيث اشتملت مواده من المادة 02 إلى المادة

[1] ميثاق الثورة الزراعية الصادر في: 1971/11/30 م، الجريدة الرسمية العدد 97.

[2] القانون رقم 81-01 المؤرخ في:10 فبراير 1981م، المتضمن قانون التنازل عن أملاك الدولة العقارية السكنية و المهنية والتجارية التابعة للدولة والجماعات المحلية و الهيئات العمومية، الجريدة الرسمية العدد 06.

10 من القانون حق التنازل بالبيع و الشراء لهذه العقارات العمومية ، ولم يشر القانون إلى الأوقاف من بعيد أو قريب مما ترتب عنه التنازل عن الأملاك الوقفية لحساب الأشخاص الطبيعيين ، الامر الذي أثر سلبا على الممتلكات الوقفية لانتقالها لغير الموقوف عليهم شرعا وإخراجها عن خصوصيتها الوقفية.

ولقد حاول المشرع الجزائري أن يستدرك هذا الأمر بعد مرور أكثرمن تسع سنوات وذلك في قانون التوجيه العقاري 90-25[1] والصادر بتاريخ 08 نوفمبر 1990م في مادتيه 31 و32 ، إلا أن الظاهر أن هذا الاستدراك وإن كان إيجابيا من جانب معالجته لعمليات التعدي على الممتلكات الوقفية ، إلا أنه جاء متأخرا بعض الشيئ الامر الذي أدى الى أن تطال بعض الأيدي الممتلكات الوقفية الجزائرية .

المرحلة السادسة . الأملاك الوقفية ما بعد القانون 84 -11 المتضمن قانون الأسرة[2] :

لقد تضمن قانون الأسرة 84-11 الصادر بتاريخ 09 جوان 1984م ، في الفصل الرابع منه والخاص بالتبرعات، على بعض الأحكام القانونية للوقف، هذا الأخير الذي عرفه قانون الأسرة بأنه:((حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق)) ، وقد قرر هذا القانون نوعين من الوقف: الوقف الأهلي أو الذري، والوقف العام.

هذا، وقد أجاز القانون للواقف ان يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته على ان يكون مال الوقف بعد ذلك على الجهة المعينة[3].

كما أحال شروط الوقف والموقوف عليه إلى ما اشترطه الواهب والموهوب طبقا للمادتين 204 و205 من القانون، أما المال الموقوف فقد قرر له القانون شروطا تمثلت في : ان يكون المال المحبس ملكا للواقف معينا وخاليا من النزاع[4].

---

[1] القانون رقم 90 - 25 الصادر في: 08 نوفمبر 1990، المتعلق بالتوجيه العقاري، الجريدة الرسمية العدد 49.

[2] القانون رقم 84-11 المؤرخ في: 09 جوان 1984 ، المتضمن قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية العدد 52.

[3] المادة 214:" يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته، على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية".

[4] المادة 216: " يجب أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف، معينا، خاليا من النزاع ولو كان مشاعا".

كما أكد القانون على أمر إثبات الوقف، بان هذا الأخير إذا توافرت أركانه يثبت بما تثبت به الوصية بتصريح أمام الموثق، ويحرر عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر يثبت الوقف بحكم ويؤشر به على هامش اصل الملكية[1].

وقد تطرق هذا القانون أيضا إلى اشتراطات الواقف، التي قيد نفاذها بعدم تنافيها مع مقتضيات الوقف شرعا، وإلا بطلت شروط الواقف، وبقي الوقف صحيحا.

وقد اعتبر القانون كل ما أحدثه الواقف من بناء أو غرس ملحقا بالعين الموقوفة كما ان كل تغيير يمس عين الوقف وينجر عن ذلك تعويض فإن هذا الأخير يقوم مقام الوقف، وهو بهذا قد أجاز الاستبدال في الوقف[2].

ويمكن القول بصفة عامة بصدد هذا القانون انه لم يفصل بوضوح، ويبين بجلاء النظام القانوني والإداري للوقف ، مكتفيا بالاقتصار على بعض الأحكام الفقهية.

عقب قانون الأسرة اعلاه صدر قانون الأملاك الوطنية 84-16[3] المتعلق بتحديد المركز القانوني للأملاك الوطنية، حيث اوردت المادة 11 منه قائمة الأملاك الوطنية بنصها على انه :((تتشكل الأملاك الوطنية من الأملاك العمومية والأملاك الاقتصادية، والأملاك المستخصة، والأملاك العسكرية، والأملاك الخارجية)).

وقد قسمت المادة 14 من هذا القانون الأملاك الوطنية إلى قسمين رئيسين هما : الأملاك العامة الطبيعية والأملاك العامة الصناعية، ثم جاءت المادة 15 منه بتفصيل النوعيات المشكلة لعناصر كل قسم، وفي هذا الإطار اعتبرت الحبوسات أو الأوقاف العمومية ضمن قائمة الأموال العامة، وذلك اعتمادا على قرارات الغرفة الإدارية بالمجلس

---

[1] المادة 217: " يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة (191) من هذا القانون".

[2] المادة 220:" يبقى الحبس قائما مهما طرأ على الشيء المحبس تغيير في طبيعته، وإذا نتج عن التغيير تعويض ينزل منزلة الحبس".

[3] القانون رقم 84 -16 المؤرخ في: 30جوان 1984 ، المتضمن الأملاك الوطنية ، الجريدة الرسمية عدد13.

الأعلى للقضاء*، وما تجدر الملاحظة والإشارة إليه، انه تم إلغاء القانون 84-16 بمقتضى أحكام القانون رقم 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية[1] ، والذي اعتمد المشرع في تقنينه على القانون رقم 90 -25 المتضمن التوجيه العقاري[2]، والذي حددت المادة 23 منه الأصناف القانونية العامة للأملاك العقارية على النحو التالي :

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

وبناء على ما سبق، أصبحت الأموال الوقفية صنفا من بين أصناف الملكية العقارية العامة المعترف بها قانونا.

وقد عرفت المادة 31 من القانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري، الأملاك الوقفية بأنها : ((هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته، ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة ، سواء كان هذا التمتع فوريا أوعند موت الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور)).

هذا ، وقد أحالت المادة 32 من القانون رقم 90-25 بشأن تكوين هذه الأملاك الوقفية وتسييرها إلى قانون خاص، وهو القانون رقم 91-10 المؤرخ في:27 افريل 1991 المتعلق بالأوقاف[3].

---

* من ذلك القرار رقم 26 المؤرخ في: 01 /1978/04م من الملف رقم 14480 الصادر عن السيد جباري وزير التعليم الأصلي آنذاك ، حيث حددت الطبيعة القانونية لأموال الأوقاف العمومية طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، على أساس أنها أموال غير قابلة للتصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ، ونظرا لخضوعها إداريا لوزارة الأوقاف واستنادا على الوصف الذي أطلقه عليها المرسوم رقم 64 -283 السالف الذكر والمتعلق بنظام الأملاك الحبسية العامة من حيث كونها وقفا عاما ، وبالتالي فان طبيعتها القانونية حددت بأنها "مال عام" وهذا ما نصت به المادة 16 من القانون 84-16 المتعلق بالأملاك الوطنية.

[1] القانون رقم 90 -30 المؤرخ في: 1990/12/01، المتضمن الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية عدد 52.

[2] القانون رقم 90 -25 المؤرخ في: 18 /1990/11 ، المتضمن التوجيه العقاري ، الجريدة الرسمية عدد 52.

[3] القانون رقم91-10 المؤرخ في:27 ابريل 1991 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية رقم 21.

المطلب الثاني

الاملاك الوقفية ما بعد صدور قانون الاوقاف رقم 91- 10

لقد عرفت الاملاك الوقفية في الجزائر بعد صدور قانون الوقف عدة تطورات يمكن ان نستعرض اهمها في المراحل التالية :

المرحلة الاولى . صدور قانون الاوقاف رقم 91-10 :

يعتبر القانون 91-10 أول تشريع منظم رسميا للوقف بعد المرسوم رقم 64-283 حيث أنه اهتم بالوقف بتشريع مستقل ، مما يدل على بداية الاهتمام الرسمي به وبدوره الاجتماعي والاقتصادي ، حيث شملت أحكامه التعريف بالوقف وبشروطه وشروط ناظر الوقف ، وكذا كيفية الانتفاع منه و غير ذلك من الأحكام الفقهية المتعلقة به ، وطريقة استرجاع الوقف عموما، إلا أن هذا القانون جاء ناقصا من جانب بيان كيفية استثمار وتنمية الوقف.

المرحلة الثانية . صدورالمنشورالوزاري المشترك بين وزارة الشؤون الدينية والفلاحة :

لقد كان للقانون رقم 91-10 نتائجه التشريعية الإيجابية ، إذ تبعه المنشور الوزاري المشترك بين وزارة الفلاحة والشؤون الدينية والأوقاف الصادرفي06 جانفي 1992م والذي نص على حق الوزارة الوصية في استرجاع الأراضي الزراعية المؤممة [1].

المرحلة الثالثة . صدور المرسوم رقم 94-470 :

يعتبر هذا المرسوم الصادر في 25 ديسمبر1994م والمتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية[2] ، نقطة تحول هيكلية هامة في تاريخ الاوقاف ، حيث تناولت مواده خاصة الثالثة منه مسألة الهيئة الإدارية للأوقاف بحيث أصبحت للأوقاف مديرية مركزية مستقلة في هيكلها وتسييرها و أحكامها عن باقي المديريات بالوزارة الوصية ،

[1] نسخة من المنشور مسلمة من طرف المديرية المركزية للأوقاف و الحج.

[2] المرسوم 94- 470 الصادر في: 25 ديسمبر 1994م، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية، جريدة رسمية بتاريخ 08 يناير 1995م، العدد01.

وبذلك فإن الكلام عن الوقف الجزائري فعليا يبدأ من هذا التاريخ ، ذلك ان وجود الإدارة المسيرة عامل مساعد على التنمية الوقفية .

المرحلة الرابعة . صدورالمذكرات والتعليمات التنظيمية للوقف :

لقد تضمنت الفترة الزمنية (1994- 1998) عدة مذكرات وتعليمات وزارية تنظيمية كان الهدف منها تغطية العجز التشريعي في مجال التسيير الوقفي ، وتنظميه لتأدية مهمته الاجتماعية و التكافلية والاقتصادية على أكمل وجه في مجال التسيير المالي والإيجار ، والدعوة إلى تنميته بالطرق المشروعة ، وكيفية كتابة التقارير المالية الخاصة بالتحصيل الوقفي وغير ذلك . واهم هذه المنشورات والمذكرات :

- المنشور الوزاري رقم 37-96 الصادر في: 1996/06/05 والمحدد لكيفية دفع إيجار الوقف[1] .
- المذكرة الوزارية رقم01-96 الصادرة في: 1996/07/09 والخاصة بكيفية إيجارالوقف .
- التعليمة رقم 02- 96 الصادرة في:1996/07/17 والمتضمنة مطالبة النظار بالتقارير المالية الخاصة بالوقف.
- المذكرة رقم 03-96 الصادرة في:1996/07/17 والمنظمة لكيفية كتابة التقارير المالية الخاصة بالوقف .
- المذكرة الوزارية رقم 01-97 الصادرة في:1997/01/05 و المبينة لكيفية إدارة الوقف .
- المذكرة رقم 1/97 الصادرة في:1997/07/01 والخاصة بكيفية تسيير أموال الوقف.
- المذكرة رقم 02-97 الصادرة في: 19 /07/ 1997 والمتضمنة الدعوة إلى تنمية الوقف .

وما يلاحظ هنا ان أهمية هذه المذكرات تكمن في كونها بداية التنظيم التشريعي والتنفيذ الفعلي لاحكام الوقف لاجل أن يقوم بدوره التنموي.

المرحلة الخامسة : صدور المرسوم التنفيذي رقم 98-381 [1]:

[1] وثيقة مديرية الأوقاف المساهم بها أيام الملتقى التكويني للنظار و المفتشين ، أيام 21-23 جوان 1996م، وزارة الشؤون الدينية ، مديرية الأوقاف ، الجزائر.

لقد كان هذا المرسوم التنفيذي الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 1998م مكملا للمنظومة القانونية الوقفية ، حيث أنه بيّن شروط إدارة الوقف وتسييره وحمايته ، وكيفية تسوية المنازعات الخاصة به، وقد جاء المرسوم في 40 مادة تضمنت الدعوة إلى استثماره و تنميته نحو إجارته من المادة 22 إلى المادة 30 من المرسوم ، وأحكاما مالية أخرى متعلقة بصيانته وتسييره .

المرحلة السادسة . صدورالقرار الوزاري المشترك الخاص بإنشاء صندوق الوقف:

صدر بتاريخ 02 مارس 1999م قرارا وزاريا مشتركا بين وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والمالية[2] ، يخول لمديرية الأوقاف الحق في فتح صندوق مركزي للأوقاف العمومية دون الخاصة تصب فيه أموال الوقف و ريعه عبر التراب الوطني ، مع بيان كيفية تنظيمه وطرق المحاسبة فيه وغير ذلك من الأمور التنظيمية ، الامر الذي المح الى بداية التفكير الجدي حول مضمون تنمية واستثمار الوقف الجزائري .

المرحلة السابعة . صدورالقرار الخاص بضبط الإيرادات والنفقات الوقفية :

صدر في 10 أبريل 2000 م قرارا يحدد كيفيات ضبط إيرادات الوقف و النفقات الخاصة بالأملاك الوقفية ، نحو الهبات وعائدات الإيجارو نفقة الكهرباء و الصيانة وغير ذلك من النصوص المنظمة لهذا النوع من النفقات و بيان مصادر الإيرادات[3] .

وتكمن أهمية هذا القرار في إعمال الرقابة المستمرة على الجهة المسيرة على الوقف لاجل المحافظة على أمواله.

المرحلة الثامنة . صدورالمرسوم التنفيذي رقم 2000- 336[4]:

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 98- 381 الصادر في:11 /12/ 1998م، المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها و كيفيات ذلك ، الجريدة الرسمية العدد 90 .

[2] القرار الوزاري المشترك بين وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والمالية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 02 مارس 1999 م، العدد32.

[3] القرار الصادر في:05 محرم 1421هـ والموافق لـ 10أبريل2000م، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 07 مايو 2000م، العدد 26.

[4] المرسوم التنفيذي رقم 2000- 336 المؤرخ في:10/26/ 2000، المتضمن إحداث وثيقة الإثبات الوقفي عن طريق الشهادة، الجريدة الرسمية العدد 64.

صدر هذا المرسوم المتضمن إحداث وثيقة الإثبات الوقفي عن طريق الشهادة بتاريخ 26 أكتوبر 2000م في إطار تكملة المنظومة القانونية للوقف الجزائري ، حيث تضمن بيان الكيفية والشروط المنظمة للإثبات الوقفي عن طريق الشهادة ، نحو عدد الشهود وطرق التسجيل و الإشهار وغير ذلك من المسائل المتعلقة بطرق إثبات الممتلكات الوقفية و التي هي في غالبها غير موثقة في الدوائر الرسمية للأسباب المذكورة سابقا ، ويعد هذا المرسوم آلية مهمة تساعد على استرجاع العديد من الأوقاف غير الموثقة .

المرحلة التاسعة . صدور القانون رقم 01-07 [1]:

يعتبر هذا القانون معدل و متمما لقانون الاوقاف رقم 91-10 ، وهو من الاهمية بمكان ، حيث تناول تنظيم مسائل تنمية وتثمير الاوقاف في الجزائر، مما يدل على توجه الدولة للاهتمام اكثر بالوقف وبدوره في بناء التكافل الاجتماعي ، وبخاصة أنه اشتمل في مواده صراحة الدعوة إلى استثمار الوقف و تنميته على كل المستويات الاستثمارية المتاحة ، كعقد المزارعة أو المقاولة وغير ذلك من المجالات الاستثمارية الموافقة للغرض من إنشاء الوقف، مع مراعاة المقاصد الشرعية في مجال الوقف.

المرحلة العاشرة . صدورالقرارات الخاصة بشكل ومحتوى الشهادة الوقفية والسجل الوقفي: صدر بتاريخ 26 مايو 2001م ، قرار وزاري يبين شكل ومحتوى الشهادة الوقفية نحو بيان المراجع المعتمدة في إثبات الملك الوقفي وتحديد مساحة الوقف ، و تاريخ تسجيله[2] ، ثم صدر قرار مؤرخ في 6 يونيو 2001م ، يحدد محتوى وكيفيات ضبط السجل الوقفي [3].

---

[1] القانون رقم 01-07 المؤرخ في: 28 صفر عام 1422 هـ الموافق لـ 2001/05/22 يعدل ويتمم القانون رقم 91-10 المؤرخ في :12 شوال عام 1411 هـ الموافق لـ1991/04/27 و المتعلق بالأوقاف ، الجريدة الرسمية العدد 29.

[2] القرار الصادر في : 2 ربيع الأول 1422هـ و الموافق لـ 26 مايو 2001م ، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 06 جويلية 2001، العدد رقم 31.

[3] القرار الصادر في : 14 ربيع الأول 1422هـ و الموافق لـ6 يونيو 2001م ، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 10 يونيو 2001م ، العدد رقم 32.

المرحلة الحادية عشر. صدور القانون رقم 02-10[1]:

يعتبر هذا القانون المؤرخ في 14 ديسمبر 2002م آخر ما صدر من تشريع خاص بالوقف الجزائري، والذي يدور مضمونه حول فصل الأوقاف العامة عن الخاصة في مسألة الاستثمار و البحث عن التمويل ، إذ جعل المشرع الجزائري الاستثمار والرعاية قاصرة على الأوقاف العامة، أي التي تسيرها مديرية الأوقاف ، أما الاوقاف الخاصة فإن مسؤولية الاستثماروالتنمية تبقى على كاهل نظارها ووفق ما يقرره القانون .

وما يلاحظ هنا ان هذا القانون وإن كان فيه من الإيجابيات على رعاية الوقف العام إلا أنه كان من الواجب التفكير في صيغة الجمع بين الوقف الخاص و العام في الآجال الطويلة ضمن عملية المشاركة لتنمية الوقف الجزائري عموما ليعود بالفائدة على أفرادها.

ومما سبق عرضه من المراحل المختلفة لتاريخ التشريع الوقفي الجزائري، يظهر للمتتبع للمنظومة القانونية الجزائرية الوقفية أن الوقف مر بمراحل عدة ارتبطت بالسياسة العامة للدولة الجزائرية وخاصة بنظرتها إلى مدى صلاحية المؤسسة الوقفية ومساهمتها في البناء الاقتصادي الوطني ، مما جعل هذه الأموال الوقفية تبقى معطلة وبعيدة عن توظيفها في خدمة مصلحة الأمة الجزائرية، و إن الاهتمام الجدي بالوقف الجزائري ابتدأ بصدورقانون الاوقاف رقم 91-10 والذي يعتبر نقطة البداية الحقيقة للاهتمام العملي والعلمي للوقف و الاعتراف بدوره الاجتماعي والاقتصادي له.

إن تاريخ الأوقاف الجزائرية يبيّن أن الجزائريين اهتموا كثيرا بها، وهذا يدل على تمسكهم بعقيدتهم ودينهم الإسلامي الحنيف، ومن جهة أخرى اقتناعهم بضرورة التضامن والتكافل فيما بينهم، بل انهم تضامنوا حتى مع إخوانهم في العالم، فقد أوقف الجزائريون للحرمين الشريفين وللوافدين منهما، وأوقفوا حتى في القدس الشريف (حارة المغاربة دليل على ذلك)، وان فكرة الوقف في الجزائر لم تعرف فقط خلال التواجد العثماني في الجزائر وإنما

[1] القانون رقم 02-10 المؤرخ في: 10 شوال عام 1423 هـ الموافق لـ 2002/12/14 يعدل ويتمم القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق لـ 1991/04/27 والمتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم ، الجريدة الرسمية العدد 83.

قبله بكثير (906هـ/1500م) .

إن المستعمر الفرنسي عمل على تدمير التركيبة الخاصة بالأوقاف وتمكن من ذلك فقد ضاعت الكثير من الأوقاف الجزائرية خلال هذه الحقبة المظلمة من تاريخه مما جعل البحث عن هذه الأملاك وإعادة تخصيصها لما وقفت من أجله يكاد يكون مستحيلا لولا جهود الدولة الجزائرية في المجال التشريعي والتمويلي، وحتى جهودا دولية ساهمت في استرجاع الكثير منها في الفترة الممتدة من منتصف التسعينات إلى غاية يومنا (بتمويل من البنك الإسلامي للتنمية).

إن أولى فترات الاستقلال لم يكن فيها الشيء الكثير بالنسبة للأوقاف ، وإنما فترة نهاية الثمانينات وبداية التسعينات هي التي عززت من المكانة القانونية للأوقاف وأعادت بعثها من جديد لكن بخطى وئيدة، إلى بداية القرن الواحد والعشرون حيث بدأت تلك التشريعات في مجال الأوقاف تعرف تطبيقا محتشما لها، وهي في تزايد إيجابي خاصة في مجال الاستثمار، فظهرت المشاريع الاستثمارية الوقفية التي ترعاها الدولة والخواص على حد سواء، وهذا ابتداء من "حي الكرام" الذي اعتبر أول استثمار وقفي معاصر بتمويل من الدولة الجزائرية، يليه المركب الوقفي "المسجد الأعظم" الذي يعتبر نقلة نوعية في المركبات الوقفية في العالم العربي والإسلامي، بالإضافة إلى المركبات الوقفية المصغرة التي بدأت تنتشر في كل ولاية مثل مشروع المركب الوقفي المتعدد الخدمات بولاية بجاية، ومشروع المركب الوقفي المتعدد الخدمات بمدينة بوفاريك، ومشروع الأربعين محلا للحرف التقليدية بولاية تيارت، مشروع المؤسسة الوقفية للنقل...إلخ.

إلا أن أهم الانتقادات المؤسسة توجه لإدارة الأوقاف، التي تعتبر في الوقت الحالي من أضعف الإدارات في الجزائر، نظرا لافتقادها الكفاءات البشرية والموارد المادية التي تساعدها في القيام بمهامها على أكمل وجه، لكنها تقف عاجزة لا تستطيع حتى فرض مراجعة الإيجارات الوقفية وفق الأسعار المطبقة في السوق، ولا تستطيع ضمان متابعة

ميدانية جدية للمشاريع الوقفية، ولا حتى فرض نفسها كجهة عقارية لا يجب إهمالها أمام الإدارات العقارية المختلفة في البلاد [1].

ان الحديث عن مستقبل الاوقاف في الجزائر يرتبط تلازميا مع الحديث عن مستقبل الإدارة الوقفية في الجزائر والذي هو نابع من التطورات التي تعرفها وضعية الأوقاف في هذه الدولة المسلمة، وبالتالي يجب أن نذكر عددا من العناصر تعتبر مرتكزات أساسية للتفكير في مستقبل إدارة الأوقاف في الجزائر ومنها :

– تطور الاكتشافات العقارية الوقفية، فالإحصاءات تتحدث عن أكثر من 9000 عقار وقفي تم استرجاعه وتوثيقه من طرف إدارة الأوقاف الجزائرية .

– منازعات عقارية وقفية كثيرة أمام العدالة تم الفصل فيها لصالح الأوقاف .

– تسيير أوقاف متنوعة تتوزع على 48 ولاية في بلد مساحته 2.3 مليون كيلومتر، يتولى متابعتها عدد قليل من وكلاء الأوقاف .

– استثمارات وقفية جديدة يتم تجسيدها وفق إستراتيجية طويلة الأمد تحتاج إلى طاقم إداري متخصص ، وعلى درجة عالية من الخبرة في مجال متابعة ومراقبة وتسيير هذه المشاريع، وهذا لضمان الجدية والفعالية في إدارة الأوقاف الجزائرية التي ظلت لأمد بعيد تسير بطريقة أقل ما يقال عنها أنها غير فعالة، بل عطلت ترقية الأوقاف بما يتوافق والمعايير العلمية الحديثة في مجال الإدارة .

[1] فارس مسدور ، كمال منصوري،التجربة الجزائرية في إدارة الأوقاف، التاريخ والحاضر والمستقبل، مجلة أوقاف ، العدد الخامس عشر ، نوفمبر 2008 ، ص 69 .

الـبـاب الأول

الـوجـود

الـقـانـونـي لـلـوقـف

الباب الأول

الوجود القانوني للوقف

يولد الوقف ويظهر للوجود بتحقق الأركان الجوهرية التي يبنى عليها إنشاؤه وتكوينه ذلك أن الوقف تصرف قانوني تتجه فيه إرادة الواقف إلى حبس العين عن التملك على وجه التأبيد ، والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير وفق إرادته التي تظهر في اشتراطاته المعتبرة ، وإحداث الأثر القانوني الذي يريده الواقف يستلزم التقيد بالأركان والأوصاف المتطلبة قانونا وشرعا ، وقد ذهب قانون الوقف الجزائري صراحة إلى تقرير تعددية أركان الوقف ، بانيا ذلك على فكرة أن الركن هو ما يتوقف عليه الشيء، وفي هذا الصدد أكدت المادة 09 من قانون الوقف الواردة تحت الفصل الثاني الخاص باركان الوقف وشروطه أن أركان الوقف أربعة هي: الواقف و محل الوقف ، و صيغة الوقف ، و الموقوف عليه، وإذا تحقق ما سبق سمي ذلك بأصل الوقف وهو كل ما يكوّن أركان وجوده وشرائط صحته ، وما عدا ذلك فهو فروع عن وجود الأصل .

ولكي يستطيع الوقف بعد ولادته – بتوافر أركانه وشروطه – من أن يعيش ويستمر في الحياة إلى الأبد، فلا بد من يد ترعاه وتعمل على القيام بمصالحه واستغلاله على أصلح وجه، باعتبار ما قرر للوقف من شخصية معنوية لتكامل مقومات الشخصية القانونية فيه، والشخص الاعتباري– كما أن له وجوداً افترضه القانون– له إرادة مفترضة هي إرادة الشخص الطبيعي الذي يمثله وهو المتولي أو الناظر هنا، وتقضي القواعد الشرعية بوجوب المحافظة على أبدية الأموال الموقوفة لتبقى على حالها على الدوام محبوسة أبدا عن أن يُتصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرفات من بيع أو هبة أو رهن أو وصية أو توارث، وهذه ميزة الوقف الإسلامي من حيث تمتعه بالشخصية الاعتبارية دون إذن السلطة الإدارية؛ إذ أن هذا النظام يتيح للفرد أن يحوِّل ملكيته الخاصة أو جزءاً منها إلى مؤسسة خيرية، وأن يضع بنفسه أهدافها في إطار المقاصد الشرعية، وتصبح لها شخصيتها المستقلة بشكل مباشر.

وفي ضوء ما تقدم فان دراسة الوجود القانوني للوقف تتطلب أن نبين مسألة تكوين أو إنشاء الوقف من جهة، ومسألة الشخصية القانونية للوقف من جهة أخرى، وعلى هذا الأساس نقسم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: إنشاء الوقف.

الفصل الثاني: الشخصية المعنوية للمؤسسة الوقفية.

الفصل الأول

إنشاء الوقف

تعد الأملاك الوقفية نتاج تصرف قانوني يفيد منع التصرف في رقبة العين الموقوفة على وجه التأبيد ، وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداء أو انتهاء وفق إرادة واشتراطات الواقف المعتبرة للعمل بها في وقفه ، و التي تتعلق إما بمصارف الوقف ، اوتوزيع ريعه على المستحقين ، أو الولاية عليه ، وهذا يقتضي وجود الوقف ونشوءه اساسا ، والذي لا يتحقق الا بتوافر اركانه التي يرى فريق من الفقهاء انها أربعة هي: الواقف، والموقوف، والموقوف عليه والصيغة الدالة على إنشائه، ويبني هذا الفريق من الفقه رأيه على اساس تفسيرهم الركن بأنه : ما يتوقف عليه الشيء ، ولا شك في ان هذه الأمور الأربعة يتوقف عليها وجود الوقف، ويذهب فريق اخر من الفقه إلى ان للوقف ركنا واحدا وهو الصيغة المنشئة، وما عداها أمور لازمة لوجود الصيغة، بناء على تفسيرهم الركن بأنه : ما كان جزءا من حقيقة الشيء ، أو ما به قوامه ووجوده .

وفي ضوء ما تقدم فان دراسة مسألة انشاء الوقف تتطلب ان نبين ابتداء معنى الوقف وانواعه ، وطبيعة التصرف الوقفي من خلال التطرق الى مفهوم التصرف الوقفي (المبحث الاول) ، ثم نتناول اركان التصرف الوقفي التي لا قيام للوقف الا بها من خلال التطرق الى مسألة الاوصاف القانونية لأركان التصرف الوقفي (المبحث الثاني) على النحو التالي :

المبحث الأول

مفهوم التصرف الوقفي

بذل الفقهاء المسلمون جهدا كبيرا ومتميزا في بناء قواعد الوقف وأحكامه ، وبيان أغراضه ، وبكل تفرعاته وجزئياته، وتنظيمه تنظيما دقيقا وسليما وبشكل يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية ، فهو من صنع الفقه الإسلامي وتنظيمه ، ولا تزال قواعده تستقى منه مباشرة باعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا له ابتداء ، ومصدرا رسميا ثانيا له انتهاء وفق ما قرره قانون الأوقاف في مادته الثانية.

إن تعمق فقهاء المسلمين واجتهادهم في موضوع الوقف وفروعه جعلت آراءهم تختلف باختلاف مذاهبهم الإسلامية ، وتكون بين الراجح والمرجوح حتى في المذهب الواحد، وهذا ما يلحظ عند تناول مفهوم التصرف الوقفي من خلال التطرق إلى تحديد معنى الوقف وأقسامه (المطلب الأول) ، وكذا طبيعة (عقد)الوقف ومدى كفاية الإيجاب فيه (المطلب الثاني)، على النحو التالي :

المطلب الأول

تحديد معنى الوقف وأقسامه

اختلف الفقهاء في تحديد معنى الوقف تبعا لاختلاف مذاهبهم من حيث اللزوم في الوقف من عدمه، و تأبيده من عدمه، واشتراط القربة فيه ، والجهة المالكة له ، وكذا مدى اقتصار نشوئه على إرادة أو إرادتين ، و يظهر ذلك كله من خلال تناول هذا المطلب في فكرة مسألة تحديد معنى الوقف (الفرع الأول) ، ومسالة أقسام الوقف (الفرع الثاني) على التوالي فيما يلي:

الفرع الأول

تحديد معنى الوقف

الوقف و التحبيس والتسبيل بمعنى واحد، ويمكن تحديد معناه بدقة، بالتطرق إلى مفهومه اللغوي وكذا الاصطلاحي.

أولا . التعريف اللغوي للوقف : الوَقف: الحَبس ، يتعدى و لا يتعدى[1]، والوقف مصدر وقَفتُ الشيءَ وقفًا، أي حَبَستُهُ[2]، و يطلق المصدر الوقف على اسم المفعول (الشيء الموقوف) ، و الجمع أوقاف و وُقُوف.

يقال: وَقَفتُ الدارَ وقفًا، أي حَبَستُها في سبيل الله[3] و بهذا المعنى قيل : ((وَقَفَ الأرض على المساكين–للمساكين– وقفًا: حَبَسَهَا، وَوَقَفتُ الدابةَ والأرض و كلَّ شيء...))[4]. و في الصّحاح :((وَ وَقَفتُ الدارَ للمساكين وقفا))[5]، و من المجاز قيل: ((وَقَفَ أرضه على ولده)) [6].

و قيل : وَقَفَتِ الدابةُ تَقِفُ وَقفًا و وُقُوفًا، أي بمعنى سَكَنَت[7] .

و يقال وَقَّفَ السّائِرَ، اي جعل حركته في السير تَسكن، و يقال: وَقَّفَهُ على الامر: أطلعه

---

[1] محمد فريد وجدي، دائرة معارف القرن العشرين، المجلد العاشر، ط3، دار المعرفة، بيروت، 1971، ص795.

[2] أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الازدي البصري، جمهرة اللغة، ج3، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد الدكن، 1245هـ، ص 156.

[3] احمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير، ج2، ط8، المطبعة الأميرية ببولاق، القاهرة، 1358هـ، 1939م، ص 922.

[4] أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد التاسع، دار بيروت، بيروت، 1375هـ، 1956م، ص 35.

[5] إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، تحقيق احمد عبد الغفور، ج4، ط3، دار العلم للملايين ، بيروت، 1404هـ ، 1984م، ص 1440.

[6] جار الله أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة ، دار صادر، بيروت، 1965، ص 686.

[7] احمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، ج2، المرجع السابق، ص 922.

عليه ، قال تعالى: ((وَ قِفُوهُم إِنَّهُم مَسئُولُونَ))[1] ، قفوهم: امنعوهم من مواصلة السير واحبسوهم، و قال تعالى: ((وَ لَو تَرَى إِذ وُقِفُوا عَلَى النَّارِ فَقَالُوا يَا لَيتَنَا نُرَدُّ))[2]، وقفوا على النار حبسوا عليها، و قال تعالى: ((وَ لَو تَرَى إِذ وُقِفُوا عَلَى رَبِّهِم قَالَ أَلَيسَ هَذَا بِالحَقِّ))[3] ، أي حبسوا لسؤالهم سؤال توبيخ [4].

ويقال: ((وَقَفتُ القَومَ أَقِفُهُم وَقفًا، وَ وَاقَفُوهُم وُقُوفًا...و منه أُستُعِيرَ: وَقَفتُ الدَّارَ : إذا سَبَّلتُهَا)) [5].

و قيل : وَقَفتُ الرجلَ عن الشيءِ وقفًا ، اي منعته عنه، و لا يقالُ : أَوقَفتُ إلاّ في لغة تميم و هي رديئة، و الفصيح وَقَفتُ، إلا في قولك ما أوقفك ههنا : بمعنى ما الذي حملك على الوقوف [6]، و جاء في الصحاح: ((وليس في الكلام أَوقَفتُ الأحرف واحد : أَوقَفتُ عن الامر الذي كنتُ فيه ، أي اقلعتُ)) [7]، و عكس أَوقَفَ (رديئة) أَحبَسَ فإنها أفصح من حَبَسَ التي هي رديئة [8].

و يقال: ((أَحبَستُ فَرَسًا في سبيل الله ، أي وَقَفتُ ، فهو مُحبَسٌ و حَبِيسٌ، و الحُبسُ بالضم: ما وِقِفَ)) [9].

---

[1] سورة الصافات، الآية 24.

[2] سورة الأنعام، الآية 27.

[3] سورة الأنعام، الآية 30.

[4] محمد علي النجار، معجم ألفاظ القرآن الكريم، ج6، معجم اللغة العربية، من دون مكان طبع، 1389هـ، 1969 ،ص 274.

[5] الراغب الأصفهاني ، مفردات ألفاظ القرآن الكريم، تحقيق صفوان عدنان داؤودي، ط2، منشورات ذوي القربى ، دار القلم ، دمشق، 1423هـ ، ص881.

[6] راجع : أبو منصور محمد بن احمد الأزهري، تهذيب اللغة، ج6، تحقيق عبد السلام هارون، مراجعة محمد علي النجار، الدار المصرية للتأليف و الترجمة، دون سنة طبع، ص 333، الفيومي، ج2، المرجع السابق، ص 922.

[7] الجوهري، الصحاح، ج4، المرجع السابق، ص 1440.

[8] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج3، المؤسسة العربية ، بيروت، بدون سنة طبع ، ص 212.

[9] الجوهري، الصحاح ، ج3، المرجع السابق، ص 213.

و((تحبيسُ الشيء أن يبقى أصله ويُجعَلَ ثَمَرُهُ في سبيل الله))[1] ، ومن المجاز قيل: ((جعل أموالَه حُبُسًا على الخيرات)) [2].

يستخلص مما تقدم أن اصطلاح الوقف في اللغة، يراد به الحبس و السكون و المنع و التسبيل...، أي حبس الشيء و منع التصرف فيه بأن لا يباع ولا يورث و لا يوهب... و تسبيل ثمره.

ثانيا . التعريف الاصطلاحي للوقف : لتحديد معنى الوقف الاصطلاحي نتناول دليل مشروعيته ، ثم التمييز بين الاصطلاحين الشرعي و القانوني للوقف .

1- دليل مشروعية الوقف: ثبتت مشروعية الوقف في الإسلام بظاهر القرآن والسنة والإجماع وعمل الصحابة .

أ - من القرآن الكريم : لقد وردت في القرآن الكريم آيات كثيرة تحث على أعمال البر و الإحسان تتوجه إلى الأهل أو إلى أفراد الأمة نذكر منها على سبيل التمثيل لا الحصر.

قوله تعالى: ((فاَستَبِقُوا الخَيرَاتِ))[3] ، وقوله تعالى : ((سارِعُوا إِلَى مَغفِرَةٍ مِن رَبِكُمْ وَ جَنَةٍ عَرْضُهَا السَمَاوَاتُ و الَأرْضُ أُعِدَتْ لِلمُتَقِينَ))[4] .

وقوله تعالى: ((يآ أَيُهَا الذِيْنَ آَمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَ مِمآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِنَ الاَرضِ))[5].

والوقف باب من أبواب الخير الذي يتنافس فيه الناس لينالوا مرضاة الله سبحانه و لتحقيق المصلحة العامة من التشريع الوقفي .

ب- من السنة: تناولت السنة المطهرة الترغيب في أعمال البر والإحسان عموما و الوقف باب منها، ولقد جاءت في السنة أحاديث كثيرة في الترغيب في عمل الخير نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر حديث أبي هريرة (ض) أن رسول الله (ص) قال:((إِذَا مَاتَ

---

[1] الفيروز أبادي، ج3، المرجع السابق ، ص 213.

[2] الزمخشري، ج1، المرجع السابق ، ص110.

[3] سورة البقرة: الآية 147.

[4] سورة آل عمران: الآية 133.

[5] سورة البقرة: الآية 266 .

اِبنُ آدَمَ، اِنقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَا مِنْ ثَلَاثٍ: صَدَقَةٌ جَارِيَةٌ، أَوْ عِلْمٌ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٌ صَالِحٌ يَدعُو لهُ)) [1].

ولقد فسرت الصدقة الجارية بالوقف لاستمرار منفعتها للناس ، وثوابها[2].

وإن الوقف من أعمال الخير التي سارع إليها الصحابة ، فهذا أبو طلحة الأنصاري* (ض) يوقف بَيُرحَاء مسارعة إلى الخير قال أنس(ض) فَلَمَا أُنزِلَتْ هَذِهِ الآيَةُ"لَنْ تَنَالُوا البِر حَتَى تُنْفِقُوا مِمَا تُحِبُونَ ". قَامَ أَبُو طَلْحَةَ إِلَى رَسُولِ الله (ص) فَقالَ:يَا رَسُولَ اللهِ إِنَ اللهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ: "لَنْ تَنَالُوا البِرَ حَتَى تُنْفِقُوا مِمَا تُحِبُونَ ".وَإِنَ أَحَبَ أَمَوَالِي إِليَ بِيْرُحَاء ، وَإِنَهَا صَدَقَةٌ للهِ أَرجُو بِرَهَا وَذُخْرَهَا عِنْدَ اللهِ ؛فَضَعْهَا يَا رَسُولَ اللهِ حَيْثُ شِئْتَ ؟ قَالَ:قَالَ رَسُولُ اللهِ (ص):فبَخْ ،ذَلِكَ مَالٌ رَابِحٌ ،ذَلِكَ مَالٌ رَابِحٌ ،وَقَدْ سَمِعْتُ مَا قُلْتَ فِيْهِ وَإِنِي أَرَى أَنْ تَجْعَلَهَا فِي الأَقْرَبِيْنَ ، فَقَالَ أَبُو طَلْحَةَ :أَفْعَلُ يَا رَسُولَ اللهِ فَقَسَمَهَا أَبُوُ طَلْحَةَ فِي أَقَارِبِهِ وَبَنِي عَمِهِ(ض) [3] .

ج- من الإجماع: قال ابن رشد الجد* : ((الأحباس ، سنة قائمة ، عمل بها رسول الله(ص) والمسلمون بعده))[4] .

---

1 راجع : النيسابوري أبو الحسين مسلم بن الحجاج ، صحيح مسلم ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الكتب العلمية ، بيروت، 1992، ص533، أبو داوود سليمان بن الأشعث السجستاني ، سنن أبي داوود ، ج3، ضبط: محمد محي الدين عبد الحميد، دار إحياء السنة النبوية، القاهرة، بدون سنة طبع، ابو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، جامع الترمذي، دار الكتاب العربي ، لبنان ، بدون سنة طبع، الحافظ احمد بن شعيب بن علي النسائي ، سنن النسائي ، تصحيح : محمد ناصر الدين الألباني ، إشراف: زهير الشاويش ، ط01 ، مكتب التربية لدول الخليج ، الرياض ، 1408هـ – 1988م.

[2] البرزلي ، الإعلام بنوازل الأحكام ، المكتبة الوطنية الجزائرية ، الجزائر ، مخطوط رقم 3274، (2 / لوحة رقم 187).

[3] الإمام مالك ،الموطأ،الكتاب الجامع ، مراجعة: فاروق سعد ، ط1 ، دار الافاق الجديدة ، بيروت، 1979.

* هو الإمام الفقيه الأصولي أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، من أعلام المجتهدين في زمانه ، من مؤلفاته: البيان و التحصيل و المقدمات ،توفي سنة 520هـ ، محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور، دار الفكر، لبنان ، بدون سنة طبع ، ص 129.

[4] ابن رشد الجد ، المقدمات الممهدات ، ج2 ، تحقيق أسعد أحمد أعراب ، بعناية الشيخ عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ، ط1، دار الغرب الإسلامي ، لبنان ، و دار إحياء التراث الإسلامي ، قطر ، 1408هـ – 1985 م ،ص407.

د – من القياس : يتفق الفقهاء على أن الوقف مشروع ، يقول الإمام الشربيني :((اتفق العلماء على أن بناء المساجد ، وإخراج أرضها من ملكية واقفها، أصلها في وقف الأصل وحبس الأصول و التصدق بثمرتها ، فيقاس عليه غيره)) [1].

هـ – من عمل الصحابة: نقل ابن الجلاب أن الصحابة (رضي الله عنهم) عملوا بالوقف كعثمان ، والزبير، وطلحة وعلي ابن أبي طالب ، وعمرو بن العاص وغيرهم [2].

ومما سبق ذكره ، يتبين أن الوقف باب من أبواب الخير ، ومصدر من مصادر التمويل الاقتصادي ، و التكافل الاجتماعي والاقتصادي الذي يحقق المصلحة العامة و الخاصة لأفراد الأمة وفق المقاصد العامة لشريعة الإسلام .

2 – الوقف في الاصطلاح الشرعي: عرّفت المذاهب الفقهية الوقف بتعريفات متقاربة من حيث المقصد من إنشاء الوقف ودوره التكافلي، إلا أنهم اختلفوا في الأحكام المتعلقة به نحو حق التصرف فيه ، واسترجاعه ومدة الوقف وغير ذلك من الأحكام الفقهية الفرعية.

أ– تعريف الوقف عند المالكية: عّرف الوقف في المدرسة الفقهية المالكية بما يوافق الرؤية الفقهية التي تراعي حق التوقيت فيه للواقف وأنه يكون في المنقول والعقار ، وغير ذلك من الأحكام، ولهذا عرفه الشيخ الدردير المالكي بأنه : ((جعل منفعة مملوك ولو بأجرة أو غلته لمستحق بصيغة مدة ما يراه المحبس مندوبا)) [3] .

إن الوقف في المدرسة الفقهية المالكية يتميز عموما بالأحكام التالية:

- أن الوقف يكون في الأعيان و المنافع.
- أنه يجوز للواقف اشتراط التأقيت فيه.
- أن الوقف لا ينتقل بالميراث إن كان على التأبيد.

---

[1] محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج2، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة نشر ، ص 376– 380.

[2] ابن الجلاب، التفريع، دراسة و تحقيق: د. حسين بن سالم الدهماني ، ج 2، ط1 ، دار الغرب ، بيروت ، 1408هـ – 1987م، ص310.

[3] أبي بركات احمد بن محمد الدردير ، أقرب المسالك ، مكتبة رحاب ، الجزائر ، 1987 ، ص165.

– أن الوقف من التصرفات اللازمة بعد انعقاده، فلا يمكن الرجوع فيه.

– أن الوقف لا يقطع حق الملكية ؛و إنما يقطع حق التصرف فيما أوقف[1] .

ب– تعريف الوقف عند الحنفية: عّرف الوقف في المذهب الحنفي بتعريفين مختلفين أولهما للإمام أبي حنيفة النعمان و الثاني لصاحبيه، وذلك لاختلاف المدرسة الحنفية في مسألة حق رجوع الواقف لما أوقفه ، وكذلك مسألة حكم خروج ملكية الوقف من يد الواقف على النحو التالي:

– تعريف أبي حنيفة للوقف: عرف الإمام أبو حنيفة الوقف بأنه: ((حبس العين على حكم ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة على وجه البر)) [2] .

ان مقتضى تعريف أبي حنيفة للوقف يفيد أن الوقف لا يخرج العين الموقوفة من ملك الواقف ، وانه يجوز للواقف أن يتراجع عما أوقفه بالتصرف فيه [3] .

– تعريف صاحبي أبي حنيفة للوقف : عرف الإمامان محمد و أبو يوسف الوقف بأنه : ((حبس مال ، يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، بقطع التصرف في رقبته من الواقف على مصرف مباح موجود ،ويصرف ريعه على جهة بر و خير تقربا إلى الله تعالى)) [4].

ان مقتضى تعريف الصاحبين للوقف يفيد بأنه يقطع التصرف في العين الموقوفة وان الوقف ينقل ملكية العين الموقوفة من ملك الواقف والموقوف عليه إلى ملك الله سبحانه وتعالى[5].

---

[1] راجع : أحمد بن غنيم ابن سالم النفراوي ، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني ، ج2 ، شركة مطبعة مصطفى بابي الحلبي و أولاده، مصر ، 1374 هـ – 1955 م ، ص 225، د. نعمت عبد اللطيف ، أثر الوقف في تنمية المجتمع ، مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي، أكتوبر 1997 م، ص15 – 16.

[2] عبد الغني الغنيمي ، اللباب شرح الكتاب، تحقيق :محمد محي الدين عبد الحميد ، ج2، ط4 ، مطبعة محمد صبيح و أولاده ، مصر ، 1381هـ – 1961 م، ص 130.

[3] د. وهبه الزحيلي ، الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي ، ط2 ، دار الفكر ، دمشق ، 1414 هـ – 1993م ،ص169.

[4] عبد الغني الغنيمي ، اللباب، المرجع السابق ، ص130.

[5] د. وهبه الزحيلي، الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص169.

ج- تعريف الوقف عند الشافعية: عرف الوقف في المدرسة الفقهية الشافعية بما يراعي مسألة اشتراط استمرار العين الموقوفة ، وخروجها من ملكية الواقف ولهذا عرف الشيخ الشربيني الشافعي الوقف بأنه : ((حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود)) [1] .

ان ما يفهم من تعريف الشيخ الشربيني أن الوقف في المدرسة الشافعية يخضع للأحكام الفقهية التالية:

- أن الوقف يكون في الأصول أو الأعيان التي تنقطع بالاستغلال .
- أن الوقف ينقل ملك العين الموقوفة من ملكية الواقف والموقوف عليهم إلى ملك الله تعالى وبذلك لا يجوز التصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرفات [2].

د- تعريف الوقف عند الحنابلة: لم يختلف تعريف المدرسة الفقهية الحنبلية للوقف عن المدرسة المالكية و الشافعية إلا في حدود بعض الجزئيات الفقهية ، ولهذا عرف الإمام ابن قدامة الوقف وبيّن معالمه بأنه: ((تحبيس العين و تسبيل المنفعة)) [3] ، وعليه فان ما يترتب على ذلك هو ما يلي[4]:

- أن الوقف يكون على التأبيد.
- أن الوقف الصحيح يزيل ملكية الواقف للعين الموقوفة .
- أن الوقف كالعتق يزيل التصرف في الرقبة و المنفعة .

ومما سبق عرضه من تعاريف للوقف في الفقه الإسلامي ، يظهر لنا أن هناك نقاط التقاء و اختلاف بين الفقهاء في مسألة الوقف و التي يمكن حصرها إجمالا فيما يلي:

- أن الفقهاء يتفقون – ماعدا الحنفية- على أن الوقف باب من أبواب التكافل في الإسلام، وأنه يخرج الشيئ الموقوف من تصرف الواقف .

---

[1] محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، ج2 ، المرجع السابق، ص 378.

[2] د . وهبه الزحيلي ، الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 170.

[3] ابي محمد موفق الدين عبد الله ابن قدامة ، المغني ، ج 6 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1403 هـ – 1983 م ، ص185.

[4] د. وهبه الزحيلي، الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 170.

- كما أن اختلاف الفقهاء يتركز في المسائل المتعلقة بمدى صحة تأقيت الوقف وفي مدى لزومه بعد انعقاده ،أي إمكانية رجوع الواقف عن وقفه ، ومسألة خروج الوقف من ملك الواقف.

إن تحليلنا للتعاريف السابقة ولأدلتها التي قامت عليها يجعلنا نلحظ أمرين أساسيين هما :

الأمر الأول : إن اختلاف التعاريف مرده في رأينا إلى سببين رئيسيين هما :

السبب الاول: وصول الأحاديث والآثار الواردة في تشريع الوقف إلى بعض الأئمة دون وصولها إلى البعض الآخر من طريق سليم ، كما هو الشأن بالنسبة لحديث ابن عمر (ض) الشهير في موضوع الوقف[1] الذي لم يصل الإمام أبى حنيفة ، ولو وصله لكان له رأي الجمهور في تعريف الوقف كما هو الشأن بالنسبة لصاحبيه.

السبب الثاني: اختلاف أئمة المذاهب في فهم ما تدل عليه عبارات حديث ابن عمر(ض) وما جاء بعدها من عبارات الواقفين من الصحابة رضي الله عنهم.

الأمر الثاني : إن مراعاة الأمر السابق يجعلنا نوفق بين التعارض الموجود في التعاريف السابقة ونقلص هوة الاختلاف بينها لتصبح متعلقة بمسألة ملكية العين الموقوفة أهي على حكم الله، أم هي على حكم الواقف أو الموقوف عليهم ؟، ذلك انه يمكن اعتبار هذه المسألة الأخيرة مسألة فنية لأجل موافقة الأصول العامة في الملكية والتي مؤداها أن الملكية مؤبدة ولأنها مسألة فنية ، فأيما حيلة قانونية رجحناها كانت مقبولة ما دام الاتفاق حاصلا على أن المال الموقوف يخضع لمنطق عدم نفاذ أي تصرف تمليكي عليه، ولكن الأرجح في رأينا هو تعريف الجمهور الذي يجعل الوقف على حكم ملك الله تعالى على أساس أن لفظ "حكم" كما

---

[1] "عن ابن عمر رضي الله عنهما قال:أصاب عمر بخيبر أرضا؛فأتى النبي صلى الله عليه و سلم فقال:إني أصبت أرضا لم أصب مالا قط أنفس عندي منه,فكيف تأمرني به؟ فقال:إن شئت حبست أصلها و تصدقت بها. فتصدق عمر أنه لا يباع أصلها و لا يوهب و لا يورث و تصدق بها في الفقراء و القربى و الرقاب و في سبيل الله و الضيف و ابن السبيل.لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقا غير متمول فيه "رواه البخاري (كتاب الوصايا).

يرى بعض الفقهاء يشير إلى أن المخلوقات بأثرها محبوسة على ملك الله دائما بحيث لا يكون للمخلوق فيه تصرف سوى المنفعة.

وفي الأخير وإن كنا قد رجحنا تعريف الجمهور، فإنه من المفيد تقرير أن أحسن تعريف للوقف هو الذي ينأى عن مواطن الاختلاف الفقهي السابق، والذي يماثل الصيغة التي تُلحظ وجاهتها والتي تفيد أن الوقف:((هو منع التصرف في رقبة العين، والتبرع بمنفعتها)) فهذه الصيغة في اعتقادنا تحدد الإطار العام للوقف وتترك التفاصيل لظروف الزمان ولتطور الافهام.

3 – الوقف في الاصطلاح القانوني : حدد قانون الاوقاف الإطار العام للتصرف الوقفي من خلال تقرير ان: ((الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير)) [1].

ولقد وردت عدة تعريفات قانونية للوقف اختلفت مواقعها في المنظومة القانونية الجزائرية على النحو التالي:

– تعريف قانون الأسرة الجزائري 84–11 الذي يفيد أن الوقف هو: ((حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق))[2].

– تعريف قانون التوجيه العقاري 90–25 الذي عرف الوقف بطريق غير مباشر بالنص التالي: ((الأملاك الوقفية هي الأملاك 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 اللذين يعينهم المالك المذكور)) [3].

يضاف إلى المواد السابقة المادة 05 من قانون الأوقاف التي تنص: ((الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ويتمتع بالشخصية المعنوية، وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها)).

---

[1] المادة 03 من قانون الاوقاف 91–10 المعدل و المتمم.

[2] المادة 213 من قانون الاسرة الجزائري 84–11 المعدل و المتمم.

[3] المادة 31 من قانون التوجيه العقاري 90–25 المعدل و المتمم.

إن تحليل النصوص السابقة يجعلنا نقف عند نتيجتين هما :

النتيجة الأولى : أن العبرة بتعريف قانون الوقف وما وافقه ، ذلك أن نصوص قانون الأوقاف رقم 91–10 المعدل والمتمم هي المعتبرة في موضوع الوقف، وكل ما خالفها يكون محل إلغاء عملا بالمادة 49 منه ، وبملاحظة النصوص السابقة نجد توافقا بين نص المادة 03 من قانون الاوقاف مع المادة 213 من قانون الأسرة، ويظهر ذلك من خلال الآثار المترتبة عن التعريفين وهي :

– ان الوقف يخرج من ملك الواقف وغيره من الأشخاص.

– منع التصرف في العين الموقوفة بأي وجه كان ، وعدم جواز توريثها.

– ان محل الوقف يصح ان يكون عقارا أو منقولا أو منفعة ، على أساس عموم لفظي "المال " و"العين" الشاملتين لمعنى العقار والمنقول والمنفعة.

– ان الوقف يشكل في حد ذاته شخصية معنوية فلا يكون ملكا للواقف ولا للموقوف عليهم ولا على حكم ملك الله تعالى، وهذه النتيجة كانت إضافة جديدة في قانون الوقف لم تقررها نصوص قانون الأسرة.

– ان الموقوف عليهم يتعلق حقهم بالمنفعة فقط .

وبالنسبة للاجتهاد القضائي فقد عزز هذا المعنى في احد قراراته بالنص على انه:((من المقرر قانونا أن الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق، إلا أنه يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبوس مدة حياته، على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعينة))[1].

وترتيبا على ما سبق ، يمكن تقرير ان التعريف المعتمد هو تعريف قانون الاوقاف الوارد في المادة الثالثة منه، وهو تعريف يمكن انتقاده من حيث انه لم يكن تعريفا جامعا على أساس انه لم يوفق في الصياغة بحيث يشمل الوقف بنوعيه العام والخاص بما انه أراد التدقيق ، وكان من الأجدر أن يضيف جملتين للتعريف مفاد الأولى : (في الحال أو في المآل) أو (ابتداء أو انتهاء)، والحال والابتداء هنا نقصد بهما الوقف العام مباشرة أما

[1] القرار رقم 957 109 المؤرخ في :1994/03/30،المجلة القضائية 1994، عدد 03، ص 39.

المآل أو الانتهاء فنقصد به أن يكون الوقف خاصا في الابتداء وينتهي عاما ، أما مفاد الجملة الثانية فهو: (وفق إرادة الواقف المعتبرة) أو (وفق اشتراطات الواقف المعتبرة) على أساس أن تنظيم الوقف يكون وفق إرادة الواقف المعتبرة .

النتيجة الثانية : ضرورة إعادة النظر في تعريف قانون التوجيه العقاري للوقف ، ذلك ان تحليل نص المادة 31 من قانون التوجيه العقاري السالفة الذكر يجعلنا نستنتج منه ما يلي :

– أن الوقف يخرج عن ملك الواقف والموقوف عليهم.

– أن الواقف يمنع من التصرف في الوقف وان حق الموقوف عليهم هو حق التمتع الذي يعني حق الانتفاع وما يضفيه من جانب معنوي في الانتفاع.

– أن محل الوقف هو ما كان عقارا فقط، وعلى هذا لا تصلح المنقولات والمنافع محلا لذلك.

وبناء على هذه النتائج يمكن تسجيل الملاحظات التاليــة:

– ان هذا التعريف يخالف تعريف قانون الاوقاف في مسألة محل الوقف الذي قد يكون عقارا أو منقولا في قانون الاوقاف، في حين يقصره تعريف قانون التوجيه العقاري على العقار فقط.

– ان استعمال مصطلح "التمتع" كان غير صائب، لأنه يفيد في حقيقته حق الانتفاع الوارد في القانون المدني والذي يختلف عن حق الموقوف في الوقف من عدة جوانب كما سنرى لاحقا[1] .

– ان التعريف فيه إشارة إلى الوقف بنوعيه، وهو ما لم نجده في تعريف الوقف من خلال قانون الاوقاف.

إن جملة الملاحظات السابقة في هذا الشأن لا تدع مجالا للشك في أن هناك تباينا واضحا بين تعريفي قانون الاوقاف وقانون التوجيه العقاري، الآمر الذي يقتضي إعمال المادة 49 من قانون الاوقاف[2] لتقرير أن تعريف قانون التوجيه العقاري للوقف يكون غير

---

[1] انظر الصفحة315 وما بعدها من الاطروحة .

[2] المادة 49 من قانون الأوقاف: " تلغى جميع الأحكام المخالفة لأحكام هذا القانون" .

معتبر ، بمعنى أن تلغى أحكام التعريف المخالفة لتعريف قانون الاوقاف في شطر محل الوقف، وعليه فإننا نقترح تعديل نص المادة 31 من قانون التوجيه العقاري بإلغاء كلمة "العقارية" ليصبح التعريف متفقا مع أحكام قانون الاوقاف ، وبالتالي يصبح النص الجديد للمادة 31 المقترحة هو: ((الأملاك الوقفية هي الأملاك التي حبسها مالكها بمحض إرادته ...)).

إن جملة ما يمكن استخلاصه بشأن الاصطلاح القانوني للوقف هو أن هناك جوانب للتميز في التعريف القانوني للوقف ، ذلك انه تبين لنا من تعريف الوقف لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وجود تباين واختلاف في أكثر من مسألة، وقد أرجعنا ذلك إلى الأساس الشرعي للتصرف الوقفي الذي لم يكن موحدا، وأيضا إلى مسألة اختلاف الفقهاء في فهم النصوص ، ولعل هذا الاختلاف جعل المشرع الجزائري يقف موقف المنتقي لأرجح الآراء وأكثرها مصلحة، مما جعل تعريفه للوقف يتميز في نظرنا بميزتين أساسيتين :

الميزة الأولى : ميزة الاستيعاب للاختلاف الفقهي ، الأمر الذي جعله يجمع بين نقاط للاختلاف بين الفقهاء في تعريف متجانس على أساس قوة الأدلة ، لذا نرى تعريفه يقرر التأبيد ويقرر في نفس الوقت أن محل الوقف قد يكون عقارا كما قد يكون منقولا أو منفعة، كما قرر الوقف العام والوقف الخاص.

الميزة الثانية: الذكاء في حل المشكلة التي كانت مثار جدل فقهي كبير والمتعلقة بملكية الوقف، حيث يلاحظ أن الحيلة القانونية المتمثلة في إعطاء الشخصية المعنوية للوقف كانت صائبة ومنطقية ، الأمر الذي يضع حدا من الناحية القانونية والواقعية للمشكلة المطروحة.

إن تعريف قانون الوقف الجزائري للتصرف الوقفي تعريف مقبول جدا ، غير انه كان من الممكن ان يكون افضل لو راعى الملاحظات التي ذكرناها سابقا والتي على إثرها يكون التعريف المقترح للوقف كما يلي : " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على وجه من أوجه البر و الخير في الحال أو المآل، وفق اشتراطات الواقف المعتبرة ".

الفرع الثاني

أقسـام الوقـف

ينقسم الوقف الى اقسام كثيرة ومتعددة حسب المعايير الموضوعة للتقسيم، فهناك الوقف المؤبد والمؤقت ، وهناك الوقف المضبوط والمستقل ، وهناك الوقف العام والوقف الخاص.

أولا . تقسيم الوقف حسب المعيار الزمني : ينقسم الوقف حسب هذا المعيار إلى :

1 – الوقف المؤبد: وهو الوقف الذي حبسه الواقف على سبيل الإنتفاع الدائم بغلته إلى ان يرث الله الارض ومن عليها، أو إلى ان يصبح الشيئ الموقوف غير صالح لاداء غرضه، وفي هذا الوقف لا يمكن تصور رجوع الشيئ الموقوف إلى واقفه أو لخلفه العام [1].

2 – الوقف المؤقت : وهو الوقف الذي حبسه الواقف للإنتفاع به مدة معينة في سبيل الله ثم يرجع المال الموقوف الى ملكية الواقف ان كان حيا أو الى خلفه العام[2].

ويلاحظ على هذا النوع من الأوقاف انه لا يحقق الاهداف المرجوة من الوقف بالاضافة الى محدودية المذاهب التي تقرره ، فعدا المالكية الذين يرون ان عمل الخير يجوز مؤبدا كما يجوز مؤقتا، فإن غالبية الفقه يرون عدم جواز التأقيت في الوقف لان ذلك ينافي مقتضى الوقف وهو التأبيد ، وهو الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري حيث رتب البطلان على كل وقف يحدد بمدة معينة[3] .

ثانيا . تقسيم الوقف حسب جهة إدارته: ينقسم الوقف حسب هذا المعيار إلى أقسام ثلاثة هي[4] :

---

[1] زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت، 1388هـ، ص13.

[2] المرجع نفسه، ص13.

[3] المادة 28 من قانون الاوقاف : " يبطل الوقف اذا كان محددا بزمن ".

[4] زهدي يكن، أحكام الوقف، ط1، المطبعة العصرية للطباعة و النشر، بيروت، بدون سنة طبع، ص23، 24.

1 – الوقف النظامي : و هو الوقف الذي تشرف على إدارته و ضبطه السلطة المكلفة بالأوقاف إبتداء ، أو بعد انقطاع من شرطت له تولية الوقف.

2 – الوقف الملحق : وهو الوقف الذي يديره متول بإشراف ادارة الأوقاف، ويقع ذلك عندما تكون هناك منازعات على ولاية الوقف، أو أثناء محاسبة المتولي ، أو عندما لا يكون المتولي قد بلغ سن الرشد ، وقد شرطت له التولية في كتاب الوقف.

3 – الوقف المستقل : وهو الوقف الذي يديره متول ، ويتبع في إدارته شروط الواقف دون ان يكون مضبوطا أو مرسما لدى الجهات الرسمية المكلفة بالأوقاف، أو التي لها علاقة بالامر.

ثالثا . تقسيم الوقف حسب جهة صرفه: استقر رأي الكتاب في هذا الموضوع وتابعتهم بعض التشريعات على تقسيم الوقف حسب جهة صرفه الى وقف خيري أو عام ، ووقف ذري أو خاص ، او وقف مشترك بينهما :

1– الوقف الخيري– العام – : نكون بصدد وقف خيري إذا كانت الجهة الموقوف عليها خيرية ابتداء او آل اليها نهائيا، أي ما كان الموقوف عليه جهة خيرية منذ وقت انشاء الوقف ، كالوقف على المساجد و المدارس و المستشفيات و الفقراء و الايتام و ما شابه ذلك ، او آل مصرف الوقف اليها نهائيا بعد ان كان لغيرها لانقراضهم مثلا[1]، وبناء عليه يمكن ان نعرف الوقف العام بأنه :((حبس المال على جهة بر في الحال حسب اشتراطات الواقف المعتبرة)).

وما يلاحظ هنا هو اهتمام قانون الوقف بهذا النوع من الاوقاف من خلال تطرقه الى الجوانب التالية :

أ– **تحديد مدلوله** : حدد قانون الاوقاف 91–10 المعدل والمتمم مدلول الوقف الخيري حيث عرفه بأنه : ((...كل ما حبس على جهات خيرية من وقت انشائه ، ويخصص ريعه للمساهمة في سبيل الخيرات ...)) [2].

---

[1] محمد رافع يونس محمد، متولي الوقف، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 121.

[2] المادة 06 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم.

فالوقف الخيري – العام– حسب هذه المادة هو ماكان حبسا على غير معين من الافراد ابتداء، لكن بالاستناد للمادة 07 من قانون الاوقاف 91–10 التي تنص على انه : ((يصير الوقف الخاص وقفا عاما اذا لم يقبله الموقوف عليهم))، وباعتبار الفقرة الثالثة من المادة الاولى من القانون رقم 02–10 والتي تنص: ((...يخضع الوقف الخاص للاحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها))، فإن التعريف الذي يستنتج للوقف العام من مواد قانون الوقف يكون كالتالي : الوقف العام هو ما كان حبسا على غير معين من الافراد ابتداء أو إنتهاء.

ب– تحديد اقسامه : حدد قانون الاوقاف 91–10 المعدل والمتمم اقسام الوقف العام في قسمين هما[1] :

– وقف عام محدد الجهة : حيث يحدد الواقف فيه مصرفا معينا لريعه ، فلا يصح صرف ريع الوقف على غير هذا المصرف من وجوه الخير إلا إذا استنفذ.

– وقف عام غير محدد الجهة : وهو الذي لم يحدد أو لم يعرف مصرفه الذي أراده الواقف ، وهنا يصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه، وفي سبل الخيرات.

ج– حصره للأوقاف العامة المصونة : حدد قانون الاوقاف الأوقاف العامة المصونه فيما يلي[2] :

– الاماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية .

– العقارات أو المنقولات التابعة لهذه الاماكن، سواء كانت متصلة بها أو كانت بعيدة.

– الاموال والعقارات والمنقولات الموقوفة على الجمعيات والمؤسسات الدينية.

– الاملاك العقارية المعلومة وقفا و المسجلة لدى المحاكم.

– الاملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية، أو شهادات أشخاص عدول من الاهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار.

---

[1] المادة 6/ف2 من قانون الاوقاف المعدل و المتمم.

[2] المادة 08 من قانون الاوقاف المعدل و المتمم.

– الأوقاف الثابتة بعقود شرعية ، وضمت إلى أملاك الدولة أو الاشخاص الطبعيين أو المعنويين .

– الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها.

– كل الاملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة، ولم يعرف واقفها ولا الموقوف عليها ومتعارف عليها انها وقف.

– الاملاك العقارية والمنقولات الموقوفة أو المعلومة وقفا والموجودة خارج الوطن.

ويضاف الى ذلك كله الاملاك التي ذكرها المرسوم التنفيذي 98–381 وهي[1]:

– الاملاك التي إشتراها أشخاص طبيعيون أو معنويون باسمهم الشخصي لفائدة الوقف.

– الاملاك التي وقفت بعدما اشتريت باموال جماعة من المحسنين .

– الاملاك التي وقع الاكتتاب عليها في وسط هذه الجماعة .

– الاملاك التي خصصت للمشاريع الدينية .

2 . الوقف الذري أو الاهلي– الخاص[*]**–** : و هو ما جعل أول الامر على معين، سواء كان واحدا أو أكثر، وسواء كانوا معينيين بالذات كحسين أو رمضان ، أو أولاد فلان أو معينين بالوصف كأولاده أو أولاد فلان، وسواء كانوا أقارب أم لا، ثم بعد هؤلاء المعيّنين على جهة بر[2] ، أو هو ما جعل إستحقاق الريع فيه إبتداء للواقف ثم لأولاد فلان أو علان ، ثم لجهة بر لا تنقطع حسب إرادة وشروط الواقف ، فهو وقف يقصد به صاحبه الإحسان إلى الأهل خاصة [3].

---

[1] المادة 06 من المرسوم التنفيذي 98–381 السالف الذكر.

[*] يسمى بالوقف الذري في العراق و سوريا و الأردن و لبنان و بالوقف الأهلي في مصر، و بالمعقب في المغرب، و بالخاص في تونس و الجزائر ، و نظمه المشرع اللبناني ، و جوز تصفيته القانون العراقي، وألغي في مصر و سوريا و ليبيا.

[2] راجع : د. محمد مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا و الأوقاف، ط4 ، الدار الجامعية، بيروت ، 1402هـ – 1982م م ، ص318 ، د. محمد رافع يونس محمد، المرجع السابق، ص 121، زكي الدين شعبان و احمد الغندور، الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، ط1، مكتبة الفلاح، الكويت 1984، ص505.

[3] راجع : شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، دار الفكر، بيروت ، لبنان ، بدون سنة طبع، ص76، محمد امين ابن عمر الشهير بابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار

وقد عرفه قانون الاوقاف الجزائري 91- 10 في المادة 6/ف2 – قبل التعديل – بما يلي: ((الوقف الخاص وهو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على اشخاص معنيين، ثم يؤول الى الجهة التي يعينها الواقف بعد إنقطاع الموقوف عليهم)).

لقد تعرض الوقف الذري أو الخاص إلى جملة من الإنتقادات بالنظر الى الاثار التي يرتبها ، يمكن تلخيصها فيما يلي :

– ان الوقف الذري أو الاهلي مخالف لتعاليم الاسلام، اذ ان الكثير من الناس من يلتجئ إلى هذا النوع من الأوقاف لحرمان بعض الورثة من الارث ، وهو ما اعتبر عند الفقهاء اخلالا بقواعد الميراث.

– ان هذا النوع من الوقف يؤدي إلى تجميد الثروة وحبسها عن التداول .

– انه بمرور الزمن سيتعدد المستحقون في الوقف الواحد ، فيصبح نصيب المستحقين ضئيلا، ولا يمكن التصرف فيه ، مما يؤدي إلى إهماله .

ان المحلل للاعتراضات السابقة على الوقف الخاص لا شك وانه سيكتشف وجاهتها وصوابها الى حد ما ، والتي ربما اثرت على التشريعات التي تباينت مواقفها تجاه الوقف الخاص بين الالغاء والابقاء مع التقييد، لكن في نفس الوقت لا يمكننا الجزم بانعدام المصلحة في تقرير هذا النوع من الوقف ، والتي تتمثل في النقاط التالية[1] :

– ان الوقف الخاص المقصود منه تامين التكافل الاجتماعي لاقرباء الواقف وذريته .

– ان اقرار هذا النوع من الاوقاف هو في النهاية انشاء للوقف العام.

– ان عدم اقرار الوقف الخاص لا يعني بالضرورة تلافي مساوئ هذا الوقف فحسب، بل ان الامر ينطوي على خطورة امتناع الناس حتى على الوقف العام ، وهو ما يستفاد من تجارب

المعروفة بـ حاشية ابن عابدين ، ج 2، ط3، مطبعة مصطفى بابي الحلبي و أولاده ، مصر ، 1404 هـ – 1984م، ص387 – 388، ابو زكريا محي الدين بن شرف النووي ، المجموع ، تحقيق : محمد نجيب المطيعي ، ج 16، مكتبة الإرشاد ، جدة ، السعودية ، بدون سنة طبع ، ص258– 260– 276، ابي محمد موفق الدين عبد الله ابن قدامة ، الكافي ، تحقيق: زهير الشاويش ، ط 3 ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1402 هـ –1982م ص 448–449.

[1] منذر قحف، الوقف الإسلامي، ط1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 2000 م، ص 114، 115.

بعض الدول التي الغت الوقف الخاص فامتنع الناس عن الوقف عموما الا ما تعلق بالمساجد ، ويمكن تفهم هذا الموقف من الاشخاص الواقفين اذ انهم يرجون بوقفهم التصدق على ذريتهم ثم ليكون صدقة جارية على جهة عامة.

– ان تحقيق المصلحة الأولى المذكورة سابقا يدل عليه حال الموقوف عليهم ، فإن كانوا اهل حاجة فقد حقق الوقف مقصده والا فإن عدم قبولهم يؤدي الى تحقيق المقصد الاكبر وهو ان يتحول الوقف الى جهة عامة، وهنا الوقف العام يكون غير محدد الجهة فيصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي كل سبل الخيرات [1].

إن اساءة ادارة الوقف الخاص من قبل النظار احيانا ، او تعقد المعاملات القانونية الخاصة به بسبب طول الامد ، و توزع المستحقين في البلاد ، و عدم وجود المؤسسة الادارية المشرفة على تنظيم هذا النوع من الوقف ، و عدم وجود الاجهزة التي التي تتولى تقديم الرأي و الفتوى و المشورة في تطبيقه العملي ، كل ذلك لا يقتضي اتخاذ موقف سلبي منه ، و لا التفريط بالمزايا الكبيرة التي يتمتع بها ، بل ان ذلك يقتضي ان ينظمه القانون و يضع له الاطر التنفيذية التي تعمل على تشجيعه ، و صونه من العدوان عليه ، سواء من قبل النظار ، أو من قبل بعض المستفيدين منه ، او من قبل الآخرين[2].

ان تحليلنا للوقف الخاص جعلنا نقف على حقيقة مفادها انه كان من الاولى ان يضبط هذا الوقف بما يمنع تحقق المفاسد المتوقعة من الذهاب الى عدم تنظيمه ، وإن الضابط الذي يُرى مناسبا هو : ان الوقف الخاص الاصل فيه الجواز متى لم يتخذ كذريعة للاضرار بالورثة ، والا وقع تحت طائلة البطلان لمصلحة المتضرر الذي يقع عليه عبء اثبات نية الاضرار .

ان الدافع لاقتراح هذا الضابط هو ما لوحظ في مسار هذا النوع من الأوقاف من انحرافه عن اصل الوقف، ووقوعه فيما حرم الله وبناء على قاعدة : درء المفاسد أولى من

---

[1] المادة 06 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم.

[2] منذر قحف، الوقف الإسلامي، المرجع السابق، ص 115.

جلب المصالح ، فإن بقاء صلة الارحام وتحقق العدل خير من تحقق مقاصد الوقف و الامور بمقاصدها.

ان ادراج هذا الضابط في نصوص قانون الاوقاف الجزائري سيكون كفيلا بان يحفظ الوقف عن الإنحراف عن اصله الذي هو نية التقرب الى الله .

3- الوقف المشترك : وهو الحالة التي تكون فيها الجهة الموقوف عليها خيرية و خاصة معا، و قد تكون نسبة الاشتراك معينة أو غير معينة ، كالوقف على جهة خيرية و مشروط صرف صافي فضله و إيراداته على الأفراد أو الذراري أو بالعكس[1].

المطلب الثاني

طبيعة الوقف ومدى كفاية الايجاب فيه

اختلف الفقه في تحديد طبيعة الوقف من حيث كونه تبرعا أو اسقاطا، وهذا بناء على منطلق كل فريق فقهي، كما ان مسألة إنشاء الوقف تثير ايضا نقاشا حول موضوعين يتعلقان بمحل القبول والقبض في التصرف الوقفي ، اهما شرطان لتمامه ام شرطان لصحته ، وللوقوف على طبيعة ذلك الاختلاف، ومسألة كفاية الايجاب المتعلقة بمحل القبول والقبض في هذا الشأن ، نقسم هذا المطلب الى فرعين: يتعلق (الاول) بطبيعة الوقف ، اما (الثاني) فيتعلق بمدى كفاية الايجاب لانشاء الوقف .

[1] محمد رافع يونس محمد، المرجع السابق، ص121.

الفرع الاول

طبيعـة الوقـف

تتنازع هذه المسألة في الفقه الاسلامي رؤيتان او نظريتان هما نظرية التبرع ونظرية الاسقاط ونتناولهما كالاتي :

أولا . نظرية التبرع: يذهب انصار هذه النظرية الى تقرير ما مفاده: ان الوقف تبرع بمنفعة الشيء الموقوف فقط[1]، وقد تشعب الرأي عند اصحاب هذه النظرية حول محل هذا التبرع ، أهو منافع المال الموقوف فقط ، أم يضاف اليها عين المال ؟.

ذهب الامام ابو حنيفة الى ان الوقف انما هو تبرع بمنافع الموقوف دون عينه كالعارية التي يملك المستعير منافعها فقط [2]، أما الامام محمد ومن اخذ برأيه، فيرى ان الوقف تبرع بعين المال الموقوف ومنافعه ، ويقيسون ذلك على الهبة والصدقة، لكن عن طريق الاحتباس الذي لا تقبل معه العين الموقوفة إنتقالا و تداولا [3].

ثانيا . نظرية الاسقاط : يتزعم هذه النظرية الامام ابو يوسف ومن ورائه جمهور العلماء الذين يبنون نظريتهم على اساس قياس الوقف على العتق، لذا فهم يعتبرون ان الوقف من قبيل الاسقاطات، لأن الواقف يسقط بوقفه حقوق ملكيته في الموقوف لتكون منافع هذه الملكية تحت تصرف من وقفت عليهم، وقد شبه ذلك بالسيد الذي يعتق عبده فتسقط عنه الملكية ، ويصبح العبد مالكا لامر نفسه وتعود اليه منافعه واكسابه، الا ان المنافع في الوقف تعود على الموقوف عليهم سواء كانوا اشخاصا ام جهة ، لانهم هم المستحقون لثمرات هذا الاسقاط[4].

و يلاحـظ المتفحص للنظريتين النقاط التاليـة :

---

[1] راجع: د. مصطفى الزرقاء ، احكام الوقف،ج1، ط1 ، مطبعة الجامعة السورية ،1947 ، ص22 ، احمد علي الخطيب ،الوقف والوصايا ، ط2 ، مطبعة جامعة بغداد، 1978، ص61 .

[2] زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص 36.

[3] المرجع نفسه، ص 36.

[4] زهدي يكن، قانون الوقف الذري ومصادره الشرعية، ط2، لبنان، 1966، ص31.

– ان كل نظرية تتبع خلفية تصور وفهم كل فقيه لموضوع الوقف، حيث يلاحظ اتساق افكار كل فقيه مع منطلقه في موضوع الوقف ، فالامام ابو حنيفة الذي يرى عدم اللزوم في الوقف من الطبيعي ان يرى ان طبيعة الوقف تقتضي التبرع فقط بالمنافع دون العين لانه يجوز الرجوع في الوقف ، والذين يرون اللزوم في الوقف يرون طبيعة الوقف مختلفة عما يراه ابو حنيفة.

– ان اصحاب نظرية الاسقاط يتفقون على العموم مع رأي الامام محمد الذي يرى التبرع طبيعة للوقف، حيث ان ملاحظة الاثر الاساسي الذي يترتب على نظرية الاسقاط ورأي الامام محمد هو نفسه ، والذي يتمثل في حبس الاصل والتصرف في منافعه من قبل المستحقين له ، وعلى هذا فإن الاختلاف هنا اصطلاحي اكثر منه موضوعي، والعبرة في مثل هذه القضايا بالمقاصد وهي واحدة هنا .

وترتيبا على ما سبق ، فإنه يلاحظ ان اعتبار الوقف تبرعا وفق رؤية الامام أبي حنيفة قول ليس له اساس قوي باعتبار انه يرى عدم اللزوم في الوقف.

أما فيما يتعلق برؤية الامام محمد للطبيعة التبرعية للوقف فإنه في رأينا رأي راجح على رأي اصحاب نظرية الاسقاط وان كانت مقاصدهما متفقة ، ذلك ان تشبيه الوقف بالعبد امر بعيد ، وان مصطلح التبرع مستساغ ومألوف في التصرفات عكس مصطلح الاسقاط ، بالاضافة الى ان الامور التي تواجه الوقف عمليا والتي قد تجعله غير قائم اساسا، لا تجعل منطق الاسقاط صالحا في هذا المقام، على اساس ان الاسقاط له اثر فوري بمجرد صدور الارادة ، في حين ان التبرع قد يتطلب اشكالا واجراءات اضافة الى الصيغة.

ثالثا . موقف القانون من طبيعة الوقف : يلاحظ المتفحص لقانون الوقف في هذا الشأن النقاط التالية :

1– العقد الوقفي هو تصرف إنفرادي : لقد نص قانون الوقف صراحة على ان : ((الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة)) [1].

[1] المادة 04 من قانون الأوقاف 91–10 المعدل و المتمم.

ان تحديد مدلول هذا النص يدفعنا الى تحليل مصطلحاته الواردة فيه ومنها مصطلح العقد، فما هو المقصود بالعقد هنا ؟.

ان العقد عند اهل الفقه له مدلولان : عام وخاص، فالمدلول العام يفيد ان العقد هو تصرف قانوني يترتب عليه التزام ، أما المدلول الخاص للعقد فهو : توافق ارادتين مظهرهما الإيجاب والقبول على إحداث اثر قانوني معين، واذا كان العقد كذلك فاي المدلولين ينطبق على الوقف ؟.

ان الفقه الاسلامي يعرف اختلافا في مدى انطباق المفهوم الخاص للعقد على الوقف على أساس ان هناك من يشترط القبول لقيام عقد الوقف، ومنهم من يكتفي بالإيجاب فقط[1] كما سنرى في أركان عقد الواقف لاحقا، أما في القانون الجزائري فإنه للوقوف على حقيقة موقفه يجدر الاسترشاد بالاضافة الى النص السابق بالمادتين 07 و13/ف2 من قانون الاوقاف واللتان الغيتا بالقانون 02-10 والتي يشمل نطاق تطبيقهما الاوقاف الخاصة التي انشئت قبل صدور القانون 02- 10 حيث تنصان على التوالي:

_ المادة07 :((يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم)).

_ المادة 13/ ف2 :((... فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده و قبوله اما الشخص المعنوي فيشترط فيه الا يشوبه ما يخالف الشريعة الاسلامية)).

ان ما يستنتج من المادتين 07 و13 السابقتين هو ان القبول بالنسبة للوقف الخاص هو فقط لتثبيت الاستحقاق، ولا يترتب عليه وجود الوقف ، اما في الوقف العام فهو غير مطلوب اصلا، وهذا ما يدعونا الى القول ان انعقاد الوقف يتوقف على الايجاب فقط ، اما القبول فما هو الا شرط لنفاذه تجاه الموقوف عليهم اذا كان الوقف خاصا، فاذا لم يقبل الموقوف عليهم الوقف فإن ردهم له لا يجعل الوقف باطلا، وكل هذا يدعونا الى القول ان المراد بالعقد في المادة الرابعة السابقة هو العقد بالمدلول العام فقط ، وهذا يقتضي اعتبار

[1] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972، ص 57 و ما بعدها.

الوقف تصرفا قانونا يترتب عليه التزام بارادة منفردة ، وهو ما ذهب اليه غالبية الفقه الاسلامي[1].

2 – الوقف تصرف تبرعي متميز: ان الوقف باعتباره عقدا بالمفهوم العام فإنه يصنف ضمن التصرفات التبرعية التي يحصل فيها احد المتعاقدين على مقابل لما يقدمه، ولا يقدم المتعاقد الاخر مقابلا لما يحصل عليه، ولقد نص قانون الاوقاف على فكرة التبرع بالقول ان ((الوقف عقد التزام تبرع ...))[2]، والتبرع يفيد خروج الشيء من ملك المتبرع بما يفيد زوال كل سلطاته على الشيء ، وعلى هذا الأساس نص قانون الوقف على انه : ((اذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف ...))[3].

إن زوال حق ملكية الواقف لا يعني إنتقالها الى الموقوف عليه ، بل إن محل التبرع هو منفعة الشيئ الموقوف فقط وتحبس رقبة المال الموقوف عن التصرف، والوقف وان كان بهذه الصفة التبرعية فإنه يمكن القول انه تبرع متميز، ويظهر ذلك من خلال ما يلي :

أ– ان التبرع لا يتعلق برقبة العين : فالواقف بتصرفه الوقفي لا يقصد نقل سلطات الملكية الى الغير بل يقصد به حبس العين عن التملك ، وفي هذا تنص المادة 03 من قانون الاوقاف : ((الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد...)) ، وهذا الحبس يجعل الوقف شخصا معنويا مستقلا بذاته كما سنرى لاحقا.

ب– ان محل التبرع في الوقف هو المنفعة : وهي الغلة أو الريع الذي ينتجه المال الموقوف، وما يؤكد ذلك هو الاحكام التالية :

- المادة 03 من قانون الاوقاف التي تشير الى فكرة التبرع أو التصدق بالمنفعة بنصها : ((حبس العين عن التملك ...والتصدق بالمنفعة)) ، والتصدق بالمنفعة معناه التبرع بها وليس التبرع باصل الملك الوقفي .

---

[1] زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص 75.

[2] المادة 04 من قانون الأوقاف 91–10 المعدل و المتمم.

[3] المادة 17 من قانون الأوقاف 91–10 المعدل و المتمم.

- المادة 18 من قانون الاوقاف التي تنص على انه : ((ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه))، فما ينتجه الملك الوقفي هو الذي يكون محلا للتبرع ، وعلى هذا لم تكن لصاحب الاستحقاق في الوقف سلطة على الملك الوقفي ، وإنما سلطته فقط على حصته التي آلت اليه بحكم استحقاقه لمنفعة الشيء الموقوف، وعلى هذا يجوز للموقوف عليه جعل حصته ضمانا لدينه ، بحيث يمكن الحجز والتنفيذ عليها وفقا لقانون الاوقاف الذي قضى أنه : ((يجوز جعل حصة المنتفع ضمانا للدائنين في المنفعة فقط وفي الثمن الذي يعود إليه))[1] .

واذا كانت امكانية جعل حصة المنتفع من الوقف ضمانا لدينه واردة هنا ، فإن هذا يعني ايضا ان حق المنتفع أو المستحق يجوز التنازل عنه للغير على اساس ملكية الموقوف عليه لحصته ، وبالتالي جواز التصرف فيها[2] .

وفي نفس السياق ذهب قانون الاوقاف الى تقرير انه : ((لا يجوز التنازل في الوقف الا لجهة من نوع جهة الخير الموقوف عليها اصلا بعد موافقة صريحة من السلطة المكلفة بالأوقاف)) [3].

واذا كان جواز التصرف في حق المنفعة من قبل الموقوف عليه امرا مقررا فإنه لايجوز له البتة التنازل عن الاستحقاق في الوقف أو توريث ذلك الاستحقاق، على اساس ان ذلك من اختصاص الواقف عن طريق الاشتراطات التي يضعها ابتداء في التصرف الوقفي والتي بها يحدد المستحقين ونصيب كل مستحق ، وترتيب المستحقين وكيفية مآله الى جهة عامة ، بمعنى ان تلك الاشتراطات هي التي يعهد اليها تنظيم الوقف وفقا للمادة 14 من قانون الاوقاف التي تنص :((اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها)).

---

[1] المادة 21 من قانون الاوقاف 91-10 المعدل و المتمم.

[2] وفي هذا تنص المادة 19 من قانون الاوقاف91- 10 التي تصدق على الاوقاف الخاصة الناشئة قبل صدور القانون 02- 10:" يجوز للموقوف عليه في الوقف الخاص التنازل عن حقه في المنفعة ولا يعتبر ذلك ابطالا لاصل الوقف ".

[3] المادة 20 من قانون الاوقاف 91-10 المعدل و المتمم.

ان الطبيعة التبرعية المتميزة للوقف التي تنشا عن التصرف الوقفي بارادة منفردة من الواقف ، جعلت المشرع الجزائري يصنف الوقف ضمن اصناف الملكية على غرار اصناف الملكية الاخرى المعروفة كالملكية الخاصة ، والملكية الوطنية للدولة وجماعاتها المحلية كما يفيده ذلك قانون التوجيه العقاري 90-25 .

وترتيبا على ما سبق ، نخلص الى ان الوقف ما هو الا : تصرف قانوني بارادة منفردة ، يفيد التبرع بمنفعة المال الموقوف على جهة خير وبر في الحال أو المآل، وهذا المفهوم هو الذي قرره قانون الاوقاف الجزائري.

وفي هذا السياق ، يلاحظ ان الاجتهاد القضائي مستقر على اعطاء البعد التبرعي للوقف استنادا الى احكام الشريعة الاسلامية، حيث يفيد منطوق احد القرارات انه : ((من المستقر عليه على أن عقد الحبس لا يخضع للرسمية لأنه من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها شرعا...))[1] .

الفرع الثاني

مدى كفاية الايجاب لانشاء الوقف

ان الحديث عن مدى كفاية الصيغة المنحصرة في الإيجاب لقيام الوقف، يدفعنا إلى الحديث عن موضوعين يتعلقان بمحل القبول والقبض في التصرف الوقفي، اهما شرطان لتمامه ام شرطان لصحته وهذا ما نحلله فيما يلي:

اولا . مدى إشتراط القبول والقبض في الوقف : ان معالجة هذه المسألة يستدعي التطرق الى النقطتين التاليتين :

1 . محل القبول في الوقف: تتارجح مسألة القبول في الوقف بين فرضين :

[1] قرار رقم 655 234 مؤرخ في : 1999/11/16، م .إ .ق . غ . أ ، عدد خاص، 2001، ص 314.

أ . استبعاد القبول في الوقف على غير معين: أجمع فقهاء الشريعة – مع إختلافهم –على ان القبول ليس ركنا في الوقف ، ولا شرطا في صحته ولا في الاستحقاق فيه إذا تعلق الأمر بموقوف عليه غير معين أو محصور[1].

لكن الواقع ان كل الاختلاف بينهم يكمن في مسألة ما إذا كان الموقوف عليه معيّنا ، كون الطبقة الأولى منه معينة محصورة ، فمنهم من جعله شرطا ، ومنهم من لم يشترطه .

ب . التكييف الشرعي للقبول في الوقف على معين : اختلف التكييف الشرعي للقبول في الوقف على معين من مذهب لآخر، ويمكن حصر التكييفات الشرعية للقبول في النقاط التاليـة :

– القبول شرط للزوم الوقف : يرى المذهب الشافعي على ارجح الاقوال فيه[2] ان قبول الوقف من الطبقة الأولى المعينة شرط اللزوم ، وفي الطبقات التي تلي الأولى الشرط عدم الرد، ولعل علة إشتراطه في الأولى وعدم إشتراطه في التاليات هو انه بعد القبول في الأولى قد إستقر وثبت واصبح غير قابل للنقض، فلم يبق للتالية إلا رد الغلة أو أخذها.

– القبول شرط للاستحقاق : ذهب المالكية [3] الى ان الوقف اذا كان على معين فإن شرط الاستحقاق هو قبول الموقوف عليه المعين ان كان أهلا له ، أومن وصيه أو القيم عليه ، فإن قبل صح الوقف وثبت الاستحقاق ، وان لم يقبل هو أو وليه انتقل الوقف لمن يليه ان ذكر جهة تالية .

وذهب فريق من الحنابلة الى تقرير فكرة الاستحقاق بشرط القبول والا بطل حقه

---

[1] راجع : محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 325، محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 56.

[2] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 57.

[3] راجع : أبي بركات احمد بن محمد الدردير ،الشرح الصغير على اقرب المسالك ، ج2، دار المعارف، بدون سنة طبع ، ص 260–265 ، محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص57.

في الوقف ، وهو رأي مرجوح في الفقه الحنبلي[1] .

ان ما يمكن ملاحظته في هذا الشأن هو ان غاية الوقف التقرب الى الله بالطاعة وتحقيق رضوانه ، ونيل ثوابه المتجدد طيلة استدامة اعمال البر والمعروف والاحسان الى خلقه كما هو مبين في الحديث النبوي الذي يشير الى الصدقة الجارية، والتمعن في هذه الفكرة يجعلنا نرى ان تحقيق ارادة الواقف الميت أو الحي محل عناية وتنفيذ، وعلى هذا يكون الربط بين انعقاد الوقف صحيحا قائما مع قبول الموقوف عليهم امرا ليس بالعدل فحقيقة لا يجوز ادخال حقوق مالية في ذمة الغير دون اذنه، ولكن ايضا ليس من العدل ان نمنع تحقيق مقاصد الخير بطريق الوقف، وللموازنة بين الامرين كان لابد من اعادة تكييف القبول بما يحقق ارادة الواقف وارادة الموقوف عليه، ولذلك لا نجد تكييفا احسن من تكييف القبول على انه شرط للاستحقاق من قبل الموقوف عليهم اذا كنا بصدد وقف خاص، فإن قبلوا ثبت حقهم في الوقف والا تحول الاستحقاق الى غيرهم، ولو تصورنا ان القبول شرط لّلزوم لمنعت طبقات اشخاص من خير الوقف بسبب عدم قبول الطبقة الأولى من الموقوف عليهم، وفي هذا خسران مبين، وعلى هذا فإن رأي من كيفوا القبول على انه شرط للاستحقاق رأي قوي وراجح جدا ، اما ما اجمع عليه الفقه بالنسبة للوقف على جهة عامة من استبعاد القبول فيه فهو امر منطقي جدا، لان مقصد الخير الذي قامت عليه الجهة لايجب اطلاقا ان يمنع الخير الذي قصده الواقف.

2 – محل القبض في الوقف : لقد تنازع مسألة مدى اشتراط القبض في الوقف نظريتان: نظرية تشترطه والاخرى تستبعده مطلقا، وعلى هذا الاساس نتطرق لكل منهما فيما يلي :

أ – نظرية القبض شرط التمام واللزوم: يتزعم هذه النظرية المالكية، والإمام محمد بن الحسن ، وعبد الرحمان بن أبى ليلى ، حيث يرون انه لابد من القبض وانه لا يتم الوقف ولا يلزم إلا به [2].

---

[1] راجع : منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج2، عالم الكتب ، بيروت، بدون سنة طبع ، ص 491، محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص58.

[2] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص63– 64.

ويفصل المالكية في هذه المسألة فيذهبون الى انه لا يكتفى بمطلق قبض المتولي أو الناظر – مع انه هو المعتبر– بل يشترطون زيادة على ذلك الحيازة لمدة سنة ، فإذا لم تتحقق الحيازة لأي مانع بطل الوقف كأصل .

ويميز المالكية في الحيازة بين الحيازة الحسية والحكمية ، وهذه الاخيرة لا تتحقق إلا بشروط ثلاثة هي[1] :

– ان يكون هناك إشهاد من الولي على الوقف على محجوره.

– ان تصرف الغلة كلها أو بعضها على مصالحه .

– ان لا تكون العين الموقوفة مشغولة بسكن الواقف الا ما كان شغلا قليلا.

ب _ نظرية كفاية الصيغة : يرى الشافعية وأبو يوسف من الحنفية، والحنابلة في بعض الأقوال ان الوقف لا يحتاج لتمامه الى القبض ، بل تكفي فيه الصيغة [2].

ويستدل اصحاب هذه النظرية بان الوقف كالإعتاق، لان كليهما يفيد اللزوم بوجود الصيغة الدالة عليه ، كما يستدلون بان تسليم عمر(ض) وقفه لابنته حفصة (ض) يبرره كثرة أعماله، ولانه خاف التقصير وليكون في يدها بعد موته ، أما انه فعل ذلك لإتمام الوقف فليس في الخبر ما يدل عليه ولا ما يرجحه .

ويلاحظ المحلل للنظرية التي تشترط القبض لتمام الوقف انها تذهب الى قياس الوقف بالهبة التي يشترط فيها القبض، مع ان هناك فارقا كبيرا بينهما، من ذلك ان الهبة عقد يقتضي ايجابا وقبولا خلافا للوقف، اضافة الى ان الهبة تعطي الحق للمتصرف اليه بالهبة ان يتملك الشيئ الموهوب وبالتالي يكون له حق التصرف فيه بجميع التصرفات الناقلة للملكية ،وهذه الفكرة الاخيرة هي التي استلزمت فكرة القبض أو التسليم كركن في الهبة في حين ان الوقف لا يملكه الموقوف عليه اطلاقا، وعلى هذا فإن اشتراط القبض في الوقف

---

[1] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص64 .

[2] راجع : ابن قدامة ، المغني ، المرجع السابق، ص 190 ، محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، المرجع السابق، ص 66.

ليس له ما يبرره، الا اذا كان القصد هو تحقيق صيغة الوقف عن طريق القبض فإن هذا الامر يغني عنه موضوع الاثبات في الوقف دون اللجوء الى فكرة القبض.

وترتيبا على ما سبق ، فإن فكرة القبض في الوقف في رأينا معيبة، ويمكن الاكتفاء بفكرة الصيغة التي يجب في نظرنا ان تكون كافية للتدليل على الوقف، وضامنة لتحقيق ارادة الواقف وحامية للوقف بما يمنع ضياعه ، كأن تكون الصيغة رسمية وتستجيب لكل مقتضيات فكرة الشكلية .

3 – موقف القانون الجزائري من القبول والقبض : يمكن تحليل موقف القانون من القبول والقبض في النقطتين التاليتين :

أ . القبول : يلاحظ المتفحص للنصوص القانونية في هذا الموضوع حكمين لمسألتين هما :

– الحكم الاول: استبعاد القبول في الوقف على جهة ، حيث لا يوجد في النصوص القانونية المتعلقة بالوقف ما يفيد أو يشير الى العلاقة بين القبول والوقف على جهة معينة سواء من حيث اعتباره ركنا في الوقف ، أو شرطا في صحته[1] ، إلا مادة متعلقة بالاستحقاق في الوقف ذكرت الجهة ولم تشترط قبولها، حيث تنص المادة 13/ف02 من القانون 91– 10 المتعلق بالأوقاف : ((...فالشخص الطبيعي يتوقف إستحقاقه للوقف على وجوده وقبوله ، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه ان لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية))[2]، وقبل ذلك فإن المادة 07 من قانون الاوقاف قبل الغاءها قد نصت على ما يفيد نص المادة 13/ف2 السابقة بالقول: ((يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم)).

فنلاحظ هنا عدم اشتراط قبول الجهة الموقوف عليها لاجل استحقاقها الا بالنسبة للشخص الطبيعي ، وعلى هذا يمكن استخلاص حكم هذه المسالة بالقول : ان المشرع الجزائري لم يجعل القبول ركنا في الوقف وليس شرطا في صحته ، ولا في الاستحقاق فيه اذا تعلق الامر بموقوف عليه غير معين، تبنّيا لما اجمع عليه الفقهاء في هذه المسألة .

---

[1] محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 66.

[2] عدلت المادة 13 من القانون 91–10 بالقانون 02–10 لتصبح: ((الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية)).

– الحكم الثاني : القبول شرط الاستحقاق في الوقف على معين ، على الرغم من عدم وجود أي نص قانوني يفيد حكم هذه المسألة الا ما نصت عليه المادة 13/ف2 من قانون الاوقاف91–10الملغاة بالتعديل الذي جاء به القانون رقم 02–10 بالقول: ((...فالشخص الطبيعي يتوقف إستحقاقه للوقف على وجوده وقبوله...)).

إن الظاهر من هذه المادة ان القبول هنا شرط لاستحقاق الموقوف عليه في الوقف على شخص معين، وما يؤكد هذا المعنى هو نص المادة 07 من قانون الاوقاف 91–10 قبل الغائها بالقانون 02–10 و التي قررت انه : ((يصير الوقف الخاص وقفا عاما اذا لم يقبله الموقوف عليهم)) ، فهذه المادة تفيد ان الموقوف عليهم في الوقف الخاص اذا لم يقبلوا الوقف ، فإن الاثر المترتب على ذلك هو تحول الوقف من الخاص الى العام، و لا يعني ذلك بطلان الوقف ، مما يفيد ان القبول شرط للاستحقاق وليس للإنعقاد .

والخلاصة في هذه النقطة ان المشرع الجزائري لم يشترط القبول في الوقف على جهة ، وانما يمكن القول باشتراطه في الوقف على معين ليكون شرطا للاستحقاق، أي لتثبيت حق المستحقين وليس ما يفيد انه مقابل للايجاب من اجل الانعقاد ، استنادا الى ما كان قد ذهب اليه المشرع في تنظيمه للوقف الخاص .

ب . الوقف ليس عقدا عينيا : الظاهر من النصوص القانونية المتعلقة بالوقف ان المشرع الجزائري تبنى رأي الاتجاه الذي لا يشترط القبض أو التسليم لتمام الوقف أو صحته كما ذهب إلى ذلك الشافعية وأبو يوسف ، وبعض الحنابلة [1]، ويمكن ملاحظة ذلك من خلال النقاط التالية :

– انه لا يوجد نص صريح يقرر ذلك .

– ان قانون الوقف قد حدد اركان الوقف في المادة التاسعة منه في اربعة اركان هي : الواقف ، وصيغة الوقف ، والمال الموقوف ، والموقوف عليه ، ولو كان القبض شرطا لتمام الوقف لذكر مع هذه الاركان، أو لكان وصفا لها وهو ما لم يحدث.

[1] زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص 74.

– ان القول باشتراط القبض يجعل عقد الوقف عقدا عينيا كالهبة ، وبالتالي يترتب على تخلفه بطلان الوقف ، ولم يوجد في احكام قانون الوقف ما يشير صراحة أو تلميحا الى بطلان الوقف لتخلف القبض.

وما يعضد ما خلصنا اليه هو ما ذهب اليه الاجتهاد القضائي في هذا الشأن حيث قضى بأنه : ((من المقرر شرعا أن الحبس الذي يحرر وفقا للمذهب الحنفي يرخص بالتحبيس على نفس قيد الحياة ، ولا يشترط فيه الحيازة ، كما أنه يسمح بإخراج البنات بشرط أن يجعل له عند الاحتياج حق استغلال الأملاك المحبسة...))[1].

فمحل الشاهد هنا هو عبارة : ولا يشترط فيه الحيازة .

وترتيبا على ما سبق ننتهي الى ان القبول والقبض ليسا بشرطين لتمام الوقف وصحته ، وان القبول شرط للاستحقاق في الوقف على معين فقط .

وعليه ، فمتى توافرت اركان الوقف نشأ ، لكن مع ذلك فإن مسألة صحته تبقى معلقة على مدى تحقق الأوصاف المشترطة في كل ركن على حدة على النحو الذي يلي.

[1] قرار رقم 351 35 مؤرخ في : 1984/12/13، م . ق 1989، عدد 04، ص 95.

المبحث الثاني

الاوصاف القانونية لأركان التصرف الوقفي

يرى فريق من الفقهاء ان للوقف أركانا أربعة هي: الواقف ، والمال الموقوف والموقوف عليه والصيغة الدالة على إنشائه ، ويبني هذا الفريق من الفقه رأيه على اساس تفسيرهم الركن بأنه: ما يتوقف عليه الشيء ، ولا شك في ان هذه الأمور الأربعة يتوقف عليها وجود الوقف، ويذهب فريق اخر من الفقه إلى ان للوقف ركنا واحدا وهو الصيغة المنشئة، وما عداها أمور لازمة لوجود الصيغة بناء على تفسيرهم الركن بأنه: ما كان جزءا من حقيقة الشيء ، أو ما به قوامه ووجوده[1].

وقد ذهب قانون الاوقاف الجزائري صراحة الى تقرير تعددية اركان الوقف وفي هذا الصدد اكدت المادة 09 من قانون الاوقاف الواردة تحت الفصل الثاني الخاص باركان الوقف وشروطه ان : ((أركان الوقف هي: 1- الواقف ،2- محل الوقف ، 3- صيغة الوقف 4- الموقوف عليه)).

و تتعلق شروط التصرف الوقفي بالأوصاف التي يجب ان تتحقق في كل ركن من اركان الوقف الاربعة ، وعلى هذا نقسم هذا المبحث الى مطلبين ، يتعلق احدهما بشروط اشخاص التصرف الوقفي (المطلب الاول)، اما الثاني فيتعلق بشروط بقية الاركان الاخرى (المطلب الثاني) على النحو التالي :

المطلب الاول

شروط اشخاص الوقف

يعد شخص الواقف محور التصرف الانفرادي الذي ينشأ عنه الوقف ، والذي يستهدف غرض البر تجاه اشخاص طبيعيين او معنويين يشكلون جهة الوقف ، فهم بذلك

[1] د. محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق، ص 324.

يمثلون اطراف العلاقة الوقفية . باعتبارها في كل الاحوال تصرفا انفراديا . والتي تقتضي تحلي كل طرف بالاوصاف القانونية . الشروط . الواجبة في هذا الشأن ، وهذا ما يستدعي تناول شروط الواقف (الفرع الاول) ، وشروط الموقوف عليه (الفرع الثاني) على النحو التالي :

الفرع الأول

شـروط الـواقـف

شدد قانون الوقف الجزائري في شروط هذا الركن والتي يمكن تصنيفها الى شروط صحة ، وشروط نفاذ ، نتناولهما على النحو التالي :

أولا . شروط الصحة في الواقف : تشترط النصوص القانونية المتعلقة بالوقف وجوب توافر اهلية التبرع في الواقف لكي يصح وقفه بناء على ما تضمنته المادتان 10/ف2 والمادة 04 من قانون الاوقاف ، حيث تشترط المادة 10/ف2 : ((يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي :

1- ان يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا .

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

اما المادة 04 فهي تفيد الشرط تبعا لطبيعة التصرف الوقفي الذي تعرفه بأنه :((عقد التزام تبرع صادر عن ارادة منفردة)).

وبتحليل هاتين المادتين نخلص الى ان شروط الصحة المتعلقة بالواقف في القانون الجزائري تتمثل فيما يلي :

1- تحقق سن الرشد : يقرر قانون الاوقاف ان وقف الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز لا يجوز مطلقا ، ولو اذن بذلك الوصي[1]، ذلك ان الوقف تصرف تبرعي كما سبق

[1] المادة 30 من قانون الاوقاف:" وقف الصبي غير صحيح مطلقا، سواء كان مميزا أو غير مميز، ولو اذن بذلك الوصي ".

الذكر، وصفة التبرع توجب توافر الاهلية الكاملة وعلى رأسها بلوغ الشخص التاسعة عشر سنة وفق القانون المدني الجزائري[1]، على اساس ان الوقف يؤثر في الذمة سلبا ولهذا يعد تصرفا مضرا ، فلا يجوز ان يصح الاّ ممن بلغ سن الرشد ، وفي هذا تنص المادة 83 من قانون الاسرة : ((من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة اذا كانت نافعة له وباطلة اذا كانت ضارة به...)).

ويؤيد ذلك نص المادة 86 من نفس القانون حيث تقرر انه :((من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الاهلية وفقا لاحكام المادة 40 من القانون المدني)).

إذن لتحقق صحة الوقف لابد ان تكون اهلية اداء الواقف قد اكتملت له لمباشرة كل أنواع التصرفات القانونية .

2- انتفاء عوارض الاهلية وموانعها : يشترط القانون لتمام اهلية الافراد فضلا عن تحقق سن الرشد انتفاء الصفات التي قد تؤثر على التمييز، كالجنون والعته ، والسفه والغفلة ، وهي ما تعرف بعوارض الاهلية ، و كذا انتفاء الاحوال التي يوجد عليها الواقف الكامل الاهلية التي تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية ،وهي ما تعرف بموانع الاهلية.

أ . عوارض الاهلية : وهي تعرف عادة بالجنون والعته والسفه والغفلة ، والتي نتناولها كالتالي :

- الجنون والعته* : تنص المادة 31 من قانون الاوقاف على انه : ((لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير ، أما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقته وتمام عقله، شريطة ان تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية)).

---

[1] المادة 40 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 09/26/ 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 70.

* المجنون هو الشخص المصاب باضطراب عقلي يعدم إرادته و إدراكه، و أما المعتوه فهو الشخص الذي يفهم بعض الأشياء دون غيرها بسبب مرض أو لكبر السن، محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1985، ص 64.

لقد ورد هذا النص في الفصل الخامس من قانون الوقف المتعلق بمبطلات الوقف، ويظهر مما سبق ان النص جاء تحت فصل كان الافضل لو لم يكن ، على اساس ان كل مواد الفصل تتعلق بأركان الوقف وشروطه ، ولهذا كان المنطق يفرض ان تكون تحت الفصل الثالث المتعلق باركان الوقف وشروطه .

ان النص السابق يفترض لصحة الوقف تمتع الواقف بكل قواه العقلية، لان حصول الجنون أو العته يعتبر سببا لفقدان التمييز، وبالتالي يعادلان صغر السن الذي هو دون 13 سنة[1] ، وترتيبا على ماسبق فإن تصرفات الواقف المجنون والمعتوه حسب المادة 31 من قانون الاوقاف السالفة تكون باطلة بطلانا مطلقا كتصرفات الصبي غير المميز وفقا للمادة 42 مدني جزائري ، لكن بالرجوع الى المادة 107 من قانون الاسرة نجدها تفرق بين التصرفات الصادرة قبل الحكم بالحجرعليه ، وبين تلك الصادرة بعد صدور الحكم بالحجر ، اذ تنص المادة على ما يلي :((تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة ، وقبل الحكم اذا كانت اسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها)).

وبناء على ما سبق يجب التمييزفي مسألة حكم الوقف هنا بين التصرف الوقفي الصادر قبل الحجر والصادر بعده :

* حكم التصرف الوقفي الصادر قبل الحجر : اذا كانت حالة الجنون أو العته غير شائعة وقت التصرف ، بمعنى ان غالبية الناس لا تعلم بهذه الحالة ، فتصرفاته تعتبر صحيحة ويعتبر كامل الاهلية، اما اذا كانت تلك الحالة شائعة وقت التصرف الوقفي ، فإن الوقف يكون باطلا مطلقا رغم صدورها قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر.

* حكم التصرف الوقفي الصادر بعد الحجر : يكون الحجر بناء على طلب احد الاقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة [2]، وبعد توقيع الحجر تكون كل تصرفات المجنون أو المعتوه باطلة ومنها تصرفه في الوقف .

---

[1] المادة 42 من القانون المدني المعدل والمتمم، و التي تقضي بانه: " لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن او عته او جنون ، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة" .

[2] المادة 102 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم.

ويلاحظ في هذا الشأن مخالفة قانون الاوقاف للقواعد العامة في مسألة الجنون المتقطع ، حيث ان القانون المدني يقرر بطلان تصرف المجنون مطلقا سواء كان جنونا مطبقا أو جنونا متقطعا ، وربما كان تقريره لذلك على اساس صعوبة اثبات ذلك، وعلى خلاف ذلك الحكم يقرر قانون الاوقاف صحة تصرف الواقف المجنون بشرطين هما[1]: ان يكون الوقف في حالة الافاقة ولو اعقبها الجنون على اساس تمام العقل هنا ، وكذلك ان تثبت تلك الافاقة باي طريق من طرق الاثبات الشرعية .

ويلاحظ في هذه المسالة ان المشرع الجزائري اخذ بالقواعد العامة الموجودة في الفقه الاسلامي التي تقرر جواز تصرفات الوقف في حالة الجنون المتقطع ، لانه انذاك يكون مكلفا ، وبالتالي فإن وقفه وان كان تصرفا مضرا بالذمة فإنه يكون مجلبة للثواب وفي هذا صلاح وليس مضرة للواقف.

– السفه والغفلة : تثير مسألة وقف السفيه وذو الغفلة* اشكاليات كثيرة نظرا لتضارب نصوص قانون الاوقاف وقانون الاسرة والقانون المدني في هذا الشأن ، ويمكن تبيانها من خلال التطرق الى مسألة حكم الواقف ذو الغفلة ، ومسألة حكم وقف السفيه على النحو التالي :

* حكم الواقف ذو الغفلة : تنص المادة 10/ف2 من قانون الاوقاف صراحة على : ((... ان يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين)) .

ان ظاهر النص يفيد ان من بلغ سن الرشد ولم يكن مجنونا أو معتوها حسب المادة 31 السابقة من قانون الاوقاف، ولم يكن محجورا عليه بسبب السفه أو الدين فإن تصرفه يكون صحيحا حتى ولو كان ذا غفلة ، في حين ان المادة 43 مدني جزائري تجعل حكم السفيه وذا الغفلة –الذي لم يذكر في النص لخطأ في الترجمة – كحكم الصبي المميز الذي لا يصح تصرفه الوقفي مطلقا وفقا للمادة 30 من قانون الاوقاف التي تقرر ان : ((وقف

[1] المادة 31 من قانون الأوقاف 90–10 المعدل و المتمم.

* السفيه هو الشخص الذي يبذر ماله على غير ما يقتضي العقل، و أما ذو الغفلة فهو الذي لا يعرف ما ينفعه و ما يضره حيث يمكن غبنه بكل سهولة، محمد حسنين، المرجع السابق، ص 21.

الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز...))، فهل يمكن القول ان الواقف ذو الغفلة يصح تصرفه الوقفي ؟.

اننا نرى ضرورة الاخذ بحكم نص المادة 10/ف2 السالفة التي على اساسها يكون تصرف الواقف العاقل صحيحا ما لم يكن محجورا عليه لسفه أو دين فقط ، ولو كان ذا غفلة ، على اساس ان ذو الغفلة هنا لم يغبن في تصرفه الوقفي ، لانه لا يوجد متعاقد اخر هنا من جهة، ومن جهة اخرى لان التصرف الوقفي هو في مصلحته الاخروية هنا ، ولو انه سيؤثر على ذمته سلبا فإنه لن يحرم الاجر .

ويمكن بناء على ما أسسنا عليه رأينا الخاص بوقف ذو الغفلة ان نؤسس نقدنا للمادة 10/ف2 السابقة ، اذ لم نكن بحاجة الى تقرير بطلان وقف السفيه ، لان علة البطلان في التصرفات بصفة عامة لا تتحقق هنا في التصرف الوقفي ، على اساس ان اضاعة المال وتبذيره غير واردة هنا وخاصة اذا كان الوقف على نفس الواقف ، لذا نرى ضرورة اعادة النظر في هذه المسألة بما يؤدي الى الحد من حكم البطلان المطلق هنا.

* حكم وقف السفيه : على اعتبار رأينا السابق الذكر في مسألة ذو الغفلة فإننا سنتطرق الى حكم وقف السفيه الذي نراه من خلال التمييز بين الوقف قبل الحجر عليه ، والوقف بعد الحجر عليه .

- وقف السفيه قبل الحجر : يقرر قانون الاسرة ان الاصل هو صحة تصرفات السفيه قبل الحجر عليه[1] ، وعليه فإن وقف السفيه يقع صحيحا الا اذا ثبت ان السفه كان امرا ظاهرا ومتفشيا في شخص الواقف قبل تصرفه الوقفي فهنا يقع الوقف باطلا حسب المادة 107 من قانون الاسرة الذي سوّى بين تصرفات المعتوه والمجنون والسفيه مع انه لا يمكن التسوية بينهم .
- وقف السفيه بعد الحجر : ان نص المادة 10/ف2 من قانون الاوقاف يذهب صراحة الى عدم صحة الوقف ان كان الواقف محجورا عليه بسبب السفه حيث تنص : ((

[1] تنص المادة 107 من قانون الاسرة على انه :" تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة وقبل الحكم اذا كانت اسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها " .

... ان يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين)) ، ويؤيد هذه المادة ما ذكرته المادة 107 السابقة من قانون الاسرة التي تذهب بصريح العبارة الى تقرير بطلان تصرفات المحجور عليه بعد الحكم.

ب . موانع الاهلية : وهي الظروف التي يوجد عليها الواقف الكامل الاهلية التي تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية ، وهي موانع قد تكون قانونية أو طبيعية او جسمانية [1] يمكن حصرها في الحالات التالية :

– الحكم بعقوبة جنائية : يمنع المحكوم عليه بعقوبة جنائية من مباشرة حقوقه المالية وفقا للمادة 07 من قانون العقوبات[2]، وهي عقوبة تبعية تطبق بقوة القانون ، وهي تترتب عن العقوبة الاصلية وفقا للمادة 04 /ف2 من قانون العقوبات، وتسري خلال فترة وجود المحكوم عليه بالسجن، وتزول بزوال المانع .

– اجتماع عاهتين : تنص المادة 80/ف1 مدني جزائري :((اذا كان الشخص اصم ابكم أو اعمى اصم ، أو اعمى ابكم ، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن ارادته، جاز للمحكمة ان تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته)). فالشخص الذي كانت تلك حالته تكون تصرفاته القانونية ومنها الوقف صحيحة قبل ان يعين له مساعدا قضائيا ، اما بعد تسجيل قرار تعيين المساعد القضائي فيجوز لذي العاهة القيام بهذه التصرفات دون مساعدة المعين من قبل المحكمة واذا قام بها كانت قابلة للابطال لمصلحته[3] .

– الشرط المانع من التصرف : وهو الشرط الذي يقيد من حرية التصرف في الملك ويجب ان يكون محددا بمدة معينة وان يكون مشروعا وقد يتقرر لمصلحة المالك أو المشترط كما يمكن ان يتقرر لمصلحة الغير.

---

[1] علي فيلالي، الالتزامات، موفم للنشر ، الجزائر، 2008، ص86.

[2] المادة 07 من قانون العقوبات: " حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية عليه من مباشرة حقوقه المالية وتكون إدارة أمواله طبقا للأوضاع المقررة في حالة الحجر القضائي ".

[3] المادة 80/ف2 مدني : " ويكون قابلا للابطال كل تصرف عين من اجله مساعد قضائي اذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة " .

ان هذا المانع وان لم يرد في القانون المدني الجزائري او قانون الاوقاف الا انه مقرر في المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري[1] في مادته 104 التي تنص: ((يحقق المحافظ بأن البطاقة غير مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من قبل صاحبه الاخير)) ، وبناء على ماسبق فإن الواقف لا يصح وقفه للعقار الا اذا كان هذا الاخير ليس ممنوعا التصرف فيه .

وتجدر الاشارة في كل ما سبق من مسألة شروط الصحة ، الى ان قانون الوقف قد جارى ما كان قد قرره الاجتهاد القضائي في هذا الشأن ،حيث جاء في احد قرارات المحكمة العليا انه : ((من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرع، رشيدا لا مكرها....ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون))[2].

الفرع الثاني

شـروط النفـاذ

عالج قانون الوقف مسألة شروط نفاذ التصرف الوقفي اثناء تطرقه لحالتين يكون عليها الواقف : حالة كون الواقف محجورا عليه بغض النظر عن صحته أو مرضه و حالة كون الواقف مريضا مرض الموت ، وكان مدينا بدين يستغرق كل أملاكه ولكن دون ان يحجر عليه.

اولا . انتفاء الحجر عن الواقف : المقرر هنا ان الوقف لايقع صحيحا اذا كان الواقف محجورا عليه ويكون محلا للبطلان ، وهذا ماتضمنته المادة 10/ف3 من قانون الاوقاف التي تنص:((يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي ...ان يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين)).

---

[1] الأمر رقم 76 -63 المؤرخ في : 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج.رعدد 30 .

[2] القرار رقم 546 46 المؤرخ في: 1988/11/21، المجلة القضائية 1991، عدد 02، ص 60.

ان تحليـل هذه المادة يجعلنا نقف عند المسائل التاليـة :

1 . جدّة الدين كسبب للحجر : ان المقرر قانونا ان اسباب الحجر تتعلق اما بالجنون أو العته أو السفه ، وفق ماتنص عليه المادة 101 من قانون الاسرة التي تقرر ان:((من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه احدى الحلات المذكورة بعد رشده يحجر عليه))، لكن المادة 10 من قانون الاوقاف تضيف سببا اخر غير معهود في القانون من قبل هو الدين ، والعبرة فيه هنا كونه مستغرقا لجميع امواله، أو بمعنى اخر تحقق صفة الاعسار في شخص المدين.

ويلاحظ هنا ان المشرع الجزائري بابتداعه لسبب جديد للحجر في قانون الوقف كان متاثرا بالفقه الاسلامي الذي يقرر حكم الحجر على المدين المعسر[1] ، وعليه فإنه يمكن القول ان جميع احكام الحجر الواردة في الفصل الخامس من الكتاب الثاني المتعلق بالنيابة الشرعية في قانون الاسرة تكون محلا للتطبيق على حالة الدين كسبب للحجر ، ومنها ان الحجر يكون بحكم من القضاء بطلب من احد الاقارب ، أو ممن له مصلحة ، أو من النيابة العامة [2].

2 . حكم وقف المحجور عليه لدين : لتبين حكم هذا الوقف يجب التمييز بين ما اذا كان الوقف قبل الحجر أو بعده :

أ . اذا كان الوقف قبل الحجر على الواقف المعسر : فإنه بمفهوم المخالفة للمادة 10/ف3 من قانون الاوقاف يكون الوقف صحيحا ، لكن اذا نظرنا الى حكم المادة 107 من قانون الاسرة[3] التي تطبق هنا على اساس ما قلنا سابقا من تطبيق احكام الحجر الواردة بسبب الجنون أو العته أو السفه على سبب الدين ، فإنه يمكن القول ان الحكم سيختلف عما تضمنته المادة 10 من قانون الاوقاف على اساس ان مقتضى المادة 107 في المسالة التي

---

[1] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 135.

[2] المادة 102 من قانون الأسرة: " يكون الحجر بناء على طلب احد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة ".

[3] المادة 107 من قانون الأسرة: " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها ".

نناقشها هو ان الوقف قبل الحجر على الواقف يكون باطلا اذا كان غالبية الناس يعلمون باعسار الواقف وقت تصرفه الوقفي ، وعلى هذا سنجد انفسنا امام تناقض في الحكم في هذه المسألة ، والذي يبدو وجيها لازالة هذا التناقض هو اعتبار ما نصت عليه المادة 10/ف3 من قانون الاوقاف هو الحكم لهذه المسألة ، على اساس اعتباره حكما خاصا بالوقف يخرج عن القاعدة العامة المقررة في قانون الاسرة من جهة ، ولان الحجر بسبب الدين هو من ابتداع قانون الوقف فإنه من الأولى ان تطبق احكامه وفق ما سبق على مسالة الوقف قبل الحجر ، ناهيك عن نص المادة 49 من قانون الوقف التي تقضي بالغاء كل حكم يخالف ما جاء في قانون الاوقاف[1] .

ب . اذا كان الوقف بعد الحجر : فإن الاتفاق حاصل بين احكام قانون الوقف واحكام قانون الاسرة حول عدم صحة الوقف في هذه الحالة وفقا للمادتين 10/ف3 من قانون الوقف ، والمادة 107 من قانون الاسرة .

ويلاحظ هنا ان هذا الحكم قاس نوعا ما من حيث اثره، ومن حيث عدم اتساقه مع القواعد العامة في مثل هذه المسائل المرتبطة بالذمة المالية للاشخاص، حيث يلاحظ انه كان من الاجدر للمشرع الجزائري ان يترك مسألة تقرير البطلان للدائنين، بمعنى ان يجعل حكم هذا التصرف هو قابليته للبطلان لمصلحة الدائنين الذين تعلق حقهم بالمال الموقوف ، فإن اجازوه نفذ الوقف واعتبر التصرف نافذا من يوم إنشائه ، وان لم يجيزوه بطل التصرف ، ونكون هنا قد اعطينا الخيار للدائنين في ترجيح المصلحة.

3 . بطلان وقف المشهر افلاسه : تنص المادة 244 من القانون التجاري الجزائري[2]: ((يترتب بحكم القانون على الحكم باشهار الافلاس ومن تاريخه تخلي المفلس عن ادارة امواله أو التصرف فيها بما فيها الاموال التي قد يكتسبها من أي سبب كان وما دام في حالة افلاس ويمارس وكيل التفلسة جميع حقوق ودعاوى المفلس المتعلقة بذمته طيلة مدة التفلسة)).

---

[1] المادة 49 من قانون الأوقاف: " تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

[2] الأمر رقم 75–59 المؤرخ في:1975/09/26، المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ج.رعدد 101.

وفقا لهذه المادة ، فإن الحكم بشهر الافلاس الناتج عن توقف التاجر عن دفع ديونه وعدم قدرته عن ذلك يمنع التاجر من مباشرة التصرفات القانونية التجارية ليعين له اجباريا وكيلا للتفلسة يتولى ادارة امواله ، وعلى هذا فإن تحقق هذا المانع للاهلية لا يجعل تصرف هذا التاجر بالوقف تصرفا غير نافذ فحسب ، بل باطلا من اصله لعدم صحة تصرفاته قانونا .

ثانيا . انتفاء صفة مرض الموت عن الواقف المعسر غير المحجور عليه : ذلك انه اذا كنا بصدد كون الواقف مريضا مرض الموت، وكان مدينا بدين يستغرق كل أملاكه، ولكن دون ان يحجر عليه ، فان القانون يقرر في هذه الحالة ان التصرف الوقفي يكون قابلا للابطال لمصلحة الدائنين ، وهذا ما نصت عليه المادة 32 من قانون الاوقاف التي تقضي انه : ((يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق جميع أملاكه))*.

من خلال تحليل هذه المادة نلحظ النتائج المترتبة على حكمها فيما يلي من النقاط:

1 . النتائج المترتبة عن انتفاء الشرط : يمكن تحديد اهم النتائج المترتبة عن انتفاء الشرط اعلاه فيما يلي:

النتيجة الاولى: ان التصرف الوقفي هنا يأخذ حكم الوصية طبقا للقواعد العامة، وعليه فاذا لم يجز الدائنون الوقف كان لهم ان يطلبوا بيع المال الموقوف لاستيفاء ديونهم، اما اذا اجازوا الوقف ، فإنه ينظر هنا الى الورثة الذين يبقى حقهم في سلامة الثلثين كأصل الا ما اجازوه زيادة على الثلث[1].

النتيجة الثانية: ان النص المذكور لم يتحدث عن حالة ما اذا كان الدين لا يستغرق كل مال الوقف ، مما يجعلنا نرجح في هذه الحالة الرأي القائل ان نفاذ التصرف الوقفي هنا يتوقف

---

* ما يلاحظ على النص أن تعبيره اللغوي غير سليم إلا إذا أضيفت "متى" قبل الفعل "كان " ليصبح النص:" يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت متى كان الدين يستغرق جميع أملاكه".

[1] محمد احمد سراج، أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 205.

فيما يتعلق به الدين، وما زاد عليه فلا يتوقف فيه الا اذا اجاز الدائنون الوقف، وهنا تطبق احكام الوصية كما سبق ذكره .

النتيجة الثالثة: ان قانون الاوقاف لم ينص صراحة على حكم الوقف في مرض الموت بصفة عامة ، وان كان الحكم يستشف من القواعد العامة كما في المادة 776 من القانون المدني ، والمادتين 204 و 215 من قانون الاسرة وهي كلها تقضي بتكييف كل تصرف في مرض الموت على انه وصية[1] ، ومن هذه التصرفات الوقف الذي يكون على صورتين اذا ما استبعدنا الحالات العارضة المتعلقة بالسفة والدين :

الصورة الأولى : اذا كان الواقف المريض مرض الموت قد وقف على الغير ، ففي هذه الصورة سنكون امام فرضين [2] :

الفرض الأول : اذا كان للواقف ورثة ، فإن الوقف هنا يأخذ حكم الوصية ، فينفذ الوقف متى خرج من ثلث التركة ، واما اذا كان الوقف يزيد على الثلث فإنه لا يلزم الورثة بعد موت الواقف لتعلق حق الورثة بعين المال في ثلثيه ، فيتوقف نفاذ الوقف هنا على اجازة الورثة.

الفرض الثاني : اذا لم يكن للواقف ورثة ، فإن الوقف هنا ينفذ ولا يتوقف على اجازة احد لعدم تعلق حق لاحد في المال الموقوف.

الصورة الثانية : اذا وقف الواقف المريض مرض الموت على بعض الورثة ، ففي هذه الصورة يكون الوقف نافذا اذا لم يعترض الورثة كلهم مما يفيد اجازتهم ، وتصرف الغلة كما شرط الواقف ، سواء خرج الموقوف من الثلث ام لم يخرج منه .

واذا لم يجز الورثة الوقف فإنه لا يكون نافذا على اساس المادة 189 من قانون الاسرة التي تنص :((لا وصية لوارث الا اذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي)).

---

[1] المادة 776 مدني: " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية..." .

أما المادة 215 من قانون الأسرة فتنص: " يشترط في الواقف و الموقوف ما يشترط في الواهب و الموهوب...".

[2] محمد احمد سراج، المرجع السابق، ص105-106.

النتيجة الرابعة : في حالة اجتماع الوصايا للخير والوقف في مرض الموت ، ولم يثبت رجوع الواقف عن واحدة منها ، فإن الوصايا تقسم بين الوقف والوصايا للخير قسمة محاصة ، ذلك ان الوقف في مرض الموت اخذ حكم الوصية[1].

2 . مخالفة الاجتهاد القضائي للاحكام الشرعية والقانونية المتعلقة بالوقف في مرض الموت: لقد ذهب الاجتهاد القضائي الى تقرير بطلان الوقف متى كان في مرض الموت ومهما كانت الاحوال، حيث جاء في احد قرارات المجلس الاعلى الصادرة بتاريخ 1971/03/03 م : ((حيث انه من المقرر في الشريعة الاسلامية ان الحبس الواقع في مرض موت المحبس باطل وعلى من يدعي بطلانه بذلك السبب اقامة البينة على ان المحبس كان مصابا وقت تحبيسه بالمرض الذي مات من جرائه، وحيث لم يأخذ المجلس القضائي بتلك الدعوى ولا بطلب إقامة البينة على صحتها واكتفى في حكمه بمجرد ما جاء في وثيقة التحبيس بالوجه السابق الذكر، كان قرارا خارقا لأشكال المرافعة الجوهرية وحتى القواعد الشرعية مما يستوجب نقضه))[2].

ان ما يمكن استنتاجه من هذا القرار ما يلي :

– ان القرار جعل مرض الموت قرينة كافية لبطلان الوقف ، ولذا يكفي من له المصلحة في بطلان الوقف ان يثبت ان التصرف قد صدر في وقت كان الواقف فيه مريضا مرض الموت .

– ان القرار اسس حكمه بغض النظر عن مدى مخالفة الاشكال الجوهرية للمرافعة على القواعد الشرعية التي ترى وجوب بطلان التصرف الوقفي في مرض الموت في نظره .

ان تحليل هذا القرار واستحضار الرؤى الفقهية في الموضوع يجعل من الظاهر والواضح الخطأ الفادح في تأسيس قرار المجلس الاعلى ، حيث ان القواعد الشرعية لاتقرر بطلان الوقف على اطلاقه، بل ان ذلك لايكون الا في احوال خاصة وبأوصاف محددة ، وبالتالي فإن نتيجة ما إنتهى اليه القرار مخالفة للاحكام الشرعية والقانونية في هذا الشأن .

---

[1] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 143.

[2] القرار المؤرخ في: 1971/03/03، نشرة القضاة 1972، العدد 2، ص 73.

ان مما نخلص اليه فيما سبق من هذه المسألة هو ان وجود الواقف لا يكفي لقيام الوقف صحيحا ، بل لابد من ان تتوافر فيه المواصفات التي تجعل تصرفه صحيحا، وان تمتنع عنه ما يحبس التصرف عن النفاذ، واذا تحقق ذلك فإن النظر ينصب على الاركان الاخرى في مدى تحققها بالمواصفات المطلوبة.

الفرع الثاني

شروط الموقوف عليه

الموقوف عليه هو من يستحق الريع من الوقف ، وهو إما أن يكون معينا كشخص أو جماعة ، أو يكون جهة ، فإن كان الموقوف عليه معينا فقد اشترط بعض الفقهاء أن يمكن تمليكه ، وألا يكون على معصية كما لو وقف على نائحة أو مغنّية* .

أما إذا كان الموقوف عليه جهة كالمساجد والمدارس والأربطة والمستشفيات وغيرها ، فيشترط أن تكون جهة بر وطاعة وقربة ، فلا يصح الوقف على جهة معصية كالوقف على قطاع الطرق أو على المبتدعة أو على المغنّين ونحوهم ، لما فيه من التعاون على الإثم والعدوان ، والله تعالى يقول : ((وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ))[1] ، ولأن في الوقف على المعصية إشاعة لها وتقوية لجانبها ، وهذا مناف لمقاصد الشرع في الأوقاف ، ولأن الوقف قربة وطاعة فيجب ان يكون على جهة بر و إحسان [2].

---

* واشترط المالكية والشافعية قبول المعين للوقف ، لكن ليس هذا شرطا في صحة الوقف بل شرط في اختصاصه به فإذا لم يقبل فإنه لا يعود مطلقا ، بل يكون للمصرف الذي بعده إن عين مصرفا ، وإلا فيعود للفقراء والمساكين ومن الشروط أيضا أن يكون الوقف على بر وطاعة ، لأن الوقف صدقة وطاعة فلا بد أن تصادف محلا تظهر فيه القربة والطاعة ، ومذهب المالكية ألا يكون على معصية محضة.

[1] سورة المائدة ، الآية 02.

[2] راجع : القرافي ، الذخيرة ، تحقيق: سعيد أعراب ، ج6، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1994، ص 303-304، ابو عبد الله محمد بن يوسف بن ابي القاسم العبدري الشهير بالمواق ، التاج والإكليل شرح لمختصر خليل ،ج7

لقد تطرق المشرع الجزائري لمسألة الموقوف عليه في المادة 13 من قانون الاوقاف التي جاءت تحت الفصل الثاني المتعلق باركان الوقف وشروطه، حيث نصت على ان : ((الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ، ويكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنويا، فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله اما الشخص المعنوي فيشترط فيه الا يشوبه ما يخالف الشريعة الاسلامية)).

وبمراعاة التعديلات التي جاء بها القانون 02-10 يمكن معالجة هذه المسألة على النحو التالي:

اولا . الاحكام القانونية للافراد المعتبرين جهة وقف قبل التعديل : يسجل المحلل للنصوص القانونية المتعلقة بهذه المسألة قبل صدور القانون 02-10 الاحكام التالية :

1 . المعلومية والوجود شرطا صحة واستحقاق على الترتيب : يذهب القانون الى اشتراط المعلومية في الموقوف عليه لاجل ان يقع الوقف صحيحا بغض النظر عن وجوده أو عدمه ، لكن الاستحقاق لا يثبت لهذا الشخص الطبيعي الا اذا كان موجودا ، وهذا ما تفيده المادة 13/ ف1 السابقة .

ومما يؤكد هذا المعنى هو مفهوم الوقف الخاص ، الذي قد يكون على عقب الواقف الذي يتمثل في الاشخاص الموجودون والذين سيوجدون من صلب الواقف وابنائه. وعليه ، فالشرط المعتبرهنا هو ان يكون الموقوف عليه معلوما ليقع الوقف صحيحا، وهو رأي الاحناف والمالكية [1] .

2 . جواز الوقف على النفس : يمكن القول ان القانون الجزائري قبل صدور القانون 02-10 كان يجيز الوقف على النفس اعتبارا للاسباب التالية :

، مطبوع بهامش مواهب الجليل، ضبط: زكرياء عميرات ، دار الكتب العلمية، لبنان ، بدون سنة طبع ، ص630 – 338 ، محمد الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق ، ص 377- 379، ابن قدامة ، المغني ، المرجع السابق ، ص 190- 191، ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، شرح فتح القدير، تعليق: الشيخ عبد الرزاق غالب المصري، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، ط01، 1415هـ -1995م، ص187- 188 .

[1] احمد عبد العظيم الجمل، دور نظام الوقف الإسلامي في التنمية الاقتصادية، ط1، دار السلام للطباعة و النشر، القاهرة، 2007، ص 45.

أ – انه لم يرد نص خاص صريح يمنع هذا النوع من الوقف في القانون الجزائري .

ب – ما يفهم من تعريف الوقف الخاص الوارد في المادة 06 من قانون الاوقاف 91–10 قبل التعديل هو إمكانية ان يكون الواقف أحد الأشخاص المعينين المذكورين في عبارة نص :((الوقف الخاص وهو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ....)).

ج – ان نص المادة 214 من قانون الأسرة يشير صراحة إلى جواز الوقف على النفس حيث تقضي هذه المادة انه :((يجوز للواقف ان يحتفظ بمنفعة الشيء المحبوس مدة حياته على ان يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعينة))، فاحتفاظ الواقف بمنعة الوقف لا يعني الا انه وقف على نفسه ، مع ملاحظة ان هذا النص لا يعارض صراحة أي نص من نصوص القانون 91–10 حتى يكون محلا للالغاء وفقا للمادة 49 من قانون الاوقاف.

وبعد صدور القانون 02–10 المعدل والمتمم لقانون الاوقاف ، تكرس هذا المعنى في نص المادة 6 مكرر منه والتي نصت على انه: ((يؤول الريع الناتج عن الوقف المؤسس لفائدة جهات خيرية والذي احتفظ فيه الواقف بحق الانتفاع بريعه مدى الحياة الى الجهات الموقوف عليها)) ، فالنص واضح في انه يجيز الوقف على النفس بشرط ان الذي يلي الواقف بعد مماته يكون شخصا معنويا لا يشوبه ما يخالف الشريعة الاسلامية[1] .

ولقد استقر الاجتهاد القضائي على جواز الوقف على النفس من خلال عدة قرارات للمحكمة العليا من بينها القرار الذي يفيد انه ((...من المقرر قانونا أن الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق، إلا أنه يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبوس مدة حياته، على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعينة))[2].

ومما يعضد القرار السابق القرار الذي جاء منطوقه كالتالي:((...حيث يتضح من عقدي الحبس المؤرخين في 1942/11/10 و 1952/02/28 أن المرحوم (ق ح م) حبس عقارات

---

[1] انظر المادة 13 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم.

[2] قرار رقم 957 109 مؤرخ في : 1994/03/30، م ق 1994، عدد 03، ص 39.

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 عقدي 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))[1].

ولعل ما دعى المشرع الجزائري الى تبني هذا الرأي الذي اقره الفقهاء الاحناف[2] ، هو ما لهذا النوع من الأوقاف من فائدة تظهر في اقبال الناس على الوقف كقربة ما داموا يضمنون حقهم في الاستفادة من ريع مالهم الذي وقفوه ما داموا احياء ، فيحصل لهم بذلك الاطمئنان النفسي ولا يضر الامر مادام ان ريع الوقف سيصير الى جهة خير بعد موتهم فالمصلحة هنا جلية ، تجعل هذا النوع من الوقف مدعاة الى التوسعة على الناس في قربهم.

ثانيا . الاحكام القانونية المتعلقة بالشخص المعنوي المعتبر جهة وقف: يستنبط من النصوص القانونية المتعلقة بهذه المسألة الاحكام التالية :

1- ان الوقف على شخص معنوي هو وقف عام : وهو ما يفهم من نص المادة 06/ ف1 من قانون الاوقاف التي تقرر ان :((الوقف العام ما حبس على جهات خيرية من وقت انشائه ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات ...)). وعليه ا يستلزم ان يكون هذا الشخص المعنوي جهة خير تخصص ريع الوقف للمساهمة في سبل الخيرات.

2- ضرورة موافقة الشخص المعنوي لاحكام الشريعة الاسلامية : يشترط أساسا في الشخص المعنوي الموقوف عليه ان لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية ، وفقا للمادة 13

---

[1] قرار رقم 561 137 مؤرخ في: 1996/05/05، م ق 1996، عدد 02، ص 147.

[2] محمد ابو زهرة ، محاضرات في الوقف ، المرجع السابق، ص 198-199.

المعدلة بالقانون 02-10المعدل والمتمم لقانون الاوقاف 91-10 التي تنص :((...الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية)).

ويلاحظ هنا ان ما يخالف الشريعة الإسلامية، ليس ما يخالف مذهبا فقهيا معينا، وعلى القاضي الذي رفع أمامه النزاع حول هذه المسألة ان يتخير رأيا من آراء الفقهاء دون التقيد أو الإجبار على اخذ رأي مذهب معين ، الا اذا اعتمد الواقف مذهبا محددا في انشاء وقفه فليس للقاضي ان يتجاوز خيار الواقف الفقهي او المذهبي، وهذا كله يدخل في إطار الاتجاه الذي رسمته المادة 02 من قانون الاوقاف 91-10 التي تنص : ((على غرار كل مواد هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه)) وكذلك ما اكدته المادة 222 من قانون الاسرة ، والمادة 01 /ف2 من القانون المدني.

ولقد استقر الاجتهاد القضائي على تقرير احترام خيار المذهب الذي اسس الواقف عليه وقفه فيما لم ينص عليه القانون ، ولم تتضمنه اشتراطات الواقف المعتبرة ، وفي هذا الشأن اصدرت المحكمة العليا عدة قرارات يمكن تبينها في الآتي :

- القرار المؤرخ في: 02/24/ 1968 الذي يفيد انه ((..إذا كانت مبادئ احكام الشريعة الاسلامية تقتضي خضوع عقد الحبس لارادة المحبس الذي يجوز له ان يأخذ بالشروط المعمول بها في أي مذهب من المذاهب الاسلامية ،فان مخالفة هذه المبادئ تقتضي بطلان ما يترتب 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))[1].

- القرار المؤرخ في: 1971/03/17 المتضمن ما نصه: ((...حيث أن المجلس الأعلى يثير من تلقائه وجها من انتهاك الشرع فيما يتعلق بصحة واقعة مذهب الأحناف، ذلك أن القرار المطعون فيه حكم ببطلان الحبس المؤرخ في 1973/01/21 بمحكمة شرعية بدعوى أن هذا الحبس لم يذكر فيه المرجع الأخير. وأنه ليس من العدل كما يقول القرار بقاؤه على حاله، إذ هو يعطي للذكور امتياز ظالما مخالفا لروح ومقاصد الشريعة الإسلامية، وبهذا فإن

[1] القرار رقم 589 40 المؤرخ في :02/24/ 1968 ، م ق1989، عدد01،ص 118.

المجلس هو الذي بنى قراره على نظرية مخالفة لمذهب إمام ليس له انتقاده وإنما عليه تطبيقه، فالقضاة ليسوا مجتهدين مطلقين وإنما هم مطبقون للأحكام لا مشرعين لها، مما يتعين نقض إبطال القرار))[1].

– القرار المؤرخ في: 1986/05/05 والذي مفاده : ((... إن الحبس هو عقد خصه الفقه وقيده بشروط خاصة مما لا يمكن اعتباره كوصية، بل عقد صحيح يخضع لإرادة المحبس ولا يمكن إبطاله بأي وجه من الأوجه ما دام أن مؤسسه قد بناه على قواعد فقهية ثابتة كانت معمول بها وقتئذ ولا يعاب اختيار المذهب في ذلك ولا إخراج من شاء من المحبس عليهم)) [2].

3– حكم زوال الشخص الاعتباري الموقوف عليه : ان الأثر المترتب على انتهاء الشخص المعنوي الموقوف عليه – بالحل أو استنفاذ الغرض – هو أيلولة المال الموقوف إلى السلطة المكلفة بالأوقاف حالة ما إذا لم يعين الواقف الجهة التي يؤول إليها ذلك المال الموقوف ، وهذا بناء على المادة 37 من قانون الاوقاف التي تنص :((تؤول الاموال العقارية والمنقولة الموقوفة على الجمعيات والمؤسسات الى السلطة المكلفة بالأوقاف العامة عند حل الجمعيات أو انتهاء المهمة التي انشأت من اجلها اذا لم يعين الواقف الجهة التي يؤول اليها وقفه ...))، مع الملاحظة هنا ان السلطة المكلفة بالأوقاف العامة تكون في مركز الناظر وليس كمستحق ، وفي هذه الحالة يصرف الريع فيما قرره القانون بهذا الشأن.

---

[1] القرار رقم 971 42 مؤرخ في 1986/05/05 ، ن ق 1972، عدد 02، ص 76.

[2] القرار رقم 110 41 مؤرخ في 1986/05/05 "غير منشور" ، نقلا عن حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات، دار هومه،الجزائر،2004، ص 170–171.

المطلب الثاني

شروط محل الوقف وصيغته

يعتبر محل الوقف وكذا صيغته والجهة الموقوف عليها اركانا اساسية لقيام الوقف ، ولا تعتبر كذلك الا اذا اتسمت بالمواصفات المتطلبة قانونا والتي يمكن تبينها فيما يلي من الفروع :

الفرع الاول

شروط المـال الموقوف

اشترط القانون ان يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة ، وأوجب ان يكون المحل معلوما محددا ومشروعا ، كما ذهب الى صحة وقف المال المشاع، وفي هذه الحالة تتعين القسمة[1].

وبتحليل مضمون النصوص ذات العلاقة بموضوع محل الوقف نستخلص منها النقاط التالية :

أولا . جواز المال مطلقا محلا للوقف : تفيد المادة 11 من قانون الاوقاف 91-10 المعدل والمتمم ان المال الذي يجوز محلا للوقف يمكن ان يكون عقارا أو منقولا أو منفعة.

وتؤكد المادتان 215 و 205 من قانون الاسرة ما قررته المادة 11 السالفة الذكر حيث تنص المادة 215 من قانون الاسرة :((يشترط في الواقف والموقوف ما يشترط في الواهب و الموهوب طبقا للمادتين 204 و 205 من هذا القانون)) ، اما المادة 205 من قانون الاسرة فتنص : ((يجوز للواهب ان يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير)) ، فمصطلح العين الوارد في هذا النص يستوعب المال سواء كان منقولا أو عقارا وعلى هذا يمكن تحديد انواع المال الذي يجوز محلا للوقف فيما يلي :

[1] المادة 11 من قانون الأوقاف المعدل والمتمم

1- العقارات : وهي تشمل كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه بحيث لا يمكن نقله من دون تلف[1] ، وقد يضاف الى هذا المفهوم ما خصص من اموال منقولة لخدمة العقار أو استغلاله كالآلات والمفروشات وغيرها، فوفقا للمادة 11 من قانون الاوقاف، والمادة 205 من قانون الاسرة تكون العقارات أول ما يصلح محلا للوقف ، وبهذا فإن المشرع الجزائري كان مسايرا لما اتفق عليه فقهاء الشريعة في هذه المسألة .

2- المنقولات : وهي كل ما عدا العقارات وفقا للمادة 683 مدني جزائري ، بحيث تشمل كل ما يمكن نقله من مكان الى آخر دون تلف ، وهي تصلح محلا للوقف وفقا للمادة 11 من قانون الاوقاف والمادة 205 من قانون الاسرة، وتجدر الملاحظة هنا ان المنقول لا يشمل فقط ما كان ماديا كالكتب والادوات، بل يشمل ايضا المنقولات المعنوية كالاسم التجاري وافكار المؤلفين وبراءة الاختراع ، وهي اموال لم تكن معروفة عند نشوء التصرف الوقفي ، وتطوره ولهذا فهي مما يمكن ان تصلح محلا للوقف في وقتنا الحالي. كما يلاحظ في هذه المسالة ايضا انه وان كانت هذه المنقولات غير صالحة للبقاء بحيث يمكن تنفيذ حكم التأبيد فيها ، الا انه يمكن اعتبار ان المشرع قد ذهب الى ان التأبيد هنا قد يقصد منه التأبيد في كل عين بما يناسبها : فما يكون غير قابل للفناء عادة يكون بدوام الوقف الى ان يرث الله الارض ومن عليها ، وما يكون قابلا للفناء يكون بمقدار بقائه[2] وإما انه يقصد به ان الوقف لا ينتهي ، بل يعمل بفكرة استبدال العين عند بدء إنتهائها بغيرها بحيث يحل محلها في الوقف ، وهو الامر الذي لا نرجحه على اساس ان احكام الاستبدال في قانون الوقف تتعلق بالعقارات فقط كما سنرى لاحقا .

3- المنافع : وفقا للمادة 11 من قانون الاوقاف والمادة 205 من قانون الاسرة فإن المنافع تصلح محلا للوقف ويظهر هنا توافق المشرع الجزائري مع ما ذهب اليه المالكية والحنفية[3] .

---

[1] المادة 683 مدني جزائري.

[2] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 110-111.

[3] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 124-125.

ويلاحظ البعض ان جواز المنافع محلا للوقف يؤدي الى فكرة التأقيت في الوقف باعتبار ان المنفعة مؤقتة ، وعلى هذا يذهبون الى القول بالتناقض في احكام الوقف، والرأي الوجيه ان وقف المنافع لا يبتعد كثيرا عن وقف المنقول ، ذلك ان المنفعة اذا كانت مؤقتة وينتهي الوقف بانتهائها ، فإن التكييف الصحيح في رأينا هو ان الوقف يكون مؤبدا في المنفعة هنا بما يناسبها، فيكون الوقف مؤبدا بمقدار بقاء المنفعة [1].

ان المنافع الحديثة انواعها كثيرة ، و اذا كان حق الطريق او العبور من الحقوق التي عرفها الفقه الاسلامي و فرّع عليها ، فانه ايضا من الحقوق القابلة للتحبيس او الوقف وعلى غرار حق الطريق هناك خدمات اخرى منها : خدمات نقل الاشخاص وشحن البضائع ، والعبورالمجاني او بالرسم المخفض على الجسور والطرقات التي توضع لها رسوم عبور ، و مثل ذلك حق استعمال عين معينة لغرض معين لفترة قصيرة دورية كل سنة مثلا ، مثل استعمال ارض معينة ، او بناء معين لصلاة العيد او لصلاة الجمعة او لاجتماع سنوي لجمعية خيرية ...الخ.

ان تشجيع الوقف و الاحسان العام في المجتمع الاسلامي المعاصر يحتاج الى ان ينظم قانون الاوقاف الاسلامية وقف المنافع و الحقوق و يقننها، بحيث تحفظ الاوقاف الاسلامية في المنافع و الحقوق ، و يكون لها نفس المزايا التي تتمتع بها سائر اموال الاوقاف [2].

ثانيا . الحكم القانوني لوقف بعض الاموال الموصوفة : سنحلل في هذه المسألة حكم المال المشاع والمال المرهون على النحو التالي :

1- جواز وقف المال المشاع مطلقا: يقرر نص المادة 11 من قانون الاوقاف صحة وقف الشائع من المال، يضاف الى ذلك المادة 216 من قانون الاسرة التي تقررانه :((يجب ان يكون المال المحبس مملوكا للواقف، معينا خاليا من النزاع ولو كان مشاعا))، فالمال مهما كان نوعه متى كان موصوفا بالشيوع فإنه يجوز قانونا ان يكون محلا للوقف، غير ان هذا

---

[1] المرجع نفسه ، ص 111.

[2] منذر قحف، الوقف الإسلامي، المرجع السابق، ص114.

الجواز يرتب اثرا فوريا يتمثل في وجوب اجراء القسمة لاجل ازالة صفة الشيوع حتى يتبين بصفة واضحة الجزء الموقوف [1]، لكن ماالحكم في حالة استحالة القسمة ؟ .

ان نص المادة 216 اسرة السابقة تقرر جواز وقف المشاع مطلقا ، لكن المادة 11 من قانون الاوقاف تضيف حكما خاصا وهو ترتيب اثر القسمة في المال المشاع، فهل هذا يعني ان استحالة تحقق القسمة يجعل الوقف غير صحيح ؟.

ان النصوص السابقة لاتفيد بطلان الوقف في مثل هذه الحالة ، لان المراد في رأينا ان المال المشاع كأصل يجوز وقفه، وكل ما في الامر ان ذلك المال اذا كان يقبل القسمة فالواجب هو القسمة ، على اساس ان ذلك يحقق امكانية قبض الموقوف من جهة ، ويحقق لنا عدم الاضرار بالمال من جهة اخرى ، اما اذا كان المال الشائع لا يقبل القسمة فإن حكم الصحة يظل قائما ، غير اننا يجب ان ندقق المسألة بحسب طبيعة المال المشاع هنا وفق الحالتين التاليتين :

– حالة ما اذا كان الشيوع لا يحقق ضررا للموقوف عليهم وللوقف في نفس الوقت، ابقينا الحال على ما هو عليه.

– اما في الحالة التي لا يحقق فيها الشيوع مصلحة الوقف ولا مصلحة الموقوف عليهم فمن الضروري ان يتم الاستبدال هنا، اذا كنا بصدد عقار فيباع الجزء الموقوف ليشترى به محلا اخر يأخذ محل المال الموقوف، ولا بأس من استعمال امكانية شراء الجزء الشائع الاخر غير الموقوف.

2 . بطلان وقف المال المرهون : لم يتطرق القانون لهذه المسألة في أي نص من النصوص المتعلقة بالوقف ، ولكن يمكن ملاحظة ان طبيعة الوقف التي تجعله غير قابل للتصرف فيه يمكن ان تعطي الإنطباع بأنه لا يجوز وقف المال المرهون، على اساس ان الرهن باعتباره تأمينا عينيا يمكن ان يؤدي الى التصرف في المال الموقوف بالبيع استيفاءا للدين الذي تقرر التأمين العيني ضمانا لاجله، فيصير الرهن كأنه طريق للتملك مما يتنافى وطبيعة الوقف،

[1] المادة11 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم.

وهذا ماذهب اليه القرار الصادر عن المحكمة العليا والذي يفيد أن المال المحبس لا يمكن أن يكون محل تملك ولا دعوى تمليك[1].

ولعل ما يمكن ان نستئنس به في ما رأيناه في هذه المسالة هو ان رهن الناظر للوقف بدون إذن السلطة المكلفة بالأوقاف أو الموقوف عليهم يقع باطلا بقوة القانون[2] .

ان موقف القانون من مسألة المال الذي يجوز ان يكون وقفا تجعلنا نخلص الى ان المشرع الجزائري عمل على توسيع ما يصلح ان يكون محلا للوقف ، توسعة على الناس للاقبال على الوقف بما يملكون مما يمكن الإنتفاع به من اجل تحقيق مقاصد الوقف.

ثالثا . الأوصاف القانونية لمحل الوقف : بتفحص النصوص القانونية المتعلقة بالوقف نجد ان لمحل الوقف أوصافا يجب تحققها فيه والا وقع التصرف الوقفي تحت طائلة البطلان، ونذكر هذه الأوصاف تباعا كما يلي :

1 . المشروعية : يجد هذا الوصف اساسه في المادة 11/ف2 من قانون الاوقاف التي تنص : ((... ويجب ان يكون محل الوقف معلوما محددا ومشروعا))، ولم يرد في قانون الاسرة ما يفيد هذا الشرط أو يلمح اليه ، والمراد بهذا الوصف في رأينا هو تحقق امرين في محل الوقف هما على التوالي :

أ . ان يكون مما يجوز التعامل فيه والإنتفاع به وفقا للقواعد العامة : بحيث لا يكون مخالفا للنظام العام أو الاداب العامة[3]، فلا يجوز ان يكون محلا للوقف ما لا يجوز التعامل فيه بحسب طبيعته كالشمس والهواء والبحر، أو لان الغرض المقصود منه يتنافى مع التعامل فيه مثل اموال الدولة كالطرق العامة والجسور، أو لأن القانون يمنع التعامل فيه كالمخدرات مثلا.

1حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء العقاري، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2000، ص124.

[2] انظر المادة 21 من المرسوم 98 –381.

[3] المادة 96 من القانون المدني: " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا ".

ب . ان يكون مما يحل الإنتفاع به شرعا : وفقا للمادة 02 من قانون الاوقاف التي تجعل الشريعة الاسلامية مصدرا ماديا للقانون، فلا يجوز وقف ماهو محرم في ذاته أو ماهو ذريعة للحرام، كوقف آلات اللهو المحرم ،أو وقف كتب تناقض الشريعة الاسلامية.

ان ما يلاحظ في مسألة المال الموقوف ، ان المشرع الجزائري عمل على توسيع ما يجوز وقفه، توخيا وتوسعة على الناس للإقبال على الوقف بما يملكون مما يمكن ان ينتفع به من أجل تحقيق المقاصد السامية التي يرمى إليها الوقف، من فتح أبواب الخير ورجاء في الثواب، وبالنسبة للمال المرهون فإن القانون لم يتطرق لها صراحة لكن يمكن ملاحظة ان طبيعة الوقف التي تجعله غير قابل للتصرف فيه، يمكن ان تعطي الإنطباع بأنه لا يجوز وقف المال المرهون –على رأي جمهور الفقهاء – على أساس ان الرهن يمكن ان يكون طريقا للتملك ، مما يتنافى وطبيعة الوقف.

2 . المعلومية والتحديد : تشير المادة 11/ف2 السالفة الذكر الى فكرة تعيين المال الموقوف تعيينا ينفي عنه الجهالة ، وهذا لا يكون الا بتحقق العلم بالمال الموقوف اضافة الى تحديده ، وهو امر يتفق مع القواعد العامة في هذا الشأن[1] .

ان هذا الشرط يقتضي ان المال الموقوف اذا كان شيئا معينا بذاته فيجب ان يوصف وصفا ينفي الجهالة عنه ، كما اذا وقف شخص دارا فيجب ذكر موقعها وبيان أوصافها الاساسية ، واذا كان المال الموقوف ارضا وجب ذكر موقعها ومساحتها وحدودها ، واذا كان المال الموقوف آلة ميكانيكية وجب ان يعين نوعها وأوصافها المميزة، اما اذا كان المال الموقوف عبارة عن شيئ غير معين بذاته وجب ان يعين بجنسه ونوعه ومقداره ، ولعل ما يسهل عملية التعيين لمحل الوقف هنا هو اعتبار الرسمية ركنا في عقد الوقف، والشهر شرطا للنفاذ ، كما سنرى في موضوع الصيغة.

[1] المادة 94 من القانون المدني: " اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب ان يكون معينا بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلا ...".

3 . ملكية الواقف للمال الموقوف : تطرق قانون الاوقاف لهذه المسألة في سياق ذكر شروط الواقف في المادة 10/ف1 التي تنص: ((يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي : ان يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا...))، اما المادة 216 من قانون الاسرة فقد ورد فيها هذا الوصف في سياق ذكر شروط المال الموقوف ، حيث تنص : ((يجب ان يكون المال المحبس مملوكا للواقف ، معينا خاليا من النزاع ولو كان مشاعا)).

وايا كان سياق هذا الوصف فانه يترتب عليه مصير الوقف صحة وبطلانا ، ذلك انه لكي يصح الوقف لا بد ان يكون الواقف مالكا للمال محل التصرف الوقفي سواء كان عقارا او منقولا او منفعة حسب المادة 11 من قانون الاوقاف ، ويستدل على ذلك بسندات الملكية التي يجب ان يتأكد منها الموثقون المكلفون بتحرير العقد الرسمي للوقف وفق الاجراءات الخاصة بطبيعة كل مال ، غير انه يجوز لغير المالك ان يقوم بهذا التصرف اذا اثبت انه يملك التصرف في الرقبة بالوقف ، وذلك بالوكالة عن صاحب العين الموقوفة والوصاية منه .

ان صيغة نص المادة 10/ف1 من قانون الاوقاف توحي لنا بأن المشرع في تركيزه على فكرة الملكية المطلقة للعين الموقوفة ، يشير الى وجوب ان يكون المال الموقوف خاليا من النزاع الذي قد يؤدي الى عدم الاستقرار والفوضى في المعاملات والتصرفات القانونية لعدم استقرار المراكز القانونية للاشخاص ، لذلك كان التأكيد على ان تكون الملكية مطلقة ، وبناء على هذا الوصف القانوني تخرج صور عديدة لا يصح فيها الوقف ومنها :

– اذا اوصى شخص لآخر بدار معينة فوقفها الموصى له قبل موت الموصي ، فانه لا يصح ، حيث ان الملك في الوصية لا يثبت الا بعد وفاة الموصي[1] .

– اذا وقف الموهوب له المال الموهوب قبل ان يقبضه ، فوقفه غير صحيح ، لان الملك لا يثبت في الهبة الا بعد القبض[2].

---

[1] انظر المادة 184 من قانون الأسرة.

[2] انظر المادة 206 من قانون الأسرة.

– اذا استحق العقار الموقوف بالشفعة وقضى للشفيع بها فان الوقف يبطل ،لان المشتري وان ثبت له الملك الا انه ليس ملكا باتا لتعلق حق الشفيع به .

وفي الاخير وبخصوص مسألة الاوصاف القانونية للمال الموقوف ، فانه يلاحظ ان الاجتهاد القضائي قد استقر على تكريس جملة ما ذهبت اليه نصوص قانوني الاسرة والوقف في هذا الشأن، ومن امثلة ذلك منطوق قرار المحكمة العليا القاضي 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 الإسلامية والقانون))[1].

وايضا القرار القاضي بانه: ((من المقرر شرعا وقانونا أن يكون المال المحبس ملكا للواقف، وإلا لما جاز له أن يحبسه، وأن يكون معينا – غير مجهول– وخاليا من كل نزاع ولو كان هذا المال في الشياع.

ومن ثم فإن عقد الحبس الذي شمل مال المحبس مع مال أخيه – في قضية الحال– لا يكون باطلا إلا بالنسبة لأخ المحبس المدعو "س" لكنه صحيحا بالنسبة للمال المملوك له.

وعليه فإن قضاة المجلس لم يسببوا قراريهما – المطعون فيهما– بشكل مقبول مما يستوجب نقضهما وإحالتهما مع الأطراف على نفس المجلس))[2].

---

[1] القرار رقم 546 46 المؤرخ في 1988/11/21، م ق 1991، عدد 02، ص 60.

[2] القرار رقم 323 94 المؤرخ في 1993/09/28، م ق 1994، عدد 02، ص 76.

الفرع الثاني

شروط صيغة الوقف

تعتبر صيغة الوقف من اهم اركان التصرف الوقفي باعتبارها الإيجاب الصادر عن الواقف ، ويقتضي قيامها تحقق جملة من الشروط المتعلقة بذلك التعبير من حيث المضمون والشكل على النحو التالي :

اولا. الشروط المتعلقة بمضمون التعبير: ان صيغة الوقف باعتبارها الإيجاب الصادر عن الواقف يتم التعبير عنها وفقا للمادة 12 من قانون الاوقاف 91-10 باللفظ والكتابة أو الاشارة ، و لا يعتد باللفظ ولا بالكتابة ولا الإشارة إلا ما كان منها دالا دلالة واضحة على قصد من صدرت منه في إنشاء الوقف، وقد اشترط القانون الجزائري في الصيغة شروطا لا تخرج عن ما قرره جمهور الفقهاء ويظهر ذلك من خلال ما يلي :

1- بالنسبة لشرط التأبيد : الذي يعني ان لا تقترن الصيغة بما يفيد تأقيت الوقف[1] ، فقد سبق التأكيد على ان المشرع الجزائري يرفض التأقيت في الوقف ، ولعل نص المادة 28 من قانون الاوقاف يغني في هذا المقام حيث يقضي: ((يبطل الوقف ان كان محددا بزمن)).

2- بالنسبة لشرط التنجيز* في صيغة الوقف: فانه يمكن ملاحظة ما يلي :

- ان القانون الجزائري لم ينص صراحة على هذا الشرط.

- ان الاشارة الى هذا الشرط يمكن ملاحظتها في المادة 29 من قانون الاوقاف التي تقرر انه : ((لا يصح الوقف شرعا اذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية فاذا وقع بطل الشرط وصح الوقف)).

---

[1] فريدة زواوي ، نظرات في قانون الأوقاف ، ج1، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد الرابع ، الجزائر، 1995، ص904.

* يقصد بالتنجيز: ان تكون صيغة الوقف منجزة تترتب آثارها عليها في الحال دون إضافة إلى المستقبل، أو تعليق على شرط غير موجود وقت صدور الصيغة، محمد احمد سراج، المرجع السابق، ص 181.

ان هذا النص لايعالج بدقة مسألة التنجيز ، بحيث لم يقررحكم التعليق على شرط لا يخالف نصا شرعيا، كتعليق الوقف بحصول امر معين في المستقبل ، فهذا لا يخالف نصا شرعيا[1]، وعلى هذا فاننا نرى ضرورة تطرق القانون الى هذه المسألة التي يجب ان تتضمن في رأينا الاحكام التالية :

– عدم جواز تعليق الوقف على حصول امر معين في المستقبل، لان الاصل عدم تعليق التبرعات.

– جواز تعليق الوقف على الموت مطلقا ، وهنا يكيف الوقف على انه وصية.

– جواز تعليق الوقف على امر محقق عند صدوره ، لان هذا ما هو الا تعليق صوري ولان التعليق بالشرط الكائن تنجيز.

ان ما ذهبنا اليه في هذه المسألة له تأصيله الشرعي عند جمهور الفقهاء[2] كما له سوابقه القضائية، حيث ذهبت المحكمة العليا في احد قراراتها الى تقرير ماتوصلنا اليه في مسألة التنجيز، واعتبرت ان الوقف اذا كان غير منجز يعتبر كأن لم يكن بدليل جواز الرجوع فيه، وانه اذا كان مضافا لما بعد الموت اعتبر في حكم الوصية التي يجوز الرجوع فيها قانونا، حيث نص على انه : ((... من المقرر فقها أن الحبس إذا كان معلقا أو مضافا جاز للمحبس الواقف التراجع عنه، وان كان منجزا (أي فوري)، فلا يجوز الرجوع عنه.

ومتى ثبت أن عقد الحبس – موضوع النزاع الحالي– كان معلقا لما بعد وفاة المحبسة (م ع)، فإن تراجعها بإبطالها له بعقد توثيقي، وتصرفها ببيع العقارات بعقود رسمية كان جائزا شرعا.

---

[1] عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف و سبل استثماره في الفقه الإسلامي و القانون، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 166.

[2] راجع : القرافي ، الذخيرة ، المرجع السابق ، ص 304 – 305، المواق ، التاج و الإكليل ، المرجع السابق ،ج7 ، ص 640 – 643، محمد الشربيني ، المرجع السابق ، ص 380– 382، ابن قدامة ، المغني ،المرجع السابق ،ص190– 191، ابن الهمام ، المرجع السابق ،ص 187– 188 .

وعليه كان على قضاة الموضوع ابعاد عقد الحبس المعني ، ورفض طلب المطعون ضدها الرامي الى ابطال البيع المذكور وطرد المشترين من العقار المحبس.

ولما قضوا بغير ذلك فقد عرضوا قرارهم –المنتقد– للنقض))[1].

3– بالنسبة لشرط عدم اقتران الصيغة بشرط باطل : فاننا نرى ان المشرع الجزائري قد تطرق الى هذا الشرط وحكمه في المادة 29 من قانون الوقف السابقة، الا انه لم يوفق في الصياغة والمضمون ويظهر ذلك من خلال ما يلي:

أ– **من حيث الصياغة:** يلاحظ نفي القضية اول النص ثم اثباتها في الاخير دون مبرر حتى ان القارئ يجد نفسه مجبرا على تكرار واستنفار تركيزه لاجل الفهم، وكان يكفي ان تكون الصياغة على النحو التالي:((اذا كان الوقف معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية بطل الشرط وصح الوقف))، او((يصح الوقف شرعا ولو كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية)).

ب– من حيث المضمون: يلاحظ على مضمون النص مايلي:

– ان النص تطرق الى حكم شرط من الشروط الفاسدة* ، وهو الشرط الذي يخالف احكام الشريعة الاسلامية ، ولم يتطرق الى الشروط الفاسدة الاخرى التي تتضمن الشرط المخل بالانتفاع بالمال الموقوف ، وكذا الشرط المخل بمصلحة الموقوف عليهم ، وهو ما جعل المضمون مبتورا في هذه المسألة ، وكان الاجدر لو اضافها المشرع الجزائري .

– ان النص لم يتطرق الى مسألة الشرط الباطل المقترن بالصيغة والحكم المقرر لذلك*.

ولكن يمكن الرجوع الى نص المادة 16 من قانون الاوقاف التي تفيد صحة الوقف المقترن

---

[1] القرار رقم 230 102 المؤرخ في: 1993/07/21 ، م ق 1995، عدد 02، ص 77.

* الشروط الفاسدة هي المخالفة لمقتضى الوقف و مقصود الشارع من شرعه، أو التي حكم المشرع بحرمتها أو التي لا فائدة فيها و لا نفع لها سواء للوقف نفسه أو للموقوف عليهم، كأن يشترط الواقف أن لا يستغل الوقف أو لا يجري إصلاحه و تعميره، يوسف قاسم ، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 30.

* الشرط الباطل هو الشرط الذي ينافي لزوم الوقف و تابيده ، كأن يشترط الواقف عند إنشاء الوقف أن يكون له حق بيعه أو هبته ، وان يعود إلى ورثته بعد موته، محمد احمد سراج، المرجع السابق، ص212.

بالشرط الباطل ، حيث تنص: ((يجوز للقاضي ان يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه اذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم...)) والواضح هنا هو ان الشرط المنافي لمقتضى حكم الوقف هو الشرط الباطل .

وترتيبا على ما سبق، يلاحظ ان المشرع الجزائري ساوى بين الشرط الباطل والشرط الفاسد، وقرر بشأنهما حكم البطلان للشرط وإلغائه وصحة الوقف، وهو حكم نرى ضرورة اعادة النظر فيه ، حيث يجب التمييز بين الشرطين الباطل والفاسد ، فيقرر بطلان الوقف المقترن بشرط باطل على اساس ان هذا ما يوافق مفهوم الوقف و مقصوده من جهة، ومن جهة اخرى ان هذا ما يحقق التوافق بين النصوص القانونية وخاصة المادة 28 من قانون الاوقاف التي وردت في الفصل الخامس الخاص بمبطلات الوقف والتي تقرر بطلان الوقف اذا كان الوقف محددا بزمن، وهذا من ضمن ما يقتضيه حكم الوقف وهو اللزوم ، فالتناقض واضح بين المادة 28 و المادة 16 السابقتي الذكر.

اما الوقف المقترن بشرط فاسد فيقرر بشأنه حكم الصحة للوقف والبطلان للشرط وعلى هذا نقترح الغاء المادة 16 السابقة ، وتعديل المادة 29 على النحو التالي: ((لا يصح الوقف اذا كان مقترنا بشرط يتعارض مع مقتضاه ، اما اذا كان الشرط يخالف الشرع او يخل بالانتفاع بالموقوف، او يخل بمصلحة الوقف بطل الشرط وصح الوقف)).

4 . فيما يخص الشرط المتعلق ببيان مصرف الوقف: فان المشرع الجزائري لم يشترط ذلك اخذا برأي جمهور الفقهاء ، وقد جعل الوقف المستوفي للشروط والذي لم يحدد فيه جهة صرفه صحيحا ومرتبا لاثره ، ويكون صاحب الاستحقاق فيه هو سبل الخيرات وما له علاقة بنشرالعلم والبحث فيه طبقا للمادة 06/ف3 من قانون الاوقاف المعدل والمتمم[1].

ثانيا . الشروط المتعلقة بشكل التعبير:

1 . شكلية التصرف الوقفي : مما لا شك فيه أن الوقف باعتباره تصرفا تبرعيا ينطوي على مخاطر كثيرة بالنسبة للواقف لخروج المال الموقوف من ذمته المالية ، كما يمثل خطورة على

[1] المادة 06 /ف3 من قانون الأوقاف: " ...وقف لا يُعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف فيسمّى وقفا عاما غير محدد الجهة، ويصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سُبُلِ الخيرات".

الموقوف عليهم لصعوبة التأكد من وجودهم وخاصة إذا كانت الجهة الموقوف عليها هم طلبة العلم أو مراكز البحث العلمي أو المستشفيات ، يضاف إلى ما قد سبق إمكانية إساءة استخدام الوقف للإضرار بالغير إذا كان الوقف ذريا أو أهليا ، لمخالفة قواعد الميراث ولحرمان بعض الورثة في المستقبل ، أو تقسيم التركة بطريقة مخالفة للأنصبة المقررة.

ان الواقف الذي يرجو مرضاة ربه ويضحي بنفيس ماله لا يمكن أن يجد بأسا في الوقوف أمام الموثق ، وإذا كان مترددا فإن مثل هذا الإجراء سيكون وسيلة لحماية إرادته ومراجعة نفسه أكثر من مرة ، ويكون من واجب الموثق أن يبصره بمعنى تصرفه [1].

إن الحرص الشديد على حماية إرادة الواقف وورثته والمستحقين هي الدافع إلى تقرير شكلية معينة للوقف، فالوقف يخرج المال الموقوف من ذمة الواقف بغير عوض. وعليه ، فإن اقتضاء شكلية معينة سيكون أداة لتدبر الواقف وتمحيصا لإرادته، كما أن الشكلية مهمة جدا لورثة الواقف حتى لا يكون وسيلة لمخالفة قواعد الميراث وحرمانهم من حقوقهم في تركته، وهي فرصة لهم بالتشاور معه في شأن الوقف، وأخيرا فإنه كثيرا ما تضيع حقوق المستحقين في المال الموقوف لخفاء التصرف وعدم إمكان إثباته بعد وفاة الواقف، فقد يلجأ بعض الورثة إلى إخفاء أي دليل على الوقف أو قد تضيع الأدلة مع مرور الزمن.

ان السؤال الذي يتبادر هنا لأول وهلة هو: هل يشترط إفراغ الصيغة في شكل معين ؟ وللاجابة على هذا السؤال نرى وجوب تناول المسائل التالية :

المسألة الاولى . اثبات الوقف : تشكل مسألة اثبات الوقف اهم المسائل القانونية التي يجب ان يتنبه اليها القاضي الذي يجب عليه ان يتفحص جيدا تاريخ ابرام التصرف حتى لا يصطدم بمبدأ عدم رجعية القوانين ، وعليه يجب التفريق بين المراحل التاريخية التالية:

– مرحلة ما قبل صدور قانون التوثيق الصادر في 1970/12/15: بالنسبة للعقود المبرمة قبل دخول قانون التوثيق حيز النفاذ[1] لم يكن يشترط فيها الرسمية، بل كانت تحرر على

[1] أنور احمد الفزيع ، الحماية المدنية للوقف ، مجلة الحقوق ، العدد الأول، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1999، ص 83.

الشكل العرفي، كما يمكن أن تحرر على الشكل الرسمي وكليهما يعد مقبولا كون أن مبدأ الرضائية هو الذي كان يطبع المعاملات العقارية في تلك الحقبة الزمنية، غير أن شاكلة كبيرة من هذه العقود (عقود الحبس) كانت تحرر من قبل القاضي الشرعي وإمام المحاكم الشرعية[2].

– الفترة الممتدة بين 1970/12/15 إلى غاية 1984/06/09: وهنا تنطبق المادتين 12 و13 من قانون التوثيق، حيث لا يعتد الا بالعقد الرسمي فقط ، غير أن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا، خرجت عن قاعدة "لا اجتهاد مع صراحة النص" وخالفت نص المادة 12 من قانون التوثيق والتي تشترط الكتابة الرسمية في كل المعاملات العقارية مهما كان نوعها أو طبيعتها تحت طائلة البطلان المطلق، وذلك في القرار رقم 234655 المؤرخ في 1999/11/16، والذي جاء فيه : ((من المستقر عليه أن عقد الحبس لا يخضع للرسمية لأنه من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها شرعا.

ومتى تبين – في قضية الحال– أن عقد الحبس العرفي أقامه المحبس سنة 1973 طبقا 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))[3].

---

[1] قانون التوثيق صدر بموجب الأمر 70–91 المؤرخ في: 1970/12/15، لكنه دخل حيز النفاذ في: 1971/01/01.

[2] وقد اكدت المحكمة العليا على الصبغة الرسمية للعقود التي كانت تحرر من قبل القضاة الشرعيين في القرار رقم 40097 المؤرخ في1989/06/03 والذي جاء فيه: " من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتسبه العقود المحررة من قبل الأعوان العموميين وتعد عنوانا على صحة على ما يفرغ فيها من إنفاقات وما تنص عليه من تواريخ بحيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير أو معاكس لفحواها "، المجلة القضائية 1992، عدد 01، ص 119.

[3] مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 314.

– الفترة الممتدة بين 1984/06/09 إلى غاية 1991/04/27: حيث اصبحت تطبق المادة 217 من قانون الأسرة التي نصت على أن الوقف يثبت بما تثبت به الوصية[1]، وترتيبا على ذلك يثبت الحبس إما:

* بتصريح الواقف أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

* وفي حالة وجود مانع قاهر يثبت الحبس بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية.

– الفترة الممتدة من 04/27 /1991 إلى يومنا هذا: نصت المادة 41 من قانون الاوقاف: ((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)) ، وهذا يعني ان التصرف الوقفي لا يثبت إلا بالعقد الرسمي[2] المشهر بالمحافظة العقارية المختصة، لكن هذه المادة تثير إشكالا يتعلق بطبيعة الشكلية المطلوبة اهي ركن للانعقاد أم وسيلة للإثبات باعتبار أن المشرع لم ينص صراحة على بطلان العقود التي لم تخضع للرسمية ؟ ، وإذا كانت الرسمية وسيلة للإثبات فما قوتها إذا قارنا نص المادة41 مع نص المادة 35 من قانون الأوقاف التي جاء فيها: ((يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية)) ؟ .

هناك من ذهب إلى أن المشرع الجزائري بعدم نصه على جزاء للعقود غير الرسمية تتجه إرادته إلى اعتبارها عقودا صحيحة مستوفية لأركانها المنصوص عليها في المادة التاسعة من قانون الأوقاف، خاصة أن إبطالها يضر بالطابع الخيري لغرضها[3]، وقد أكد قرار المحكمة العليا رقم234655 السابق الإشارة إليه هذا الرأي ، غير أنه استنادا إلى جملة

---

[1] المادة 191 من قانون الأسرة: " تثبت الوصية :

– بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد ذلك.

– وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية".

[2] المادة 63 من القانون رقم 91–25 المؤرخ في: 1991/12/26 المتضمن قانون المالية لسنة 1992: " يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية، المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية، المحلات التجارية او الصناعية أو كل عنصر يكونها، التنازل عن الأسهم والحصص .."

[3] كنازة محمد، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر،2006، ص119.

من المبررات يمكن القول بأن الشكلية تكون مطلوبة كركن للانعقاد خاصة إذا تعلق الأمر بعقد وقف وارد على عقار*، وبمفهوم المخالفة فإن عقد الوقف غير الرسمي الوارد على عقار هو عقد باطل بطلانا مطلقا لانعدام أحد أركانه التي اشترطها القانون. ومن اهم تلك المبررات:

- إن القاعدة القانونية المقررة في المادة41 من قانون الأوقاف91-10هي قاعدة قانونية آمرة وفقا للمعيار اللفظي ، لأنها جاءت بصيغة الإلزام (يجب) وكل نص آمر يترتب على مخالفته البطلان المطلق[1].

- إن نظام الشهر العقاري الجزائري هو الإطار القانوني الأساسي لنظام الملكية العقارية، والمشرع الجزائري منذ صدور قانون التوثيق بموجب الأمر70-91 ومن بعده صدور قانون الشهر العقاري بموجب الأمر رقم75-74 الصادر في 1975/11/12 وما تلاه من قوانين وأوامر ومراسيم وتعليمات أكد دائما على اشتراط الرسمية والإشهار في التصرفات العقارية ، وذلك سعيا إلى تكريس وإرساء منظومة واضحة وموحدة للملكية العقارية، فكان لابد للقانون91-10 أن يأتي مؤكدا ، مواكبا ومتفقا مع السياسة التشريعية الخاصة بالملكية العقارية ، خاصة أن الوقف العام يرد في أغلبه على العقار.

- نصت المادة793 من القانون المدني : ((لا تنقل الملكية والحقوق العينية العقارية في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار)) ، ونصت المادة 324 مكرر1 من القانون المدني : ((زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار

---

* إن الوقف في بداياته كان مرتبطا بالعقار، فكانت جل الأوقاف عقارية ،غير أن مفهوم الوقف تطور إلى وقف المنقولات والمنافع وهو ما اعترف به المشرع الجزائري صراحة في نص المادة11من قانون الأوقاف مع ذلك يظهر تأثر المشرع الجزائري بالمفهوم القديم للوقف في عدة مواضع من قانون الأوقاف ما يفسر لنا اشتراط الرسمية في عقد الوقف ويثير التساؤل حول أهمية الرسمية ودورها في الوقف الوارد على المنافع بما فيها المنقولات.

[1] عبد المجيد زعلاني ، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، دار هومه،الجزائر،2007، ص25.

أو حقوق عقارية...في شكل رسمي...)) وهذا النص الأخير يتفق مع نص المادة 12 من قانون التوثيق 70-91 والتي جاء فيها: ((زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان ، تحرير العقود التي تتضمن ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد)) ، وتجدر الإشارة إلى أن المرسوم 76-63 المؤرخ في1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري نص في المادة61 منه: ((كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي)).

إن هذه النصوص جميعا تؤكد على إلزامية تحرير عقد الوقف الوارد على عقار في شكل رسمي ، ولا يقدح في هذه الحقيقة القول بأن عقد الوقف يسقط الملكية ولا ينقلها والمشرع لم ينظم مسألة إسقاط الملكية ، فالمواد 17و18 من قانون الأوقاف نصت على أن التصرف الوقفي يرتب حق انتفاع للموقوف عليه[1] ، وحق الانتفاع كما هو معروف هو حق عيني ، وإذا كان الوقف واردا على عقار يكون حق الانتفاع حقا عينيا عقاريا وبالتالي يدخل في مفهوم المواد السابقة، كما أن المادة 04 من قانون الأوقاف نصت في فقرتها الثانية: ((يثبت الوقف وفقا للإجراءات المعمول بها،مع مراعاة أحكام المادة 2 المذكورة أعلاه))، فهذه الفقرة تؤكد أن إثبات الوقف لا يجب أن يخرج عن الإجراءات المعمول بها، الامر الذي يفهم منه أنه بالنسبة للوقف الوارد على عقار يجب أن يتبع الإجراءات المعمول بها وهي الرسمية والإشهار، لذلك تكون الرسمية المطلوبة في نص المادة41 من قانون الأوقاف ركنا للانعقاد.

- نصت المادة 63 من القانون رقم91-25 المؤرخ في1991/12/16 المتضمن قانون المالية لسنة1992: ((يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية..)) ، وهو ما أكدته المذكرة الصادرة عن

[1] المادة 17 من القانون91- 10 تنص :" إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف، ويؤول حق الإنتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه" ، المادة 18من قانون91-10: "ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه،وعليه استغلالها استغلالا غير متلف للعين وحقه حق انتفاع لا ملكية" .

المفتشية العامة لوزارة العدل تحت رقم97-02 ، وكذلك القرار الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا في1997/05/23 الذي جاء فيه : ((من المقرر أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر على الشكل الرسمي))[1] وهذا يدل دون أي مجال للشك أن العقود الواردة على عقار بما فيها عقد الوقف الوارد على عقار يجب أن يحرر في شكل رسمي تحت طائلة البطلان.

- إن نصي المادة 35 والمادة 41 من قانون الأوقاف متفقان تماما ، حيث ان المادة35 في ظاهرها تأخذ بمبدأ الحرية في الإثبات ، وذلك تكريسا لأفضل حماية للأوقاف، غير أنه ينبغي أن تفهم حقيقة المادة أنها تكريس للرغبة في كشف واسترجاع جميع الأملاك الوقفية التي تعرضت للضياع ، أو تغيرت طبيعتها خاصة في الفترة الاستعمارية وبعد الاستقلال في ظل الأمر71-73 المؤرخ في1971/11/08 المتضمن الثورة الزراعية الذي أمم الأملاك الوقفية ، وكذلك في فتره الفراغ القانوني اين لم يوجد قانون خاص ينظم الوقف إلا ما ورد من نصوص قليلة في قانون الأسرة.

إن ما سبق الإشارة إليه يعطي للمادة 35 من قانون الأوقاف بعدا ودلالة تؤدي إلى الاعتقاد بأن حرية الإثبات تتعلق بالأوقاف المنشأة في ظل الأوضاع الخاصة السابق الإشارة إليها، من أجل التمكن من استرجاع جميع الأملاك الوقفية، وما يعزز ذلك هو نص المادة 38 من قانون الأوقاف الذي جاء فيه: ((تسترجع الأملاك الوقفية التي أممت في إطار أحكام الأمر71-73 المؤرخ في1971/11/02 و المتضمن الثورة الزراعية إذا ثبتت بإحدى الطرق الشرعية والقانونية)) ، والملفت للانتباه في هذا النص ورود عبارة (إذا ثبت بإحدى الطرق الشرعية والقانونية) وهي نفس العبارة الواردة في نص المادة35 من قانون الأوقاف ، بالإضافة إلى أن نص المادة40 من قانون الأوقاف لم تحدد فيه آجال لاسترجاع الأملاك الوقفية المؤممة أو التعويضات.

---

[1] إجتهاد قضائي اشار إليه حمدي باشا عمر،الملكية العقارية، دار هومه،الجزائر، طبعة منقحة ومزيدة،2007، ص129.

ان مما يجب الاشارة اليه أن الوقف كما يرد في الغالب على العقار قد يرد على منقول أو منفعة طبقا للمادة11 من قانون الأوقاف، والقانون بالنسبة للعقود الواردة على عقار لا يعتد في إثباتها إلا بالعقود الرسمية ، ولذلك يمكن اعتبار نص المادة41 الآمر هو الأصل ، ونص المادة35 إستثناء بالمفهوم السابق توضيحه، ولما كان الأمر على هذا النحو فلا يتصور بعد تاريخ صدور قانون الاوقاف91-10 في04/27/ 1991 أن ينشأ عقد وقف عرفي وارد على عقار ولا يكون البطلان المطلق جزاء له، وبهذا المعنى تكون الرسمية ركنا لانعقاد الوقف الوارد على العقار .

المسألة الثانية . القيمة القانونية للشهادة في الاثبات : تعرف الشهادة على أنها : ((إخبار شخص لإثبات حق لغيره على غيره في مجلس القضاء))[1] ، وتعتبر الشهادة من أهم وسائل إثبات أصل الوقف في الشريعة الإسلامية ، ولا يشترط فيها المعاينة ، حيث تقبل عند فقهاء الإسلام ولو بنيت على التسامع فقط، وقد أخذ المشرع الجزائري بالشهادة كوسيلة لإثبات الوقف حيث نصت المادة 08/ف05 من قانون الأوقاف أنه تعتبر من الأوقاف العامة المصونة : ((الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار)). وجاء في فتوى صادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى في1989/01/17 أنه: ((إذا ثبت بشهادة جماعة من المسلمين أو شهادة رسمية أن المحل قد بناه جماعة من المسلمين لتقام فيه الصلوات فهو لهم))[2].

وتطبيقا لأحكام المادة 08 السابقة صدر المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في:2000/10/26 المستحدث لوثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها[3]، وقد أضفى المشرع بهذا المرسوم الرسمية على شهادة الشهود ،

---

[1] مصطفى الزرقا ، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص119.

[2] وردت في القرار رقم 97512 المؤرخ في1994/01/16، المجلة القضائية، عدد02، لسنة1994، ص207.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 2000- 336 المؤرخ في: 2000/10/26 ، المستحدث لوثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها، الجريدة الرسمية عدد 64.

لتتحول من شهادة مكتوبة إلى وثيقة رسمية تخضع للتسجيل في السجل العقاري وفق الاوصاف القانونية التالية :

أ - وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي: وثيقة الإشهاد المكتوب هي وثيقة تتضمن شهادة مكتوبة يدلي بها شهود عدل،وتتضمن وجوبا حسب المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي2000-336 الذي حدد نموذجها بالملحق التابع له:

- المعلومات الخاصة بالشهود مع التوقيع.
- التصديق من قبل المصلحة المختصة بالبلدية أو أي سلطة أخرى مؤهلة قانونا.
- رقم تسجيلها بالسجل العقاري الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا.

ب - الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي: طبقا للمادة05 من المرسوم 2000 -336 تصدر مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي محل الإشهاد إذا اجتمعت أكثر من ثلاث وثائق إشهاد مكتوب لإثبات الملك الوقفي، بمعنى ان هذه الشهادة هي وثيقة تتوج بها شهادات الشهود تصدر في شكل رسمي وتخضع للإشهار، وقد حدد القرارالمؤرخ في2001/05/26 نموذج هذه الشهادة ومحتواها حيث نص في المادة 03 منه أن تتضمن وجوبا:

- عنوان الشهادة،
- المراجع القانونية المعتمدة،
- رقم وتاريخ تسجيل وثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا،
- تحديد مساحة الملك الوقفي وموقعه.

كما نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي2000-336 على خضوع الملك الوقفي محل وثيقة الإشهاد إلى التسجيل والإشهار العقاري، وهو ما يتوافق مع نص المادة 41 من قانون الأوقاف ، مما يدل على أن القيمة القانونية للشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي هي من قيمة العقد الرسمي المثبت للملك الوقفي ، وهو ما أكدته التعليمة الوزارية المشتركة رقم 09 المؤرخة في2002/09/16 الصادرة عن وزيري الشؤون الدينية والمالية

والمتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، حيث اعتبرت أن الشهادة الرسمية هي بمثابة عقد تصريحي يبرمه موظف مختص ومؤهل توافقا مع المادة324 من التقنين المدني التي تحدد مفهوم العقد الرسمي ، والمادة 26 مكرر11من قانون الأوقاف[1] ، وهذا الموظف هو مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية بصفته أعلى سلطة مكلفة بالأملاك الوقفية على المستوى المحلي، كما حددت التعليمة كيفيات إشهار الشهادة الرسمية[2].

غير أن المرسوم التنفيذي2000- 336 أشار في المادة 05 منه إلى إرفاق الشهادة الرسمية بشرط البطلان عند ظهور أدلة مضادة ، وهذا الشرط كان 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 مكرر5 من القانون المدني، لذلك فإن إغفال هذا الشرط في القرار رقم 2001/05/26 المحدد لشكل ومحتوى الشهادة الرسمية وكذلك الملحق الموضح لنموذجها يعتبر في محله .

2 . نفاذ التصرف الوقفي: ان احد الاسئلة التي تطرح نفسها في هذا الصدد هو: هل يكفي إفراغ صيغة وقف العقار في شكل رسمي ليصبح عقد الوقف نافذا ؟.

ان اكتمال أركان الوقف وتوافر جميع شروط صحته يجعل وقف العقار صحيحا لكن لا يكون نافذا إلا إذا تم تسجيل عقد الوقف وشهره لدى المحافظة العقارية :

أ. التسجيل : تبعا لنص المادة 44 من قانون الاوقاف 91-10 يجب إخضاع عقد الوقف للتسجيل حيث جاء في المادة: ((تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عملا من أعمال البر و الخير))، فقد حددت هذه المادة التسجيل

---

[1] المادة 26 مكرر11 من قانون الاوقاف : " للسلطة المكلفة بالأوقاف حق إبرام عقود في إطار أحكام المادة 08 ".

[2] حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص143.

كإجراء أساسي، ولو انه أعفى الأملاك الوقفية العامة فقط من الرسوم و الضرائب المتعلقة بهذا الإجراء.

كما ان المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المتضمن احداث وثيقة الاشهاد المكتوب تصب في نفس المنحى حيث تنص : ((يخصع الملك الوقفي محل وثيقة الاشهاد الى التسجيل والاشهار العقاري طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها))، غير ان ما يلاحظ على نص المادة 44 السالفة الذكر، انها ميزت بين الأملاك الوقفية العامة التي تعفى من رسوم التسجيل والضرائب، و بين الأملاك الوقفية الخاصة التي لا يمسها الإعفاء السابق مع ان العلة التي بنى عليها المشرع قرار الإعفاء هي نفسها في كلا الأملاك وهي : (لكونها عملا من أعمال البر و الخير) ، ولعل هذا الذي ذهب إليه المشرع دعوة صريحة إلى سلوك طريق الوقف العام والتضييق على الأوقاف الخاصة .

وترتيبا على ما سبق، فانه في وقف العقار يظهر التسجيل كإجراء جوهري لشهر عقد الوقف لدى المصالح المكلفة بالشهر العقاري حسب نص المادة 41 من قانون الاوقاف ، وأيضا حسب المادة 100 من الأمر 76-63 [1] المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، و التي تقرر رفض الإيداع لدى المحافظة العقارية إذا كان العقد الناقل للملكية غير مسجل.

ب . الشهر العقاري : يشترط لنفاذ عقد الوقف بين الواقف والموقوف عليه، وفي مواجهة الغير شهر العقد لدى المصلحة المكلفة بالإشهار العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف استنادا لنص المادة41 من قانون الأوقاف.

وعلى هذا لا يرتب الوقف هنا آثاره إلا من تاريخ الشهر وفقا للقواعد المقررة في شهرالحقوق العينية العقارية ، وتطبيقا لنصوص المواد 15و16 من الأمر 75-74 المتعلق بمسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري[2] التي تؤكد جميعها أن عقد الوقف الرسمي الذي محله عقار أو حق عيني عقاري لا بد أن يخضع للإشهار، غير أن السؤال الذي

---

1 الأمر رقم 76-63 المؤرخ في: 1976/03/25 ، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج.ر عدد 30.

[2] الأمر رقم 75-74 المؤرخ في: 1975/11/12، المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر عدد92.

يطرح نفسه فيما يخص إثبات الوقف الوارد على عقار : هل يكفي فيه عقد رسمي، أم لابد من عقد رسمي مشهر كما تنص عليه المادة 29 من قانون التوجيه العقاري والتي تتطلب لإثبات الملكية الخاصة عقد رسمي مشهر؟ .

للإجابة على هذا السؤال لا بد من التمييز بداية بين الرسمية والإشهار، ثم تحديد أهمية الإشهار في عقد الوقف الرسمي.

- **التمييز بين الرسمية والإشهار:** يعرف الإشهار العقاري بأنه نظام قانوني يتم وفقا لإجراءات محددة قانونا تضمن حق الملكية والحقوق العينية الواردة على عقار ، وجميع العمليات القانونية الواردة على العقارات[1].

وتكمن أهمية الإشهار العقاري في إعلام الغير بالوضعية القانونية للعقار، والاحتجاج عليهم ، وكذلك تقدير الثروة العقارية للأشخاص،أما أهم دور فهو ترتيب الأثر العيني الذي لا يمكن أن يترتب إلا بإتمام الشهر،فشهر التصرفات العقارية هو مصدر وجود ونشأة الحق العيني العقاري[2].

أما الرسمية فهي ركن في التصرف الذي يشترط القانون أن تكون الشكلية ركنا فيه ، وتكمن أهميتها في تنبيه الأشخاص إلى أهمية وخطورة التصرف المقدمين عليه خاصة في عقود التبرع ، وكذلك توفير سند إثبات يكون حجة على الجميع ما لم يثبت تزويره .

وتختلف الرسمية للانعقاد عن الرسمية للإثبات ، فالأولى يؤدي تخلفها إلى البطلان المطلق للتصرف ، وهو حال التصرفات الواردة على عقار أو حق عيني عقاري، أما الثانية فلا يترتب على تخلفها البطلان .

- **أهمية الإشهار في عقد الوقف:** إن خصوصية الوقف تعطي لإشهار عقد الوقف أهمية خاصة يمكن اجمالها فيما يلي :

* مواد القانون المدني الجزائري 165 مكرر،792،324 و793 والمواد 14،15،16 من

[1] حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص118.

[2] خلفوني مجيد، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، ط1، دار هومه، الجزائر، 2008، ص140.

الأمر 75– 74 السابق الإشارة إليه، وكذلك المادة 29 من قانون التوجيه العقاري[1] تؤكد على أن إثبات حق الملكية والحقوق العينية العقارية وجميع العمليات القانونية الواردة على عقار يثبتها عقد رسمي مشهر ، و طبقا لنص المادة 41 من قانون الأوقاف يشترط إلى جانب اشتراط الرسمية في عقد الوقف ضرورة إشهاره ، والمصالح المكلفة بالسجل العقاري تكون ملزمة بتقديم إثبات للواقف بهذا الإشهار ، كما تحيل نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف ، مما يدل من خلال عبارة (إثبات) الواردة في نص المادة أن المشرع يعتد في إثبات الوقف الوارد على عقار بالعقد الرسمي المشهر، والمعلوم أنه– بمناسبة الشهر العقاري في السجل العقاري للأملاك العقارية بصفة عامة والعقارية الوقفية بصفة خاصة التي شملها المسح والإيداع لدى المحافظة العقارية– يتم تسليم دفتر عقاري إلى مالك العقار طبقا لأحكام المادة 18 من المرسوم رقم 76–63 المؤرخ في1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، وبالنسبة للوقف فإن الدفتر العقاري باسم الوقف – خاصة وأن هذا الأخير قد منحه القانون شخصية معنوية– يسلم إلى الهيئة المكلفة بالأوقاف .

وعلى ضوء ما سبق ، فإن عقود الوقف التي يكون محلها عقارا أو حق عيني عقاري لا تنتج آثارها بالنسبة للغير إلا من تاريخ شهر العقد ، وعلى هذا درج الاجتهاد القضائي بتقرير ما سبق من خلال المبدأ الذي كرسه في احد قرارات المحكمة العليا بتاريخ 2011/05/12 والذي يفيد بانه : لا يطبق القانون رقم 91–10 المعدل والمتمم بأثر رجعي فيما يتعلق باعداد عقد الوقف في الشكل الرسمي والشهر بالمحافظة العقارية[2] ، وهذا يعني بمفهوم المخالفة وجوبه بعد نفاذ القانون 91–10 المعدل والمتمم باثر فوري .

* إن المشرع الجزائري أخذ بلزوم الوقف على رأي جمهور الفقهاء [3]، ولذلك لا يجوز للواقف

---

[1] المادة 29 من القانون رقم 90–25: " يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري".

[2] القرار رقم 653961 الصادر بتاريخ :2011/05/12 عن الغرفة العقارية ، مجلة المحكمة العليا، عدد01 لسنة 2012.

[3] حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص 80.

أن يرجع عن وقفه استنادا للمادة 16 من قانون الأوقاف، ومتى أبرم الواقف عقد الوقف الرسمي تتأكد إرادته في الوقف وعدم الرجوع فيه ، وهي إرادة يحميها القانون. وبالنسبة لورثة الواقف باعتبارهم من الغير، لا يمكن الاحتجاج عليهم بوقف عقار مورثهم إذا كان عقد الوقف لم يخضع للإشهار– ومن هنا تظهر قيمة الإشهار– على هذا الأساس يكفي لإثبات الوقف الوارد على عقار استثناء عقد رسمي حماية لإرادة الواقف وحقوق الموقوف عليهم ، وهذا الاستثناء يدخل في مفهوم المادة 8 من قانون الأوقاف التي تعتبر في فقرتها الخامسة أن من بين الأوقاف العامة المصونة الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية ، وما يؤكد هذا الرأي أن المذكرة رقم 389 الصـادرة في 2001/01/23 عن مديرية الأملاك الوطنية جاء فيها : ((ان حق الموقوف عليهم بالنسبة لعقار وقف وقفا خاصا هو بالتأكيد ليس حق ملكية كامل وشامل ، ولكنه حق انتفاع وبالتالي هو خاضع للإشهار العقاري ، وبالنسبة للشهادة التوثيقية بعد الوفاة المتضمنة العقارات الموقوفة وقفا خاصا يكون لها أثر تبيان هوية الموقوف عليهم كما تم تحديدهم في عقد تأسيس الوقف، كما أنها تشكل في حد ذاتها السند الرسمي المثبت لممارسة حق الانتفاع على عقار موقوف وقفا خاصا))[1]، وإذا كانت هذه المذكرة تتعلق بالوقف الخاص، فمن باب أولى في حالة الوقف العام يمكن للموقوف عليهم أو السلطة المكلفة بالأوقاف تقديم عقد الوقف الرسمي للإشهار.

إن ما سبق يؤكد على أهمية الرسمية كركن في عقد الوقف حماية لإرادة الواقف ولحقوق الموقوف عليهم ، وعلى العموم إذا كانت المادة41 من قانون الأوقاف تلزم الواقف بإشهار عقد الوقف الرسمي، فالحقيقة أن الذي يلتزم بذلك هو الموثق تطبيقا لأحكام المادة 90 من المرسوم 76–63 المتضمن تأسيس السجل العقاري التي جاء فيها: ((ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة إلى الإشهار العقاري والمحررة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال المحددة)) ، والتزام الموثق في هذه الحال هو التزام بتحقيق نتيجة يترتب عليه

[1] حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات، المرجع السابق ، ص 139–140.

مسؤولية مدنية وإدارية[1]، وبالتالي أمام تحمل الموثق لهذا الالتزام فكل عقد رسمي محرر أمامه سيخضع بالضرورة للإشهار بما في ذلك عقد الوقف .

* يعتبر الإشهار وسيلة هامة لجرد الأملاك الوقفية العامة، وعملية الجرد لا بد منها لحماية الأوقاف من الضياع والاستيلاء وكل التصرفات غير الجائزة قانونا كالبيع والهبة...الخ ، وقد نصت المادة 08 مكرر من قانون الأوقاف المعدل والمتمم على انه : ((تخضع الأملاك الوقفية لعملية جرد عام حسب الشروط و الكيفيات والأشكال القانونية والتنظيمية المعمول بها.

يحدث لدى المصالح المعنية لأملاك الدولة سجل عقاري خاص بالأملاك الوقفية وتشعر السلطة المكلفة بالأوقاف بذلك. تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم)). فهذا النص يؤكد على ضرورة إشهار الوقف الوارد على عقار من حيث أنه وارد على عقار فلا بد من تسجيله في مجموعة البطاقات العقارية من جهة ، ومن جهة ثانية التمكن من جرد الأملاك الوقفية العامة.

وبموجب المرسوم التنفيذي رقم 03-51 المؤرخ في2003/02/04 المحدد لكيفيات تطبيق أحكام المادة 08 مكرر، فان شكل ومحتوى السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية يحدد بموجب قرار مشترك[2] ، وقد صدر هذا الأخير بتاريخ 2003/11/15 ونص في المادة الثانية منه:((يأخذ السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية شكل البطاقات العقارية المنصوص عليها في القرار المؤرخ في27 جمادى الأولى لعام1369هـ الموافق لـ 27 ماي1976 والمتعلق بالبطاقات العقارية المستعملة من قبل المحافظات العقارية وتكون باللون الأزرق)).

---

[1] خلفوني مجيد، المرجع السابق، ص 65.

[2] المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 03-51 المؤرخ في: 2003/02/04 المحدد لكيفيات تطبيق أحكام المادة 08 مكرر، ج.ر عدد 08.

الفصل الثاني

الشخصية المعنوية للمؤسسة الوقفية

إن فكرة افتراض الشخصية الاعتبارية وإن كانت لم تظهر في أرض الواقع إلا في العصر الحديث ، إلا أن الممارسة العملية لها كانت موجودة في واقع الناس في شخص الدولة وبيت المال والحاكم و الوزير ، لأنها أسماء مرتبطة بمؤسسات اعتبارية ، ومواصفات الشخصية الاعتبارية التي وضعها القانون لها متوفرة فيها .

إن الحضارة الإسلامية عرفت معنى الشخصية الاعتبارية على المستوى العملي وإن غابت التسمية أو سميت بغير المسمى المعاصر ، كالذمة مثلا في الفقه الإسلامي .

لقد أثارت قضية الشخصية المعنوية للوقف بحثا ونقاشا في الفقه الإسلامي، وقد قررها قانون الوقف الجزائري نظرا لما يترتب على تكريسها من نتائج قانونية متعددة تمنح الوقف مرونة وإستقلالية تعين على تحقيق أغراض الوقف وأهدافه، وللإحاطة بهاته المسألة نتناول فكرة التشخيص القانوني للمال الوقفي(مبحث أول)، وكذا الطبيعة النظامية لارادة الواقف في المؤسسة الوقفية (مبحث ثان) على النحو التالي :

المبحث الاول

التشخيص القانوني للمال الوقفي

لقد قضى المشرع الجزائري بمنح الشخصية المعنوية للوقف ليتمتع بكل النتائج القانونية المترتبة عن ذلك ، وبالتالي يمنح الوقف مرونة وإستقلالية تعينه على تحقيق أغراضه وأهدافه، ويمكن تبين ذلك من خلال التطرق الى مفهوم الشخصية المعنوية للوقف (المطلب الاول) ، وكذا النتائج المترتبة على اكتساب الوقف الشخصية المعنوية (المطلب الثاني) على النحو التالي :

المطلب الاول

مفهوم الشخصية المعنوية للوقف

نتناول في هذا المطلب تعريف الشخصية المعنوية للوقف (الفرع الاول) وعناصر الشخصية المعنوية (الفرع الثاني) ، ثم أهمية الشخصية المعنوية للوقف (الفرع الثالث).

الفرع الاول

تعريف الشخصية المعنوية للوقف

لتحديد تعريف للشخصية المعنوية للوقف نتناول مسألة تعريف الشخصية المعنوية في كل من الفقهين الاسلامي والوضعي على النحو التالي:

اولا. تعريف الشخصية المعنوية في الفقه الإسلامي : لم يتناول فقهاء المسلمين تعريف الشخصية الاعتبارية بالمصطلح القانوني المعاصر ، و إنما عبروا عنها بلفظ " الذمة "[1] ولهذا نتناول تعريف الذمة في اللغة والاصطلاح على اعتبار أنها المعنى المقصود من الشخصية الاعتبارية ، منتهين الى تأصيل فكرة الشخصية المعنوية للوقف.

1 – تعريف الذمة في اللغة : يراد بالذمة في أصل اللغة : العهد و الكفالة[2]، نقول : فلان لا ذمة له ، أي لا عهد له.

2 – تعريف الذمة في الاصطلاح الفقهي: تعرف الذمة في الاصطلاح الفقهي بما يتضمن معنى المسؤولية ، ولهذا عرفها الإمام القرافي بأنها : ((معنى شرعي مقدر في المكلف

---

[1] راجع : د.عبد العزيز خياط، الشركات في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، منشورات وزارة الأوقاف و شؤون المقدسات الإسلامية، الأردن، ط1، 1971م، ص 213، د. عبد الله مبروك النجار، افتراض الشخصية و آثاره في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1996م، ص223.

[2] راجع : ابن منظور، لسان العرب ، المرجع السابق ،ج12، ص 24، الزمخشري ، أساس البلاغة ، المرجع السابق ، ص207.

قابل للإلتزام واللزوم))[1] ، ويترتب على ذلك ان الذمة ماهي الا وصف قدرته الشريعة في الإنسان حتى يكون قادرا على عقد العقود وتحمل نتائجها و آثارها من جانب الإلزام والإلتزام[2]، كما هي وصف متصل بالشخص نفسه لا بماله وثروته ، وتشمل الحقوق المالية وغيرها [3].

إن صفة الذمة المالية موجودة في الوقف ، فالواقف يرصد أموالا أو يوقفها على جهات يحددها هو ، ويقوم ناظر الوقف بتحقيق المقاصد و المصالح التي يريدها الواقف من وقفه .

والذمة المالية تستلزم ثبوت حقوق للوقف على غيره أو عليه ، و من أمثلة ذمية الوقف و ماليته ما ذكره ابن رشد الجد من عادة الحكام الاستلاف من غلة الوقف[4]، و ما نقله الونشريسي من استلاف الملوك من مال الأحباس[5].

3 – تأصيل فكرة الشخصية الاعتبارية لمؤسسة الوقف : إن الشخصية الاعتبارية للوقف تعني إيجاد ذمة مالية مستقلة للوقف، الأمر الذي يؤدي الى التمييز بين حقوق وواجبات الوقف، وكذلك الأمر بالنسبة لتحديد المسؤولية المدنية عن الأضرار الناتجة عن الوقف فإذا لم تكن نتيجة لإهمال الناظر فإنه يكون ممكنا مطالبة الوقف قضاء بجبر الضرر.

---

[1] شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي ، الفروق ، ج3، عالم الكتب ، بيروت ، ص231.

[2] راجع : د. نوح علي سليمان ، إبراء الذمة من حقوق العباد ، دار البشير ، عمان ، ط1، 1407هـ ،1986م ص33، داليا محمد شتا أبو سعد، الشخصية الاعتبارية للوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، 2001، ص

[3] راجع : محمد ابو زهرة، احكام التركات و المواريث ، دار الفكر العربي، دون سنة طبع،ص16، عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج1، مصادر الالتزام ، دار النشر للجامعات المصرية . القاهرة ، 1952، ص16، مصطفى كمال وظيفي، الشخصية القانونية في النظام الاسلامي، مجلة الأزهر، ج9، العدد 45،1973، ص854.

[4] د. المختار بن الطاهر التليلي ، فتاوى ابن رشد ، ج3، ط1، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، 1407هـ – 1987م ، ص 1268.

[5] احمد بن يحي الونشريسي ، المعيار المعرب و الجامع المغرب عن فتاوى علماء افريقية و الاندلس و المغرب ، خرجه مجموعة من الفقهاء بإشراف، د. محمد حجي ، ج7 ، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت . 1401هـ – 1981م ، ص 298 ،465 ، 466.

ولقد ذكر المرحوم الشيخ فرج السنهوري بمناسبة تعليقه على القانون المدني المصري الجديد الذي اعترف بالشخصية المعنوية للوقف ما نصه: ((فإنه يتضح من كثير من أحكام الفقه الإسلامي: أن الضروريات العلمية لم تغب عن فقهاء الشريعة الإسلامية لا في الوقف ولا في غيره ، وأن كون الوقف نظاما إسلاميا ليس عقبة في سبيل اعتباره شخصا معنويا، وأن ما أخذ به القانون المدني ليس فيه خروج عن روح الفقه الإسلامي)) [1].

ان من الواضح ان الوقف من إبداعات الفقه الإسلامي، ومن يتبع أحكامه يري الكثير من عمق النظر الفقهي، وقوة البصر بمشكلات الحياة ووقائع الزمن ومصالح الناس، وبعيدا عن الكلام المرسل فانه يمكن الاستدلال بمجموعة من نصوص الفقهاء التي تثبت للوقف شخصيته الاعتبارية وذمته المستقلة من خلال النقطتين التاليتين:

أ . الوقف شخصية اعتبارية له ذمة مستقلة: من مجموع الأحكام التي أثبتها الفقهاء للوقف يمكن الجزم بأن له شخصيته الاعتبارية المستقلة، مما يستتبع تمتعه بأهلية وجوب واداء في حدود ما خصص له، وكذلك يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن شخص الواقف وعن شخص الناظر بل والموقوف عليهم ، ومما يؤكد ذلك ان الرأي الراجح في الفقه الإسلامي هو لزوم الوقف باستثناء رأي الإمام أبي حنيفة[2] ، وخروجه من ملك صاحبه باستثناء مذهب المالكية، فإذا سلمنا بذلك وقلنا بخروج الوقف من ملك الواقف أو من ذمته المالية فإلي من ينتقل المال الموقوف ؟ فهل يصبح مالا مباحا ؟ أم ينتقل إلى شخص آخر؟.

إن المال الموقوف باعتباره كان محلا لحق ملكية الواقف فإنه يتمتع بخاصية مهمة يتمتع بها أي حق، وهو أنه حق دائم لا يزول وإنما ينتقل من مالك لآخر[3].

---

[1] محمد احمد فرج السنهوري، قانون الوقف (مجموعة القوانين المختارة من الفقه الإسلامي)، ج3، مطبعة مصر، القاهرة، 1949، ص 722.

[2] راجع : زكي الدين شعبان و أحمد الغندور، المرجع السابق، ص465 وما بعدها، ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج 6، ص 203.

[3] راجع : غني حسين طه، حق الملكية، مطبوعات جامعة الكويت ،1977 ، ص 52، محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، دون سنة طبع، ص 13.

وإذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية حينما أخرجوا الوقف من ملك صاحبه جعلوا له مالكا حتى لا يكون سائبا ، فقالوا إنه على ملك الله عند الصاحبين أو على ملك الموقوف عليهم عند بقية الفقهاء أو على ملك الواقف عند المالكية[1]، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يعرفوا بشكل واضح مفهوم الشخص الاعتباري، إلا أنهم وصلوا إلى النتيجة ذاتها وهو تمليك الوقف لغير الواقف حتى لا يكون المال سائبة نزولا عند حكم الآية الكريمة ((مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ وَلَكِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ وَأَكْثَرُهُمْ لَا يَعْقِلُون [2]))، وقد ذهب الإمام الرملي الشافعي إلى أن الوصية للمسجد صحيحة وإن أريد بها تمليكه لأن المسجد في منزلة شخص حر يملك[3].

ويقول الإمام الزرقاني في شرح متن خليل عند الكلام عن الموقوف عليه، يجب أن يكون أهلا للتملك حقيقة كالشخص المعين والفقراء ، أو أهلا للتملك كالقنطرة والمسجد[4].

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى تضمين الواقف أو الناظر اذا اساء التصرف في اموال الوقف ، او خالف شروطه إذا كانت هناك خيانة أو تقصير أو تفريط[5]، وقال فقهاء الحنفية بعدم انفساخ الإجارة في الوقف بموت الناظر مع أنهم يقولون بانفساخ الإجارة بموت أحد العاقدين[6].

إن هذه الأقوال قاطعة في أن فقهاء الشريعة الإسلامية يقررون انتقال ملكية الوقف إلى شخص آخر، وإن لم يطلقوا مصطلح الشخص الاعتباري على الوقف فإن حقيقة الأمر هي بالمعنى وليست بالمبنى[7] .

---

[1] زكي الدين شعبان و أحمد الغندور، المرجع السابق، ص465 وما بعدها.

[2] سورة المائدة : الآية 130.

[3] محمد طموم، الشخصية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الثانية، العدد الأول، 1978، ص148.

[4] المرجع نفسه ، ص148.

[5] مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج3، دار القلم، بدون سنة طبع، ص120.

[6] مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ،المرجع السابق ، ص 126.

[7] محمد طموم، المرجع السابق، ص 148.

وإذا كان هذا هو رأي الفقه الإسلامي في ملكية الوقف، فإن الأمر يقتضي الاعتراف له بالشخصية الاعتبارية باعتبار أن الشريعة الإسلامية هي التي تحكم الوقف، وبالتالي الاقرار بان له كيانه الخاص، فهو منفصل تمام الانفصال عن أملاك الواقف المطلقة حتى عند من يرى انه باق على ملكه ان كان حيا وعلى حكم ملكه ان كان ميتا ، حتى ان من الفقهاء من ذهب إلى انقطاع صلته به ، وأنه لا تثبت له ولاية عليه إلا بالشرط[1].

ب . المسؤولية الجنائية للوقف : ومما يعد في عرف فقهاء القانون نظرية متطورة أثارت– ولا تزال تثير– الجدل، نظرية المسئولية الجنائية للشخص المعنوي، وعلى الرغم من ذلك نجد في نصوص فقهائنا المسلمين حديثا واضحا وصريحا عن تحميل الوقف للمسئولية الجنائية، وهذا يثبت من ناحية سبقهم في طرح كثير من الأفكار التشريعية المستحدثة ، فضلا عن إمكان استنباط منحهم الشخصية الاعتبارية لجهة الوقف التي تؤهله لتحمل تبعة جنائية، نجد ذلك في بعض نصوص الحنابلة الذين قالوا: ((إذا جنى الوقف جناية توجب القصاص وجب ، سواء كانت الجناية على الموقوف عليه أو على غيره... وإن كانت الجناية موجبة للمال لم يكن تعلقها برقبته، لأنه لا يمكن بيعها، ويجب أرشها على الموقوف عليه، لأنه ملكه تعلق أرشه برقبته فكان على مالكه... وإن قلنا: الوقف لا يملك فالأرش في كسبه، لأنه تعذر تعلقه برقبته لكونها لا تباع، وبالموقوف عليه، لأنه لا يملكه، فكان في كسبه كالحر يكون في ماله... وإن كان الوقف على المساكين فينبغي الأرش في كسبه، لأنه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الأرش عليه، ولا يمكن تعلقه برقبته لتعذر بيعها، فتعين في كسبه))[2].

---

[1] فرج السنهوري، المرجع السابق، ص723–724.

[2] راجع : ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص371 ، إبراهيم علي صالح، المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية ، الخلافات في التنظير القانوني حول فكرة المسئولية الجنائية للشخص المعنوي، بدون دار و سنة طبع، ص75 وما بعدها.

ثانيا. الشخصية المعنوية في الفقه الوضعي: يقصد بالشخصية المعنوية عند فقهاء القانون كل مجموعة من الأشخاص تستهدف غرضا مشتركا، أو مجموعة من الأموال ترصد لمدة زمنية محددة لتحقيق غرض معين[1] ، مثل الشركة أو المؤسسة التي تكون لها شخصية قانونية وذمة مستقلة عن ذمم أصحابها أو الشركاء فيها ، بحيث تكون لها حقوقها والتزاماتها الخاصة بها، وتكون مسؤولياتها محدودة بأموالها فقط [2].

واستنادا إلى ما سبق، يمكن استنتاج المقصود بالشخصية المعنوية للوقف بأنها: مجموعة الأموال المحبوسة عن التملك على وجه التأبيد ، المرصدة لتحقيق غرض معين هو تمكين جهة من جهات الخير والبر من الإنتفاع بهذه الأموال إبتداء أو إنتهاء وفق إرادة الواقف المعتبرة.

الفرع الثاني

عناصر الشخصية المعنوية للوقف

يشترط القانون أركانا لإضفاء صفة الشخصية الاعتبارية على من يطلب ذلك وهي :

1- مجموعة الأموال : يشترط القانون لإضفاء الشخصية الاعتبارية أن ترصد مجموعة من الأموال لتحقيق غرض ما ، وهذا الركن متوفر في الوقف ، فالواقفون رصدوا أموالهم أو أوقفوا أموالهم من دور وأراض ، وغير ذلك من أموال منقولة و عقارات لتحقيق مقصد اجتماعي أو اقتصادي خاص أو عام [3] .

2- غرض يراد تحقيقه : لا يكون لتجمع المال و الأشخاص معنى إذا لم يكن لهم غرض يريدون تحصيله ، ولهذا يشترط أن يكون لهذا الاجتماع غرض واضح يرسمه المجتمعون

---

[1] ناصر لباد، القانون الإداري، منشورات دحلب، مطبعة قالمة ، الجزائر، ط1، 1999 ، ص48.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار و العارية،ج6 ، دار إحياء التراث العربي، بيروت1968، ص288.

[3] راجع : د. نعمت عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص36، المادتين 06 ، 08 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم.

حتى يضفي القانون معنى الشخص الاعتباري على نشاطهم ، وهذا الغرض هو أحد المرتكزات التي من أجلها ينشأ عقد الوقف ، فغرضه تحقيق مرضاة الله سبحانه أولا ، ثم رصد هذا الجهد و المال من أجل تحقيق حد الكفاية الإنسانية لأفراد الأمة ثانيا وهم مجموع الموقوف عليهم ، كطلبة العلم ، و البحث العلمي والصحة و غير ذلك من المقاصد الشرعية والمتعلقة بحفظ الكليات الخمس[1].

ومما يدل على الشخصية الاعتبارية للوقف و أن له غرضا يراد تحقيقه أنه يجوز المعاوضة فيه لرفع الضرر الواقع على جيرانه [2].

3 – اعتراف القانون بها :إن الوقف باعتباره حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على وجه من أوجه البر في الحال أو المآل، وفق اشتراطات الواقف المعتبرة، قد منحه القانون الجزائري الشخصية المعنوية وفقا لما جاءت به المادة 05 من قانون الاوقاف التي تنص : ((الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها)).

وقد عدد نص المادة 49 من القانون المدني المعدل والمتمم الشخصيات الاعتبارية وجعل منها الوقف، حيث جاء فيه : ((الأشخاص الإعتبارية هي : – الدولة ،الولاية، البلدية ؛

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري؛
- الشركات المدنية و التجارية ؛
- الجمعيات والمؤسسات ؛
- الوقف ،
- كل مجموعة من اشخاص او اموال يمنحها القانون شخصية قانونية)).

[1] راجع : د. نعمت عبد اللطيف، المرجع السابق، ص36، المادة14 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم.

[2] البرزلي ، الإعلام بنوازل الأحكام ، المرجع السابق ، لوحة رقم 107.

ووفق ذلك الاعتراف بالشخصية المعنوية يصبح الوقف متمتعا بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان الطبيعي، فله ذمة مستقلة، وله أهلية في حدود الغرض المخصص له، وله حق التقاضي، وله موطن مستقل، وله نائب يعبر عن إرادته.

ان مما يثار هنا بمناسبة الحديث عن اعتراف القانون بالشخصية المعنوية هي مسألة مدى الاعتراف بالشخصية المعنوية للوقف قبل صدور قانون الاوقاف91 – 10 ؟.

ان القانون المدني الجزائري قبل صدور قانون الاوقاف91–10 وقبل التعديل الاخير له بموجب القانون رقم 07–05[1] لم يكن يعنى عناية كبيرة بالوقف، ومن ثم لم يمنحه صراحة الشخصية الاعتبارية وما يترتب عليها من صفات كالذمة المالية وغيرها .

وإذا ما راجعنا القانون المدني الجزائري وجدنا أن المادة 49 قبل التعديل كانت تشترط توافر عنصرين لمنح الشخصية الاعتبارية، أولهما مادي أو موضوعي وهو يعني وجود جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال بقصد تحقيق غرض معين، وثانيهما شكلي وهو اعتراف القانون لهذه المجموعة بالشخصية الاعتبارية وفقا للشروط والأوضاع التي يحددها.

وإذا كان الأمر لا يثير أية مشكلة بالنسبة للعنصر المادي أو الموضوعي باعتبار أن الوقف هو مجموعة من الأموال تهدف إلى تحقيق غرض معين عادة ما يكون تحقيق البر والخير، فان المشكلة الحقيقية تكمن في العنصر الشكلي وهو الاعتراف بالشخصية المعنوية من قبل القانون وهو مالا يتوافر بشكل صريح بالنسبة للوقف في أي نص قانوني في تلك الفترة، فهل معنى ذلك هو حرمان وتجريد الوقف من شخصيته المعنوية ؟.

انه وعلى الرغم من غياب نص تشريعي يمنح الشخصية الاعتبارية للوقف في تلك الفترة فانه يمكن ان نذهب الى القول بمنح الشخصية المعنوية هنا مستندين في ذلك إلى الاعتبارات الآتيــة:

---

[1] القانون رقم 07– 05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007، يعدل و يتمم الأمر رقم 75– 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني.ج.ر.عدد 31.

الاعتبار الاول: ان الشريعة الاسلامية التي تحكم التصرف الوقفي تعترف للوقف بالشخصية المعنوية كما ذكرنا سابقا.

الاعتبار الثاني: انه إذا ما عدنا إلى أحكام القانون الوضعي وجدنا أن مفهوم الشخص الاعتباري تتجاذبه نظريات كثيرة ، ولكن ما يهمنا في هذا الصدد هو التأكيد على أن حقيقة الشخص الاعتباري هو إرادة شخص أو مجموعة أشخاص إعطاء استقلالية لنشاط معين أيا كان نوع هذا النشاط (تجاري، اجتماعي ، خيري، رياضي..الخ) لتحقيق هدف مشروع[1]، وهذه الاستقلالية تقتضيها ضرورات مادية ومحاسبية وقانونية، أما وجود ذمة مالية أو أهلية أو موطن أو اسم لهذا النشاط فهي نتيجة لشخصيته الاعتبارية، فالسؤال الذي يرد الى الذهن أولا هل يتمتع هذا النشاط بالشخصية الاعتبارية أم لا ؟ و لا يمكن الاستدلال على ذلك الا من خلال نتيجة حتمية لأي شخص اعتباري هي الذمة المالية المستقلة أو غيرها.

وإذا ما أعملنا المعيار الذي أشرنا به على الوقف وجدنا أنه جدير بأن يعطى الشخصية الاعتبارية ، باعتبار أن الوقف هو مال أو أموال تخرج من الذمة المالية لصاحبها ويراد لها أن تعطى استقلالية بحيث تتحمل الالتزامات وتكسب الحقوق ، والوقف يسعي بالتأكيد إلى تحقيق هدف مشروع .

وقد يعترض البعض بأن شرطا أساسيا لا يتوافر في الوقف وهو الاعتراف الصريح من القانون بالشخصية الاعتبارية للوقف، فنجيب على ذلك بالآتي من عدة اوجه:

الوجه الاول: إن القانون الروماني لم يعترف بالشخصية الاعتبارية إلا للدولة والمجموعات المنبثقة من الدولة[2]، ثم تم التوسع في منح الشخصية الاعتبارية في العصور الوسطى للمبرات (CHARITE) نتيجة لنشاط الكنيسة وازدياد النشاط التجاري ثم ظهور الحرف والمهن، كما أن مدونة القانون الفرنسي كانت غير متسامحة في مسألة منح الشخصية الاعتبارية خوفا من الانتقاض من شخصية السلطة العامة[3].

[1] Jean PAIUSSEAU, le droit modern de la personnalité morale, RTYD Civil,n.4,1993,N11,P317 et S.

[2] Gilles Goubeau, traite de droit civil, les personnes, LGD1989,N.11,P.19.

[3] Gilles Goubeau,op.cit ,P.19

لقد أدت هذه المخاوف إلى ظهور نظرية المجاز التي تقرر أنه لا يوجد أشخاص إلا الأشخاص الطبيعية أما الأشخاص الاعتبارية فلا يمكن أن توجد إلا بإرادة المشرع[1]، وقد وجهت انتقادات كثيرة إلى هذه النظرية لعل من أهمها إعطاء الدولة أو المشرّع سلطة واسعة في منح الشخصية الاعتبارية قد يساء استخدامها على الرغم من وجود حاجة ماسة إلى هذه الشخصية الاعتبارية[2] ، وإذا سلمنا بان الأمر يقتضى اعتراف الدولة بالشخصية الاعتبارية فمن الذي منح الشخصية الاعتبارية للدولة[3].

إن الانتقادات التي وجهت إلى نظرية المجاز أدت إلى هدم الأساس الذي تقوم عليه ، وظهور نظرية جديدة تأخذ بعين الاعتبار الواقع الاجتماعي والضرورات الفنية للأشخاص الاعتبارية ، وأطلق علي هذه النظرية اسم نظرية الحقيقة، فالشخصية الاعتبارية تمنح حتى في حالة عدم وجود اعتراف من المشرع متى ما اتجهت إرادة الفرد أو الأفراد إلى منحه استقلالية مالية ، ودرجة من التنظيم كافية للتعبير عن إرادة المؤسس أو المؤسسين لتحقيق مصالح مختلفة عن مصالحهم.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في حكمها الشهير الصادر بتاريخ 28 يناير 1945 والذي ينص على ما يلي :

" attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi, qu'elle appartient, en principe,a tout groupement pourvu d'une possibilité, d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suit, d'être juridiquement reconnus et protèges " [4].

وقد صدر هذا الحكم بمناسبة البحث عما إذا كانت لجان المشروعات التي أنشأها القانون . والتي تتكون من مجموعة أعضاء يمثلون العمال ورب العمل في كل مشروع . تتمتع

---

[1] عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة،ج1، مصادر الالتزام، جامعة الكويت، 1982، ص 551.

[2] Boris Strack, introduction au droit, litec,1991,N.1066,P 242

[3] Bernard teyssie, letic,1995, N 489, P 242.

[4] نقلا عن انور احمد الفزيع، الحماية المدنية للوقف، بحث منشور في مجلة الحقوق،جامعة الكويت،العدد الثاني، السنة الثالثة والعشرون، 1999، ص111– 117

بالشخصية الاعتبارية، ثم واصل القضاء الفرنسي هذا التوجه بمناسبة اتحاد الدائنين في مجال إجراءات الإفلاس ، ولجنة الصحة والأمن وظروف العمل وغيرها.

وفي الاتجاه ذاته قرر المجلس الدستوري في فرنسا عدم دستورية بعض نصوص القانون الصادر في عام 1971م في وضع شرط يقضي بفرض رقابة مبدئية على تأسيس جمعيات النفع العام، مؤكدا أن مثل هذا القانون يصطدم مع مبدأ أساسي في الدستور وفي حرية تأسيس الجمعيات وانه يكفي إخطار السلطات العامة لاحقا بالتأسيس[1].

وترتيبا على ما سبق ذكره ، نخلص إلى ان الاتجاه الحديث في الفقه والقضاء يذهب إلى أن الشخصية الاعتبارية ليست وليدة حتمية لإرادة المشرع ، فقد يوجد الشخص الاعتباري من دون اعتراف المشرع متى تبين من واقع الحال استقلالية الهدف الذي يسعى له واستقلالية المصالح التي يحققها.

الوجه الثاني: بالنظر الى نص المادة 49 من القانون المدني السابقة يتبين بأن صياغته ليست حصرية، فهي تقرر ثبوت الشخصية الاعتبارية لكل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يعترف لها القانون بهذه الشخصية ، ولم تقصر وسيلة اكتسابها على هذه الطريقة ، أي ان الباب ما زال مفتوحا لثبوت الشخصية الاعتبارية بغير هذه الطريقة والقول بغير ذلك يؤدي الى مغالطة لغوية كبيرة إذا أردنا احترام قواعد اللغة.

فالمادة 49 هي تقرير لمبادئ استقر عليها القضاء مدة طويلة ، ولكنها لا تمنع من الاعتراف بالشخصية الاعتبارية في الحالات التي لم يقرر المشرع منحها، يعاضد هذا التفسير تحقيق مصالح الأفراد وتيسير أمورهم ورفع العقبات والحرج عنهم، وهي من القواعد المقررة في تفسير النصوص عند عدم وضوح التفسير اللغوي.

الاعتبار الثالث: أن الاجتهاد القضائي في هذه الفترة قد اعترف للوقف بهذه الشخصية وهذا ما افاده منطوق قرار للمحكمة العليا صادر في: 1989/09/03م ، والذي اشار الى ان الطاعن اخطأ في توجيه دعواه الى الموقوف عليهم ، فهم لا يملكون الوقف ولا النظر عليه

---

[1] Consiel Constitutionnel,16 juillet,D1971,P685. نقلا عن انور الفزيع ، المرجع السابق، ص115.

الا في حدود معينة يمكن تعيينهم فيها ناظرا،حيث اقرت ان الدعوى توجه الى الوقف ممثلا في ناظره لا الى الموقوف عليهم[1] .

اذن، فالوقف مؤسسة خيرية منحها المشرع الشخصية الاعتبارية، وحدد أهدافها والشروط اللازمة لتأسيسها، مع احترام شروط الواقف التي لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، و المشرع الجزائري اعتمد فكرة الشخصية المعنوية للوقف كحيلة قانونية لفض النزاع حول الجهة التي تؤول لها ملكية المال الوقفي، وهو رأي صائب منح الوقف إستقلالا ماليا وإداريا، فأصبح مؤسسة قائمة بذاتها، ينظمها قانون خاص بها.

الفرع الثالث

أهمية الشخصية المعنوية للوقف

تكتسي الشخصية المعنوية بصفة عامة أهمية بالغة تتجلى فيما يلي[2]:

1. تسمح هذه الفكرة بتجميع شتات الجهود والأموال وتنسيقها وتوجيهها، لتحقيق هدف مشترك يعجز المجهود الفردي للإنسان على تحقيقيه لمحدودية عمره، أو لقلة موارده المادية.

2. الشخصية المعنوية هي التي تؤسس وتحقق ديمومة الدولة، فهذه الأخيرة كشخص معنوي عام أصيل، هي فكرة دائمة مستمرة مهما تغير نظامها السياسي وتعاقب الحكام فيها.

3. فكرة الشخصية المعنوية لعبت دورا دستوريا هاما، إذ بفضلها تم عزل السيادة والسلطة العامة عن أشخاص الحكام وذواتهم وإلحاقهم بالدولة كشخص معنوي، وجعل الحكام مجرد أعضاء ووكلاء يمارسون مظاهر السيادة وامتيازاتها باسم الدولة ولحسابها [3].

أما أهمية الشخصية المعنوية بالنسبة للوقف فتتمثل فيما يلي :

---

[1] قرار المحكمة العليا الصادر في: 1989/09/03م (قرار غير منشور)

[2] راجع : عمار عوابدي، القانون الإداري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، ابن عكنون، الجزائر، 1999، ص110، عمار بوضياف، الوجيز في القانون الاداري، ط2، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص143، علاء الدين عشي، مدخل للقانون الاداري، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر،2009، ص14.

[3] عمار عوابدي، المرجع السابق، ص111.

1. إن الشخصية المعنوية تضفي على العمل الوقفي طابعا مؤسسيا يتميز عن الطابع الشخصي للأفراد، فيكون بذلك الوقف أكثر قابلية للتأطير بحيث يوضح عمله في إطار منظم ، يتضمن حصرا للموارد المتاحة وكيفية تعبئتها ، والأهداف المبتغاة والوسائل المستخدمة لتحقيقها.

2. تحقق الشخصية المعنوية ديمومة الوقف، إذ باكتسابها لا تنتقل ملكية المال الوقفي لجهة معينة، وإنما يبقي الوقف قائما بذاته غير قابل للتصرف فيه بحيث يستفيد المستحقون من غلته فقط.

3. إن فكرة الشخصية المعنوية للوقف هي حيلة قانونية فعالة تمثل أنسب الحلول لمسألة ملكية أموال الوقف ، والتي كانت محل جدال فقهي على اعتبار أنه لا توجد ملكية بدون مالك.

المطلب الثاني

النتائج المترتبة عن اكتساب الوقف الشخصية المعنوية

يترتب على الإعتراف بالشخصية المعنوية لمجموعة ما نتائج عديدة أجملت في المادة 50 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي: ((يتمتع الشخص الإعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان وذلك في الحدود التي يقررها القانون يكون لها خصوصا :

- ذمة مالية.
- أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون.
- موطن، وهو المكان الذي فيه مركز إداراتها.
- الشركات التي يكون مركزها في الخارج، ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها، في نظر القانون الداخلي في الجزائر.

- حق التقاضي)).

ولا يعترف بالشخصية المعنوية لمجموعة من الأموال أو الأشخاص إلا إذا توافرت أركان ومقومات وجودها، وعليه فإن تحقق شروط الوقف واستكمال أركانه يجعله شخصا معنويا مستقلا عن شخصية المستحقين فيه، ويخوله المكنة والقدرة على التمتع بالإستقلال المالي والإستقلال الإداري.

وللاحاطة بهذه المسألة يجدر التطرق الى كل من فكرة الذمة الماليـة (الفرع الاول) وإلى النيابة في التعبير عن الإرادة (الفرع الثاني) ، وكذا حق التقاضي(الفرع الثالث) والاهلية والموطن (الفرع الرابع) على النحو التالي :

الفرع الاول

الذمـة المالـية

ان الإستقلال المالي أو ما يعرف بالذمة المالية المستقلة هي التي يقصد بها مناط الحقوق والواجبات ، فمن له ذمة يصح أن تكون له حقوقا على الغير، كما يصح أن تكون عليه حقوقا تتعلق بذمته للغير[1] ، ولهذا فإن الوقف يتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمة المستحقين لريعه، حيث تكون وعاء لحقوقه وإلتزاماته المترتبة على نشاطه، وهو ما أقره الفقهاء الذين أقروا لناظر الوقف ببعض التصرفات كالبيع و الشراء لحساب الوقف[2] و إجازتهم الاستدانة لمصلحته بشرط رضا القاضي وإذنه كما نقل عن الإمام الكمال بن الهمام الحنفي[3]، فالاستدانة وإن كانت تتم من طرف ناظر الوقف إلا أن ذمة الوقف هي التي تشغل بتسديده مستقبلا .

---

[1] حسن عبد الله أمين، الوقف الإسلامي، مجموعة بحوث إدارة وتثمير ممتلكات الأوقاف، المركز الإسلامي للبحوث والتدريب، العربية السعودية، 1997، ص127.

[2] د . نعمت عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 37.

[3] ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج6، ص 224.

كما جعلوا لناظر الوقف أن يبيع الأراضي الموقوفة ويشتري بثمنها ما تحتاج إليه هذه الأراضي من آلات وأشياء أخرى، ويكون ما يشتريه ملكا للوقف لا للمستحقين وبالتالي أصبحت جهة الوقف بائعة ومشترية[1].

ومن المسائل التي تثار في هذا الصدد؛ حالة الوقف العام الذي يكون على جهات خيرية تجتمع كلها أو بعضها تحت إشراف مؤسسة إدارية واحدة، هل يكون لكل جهة منها ذمة مالية مستقلة ، أم أنه ينظر إلى كل هذه الجهات كذمة واحدة ؟.

إن القاعدة الأساسية والمبدأ العام هو الحفاظ على خصوصية كل وقف وكل جهة وإن كانت تحت إشراف إدارة واحدة ، من أجل مراعاة أن يكون ريع الوقف لنفس الجهة التي وقف عليها الواقف، ونفس الشيء في حالة الإلتزامات والتعمير والبناء، وذلك من خلال ترتيب هذه الجهات كصناديق خاصة لها ذمتها المالية المستقلة [2] .

إن المشرع الجزائري لم ينص على هذه القاعدة صراحة، وإنما حدد في المادة 6/ف1 من قانون الوقف أيلولة مصرف الوقف الذي يكون إلى جهة معينة في العقد الوقفي دون غيرها، حيث تنص هذه الفقرة على ما يلي: ((الوقف العام ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه ويخصص ريعه في المساهمة في سبل الخيرات وهو قسمان : قسم يحدد فيه مصرف معين لريعه، فلا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير ...)).

إذن، لكل جهة خير ذمة مالية مستقلة وتعمل على أساس شخصيتها المستقلة، فلا يجوز التداخل بين حقوقها والتزاماتها، وبين حقوق والتزامات جهة أخرى، أي لا ينظر لكل الجهات كذمة واحدة يحمل بعضها عن بعض.

---

[1] حسن عبد الله أمين، الوقف الإسلامي، المرجع السابق، ص128.

[2] علي محي الدين القرة داغي، صيغ استثمار الوقف القديمة والحديثة، موضوع: نظرة تجديدية للوقف واستثماراته، مستخرج من www.awkaf.net، ص1.

ويمكن تبيان مظاهر الذمة المالية للوقف فيما يلي:

اولا . إيرادات الوقف ونفقاته : إن الوقف يتمتع بذمة مالية مستقلة، تشمل على موارد خاصة به، تتكون هذه الموارد مما يأتي[1] :

1. العائدات الناتجة عن رعاية الأملاك الوقفية وإيجارها، أي الناتجة عن إستغلالها سواء من طرف الموقوف عليهم أو المستأجرين (إستثمارها بمختلف صيغ الاستثمار).
2. الهبات والوصايا المقدمة لدعم الأوقاف.
3. أموال التبرعات الممنوحة لبناء المساجد والمشاريع الدينية.

تعتبر هذه الموارد حقوقا للوقف، وفي المقابل يتحمل إلتزامات مالية تعرف بنفقات الوقف، وهي المصاريف المشروعة لريعه أو غلته حددها الفقهاء في ثلاثة مصارف هي[2]:

- أنصبة أصحاب الإستحقاق.
- أجرة الناظر.
- نفقات رعاية المال الوقفي وإصلاحه.

والأولوية لإصلاح الملك الوقفي متى تطلب ذلك، وإذا تعذر الأمر لقلة موارد الوقف، فعلى الدولة أن تتدخل من أجل تعميره ، لأن الموقوف عليه لا يفترض فيه اليسار ونفس الشيء بالنسبة للواقف، كما أن الدولة تجني من وراء الوقف تخفيفا عن كاهلها من أعباء كثيرة إجتماعية وثقافية هي من صميم وظائفها، وترتيبا على ما سبق، فإن عمارة الأعيان الموقوفة مقدمة على الصرف إلى المستخدمين، لأنها تؤدي إلى دوام الإنتفاع بالوقف وعدم تفويت منفعة من منافعه.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فقد حدد القانون 91- 10 الإطار العام لنفقات الوقف في من حيث أن مصرف ريع الوقف يكون حسب نوع الوقف كما يلي[3]:

أ. الوقف العام: وهو قسمان:

---

[1] المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381.

[2] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص364.

[3] المادة 06 من قانون الاوقاف 91 – 10

- قسم يحدد فيه مصرف معين، فلا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير إلا إذا استنفذ.
- قسم لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف، فيصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبل الخيرات.

ب. الوقف الخاص: ويصرف ريعه على الأشخاص المعينين حتى يؤول إلى الجهة التي عينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم.

ودون الإخلال بالإطار العام المحدد لنفقات الوقف فقد خصص المرسوم التنفيذي رقم 98-381 مواضع معينة تصرف فيها إيرادات الوقف حيث تنص المادة 38 منه على أنه : ((لا يجوز صرف إيرادات الأوقاف إلا في حدود التخصيص المقرر لها ضمن أحكام هذا المرسوم مع مراعاة شروط الواقف)).

ويراد بالتخصيص المقرر لموارد الوقف ما نصت عليه المادة 32 من نفس المرسوم التي تقضي بأن نفقات الأوقاف تشمل ما يلي:

– في مجال حماية العين الموقوفة: نجد نفقات الصيانة والترميم والإصلاح، ونفقات إعادة البناء عند الاقتضاء.

– في مجال البحث ورعاية الأوقاف: ونجد فيها على سبيل المثال:

* نفقات استخراج العقود والوثائق.
* نفقات وأعباء الدراسات التقنية، والخبرات والتحقيقات التقنية ومسح الأرض.
* نفقات إنجاز المشاريع الوقفية.
* نفقات تجهيز المحلات الوقفية.
* نفقات الإعلانات الإشهارية المرتبطة باستثمار الأملاك الوقفية.
* نفقات استصلاح الأراضي الزراعية والبساتين الفلاحية، وكذا تكاليف إقتناء العتاد الفلاحي ومستلزمات الزراعة.

– في مجال المنازعات: تتمثل في نفقات أتعاب المحامين والموثقين والمحضرين القضائيين، ونفقات أخرى مرتبطة بمصاريف القضاء.

– وهناك مجال آخر يتعلق بالتعويضات المستحقة لناظر الملك الوقفي و التي تتضمن الأجرة التي يتقاضاها مقابل النظر في أمور الوقف[1]، حيث ان الحق في الأجر ينشأ من تاريخ تعيين الناظر إذا تعلق الأمر بوقف عام ، أو من تاريخ إعتماده إذا تعلق الأمر بوقف خاص.

وإذا كان الأصل أن الناظر يتحصل على أجره من موارد الوقف فقط[2]، فإن المشرع الجزائري قرر ثبوت الأجر للناظر ولو توقفت منافع الملك الوقفي الذي يشرف عليه، حيث يمنح له في هذه الحالة من غير موارد الواقف الذي يتولى نظارته، وبذلك فإن أجر الناظر في القانون الجزائري يتميز بالديمومة حتى ولو انعدم ريع الوقف الذي يعتبر مصدرا أساسيا له، وهو ما يفيد تشجيع المشرع لمتولي الأوقاف ومراعاة مصلحة الوقف من خلال زيادة انتشار الأوقاف وإحياء منافعها وغلاتها.

ويحدد مقدار هذا الأجر شهريا أو سنويا في عقد الوقف، وإذا لم ينص عليها العقد يحدده الوزير المكلف بالشؤون الدينية وهذا بعد استشارة لجنة الأوقاف، كما يكون هذا الأجر محلا لاقتطاع خاص بدفع الإشتراكات لأجهزة التأمين والضمان الإجتماعي[3].

بالإضافة إلى هذه النفقات، فإن لجنة الأوقاف مع مراعاة إرادة الواقف وشروطه مخول لها قانونا أن تحدد مجالات صرف عائدات الأملاك الوقفية العامة فيما يلي[4]:

– خدمة القرآن الكريم وعلومه وترقية مؤسساته .

– رعاية المساجد.

– الرعاية الصحية.

– رعاية الأسرة والفقراء و المحتاجين.

---

[1] المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 98–381: ((لناظر الملك الوقفي الحق في مقابل شهري أو سنوي يقدر و يحدد من ريع الملك الوقفي الذي يسيره إبتداءا من تاريخ تعيينه أو اعتماده، و يمكن عند الإقتضاء منح هذا المقابل من غير موارد الملك الوقفي الذي يتولى نظارته)).

[2] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص371.

[3] ا المادتين 19، 20 من المرسوم التنفيذي رقم 98–381.

[4] المادة 33/ف1 من المرسوم التنفيذي رقم 98–381.

– التضامن الوطني.

– التنمية العلمية وقضايا الفكر والثقافة.

ويضاف إلى ما سبق كله نفقات أخرى إستثنائية : حيث أنه يمكن –عند اللزوم – أن يحدد الوزير المكلف بالشؤون الدينية مجالات صرف إستعجالية ، يسمح فيها لناظر الشؤون الدينية في الولاية أن ينفق من إيرادات الوقف قبل إيداعها في الصندوق المركزي وفي هذه الحالة تدفع المبالغ اللازمة في حساب مؤسسة المسجد وتصرف حسب المواد: 27، 28، 29، 30 من المرسوم 98–381 في :

* جميع النفقات اللازمة لتحقيق الأهداف التي يحددها المرسوم التنفيذي رقم 91–82 الذي يتضمن إحداث مؤسسة المسجد.

* التعويضات المستحقة للعاملين في مؤسسة المسجد.

ويقدم ناظر الشؤون الدينية تقريرا عن كل عملية ينجزها إلى السلطة الوصية مصحوبا بالأوراق الثبوتية وفقا للمادة 33/ف01 من المرسوم 98–381.

ثانيا . ثبوت الذمة المالية للوقف يقتضي الاستدانة عليه وترتيب الديون : إن ثبوت الذمة المالية للوقف ناتج عن تمتعه بالشخصية المعنوية، حيث يترتب على هذه الأخيرة ذمة مالية مستقلة عن غيره ومن يسيره، وأهلية في الحدود التي يسمح بها غرض إنشائه وكذلك له حق التقاضي وموطن مستقل[1]، والذمة المالية المستقلة تمنح للواقف الحق في الاستدانة وذلك بقصد عمارته واستثماره بحيث يحقق النفع المرجو منه[*] .

وكذلك يجوز ترتيب الديون عليه من قبل الموقوف عليهم باعتبارهم يملكون حصصهم في الوقف وفقا لما حدده الواقف ، والحصة المقصودة هنا النصيب من المنفعة لا

[1] أحمد أمين حسان، فتحي عبد الهادي، موسوعة الأوقاف، ج1، منشأة المعارف، الإسكندرية،1999، ص 124.

[*] يقصد بعمارة الوقف صيانة الملك الوقفي وترميمه وإعادة بنائه عند الاقتضاء واستصلاحه إذا كان أرضا فلاحيه وزراعتها بغرس الفسيل فيها وغيره، المادة 08 من المرسوم التنفيذي 98–381.

من الوقف[1]، فيجوز لهم أن يجعلوا حقهم هذا ضمانا للدائنين ولا يسمو هذا الضمان إلى مرتبة الرهن وذلك لكي لا يترتب أي حق عيني على الوقف خوفا من اندثاره، والضمان ينصب فقط على المنفعة سواء كانت عينية أو تقع على المقابل النقدي الذي يتحصل عليه نتيجة تقسيم موارد استغلاله[2].

وكذلك للناظر أن يستدين على الوقف إذا تحققت المصلحة في ذلك وكان يحتاج إلى العمارة ، وتختلف هذه الديون باختلاف طبيعة التصرف، فالاستدانة لا تكون بغرض الاستبدال بل تكون بغرض الإنتاج والاستثمار، وقد تأخذ أشكالا عدة كعقد المرصد الذي يعمر به الوقف بواسطة البناء فوقه من قبل صاحب المرصد[3] من ماله الخاص، ويعتبر دينا في ذمة الوقف[4].

كما أنه قد يتصور في عقد الحكر الذي يعمر بواسطته الوقف بمقابل يدفعه المحتكر ويقوم بالبناء على ارض الوقف والغراس فيها من هذا المقابل ويكون دينا على الوقف[5]، وكذلك في عقد التعمير الذي بموجبه يقوم المستأجر بتعمير الوقف من ماله الخاص ، ويعتبر ذلك دينا في ذمة الواقف يكون عليه سداده[6].

ونشير هنا إلى أن الاستدانة على الوقف تكون من قبل الناظر ، وتعتبر من قبل أعمال الإدارة التي يقوم بها هذا الأخير لصالح الوقف لأجل تعميره وزيادة نموه،أما ترتيب الديون فهو تصرف يملكه الموقوف عليهم فقط وينصب على حقهم في المنفعة سواء كانت

---

[1] المادة 20 من قانون الأوقاف:" لا يجوز التنازل في الوقف العام إلا لجهة من نوع جهة الخير الموقوف عليها...".

[2] عمر بوحلاسة ، عقد الوقف في القانون الجزائري، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 09 ، جانفي 2000 ، ص 43 .

[3] د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ، ج6، ص 228.

[4] المادة 26 مكرر 05 من قانون الاوقاف: "

[5] راجع : سليمان مرقس، عقد الإيجار، مؤسسة روز اليوسف، مصر ، 1985 ، ص912 ، عبد العزيز الدوري، مستقبل الوقف في الوطن العربي، المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، السنة 24 ، ديسمبر 2001، العدد 274، ص 129 .

[6] المادة 26 مكرر 07 : ويعتبر عقد التعمير والترميم وسيلة لاعمار الوقف وذلك بتأجيره بأجرة معجلة تعمر بها عين الوقف ويخصم من مبلغ الإيجار مسبقا.

عينا أو نقدا ، ولا يتصور هذا إلا في الوقف الخاص أو الوقف العام المحدد الجهة والممثلة في شخص معنوي* ، على أنه في كلتا الحالتين يلتزم الوقف بتسديد الدين من غلته وهذا ما يستدعي الاعتراف له بالشخصية المعنوية، الامر الذي يعطيه الحق في القيام بجميع التصرفات بما فيها حق التملك كما يستطيع البيع والشراء والإيجار وكذلك الاستدانة.

الفرع الثاني

نائب يعبرعن إرادته

هذه النتيجة يقتضي تناولها والاحاطة بها معالجة المسألتين التاليتين :

اولا . نيابة الناظر عن الوقف : إن اشتراط وجود نائب يعبر عن إرادة الشخص الاعتباري امر لا يعدمه الوقف وهو الناظرهنا ، فهو المعبر عن إرادته و المسؤول عن رعايته و تنميته وإبرام العقود النافعة باسمه ، وهذا ما نص عليه الفقهاء في كتبهم الفقهية ، ومن أمثلة ذلك ما ذكره ابن شاس الفقيه المالكي :((أن تولية أمر الوقف والنظر في مصالحه إلى من شرط الواقف ؛ فإن لم يولّ ولاّه الحاكم ، و يتول هو بنفسه)) [1].

إن كلام ابن شاس يعزز مذهب الفقهاء كابن الهمام و النووي وغيرهما[2] اشتراط ناظر للوقف يشرف على تسييره و تنميته، أو بتعبير أخر يعبر عن إرادته .

---

* كالجمعيات مثلا، فتعتبر أموالها الموقوفة عليها، محل تصرف لها تستطيع التنازل عليها في حين إذا كانت على جهة عامة كعابر السبيل فلا يمكن تصور التنازل مسبقا في المنفعة.

[1] ابن شاس ، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، تحقيق: محمد أبو الأجفان و مجموعة من الأساتذة ، ج3 ، ط1 ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، 1405 هـ – 1995م ، ص 50، د. عبد الله مبروك النجار ، المرجع السابق ، ص224.

[2] راجع :ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج6، ص 223، النووي، المجموع، المرجع السابق، ج16، ص329.

إن الوقف شخص معنوي له وجود شرعي يباح له التعامل مع الناس بواسطة ممثله الشرعي، فهو بحاجة إلى من يقوم بحفظه وإدارة شؤونه ويتولى صرف ريعه إلى المستحقين ، ولذلك كان من الضروري أن تكون هناك ولاية على الوقف، هذه الأخيرة نظمها المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 1998/12/01، المتعلق بتحديد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، ومن تثبت له الولاية يسمى الناظر أو القيم أو المتولي.

وعرف المشرع الجزائري اعمال النظارة او الولاية بالقول[1] : ((يقصد بنظارة الوقف في صلب هذا النص ما يأتي:

أ-التسيير المباشر للملك الوقفي، ب- رعايته ، ج- عمارته ، د- إستغلاله ، هـ- حفظه و- حمايته)).

أما الناظر فاشترط القانون أن تتوفر فيه شروط معينة[2] وهي: الإسلام، الرشد وسلامة العقل والبدن، العدل، الأمانة، وأن يكون من بين الأشخاص المذكورين في نص المادة 16 من نفس المرسوم كما يلي :

- الواقف، أو من نص عليه عقد الوقف.
- الموقوف عليهم، أو من يختارونه إذا كانوا معينين، محصورين راشدين.
- ولي الموقوف عليهم،إذا كانوا معينين، محصورين غير راشدين.
- كل شخص من أهل الخير والصلاح لم يطلب النظارة لنفسه، إذا كان الموقوف عليه غير معين أو معينا غير محصور وغير راشد ولا ولي له.

من تحليل هذه المادة ، نلاحظ أنها تطرقت لكل الإحتمالات التي يمكن أن تكون عليها ولاية الوقف وأن الترتيب المعتمد كان مقصودا وهو إلزامي، حيث لا يمكن الإنتقال من شخص مقصود بالولاية إلى آخر إلا لتحقق مانع في الأول.

---

[1] المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381.

[2] المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 .

غير أن المادة 16 السابقة الذكر لم تقيد ولاية الواقف على وقفه بشروط معينة حتى لا يتصرف فيه لنفسه، ولم تشر إلى من تؤول الولاية إليه في حالة تعذر إيجاد شخص من أهل الخير والصلاح بالنسبة للفقرة الرابعة من نفس المادة.

هذا وسواء كان الوقف عاما أو خاصا فإنه على الناظر القيام بكل ما يؤدي إلى حفظ الوقف وعمارته، ويقصد بهذا الأخيرة صيانة الملك الوقفي وترميمه وإعادة بنائه عند الإقتضاء، وكذا إستصلاح الأراضي الوقفية وزراعتها بغرس الفسيل وغيره[1] ، وكذلك على الناظر استغلال الملك الوقفي وتحصيل الغلة من أجرة أو زرع وقسمتها بين المستحقين والمخاصمة فيه، كما يجب عليه الإجتهاد في تنمية محل الوقف وصرفه في جهاته، مع مراعاة شرط الواقف إذا لم يكن مخالفا للشريعة الإسلامية.

ولقد حددت المادة 13 من المرسوم التنفيذي مهام ناظر الوقف كما يلي:

1- السهر على العين الموقوفة: ويكون بذلك وكيلا على الموقوف عليهم وضامنا لكل تقصير، بمعنى أن ناظر الوقف يكون أمينا على ما تحت يده من أموال الوقف، سواء كانت عين الوقف أو ريعها وما للمستحقين فيها، وناظر الوقف في هذه الحالة لا يكون وكيلا على الوقف ولا السلطة المكلفة بالأوقاف، بل يكون وكيلا على الموقوف عليهم المستحقين، على أساس أنه يقام للنظر في مصالحهم ، لكن إذا كانت توليته بشرط الواقف هل يكون وكيلا عن الواقف أم وكيلا عن الموقوف عليهم ؟.

وفقا للمادة 14 من قانون الاوقاف فإن تنظيم الوقف لا يكون إلا وفقا لاشتراطات الواقف المعتبرة غير المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية[2]، وعليه فإنه يمكن أن يكون الناظر وكيلا عن الواقف ، وهي حالة من الضروري إدراجها في المرسوم التنفيذي رقم98-381 ، كذلك إذا تعلق الأمر بموقوف عليهم غير معينين وغير محصورين أو معينين غير محصورين فإن ناظر الوقف لا يكون وكيلا على غير معين، وإنما لا يخرج مركزه على أحد الأمرين:

---

[1] المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381.

[2] المادة 14 من قانون الاوقاف 91-10

الامر الاول: أن يكون وكيلا على الواقف إذا عينه بشرطه.

الامر الثاني: أن يكون وكيلا على السلطة المكلفة بالأوقاف إذا عينته.

هذا ويمكن مساءلة الناظرعن أي تقصير في أداء مهامه المنوطة به، وتكون المساءلة من الموقوف عليهم في إطار نص المادة 13/ف1 من قانون الاوقاف : ((... ضمانا 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 الإقتضاء، ويدفع الناظر قيمة هذه الأعمال من غلة الوقف، لكن في حالة ما إذا عجزت هذه الأخيرة عن تغطية نفقات الصيانة والترميم هل يجوز الإستدانة من الغير للقيام بها ؟.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى حكم هذه الحالة، واختلف الفقهاء في ذلك على النحو التالي[1] :

- يرى المالكية صحة الإستدانة على الوقف، باعتبار هذا الأخير أهلا للتملك حكما.

- يذهب الشافعية إلى صحة الإستدانة، و يشترطون في الراجح من أقوالهم إذن القاضي بذلك.

- أما الحنفية فاشترطوا لصحة الإستدانة إذن القاضي، على أن يتعلق الحق فيها بذمة متوليه أو ناظره ولهذا الأخير حق الرجوع على الوقف بما أنفقه، وسبب هذه الشروط هو موقف الحنفية من موضوع الذمة المالية للوقف.

6- السهر على حماية الملك الوقفي والأراضي الفلاحية الوقفية، واستصلاحها وزراعتها وفقا لإرادة الواقف وطبقا لمقاصد الشريعة الإسلامية.

[1] حسن عبد الله أمين، الوقف الاسلامي ، المرجع السابق، ص126.

7- تحصيل عائدات الملك الوقفي، أو ما يعرف بالموارد الناتجة عن استثمار مجمل الأملاك الوقفية على المستوى الوطني، ويسهر ناظر الشؤون الدينية في الولاية لصب هذه العائدات والأموال في الصندوق المركزي.

أما الآمر بالصرف الرئيسي للمال الوقفي فهو وزير الشؤون الدينية الذي له صلاحية تفويض إمضائه إما إلى[1]:

- رئيس لجنة الأوقاف المركزية ليصبح آمرا بالصرف ثانويا.
- رؤساء مكاتب مؤسسة المسجد وأمناء مجالس سبل الخيرات في الولايات كآمرين ثانويين بالصرف .

8- السهر على أداء حقوق الموقوف عليهم، مع مراعاة شروط الواقف بعد خصم نفقات المحافظة على الملك الوقفي وحمايته وخدمته.

ثانيا . سقوط النيابة عن الناظر: إن قيام الناظر بالمهام المنوطة به عمل يستحق عليه أجرا مقتطعا من ريع الوقف، غير أن تقصيره في أداء مهامه قد يدفع وزير الشؤون الدينية والأوقاف إلى اتخاذ إجراءات ضده قصد محاسبته عن إهماله، وتتم محاسبة الناظر بتحقق نوعين من الحالات هما [2]:

1 - حالات الإعفاء: وهي حالات تتعلق في عمومها بنقص في الشروط المعتبرة للنظارة تتمثل فيما يلي :

أ. إذا مرض الناظر مرضا أفقده القدرة على مباشرة العمل، أو أفقده قدرته العقلية ويترتب على هذه الحالة بطلان تصرفاته.

ب. إذا ثبت نقص كفاءته.

ج. إذا بلغ السلطة السلمية كتابيا برغبته في الاستقالة عند مغادرته.

د. إذا ثبت فسقه، بتعاطيه أي مسكر أو مخدر أو لعب الميسر.

---

[1] المواد 35، 36، 37 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381.

[2] المادة21 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381.

هـ. إذا ثبت أنه رهن الملك الوقفي كله أو جزءا منه، أو أنه باع مستغلات الوقف دون إذن من السلطة المكلفة بالأوقاف أو الموقوف عليهم، و في هذه الحالة فإن كلا من الرهن والبيع يقعان تحت طائلة البطلان بقوة القانون، ويتحمل هنا الناظر تبعات ذلك التصرف.

و. إذا ادعى ملكية خاصة في جزء من الملك الوقفي، أو خان الثقة الموضوعة فيه أو أهمل شؤون الوقف.

2 – حالات الإسقاط : و هي تتعلق بما لا يدع الشك في أن الوقف أصبح معرضا للخطر وهذه الحالات هي :

أ. إذا ثبت أن الناظر أصبح يضر بشؤون الملك الوقفي، وبمصلحة الموقوف عليهم.

ب. إذا تبين أن ناظر الوقف يلحق ضررا بمستقبل الملك الوقفي أو موارده.

ج. إذا ارتكب جناية أو جنحة.

إن إثبات الحالات السابقة لا يكون إلا بواسطة التحقيق أو المعاينة الميدانية والشهادة و الخبرة و الإقرار، و هذه الحالات يجب أن تثبت تحت إشراف لجنة الأوقاف[1] .

إن ما يسجل على نص المادة 21 من المرسوم التنفيذي98–381 ملاحظتين هامتين :

الملاحظة الأولى: أن المشرع الجزائري جعل قرار العزل بيد وزير الشؤون الدينية والأوقاف على أساس أنه يمثل السلطة المكلفة بالأوقاف التي كان التعيين أو الإعتماد من قبلها ، غير أنه إذا لم يعتمد، فإن محاسبته وعزله يكون من طرف الموقوف عليهم إعمالا لحقهم الأصيل.

الملاحظة الثانية: إن المشرع أغفل حق الواقف إن كان حيا في عزل الناظر إذا شرط ذلك في وقفه وكان سبب العزل مبررا ومقبولا، ذلك أن اشتراطات الواقف قي الأصل معتبرة ما لم تخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

[1] المادة21/ف الاخيرة من المرسوم التنفيذي رقم 98–381.

الفرع الثالث

حـق التقـاضي

اولا . تقرير حق الوقف في التقاضي: يعطي القانون للشخص الاعتباري حق التقاضي أي الحق في رفع الدعاوى القضائية ضد شخص حقيقي أو طبيعي، كما يحق لغيره أن يرفع دعوى ضده ، ذلك ان حق التقاضي صفة أقرها الفقهاء للوقف كحالة إثبات الوقف و تغريم المتعدي عليه وغيرذلك من الخصومات القضائية .

ومما يدل على أن فقهاء الإسلام نظروا إلى الوقف في حق التقاضي مثلما نظروا للشخص الحقيقي ما نقله الونشريسي في مسألة النزاع في الوقف المشاع[1] بأن يرفع حكمه إلى القضاء ، ومسألة تفريط مستغل الحبس حتى تهدم[2] ، ومسألة من غرس أرض الحبس تعديا فعليه الكراء ، ثم يؤمر بالتخلية عنها بعد تأديبه[3]، و كذلك ما نقله شيخ الإسلام ابن تيمية أنه : ((إن حصل ضرر من الشيئ الموقوف عوض بما لا ضرر فيه على جيرانه و يعود الأول ملكا))[4]، ويعزز ذلك ما ذهب اليه البرزلي في نوازله من خلال التطرق الى مسألة القضاء بالحبس ، و مسألة التعدي على الحبس[5] .

إن ما سبق من الأمثلة المذكورة تدل على حق الوقف أن يقاضي أو يقاضى وأنه شخص معنوي ، له وجود شرعي يبيح له التعامل مع الناس ، مباشرة بواسطة ممثله الشرعي وهو المتولي[6]، وهو بذلك الاعتباره يعد مستقلا عن شخصية الواقف ومتوليه والموقوف

---

[1] الونشريسي ، المعيار ، المرجع السابق ، ج 8، ص 53.

[2] راجع : الونشريسي، المعيار،المرجع السابق،ج 7،ص 89، د. عبد الله مبروك النجار،المرجع السابق، ص77.

[3] الونشريسي ، المعيار ، المرجع السابق ، ج 7، ص 150.

[4] احمد ابن تيمية ،الفتاوى الكبرى ،تقديم: حسين معلوف،ج 4،دار المعرفة ، بيروت،بدون سنة نشر، ص 514.

[5] البرزلي ، الإعلام بنوازل الأحكام ، المرجع السابق ، ج2، ص 103 .

[6] زهدي يكن ، أحكام الوقف ، المرجع السابق ، ص 25.

عليهم ، حيث أن الخصومات التي ترفع من الوقف أو عليه لا تكون إلا من وضد متولي الوقف، بدون ضرورة لإدخال المستحقين فيها [1].

إضافة إلى ما قررته المادة 13 من المرسوم التنفيذي 98-381 بشأن مهام الناظر فإن هذا الأخير يختص قانونا بتمثيل الوقف كشخص معنوي في النزاعات القضائية التي يكون طرفا فيها، حيث يعتبر الناظر خصما سواء في الدعاوى المرفوعة من الوقف نفسه أو المرفوعة ضده، على أساس أنه لا يجوز أن يكون المستحق مدعيا أو مدعى عليه حتى ولو إنحصر الإستحقاق فيه، إلا في حالة أن يكون ناظرا على الوقف، فيكون بذلك خصما بصفته ناظرا لا مستحقا .

ثانيا . نحو إعمال تعضيد النيابة العامة لحق الوقف في التقاضي : لقد أوجب المشرع الجزائري في التعديل الوارد على قانون الأسرة رقم 84-11 بموجب الأمر رقم 05-02[2] أن تكون النيابة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة [3] ومن بينها المسائل المتعلقة بالوقف*، واستند المشرع الجزائري إلى عدة اعتبارات تتعلق بالنيابة العامة كونها تدعي باسم الحق العام ، وتقوم بحماية الصالح العام و النظام العام فهي حامية الحقوق و الحريات خاصة في مسائل الأسرة.

إن تحريك الدعوى يترتب عليه رفع الدعوى سواء رفعت من طرف النيابة أو من أطراف أخرى ، و به تنشأ الرابطة الإجرائية بين أطراف الخصومة.

---

[1] راجع : زهدي يكن ، أحكام الوقف ، المرجع السابق ، ص 26 – 27، د. حسن عبد الله الأمين، الوقف في الفقه الإسلامي، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ط2 ، جدة، 1415هـ، 1994م، ص 127، د. عبد الله مبروك النجار ، المرجع السابق ، ص 77.

[2] الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 ، ج.ر عدد 15.

[3] المادة 03 مكرر من قانون الأسرة :" تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون" .

* الواردة بالكتاب الرابع من قانون الاسرة بعنوان: التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف) المواد من 184 إلى 224، وربما ينصرف الامر هنا الى الاوقاف الخاصة بعد الغاء الاحكام التي تنظمها من قانون الاوقاف المعدل والمتمم، وبالنظر الى قواعد الاختصاص في هذا الشأن، حيث عمليا لا تعرض قضايا الاوقاف على قسم شؤون الاسرة مما يجعل امر تطبيق هذه المادة يثير اشكالا عمليا.

ان الإدعاء يدخل من صميم أعمال النيابة إذ لها الحرية التامة في إبداء طلباتها ولها الحق في رفع أي دعوى متعلقة بالأسرة إذا ما رأت أن فيه انتهاكا للقانون و للمصلحة العامة، إذ بالإضافة إلى دورها الهام في المجال الجزائي منح لها المشرع في مسائل الأسرة مركزا أصليا في تلك القضايا (المادة 3 مكرر من قانون الأسرة) كطرف أصلي بصفة مدعي أو مدعى عليه أو متدخل أو مدخلا ، وتكون لها في هذه الحالة جميع الحقوق و الضمانات التي أقرها المشرع لسائر الخصوم .

ان السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: ما الغاية من اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في قضايا الاسرة ومن بينها المسائل المتعلقة بالوقف ؟.

إن المشرع عندما يضع قاعدة قانونية إنما يهدف من خلالها إلى تحقيق غاية معينة، و على رجل القانون أن يعمل على الكشف على هذه الغاية، إذ أن علة كل نص تدور وجودا وعدما من الغاية التي يريد المشرع تحقيقها[1]، و المشرع عندما نص على اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في مسائل الأسرة فإنه مما لا ريب فيه يسعى إلى تحقيق غاية معينة.

والحقيقة أنه لا ينبغي أن يفهم اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا أن تنضم في الخصومة إلى أحد الخصوم ، فهي لا تنضم لا إلى المدعي أو المدعى عليه في طلباتهم أو دفوعهم بل هي تتمسك بتطبيق القانون فحسب، و قد يكون موقف النيابة العامة في غير مصلحة أطراف الخصوم فهي ممثلة للمصلحة العامة[2]، فالهدف الذي يسعى المشرع إلى تحقيقه من القاعدة أو النص القانوني الذي أوجب أن تكون النيابة طرفا أصليا في مسائل الأسرة هو تحقيق المصلحة العامة، حيث أن الغاية من اتصال النيابة بالمسائل المتعلقة

---

[1] راجع: عمر زودة ، دور النيابة العامة في الدعوى المدنية ،المجلة القضائية (مجلة تصدر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا)، العدد الثالث ، سنة 1991 ،ص 276 ، كرغلي مقداد، دور النيابة في المادة المدنية ، نشرة القضاة ، عدد خاص، 1982 ، وزارة العدل ، ص 101–102، العربي بلحاج ، دور النيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية في القانون القضائي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، رقم1 ، لسنة 1993 ،ص 142.

[2] عمر زودة ،المرجع السابق ، ص 77.

بالأسرة كطرف أصلي ليس هو إجراء مقرر لغاية كامنة في حد ذاته و إنما لغاية أخرى، وهو اعتبارها ممثلة للحق العام و المصلحة العليا[1] ، و هو ما يؤدي إلى إرسال القضية إليها بواسطة كتابة الضبط التي يمكنها من إبداء طلباتها و التماساتها و دفوعها و الغالب في الحياة العملية أنها تلتمس تطبيق القانون.

لقد كان دور النيابة العامة في الدعاوى محل جدل فقهي ، حيث انتقده البعض على أساس أن وجود النيابة العامة إلى جانب القاضي الذي ينظر القضية يعني عدم الثقة في القضاء ، إضافة إلى أنه للدولة كما لباقي الأفراد نوابهم الذين يمثلونهم في الدعوى و وجودها إلى جانب أحد الخصوم يخل بمبدأ المساواة في الدعوى ، كما قيل أن وجود النيابة العامة في الخصومة المتعلقة بالأسرة وسيلة في يد السلطة التنفيذية للتدخل في شؤون القضاء.

وقد رد البعض على هذه الانتقادات بقولهم أنه إذا كانت مصالح المجتمع يمكن صيانتها بواسطة القاضي، إلا أنه يوجد مبدأ في الخصومة يحول دون قيامه بهذا الدور فالخصومة لا تبدأ إلا بطلب ، ولهذا فإن القاضي لا يمكنه القيام بشيئ بدونه ، و من ناحية أخرى لا يتصور أن يقوم القاضي من تلقاء نفسه بإعادة النظر في حكم مخالف للقانون بغير طعن فيه ، و لا يمكن القول بترك الأمر إلى أصحاب الرابطة الموضوعية و ذلك أنه توجد روابط رغم أنها من القانون الخاص تفوق المصلحة العامة في تطبيق القانون عليها المصلحة العادية[2].

وبالتالي فإن أساس اعتبار النيابة طرفا أصليا في مسائل الأسرة مرتبط بفكرة النظام العام في المجتمع ، فهو أساس قيامها بهذا الدور، فالنيابة إنما تهدف إلى تحقيق

---

[1] المرجع نفسه ، ص 77.

[2] فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة ، 1993، ص73.

الدفاع الاجتماعي بحماية القانون و الشرعية ، ومهمتها الوصول إلى الحقيقة و حسن سير العدالة ، وتطبيقا لذلك قيل أن النيابة العامة لا تكسب و لا تخسر الدعوى[1].

ثالثا. الاختصاص القضائي في مادة الوقف : إن المقصود بالاختصاص القضائي في مادة الوقف هو نصيب كل جهة من الجهات القضائية (جهاز القضاء بمختلف درجاته و هياكله) من هذه المنازعات عند طرحها على القضاء نوعيا و محليا، و قبل التفصيل في ذلك ، فانه يجدر بنا أولا معرفة طبيعة النظام القضائي الجزائري ، والتي تتحدد على حسب طبيعة المنازعات التي تطرح أمام مرفق القضاء الذي يكون بدوره مختصا بالنظر في القضايا التي تدخل في ولايته دون سواها من القضايا التي تخرج منها والتي لا تعتبر في فقه القانون عملا قضائيا بمفهوم المنازعة القضائية .

في السابق ، وقبل صدور دستور 28 نوفمبر 1996، كانت الجزائر تعمل قضائيا بالنظام القضائي الموحد، وبصدوره تبنت الجزائر على غرار العديد من الدول النظام القضائي المزدوج العادي والإداري، هذا الأخير الذي يقوم على أساس الفصل في المنازعات المنصبة و المتعلقة بالمادة الإدارية التي تكون الدولة أو إحدى فروعها طرفا فيها، بينما يتولى القضاء العادي– كمبدأ عام– الفصل في المنازعات العامة التي تخرج عن ولاية القضاء الإداري[2].

وتكون المحكمة العليا على رأس القضاء العادي، ومجلس الدولة على رأس القضاء الإداري[3]، و كلتا الهيئتين تعملان على ضمان احترام القانون وتوحيد الاجتهاد القضائي للمجالس القضائية عبر كافة التراب الوطني ، و تدعيما لذلك ، فقد نص المشرع

---

[1] عمر زودة ،المرجع السابق ، ص78.

[2]المادة 7 ق إ م المعدلة بموجب المادتين 800 و 801 من القانون رقم 08–09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر 37.

[3]القانون العضوي 98–01 المؤرخ في 1998/05/30 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله متبوع بالعديد من المراسيم التنفيذية و الرئاسية ، الجريدة الرسمية العدد37 ، لسنة 1998.

[3] القانون العضوي رقم 98–03 المؤرخ في 1998/06/03 المتعلق باختصاصات محكمة التنازع، ج.ر عدد 37.

على إنشاء هيئة عليا تتمثل في محكمة التنازع[1]، والتي تتولى الفصل في تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا و مجلس الدولة ، و بالنسبة لمسألة عمل واختصاصات الهيئات الثلاث فهي محددة عن طريق قوانين عضوية .

بعد هذا العرض الموجز عن طبيعة النظام القضائي الجزائري ، نتساءل عن الجهة القضائية التي يؤول إليها الاختصاص عند حدوث نزاع يكون موضوعه الوقف وللوقوف على هذه المسألة، يتعين تناول موضوعي الاختصاص النوعي و الاختصاص المحلي على النحو التالي:

1. الاختصاص النوعي في مادة الوقف : يبحث الاختصاص النوعي في مستويين: احدهما عمودي والاخرأفقي، و نعني بالمستوى العمودي تقسيم الاختصاص فيما بين الجهات القضائية بمختلف درجاتها و المتمثلة في المحاكم، والمجالس القضائية والمحكمة العليا – بالنسبة للقضاء العادي– ، والمحاكم الإدارية* ومجلس الدولة – بالنسبة للقضاء الإداري– وذلك من حيث تسلسلها كدرجة أولى أو جهة استئناف كدرجة ثانية أو جهة طعن بالنقض كجهة عليا مراقبة للأحكام و القرارات القضائية .

أما المستوى الأفقي، فنقصد به تقسيم الاختصاص بأنواع مختلفة ومتنوعة من القضايا فيما بين الجهات القضائية الموجودة على مستوى الدرجة الواحدة ،

* تم إلغاء الغرف الإدارية المحلية و الجهوية بموجب القانون رقم 08–09 المؤرخ في: 2008/02/25المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وعمليا تم احالة جميع ملفات الغرف الإدارية الجهوية التي لم يتم الفصل فيها بعد على الغرف الإدارية المحلية المختصة إقليميا، مع استمرارية العمل بالغرف الإدارية المحلية كفترة انتقالية إلى غاية تنصيب كل المحاكم الإدارية ، و قد تم بتاريخ 25 مارس 2010 تنصيب أول محكمة إدارية بالجزائر العاصمة، وذلك تطبيقا للمادة 32 من القانون رقم 08–09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : حيث تفصل المحكمة التي تعتبر الجهة القضائية ذات الاختصاص العام في جميع القضايا،لاسيما المدنية و التجارية و البحرية و الاجتماعية و العقارية و قضايا شؤون الأسرة و التي تختص بها إقليميا .أما المحاكم التي لم تنشا فيها الأقسام، يبقى القسم المدني هو المختص بالنظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية .

الأقسام بالمحاكم التي يمكن أن تشكل من أقطاب متخصصة * و الغرف بالمجالس القضائية ، و بالمحكمة العليا و مجلس الدولة* *.

و لبيان الجهة القضائية التي تختص نوعيا بالفصل في المنازعات القضائية التي يكون محلها الوقف، فانه يتعين الرجوع إلى تحديد طبيعة تلك الأملاك و تسييرها و استثمارها و كذا طبيعة ريعها:

– فمن حيث طبيعة الأملاك الوقفية : فقد سبقت الإشارة إلى أن الأملاك الوقفية تشمل كلا من العقارات و المنقولات والمنافع حسب ما نص على ذلك المشرع الجزائري.

– ومن حيث ملكية هذه الأملاك : فقد عرفنا أيضا أنها ليست ملكا للوقف ولا للموقوف عليه، بل هي تشكل شخصية معنوية مستقلة تطبيقا لنص المادة 05 من قانون الاوقاف[1] التي اعتبرت أن الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين و لا للأشخاص المعنوية المتمثلة في الدولة وفروعها (الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري) ، ومعنى هذا ان الوقف يرتب فقط حق انتفاع خاص بما فيه الحيازة للموقوف عليه، و الاختصاص النوعي بخصوص الحيازة و حق الانتفاع في حالة المنقول يؤول للقاضي المدني، اما في حالة العقار فيؤول للقاضي العقاري طبقا للمادة 515/ف2 من قانون الاجراءات المدنية والادارية .

وعليه ، فالاختصاص النوعي للمنازعات المتعلقة بالحيازة و الانتفاع بالمال الموقوف يؤول إلى المحاكم العادية كدرجة أولى للتقاضي ، والغرف

---

* وذلك تطبيقا للمادة 32/ف6، ف7، ف8 من القانون رقم 08–09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، حيث بالنسبة للأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم، فهي مختصة بالفصل بتشكيلة جماعية من ثلاثة قضاة بالنظر دون سواها في بعض المنازعات التي تقتضي التخصص كالمنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية و الإفلاس و التسوية القضائية و المنازعات المتعلقة بالبنوك و منازعات الملكية الفكرية و المنازعات البحرية و النقل الجوي و منازعات التأمينات.

* * بسب كثافة عدد القضايا المطروحة على المحكمة العليا و مجلس الدولة، فقد تم تقسيم الغرفة الواحدة إلى عدة أقسام.

[1] المادة 05 من قانون الأوقاف 91–10 :" الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها " .

الموجـودة علــى مســتوى المجــالس القضــائية كجهــة للاســتئناف ودرجــة ثانيــة للتقاضــي والمحكمة العليا كدرجة عليا للنقض .

أما من حيث إدارة و تسيير واستثمار الوقف: هذه الأعمال التي تتعلق بدور الناظر واللجنة الوطنية للأوقاف، و مديرية الحج و الأوقاف على المستوى المركزي والمديرية الولائية للشؤون الدينية والأوقاف ، ووكيل الأوقاف على المستوى المحلي . فهؤلاء الذين يتم تعيينهم من طرف وزير الشؤون الدينية والأوقاف – بالنسبة للمديرين المركزيين و المحليين – يعتبرون موظفين يعملون لصالح الدولة ويتقاضون أجورهم من خزينتها باستثناء ناظر الوقف الذي لا يحمل صفة الموظف ويتقاضى أجره من ريع الملك الوقفي .

ووزير الأوقاف عند إبرامه عقدا يتعلق بإدارة أو تسيير الملك الوقفي ، فانه يعتبر قد تصرف بصفته ممثلا للأوقاف، و تخضع المنازعة فيه للقضاء العادي ، ذلك أن الأملاك الوقفية ليست ملكا للدولة و ميزانية تسييرها مستقلة عن ميزانية الدولة ، لذلك تخرج المنازعة هنا عن اختصاص القضاء الإداري.

وعليه فالاختصاص النوعي في المنازعات المنصبة على الأملاك الوقفية يؤول إلى جهة القضاء العادي [1] المتمثل في القضاء المدني الممثل على مستوى الدرجة الأولى بالقسم المدني أوالقسم العقاري – حسب طبيعة المنازعة – ، و على مستوى الدرجة الثانية في الغرفة المدنية أو الغرفة العقارية في المجلس القضائي، و المحكمة العليا على مستوى الدرجة الثالثة المتمثلة في الغرفة المدنية أوالعقارية حسب طبيعة النزاع .

و بالنسبة لطبيعة ريع الوقف: و الذي هو خاص بالموقوف عليهم أو الجهة الموقوف عليها، فهو ليس مالا عاما، و بالتالي فان النزاع بخصوصه يخرج عن اختصاص القضاء الإداري، ويدخل في اختصاص القضاء العادي [2] .

---

[1] ليلى زروقي،حمدي باشا عمر،المنازعات العقارية،ط1،دارهومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،2004. ص16.

[2] أحمد حططاش ،المرجع السابق ، ص143،142.

بالنسبة لإلغاء أو فسخ أو تعديل أو نقض عقود العقار المشهرة : في حالة الوقف الخاص يؤول الاختصاص إلى القاضي العقاري[1] و استثناء يؤول الاختصاص للقاضي الإداري إذا كان الوقف عاما تشرف عليه السلطة المكلفة بالأوقاف مراعاة للمعيار العضوي للمنازعة الإدارية[2].

و تجدر الإشارة إلى أن العمل القضائي في بعض الأحيان، لا يراعي هذا الاختصاص الذي قدمناه، إذ أن العديد من الاحكام و القرارات المنصبة على الأملاك الوقفية صادرة عن جهات القضاء الإداري و العادي معا، بل حتى في القضاء المدني نفسه، نجد العديد من الأحكام والقرارات صادرة من مختلف أقسامه مثل قسم شؤون الأسرة ، و القسم المدني و العقاري– هذا بالنسبة للمحكمة– ، و ينطبق هذا حتى على المجالس القضائية والمحكمة العليا .

2ــ الاختصاص المحلي في مادة الوقف : ان الاختصاص المحلي و مقارنة بالاختصاص النوعي في مادة الوقف لا يثير أية صعوبة أو إشكالية، لان الاختصاص المحلي هذا ينعقد على حسب طبيعة المنازعات التي تدخل في اختصاص القضاء العادي، فإذا كانت المنازعة تنصب عقار وقفي، فان الجهة القضائية التي يؤول إليها الاختصاص هي القسم العقاري الموجود بالمحكمة التي يقع العقار محل الوقف بدائرة اختصاصها وهذا تطبيقا لنص المادة 48 من القانون رقم 91–10 المتعلق بالأوقاف[3].

و يستشف من خلال استقراء أحكام هذه المادة أنها جاءت على إطلاقها و لم تحدد طبيعة أو نوع الملك الوقفي هل هو عقار أم منقول ام منفعة . هذا ما يحيلنا إلى القواعد العامة ، وهذا ما يتوافق مع المواد التي تنظم مسالة

---

[1] طبقا للمادة 515 من القانون رقم 08–09

[2] المادة 802 ق. إ . م. إ

[3] المادة 48 من قانون الأوقاف: " على أن تتولى المحاكم المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها محل الوقف النظر في المنازعات المتعلقة بالأملاك الوقفية ".

الاختصاص المحلي للمحاكم والمجالس القضائية في المواد من 37 إلى 40 من القانون رقم 08- 09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، حيث تنص المادة 39/ف1 من القانون أعلاه على انه في المواد المختلطة يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الأموال ، وفي المواد العقارية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال طبقا للمادة 40/ف1.

و بالرجوع إلى أحكام هذه المواد، فانه إذا كان محل النزاع عقارا وقفيا فان الاختصاص هنا ينعقد للجهة القضائية التي يقع العقار محل النزاع في دائرة اختصاصها، أما إذا كان محل النزاع منقولا ، فان الاختصاص يؤول إلى الجهة القضائية التي يوجد فيها المنقول، و ما قيل عن المنقول ينطبق على المنفعة إذا كانت محلا للوقف .

3 - تنازع القوانين في الوقف : تنص المادة 16 من القانون المدني : ((يسري على الميراث و الوصية و سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك او الموصي او من صدر منه التصرف وقت موته. و يسري على الهبة و الوقف قانون جنسية الواهب او الواقف وقت اجرائها)).

غير انه لا يجوز تطبيق القانون الاجنبي اذا كان مخالفا لاحكام الشريعة الاسلامية المصدر الاصلي للوقف و فقا للمادة 02 من قانون الاوقاف، كما ان المادة 24 من القانون المدني لا تجيز تطبيق القانون الاجنبي اذا كان مخالفا للنظام العام و تقضي بتطبيق القانون الجزائري محل القانون الاجنبي في هذه الحالة .

و فكـرة النظـام العـام تختلـف مـن دولـة الـى اخـرى[1] بحسـب الديانـة و النظـام الاجتمـاعي و الاقتصـادي و الاخلاقـي ، و متـى تعـارض القـانون الاجنبـي مـع مقتضـيات النظـام العـام فـي بلـد القاضـي اسـتبعد الاختصـاص المعقود للقانون الاجنبي .

غيـر انـه و بـالرجوع الـى الفقـرة الاخيـرة للمـادة 18 مـن القـانون المـدني نجـدها تخضـع العقـود المتعلقـة بالعقـار الـى قـانون موقعـه ، و هـو الامـر الـذي يجعـل الوقـف المنصـب علـى عقـار يخضـع مـن حيـث الشـروط الموضـوعية لانعقـاده الـى قـانون موقـف العقـار ، غيـر ان اهليـة الواقـف تخضـع لقـانون جنسـيته و فقـا للمـادة 10 مـن القـانون المـدني[2]، كمـا ان شـكل العقـد يبقـى خاضـعا لقـانون البلـد الـذي تـم فيـه التصـرف و لـيس لقـانون موقع العقارطبقا للمادة 19 من القانون المدني[3].

الفرع الرابع

الاهليـة والموطـن

الاعتراف بالشخصية المعنوية للوقف يرتب بالاضافة لما سبق اهلية قانونية ضمن حدود مضمون العقد وموطنا يعرف به ، ونتناولهما على النحو التالي :

---

[1] اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، ط11، دار هومة ، الجزائر، 2009، ص 173-185.

[2] المادة 10 من القانون المدني : " يسري على الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم " .

[3] المادة 19 من القانون المدني: " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه ، و يجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ".

اولا. أهلية ضمن حدود مضمون العقد:

تتميز الشخصية الاعتبارية بأهلية ضمن مضمون العقد وحدوده ، و هذه صفة من صفات الوقف ، إذ أن الواقف وقف ماله لتحقيق خدمة للموقوف عليهم كوقف أرض للزراعة أو بيت ليعود ريعه على الموقوف عليهم فإن مضمون الوقف أن يقوم نائب الواقف – الناظر – بتنميته واستثماره وفق الغرض و المقصد الذي أنشئ من أجله ، وبذلك تبرم عقود المزارعة أو المساقاة مثلا مع العامل على أن يلتزم الوقف ممثلا في ناظره بحفظ بنود الاتفاق حول نسبة الربح من الغلة ، و بهذا يظهر أن للوقف أهلية ضمن حدود العقد المتفق عليه.

ثانيا. الموطن :

إن المقصود من الموطن الخاص بالشخصية الاعتبارية ، هو المكان الذي أنشئت فيه ، والذي تزاول فيه نشاطها ، و موطن الوقف هو مكان وجود مديريته المركزية والمشرفة على تسيير شؤونه و توابعها عبر التراب الوطني أو خارجه فموطن الوقف إذن هو المكان الذي أنشئ فيه التصرف الوقفي ، وترتبت عليه آثار التصرف شرعا، مما يضفي عليه وصف الشخصية الاعتبارية كما ينص عليه القانون.

وترتيبا على ما سبق معنا آنفا يتبين لنا أن إنشاء التصرف الوقفي صحيحا يرتب أثرا مباشرا هو تمتع الوقف بالشخصية المعنوية التي تحقق له الإستقلال المالي و الإداري ، الامر الذي يعد ضمانة تشريعية للمحافظة على استقلاليته واستمراريته وفعاليته في آن واحد، ذلك أن وجود ذمة مالية مستقلة للوقف لا تفقد بموت الواقف، من شأنه أن يحفظ حقوقه في حالة تعرضه للغصب، أما الاستقلالية الإدارية فتضمن التسيير المحكم للأملاك الوقفية سواء من حيث صرف إيراداتها، أو توزيع غلاتها على المستحقين أو استثمار واستغلال تلك الأملاك.

المبحث الثاني

الطبيعة النظامية لارادة الواقف في المؤسسة الوقفية

لقد خصص القانون رقم 91-10 الفصل الثالث منه للطبيعة الناظمة لارادة الواقف وهي الإشتراطات التي يشترطها في وقفه لتكون ناظمة للوقف، ما لم يرد في الشريعة نهي عنها، اي انه يجب ان تكون معتبرة شرعا ، والمعيار الذي اعتمده المشرع في ذلك هو مدى منافاتها لمقتضى حكم الوقف، أو ضررها بمجمله أو بمصلحة الموقوف عليه ، وهو المعيار الذي ذهب إليه الفقه و قرره، ومتى لم تتحقق شروط الإعتبار فإن إشتراطات الواقف تقع باطلة ويصح معها الوقف ابتداء او تكون محلا للإلغاء من القاضي انتهاء.

ولتبين جوانب الموضوع نتناول المقصود بشروط الواقفين (المطلب الاول) ثم نعقبه بأحكام تلك الشروط (المطلب الثاني) على النحو التالي :

المطلب الاول

المراد بشروط الواقفين

لتحديد فكرة شروط الواقفين والمراد بها نتناول معنى شروط الواقفين (الفرع الاول) وأقسام شروط الواقفين (الفرع الثاني) على النحو التالي:

الفرع الأول

معنى شروط الواقفين

ان الأصل في الوقف انه قربة اختيارية يقبل عليها الواقف حرا مختارا ليضعها فيمن يشاء وبالطريقة التي يشاء، وإذا كان الوقف من أبواب التصدق بالمنفعة، فإن حقوق المستحقين فيه تتعلق – عند اكثر الفقهاء – بالمنفعة لا بالعين، مما يعني أساسا ان المنفعة قابلة للتقييد بالزمان والمكان، وأيضا بطرق الإنتفاع كما يراها ويمليها الواقف في عقد وقفه

بمحض إرادته ، يعبر به عن رغباته ومقاصده في الكيفية التي ينشأ بها وقفه والنظام الذي يتبع فيه من تولي شؤونه وتوزيع ريعه، وهذا ما نعني به شروط أو اشتراطات الواقفين[1].

لم يذكر كثير من الفقهاء المتقدمين تعريفاً محدداً للمعنى المراد بشروط الواقفين بل كانوا يكتفون بذكر بعض الأمثلة لها مع بيان أحكامها، ولكن بعض المتأخرين من الباحثين في الوقف ذكر لها تعريفاً يجمعها ويمكن أن تدخل تحته جميع الأمثلة والصور التي لا حصر لها.

ومن أمثلة الفقهاء المتقدمين، وتعريفات الباحثين المتأخرين، يمكن أن نستخلص تعريفاً لشروط الواقفين، يجمعها، ويلم شتاتها فنقول: شروط الواقفين: هي ما تفيده وتشتمل عليه صيغة الوقف من القواعد التي يضعها الواقف للعمل بها في وقفه من بيان مصارفه وطريقة استغلاله، وتعيين جهات الاستحقاق، وكيفية توزيع الغلة على المستحقين، وبيان الولاية على الوقف، والإنفاق عليه، ونحو ذلك[2].

وبتعبير آخر فإن اشتراطات الواقف تعني: القواعد التي يشتملها كتاب الوقف والتي يضعها الواقف للعمل بها في وقفه، وهي إما تتعلق بمصارف الوقف من تعيين الجهات الموقوف عليها وكيفية توزيع الغلة على المستحقين فيه، واما ان تتعلق بالولاية على الوقف وكيفية إدارة شؤونه إلى غير ذلك[3].

ووثيقة أو عقد الوقف على النحو الذي ذكرنا سابقا الذي تحرر فيه إرادة الواقف تحريرا كاملا، يعد دستور الوقف، وما لا نص فيه تنفذ فيه الأحكام الشرعية الخاصة بالأوقاف ، ولهذا شاع بين الفقهاء عبارة "شرط الواقف كنص الشارع"[4].

وقد تكون الصيغة اللفظية المفيدة للاشتراط صريحة بلفظ" أشترط كذا"، أو" مع

---

[1] زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص49-50.

[2] راجع: محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف، المرجع السابق ، ص 136، زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون ، المرجع السابق ، ص 50، المناوي عبد الرؤوف بن تاج العارفين ، تيسير الوقوف،ج1، بدون سنة و دار النشر ، ص 95 ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج2، المرجع السابق ، ص 501.

[3] زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 50.

[4] محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 145.

اشتراط كذا" ونحوها، وقد تكون بأداة من أدوات الشرط اللغوية، مثل: وقفت داري على أولادي، و من لم يحافظ على الصلاة فلا شيء له في الوقف.

ومثلها سائر المخصصات والمقيدات اللفظية المتصلة، كالاستثناء مثل: وقفت على أولادي إلا زيداً، والصفة كالمتعلمين أو الفقراء ونحوهما، وعطف البيان نحو: وقفت على ولدي أبي محمد عبدالله، وفي أولاده من كنيته أبو محمد غيره. فيختص به عندئذ عبدالله دون غيره.

ومثل بدل البعض، فإذا قال: وقفت على أولادي فلان وفلان وعلى أولاد صلبه إذا كان له أولاد غير الثلاثة ، ومثل ذلك أيضاً الجار والمجرور المتعلق بصيغة الوقف نحو: على أن لفلان كذا وفلان كذا.

ونحو ذلك من الصيغ اللفظية الدالة على إدخال شيء أو إخراجه، أو ترتيبٍ أو تقديم أو تأخير، أو جمعٍ، أو مساواةٍ أو تفضيل، أو إعطاءٍ أو حرمان أو تقييدٍ في النظر بشخص معين أو صفةٍ معينةٍ أو زمانٍ أو مكانٍ معينين[1].

الفرع الثاني

أقسام شروط الواقفين

شروط الواقفين – كما رأينا – هي ما يذكره الواقفون عند إنشاء الوقف من بيانٍ لأوجه الصرف والاستحقاق والنظر والولاية على الوقف والإنفاق عليه ونحو ذلك.

وهذه الشروط والقيود تعد جزءاً من صيغة عقد الوقف ولها ثلاثة تقسيمات باعتبارات ثلاثة ، وفيما يلي بيان ما يدخل تحت هذه التقسيمات بإيجاز:

اولا . أقسام شروط الواقفين من حيث موافقتها الوقف وعدمها: الوقف تصرف لازم يقتضي الدوام والتأبيد بمجرد صدوره عند جمهور العلماء، ويقتضي التنجيز ولا يقبل التعليق، كما

[1] راجع : المناوي عبد الرؤوف بن تاج العارفين ، تيسير الوقوف،المرجع السابق ، ص 95 – 96، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، المرجع السابق، ص 501.

يقتضي حصول الانتفاع به، وقد تكون الشروط والقيود التي تصدر عن الواقف حين إنشاء هذا العقد موافقة ومؤكدة لمقتضى الوقف، وقد تتعارض وتختلف مع مقتضاه ، وعلى هذا فشروط الواقفين تنقسم بهذا الاعتبار إلى قسمين[1] :

القسم الأول: ما يكون من الشروط موافقاً لمقتضى الوقف، ومؤكداً لتحقيق المقصود منه كأن يشترط أن لا يباع ولا يورث، وأن لا يستبدل به غيره ، وأن تصرف غلته على أوجه البر والمعروف ونحو ذلك.

القسم الثاني: ما يكون على خلاف مقتضى الوقف، ومناقضاً لأصله وحقيقته كاشتراط الواقف أن له أو للموقوف عليه بيعه وصرف ثمنه في حوائجه، ومثل أن يشترط أن لا ينتفع به، ونحو ذلك من الشروط المخالفة لحقيقة الوقف التي هي تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة.

ثانيا. أقسام شروط الواقفين من حيث ما تتعلق به من أركان الوقف : شروط الواقفين إما أن تكون متعلقة بعين الموقوف: إبقاء أو تغييراً أو إنفاقاً عليه، أو تكون متعلقة بالموقوف عليهم وبيان استحقاقاتهم، أو تكون متعلقة بالنظارة والولاية على الوقف وإدارة شؤونه.

وعلى هذا فيمكن أن تنقسم شروط الواقفين بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام[2]:

1- شروط تتعلق بعين الوقف إبقاءً أو تغييراً واستبدالاً وإنفاقاً عليه ونحو ذلك، كأن يشترط أن له حق لاستبدال بالوقف إذا نقصت منافعه أو مطلقاً، أو يشترط أن يكون الإنفاق على الوقف وترميمه إن كان عقاراً من غير غلته، ويقدَّم الصرف عليه قبل الصرف على المستحقين ، إلى غير ذلك من الشروط المتعلقة بالموقوف.

2- شروط تتعلق بالموقوف عليهم وجهات صرف غلة الوقف، كأن يشترط صرف الغلة للفقراء، أو لجهات متعددة يحددها، ويذكر لكل جهة حصة معينة كالثلث أو الربع، أو مرتباً محدداً كألفٍ كل شهر أو كل سنة ونحو ذلك.

---

[1] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 145-147.

[2] راجع : محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق ، ص 147-155، ابو اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشاطبي، الموافقات في أصول الأحكام ، ج1، تعليق : محمد حسنين مخلوف ، دار الفكر ، القاهرة ، بدون سنة طبع، ص 196-198.

3 – شروط تتعلق بالولاية والنظارة على الوقف وإدارة شؤونه ، كأن يشترط أن تكون له الولاية مادام حياً، أوأن تكون لفلان مدى حياته، أو تكون للأصلح أو للأكبر من أولاده ونحو ذلك.

ثالثا. أقسام شروط الواقفين من حيث أثرها على صحة الوقف وعدمه : يمكن التعرف على هذه الاقسام من خلال مذاهب الفقهاء في أحكام شروط الواقفين، وسنقتصر على المذاهب الأربعة المشهورة ، لأن ما عداها داخل فيها إجمالاً وما خالفها في الأصول لا يعتد بخلافه.

1 . مذهب الحنفية: الاحناف وإن كانت أصولهم في أغلبها مبنية على أن الأصل في العقود والشروط الحظر إلا ما قام الدليل على إباحته، إلا أنهم توسعوا في الاشتراطات في الوقف أكثر من سائر العقود وأكثر من سائر الفقهاء[1].

وهم يقسمون شروط الواقفين من حيث صحتها وأثرها على الوقف إلى ثلاثة أقسام:

أ – شروط باطلة في نفسها، مبطلة للوقف مانعة من انعقاده: وهي الشروط التي تنافي اللزوم والتأبيد، كأن يشترط الواقف عند إنشاء صيغة الوقف أن يكون له حق بيعه أو هبته، او أن يعود إلى ورثته بعد موته ، أو يصير ملكاً لهم عند احتياجهم، وغير ذلك من الشروط التي تنافي التأبيد ، لأن الصيغة إذا اقترنت بهذه الشروط تصير غير منشأة للوقف إذ بطل مدلوله وسقط مفهومه، ولم يثبت التزام على مذهبهم[2].

ب – شروط باطلة في نفسها، غير مبطلة للوقف: فإذا اقترنت به صح الوقف وبطلت هي من غير أن تؤثر فيه، وهي الشروط التي يكون منهياً عنها أو تكون مخالفة للمقررات الشرعية أو ليست في مصلحة المستحقين.

فكل ما كان كذلك من الشروط فهو فاسد لكونه ممنوعاً شرعاً، لا لكونه مناقضاً ومخالفاً لمقتضى الوقف، ولهذا حكم بفسادها هي وعدم تأثيرها على صحة الوقف باعتباره

---

[1] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 141.

[2] راجع : محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 141 ، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ص539، الكبيسي محمد عبيد ،أحكام الوقف ، ج1 ، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1394هـ، ص274.

تبرعا، والتبرعات لا تبطلها الشروط الفاسدة.

ومن الأمثلة التي ضربها فقهاء الحنفية لهذه الشروط الباطلة مما شرطها بعض الواقفين في أوقافهم، وأفتى المفتون فيها بالإبطال، وحكم القضاة بعد الأخذ بها ما يلي:

– إذا جعل الواقف النظر لشخص أو أشخاص، واشترط أن لا يعزلوا ولو خانوا، فإن اشتراط عدم عزلهم مع ثبوت خيانتهم، مخالف للمقررات الشرعية، لما فيه من إقرار الخائن على خيانته، وهو أيضاً منافٍ لمصلحة الوقف والمستحقين[1].

– إذا شرط الواقف أن للمتولي أن يؤجر الوقف بما يشاء، ولو كان أقل من أجرة المثل. فهذا الشرط غير معتبر لما فيه من إضرار بالوقف وبالمستحقين، حتى ولو كان المتولى هو المستحق[2].

– إذا اشترط الواقف في وقفه أن لا يُعَمَّر أو يرمم حتى ولو تهدم وتعطلت منافعه أو اشترط أن عطاء الموقوف عليهم مقدم على عمارة الوقف وصيانته.

فهذه الشروط وأمثالها باطلة لا يلتفت إليها، لما فيها من الإضرار بالوقف وبالمستحقين.

ج– شروط صحيحة: وهي الشروط التي لا تنافي مقتضى الوقف وليس فيها مخالفة لنصوص الشرع وقواعده المقررة، ولا تؤدي إلى ضرر بالوقف أو بالمستحقين، كاشتراط الغلة لجهة معينة، واشتراط أداء دين ورثته من الغلات إذا لزمتهم ديون، واشتراط أن يكون لمتولي الوقف الزيادة والنقصان في المرتبات، واشتراط أن يكون الاستحقاق في الغلات على مقدار الحاجة، واشتراط الصرف لأقاربه الفقراء على جهة الأولوية في الأوقاف الخيرية او العامة.

فهذه الشروط وأمثالها يجب الأخذ بها، والعمل على تنفيذها وعدم مخالفتها، لأنها تحدد المصرف، وتُعيِّن المستحقين، وتنظم التوزيع من غير أن يكون هناك ضرر على أحد

---

[1] ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج4، المرجع السابق، ص 389.

[2] المرجع نفسه ، ج3، ص551.

ولا ضرر بالوقف، وليس فيها معصية ولا مخالفة للمبادىء الشرعية المقررة [1].

وهذا التقسيم لشروط الواقفين من حيث صحتها وبطلانها وأثرها على الوقف بطلاناً وعدما عند الحنفية، بمثابة القواعد العامة لأحكام شروط الواقفين في هذا المذهب لكنهم عند التطبيق في المسائل والفروع وبخاصة عند المتأخرين منهم نجدهم يوجبون تنفيذ شرط قد لا يتفق مع مقاصد الشرع العامة، أو مع مصلحة المستحقين في نظر بعض الباحثين، ومن ذلك: أن يشترط الواقف لاستحقاق زوجته في سكنى الوقف أو في الغلة أن لا تتزوج من بعده.

ومخالفة هذا الشرط للشرع تكمن في أنه يؤدي إلى الوقوع في المنهي عنه شرعاً وفي أنه يعارض ما تقرر في الشرع من الحث على الزواج والترغيب فيه لتحقيق مقاصد شرعية متعددة، ومع هذه المخالفة، فقد قال بعض فقهاء المذهب بوجوب الأخذ به وعدم مخالفته.

2 . مذهب المالكية: يعتبر مذهب الإمام مالك من أكثر المذاهب توسعاً في الشروط وإجازة لها ، وليس أوسع منه في ذلك إلا مذهب الإمام أحمد ،هذا من حيث الإجمال.

وإذا أردنا التعرف على مذهب المالكية في الشروط وفي الوقف خاصة فإننا سنجده مطرداً مع قاعدتهم العامة في العقود والشروط فيها، فهم يرون صحة ولزوم كل شرط جائز شرعاً في الوقف، ويعنون بالشرط الجائز ما لايكون ممنوعاً شرعاً – وإن كان مكروهاً – وما لا ينافي مقتضى الوقف، أو يكون فيه ضرر على الواقف أو المستحقين [2].

وتتضح هذه القاعدة في حكم شروط الواقفين عندهم بما ضربوه من الأمثلة للشروط الممنوعة فمنها:

أ – أن يشترط بأن له حق بيعه أو هبته في أي وقت يشاء، فهذا شرط باطل، ومبطل

---

[1] راجع : ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج3، المرجع السابق، ص536، شمس الدين محمد بن احمد السرخسي، المبسوط، ج12، ط3، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان 1398هـ، ص46، محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، المرجع السابق ، ص 145.

[2] الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، المرجع السابق ، ص88.

للوقف، لأنه شرط منافٍ لمقتضى الوقف من اللزوم والدوام[1].

ب – أن يشترط أن يكون إصلاح الوقف على مستحقه من غير غلته، فهذا الشرط ممنوع غير معتبر، لأنه يحول الوقف إلى كراء مجهول ، وكراء المجهول ممنوع شرعاً، فالشرط باطل والوقف صحيح.

ج – أن يشترط الواقف تقديم الصرف على منافع أهله من غلة الموقوف، ويؤخر إصلاح ما تهدم منه إن كان عقاراً، أو الإنفاق عليه إن كان حيواناً، فهذا الشرط باطل لما فيه من الإضرار بالوقف، فلا يلزم الأخذ به، بل يجب تركه والبدء بمرمة الوقف والنفقة عليه من غلته حفاظاً على بقاء عينه[2].

د – أن يشترط الواقف حرمان البنات من الاستحقاق في الوقف مطلقاً أو بعد الزواج، فهذا الشرط باطل على الراجح في المذهب، ويبطل به الوقف لما فيه من ارتكاب المنهي عنه شرعاً وهو حرمان البنات، قال الدردير: ((وبطل على معصية ... أول على بنيه دون بناته))[3] ، وقال الدسوقي في حاشيته عليه: ((أي إذا أخرجهن ابتداء أو بعد تزوجهن بأن وقف على بنيه وبناته جميعاً وشرط أن من تزوجت من بناته فلا حق لها في الوقف وتخرج منه ولا تعود له، ولو تأيمت))[4].

وقد ذُكر في المذهب خلاف في هذه المسألة على سبعة أقوال، لكن هذا أرجحها عندهم.

ونلاحظ هنا أن المالكية مع كون مذهبهم أوسع المذاهب بعد مذهب الإمام أحمد في تصحيح الشروط في العقود واعتبارها ، إلا أنهم يمنعون بعض الشروط في الوقف مما يجيزه غيرهم ، كاشتراط حرمان البنات من الاستحقاق وذلك ليس خلافاً لقاعدهم في الشروط

---

[1] الكبيسي محمد عبيد ،المرجع السابق، ص264.

[2] راجع: عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج7، ط2، المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق، 1317هـ، ص93، الدسوقي ، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج 4، ص90.

[3] أبي بركات احمد بن محمد الدردير ، الشرح الكبير على مختصر خليل، مطبوع على هامش حاشية الدسوقي، ج4، دار الفكر، بيروت ، لبنان، دون سنة الطبع ، ص 79.

[4] المرجع نفسه، ص 79–80

وإنما هو تطبيق لها بناء على أن هذا المثال ونحوه مما قام الدليل الشرعي على النهي عنه، لأن الشرع قد نهى عن التفريق بين البنين والبنات في الهبات والأعطيات وقد فرض للبنات حقاً معلوماً في الميراث.

والمخالفون لهم لا يعتبرون ذلك نهياً مباشراً عن ذلك الشرط في الوقف مع موافقتهم في أن ما نهى عنه الشارع لا يجوز اشتراطه.

فالخلاف في التطبيق على المسائل وتحقيق المناط فيها، وليس في اصل القاعدة كما أشار إلى ذلك ابن تيمية بقوله: ((وما كان من الشروط مستلزماً وجود ما نهى عنه الشارع فهو بمنزلة ما نهى عنه، وما علم ببعض الأدلة الشرعية أنه نهى عنه فهو بمنزلة ما علم أنه صرح بالنهي عنه، لكن قد يختلف اجتهاد العلماء في بعض الأعمال هل هو من باب المنهي عنه؟ فيختلف اجتهادهم في ذلك الشرط بناء على هذا. وهذا أمر لابد منه في الأمة)) [1].

3 . مذهب الشافعية: بناء على كثير من أصول الإمام الشافعي يذهب الشافعية إلى أن الأصل في الشروط والعقود الحظر إلا ما قام دليل على جوازه وصحته.

وهم في شروط الوقفين لا يتجاوزون هذه القاعدة، ولكنهم يرون أن كل شرط في مصلحة الوقف والمستحقين وليس منافياً لمقتضى الوقف، فهو داخل تحت ما قام الدليل على صحته وجوازه، بل إنهم يرون أن الدليل الخاص قد قام على صحة بعض شروط الواقفين، ولو كانت هناك قاعدة شرعية عامة تعارضها مثل التفريق بين الأولاد في استحقاقات الوقف.

ولهذا كانت القاعدة الشرعية العامة عندهم في حكم شروط الواقفين أنها تكون مرعية إذا كانت تحقق مصلحة للوقف أو للمستحقين ، وما لم يكن فيها منافاة لمقتضى الوقف، كشرط الخيار فيه أو شرط أن يبيعه ونحوه، فالشرط باطل، لكن هل يبطل به الوقف؟ الصحيح في المذهب بطلان الوقف عندئذ، وقيل: يصح الوقف ويلغى الشرط فمما ورد في كتبهم ومن بينها كتاب مغني المحتاج : ((والأصل فيه أن شروط الواقف مرعية ما لم يكن

[1] احمد ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، المرجع السابق ، ج 31 ، ص58.

فيها ما ينافي الوقف))[1]، وجاء فيه ايضا :((ولو وقف بشرط الخيار لنفسه في إبقاء وقفه والرجوع فيه متى شاء أو شرطه لغيره أو شرط عوده إليه بوجهٍ ما كان شرط بيعه أو شرط أن يدخل من شاء ويخرج من شاء (بطل على الصحيح)... ومقابل الصحيح : يصح الوقف ويلغى الشرط، كما لو طلَّق على أن لا رجعة له))[2].

ومع أن الشافعية يرون صحة وجواز كل شرط يحقق مصلحة للوقف أو المستحقين إلا أنهم قد يختلفون في أن شرطاً بعينه يحقق المصلحة فيصح، أو لا يحققها فلا يصح، ولو لم يعارض نصاً شرعياً.

ومن الصور المختلف فيها عندهم بناء على ذلك من اختلاف نظر الأصحاب في اشتراط الواقف عدم إجارة الوقف، أو تحديد مدة الإجارة، فقد جاء فيها: ((والأصح أنه إذا وقف بشرط أن لا يؤجر أصلاً، أولا يؤجر أكثر من سنة صح الوقف واتبع شرطه كسائر الشروط المتضمنة للمصلحة،والثاني: لا يتبع شرطه، لأنه حجر على المستحق في المنفعة)) [3].

واستناداً إلى قاعدة مراعاة مصلحة الوقف والمستحقين في شروط الواقفين أفتى بعض الفقهاء منهم بأن يستثنى من هذا المثال حال الضرورة، كما لو اشترط أن لا تؤجر الدار أكثر من سنة ثم انهدمت وليس لها جهة عمارة إلا بإجارة سنتين ، فابن الصلاح أفتى بالجواز مخالفة لشرط الواقف، لأن المنع في هذه الحال يفضي إلى تعطيل الوقف،وهو مخالف لمصلحته، ووافقه على ذلك السبكي والأذرعي[4].

4 . مذهب الحنابلة : يعد أكثر المذاهب توسعاً في تصحيح الشروط في العقود حيث لا يمنع إلا ما قام الدليل على منعه، وجمهور الحنابلة لا يخالفون هذه القاعدة في شروط الواقفين، بل يسيرون عليها بوضوح، ويرون أن كل شرط منافٍ لمقتضى الوقف داخلٌ تحت

---

[1] محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ، المرجع السابق ، ص385.

[2] المرجع نفسه، ص 386.

[3] محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج ، المرجع السابق ، ص385.

[4] المرجع نفسه، ص 388 .

ما ورد الشرع بمنعه فيبطل، وكذلك كل شرط محرم أو يفضي إلى أمر محرم أو إلى إخلال بالمقصود الشرعي، وأن كل شرط غير منافٍ لمقتضى الوقف، ولا هو منهي عنه شرعاً فهو شرط جائز معتبر.

ومن نصوصهم في هذا الباب ما جاء في شرح منتهى الإرادات للبهوتي : ((وشرط بيعه أي الوقف متى شاء الواقف، أو شرط هبته متى شاء أو شرط خيار فيه أو شرط توقيته، كقوله: هو وقف يوماً أو سنة ونحوه، أو شرط تحويله، أي الوقف كوقفت داري على جهة كذا على أن أحولها عنها أو عن الوقفية بأن أرجع فيها متى شئت، مبطل للوقف، لمنافاته لمقتضاه))[1].

وجاء فيه أيضاً: ((ويرجع في أمور الوقف إلى شرط واقف كشرطه لزيد كذا ولعمرو كذا، لأن عمر شرط في وقفه شروطاً، فلو لم يجب اتباعها لم يكن في اشتراطها فائدة، ولأن ابتداء الوقف مفوض إلى واقفه فاتبع شرطه...))[2].

ومما جاء في كتبهم ايضا : ((ويرجع إلى شرط الواقف في قسمة على الموقوف عليهم، وفي التقديم والتأخير، والجمع والترتيب، والتسوية والتفضيل، وإخراج من شاء بصفة وإدخاله بصفة، وفي الناظر فيه، والإنفاق عليه، وسائر أحواله لأنه ثبت بوقفه فوجب أن يتبع فيه شرطه، ولأن ابتداء الوقف مفوض إليه، فكذلك تفضيله وترتيبه، وكذلك إن شرط إخراج بعضهم بصفة ورده بصفة، مثل أن يقول: من تزوج منهم فله، ومن فارق فلا شيء له، أو عكس ذلك ، أو من كان على مذهب كذا فله، ومن خرج منه فلا شيء له.

وكذلك إن وقف على أولاده على أن للأنثى سهماً وللذكر سهمين أو على حسب ميراثهم أوالعكس، أوعلى أن للكبير ضعف ما للصغير، أوللفقير ضعف ما للغني أو عكس ذلك، أو عَيَّن بالتفضيل واحداً معيناً، أو ولده، وما أشبه هذا، فهو على ما قال، لما ذكرنا

---

[1] البهوتي ، منتهى الإرادات، ج2، المرجع السابق، ص 497.

[2] المرجع نفسه، ص 501.

كل هذا صحيح، وهو على ما شرط...)) [1].

وهكذا نرى أن مذهب الحنابلة هو وجوب اعتبار شرط الواقف ما لم يكن منافياً لمقتضى الوقف أو منهياً عنه شرعاً، وأن الشروط المباحة واجبة الاعتبار، فلا يلزم لصحة الاشتراطات كونها مستحبة، ومما يستدل به في هذا الشأن قول بعض اهل المذهب : ((أن الشرط المباح الذي لم يظهر قصد القربة منه يجب اعتباره في كلام الواقف قال الحارثي: وهو ظاهر كلام الأصحاب، والمعروف في المذهب الوجوب، قال: وهو الصحيح)) [2].

هذا، ولشيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم تفصيل لشروط الواقفين يختلف قليلاً عن ظاهر كلام جمهور فقهاء المذهب الحنبلي من حيث النظر إلى الشروط المباحة، فهما لا يريان وجوب الالتزام إلا بشرط مستحب شرعاً، انطلاقاً منهما من اعتبار القربة في أصل الوقف.

فابن تيمية يرى ان الأعمال المشروطة في الوقف من الأمور الدينية، مثل الوقف على الأئمة والمؤذنين والمشتغلين بالعلم والقرآن والحديث والفقه ونحو ذلك، أو بالعبادة أو بالجهاد في سبيل الله ، وهي من وجهة نظره تنقسم الى ثلاثة أقسام :

القسم الاول: عمل يتقرب به إلى الله تعالى، وهو الواجبات والمستحبات التي رغب رسول الله (ص) فيها وحض على تحصيلها، فمثل هذا الشرط يجب الوفاء به، ويقف استحقاق الوقف على حصوله في الجملة.

القسم الثاني: عمل قد نهى رسول الله (ص) عنه نهي تحريم أو نهي تنزيه، فاشتراط مثل هذا العمل باطل باتفاق العلماء، لما قد استفاض عن رسول الله أنه (ص) خطب على منبره فقال: ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرطه أوثق[3]، ومن هذا الباب أن

---

[1] علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان المرداوي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، تصحيح و تحقيق: محمد حامد الفقي ، ج16، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، لبنان، 1376هـ ، ص440 – 442.

[2] المرداوي ، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ،المرجع السابق، ص 442.

[3] اصل الحديث :حدثنا علي بن عبد الله حدثنا سفيان عن يحيى عن عمرة عن عائشة رضي الله عنها قالت أتتها بريرة تسألها في كتابتها فقالت إن شئت أعطيت أهلك ويكون الولاء لي فلما جاء رسول الله ﷺ ذكرته ذلك قال النبي

يكون المشترط ليس محرَّماً في نفسه، لكنه مناف لحصول المقصود المأمور به.

القسم الثالث: عمل ليس بمكروه في الشرع ولا مستحب، بل هو مباح مستوي الطرفين يرى بعض العلماء بوجوب الوفاء به ، والجمهور من العلماء من أهل المذاهب المشهورة وغيرهم يرون أنه شرط باطل، ولا يصح عندهم أن يشترط إلا ما كان قربة إلى الله تعالى، وذلك أن الإنسان ليس له أن يبذل ماله إلا لما فيه منفعته في الدين أو الدنيا، فما دام الرجل حياً فله أن يبذل ماله في تحصيل الأغراض المباحة لأنه ينتفع بذلك، فأما الميت فما بقي بعد الموت ينتفع من أعمال الأحياء إلا بعمل صالح قد أمر به أو أعان عليه، أو قد أهدى إليه ونحو ذلك، وأما الأعمال التي ليست طاعة لله ورسوله فلا ينتفع بها الميت بحال.

فإذا اشترط الموصي أو الواقف عملاً أو صفة لا ثواب فيها كان السعي في تحصيلها سعياً فيما لا ينتفع به في دنياه وآخرته ومثل هذا لا يجوز ، وهو إنما مقصوده بالوقف التقرب إلى الله تعالى، والشارع أعلم من الواقفين بما يتقرب به إلى الله تعالى فالواجب أن يعمل من شروطهم بما شرطه الله ورضيه في شروطهم[1].

واما ما ذهب اليه ابن القيم فهو تقرير وتأكيد لكلام شيخه في شروط الواقفين حيث يرى : ((انما ينفذ من شروط الواقفين ما كان طاعة وللمكلف مصلحة، وأما إن كان بضد ذلك فلا حرمة له كشرط التعزب والترهب ... وبالجملة فشروط الواقفين أربعة: شروط محرمة في الشرع، وشروط مكروهة لله، وشروط تتضمن ترك ما هو أحب إلى الله ورسوله، وشروط تتضمن فعل ما هو أحب إلى الله ورسوله.

فالأقسام الثلاثة الأولى لا حرمة لها ولا اعتبار، والقسم الرابع هو الشرط المتبع الواجب الاعتبار)) [2].

ﷺ ابتاعيها فأعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق ثم قام رسول الله ﷺ على المنبر فقال ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط)) رواه البخاري.

[1] ابن تيمية، الفتاوى ، المرجع السابق، ج 31، ص58 – 63.

[2] شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 3، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة ، 1414هـ – 1993م، ص96 –97.

وترتيبا على ما سبق ، يمكن القول بالنسبة لاقسام شروط الواقفين من حيث اثرها على الوقف صحة و بطلاناً انها تنقسم إلى قسمين :

أحدهما: ما يكون مبطلاً للوقف، مانعاً من انعقاده. وهو كل شرط مخالف لمقتضى الوقف من التأبيد ولتنجيز ونحوهما.

الثاني: ما يكون غير مبطل للوقف، بل ينعقد الوقف مع وجوده وينشأ صحيحاً، وهذا القسم نوعان: نوع يكون باطلاً في ذاته، غير مبطل للوقف، ونوع يكون صحيحاً مع صحة الوقف.

وهذا التقسيم في حقيقته هو تقسيم لشروط الواقفين من حيث أحكامها، إذ أن الفقهاء يقسمونها إلى صحيحة وباطلة، والباطلة نوعان نوع منها يبطل العقد، والنوع الثاني لا يبطله وإن بطل هو في نفسه.

المطلب الثاني

أحكام شروط الواقفين

إن من يلقي نظرة فاحصة على كلام الفقهاء عند حديثهم عن شروط الواقفين جوازاً ومنعاً، قبولاً ورداً، تأثيراً في بطلان الوقف وعدم تأثير، إضافة إلى أدلة الشرع وقواعده العامة، وإلى المقاصد من العقود والتصرفات في الشريعة الإسلامية، يجد أن البحث في أحكام شرط الواقف الذي جاءت عبارات الفقهاء معلّلة حريته في اشتراط ما شاء من الشروط في حدود ضوابط الشرع ، بما يفيد أن ابتداء الوقف مفوض إلى واقفه[1] يستلزم بيان مسألة الأصل في العقود والشروط (الفرع الاول)، ومسألة التكييف الشرعي لاشتراطات الواقف (الفرع الثاني)، ومسألة: امكانية الغاء القاضي لبعض شروط الواقف (الفرع الثالث)، واخيرا مسألة: القواعد العامة لمعرفة اغراض الواقفين (الفرع الرابع) على النحو التالي :

[1] راجع : البهوتي ، منتهى الارادات، المرجع السابق، ج2 ، ص 501، ابن الهمام ، فتح القدير ،ج6، ص200.

الفرع الاول

الأصل في العقود والشروط

اختلف الفقهاء في الأصل في العقود والشروط فيها، هل هو الإباحة والجواز، أم هو الحظر والمنع حتى يقوم دليل خاص بالجواز.؟

لقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية هذين القولين للعلماء، فقال: ((والذي يمكن ضبطه فيه قولان: أحدهما أن يقال: الأصل في العقود والشروط فيها ونحو ذلك الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته ، فهذا قول أهل الظاهر وكثير من أصول أبي حنيفة تنبني على هذا وكثير من أصول الشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد ...وعمدة هؤلاء – يعني القائلين بالحظر جميعاً – قصة بربرة المشهورة وذكر الحديث، وفيه قال رسول الله (ص): ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط...))[1] ، ثم بَيَّن وجه استدلالهم بالحديث، ثم قال: ((...القول الثاني: أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وبطلانه نصاً أو قياساً عند من يقول به.

وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول، ومالك قريب منه لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه...))[2]، ثم رجح هذا القول واستدل له بعدة أدلة من الكتاب والسنة والإجماع والاعتبار مع الاستصحاب وعد الدليل المنافي.

هذا وللإمام الشاطبي تقسيم مؤصل للشروط في العقود، أوضح فيه ما يصح منها وما لا يصح، وما هو محل نظر واجتهاد لتردده بين الطرفين، فهو يرى ان الشروط مع مشروطاتها على ثلاثة أقسام[3]:

---

[1] ابن تيمية، الفتاوى ، ج29، المرجع السابق، ص 126 – 138.

[2] المرجع نفسه، ص138.

[3] الشاطبي، الموافقات، ج1، المرجع السابق، ص283 – 285.

الاول: أن يكون مكملاً لحكمة المشروط وعاضداً له، بحيث لا يكون فيه منافاة لها على حال، كاشتراط الكفء، والإمساك بالمعروف والتسريح بإحسان في النكاح، وكذلك اشتراط الحول في الزكاة، والإحصان في الزنا، والحرز في القطع، فهذا القسم لا إشكال في صحته شرعاً، لأنه مكمل لحكمة كل سبب يقتضي حكماً.

والثاني: أن يكون غير ملائم لمقصود المشروط ولا مكمل لحكمته، بل هو على الضد من الأول، كما إذا اشترط في البيع أن لا ينتفع بالمبيع، أو ان انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض، أو شرط الصانع على المستصنع أن لا يضمن المستأجر عليه إن تلف أو يصدقه في دعوى التلف وما أشبه ذلك ، فهذا القسم لا إشكال أيضاً في إبطاله، ولأنه منافٍ لحكمة السبب ، فلا يصح أن يجتمع معه.

والثالث: أن لا يظهر في الشرط منافاة لمشروطه ولا ملاءمة، وهو محل نظر هل يلحق بالأول من جهة عدم المنافاة ، أو بالثاني من جهة عدم الملاءمة ظاهراً.

والقاعدة المستمرة في أمثال هذا التفرقة بين العبادات والمعاملات، فما كان من العبادات لا يكتفي فيه بعدم المنافاة، والأصل فيها أن لا يُقْدم عليها إلا بإذن، إذ لا مجال للعقول في اختراع التعبدات، فكذلك ما يتعلق بها من الشروط، وما كان من العادات يكتفى فيه بعدم المنافاة ، لأن الأصل الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه [1].

والشاطبي بهذا يحرر موضع الخلاف بين القائلين بحظر الشروط إلا ما قام الدليل على جوازه، والقائلين بالجواز إلا ما قام الدليل على منعه، فمن وجهة نظره موضع الخلاف هو ما كان من الشروط لا تظهر فيه منافاة لمشروطه ولا ملاءمة، فهذا محل الخلاف والنظر، هل يصح ويعتبر لكونه غير منافٍ للعقد والتصرف، إذ الأصل في العقود والشروط الإباحة ما لم يقم دليل على منعها، ولا دليل على منع هذا النوع من الشروط، أم لا يصح ولا يعتبر، لكونه غير ملائم للعقد والتصرف، ولا مكمل لحكمته فليس عليه دليل شرعي

[1] الشاطبي، الموافقات، ج1، المرجع السابق، ص285.

لاعتباره، والأصل في الشروط الحظر إلا ما قام الدليل على جوازه، وهذا النوع لم يقم دليل على جوازه.

على أنه لابد لنا من الإشارة هنا إلى أن كون الشرط مكملاً لحكمة العقد والتصرف أو ملائماً لهما، أو غير مكمل ولا ملائم، وكذا كونه منافياً لهما أو غير منافٍ محل اجتهاد أيضاً، فقد يرى بعض الفقهاء بعض الشروط ملائماً للعقد غير مناف له فيصححه ويعتبره ، وقد يراه بعضهم غير ملائم بل يراه منافياً فيبطله، ومن هنا يحصل الاختلاف في بعض الصور الفرعية مع الاتفاق على أصل القاعدة .

هذا وقد زاد الشاطبي في تقسيمه المذكور تفصيلاً آخر هو التفريق بين العبادات والعادات، فما كان من العبادات لا يكتفى فيه بكون الشرط لا ينافي تلك العبادة ليحكم بصحته دون أن تظهر ملاءمته لها، لأن الأصل فيه التعبد وعدم الالتفات إلى المعاني وأنه لا يقدم على العبادات إلا بإذن، فكذلك ما يكون متعلقاً بها من الشروط.

وأما ما كان من العادات فإنه يكتفي فيه بعدم المنافاة لمقتضى العقد أو التصرف لأن الأصل فيه اعتبار المعاني والالتفات إليها، والأصل فيها الإذن حتى يدل الدليل على خلافه ، فكذلك ما تعلق بها من الشروط [1].

وهذا التفصيل له أثره الواضح على اعتبار الشروط في الوقف وعدم اعتبارها عند من ينظر إلى الوقف بصفته عبادة وقربة.

الفرع الثاني

التكييف الشرعي لاشتراطات الواقف

جملة القول في التكييف الشرعي لاشتراطات الواقف هو العبارة التي اتفق عليها الفقهاء والتي تقضي بان :(شرط الواقف كنص الشارع) ، ويلاحظ ان هذا التكييف محل

[1] الشاطبي، الموافقات، ج1، المرجع السابق، ص285 وما بعدها.

اتفاق بين كل الفقهاء، لكن اختلف الفقهاء في مدلول التكييف الشرعي لاشتراطات الواقف على النحو التالي :

أولا . رأي الأحناف : و خلاصته ان (شرط الواقف كنص الشارع) أي في الفهم والدلالة ووجوب العمل به،[1] وعندهم ان المفهوم يعتبر في شرط الواقف كما يذهب متاخرون من اصحاب المذهب ، وعليه فإن لفظ الواقف يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها سواء وافقت لغة العرب ولغة الشرع ام لا، ويترتب على ذلك ان كل ما خالف شرط الواقف فهم مخالف للنص، والحكم به حكم بلا دليل.

ثانيا . رأي المالكية : يفيد ان شرط الواقف واجب الإتباع ان كان هذا الشرط جائزا، بل وحتى لو كان مكروها غير ممنوع ، فإن كان على غير هذه الصفة لم يتبع [2].

ثالثا . رأي الشافعية: مضمونه ان شرط الوقف يتبع كسائر الشروط المتضمنة للمصلحة ويستثنون من ذلك حالة الضرورة، ويبررون هذا الاستثناء بالقول ان المنع في هذه الحالة يفضي إلى تعطيل الوقف، وهو أمر مخالف لمصلحة الوقف[3].

رابعا . رأي الحنابلة: مؤداه انه يرجع وجوبا إلى شرط الواقف إذا كان الشرط مباحا غير مكروه، ولذلك يقررون العمل بشرط الواقف في عدم إيجار الوقف، وفي قدر المدة ويرجع عندهم إلى شرط الواقف في التقديم والتأخير، وفي الجمع والترتيب وفي التسوية والتفضيل[4].

---

[1] راجع : ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ، المرجع السابق ، ص، 426 ، 434 ، 456 ، د. وهبة الزحيلي، الوصايا و الوقف ، المرجع السابق ، ص 118 .

[2] راجع : الدردير ، الشرح الصغير ، المرجع السابق ، ص119 ، محمد بن احمد ابن جزي ، القوانين الفقهية الدار العربية للكتاب، ليبيا، تونس، بدون سنة طبع، ص371.

[3] راجع : محمد الشربيني ، مغني المحتاج ، المرجع السابق ، ص 385 ، ابي اسحاق ابراهيم علي الشيرازي ، المهذب في فقه الامام الشافعي، دار الفكر، القاهرة ، بدون سنة طبع، ص 443 .

[4] ابن قدامة ، المغني، المرجع السابق ، ص 552 .

الفرع الثالث

امكانية الغاء القاضي لبعض شروط الواقف

سبق معنا الاشارة الى ان اشتراطات الواقف هي كل ما يمليه كل محبس في العقد بمحض إرادته ، ليعبر به عن رغباته ومقاصده في الكيفية التي ينشأ بها وقفه والنظام الذي يتبع فيه ، من تولي شؤونه وتوزيع ريعه[1].

فالواقف يستطيع أن يشترط ما شاء من الشروط في غير ما يخالف مقتضي الوقف وتكوينه[2]، وحكم هذه الشروط أنه يجب الوفاء بها احتراما لإرادة المحبس ، ويجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد العقد ، كأن يشترط أيلولة الوقف بعد أبنائه إلى أبنائهم ثم يلغي أحفاده و يعوضهم باخوته[3]، إلا أنه قد تكون هذه الشروط نافعة للوقف في مرحلة ما، لكنها قد تضر به او بمصلحة المستحقين لطول الزمن وخاصة وأن الوقف مؤبد ، فهل يمكن قضاءً الغاء الشروط التي من شأنها تفويت المصلحة على الوقف او الموقوف عليهم ؟.

لقد حسم قانون الاوقاف هذه المسألة ، وذهب الى انه متى لم يتحقق شرط الإعتبار في إشتراطات الواقف فانها قد تكون محلا للإلغاء من القاضي، وعلى هذا تنص المادة 16 من قانون الاوقاف: ((يجوز للقاضي ان يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم أو ضارا بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه)).

وبناء عليه ، فللقاضي إذا وجدت شروط تمس بمقتضى حكم الوقف وهو اللزوم

---

[1] المادة 14 من قانون الأوقاف 91-10.

[2] Marcel Morand, Etude sur la nature juridique du Habous, Typographie Adolph jourdin, imprimerie libraire, Alger 1904,p78.

[3] المادة 15 من قانون الأوقاف 91-10.

أو تضر بمصلحة الوقف أو المستحقين، سواء في تكوين العقد أو بعد تنفيذه أن يلغي هذه الشروط[1] :

اولا . القاعدة في طببعة الشروط محل الالغاء : توصف الشروط محل الالغاء بانها على احد وصفين هما :

1- شروط تمس بمقتضي لزوم الوقف: لقد أقر المشرع لزوم الوقف والذي يعني عدم جوازالتصرف فيه بالبيع والهبة والتنازل وغيره، ولقد أقر القضاء ذلك فلم يجز أن يكون الوقف محل ملكية أو دعوى تمليك، فلا يجوز التصرف فيه بأي تصرف ناقل للملكية،لان ذلك يخل باصل الوقف و ينافي حكمه.

فإذا اشترط الواقف شرطا يمس بمقتضى اللزوم، يبطل الشرط ويصح العقد وهو ما صرح به المشرع في نص المادة 29 من قانون الاوقاف الذي يفيد انه :((لا يصح الوقف إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص التشريعية فإذا وقع بطل شرط الواقف)) وبالتالي فالشرط يبطل لأنه يتعارض مع نص المادة 23 من قانون الاوقاف الذي يقضي بأنه: ((لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي بالبيع والهبة والتنازل وغيرها)) ويصح العقد، لانها تخرج بالوقف عن مفهومه الاصلي الذي هو حبس العين و تنفى عنه حكمه القاضي باللزوم .

2- شروط لا تخل بأصل الوقف و لا تنافي حكمه و لكنها تخل بمنفعة الموقوف او بمصلحة الموقوف عليهم او تخالف الشريعة : هذه الشروط هي شروط جائزة في أصلها، حيث يجوز للواقف أن يشترط ما شاء من كيفية الانتفاع بالوقف أو اشتراط عدم استعماله أو تحديد المستحقين للوقف ونصيب كل واحد منهم إذا أراد ذلك.

وهذه الشروط تكون واجبة التنفيذ من قبل المتولي على الوقف، إلا أنه إذا وردت ظروف جعلت تطبيقها عسيرا أو غير ممكن، فإنه يجوز مخالفتها فيصح تغيير وجهة الملك الوقفي إلى ما هو أصلح له وللمستحقين ما لم يمنع ذلك شرط من شروط الواقف، فإذا وجد شرط يمنع ذلك يرجع المتولي إلى القاضي لاستصدار حكم يراعي مصلحة الوقف

[1] االمادة 15 من قانون الأوقاف 91-10.

والموقوف عليهم ويسمح بتغيير وجهة الملك الوقفي إلى ما هو أصلح وهذا ما نصت عليه المادة 26 وما أكدته المادة 26 مكرر 4 من قانون الأوقاف[1] التي تنص على انه : ((يصح تغيير وجهة الملك الوقفي الى ما هو اصلح له وللمستحقين مالم يمنع ذلك شرط من شروط الواقف ، وفي حالة وجود مانع يلجأ الى القاضي الذي يصدر حكما يراعي مصلحة الوقف والموقوف عليهم ،وقفا للاحكام والاجراءات المنصوص عليها في القانون)).

ومن امثلة تلك الشروط : ان يشترط الواقف عدم عزل المتولى المنصّب و لو خان ، اوعدم استبدال العين الموقوفة و لو ضعفت غلتها او انقطع ريعها ، او عدم تعمير الموقوف و لو تخرب ، او غير ذلك من الشرائط التي تخل بالانتفاع و تؤثر على حقوق الموقوف عليهم و لا يقرها الشرع.

ان امثال هذه الشروط تكون غير معتبرة و لا يتقيد بها القضاة ، و لا تلزم المتولين او المستحقين و لا تؤثر على صحة الوقف، بل يبقى مع وجودها لازما.

وبناء على ما سبق فالأصل الذي يجب تحققه في شروط الواقفين لتكون واجبة الرعاية نافذة المفعول ، أن لا تكون مخالفة لمصلحة الوقف أو الموقوف عليهم أو منهيا عنها في الشريعة ، و إلا جاز عدم الاعتداد بها و ساغ للقاضي مخالفتها إذا أخلت بمنفعة الوقف أو الموقوف عليهم أو جانبت الشريعة، و ذلك لأنه يقضي بما هو الأنفع للوقف بصرف النظر عن شروط الواقفين[2] ، ومثال ذلك: إذا شرط الواقف أن لا يستبدل بوقفه ثم دعت ضرورة أو قضت مصلحة بالاستبدال جاز الاستبدال بالوقف بإذن القاضي ، و ذلك لان وجوب مراعاة هذا الشرط على علاته قد يضر بمصلحة الوقف أو قد يفوت عليه منافع كثيرة ، لذا أجيز لذي الولاية العامة أن لا يتقيد به إذا توفرت الدواعي الشرعية للاستبدال.

و من الشروط التي يجوز للقاضي مخالفتها: اشتراط الواقف أن لا يؤجر عقاره لمدة أكثر من سنة ، و لا يوجد راغب في استئجارها إلا لمدة ثلاث سنين أو لمدة أطول أو كان

---

[1] قانون رقم01-07 المعدل والمتمم للقانون رقم: 91-10 المتعلق بالأوقاف.

[2] المادة 16 من قانون الاوقاف: ((يجوز للقاضي ان يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم أو ضارا بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه)).

تأجيرها أكثر من سنة تزيد في أجرتها زيادة محسوسة، ففي هذه الحالات يجوز تأجيرها المدة المرغوبة من قبل المستأجرين بإذن القاضي.

و منها : إذا اشترط الواقف أن لا يعزل هو أو متوليه و لو بدر منهما سوء استعمال ، أو أن ينفرد متول واحد بإدارة الوقف و لا يضم إليه متول ثان، فكل هذه الشروط يمكن للقاضي مخالفتها إذا اقتضت مصلحة الوقف أو الشرع مخالفتها.

و كذلك إذا اشترط الواقف أجورا معينة لأرباب الجهات من مدرس و إمام ثم دعت الضرورة إلى تغيير و زيادة الأجور فللقاضي ذلك.

و هنالك شروط أخرى بوسع المتولي مخالفتها بلا حاجة لإذن القاضي إذا لم يكن في ذلك تفويت لغرض الواقف، بل ربما كانت مخالفتها أوفى بتحقيق غرضه ، فإذا اشترط الواقف أن يتصدق من غلة وقفه سنويا بمبلغ معين على الفقراء الذين يسألون بباب أي مسجد أو جامع ، جاز صرفها للفقراء المتعففين عن السؤال ، إذ أن غرض الواقف التصدق على الفقراء دون تعيين أشخاص منهم.

و كذلك إذا اشترط الواقف توزيع الخبز على الفقراء فله أن يدفع نقودا بدل الخبز إذا ظهر له أن ذلك انفع لهم.

ثانيا . حكم بعض الشروط ذات الطبيعة التمييزية : ان السؤال الذي يطرح بحدة على الصعيد التطبيقي هو: هل يجوز للقاضي إلغاء وقف يستفيد منه بعض أبناء الواقف دون البعض الآخر؟ وما حكم الحبس الذي يتم لصالح الذكور ويحرم البنات؟.

قبل الإجابة على هذا السؤال يجب التنويه بأن الكثير من الناس في بلادنا اتخذوا الوقف كذريعة لمحاربة أحكام الميراث وحرمان البنات[1]، وقد كثر انتشار هذه السلوكات حتى شوهت الأوقاف، وأخفت محاسن مقاصدها ولم يبق الهدف منها التقرب إلى الله سبحانه وتعالى، وادخار الشخص جزاءه لآخرته ، بل سلك مسلكا آخر وصار يستعمل في جوانب أخرى ودخلت فيه المحاباة والتفضيل ، وأحيان يحبس الزوج على زوجته ويفضلها على أولاده، وأحيانا يميز الأب بين الذكور، يحبس على البعض منهم ويحرم البعض الآخر.

[1] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص115-118.

والشائع عندنا في الجزائر من التحبيس هو ذلك الذي يتم على البنين دون البنات هروبا من المذهب المالكي – المعمول به في هذا البلد – الذي جعل من استثناء البنات من الوقف مبطلا له ، لما فيه من مخالفة للشرع وحرمان البنات من الإرث.

ان المقرر ان المذهب المالكي فيه انفتاح واسع يسمح للقاضي بالاجتهاد ، فإذا رأى أن هناك أوضاعا يكون فيها غبن كبير على المرأة التي حرمت من الإرث، يعمل على تخفيفها ولا يكون ذلك بإلغاء عقد الحبس بل تعديله بإشراكها فيه[1]، وتجنبا لهذا الانفتاح في المذهب المالكي فإن الناس دخلوا تحت لواء المذهب الحنفي الذي لا يرى أية حرمة في أن يحبس الشخص أمواله على الرجال دون النساء وهو ما ساعد على انتشار مذهبه عندنا*، فمعظم الأحباس بنيت او تبني عليه ، وإذا عرضت على القضاء يجد نفسه عاجزا أمامها ، فالنزاعات التي تطرح أمامه والتي تحركها النساء المحرومات من الوقف تنتهي بتأييد الحبس ، والأحكام والقرارات التي تتطاول على عقد الحبس الذي جرى على المذهب الحنفي وتحكم بإبطاله مآلها النقض إذا عرضت على رقابة المحكمة العليا.

ومن أمثلة ذلك القرار رقم 351 35 المؤرخ في 1984/12/13، والذي قضى بانه: ((من المقرر شرعا أن الحبس الذي يحرر وفقا للمذهب الحنفي، يرخص بالتحبيس على نفس قيد الحياة ولا يشترط فيه الحيازة كما أنه يسمح بإخراج البنات بشرط أن يجعل لمن عند الاحتياج حق استغلال الأملاك المحبسة.

ولما كان الثابت– في قضية الحال– أن عقد الحبس المحرر وفقا للمذهب المذكور ينص على وجه الخصوص أن البنات الثلاثة–الطاعنات– لهن حق الاستغلال في

---

[1] احمد حمزاوي ، محاضرة حول الأوقاف، الندوة الوطنية للقضاء العقاري، مديرية الشؤون المدنية، 1995، ص 72–73.

* ذهب المستشار بالغرفة العقارية للمحكمة العليا السيد رواينية عمار في محاضرة تحت عنوا ن "الوقف " ألقاها بمناسبة الملتقى الوطني حول القانون العقاري ببن عكنون يوم 17 أفريل 2001 إلى أن أبو حنيفة لم يفت أبدا بجواز التحبيس على الرجال وحرمان البنات، بل أن هذه الفتوى نسبت إليه عن طريق بعض المشارقة الذين نقلوها في كتبهم، الشيخ أحمد حماني رئيس المجلس الإسلامي الأعلى ، وجوب احترام القضاء و القضاة ، نقلا عن حمدي باشا عمر، عقود التبرعات ، المرجع السابق ، ص 145.

البستان، فإن قضاة الاستئناف بإثباته ذلك بما لهم من سلطة تقديرية في الموضوع والقضاء برفض دعوى المدعيات، برروا ما قضوا به تبريرا كافيا، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن)) [1].

ومن ثم أصبح الاجتهاد القضائي في هذا الموقف لا دور له والعقود كلها تأتي على وتيرة واحدة ولا خلاف بينها إلا في إسم المحبس والمحبس عليهم وموضوع الحبس.

ولعل المبررات التي تساق في هذا الصدد مردها الى أن وقف الشخص على أولاده دون بناته ليس مقصودا منه حرمانهم من الميراث، وإنما المقصود أسبابا أخرى منها [2] :

– أن المرأة سوف تتزوج وإذا اعتبرت في الوقف فانه سوف ينتقل بواسطتها إلى أجنبي وهم أولادها الذين هم أجانب عنه يختلفون لقبا ونسبا وعصبة.

– لإبقاء الملك في إسم الواقف مهما طال عليه العهد وخاصة أنه في نظره يدخره لآخرته ينتفع به في مماته.

– تحصين ملكه وإحاطته بسياج يحميه ويحول دون التصرف فيه بالبيع أو الهبة أو غير ذلك من كل أنواع التصرفات التي تنهي حالته كوقف.

– الاغلبية من الفقهاء تعتبر الوقف على الورثة جائز، وليس في الوقف محاربة للميراث سواء أكان متفقا في توزيعه مع نظام الإرث أم مختلفا، بل سواء أكان فيه حرمان لبعضهم أم إعطاء لهم جميعا، لأن الوقف كالهبة وكالصدقات العاجلة تصرف في العين حال الحياة، وماله ملك له، ولم يتعلق به حق الورثة بأي نوع من أنواع التعلق، فيصح عاجلا ولو كان فيه بالفعل حرمان للورثة، وإذا كان الوقف في مرض الموت، وتعلق بالتركة حق للورثة كان له حكم خاص به.

لكن بعض علماء عصرنا ذهبوا إلى القول بأنه إذا كان غرض ونية الواقف من وقفه حرمان بعض ورثته أو تطفيفا لنصيبهم وزيادة نصيب الآخرين، فذلك يعد إثما لا خير

---

[1] القرار رقم 351 35 المؤرخ في: 1984/12/13، المجلة القضائية 1989، عدد04، ص 95.

[2] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص115–118.

فيه، وشرا لا بر معه[1]، لأن فيه معارضة لنص القرآن الكريم في توزيعه الميراث ومحاربته لوصية الله تعالى التي أوصى بها عباده[2]، وكل من حاول أن يبطل وصية الله إطاعة لهوى النفس ونزعات الشيطان، وتحت غضبات جامحة، أو محاباة ظالمة فمحاولته مردودة عليه، لأنه سعى في التخلص من حكم من أحكام الله فسعيه عليه رد، ولأن حكم الله احق بالإتباع، وكتاب الله أهدى سبيلا وأعدل، وليست أقوال الواقفين بمعتبرة أمام كتاب الله، وإذا كان الأمر كذلك فكل وقف يقصد من صاحبه مضارة الوارث أو نقض حق فريضة الله التي فرضها، ووصيته الموثقة ففعله إثم، وإذا قام لدى القاضي الدليل على مقصده، ووضعت بين يديه الدلائل على غرضه الآثم فعليه أن يبطل وقفه، ويرد كيده في نحره لأن الشريعة لا تحمي ما يناقضها ولا تراعي ما يناهضها[3].

الفرع الرابع

القواعد العامة لمعرفة اغراض الواقفين

إن الأصل الذي تبنى عليه الأحكام القضائية و يكون مناط القرارات في المشاكل المتعلقة بذوي العلاقة في عقد الوقف هي إرادة الواقف ، ومعرفة ما يهدف إليه في وثيقة وقفيته ، و تفسير ما ورد في متنها تفسيرا صحيحا، وعلى ضوء ما يتضح تحسم تلك المشاكل ، و لذلك ذهب الفقه إلى تقرير أن شرط الواقف المعتبر كنص الشارع في الفهم و الدلالة ووجوب العمل به .

---

[1] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق ، ص 218 وما بعدها.

[2] جاء في القرار رقم 688 171 المؤرخ في 1997/09/30انه: ((ومتي تبين في – قضية الحال– أن القرار المنتقد لما قضى بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بصحة الحبس الذي أقامه المحبس على زوجته وبناته وحرم إبنه الطاعن من كل الاستفادة من الحبس المذكور فإنه عرض قراره لإنعدام الأساس القانوني والشرعي، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه)) ، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 305.

[3] محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، المرجع السابق، ص 219.

إن هذا الضابط الذي ذكره الفقهاء ليس على إطلاقه ، وبالتالي فلا يجوز العمل بموجب شرط الواقف إذا خالف مقتضيات الشريعة ، ولذلك قال العلامة قاسم الحنفي وشيخ الإسلام ابن تيمية : إجماع الأمة على أن من شروط الواقفين ما هو صحيح معتبر يعمل به ، ومنها ما ليس كذلك [1] .

وقد فسّر كثير من العلماء قول الفقهاء: شروط الواقف كنصوص الشارع بأنها كالنصوص في المفهوم والدلالة على مراد الواقف لا في وجوب العمل بها[2].

و معنى ذلك انه يجب أن يجتهد في معرفة و فهم تعبير الواقف و رعاية عرفه كما يجتهد في معرفة النص الشرعي الذي تستنبط منه الاحكام.

ان مما يعين على فهم النصوص الشرعية هي القواعد العامة التي وضعها علماء اصول الفقه، اذ يجب ان يستعان بقواعدها العامة على تفهم قصد الواقف لان المفروض فيمن ينظم وثيقة الوقف ان يكون سنده في التنظيم الاحكام الشرعية التي يكون مناط قواعدها العامة اصول الفقه ، و كما ان النص الشرعي يجب العمل به فكذلك شرط الواقف المعتبر يجب ان يتبع و ينفذ مفعوله .

ان كثيرا من وثائق الوقف توجد فيها تعابير وجمل وكلمات قد يكون بعضها غامضا أو مبهما ومحتملا معاني عدة ، وقد يتوقف على فهمها و تفسيرها منع ذوي الحقوق اذا لم يثبت للتوضيح قواعد معتبرة يهتدي بها ذوو العلاقة من أصحاب الحقوق وممن وُلّوا

---

[1] راجع: ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، ج5، ط3، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة طبع، ص245 ، ابن تيمية ، الفتاوى ، المرجع السابق، ج31، ص47 .

[2] راجع : السيوطي جلال الدين بن عبد الرحمان، الأشباه و النظائر، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، 1403هـ ، ص195 ، و ابن عابدين ، حاشية رد المحتار ،ج4، المرجع السابق، ص433 ، و ابن مفلح برهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبد الله ، المبدع في شرح المقنع، ج5، ط1، المكتب الاسلامي، بيروت ، لبنان، بدون سنة طبع، ص333 .

ايصال الحقوق الي ذويها ، و على هذا الاساس دونت بعض القواعد العامة التي تعين على فهم شروط الواقفين وتعابيرهم و هي [1]:

1 – تبني الفاظ الواقفين على عرفهم : اذ أن العرف هو الذي يحدد غرض الواقف وما يهدف اليه ولو كان المعني الشرعي أو اللغوي يختلف عن ذلك ، والعرف المعول عليه هو العرف الجاري وقت صدور الواقف لا العرف المتروك أو الذي يحدث بعد الوقف كما يعتبر عرف أهل بلدته أو محلته.

لقد اوضح الفقهاء الالفاظ التي ترد في كلام الواقفين فقالو انها تكون في الغالب من الانواع الأتية[2] :

أ– المفسر: هو ما دل بنفسه على معناه دون ان يكون هنالك احتمال للتأويل ، كأن يخص الواقف بغلة وقفه أولاده ثم بعدهم زيدا و عمرا و خالدا، و معنى المفسر ان صيغة النص دلت على الحكم دلالة واضحة بحيث لم تدع مجالا للتاويل ، و حكمه انه يعمل بالمفسر لانه لا يتحمل التاويل او التخصيص.

ب– الظاهر: هو الذي يفهمه السامع من دون حاجة الى التروي و ضد الخفي و يعمل به، كما لو قال الواقف مثلا جعلت داري وقفا على الفقراء كان كلامه هذا ظاهرا.

ج– المحتمل: هو اللفظ الذي يمكن حمله على معنيين او اكثر و حكمه ان يتعين احد معاينة و هذا يكون بالشواهد و القرائن و لا يمكن ذلك بالراي المجرد.

---

[1] قال ابن تيمية في "الفتاوى الكبرى" (258/4): ". .. مع أن التحقيق في هذا أن لفظ الواقف ولفظ الحالف والشافع والموصي وكل عاقد يُحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها، سواء وافقت العربية العرباء، أو العربية المولدة، أو العربية الملحونة، أو كانت غير عربية وسواء وافقت لغة الشارع، أو لم توافقها، فإن المقصود من الألفاظ: دلالتها على مراد الناطقين بها، فنحن نحتاج إلى معرفة كلام الشارع؛ لأن معرفة لغته وعرفه وعادته تدل على معرفة مراده، وكذلك في خطاب كل أمة وكل قوم، فإذا تخاطبوا بينهم في البيع والإجارة أو الوقف أو الوصية أو النذر أو غير ذلك بكلام رُجع إلى معرفة مرادهم، وإلى ما يدل على مرادهم: من عادتهم في الخطاب، وما يقترن بذلك من الأسباب ". ابن تيمية ،الفتاوى الكبرى،ج4، مرجع سابق، ص258.

[2] يحي بن محمد الرعيني الشهير بالحطاب، شرح ألفاظ الواقفين و القسمة على المستحقين، ط1، مطبعة العرب ، تونس، بدون سنة طبع ، ص40.

وعليه فان كانت ثمة قرينة فيعمل بما تقتضيه القرينة ، مثال ذلك اذا كان احد معينيه ظاهرا و الاخر خفيا فيصرف اللفظ الى الظاهر ما لم تكن قرينة تقتضي حمله على المعنى الخفي.

و اذا كان للّفظ معنى في اللغة و معنى في العرف فحمله على المعنى العرفي أولى ، و يمكن تعيين ما قصده الواقف من ايراد هذا اللفظ بالشواهد و القرائن .

د- **المشترك:** هو اللفظ الذي يطلق على مسميات كثيرة يتناول معانيها على سبيل التساوي مثلا رجل له معتقون و عتقاء فوقف على مواليه فالمولى يطلق على المعتق بكسر التاء و على المعتق بفتحها و لا يمكن العمل بعموم اللفظ لانطباقه على معنيين متباينين ، و ليس هنالك قرينة تخصصه باحد المعنيين فيهمل و لا يعمل به و ينصرف الى من يليهم.

هـ- **المجمل:** هو اللفظ الدال على معنيين متساويين لا مرجح بينهما ، فهو بحكم اللفظ المشترك الا اذا كان الواقف حيا فيفسره ، فلو قال الواقف مثلا : وقفت على احد اولادي و كان له اولاد صلبيون اكثر من واحد كان قول الواقف (احد اولادي) مجملا فلا يعمل به.

ان الغرض من هذه التعابير هو تطبيق احكامها على ما يرد في صحيح الوقف من ألفاظ و كلمات تتناول معاني عديدة او لا تكون واضحة فما يمكن اعمال لفظه حسب القواعد الفقهية أُعمل و الا كان نصيبه الاهمال.

2 - **يصرف الكلام المتداول بين الناس الى المتعارف:** و عليه لو قال الواقف وقفت بمالي هذا على ولدي و نسلي و كان له اولاد و اولاد اولاد دخلوا جميعهم في الوقف، لان كلمة النسل تتناول القريب بحقيقة اللفظ و البعيد بحكم العرف[1].

3 - **يجب العمل بالعام القطعي المعارض للخاص:** لان في العام نصا في افراده فإذا تأخر عن الخاص و كان معارضا له فانه يفسخه ، كما إذا وقف الواقف على أولاده الصخور في صدور كلامه ثم عمم الوقف إلى ذريته في آخره يعمل بالقول الأخير، و يدخل أولاد البطون و أولاد الظهور كلهم في الوقف.

---

[1] قال ابن نجيم: ". . يُحمل كلام كل عاقد وحالف وواقف على عرفه ولغته وإن خالفت لغة العرب." ، ابن نجيم البحر الرائق، ج 6، مرجع سابق ، ص226.

4 – المفرد المضاف إلى المعرفة يفيد التعميم: فلو قال الواقف وقفت على ولدي استحق في الوقف جميع أولاده الذكور و الإناث.

5 – أن النص على الأسماء يقتضي عدم دخول ما عداهم في الحكم: فإذا وقف الواقف على أشخاص معينين من أولاده لم يدخل آخرتهم الباقون في الاستحقاق.

6 – إذا تعارض في صك الوقفية شرطان و لم يمكن التوفيق بينهما عمل بالمتأخر منهما و أهمل المتقدم: لان الأخير يكون ناسخا للأول، كما إذا ساوى في العطاء بين الذكور و الإناث ثم قال في آخر وقفيته على أن يجري التقسيم بينهما وفق الفريضة الشرعية.

7– إذا ذكر الوصف بعد المجمل المتعاطفة أو قبلها فيصرف إلى الكل: فلو قال الواقف وقفت على أولادي و أولادهم المحتاجين شمل وصف (المحتاجين) أولاده و أولاد أولاده جميعا ، و كذا لو قال وقفت على المحتاجين.

8 – إذا توسط الوصف الجمل المتعاطفة اختص بما قبله: من أولادي و أولادهم فان وصف المحتاجين يلحق بجميعهم، فإذا قال وقفت على أولادي المحتاجين و أولادهم لحق وصف المحتاجين أولاده فقط و لم يشمل ما بعد الوصف من أولاده.

9 – الأصل أن يعود الضمير للأقرب فالأقرب إلا إذا قامت قرينة في العبارة خلاف ذلك: فإذا وقف الواقف على ولديه زيد و بكر و على نسله فان الهاء في نسله تعود ظاهرا إلى نسل بكر و لا يدخل نسل زيد عليه ، أما إذا قال وقفت على ولدي زيد و زينب و على نسله فان هاء الضمير المذكور يعود لزيد بقرينة التذكير.

10– أن مصرف الوقف الفقراء: فإذا لم يكن هنالك نص من الواقف بالجهة التي تصرف إليها الغلة فتصرف للفقراء كما إذا جهلت المصارف أو وقف شخص داره و سكت عن صرف الغلة فتتوزع على الفقراء.

الفرع الخامس

اشتراطات الواقف في الاجتهاد القضائي

بخصوص موقف الاجتهاد القضائي من اشتراطات الواقف، فانه يلاحظ انه قد استقر على ان القاضي ملزم بالسهر على احترام ارادة الواقف وتنفيذها والا تعرّض حكمه للنقض والالغاء ، وهذا ما نلمسه من خلال قرارات المحكمة العليا الكثيرة في هذا الموضوع و منها :

– القرار الصادر عن المحكمة العليا في: 1968/02/24 الذي يقرر القاعدة الشرعية التي توجب إحترام إرادة الواقف، حتى ولو كانت مخالفة لمذهب فقهي معين، آخذة برأي مذهب آخر، وعليه فقد جاء في هذا القرار : ((إذا كانت مبادئ و أحكام الشريعة تقضي بخضوع عقد الحبس لإرادة المحبس الذي يجوز له ان يأخذ بالشروط المعمول بها في أي مذهب من المذاهب الإسلامية، فإن مخالفة هذه المبادئ تقتضي بطلان ما يترتب 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 إحترام إرادة المحبس)) [1].

– القرار الصادر بتاريخ 1968/05/05 الذي يقرر ان أيلولة الوقف تخضع لإرادة الواقف فقط، حيث ينص : ((من المقرر فقها و قانونا انه خلافا للقواعد الإجبارية الجارية على المواريث تخضع أيلولة الحبس مبدئيا لإرادة المحبس)) [2].

– القرار الصادر بتاريخ 1968/10/23 الذي يؤكد ما ذهب إليه القرار أعلاه، ويشير إلى حق الواقف في إستعمال أحد الشروط العشرة المشهورة في الوقف ، حيث ينص القرار: ((ان الإنابة إذا لم توجد في الميراث، فالأمر عكس ذلك في الحبس، إذ للمحبس الحرية

---

[1] المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية 24/ 1968/02 ، ملف رقم 40589 ، المجلة القضائية 1989 ، عدد 1، ص 118 .

[2] المحكمة العليا،غ . أ . ش 1968/05/05 ، ملف رقم 41110 (غير منشور).

التامة في تعيين وتفضيل من شاء، ومن ثم يستوجب نقض الحكم الذي قضى بان الشريعة الإسلامية ترفض الإنابة في مسائل الحبس)) [1] .

– القرار الصادر بتاريخ 1968/11/06 الذي أيد الحكم المطعون فيه والذي قضى بصحة الوقف الذي أخرج فيه الواقف الإناث من الإستحقاق، حيث ينص القرار: ((من المقرر في الشريعة الإسلامية انه خلافا للقواعد الإجبارية الجارية على المواريث فإن أيلولة الحبس تخضع مبدئيا لإرادة المحبس، و من ثم فإنه لا يمكن إبطاله على أساس إختيار مؤسسه المذهب الحنفي الذي يسمح بإخراج الإناث بشرط ان يجعل لمن عند الإحتياج حق إستغلال الأملاك المحبوسة، وعليه فإن الحكم المطعون فيه إذا قضى بما قضى به برر حكمه تبريرا شرعيا))[2].

– القرار الصادر بتاريخ 1971/03/17 القاضي بإبطال قرار المجلس القضائي بعدم صحة الوقف الذي أعطى إمتيازا للذكور على الإناث بشرط الواقف ،حيث ينص القرار: ((حيث ان المجلس الأعلى يثير من تلقائه وجها مأخوذا من إنتهاك الشرع فيما يتعلق بصحة الوقف الذي إختار واقفه مذهب الأحناف، وذلك ان القرار المطعون فيه حكم ببطلان الحبس المحرر في 1963/01/21 بمحكمة شرعية بدعوى ان هذا الحبس لم يذكر فيه المرجع الأخير وانه ليس من العدل كما يقول القرار بقاؤه على حاله، إذ هو يعطي للذكور إمتيازا ظالما مخالفا لروح ومقاصد الشريعة الإسلامية وبهذا فإن المجلس هو الذي بنى قراره على نظرية مخالفة لمذهب إمام ليس له إنتقاده، وإنما عليه تطبيقه فالقضاة ليسوا مجتهدين مطلقين وإنما هم مطبقون للأحكام لا مشرعون لها، مما يتعين معه نقض وإبطال القرار))[3].

– القرار الصادر بتاريخ 1984/12/13 الذي رفض الطعن الذي تقدمت به ثلاث بنات بصفة مدعيات واللواتي ينعين على القرار المطعون فيه بالقصور وعدم التسبيب وانتهاك قواعد الشريعة على أساس ان الواقف أخرجهن من الوقف، ينص القرار: ((من المقرر شرعا

---

[1] المحكمة العليا. غ . م 1968/10/23 . م . أ . ج 1 . ص 107 ، النشرة السنوية 1969 . ص 246 .

[2] المحكمة العليا. غ . م 1968/11/06 م . أ . ج 1 . ص 60 ، النشرة السنوية 1968 . ص 124 .

[3] المحكمة العليا. غ .ق .خ 03/17 /1971 . نشرة القضاة 1972 عدد 02 . ص 76 .

ان الحبس الذي يحرر وفقا للمذهب الحنفي يرخص بالتحبيس على نفس قيد الحياة ولا يشترط فيه الحيازة، كما انه يسمح بإخراج البنات بشرط إنه يجعل لمن عند الإحتياج حق إستغلال الأملاك المحبسة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور بالتسبيب وإنتهاك قواعد الشريعة الإسلامية في غير محله يستوجب الرفض، إذا كان الثابت –في قضية الحال –ان عقد الحبس المحرر وفقا للمذهب المذكور ينص على وجه الخصوص ان البنات الثلاثة –الطاعنات – لهن حق الاستغلال في البستان فان قضاة الاستئناف بإثباتهم ذلك بما لهم من سلطة تقديرية في الموضوع والقضاء برفض دعوى المدعيات، برروا ما قضوا به تبريرا كافيا، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن))[1].

– القرار الصادر بتاريخ 1986/05/05 الذي يقرر القاعدة العامة في اشتراطات الواقف حيث ينص: ((ان الحبس هو عقد خصه الفقه وقيده بشروط خاصة مما لا يمكن اعتباره كوصية، بل عقد صحيح يخضع لإرادة المحبس ولا يمكن إبطاله بأي وجه من الأوجه ما دام مؤسسه بناه على قواعد فقهية ثابتة كانت معمول بها وقتئذ، ولا يعاب عليه اختيار المذهب في ذلك ولا إخراج من شاء من المحبس عليهم))[2].

من خلال ما سبق يمكن تقرير ما يلي :

1 – أن شروط الواقفين هي ما يقيد به الواقفون التصرف في أوقافهم من حيث إبقاؤها واستبدالها، وحفظها والإنفاق عليها، وجهات صرف غلاتها وريعها، وكيفية توزيع استحقاقات المستحقين لها، والولاية عليها وإدارة شؤونها، وكل ما يتعلق بها.

2 – أن تلك الشروط منقسمة إلى ما يتعلق بالموقوف، وإلى ما يتعلق بالموقوف عليه وإلى ما يتعلق بالنظارة اوالولاية.

3 – وأن تلك الشروط أيضاً تنقسم من حيث أثرها على صيغة الوقف إلى قسمين أساسيين: قسم يبطل معه الوقف، فلا ينعقد وقفاً، بل يبقى ملكاً لصاحبه، وقسم لا يبطل معه الوقف،

---

[1] المحكمة العليا.غ.أ.ش. 1984/12/13 .ملف رقم 35351 . المجلة القضائية.1989 . عدد 4. ص95 .

[2] المحكمة العليا.غ.أ.ش 1986/05/05 .ملف رقم 42791 .(غير منشور).

وإن بطل الشرط في حد ذاته.

4 – أن شروط الواقفين تنقسم من حيث الحكم عليها بإجماع العلماء إلى صحيحة، وباطلة.

5 – أن الشروط الصحيحة واجبة الاعتبار، لا يجوز مخالفتها إلا لضرورة بإجماع الفقهاء، أو لمصلحة راجحة للوقف أو للمستحقين عند بعض العلماء.

6 – أن الفقهاء متفقون على قاعدة عامة في أحكام شروط الواقفين هي: أن ما لم يناف مقتضى الوقف منها، ولم يكن منهياً عنه أو مخالفاً لقاعدة من قواعد الشرع، وفيه مصلحة للوقف أو للمستحقين فإنه يكون جائزاً وصحيحاً يلزم الأخذ به، ولا تجوز مخالفته إلا لضرورة أو مصلحة راجحة.

7 – أن الاختلاف الظاهر بين كل مذهب من المذاهب الأربعة وبين غيره من تلك المذاهب، أو بين فقهاء المذهب الواحد، وتباين آرائهم في شروط الواقفين توسيعاً في تصحيحها وتضييقا ً، إنما هو اختلاف في تحقيق المناط ، وهو تطبيق القاعدة المذكورة أنفاً على ما يشترطه الواقفون في الواقع.

فقد يرى مذهب أو فقيه أن شرطاً من الشروط صحيح لأنه غير منهي عنه، ولا يخالف قاعدة من قواعد الشرع الثابتة، ويراه المذهب الاخر غير صحيح لكونه منهياً عنه ومخالفاً لقاعدة شرعية ، فمثلاً: اشتراط إخراج البنات من الوقف مطلقاً أو إذا تزوجن فيما إذا كان الوقف على الأولاد، هذا الشرط يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة جوازه وصحته ولزوم الأخذ به لعدم النهي عنه في حد ذاته، ولعدم تعارضه مع قاعدة الميراث.

في حين أن المالكية في الراجح من مذهبهم ومعهم بعض الفقهاء من المذاهب الأخرى يرون بطلانه وبطلان الوقف، وبعضهم يرى بطلان هذا الشرط وحده وصحة الوقف لأنه شرط مخالف للنهي عن التفريق بين الأبناء في الأعطيات، ومخالف للقاعدة الشرعية في المواريث، ومثل ذلك اشتراط إخراج الزوجات في حالة زواجهن، وهكذا سائر الفروع والصور المختلف في صحة الشروط فيها.

8 – أن لاعتبار القربة في أصل الوقف أثراً على شروط الواقفين جوازاً ومنعاً، صحة

وبطلاناً عند بعض الفقهاء.

فالحنفية – مع توسعهم الكبير في شروط الواقفين – يولون القربة في الوقف اهتماماً بالغاً حتى إنهم ليبطلون الوقف إذا آل به الشرط لإعطاء الأغنياء وحدهم دون الفقراء، كمن وقف على أولاده واحتفظ لنفسه بحق إعطاء من شاء وحرمان من شاء ثم أعطى الغلة كلها للأغنياء فإن الوقف يبطل عندهم بسبب ذلك.

وشيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم لا يعتبران أي شرط من شروط الواقفين إذا لم يكن مستحباً، ويريان أن ما لم يكن قربة ومستحباً فإنه لا يحقق مقصود الواقف من وقفه الذي هو التقرب به إلى الله، وإذا لم يحقق المقصود فإنه عندئذ يكون مخالفاً لقاعدة عامة في الشرع، ولهذا فاشتراطهما القربة مندرج تحت القاعدة العامة في تصحيح شروط الواقفين، مع اختلاف في تحقيق المناطق كما أسلفنا.

9 – أن شروط الواقفين هي المحور الذي تنطلق منه جميع التصرفات والأعمال المتعلقة بالوقف فلابد من فهم معانيها ومقاصد الواقفين منها، بواسطة القواعد اللغوية والأصولية الموضوعة للتوصل بها لمعرفة دلالات الألفاظ ، واستخراج الأحكام منها كما هو الحال في النصوص الشرعية ، وكذلك يلزم اتباع تلك الشروط ولا تجوز مخالفتها متى ما كانت صحيحة ومعتبرة شرعاً، وهذا هو المراد من قول الفقهاء " شروط الواقف كنصوص الشارع" وأن ما اشتهر من إنكار ابن تيمية وابن القيم للقول بأن المراد مشابهتها في وجوب العمل بها، ذلك الإنكار إنما هو على ما يوهمه ظاهر العبارة من وجوب العمل بكل ما يصدر عن الواقفين من شروط مطلقاً.

10. يتضح لنا ان ارادة الواقف التي يعبر عنها في صيغة الوقف هي محل اعتبار في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري الى درجة انها تقوم مقام النص الشرعي، ومن اجل ذلك كان احترام ارادة الواقف ووجوب تنفيذها التزاما يقع على عاتق الدولة وفق ما قررته المادة 05 من قانون الاوقاف[1]، ذلك ان اشترطات الواقف المعبرة عن ارادته هي التي تنظم الوقف

[1] المادة 5 من القانون 91–10:" الوقف ليس ملكا للاشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام ارادة الواقف وتنفيذها ."

من خلال تبيان مصارفه، وكيفية ادارته واستغلاله وكذا طرق تنميته واستثماره .

وكخلاصة لهذا الباب ، يمكن تقرير ان الوقف لا يظهر للوجود الا بتحقق الأركان الجوهرية التي يبنى عليها إنشاؤه وتكوينه ، ذلك أن الوقف تصرف قانوني تتجه فيه إرادة الواقف إلى حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة ، وإحداث الأثر القانوني الذي يريده الواقف يستلزم التقيد بالأركان والأوصاف المتطلبة قانو نا وشرعا .

ان إنشاء التصرف الوقفي صحيحا يرتب أثرا مباشرا هو تمتع الوقف بالشخصية المعنوية التي تحقق له الإستقلال المالي و الإداري ، الامر الذي يعد ضمانة تشريعية للمحافظة على استقلاليته واستمراريته وفعاليته في آن واحد، ذلك أن وجود ذمة مالية مستقلة للوقف لا تفقد بموت الواقف، من شأنه أن يحفظ حقوقه في حالة تعرضه للغصب أما الاستقلالية الإدارية فتضمن التسيير المحكم للأملاك الوقفية سواء من حيث صرف إيراداتها، أو توزيع غلاتها على المستحقين أو استثمار واستغلال تلك الأملاك وفق إرادة الواقف التي تظهر في اشتراطاته المعتبرة التي تقوم مقام النص الشرعي، ومن اجل ذلك كان احترام ارادة الواقف ووجوب تنفيذها التزاما يقع على عاتق الدولة .

الباب الثاني

الاطار القانوني للتنظيم والانتفاع الوقفي

الباب الثاني

الاطار القانوني للتنظيم والانتفاع الوقفي

ان الوجود القانوني للوقف يرتب ثلاثة آثار قانونية اساسية مختلفة ومترابطة في نفس الوقت ، فاما الاول فهو حصانة المال الوقفي ، ومقتضاه انه لا يجوز التصرف في أصل الملك المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف، سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيره ، فأي تصرف في أصل الملك الوقفي يكون باطلا بطلانا مطلقا ولا ينفذ في مواجهة الوقف، ولذلك يمنع بيعه اوهبته اوالتنازل عنه ولا حتى رهنه، لأن ذلك قد يؤدي الى الحجز عليه وبيعه.

واما الأثر الثاني فيتمثل في ثبوت الشخصية المعنوية للوقف وهذا يقتضي أن الوقف متى نشأ مستكملا لشروطه ، اعترف له بالشخصية المعنوية التي تجعله مستقلا عن مستحقيه وينقطع حق الواقف والموقوف عليه في رقبة العين الموقوفة، فلا يملك أي منهما أن يتصرف بما ينقض الوقف أو يخل بمقصوده، وهذا يعني ان الوقف بما له من وجود افترضه القانون له ايضا إرادة مفترضة هي إرادة الشخص الطبيعي الذى يمثله، وبالتالي فهو يحتاج إلى من يتولى رعايته وحراسته ،والحفاظ عليه وتوجيه منافعه نحوالمستفيدين منها بحسب شروط الواقف. ولذلك كان لكل وقف ناظر أو متولي يكون وكيلا عن الواقف في تحقيق غرض الوقف وتولي إدارته وصيانته وهو وكيل عن المستحقين، والغلة في يده أمانة، ولكنه وكيل لهم بقدر ما اتحدت مصلحتهم مع مصلحة الوقف ، وعلى المتولي أن يحرص على كل ما يصلح الوقف وينميه، ويكون ممثلا في الدعاوى التي تقام على لوقف.

وأما الأثر الاخر فهو أثر شديد الصلة بأمر إدارة الوقف والولاية عليه، متعلق بالانتفاع منه وهو الاستحقاق في الوقف، الذي ينصرف معناه إلى استحقاق غلة الوقف ومنافعه من قبل المستحقين فيه ، وما يكون لهم من التصرف فى أعيانه و ما لا يكون .

ان جماع القواعد التي تنتظم في اطارها تلك الآثار يمكن ان تبلور في ما أسميناه اطار قواعد التنظيم والانتفاع الوقفي ، والتي اقتضى أمر الاحاطة بها الى إفراد الاثر الاول بالتناول ، وتثنية الباقين على النحو التالي:

الفصل الاول: مبدأ حصانة المال الوقفي.

الفصل الثاني: الولاية على الوقف والانتفاع فيه.

الفصل الاول

مبدأ حصانة المال الوقفي

يعنى الوقف في الشريعة الإسلامية وفي القانون بعناية وحماية خاصة نظرا لما لهذه الصدقة الجارية من قيمة تعبدية و اجتماعية ، فقد نصت المادة 23 من قانون الاوقاف صراحة على انه : ((لا يجوز التصرف في أصل الملك المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيره)).

فالمادة جاءت صريحة في منع التصرفات التي ترد عليه بأية صفة من صفات التصرف ، وسواء كانت من الواقف أو الموقوف عليهم أو الناظر أو المتولي بصفة عامة أو الغير، فأي تصرف في أصل الملك الوقفي يكون باطلا بطلانا مطلقا ولا ينفذ في مواجهة الوقف.

إن فكرة حصانة المال الموقوف تنسجم مع مفهوم المخالفة لنص المادة 93 من القانون المدني والتي تقضى بضرورة أن يكون محل العقد ممكنا وإلا وقع العقد باطلا واذ يقصد بذلك ألا يوجد مانع طبيعي (مادي) أو قانوني في نقل ملكية الشيء محل التعاقد أو إنشاء حق عيني عليه ، فإنه يجب التأكيد على عدم إمكانية التصرف في المال الموقوف باعتبار أن أحكام الشريعة الإسلامية الغراء الحاكمة للوقف تمنع التصرف فيه ، وما يثبت ذلك حديث المصطفى (ﷺ) لسيدنا عمر بن الخطاب عندما سأله بأنه استفاد مالا ويريد التصدق به، فقال له: ((تصدق بأصله، لا يباع ولا يوهب ولا يورث، ولكن ينفق ثمره فتصدق به))[1].

ان حصانة المال الوقفي تقتضي أن المال المحبس لا يمكن أن يكون محل تملك ولا دعوى تمليك ، فأي تصرف يجعل الوقف محل تملك أو دعوى تمليك يكون باطلا ويخضع البطلان إلى أحكام القانون المدني مع مراعاة نص المادة 25 من قانون الأوقاف.

[1] البيهقي، السنن الكبرى ، ج6، المرجع السابق، ص109-110.

حيث يمكن لكل ذي مصلحة التمسك به ، ويجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه الخصوم ، وفي الأملاك الوقفية الذي يتمسك بالبطلان وكيل الأوقاف على مستوى كل ولاية.

غير أنه لاعتبارات الضرورة والمصلحة أقر القانون استثناء على هذا الأصل العام في حالات معينة ، ويتعلق الامر بالاستبدال الذي يفيد : بيع العين الموقوفة و شراء عين أخرى تكون وقفا بدل العين التي بيعت، فهو يقتصر على التصرفات بعوض دون التصرفات التي تكون بدون عوض كالهبة لأن ذلك يعد إنهاء للوقف.

وللإحاطة بمسألة الحصانة التي يتمتع بها التصرف الوقفي ، نتناولها من خلال التطرق لقاعدة عدم مشروعية التصرف في المال الوقفي (المبحث الأول)، وكذا الاستثناء الوارد عليها المتمثل في فكرة الاستبدال في الوقف (المبحث الثاني) على النحو التالي :

المبحث الاول

قاعدة عدم مشروعية التصرف في المال الوقفي

تقتضي فكرة عدم مشروعية التصرف في المال الوقفي : أن الوقف متى نشأ مستكملا لشروطه ، تثبت له شخصية معنوية تجعله مستقلا عن مستحقيه وينقطع حق الواقف والموقوف عليه في رقبة العين الموقوفة، فلا يملك أي منهما أن يتصرف بما ينقض الوقف أو يخل بمقصوده، فالأموال الموقوفة لا تكون محل ملك ولا دعوى تمليك.

إن هذه القاعدة تجد أساسها في فكرة لزوم الوقف (المطلب الاول)، وفي اعتبار كل تغيير يطرأ على الوقف وقفا (المطلب الثاني)، ونتناول كل مطلب على حدة كما يلي :

المطلب الاول

لزوم التصرف الوقفي الصحيح

يقتضي بيان فكرة اللزوم في الوقف التعرض لمعنى اللزوم في الوقف (الفرع الاول) ، ولفكرة إرتباط اللزوم بفكرة التأبيد (الفرع الثاني)، ثم المسائل المتعلقة بأثر اللزوم من حيث زوال ملكية الواقف (الفرع الثالث)، وحرمة الوقف (الفرع الرابع) على النحو التالي:

الفرع الاول

معنى اللزوم في الوقف

اللزوم لغة : الثبات والدوام[1].

وإصطلاحا : هو عدم جواز الرجوع في الوقف، أو نقضه أو انتقاله بالإرث أو بأي تصرف قانوني آخر[2].

إن أصحاب هذه الفكرة – اللزوم في الوقف– هم جمهور الفقهاء الذين قرروا القاعدة التي مفادها : إذا صح الوقف لزم، إذ يمتنع الواقف عن التصرف فيه ولا يملك الرجوع فيه، لأن ملكيته زالت ، وأساس هذا الرأي هو حديث صحيح، متين من حيث الثبوت، صريح من حيث الدلالة [3].

---

[1] محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1998، ص176.

[2] المرجع نفسه، ص176.

[3] ((تصدق بأصله، لا يباع ولا يوهب ولا يورث، ولكن ينفق ثمره ...))، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ، السنن الكبرى ، ج6 ، دار الفكر العربي، بيروت ، بدون سنة طبع، ص109–110.

الفرع الثاني

إرتباط فكرة اللزوم بفكرة التأبيد

بناء على مفهوم اللزوم، فإن التصرف الوقفي متى كان لازما يشترط فيه أن يكون مؤبدا لا يمكن الرجوع فيه ، وهذا ما قرره القانون الجزائري من خلال النصوص القانونية المختلفة حيث نصت المادة 213 من قانون الأسرة على أن: ((الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق)).

كما نصت المادة 03 من قانون الاوقاف 91-10على أن: ((الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد...))، كما قضى قانون الاوقاف بأنه : ((يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن))[1].

يفهم من هذه النصوص أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة تأبيد الوقف ومنع تأقيته إلى درجة ترتيب البطلان على ذلك ، ومنه فإن الوقف المؤبد لا يمكن الرجوع فيه حتى ولو اشترط الواقف ذلك ، حيث أن التأبيد يفيد لزوم التصرف الوقفي وأي شرط يشترطه الواقف ينافي لزوم الوقف يجوز للقاضي إلغاؤه[2].

ان المسائل القانونية المرتبطة بفكرة اللزوم يمكن تبيّنها على ضوء القانون والاجتهاد القضائي فيما يلي :

أولا . تقرير القانون لبطلان الرجوع في الوقف مطلقا: ان المقرر قانونا انه :((إذا صح الوقف زال حق الملكية ويؤول حق الإنتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف و شروطه)).

ورد هذا النص في المادة 17 الواردة في الفصل الرابع المتعلق " بالتصرف في الوقف" من قانون الاوقاف ، ويستخلص من النص ان الاثر المباشر للتصرف الوقفي

---

[1] المادة 28 من قانون الأوقاف.

[2] المادة 16 من قانون الاوقاف: " يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم...".

الصحيح هو زوال حق ملكية الواقف ، بمعنى زوال كل سلطاته على المال الموقوف التي كانت له قبل إنشاء الوقف والتي كان له بموجبها ان يتصرف في ماله بكل أنواع التصرفات ، وعليه فإن هذا الاثر المباشر يحول بين الواقف وان يتصرف في المال الموقوف ، مما يفيد انه لا يستطيع الرجوع في وقفه لانه فقد كل السلطات المتفرعة عن حق الملكية.

ومما يعضد ما سبق ذكره هو نص المادة 23 من نفس القانون التي تشرح المادة 17 السالفة الذكر بتقرير انه : ((لا يجوز التصرف في اصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها)).

فعدم جواز التصرف الوارد في النص يفيد عدم قدرة الواقف على الرجوع في وقفه بحكم القانون، ومتى وقع الرجوع كان محلا للبطلان .

والمشرع بتقريره لقاعدة عدم جواز الرجوع في الوقف يعكس الراجح من اراء الفقهاء في هذه المسألة[1].

ثانيا . اسبقية الاجتهاد القضائي في تقرير مبدأ عدم جواز الرجوع في الوقف : لقد كان الاجتهاد القضائي سباقا الى تقرير بطلان الرجوع في الوقف من طرف الواقف، حيث جاء في احد قرارات المجلس الاعلى الصادر بتاريخ 1967/03/08م انه :((يستوجب نقض القرار الذي اقر بيع الاموال المحبسة رغم ثبوت سوء نية المشتري وهو ما يتنافى مع احكام الحبس))[2].

وجاء في القرار رقم 78814 المؤرخ في 1992/02/18: ((حيث أن قضاة الاستئناف لاحظوا بان (ف.ح) لم يراع الشروط التي اقرها المحبس و وضعها قيد حياته و راح يقيم حبسا أخر على الأملاك المحبسة عليه كما تصرف فيها أيضا بالإيجار و من شان هذه التصرفات أن تحيد بهذه الأملاك عن الغرض الذي خصصت من اجله خصوصا لما

[1] راجع الصفحة رقم 70 من الأطروحة .

[2] المجلة الجزائرية لسنة 1968 ، ع 01، ص145 .

تبين من خلال هذا الحبس بان له طابع التأبيد و متعلق بانتقال ملكية الرقبة و ليس بحق الانتفاع))[1].

ان ما سلف من القرارات القضائية يؤكد بمنتهى الوضوح ان احكام الوقف تفيد عدم جواز التصرف في العين الموقوفة باي تصرف تمليكي كالبيع مثلا، ذلك ان التصرف في الملك الوقفي لا يعني الا ان الواقف قد اعطى لنفسه حق استعمال سلطاته التي كانت له بحكم ملكيته للمال الموقوف قبل إنشاء الوقف، في حين ان هاته السلطات يفترض انها زالت بمجرد انشاء الوقف، وبالتالي فإن قرار المحكمة الصادر في غياب النص انذاك – الذي يفيد عدم صحة التصرف التمليكي للوقف – يقرر مبدأ عدم جواز الرجوع في الوقف.

ثالثا . جواز الرجوع في الوقف المكيّف وصية : لئن كانت القاعدة هي عدم جواز الرجوع في الوقف مطلقا في القانون الجزائري فإن هذا لا يعارض القول بان الوقف الذي علّقه الواقف أو اضافه الى موته يجوز الرجوع فيه كما قرر ذلك فقهاء الشريعة الاسلامية، ذلك ان الجواز هنا لم يقرّر الاّ لأن الوقف هنا يأخذ حكم الوصية التي يجوز الرجوع فيها ، بناء على المادة 192 من قانون الاسرة التي تقرر جواز الرجوع في الوصية[2] ، غير ان الرجوع هنا لا يكون الا بتحقق شرطين هما :

الشرط الأول : ان يتم الرجوع قبل الوفاة ، لانه إذا كان الواقف قد وقف مالا معينا أثناء حياته، فإنه إن مات صار الوقف لازما في حق الورثة في حدود ثلث التركة كأصل وبالتالي لايجوز الرجوع فيه.

الشرط الثاني : ان يتم الرجوع من طرف الواقف نفسه، لان الرجوع هنا حق شخصي فلا يكون الا منه.

ولقد نحى الاجتهاد القضائي هذ المنحى من خلال احدى قرارات المحكمة العليا التي جاء فيها : ((من المقرر فقها أن الحبس إذا كان معلقا أو مضافا، جاز للمحبس الواقف التراجع عنه ، وان كان منجزا (أي فوري) فلا يجوز الرجوع عنه.

---

[1] نشرة القضاة. م .ع. لسنة 1995، ص90.

[2] المادة 192 من قانون الأسرة : " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا ..." .

ومتى ثبت أن عقد الحبس – موضوع النزاع الحالي– كان معلقا لما بعد وفاة المحبسة (م ع) ، فإن تراجعها بإبطالها له بعقد توثيقي، وتصرفها ببيع العقارات بعقود رسمية كان جائزا شرعا.

وعليه كان على قضاة الموضوع ابعاد عقد الحبس المعني ، ورفض طلب المطعون ضدها الرامي الى ابطال البيع المذكور وطرد المشترين من العقار المحبس.

ولما قضوا بغير ذلك فقد عرضوا قرارهم –المنتقد– للنقض))[1].

وترتيبا على ما سبق يمكن القول ان الواقف متى صح وقفه لم يكن له الرجوع فيه مطلقا، وبالتالي فإن الملك الوقفي يكتسب مناعة وحصانة تجعل كل تصرف تمليكي – يكون هو محله – باطلا مطلقا.

الفرع الثالث

زوال ملكية الواقف أثر لفكرة اللزوم

إن لزوم التصرف الوقفي الصحيح يقتضي زوال سلطات الواقف على المال الموقوف، وبالمقابل يثبت للموقوف عليه حق الإنتفاع فقط، وقد أكد المشرع الجزائري هذا المقتضى من خلال المادة 213 من قانون الأسرة التي تنص على أن: ((الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق)).

كما تنص المادة 03 من قانون الاوقاف 91–10 على أن: ((الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد...))[2]، فكل هذه النصوص تؤكد أن كل سلطات المالك المتعلقة بحق التصرف وحق الإستعمال وحق الإستغلال تسقط عنه بمجرد تصرفه الوقفي،

---

[1] قرار رقم 230 102 مؤرخ في 1993/07/21، المجلة القضائية 1995، عدد 02، ص 77.

[2] وفي هذا السياق تنص المادة 17 من قانون الاوقاف على أنه: " إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه ".

أما الموقوف عليه فيثبت له حق الإنتفاع من غلة الوقف دون التصرف مطلقا في المال الوقفي ، لأن الملكية لا تنتقل إليه وإنما يمنح الوقف شخصية معنوية، وهو ما قررته المادة 17/ف2 من قانون الاوقاف التي نصت: ((... ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه))، وتؤكد ذلك مواد اخرى* منها المادة 18 من نفس القانون التي تنص: ((ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه، وعليه استغلالها إستغلالا غير متلف للعين وحقه حق انتفاع لاحق ملكية)).

وترتيبا على ما سبق ، يتبين أن حرمة التصرف في رقبة المال الموقوف لا تقتصر على الواقف فقط بل تشمل الموقوف عليه كذلك، لأن هذا الأخير يقتصر حقه على الانتفاع فقط من غلة وريع الوقف، وهو ما ينطبق على الواقف في حالة الوقف على النفس ، إذ يتمتع بحق الانتفاع من ريع الوقف فقط دون أن يكون له الحق في الرجوع عن وقفه أو التصرف في المال محل الوقف وفقا للمادة 214 من قانون الأسرة التي تنص: ((يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبوس مدة حياته ،على أن يكون مآل الوقف بعد ذلك على الجهة المعينة)) ، وكذا المادة 06 مكرر من القانون 02-10 المعدل والمتمم للقانون 91-10 التي تنص: ((يؤول الريع الناتج عن الوقف المؤسس لفائدة جهات خيرية والذي احتفظ فيه الواقف بحق الانتفاع بريعه مدى الحياة إلى الجهات الموقوف عليها)).

وفي كل الأحوال يجوز للموقوف عليهم التصرف في حق المنفعة، والتنازل عنها للغير، كما يجوز لهم جعل حق منفعتهم ضمانا للدائنين**.

---

*المادة 23 هي الأخرى توضح فكرة لزوم الوقف بالنسبة للواقف والموقوف عليه على السواء حيث تنص: " لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها" .

** خاصة في الاوقاف الخاصة حيث تبقي حقوق المنفعة في الوقف الخاص تحت تصرف أهلها الشرعيين .

الفرع الرابع

اللزوم يقتضي حرمة الوقف

يقتضي الحديث في هذا الجانب التطرق إلى مسألة إنتهاك حرمة الوقف والجزاء القانوني لذلك ، ومسألة التقادم في الوقف.

اولا . إنتهاك حرمة الوقف : إن نشوء التصرف الوقفي صحيحا يرتب أثرا مباشرا هو عدم جواز التصرف في رقبة العين الموقوفة ، الأمر الذي يمثل ضمان الحماية الشرعية و القانونية للأملاك الوقفية ، و لا أدل على ذلك مما قرره الدستور الجزائري[1] في مادته 52 /ف3 التي تنص على أن : ((الأملاك الوقفية وأملاك الجمعيات الخيرية معترف بها ويحمي القانون تخصيصها)).

لقد تعرضت الأملاك الوقفية في الجزائر ابتداءا من تاريخ الاحتلال الفرنسي للجزائر إلى انتهاكات متعددة لحرمتها مما أدى إلى ضياعها – وهو ما يستدعي البحث عنها – أو إخراجها عن الغرض الذي أنشئت لأجله، الأمر الذي يستدعي استرجاعها.

إن مسألتي البحث عن الأوقاف، وكيفية استرجاعها السابقتي الذكر يمكن التفصيل فيهما على النحو التالي:

1 – حصر الاوقاف في الجزائر: لقد شرعت المديرية الوصية على الوقف الجزائري على المستوى المركزي وعملا بما يخوله لها القانون في عملية البحث وحصر الوقف الجزائري بدعم مالي من البنك الإسلامي للتنمية [2]، إلا أن هذه العملية تحتاج إلى الوقت و الجهد الكثير، نظرا للصعوبات التي تتلقاها المديرية المعنية في الواقع مما يصعب العملية وفي هذا الجانب يمكن تناول مسألتين هما على التوالي:

أ – منهج مديرية الأوقاف في حصر و استرجاع الوقف الجزائري: تنتهج مديرية الأوقاف في عملية البحث و الحصر و الاسترجاع للوقف الجزائري على منهج البحث الميداني

---

[1] دستورالجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية ،الجريدة الرسمية عدد76،الصادرة بتاريخ 1996/12/08م.

[2] عبد القادر بن عزوز ، مرجع سابق، ص51–53 .

من خلال عمل وكلاء الاوقاف، أو الأفراد الطبيعيين أو المعنويين والذين يحاولون البحث عن معالم الوقف من خلال شهادة الشهود ، ثم استصدار الوثائق الثبوتية للوقف المكتشف وتسجيله لدى الهيئات المعنية بذلك ، كما تعمل أيضا على البحث لدى الجهات والهيئات الرسمية التي تتضمن ممتلكاتها أوقافا .

إن هذه العملية كانت بتدعيم مالي من طرف البنك الإسلامي للتنمية بجدة وفق الاتفاقية المشتركة بين وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف ، والبنك الإسلامي للتنمية بجدة [1] .

إن التحقيق الميداني منهج عملي للمديرية الوصية على الوقف للوقوف على حقائق الأمور كما هي في الواقع ، وهو عمل ليس بالسهل نظرا لغياب الوثائق الثبوتية في بعض الأحيان ، و لقلة الشهود الحاضرين لعقد الوقف و العالمين به ، ولقد اعتمدت المديرية في عملية الحصر هذه على تكليف وكلائها عبر التراب الوطني بالبحث الميداني والاتصال بالجماعات المحلية، ثم إنجاز مخططات بيانية للأملاك الوقفية الموجودة حاليا و المستغلة وذلك بالتعاون مع مكتب المنار للدراسات ، و البحث عن الأوقاف الأخرى والبحث عن الشهود ورفع الدعاوى القضائية ضد الأشخاص المستغلين للوقف دون احترام عقد الوقف وشروطه .

لقد كان لهذا الجهد ثماره في الواقع حيث بلغ عدد الأوقاف المحصاة على المستوى الوطني (9196) ملكا وقفيا[2] بناء على إحصائيات المديرية الوصية في السنة الميلادية 2013 م، ولا تزال العملية متواصلة لحد الآن في الميدان و عبر مختلف الولايات ، كما تجدر الإشارة إلى أن المديرية رفعت العديد من القضايا في المحاكم على اختلاف رتبها وعبر ولايات الوطن.

---

[1] المرسوم الرئاسي رقم 01-107 ، الصادر بتاريخ : 2 صفر 1422هـ الموافق لـ 26أفريل 2001م، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 29 أفريل 2001 م، العدد 25 .

2 شرون عز الدين، أساليب استثمار الوقف في الجزائر ، مجلة الحجاز العلمية المحكمة للدراسات الإسلامية والعربية ، العدد 08،السعودية ، أوت 2014، ص174.

ومما سبق ذكره ، فإن هذا الأمر يدل على الجهد و الحرص المبذول من طرف الإدارة الوصية لاسترجاع الوقف واسترجاع دوره الاجتماعي و الاقتصادي.

ب – عوائق حصر واسترجاع الوقف الجزائري: يمكن للباحث في مشكلة حصر الوقف الجزائري أن يرجع أسبابها إلى ما يلي :

– **السبب السياسي:** إن سبب تأخر عملية حصر و إحصاء الوقف الجزائري يرجع إلى انعدام الاهتمام من طرف السلطة السياسية الحاكمة ، فعلى الرغم من صدور المرسوم 64–283[1] بتاريخ 17 سبتمبر 1964م والذي جمد العمل به انذاك ، إلا أن الاوقاف لم تلق العناية الكافية والمتابعة اللازمة، والمعرفة الحقيقية لدورها الاجتماعي التكافلي والاقتصادي، و مما يدل على عدم الاهتمام بالوقف و بدوره حذف كلمة الأوقاف من اسم الوزارة الوصية عليه، ولم يظهر هذا الاهتمام إلا بعد صدور قانون 91–10، أي بعد أن طمست الكثير من المعالم الوقفية ، وتحولت إلى جهات عمومية أو خاصة.

– **السبب الإداري:** لقد كان لغياب الإدارة المتخصصة و المسيرة لشؤون الأوقاف ولموارده آثارا سلبية سواء في الحفاظ عليه أو في حصره و البحث عنه ، وقد صعب هذا الغياب عملية الحصر و البحث على الإدارة الحالية الحديثة العهد في هذا المجال ، حيث أنها أنشئت رسميا بموجب المرسوم 94–470 [2] والذي خولها الحق في وضع الدراسات التقنية الخاصة باستثمار الوقف ، وكذا استخراج الوثائق الثبوتية له .

ـ السبب التوثيقي : يعتبر التوثيق مشكلا أساسيا في عملية حصر الوقف واسترجاعه ومرد ذلك إلى انعدام الوثائق الوقفية لبعض الأوقاف ، وتفرّق الوثائق الثبوتية بين مصالح وهيئات مختلفة ، كوزارة العدل والمالية و الفلاحة والأرشيف الوطني و الزوايا والأشخاص الطبيعيين، والمحافظات العقارية و مصالح وزارة الثقافة و وزارة الداخلية[3].

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 64 –283 المؤرخ في: 1964/09/17 ، المتضمن الأملاك الحبسية العامة ، الجريدة الرسمية عدد77.

[2] المرسوم 94–470 المؤرخ في: 1994/12/25 ، يتضمن تنظيم الادارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية ج. ر العدد 01.

[3] علاوة بن تشاكر ، حصر الأوقاف و حمايتها في الجزائر، المرجع السابق ، ص 17 .

ان هناك الكثير من الطرق التي تمكننا من الوصول إلى الأملاك الوقفية[1]، وذلك بالرجوع إلى الأرشيف أو الاتصال بجميع الجهات التي لها علاقة بالأملاك الوقفية، لأن نظام الأوقاف في الجزائر يمتد إلى العهد العثماني باعتباره كان يشكل ظاهرة اجتماعية إسلامية عرفتها الجزائر إبان تلك الفترة كما سبق معنا ذكره في الفصل التمهيدي، لذا كان من الواجب تنويع طرق البحث عنها، وفي هذا الإطار أصدرت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف سلسلة من المذكرات والمناشير تحقيقا لهذا الغرض على النحو التالي:

- المذكرة رقم 35 المؤرخة في:1994/10/23 ، المتعلقة بكيفية البحث عن الأملاك الوقفية.

- المنشور رقم 56 المؤرخ في:1996/08/05 ، المتعلق بتوسيع دائرة الاهتمام بالأملاك الوقفية منها والعقارية.

- مراسلة رقم 175-98 المؤرخة في:1998/08/25، المتضمنة تسهيل عملية البحث عن الأوقاف وعن وثائقها.

ولعل من المفيد ذكر بعض الطرق التي تساعد في البحث عن الأملاك الوقفية وحصرها والتي من بينها[2]:

- الرجوع إلى الأرشيف: حيث يوجد قسم هام جدا من الأرشيف يساعد في البحث عن هذه الأملاك الوقفية ، ومنها الأرشيف الوطني وكذا أرشيف كل من دولتي تركيا وفرنسا.

- الاتصال بمصالح أملاك الدولة والمحافظات العقارية: تلعب هذه المصالح دورا كبيرا في البحث عن الأملاك الوقفية، لأن السجلات القديمة لشهر الممتلكات زاخرة بهذه الأملاك والتي كانت لها تسميات عديدة.

- الاتصال بالبلديات والولايات: في إطار البحث عن الأملاك الوقفية بواسطة الاتصال بالمجموعات المحلية قام وزير الداخلية والجماعات المحلية بإصدار مراسلة تحت

---

[1] حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص94.

[2] محمد بن عزوز ، المرجع السابق، ص53 .

رقم 017-98 مؤرخة في 1998/08/25 إلى محافظة الجزائر الكبرى وجميع الولاة قصد تسهيل البحث عن الأوقاف وعن وثائقها.

- الاتصال بالجهات القضائية والموثقين: للبحث عن الأملاك الوقفية يمكن الرجوع إلى العقود والمستندات الخاصة بالأملاك الوقفية وتنظيم العملية من جديد، وذلك بمراجعة الجهات المكلفة بالأوقاف قبل إجراء أي تصرف خاص بالاوقاف، وفي هذا الصدد قامت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف بإصدار إعلان بتاريخ 1998/08/22 بالجرائد الوطنية التمست فيه من جميع الولايات والبلديات والمحافظات العقارية ووكالات الترقية العقارية والموثقين على مستوى الوطن، مراجعة مصالح الوزارة المختصة قبل إجراء أية معاملة عقارية خاصة مع الأملاك مجهولة الملك.

- الاتصال بمصالح وزارة الفلاحة: إن عملية البحث عن الأملاك الوقفية واسترجاع الوثائق الخاصة بها، يمكن أن تساهم فيها أيضا المصالح الإدارية الفلاحية، لأن مجموعة كبيرة من الأراضي الفلاحية الوقفية تم تأميمها بموجب الأمررقم 71- 73 المؤرخ في: 1971/11/08 المتعلق بالثورة الزراعية.

وفي هذا الصدد صدرت عدة تنظيمات خاصة بذلك من أجل تسهيل العملية منها:

* المذكرة رقم 35 الصادرة عن وزارة الشؤون الدينية بتاريخ 1994/10/23.

* المذكرة الوزارية المشتركة بين وزارة الشؤون الدينية ووزارة الفلاحة بتاريخ 1992/01/11.

- استرجاع الأراضي الوقفية [1] : لقد تعرضت الأراضي الموقوفة إلى عدة انتهاكات من طرف الخواص والمؤسسات العمومية وذلك بسبب الفراغ القانوني الموجود غداة الاستقلال، غير آبهين بالحكم الشرعي القاضي بأن الأملاك الوقفية ليست من الأملاك القابلة للتصرف فيها ولا هي من أملاك الدولة وإنما هي ملك لله تعالى.

بعد فشل قانون الثورة الزراعية، وصدور دستور جديد سنة 1989 المعدل والمتمم سنة 1996 والذي نص في المادة 52 منه على حماية الأملاك الوقفية والاعتراف بها ،

[1] راجع : د. بن رقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001 ، ص106.

أصبح من الضروري تحرير الأوقاف من كل يد وضعت عليها، ولهذا السبب بادرت وزارة الشؤون الدينية بإعداد القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 افريل1991 م المتعلق بالأوقاف، والذي نصت المادة 38 منه على أنه : ((تعاد الأملاك الموقوف المؤممة في إطار أحكام الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971، المتضمن الثورة الزراعية إلى المستفيدين الأصليين إذا ثبت أنها بقيت على حالها وفقا للشريعة الإسلامية والقانون، وعند عدم وجود هؤلاء المستفيدين، تؤول هذه الأملاك للسلطة المكلفة بالأوقاف ،أما الأوقاف التي خضعت لبيع يستحيل معه استرجاع أصل الوقف المؤسس فتكون موضوع تعويض وفقا للإجراءات المعمول بها، مع مراعاة أحكام المادة 02 أعلاه))، ولم يفرض المشرع إلا شرطا واحدا يخص إعادة الأراضي الموقوفة المؤممة، وهو أن لا تكون قد فقدت طابعها الفلاحي.

واستنادا إلى المادة 40 من القانون المتعلق بالأوقاف، يتعين على المستفيدين الأصليين، وفي حالة غيابهم، السلطة المكلفة بالأملاك الوقفية، طلب الاسترجاع وفقا لمقتضيات المادة 81 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 /1990/11 المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم، مع العلم أن الميعاد المقرر في هذه المادة مفتوح بصريح عبارة المادة 40 من قانون الأوقاف[1].

وهكذا، فإن إرجاع الأملاك الوقفية إلى الجهات المعنية مسألة مفروغ منها ما دامت مواعيد تقديم الطلبات مفتوحة، وحسنا فعل المشرع الجزائري لأن ذلك من صميم أحكام الوقف، وفي هذا الإطار صدر المنشور الوزاري المشترك رقم 11 بتاريخ 6 جانفي 1992 الذي حدد كيفية الاسترجاع ونمط تسوية أوضاع المستفيدين المستغلين لهذه الأراضي.

وبالنسبة للجهات التي تعود إليها الأراضي والآثار المترتبة عن ذلك ، نجد المنشور الوزاري يفرق بين ثلاث حالات هي:

[1] المادة 40 من قانون الأوقاف : " عند تطبيق أحكام المادة 81 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990، تحل الجهة الموقوف عليها أو السلطة الوصية المكلفة بالأوقاف محل المالك الأصلي، ولا تؤخذ بعين الاعتبار الآجال المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر".

– حالة الأراضي الفلاحية الموقوفة وقفا عاما: تعود أراضي الوقف العام إلى المؤسسات التي كانت تشرف عليها قبل تطبيق قانون الثورة الزراعية.

وقد ترك المنشور الوزاري المذكور الخيار للمستفيدين في أراضي الوقف العام بين الحصول على تعويض عيني أو نقدي ، أو البقاء في الأرض التي يستعلونها إذا فضلوا البقاء فيها بعد إرجاعها بشرط أن يحولوا إلى مستأجرين،وتطبق عليهم أحكام المادة 42 من قانون الأوقاف والمرسوم التنفيذي رقم 98–381 المؤرخ في 1998/12/01 المتضمن إدارة وتسيير الأملاك الوقفية.

ويفترض أن هذا الاقتراح لن يكون مقبولا من قبل المستثمرين لأنه لا يمكن أن يختاروا تحويل حقهم في الانتفاع الدائم إلى إيجار نص المرسوم على أنه مؤقت، ولا يصح لمدة غير محددة وينتهي حتما بموت المستأجر(المواد 22 وما يليها من المرسوم 98–381).

– حالة الأراضي الفلاحية الموقوفة وقفا خاصا: تعود الأراضي الفلاحية الموقوفة وقفا خاصا المؤممة إلى الموقوف عليهم، وتبقى تحت تصرفهم طبقا للمادة 22 من قانون الأوقاف، أما المستفيدون المعنيون فإنهم يعوضون طبقا للمادة 78 من الأمر 95-26 المعدل والمتمم لقانون التوجيه العقاري[1]، وفي حالة تعذر تحويلهم إلى أراض أخرى، فإن هؤلاء يمكنهم

[1] المادة 78 من القانون 90–25 المعدلة بالأمر95–26: " تضمن الدولة الحقوق الممنوحة للمستفيدين, في إطار القانون رقم 87–19 المؤرخ في 8 ديسمبر سنة 1987، المعنيين بعمليات استرجاع الأراضي و في هذا الإطار يمكن هؤلاء إما :

– الاستفادة من قطعة أرض جديدة من الأراضي غير الموزعة ,

– ادماجهم ضمن المستثمرة الفلاحية الجماعية التي يقل عدد شركائها عن العدد المبين في العقد الإداري الأصلي.

– الاستفادة من قطعة أرض تفصل من مساحة المستثمرة الفلاحية الجماعية التي يقل عدد شركائها عن العدد المبين في العقد الإداري الأصلي، و هذا بعد إسقاط الجهة القضائية المختصة حقوق انتفاع المستفيدين، أو بواسطة قرار الوالي المختص إقليميا إذا لم يتم بعد إخضاع العقد الإداري لإجراءات التسجيل و الإشهار العقاري.

– أو يعوضون نقديا وفقا للتشريع المعمول به .))

الاتفاق مع الموقوف عليهم على الاستمرار في استغلال الملك الوقفي ريثما يتم تحويلهم أو تعويضهم نقدا.

– الحالات المشتركة بين أراضي الوقف العام وأراضي الوقف الخاص: هناك عدة حلول نص عليها المنشور الوزاري المشترك المذكور آنفا منها:

* إذا فقدت الأرض طبيعتها الفلاحية، كأن استعمل وعاؤها للبناء، أو نزعت للمنفعة العامة وجب تعويضها عينا طبقا للأحكام المنصوص عليها بالمادتين 24 و 25 من قانون الأوقاف.

* يحول المستفيدون الشاغلون لمساكن أو محلات مشيدة على اراض وقفية إلى مستأجرين.

* المنشآت الأساسية والأغراس، والتجهيزات الثابتة المحدثة في الأراضي موضوع الاسترجاع والتي أنجزت بعد مرحلة التأميم هي جزء من العين الموقوفة، وتسوى حالات النزاع التي تحدث بين المستفيدين والموقوف عليهم عن طريق التراضي أو الجهات القضائية.

* تتوقف في كل الحالات حيازة الجهات المعنية لأراضيها على دفع مبالغ التعويضات عن التأميم كما لا يتم حيازة الأرض إلا بعد نزع الأغراس الحينية الجني إلا إذا اتفق على خلاف ذلك.

ويلاحظ في الأخير أنه إذا ما ثبت الإسترجاع فإن الآثار التي تترتب عن ذلك هي :

– زوال حق ملكية الدولة للأراضي الزراعية المعنية بعملية الإسترجاع.

– إنتقال وعودة حق منفعة الأرض المسترجعة إلي الموقوف عليه إبتداءا إن كان موجودا أو إلى السلطة المكلفة بالأوقاف.

– يصبح الأشخاص الذين لهم حق انتفاع على هذه الأرض مستأجرين إذا وافقوا على ذلك وإلا فإنهم يعوضون من قبل الدولة نقدا أو عينا عن ذلك[1].

[1] المادة 06 من الأمر 95–26 .

– يتم الإسترجاع دون تعويض للموقوف عليهم على ما فاتهم من نفع من المال الموقوف من يوم التأميم إلى يوم الإسترجاع، ذلك أن التأميم عمل سيادي تشريعي، والدولة غير مسؤولة عن أعمالها السيادية والتشريعية.

ثانيا . الجزاءات المترتبة على انتهاك حرمة الوقف : يترتب على انتهاك حرمة الملكية الوقفية : تعرض المعتدي إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات[1] ، وفي هذا الصدد تنص المادة 36 من قانون الأوقاف 91–10 : ((يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة متسترة أو تدليسية، أو يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستنداته أو يزورها إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات)).

وفقا لهذا النص فإن انتهاك حرمة الوقف يكيّف على أنه جريمة يترتب عليها عقوبة، وبالرجوع إلى قانون العقوبات نجد أن جريمة انتهاك حرمة الوقف تقع ضمن الجنايات والجنح المتعلقة بالأموال الواردة في القسم والسادس من الباب الثاني الخاص بالجنايات والجنح ضد الأفراد .

وفي هذا الإطار تنص المادة 386 من قانون العقوبات على أنه :((يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات بغرامة من 2000 إلى 20000 دينار جزائري كل من انتزع عقارا مملوكا للغير وذلك خلسة أو بطرق التدليس وإذا كان انتزاع الملكية قد وقع ليلا بالتهديم أو العنف، أو بطريق التسلق أو الكسر من عدة أشخاص أو مع حمل ظاهر أو مخبأ بواسطة واحد أو أكثر من الجناة، فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات والغرامة من 10000 إلى 30000 دج)).

أما المادة 387 منه فتنص : ((كل من أخفى عمدا أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جنحة في مجموعها أو في جزء منها، يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى 05 سنوات على الأكثر وبغرامة من 500 إلى 20000 دج ويجوز أن تجاوز الغرامة 20000 دج حتى تصل إلى ضعف قيمة الأشياء المخفاة ، ويجوز علاوة على ذلك أن

[1] الأمر رقم 66–156 المؤرخ في: 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 ، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج.ر عدد 49.

يحكم على الجاني بالحرمان من حقه أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14* من هذا القانون لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر ...)) ، وتضيف المادة 388 منه :((في حالة ما إذا كانت العقوبة المطبقة على الفعل الذي تحصلت عنه الأشياء المخفاة هي عقوبة جناية يعاقب المخفي للعقوبة التي يقررها القانون للجناية وللظروف التي كان يعلم بها وقت الإخفاء، ومع ذلك فإن عقوبة الإعدام تستبدل بالنسبة للمخفي بعقوبة السجن المؤبد، ويجوز دائما الحكم بالغرامة المنصوص عليها في المادة 387)).

إذن، فكرة تجريم فعل الإنتهاك الواقع على الأملاك الوقفية هو من أوجه الحماية الأكيدة التي يقررها القانون للتصرف الوقفي .

ثالثا . عدم جواز الاعتداد بالحيازة والتقادم في الوقف : إذا كانت أموال الدولة العقارية او المنقولة تتمتع بحماية خاصة من اعتداء الغير بالاستيلاء عليها ثم ادعاء ملكيتها بمرور الزمن بموجب نص المادة 689 من القانون المدني[1]، ومن بعد ذلك في تشريعات متعددة كالقانون رقم 90-30 المتعلق بالاملاك الوطنية في المادة 04 منه[2] ، فإن أموال الوقف لم

---

* المادة 14 من قانون العقوبات تنص: " يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة و في الحالات التي يحددها القانون أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق المشار إليها في المادة 8 لمدة لا تجاوز خمس سنوات".

المادة 8 من قانون العقوبات(معدلة بالقانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 /02/ 1982) تنص :" الحرمان من الحقوق الوطنية ينحصر في:

– عزل المحكوم عليه و طرده من جميع الوظائف و المناصب السامية في الحزب أو الدولة و كذا جميع الخدمات التي لها علاقة بالجريمة،

– الحرمان من حق الانتخابات و الترشيح و على العموم كل الحقوق الوطنية و السياسية، و من حمل أي وسام،

– عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا أو خبيرا أو شاهدا على أي عقد أو أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال،

– عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو ناظرا ما لم تكن الوصاية على أولاده،

– الحرمان من الحق في حمل الأسلحة و في التدريس و في إدارة مدرسة أو الاستخدام في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذا أو مدرسا أو مراقبا".

[1] المادة 689 من القانون المدني :" لا يجوز التصرف في اموال الدولة او حجزها او تملكها بالتقادم..." .

[2] المادة 4 من قانون الأملاك الوطنية 90-30 : "الأملاك العمومية غير قابلة للتصرف والتقادم والحجز" .

تلق العناية ذاتها على الرغم من إمكانية تعرضها لمخاطر حيازة الغير لها وعدم اكثرات الناظرين لذلك أو تواطئهم.

والحقيقة أن أموال الوقف ليست أمولا عامة حتى يمكن حمايتها بحكم المادة 689 اوالمادة 04 السالفتي الذكر، فهي ليست مملوكة للدولة او أي شخص اعتباري عام، كما أنها ليست مخصصة للنفع العام، في حين أنه من المتصور أن يكون الوقف أهليا أو مقررا لمصلحة شخص أو طائفة من الأشخاص، وعليه فإنه يجوز حيازته من قبل الغير وادعاء ملكيته[1].

ان مسألة التقادم في الوقف لم ينص عليها المشرع الجزائري ولم يتضمنها قانون الأوقاف، إلا أننا بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن التقادم يسري على جميع العقارات باستثناء تلك المملوكة للدولة ، والتي تعتبر أملاكا عامة منحها القانون حماية خاصة تتمثل في عدم جواز التصرف فيها ، وعدم جواز اكتسابها بالتقادم[2] ، او تلك التي مسها المسح العام من عقارات الافراد.

ان العقار الموقوف له طبيعة خاصة، فالوقف العام يشبه ملكية الدولة إلى حد ما[3]، والوقف الخاص رغم أنه يختلف عن الوقف العام، إلا أن الدولة تلتزم بحمايته والسهر على المحافظة عليه طبقا للمادة 46 من قانون الأوقاف[4]، وبما أن الأوقاف تشبه أملاك الدولة فالأصل أنها لا تخضع للتقادم ، وهذا ما ذهبت اليه التشريعات المقارنة كالمشرع المصري الذي كان يقر التقادم على الوقف ، والذي كان يشترط فيه الحيازة لمدة

---

[1] عبد الحميد الشورابي ، أسامة عثمان، منازعات الأوقاف و الأحكار، منشأة المعارف ، 1976، ص 88 وما بعدها.

[2] راجع : تراكية محمد رضا، تطهير الوضعية القانونية للعقارات، ملتقى تكوين الإطارات الدينية ووكلاء الأوقاف، سنة 2001، مطبوعات وزارة الشؤون الدينية، ص03، أنور طلبة ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 6 ، ط4، دار الفكر الجامعي، 1998، ص 608.

[3] أعمر يحياوي، نظرية المال العام، الطبعة الأولى، دار هومة ، الجزائر، 2002، ص 29-32.

[4] محمد طرفاني، المرجع السابق، ص 08.

33 سنة وفقا لتقادم حقوق الميراث[1] وعدم سماع الدعوى بعد ذلك إذا أنكر الحائز الوقف* ولذلك فقد عدل نص المادة 970 من القانون المدني والقاضي بكسب ملكية الأموال الموقوفة بالتقادم بمرور مدة ثلاثة وثلاثون سنة بالقوانين أرقام 75/147 و 59/39 و55 /70 حيث أصبح نص المادة 970 كالآتي: ((في جميع الأحوال لا تكتسب ملكية الأموال الموقوفة بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة ثلاثا وثلاثين سنة، ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة وللأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما والأوقاف الخيرية أو كسب أي حق عيني على هذه الأموال بالتقادم))، وإمعانا في حماية أموال الوقف في الكويت فقد تم تعديل نص المادة 906 من القانون المدني لمنع الغير من حيازتها وعدم الاعتداد بهذه الحيازة إذا حصلت، وهو التعديل الذي تم في يونيو 1996 بناء على اقتراح من اللجنة العليا للعمل على استكمال تطبيق الشريعة الإسلامية، ونفس الامر بالنسبة للقانون الليبي الذي نص صراحة على عدم خضوع الوقف للتقادم تماشيا مع المنطق[2].

ورغم أن القانون الجزائري لم يوضح في قانون الأوقاف مسألة التقادم، الا ان القضاء الجزائري فصل في عدة قضايا تتعلق بالتقادم على الوقف، فلم يجز التملك بالتقادم في استغلال الأراضي المحبسة لانعدام نية التملك[3] .

وكذلك اقر أن المال المحبس لا يمكن أن يكون محل تملك ولا دعوى تمليك في القرار الصادر عن المحكمة العليا في: 1994/03/30، حيث أقرت المحكمة العليا قرار المجلس القضائي برفض دعوى الطعن الذي أكد فيه انه هو الوارث الوحيد للمرحوم أخيه

---

[1] Fernand Dulout, Le habous dans les droits musulmans et legislative nord African, la maison de livre ,Alger, 1938 ,P 26.

* لقد فرق بعضهم بين الدعوى المتعلقة بأصل الوقف فجعلها تسقط بـ33 سنة، أما الدعوى المتعلقة بالانتفاع فجعلها تسقط بـ 15 سنة، لأنها تتعلق بالاستحقاق، أحمد رفعت حفاجي، عدم سماع الدعاوى المتعلقة بالوقف، مجلة محماة المصرية، سنة 1941، ص 418-419.

[2] محمد طرفاني، المرجع السابق، ص08.

[3] قرار صادر في: 1986/01/13 (غير منشور)، حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء العقاري، المرجع السابق ، ص 124.

فأقروا أن المال المحبس لا يمكن أن يكون محل تملك ولا دعوى تمليك[1]، كما أن القضاء الجزائري أبطل عقد شهرة تتعلق بأرض محبسة، حيث جاء في منطوق القرار انه: ((من المقرر شرعا وقانونا أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو بالهبة أو بغيرهما.

وعليه فإن الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى ببوسعادة القاضي بإبطال عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية على أساس التقادم المكسب على عقار محبس لفائدة زاوية الهامل ببوسعادة يعد سديدا)) [2].

واذا كان الظاهر مما سبق ان الاجتهاد القضائي ينحو نحو عدم الاعتداد بالحيازة في الوقف الا ان الغرفة العقارية بالمحكمة العليا ذهبت الى التمييز بين الوقف العام والوقف الخاص، حيث جاء في القرار:((لكن 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: هو الحبس الأهلي وهو خاضع للتقادم متى توافرت شروطه سواء في سقوط الحق تماشيا مع احكام المادة 102/ف2 من القانون المدني ، او التقادم المكسب عملا بالمادة 828 من نفس القانون حفاظا على استقرار المعاملات وأن هذا منسجم مع ما هو مستقر عليه في قواعد الشريعة الإسلامية بخصوص نوع الحبس الأهلي بعدم جواز سماع الدعوى إذا توافرت في المدعى عليه شروط التقادم))[3]، لكنه عاود مرة اخرى بتاريخ 2010/04/22 اقرار مبدأ يعزز فكرة عدم الاعتداد بالحيازة ، من خلال القرار رقم 547662 والذي كان مضمونه يفيد انه لا يجوز تحرير عقد شهرة على ارض محبسة قصد تملكها[4].

وبناء على ما سبق يمكن ملاحظة مايلي:

---

[1] حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء العقاري، المرجع السابق، ص124.

[2] القرار رقم 157.310 الصادر بتاريخ : 07/16/ 1997 ، المجلة القضائية 1997، عدد 01.

[3] القرار رقم 21394 المؤرخ في: 2001/12/29 (غير منشور).

[4] القرار رقم 547662 الصادر بتاريخ : 2010/04/22 عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، عدد2 لسنة 2010.

1 – ان مسألة التقادم في الاوقاف العامة محسومة بالنظر الى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في هذا الشأن .

2 – بالنسبة الى الاوقاف الخاصة : فالظاهر أن القضاء الجزائري لم يعط حكما باتا في قضية تمليك العقارات الوقفية الخاصة بالتقادم نظرا لعدم الاستقرار ولتضارب الاحكام في هذا الشأن، لكن من الاحسن الميل الى وجوب الحاق حكم هذا النوع من الاوقاف بحكم الاوقاف العامة للاعتبارات التالية :

– ان غرض الواقف واحد في كلا الوقفين العام والخاص وهو رجاء الثواب وابتغاء مرضاة الله.

– ان الوقف الخاص هو وقف عام بالمآل والى ان يصير كذلك فانه موضوعيا يحقق غرض الاوقاف العامة.

وعموما فمن الضرورة تدخل المشرع للنص على عدم جواز الاعتداد بالحيازة في الاوقاف ايا كان نوعها للاسباب التالية:

أ_ ان التقادم يخرج الوقف عن دائرة المنع من التصرف فيه بكل أنواع التصرفات الناقلة للملكية، وبالتالي فهو يمس بمقتضي حكم الوقف وهو اللزوم ويخرجه من دائرة التصرفات بالبيع والهبة كما حدث في قضية اوقاف زاوية الهامل السالفة الذكر، لذلك ينبغي النص على منع التقادم في الوقف تماشيا مع احكام الوقف ، ولتعلقه بالمنفعة العامة.

ب_ بما ان الوقف يعتبر شخصا معنويا فانه يجب ان ينظر اليه من هذا الجانب اكثر من اعتباره مالا يخضع لنظام الاموال الخاصة من حيث مايجري عليها من الوقائع والتصرفات، وهذه الخصوصية لوحدها من شأنها ان تكون مبررا كافيا لاستبعاد الاعتداد بالحيازة كسبب لتملك الوقف والا كنا امام اشكالية : مدى امكانية ان يكون الاشخاص محلا للتملك او موضوعا لدعوى تمليك ؟ .

3 – أما فيما يخص سماع دعوى الوقف، فالقضاء الجزائري لم يستقر أيضا على المدة التي لا يجوز بعدها سماع الدعوى ، حيث أقر أن الدعوى لا تسمع بمرور مدة التقادم المسقط

وهذا ما جاء في القرار الصادر في 22 سبتمبر 1986[1]، حيث أن الطاعن لم يرفع دعواه إلا بعد 50 سنة، ولقد اعتمد القضاء في تبريره على نص المادة 308 من القانون المدني التي تجعل المدة 15 سنة ، وأيضا قرار الغرفة العقارية رقم 21394 المؤرخ في: 2001/12/29 السالف الذكر، والذي ذهب الى ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية في مسألة مدة التقادم ، ذلك أن الفقه الحنفي الذي يعتمده الواقفون كثيرا في إنشاء أوقافهم يرى جواز سماع الدعوى بعد 15 سنة اذا لم يمض على وضع اليد مدة تزيد او تساوي ما هو معمول به في حقوق الميراث أي 33 سنة[2] ، ما لم يكن هناك عذر شرعي، وهذا الذي اعتمده القرار رقم 157.310 الصادر بتاريخ :1997/07/16 السالف الذكر، والذي جاء فيه على وجه الخصوص: ((... ومن ناحية أخرى فإن المذهب الحنفي وإن يجيز التقادم إلا أنه لمدة تتراوح بين 33 و 36 سنة، وهذه المدة غير متوفرة في القضية الحالية، وهذا عكس ما ذهبت إليه جهة الاستئناف (مجلس قضاء المسيلة) التي ألغت الحكم المذكور وقضت من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس، مما يتعين نقض القرار بدون إحالة))[3].

واما بالنسبة للتقادم لصالح الوقف، فالوقف باعتباره شخصا معنويا له ان ينتفع باحكام القانون المدني فيما يتعلق بالتقادم المكسب الذي هو في حكم القانون قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد الحائز كائنا من كان[4] ومنهم الوقف ، اذ ليس في القانون مايمنعه من ذلك متى تحققت شروطه.

---

[1] قرار رقم 43301 الصادر بتاريخ :09/22/ 1986 ، المجلة القضائية 1992، عدد 03، ص 63.

[2] المادة 829 من القانون المدني.

[3] قرار رقم 157310 الصادر بتاريخ :07/16/ 1997 ، المجلة القضائية 1997، عدد01.

[4] راجع : انور طلبة ، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ، ص609، احمد امين حسان، فتحي عبد الهادي ، المرجع السابق ، ص 684.

المطلب الثاني

اعتبار التغيير في الوقف وقفا

ينبغي أن يستغل الوقف وفقا لما قرره الواقف في عقد الوقف وبالشكل الذي يحدده[1] ، والقاعدة تقول أن شرط الواقف كنص الشارع ولا يجوز لأي كان أن يمس بهذه الشروط ، فإذا لم تراع هذه الشروط التي أقرها الواقف والتي وضعها قيد حياته بأن وقع تصرف في المال الموقوف بالبناء فيه والغراس عدّ ذلك مناقضة لعقد الحبس ولإرادة الواقف، لذلك فقد اعتبر المشرع الجزائري التغيير في الوقف تصرفا في نص المادة 25 من قانون الأوقاف التي اعتبرت : ((كل تغيير يحدث بناء كان أو غراسا يلحق بالعين الموقوفة ويبقي الوقف قائما شرعا مهما كان ذلك التغيير))[2] .

ورغم أن المشرع لم يصرح بمصطلح التصرف إلا أن القضاء الجزائري حكم بذلك في القرار الصادر في: 1998/11/25، حيث أقرت المحكمة العليا أن إحداث البناء و الغراس في العين يعتبر تصرفا في الوقف و يمس بمقتضيات عقد الحبس ، وأعاب على قضاة الموضوع عدم اعتبار التغيير في الوقف تصرفا مما أدى إلى نقض قرارهم لأنه ناقض عقد الحبس و إرادة المحبس[3]، وكذلك في القرار الصادر في: 1992/02/18 والذي اعتبر التغيير في الوقف بالبناء فوقه تصرفا باطلا لأن الوقف له طابع التأبيد ومتعلق بانتقال ملكية الرقبة وليس بحق الانتفاع[4].

---

[1] راجع : أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص 241، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و ادلته، المرجع السابق، ص 176، مصطفي الزرقا، أحكام الوقف ، المرجع السابق، ص 144.

[2] لقد تعرض المشرع الجزائري لهذه المسألة في قانون الأسرة في المادتين 218 و219، واللتان نصهما:

المادة 218: " كل ما أحدثه المحبس عليه من بناء وغراس في الحبس يعتبر من الشيء المحبس".

المادة 219: " يبقي الحبس قائما مهما طرأ على شيء المحبس من تغيير في طبيعته، فإذا نتج عن التغيير تعويض ينزل منزلة الحبس" .

[3] القرار رقم 643183 الصادر في: 1998/11/25، المجلة القضائية 1999، عدد 01، ص 89.

[4] حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء العقاري، نفس المرجع، ص124.

فاعتبار التغيير في الوقف تصرفا في أصل الوقف هو من مقتضياته، لأن الوقف يقتضي عدم التصرف في المال الموقوف في أصله إلا للضرورة وتحقق المصلحة في الوقف، فلا يجوز التصرف فيه بالبيع والهبة، ولما كان الوقف ينشأ بعقد يعتبر دستورا له ويترتب عنه شخص معنوي محدد الغرض والنشاط ، فالتغيير فيه يؤدي إلى تغيير نشاطه وغرضه ، وكذلك فان إحداث البناء والغراس قد يمنع الاستحقاق فيه للمستحقين، وقد يؤدي الى إنهائه وتمليكه ملكية خاصة، وهذا ما يخلف قاعدة أن الوقف يخرج عن دائرة التمليكات وذلك لانعدام نية التملك[1] .

ان تناول مسألة التغيير في الوقف والجوانب القانونية لها يقتضي التطرق الى شروط التغيير المعتبر وقفا (الفرع الاول)، وكذا آثار التغيير في الوقف (الفرع الثاني) على النحو التالي :

الفرع الاول

شروط التغيير المعتبر وقفا

لكي يعتبر التغيير في المال الموقوف تصرفا ينبغي بطلانه، يجب أن يقام بناء أو غراس أو كليهما على الوقف (أولا) ، وأن تنعدم الصفة في من أقام هذه المنشآت (ثانيا) وأن يقيمها لحسابه الخاص (ثالثا).

أولا. البناء والغراس في الوقف : إن التغيير في الوقف يعتبر من بين أحكام الالتصاق التي تضاف لحالة البناء والغراس، أي أننا بصدد إنجازات جديدة تضاف إلى ملكية الوقف، لها كيان متميز وقائمة بذاتها ويمكن نزعها إذا أريد ذلك، وتستوي أن تكون منشآت جديدة منفصلة أو منشآت مضافة إلى منشآت أخرى[2]، فقد تكون عمارة فوق أرض جرداء أو تكون

[1] القرار رقم109957 الصادر في: 1994/03/30، المجلة القضائية 1994، عدد 2 ، ص39.

[2] راجع: محمد حسنين، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للطباعة و النشر، 2000، ص169 وما بعدها، نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة المعرفة الجامعية، مصر، 1999، ص 301.

أشجارا فوق أرض فلاحية، وقد تكون إضافة كزيادة طابق فوق البناء أو إضافة جناح للحي أو تكملة غراس قائم.

ويشترط في منشآت البناء والغراس ان تكون منشآت دائمة ، وهي المنشآت التي لا يمكن نزعها بسهولة، حيث أنه إذا نزعت قد تسبب أضرارا كبيرة للملك الأصلي.

فإذا كانت هذه التغيرات من قبيل الإصلاحات والتحسينات وأعمال الحفظ والصيانة كالترميم والطلاء وتقوية الأساسات واستصلاح الأراضي وحفر القنوات، فهي لا تعتبر من قبيل التغيرات التي تعتبر تصرفا في الملك الوقفي لأنها لا تؤثر في أصل الوقف بل ترتبط باستغلال العين الموقوفة واستعمالها وهذا ما قد يجعلها ضرورية إذا ما احتاج إليها الوقف.

فإذا كانت غير دائمة أي أنه يمكن إزالة البناء والغراس بسهولة في مال الموقوف كالخيام الصغيرة و الأكشاك والصناديق ونحوها والتي يقيمها أصحابها على أرض الغير دون قصد إبقائها على الدوام، أي دون قصد التملك فتكون ملكا لأصحابها الذين أقاموها وذلك لأنه يمكن إزالتها بسهولة دون أن تحدث أضرار بالعين الموقوفة، وللناظر أي يطلب إزالتها في أي وقت إلا إذا أراد أن تبقي فيه بإذنه إذا كان ذلك يحقق مصلحة أكثر للمال الموقوف[1].

وتجدر الملاحظة هنا ان الوقف يتملك كل بناء أو غراس يُحدث عليه بغض النظر عن عنصر مدة التملك وفقا لنص المادة 25 من قانون الأوقاف السالفة الذكر.

ثانيا. انعدام الصفة فيمن أقام البناء والغراس : يشترط لكي يكون التغيير في الوقف بالبناء والغراس تصرفا ، أن يكون من أقام هذه التغييرات غير أهل لذلك ولا يملك الصفة في القيام بها، فإذا كان يملك الصفة بأن كان ناظرا للوقف فإن ما يقوم به من بناء وغراس في مصلحة الوقف يكون صحيحا ومملوكا للوقف أصلا باعتباره شخصا معنويا له حق التملك[2]،

---

[1] جمال خليل النجار، النية وأثرها في البناء فوق ملك الغير، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، 1999 ، ص 80.

[2] حسن عبد الله الأمين، إدارة وتثمير ممتلكات الوقف، ط2، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، 1994، ص 158.

فإذا خرج الناظر عن صلاحياته فإنه يعاقب تأديبيا، إلا أن الوقف يكون مسؤولا عن تصرفاته باعتبار الناظر نائبا عنه ، ويعتبر كل تغيير ملكا للوقف.

أما إذا كان من اقام المنشأت هو المنتفع بالوقف بناء على حصوله على موافقة ناظر الوقف أو وكيل الأوقاف، فإن له الحق في التعويض وفقا للمادة 26 مكرر7 من القانون رقم 01 –07 [1]، أما إذا أقامه دون موافقة الناظر ودون وجود ضرورة فيكون سيء النية، لأن الاستحقاق في الوقف لا يعطي لصاحبة حق الانتفاع بالشيء فيعتبر متعديا.

وقد تزول ملكية من أقام المنشآت على الوقف بأثر رجعي، فالمنشآت التي أقامها تعتبر من قبيل التغيير في الوقف، وأبرز مثال على ذلك الأملاك الوقفية التي امتلكها أشخاص عن طريق عقد الشهرة واقاموا استثمارات عليها من بناء منشآت وغراس وغير ذلك، يضاف الى ذلك المنشآت التي أقامها المستفيدون في قانون الثورة الزراعية في إطار التأميم، حيث أن الأملاك الوقفية أدخلت ضمن نطاق تطبيق قانون الثورة الزراعية، إلا أنه بصدور قانون التوجيه العقاري 90–25 أعطى الحق لمن أممت أراضيهم أن يستعيدوها وفقا لإجراءات معينة سلف ذكرها، وهذا يعني أن المشرع الجزائري في قانون الأوقاف 91–10 أبطل كل التصرفات التي حدثت على الأملاك الوقفية وبصفة رجعية[2] . فهنا يعتبر من تملك الأموال الوقفية في هذه الفترة وأقام منشآت عليها من بناء وغراس مغيرا فيها، وأعطي لهذا الاخير الحق في التعويض.

ولان تحديد طبيعة القائم بالتغيير في الوقف له اهمية في تحديد الاثار القانونية وجب التمييز بين الحالات التالية :

---

[1] المادّة 26 مكرّر7 من القانون 01–07 : " يمكن أن تستغلّ وتستثمر وتنمّى العقارات الوقفية المبنيّة المعرّضة للخراب والاندثار بعقد التّرميم أو التّعمير الذّي يدفع المستأجر بموجبه ما يقارب قيمة التّرميم أو التّعمير، مع خصمها من مبلغ الإيجار مستقبلا" .

[2] المادة 38 من القانون 91–10 : " تعاد الأملاك الموقوف المؤممة في إطار أحكام الأمر رقم 71–73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971، المتضمن الثورة الزراعية إلى المستفيدين الأصليين إذا ثبت أنها بقيت على حالها وفقا للشريعة الإسلامية والقانون، وعند عدم وجود هؤلاء المستفيدين، تؤول هذه الأملاك للسلطة المكلفة بالأوقاف، أما الأوقاف التي خضعت لبيع يستحيل معه استرجاع أصل الوقف المؤسس، فتكون موضوع تعويض وفقا للإجراءات المعمول بها، مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه".

1- **حالة كون القائم بالتغيير في العين الموقوفة هو الناظر:** ان الناظر يعتبر المسير المباشر للوقف ، وهو ممثله الذي يقوم بأعماله تحت إشراف وكيل الأوقاف طبقا لنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 98-381، فهو مكلف بالسهر على العين الموقوفة والمحافظة عليها ويكون ضامنا لكل تقصير أمام الموقوف عليهم والسلطة المكلفة بالأوقاف والواقف، كما يلتزم بكل عمل يفيد الملك الوقفي وان يدفع الضرر عنه ويعمل على صيانته وإعادة بنائه عند الاقتضاء، فإذا قام الناظر في إطار عمله بالقيام بتغييرات في الملك الوقفي من بناء أو غراس لصالح الوقف فإنها تعتبر ملكا للوقف إذا كانت من مال الوقف أو بدين على الوقف.

واما إذا كان من مال الناظر فهي كذلك ملك للوقف، وإن صرح الناظر أن الملكية له فإنه يعتبر متعديا ويفترض فيه سوء النية، لأنه يملك ولاية النظر على الوقف فهو يعتبر وكيلا للواقف حال حياته ، ويعتبر كالوصي المختار فيكون أمينا على ما تحت يده من أعيان الوقف وغلاته فتسري عليه أحكام الأمناء[1]، فيلزم بنزع ما غيّر في الوقف إذا كان لا يضر بالأرض، فإذا كان يضر بها أعتبر البناء والغراس ملكا للوقف ويعزل الناظر[2].

أما إذا كان ناظر الوقف هو الواقف نفسه ، لأنه يملك الولاية عن الوقف أصلا ، فإذا قام بالتغيير فيه وكان من مال الوقف فهي ملك للوقف، وإذا كانت من ماله الخاص وقصد بها زيادة ونماء الوقف فإن التغيير يعتبر ملكا للوقف كذلك[3]، أما إذا أقام المنشأت على أرض الوقف وقصد تمليكها لنفسه فإنه يعامل معاملة الناظر المتعدي، لأن ذلك يعد رجوعا عن الوقف وإبطالا لأصله*.

2- **حالة كون القائم بالتغيير في العين الموقوفة هو الموقوف عليهم:** فبالنظر إلى عقد الوقف نجده لا ينقل ملكية المال الموقوف الى الموقوف عليهم بل ينقل لهم حق الانتفاع

---

[1] محمد بن عبد الله، الوقف في الفكر الإسلامي، ج 1، مطبعة فضالة، المغرب ، 1996 ، ص 302.

[2] زهدي يكن، الوقف بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 239.

[3] المرجع نفسه ، 239.

* إلا أن بعضهم يرى أنها تكون ملكا للواقف إذا صرح بذلك، زهدي يكن، الوقف بين الشريعة والقانون، المرجع السابق ، ص 239.

فقط، وحق الانتفاع بالوقف ينصب فقط على الغلّة ويكون بالطريق الذي رسمه الواقف في عقد الوقف، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قراراها الصادر في: 1997/07/16، حيث أقرت أن للموقوف عليهم حق الانتفاع فقط فلا يجوز لهم أن يتصرفوا فيه بأي تصرف ناقل للملكية بالبيع والهبة وغيرها[1]، على أنه إذا أقام الموقوف عليهم فوق المال المحبس بناء أوغراسا فإن هذا البناء والغراس يكون ملكا للعين الموقوفة ولا يجوز تملكها ملكية خاصة، فالأصل انه لا يحق للموقوف عليهم أن يشيدوا بناء أو غراسا ، لأن ذلك يمس بعقد الوقف في أصله وقد يؤثر في نوعية الاستحقاق فيه، على أنهم ملزمون بالمحافظة عليه وصيانته وترميمه إذا ما حدث له ما يؤثر عليه، فيكون عليهم هنا واجب المحافظة بأن يخبروا ناظر الوقف بذلك أو يفرضوه عليه إذا لم يقم به، علما أن المشرع الجزائري أعطاهم حق النظر على الوقف إذا كانوا معينين محصورين راشدين[2].

3- حالة كون القائم بالتغيير في العين الموقوفة هو الغير: سواء كان الغير الذي تربطه علاقة قانونية بالوقف، أو الغير الأجنبي الذي ليس له علاقة به، فالغير الذي ليس له علاقة بالوقف يعتبر في حكم المتعدي وتطبق عليه أحكام قانون العقوبات عن التغييرات التي احدثها في الوقف باعتباره لا يملك الصفة للقيام بالتغييرات وقد يضر بالوقف ويمس بأحكامه ولقد نصت المادة 36 من قانون الأوقاف على انه :((يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو تدليسية أو يخفي عقود وقف أو وثائق أو يزورها إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات)).

ويعتبر كل تغيير يقوم به الغير هنا ملكا للوقف ، على أنه يجوز حرمانه من التعويض لأنه يعتبر متعديا ومدلسا على الوقف.

أما الغير الذي تربطه علاقة قانونية بالوقف فإنه يختلف باختلاف صفته فقد يكون مستأجرا او محتكرا:

---

[1] المجلة القضائية 1997 ، العدد الأول، ص 34.

[2] المادة 16 من المرسوم التنفيذي 98-381.

أ- **المستأجر**: المستأجر هو الشخص الذي انتقال إليه حق استعمال المال الموقوف على أن يدفع نظير ذلك مبلغا من المال هو مبلغ الإيجار[1].

والمستأجر يلزم في عقد الإيجار الوقفي بالمحافظة على العين وصيانتها وعدم الإضرار بها ، ويلزم كذلك بالتأمين على المخاطر التي تلحق بالعين الموقوفة[2]، ويلزم بعدم التغيير فيها إلا بموافقة الناظر أو الموافقة الصريحة من السلطة المكلفة بالأوقاف مباشرة والمتمثلة في وكيل الأوقاف بعد المعاينة والخبرة الميدانية، على أنه إذا قام بالتغيير في المال الموقوف بدون موافقة صريحة اعتبر متعديا وأبطل تصرفه واعتبر التغيير مكتسبا للوقف سواء كان غراسا أو بناء.

ب- **المحتكر**: إن الحكر يعتبر من قبيل الإيجارات الطويلة ويعتبر من الحقوق العينية[3] ، فيأجر به الوقف لمدة طويلة إذا كان الوقف مخربا ولم يكن للوقف ما يعمر به ، وباعتباره حقا عينا أصليا فهو يخول لصاحبه الانتفاع بالملك الوقفي بجميع وجوه الانتفاع ، وذلك شرط أن تكون الأعمال التي يجريها في الملك الوقفي من شأنها أن تؤدي إلى تحسينه، وله أن يقيم فيه البناء والغراس وأن يحدث عليه إصلاحات، شرط ألا ينقص من قيمته، إلا أنه و رغم السماح له بالبناء والغراس في الوقف، إلا أنه لا يمتلك الحق في تملك ما أقامه طبقا لنص المادة 25 من قانون الأوقاف، لكن له حق الانتفاع بالبناء والغراس وله أن يورثه خلال مدة العقد فقط[4]، هذا عكس المشرع المصري الذي أعطاه حق الملكية التامة على ما يقيمه، فالحكر في أصله يمنح لصاحبه حق البناء في الوقف رغم أن المشرع

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ج 6، ص14.

[2] المادة 07 من نموذج عقد إيجار الأوقاف المعتمد من قبل وزارة الشؤون الدينية والأوقاف.

[3] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ج6 ،ص201.

[4] المادّة 26 مكرّر 2 : " يمكن أن تستثمر، عند الاقتضاء، الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر الذّي يخصّص بموجبه جزء من الأرض العاطلة للبناء و/أو للغرس لمدّة معيّنة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد، مع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدّد في العقد، مقابل حقّه في الانتفاع بالبناء و/أو الغرس وتوريثه خلال مدّة العقد، مع مراعاة أحكام المادّة 25 من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه" .

الجزائري منعه من تملكها، إلا أنه نص على أنه تسوى الوضعية بعد انتهاء العقد بطريق التراضي بين المعنيين والسلطة المكلفة بالأوقاف، وهذا ما ينطبق كذلك على عقد المرصد.[1]

ثالثا . أن تقام المنشآت لحساب من أقامها: لكي يعتبر التغيير في الوقف تصرفا يجب أن يكون متبوعا بنية التملك ، أي أن من أقام هذه التغييرات يريد أن يملك ما أقامه من غراس وبناء، فإذا أقامها بنية التبرع للوقف فلا يعتبر تصرفا في الوقف بل يعتبر ذلك مستحبا، كأن يزيد أو يوسع في المال الموقوف طلبا للخير وعمارة للوقف، فهنا لا يعتبر هذا التغيير تصرفا، لأنه في أصله عمل بر وخير يزيد في الوقف ولا يؤثر على وجوده ولا يهدده بالزوال، أما إذا كان بغرض التملك فهنا يعتبر التغيير بالبناء والغراس على الوقف تصرفا لأن الوقف لا يمكن أن يكون محل ملكية أو دعوى تمليك[2]، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1998/11/25 ، حيث قضت في منطوق قرارها: ((أن قطعة الأرض المحبسة بموجب عقد مؤرخ خلال 1949/06/11 يجب أن ينتفع بها من حبس لصالحهن ودون غيرهن ودون أن تنفرد واحدة منهن دون الأخريات وفقا لإرادة المحبس.

حيث أن المطعون ضدها رخصت لابنها بإقامة بناء فوق القطعة الأرضية المحبسة من شأنه أن يجعل منه مالكا لجزء من القطعة المحبسة التي شيد عليها البناء وهو ما يتنافى مع عقد الحبس وإرادة المحبس، حيث أن القاعدة أن كل من أحدث بناء أو غرسا في الحبس، يعتبر مكتسبا للشيء المحبس ولا يجوز تمليكه ملكية خاصة))[3].

وفي الحالة التي يكون القائم بالتغيير في العين الموقوفة هو الفضولي: بأن كان عاملا على الملك الوقفي فوجب على الناظر تعويضه، أو يكون قد أقامها بصفته وكيلا عن الوقف، كأن

---

[1] المادّة 26 مكرّر5 : " يمكن أن تستغلّ وتستثمر وتنمّى الأرض الموقوفة بعقد المرصد الذّي يسمح بموجبه لمستأجر الأرض بالبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء، وله حقّ التّنازل عنه باتّفاق مسبق طيلة مدّة استهلاك قيمة الاستثمار، مع مراعاة أحكام المادّة 25 من القانون رقم 91 –10 المؤرّخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه".

[2] القرار رقم 109957الصادر في: 1994/03/30، المجلة القضائية سنة 1994، عدد03، ص 39.

[3] المجلة القضائية 1999، عدد 01، ص89.

يكون ناظرا فهو لا يعمل لحساب نفسه ، وإن كان مجاوزا لسلطته فتطبق عليه أحكام الوكالة والجزاءات المنصوص عليها في قانون الأوقاف.

الفرع الثاني

آثار التغيير في الوقف

إن القاعدة ان التغيير في الوقف لا يعتد به ولا يؤثر في وجود الوقف فيبقى الوقف قائما شرعا مهما كان نوع ذلك التغيير، ويبطل كل تصرف يرد على الوقف ، إلا أنه تسوى الحالات والمشاكل الناتجة عن ذلك بواسطة التراضي بين السلطة المكلفة بالأوقاف والجهة المعنية.

أولا. بطلان التغييرات وتملكها للوقف : إن التغييرات التي تحدث على المال الموقوف لا تؤثر على وجوده شرعا ولا قانونا، ولا يمكن أن تمتلك ملكية خاصة، حيث تعتبر مملوكة للمال الموقوف مهما كان نوعها ومهما كانت قيمتها.

وهذه التغييرات لم يعترف بها المشرع الجزائري ولم يعتبرها واقعة قانونية يمكن التعامل معها، لكنه اعتبرها واقعة مادية يمكن معها التعويض إلى من قام بالتغيير، على أنه يمكن أن يحرم منه وفقا للأحكام العامة وتطبيقا لنص المادة 36 من قانون الأوقاف.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 25 من قانون الأوقاف، على أن كل تغيير يحدث على العين الموقوفة سواء كان بناء أو غراسا أو كليهما، يعتبر مملوكا للمال الموقوف ولا يؤثر التغيير على الوقف فيبقي الوقف قائما شرعا مهما كان نوع التغيير متى صح الوقف وكان ثابتا، على أن الوقف يثبت بكل الطرق الشرعية للإثبات[1].

فكل تغيير يحدث على العين الموقوفة يكون ملكا للمال الموقوف بصفة تلقائية ويدخل في ملكيته مباشرة مهما كان الشخص الذي قام بالتغييرات ، سواء كان الغير أو الموقوف عليهم أو الواقف أو المتولي للوقف كما سبق معنا.

[1] المادة 35 من القانون 91-10.

ولا يتصل حق صاحب التغيير – متى كان ذا علاقة قانونية بالوقف – إلا بالغلة لأن المال الموقوف لا يمكن أن يمس بأصله إلا في الحدود التي وضعها العلماء وأقرها القانون للاستبدال وبالشروط المحددة لذلك ووفقا للإجراءات المعمول بها.

فالمغيّر في الوقف بالغراس والبناء لا يمكنه أن يمتلك ما قام به ولو كان الموقوف عليهم، ولو انفرد واحد بالغلة لانقراض الباقين*، وذلك لكون الوقف يخرج عن دائرة التمليكات، فلا يمكن أن يكون محل ملكية أو دعوى تمليك، ولا يمكن أن يتصرف فيه بكل التصرفات الناقلة للملكية ، وذلك هو الأصل في منع التغيير في المال الموقوف لكي لا يكون محلا للتقادم المكسب، كما قد يحدث وأن يتملكه شخص على طريق عقد الشهرة[1] أو يرتبط به حق الغير، فيكون محلا للحجز عليه وبيعه بالمزاد العلني، لذلك فإن كل تغيير يحدث عليه لا يؤثر فيه ويبقي الوقف قائما شرعا ولا يمكن أن يتصل حق الغير بأصل الوقف مهما كان هذا المغيّر، بل يتصل حقه فقط بالغلة دون الأصل لاتصاله بحكم التأبيد ، وبالتالي فكل تغيير يحدث في الوقف يكون تصرفا باطلا ويمتلكه الوقف مباشرة ، وهذا ما قضى به الاجتهاد القضائي حيث جاء في احدى قرارات المحكمة العليا : ((.. حيث أن القاعدة أن كل ما أحدث من بناء أو غرس في الحبس يعتبر مكتسبا للشيء المحبس ولا يجوز تمليكه ملكية خاصة، ومتى تبين – من قضية الحال– أن قضاة المجلس لما قرروا أن البناء فوق القطعة الأرضية المحبسة لا يعد تصرفا يمس بمقتضيات عقد الحبس، فإن تعليلهم جاء ناقصا ويتناقض مع عقد المحبس، ما جعل القرار المطعون فيه غير معلل وليس له أساس قانوني، ومتى كان كذلك استوجب النقض))[2].

---

* وذلك حفاظا على الوقف من الزوال وتنفيذا لرغبة الواقف الذي قصد دوام المنفعة حتى وفاته، طلبا للأجر من الله عز وجل، تطبيقا لحديث النبي ﷺ" إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث" وذكر الصدقة الجارية، وجريان الصدقة يقتضي بقاء أصله كما أسلفنا ذكره ، لذلك جعل الفقهاء حق الغير على الوقف يكون مرتبطا بالغلة دون الأصل سواء كانوا من المستحقين أو غيرهم أو حتى دائنين.

[1] محمد أبو زهرة، مشكلة الأوقاف، (استبدال الوقف)، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السادسة ،1936 ، العدد 02، ص 765.

[2] القرار رقم 643 183 المؤرخ في: 1998/11/25، م ق 1999، عدد 01، ص 89.

ثانيا . تسوية الحالات المترتبة بين الوقف والغير: إن المشرع الجزائري لم ينص على طريقة تسوية الحالات الناتجة عن التغيير في المال الموقوف بالبناء فيه أو الغراس، حيث اكتفى بالنص في المادة 25 من قانون الأوقاف على: ((تسوى الحالات المخالفة لأحكام هذه المادة عن طريق التراضي بين المعنيين والسلطة المكلفة بالأوقاف طبقا لأحكام هذا القانون مع مراعاة أحكام المادة 02)) ، وتخضع تسوية هذه الحالات إلى نوعية الملك الوقفي وطبيعته وكذلك إلى مصلحة الوقف في ذلك[1].

أما الأوقاف التي تعرضت لاعتداء عليها تخضع لأحكام قانون العقوبات، ويحرم المغيّر من التعويض نتيجة اعتدائه على الأوقاف واستغلاله لها بطرق تدليسية ومستترة فيجازى بعكس مقصوده [2]، فلا يعوض على ما أقامه من منشات على الوقف ، ويسترجع الوقف بعد إجراء معاينة ميدانية للتغييرات المستحدثة وإخراج محضر مختص إقليميا بناء على أمر رئيس المحكمة وتثبت جميع الحالات ويحال على العدالة للفصل فيها[3] ، إلا انه بالنسبة لتسوية الحالات الأخرى فلا توجد قواعد ثابتة تطبق على المغيّر في الوقف ونشير الى بعض الحالات على سبيل المثال التي تحل على سبيل الفتوى:

1- إذا قام المستأجر بقسمة العقار الموقوف إلى قسمين أو أكثر، فتسوى الوضعية إذا كانت هذه القسمة تضر بالملك الوقفي وطرقة استغلاله، فإنه يلزم برد الملك الوقفي إلى ما كان عليه، فإذا أثرت في طريقة استغلاله وكانت تضاد شرط الواقف، فإنه يصح تغيير وجهة الملك الوقفي إلى ما هو أصلح له وللمستحقين ما لم يمنع شرط من شروط الواقف ذلك، فإذا وجد مانع يلجأ إلى القاضي لكي يسمح بهذا التغيير وتسوى الحالة على هذا النحو.

---

[1] المنشور الوزاري المشترك المتعلق بتطبيق المادة 38 من قانون الأوقاف.

[2] المادة 36 من قانون الأوقاف91-10.

[3] التقرير الخاص بالأوقاف لولاية بسكرة المتعلق بحالة الأوقاف والإجراءات المتخذة للبحث عنها، السداسي الأول، 1996.

أما إذا كان لا يضر بالملك الوقفي فالحالة تسوى حسب طريقة التغيير، فاذا كان حماما وقسم إلى قسمين، تسوى الوضعية باعتبار كل حمام وقفا منفردا ويتم تأجيره للمستأجر بعقدين منفصلين وأجرتين كذلك وهو ما يعتبر أصلح للوقف.

2- إذا قام مستأجر المنزل المعد للسكن بفتح غرفته محلا للتجارة أمكن عندئذ - إذا لم يضر هذا التقسيم بالوقف وكان أصلحا له - أن يقسم إلى عقارين: جدران محل تجاري وما بقي يكون مسكنا، فيؤجر الأول على أنه سكن بأجرة معينة ، والثاني يؤجر على أنه محل تجاري.

ونلاحظ أن تسوية حالات التغيير خارج تأميم الأراضي يخضع لنظام الفتوى أي معالجة كل حالة على حدة وفقا لأحكام كل وقف وما يصلح له، وهو ما يعطي صلاحيات كبيرة لمتولي الأوقاف ولكل من اللجنة المركزية للأوقاف و نظارة الشؤون الدينية ووكيل الأوقاف للنظر في تسوية تلك الحالات.

غير أن المشرع الجزائري ذكر حالات أخرى في قانون 01-07 في تسوية الحالات الناتج عن التغيير في الوقف[1] وهي:

1- التغيير الذي يحدثه المحتكر: لقد نصت المادة 26 مكرر من قانون 01-07 على عقد الحكر حيث بموجبه يجوز للمحتكر البناء في الملك الوقفي أو الغرس فيه لمدة معينة من التزامه بدفع قيمة الأرض وأجرة سنوية تحدد في العقد، على أن صاحب حق الحكر ينقل حقه في الانتفاع بالبناء أو الغرس أو كليهما الذي أقامها طول مدة العقد مع إمكانية توريثه.

فهنا البناء و الغراس يكون مملوكا للوقف حسب المادة 25 من قانون الأوقاف ويتصل حق صاحب الحكر بالانتفاع، بما أقامه فقط ، فلا يمكن أن يمتلك ما أقامه ولا يجوز له إذا لم تكتمل قيمة ما أقامه بتوريثه طول مدة العقد فقط.

[1] المواد: 26 مكرر2، 26 مكرر3، 26 مكرر5، من القانون 01-07 المعدل والمتمم للقانون 91-10.

2- التغيير الذي يحدثه صاحب حق المرصد: إن حق المرصد يسمح لمستأجر الأرض بالبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء مع تحديد مدة الاستثمار، على أن له حق التنازل عنه باتفاق مسبق مع ناظر الوقف.

فالبناءات التي يقيمها صاحب حق المرصد، لا يمكن أن يمتلكها بل تكون ملكا للوقف وفقا لنص المادة 25 من قانون الأوقاف ولا يرتبط صاحب المرصد إلا باستغلال إيرادات البناء فقط ، وتسوى الحالة بتملك الوقف للبناء واتصال حق صاحب المرصد بالانتفاع فقط ، فباستهلاك قيمة الاستثمار ينتهي حقه على الوقف[1].

على أنه إذا كانت الأراضي الوقفية مجاورة للتجمعات السكنية يمكن إدماجها في الأراضي العمرانية وفقا لقانون 90-25 المتعلق بالتهيئة العمرانية.

ولكن يجب ان يلاحظ هنا ان البناءات التي تقام على أرض الوقف لا تكون مملوكة للوقف وفقا لنص المادة 25 من قانون الأوقاف بل تطبق عليه أحكام المادة 24 من نفس القانون، حيث تستبدل بها أرض أخرى وقفا مثل ما كانت عليه الأرض الأولى بشروطه وإجراءاته،وفي كل الحالات يمكن اللجوء إلى القضاء لحل أي نزاع ينشأ عن ذلك[2].

[1] المادة 26 مكرر5 من القانون 01-07 المعدل والمتمم للقانون 91-10.

[2] مذكرة رقم 31، المتضمنة وضعية كيفية البحث عن الأملاك الوقفية، الصادرة عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف لسنة 1994.

المبحث الثاني

امكانية التصرف في الوقف بالإستبدال

الأصل أن المال الوقفي غير قابل للتصرف فيه بأي تصرف تمليكي نظرا للزوم الوقف، فهو مؤبد لا يجوز الرجوع فيه.

غير أنه وحتى يكون التعامل مع الأعيان الموقوفة مرنا، وتفاديا لجمودها الذي يعطلها فيضيع الغرض منها، أجاز الفقه والقانون صورة إستثنائية للتصرف في المال الوقفي تعرف بالاستبدال، وهو ما سنعالجه من خلال التطرق الى مفهوم الاستبدال (المطلب الأول) والى اجراءات الاستبدال (المطلب الثاني) على النحو التالي:

المطلب الأول

مفهـوم الاستبـدال

يقتضي الحديث عن مفهوم الاستبدال تناول مسالة تعريفه وتحديد الحالات التي يمكن معها إعمال هذا المكنة القانونية والشرعية (الفرع الأول) ، كما يقتضي تناول مسالة الشروط اللازمة التي بتحققها يكون التصرف في الوقف بهذه الكيفية الاستثنائية مشروعا (الفرع الثاني) على النحو التالي:

الفرع الأول

تعريف الاستبدال وحالاته

ان معالجة هذه المسألة توجب التطرق الى فكرة التعريف بالاستبدال (اولا) ثم حالاته (ثانيا):

اولا . تعريف الاستبدال : عرف الفقهاء الاستبدال بعدة تعريفات منها أنه : ((بيع العين

الموقوفة و شراء عين أخرى تكون وقفا بدل العين التي بيعت))[1] ، كما عُرف بانه :((بيع عين موقوفة وشراء اخرى تحل محلها وقد تكون من جنسها او لا تكون))[2]. و لقد وسع آخرون في الاستبدال فعرفوه بانه ((إبدال شيء بشيء آخر على أن الاستبدال يتم عينا و ذلك بمقايضة العين الموقوفة بعين أخرى يصبح وقفا بدلا عنها، أو ببيع العين الموقوفة و تخصيص الثمن لشراء عين أخرى تصبح وقفا أيضا))[3].

والبعض يفسر الإبدال بالمقايضة ، والاستبدال ببيع العين بالنقود وشراء عين أخرى بتلك النقود ، ويسمي الفقهاء الإبدال بالمناقلة ، فقد عرفها الدردير في باب الشفعة بقوله : ((المناقلة : بيع العقار بمثله))[4].

ومن الناحية الاقتصادية يعرف الاستبدال بانه: ((اسلوب للمحافظة على الطاقة الانتاجية للوقف عن طريق بيع عين وقف خربت او قلّ ريعها ، والاستبدال بثمنها عينا اخرى تحل محلها))[5].

ويجب هنا التفرقة بين الإستبدال والإبدال، ذلك ان الإبدال يعني : إخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها ببيعها مقابل ثمن نقدي، وبالتالي فإن الإبدال والإستبدال متلازمان حيث أن الإستبدال لازم للإبدال، لأنه إذا خرجت العين من الوقف بالبيع يجب أن يحل محلها أخرى[6].

وكل من الإبدال والإستبدال شرط من الشروط العشرة المعروفة شرعا والتي يمكن أن يشترطها الواقف لنفسه أو لغيره .

---

[1] عبد القهار داوود العاني، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة والقانون ، مكتبة الجيل الجديد ، صنعاء. بدون سنة نشر ، ص 161.

[2] رفيق يونس المصري ،الأوقاف فقها واقتصادا، ط1، دار المكتبي ، دمشق ،1999، ص26.

3 عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، ط2، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، ص 431.

[4] الدردير، الشرح الكبير ، ج3 ، المرجع السابق ، ص 476.

[5] محمد عبد الحليم عمر، تجربة ادارة الاوقاف في جمهورية مصر العربية، ندوة حول: التطبيق المعاصر للوقف، فى الفترة من 14-2004/6/17م ، جمهورية تتارستان.

[6] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص161.

و يتضح من خلال ما سبق أن استبدال العين الموقوفة يقتضي بيعها أو مقايضتها وان كان بعض الفقهاء يقصرون الاستبدال على البيع دون المقايضة لأنهم يرون عدم جدوى ذلك[1]، إذ أن صاحب العقار غير الخرب لن يقوم باستبدال عقاره بآخر خرب إلا إذا كان سعره منخفضا، بالإضافة إلى المخاطرة بسبب استبدال عقارصالح بآخر مخرب[2]. وفي كل الاحوال فان الاستبدال يقتضي التصرف في أصل الوقف، و لقد ذكرنا فيما سبق أن العين الموقوفة لا يجوز التصرف فيها بالبيع و الهبة وغيرها ، و التي تعتبر تصرفات تقع على أصل الملك الوقفي و هو ما يتنافى مع أحكام الوقف الذي يقتضي اللزوم و التأبيد ومنع البيع والهبة وغيرها[3]، إلا أنه يجوز ذلك استثناء في الاستبدال ، و يقتصر على التصرفات بعوض دون التصرفات التي تكون بدون عوض كالهبة لأن ذلك يعد إنهاءً للوقف ، على أنه يشترط أن تكون العين الموقوفة خربة لا يرجى منها نفع، و لا يمكن عمارتها بطريقة من طرق العمارة المعروفة كالحكر و المرصد و غيرها، كما انه يشترط أن يتم الاستبدال وفقا للشروط والضوابط المحددة فقها و قانونا ، و ذلك لمنع أي تلاعب او تحايل على الأوقاف و بيعها بطرق غير شرعية، كأن يبيعها لنفسه أو لأحد من أقاربه فيكون الوقف عرضة للتلاعب، و يكون الاستبدال طريقا للقضاء على الأوقاف لا إلى تمديد منفعتها، و لذلك تشدد الفقهاء في الاستبدال و ربطوه بضوابط و أحكام*.

و قد يشترط الواقف الاستبدال لنفسه مع غيره، و قد يجمع هذا الحق في شخصه أو يشترطه كذلك لغيره، إلا أنه يجوز للواقف الانفراد بذلك دون أن تكون للآخر ذلك لأن للواقف أن يشترط انضمام رأيه مع الآخر.

ثانيا . حالات الاستبدال : تنص المادة 24 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف: ((لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر إلا في الحالات الآتية:

---

[1] زهدي يكن ، أحكام الوقف ، المرجع السابق، ص 217.

[2] فؤاد عبد الله العمر، استثمار الأموال الموقوفة، المرجع السابق ، ص 65.

[3] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 381.

* حيث يذكر أن الاستبدال كان طريقا للولاة لنهب الأوقاف و جعلها ملكيات خاصة بهم و بيعها، محمد أبو زهرة، مشكلة الأوقاف، (إنشاء الوقف)، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة، 1935 ، العدد السابع، ص 793.

- 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 وإنتفاء إتيانه بنفع قط، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه.

تثبت الحالات المبينة أعلاه بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة)).

لقد حدد القانون وقبله الفقهاء حالات معينة يجوز فيها الاستبدال وذلك لتحديد وضبط الاستبدال واعتباره استثناء من الاصل[1].

ويمكن تقسيم الاستبدال حسب حالة الملك الوقفي إن كان عامرا أو خربا[2]، فإذا كان خربا فلاستبدال هنا يكون حالة ضرورية لأجل بعث الانتفاع بالوقف من جديد، أما إذا كان عامرا فيكون لتحقيق المصلحة .

1 – استبدال الوقف اذا كان خربا : هناك حالات وضعها الفقهاء يتعلق بعضها بعدم بقاء المنفعة في الوقف أو يكون الاستبدال ضرورة :

أ – **عدم بقاء المنفعة في الوقف** : الوقف وضع لأجل الانتفاع به من قبل الموقوف عليهم سواء كان الوقف عاما أو خاصا ، والمنفعة قوام الوقف ، وهناك حالات تنعدم فيها المنفعة في الوقف هي:

– عدم صلاحية المال الموقوف لأداء المنفعة التي وقف لأجلها : ولهذه الحالة تطبيقات كثيرة في الواقع العملي ولها أمثلة كثيرة منها:

* أن تصبح الأرض الموقوفة غير صالحة للزارعة ، وكان موضوع وقفها زراعة .

---

[1] راجع : وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق ، ص 212 ، زهدي يكن ، الوقف بين الشريعة والقانون ، المرجع السابق ، ص 127، محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 389 .

[2] محمد عطية ، المختصر النفيس في الوقف و التحبيس ، دار ابن حزم ، بيروت ، 1995 ، ص 23 .

* اندثار العين الموقوفة ، كأن يصبح المحل التجاري غير صالح للعمل التجاري لهجرة زبائنه ، أو كان مسجدا هجره الناس ، ومسألة عدم الصلاحية هي قضية واقع تثبت بكل الطرق وتخضع لرقابة القاضي.

– عدم قدرة المال الموقوف على إعطاء المنفعة الكافية : فالعين هنا تكون غير قادرة على إعطاء المنفعة الكافية فتكون قليلة لا تتماشى مع ما كان من قبل ، أو لا تكفي الموقوف عليهم عند قسمتها عليهم مما يجعل الاستبدال أكثر من ضرورة ، وأكبر الحالات رواجا هي تناقص مداخيل الوقف أو كثرة المستحقين لها[1].

ب – أن يكون الاستبدال ضرورة للوقف : بمعنى ان يكون الاستبدال فيه مصلحة أكبر للوقف ، حيث انه لو استبدلنا العين الموقوفة بعين أخرى كانت أكبر نفعا والمعيار هنا هو المنفعة فكلما زادت المنفعة فهنا يجوز الاستبدال ، إلا أن بعض الفقهاء يذهبون إلى عدم جواز الاستبدال في هذه الحالة ، حيث أنه يمنع إذا كان الوقف يحقق المنفعة فلا يجوز استبداله بوقف آخر ولو كان يدر منفعة أكثر منه.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذه الحالات وأقرها في قانون الأوقاف 91–10 حيث أنه قصر الاستبدال على حالات أربع نصت عليها المادة 24 منه: ((لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك أخر إلا في الحالات التالية :

. حالة تعرضه للضياع والاندثار.

. حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان صلاحه.

. حالة ضرورة عامة كتوسع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ماتسمح به الشريعة.

. حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتهاء إتيانه بنفع قط شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه)) .

[1] راجع : محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق، ص 390 ، محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف،المرجع السابق، ص 192.

2 – إذا كان الوقف عامرا : يقصد بالوقف العامر الوقف الذي يؤدي المنفعة التي وقف لأجلها دون عجز في الانتفاع به من قبل الموقوف عليهم ، ولقد أقر الفقهاء حالات يستبدل فيها الوقف إذا كان عامرا ترجيحا لمصلحة الوقف[1] هي :

أ– إذا اشترط الواقف ذلك : طبقا للقاعدة الفقهية التي مفادها شرط الواقف كنص الشارع[2]، فإذا اشترط الواقف في عقد الوقف الاستبدال حتى ولو كان الوقف عامرا صح ذلك ، ويكون ملزما إذا توفرت الشروط التي وضعها الواقف في عقد الوقف، وإن لم يوجد روعي في الاستبدال المصلحة العامة للوقف*.

ب – وجود مصلحة للوقف راجحة ومحققة . ولم يشترط الواقف ذلك . : فهنا رغم أن الواقف لم يشترطه ، إلا أن الاستبدال يكون جائزا استثناء إذا وجدت مصلحة راجحة ومحققة والمصلحة الراجحة والمحققة هي وجود منفعة أكثر في الوقف بعد الاستبدال وهذه المصلحة يحددها عند الخصومة القاضي أو الخبير ، ويمكن تعداد عدة صور لهذه الحالة من بينها :

– إذا غُصب الوقف وعجز المتولي عن الاسترداد ولم يستطع إقامة الدليل على الوقف لاسترداده بواسطة القضاء ، وأراد الغاصب دفع البدل من تلقاء نفسه ، فيكون على المتولي او الناظر أخذ ما يعطيه الغاصب ولو كان دون قيمة الوقف المغصوب ، ذلك لأن المتولي ليس لديه ما يثبت به صحة الوقف من جهة، ولا قدرته على استرجاع الموقوف من يد الغاصب الظالم من جهة أخرى ولو كان قليلا[3]، وهو ماذهب إليه المشرع الجزائري في مسألة استرجاع الأموال الموقوفة التي أممت ، فنص على أن الأموال التي استحال

---

[1] راجع :عبد القهار داوود العاني، المرجع السابق ، ص 167 ، وهبة الزحليي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، المرجع السابق ، ص 212–231

[2] راجع : رضوان السيد ، الاجتهاد والتحديد في مسائل الوقف والزكاة ، مجلة المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية ، لبنان ، السنة 23 ، العدد 259، سبتمبر 2000 ، ص 23 ، زهدي يكن ، أحكام الوقف ، المرجع السابق ، ص 217.

* يوجد من الفقهاء من منع ذلك ولو اشترطه الواقف حفاظا على الوقف ، عبد القهار داوود العاني ، المرجع السابق ، ص 165 .

[3] راجع : عبد القهار داوود العاني ، المرجع السابق، ص 168 ، زهدي يكن ، أحكام الوقف ، المرجع السابق ، ص 216–217.

استرجاعها وجب تعويضها وهو ما يفيده نص المادة 38/ف2 من قانون الأوقاف 91-10 ((وما فوت منها باستحالة استرجاع العين الموقوفة وجب تعويضها وفقا للإجراءات المعمول بها))* .

– إذا غُصب الوقف ولم يعد صالحا للانتفاع به ، وخاصم المتولي او الناظر الغاصب وحكم للوقف بالتعويض ، فالتعويض هنا يشترى به بدلا للوقف فيأخذ متولي الوقف ماحكم به من تعويض ويشتري به آخر يكون وقفا على ما كان عليه الأول.

– حالة ما إذا بيع نصيب الوقف في عقار شائع نتيجة دعوى قسمة للمال الشائع وصارت حصة الوقف من الثمن وقفا ، كان المتولي أن يشتري بها عقارا بدل النصيب الشائع في العقار الأول[1] .

وهذه الحالات تعتبر حالات عملية ينبغي النص عليها والأخذ بها من طرف المشرع الجزائري .

الفرع الثاني

شـــروط الاستبـــدال

لقد أقر فقهاء الشريعة الإسلامية الاستبدال وأتبعهم في ذلك القانون عبر مختلف الأنظمة الإسلامية والعربية .

ونظرا لما ينبغي العمل من أجل صيانة الملك الوقفي والحفاظ عليه ومنع سرقته واختلاسه والاستيلاء عليه من قبل الحكام والنظار والغير ، فقد أقر فقهاء الشريعة الإسلامية شروطا للاستبدال لمّا رأوا أن الاستبدال أصبح طريقا للقضاء على الوقف والاستيلاء عليه

* إن تأميم الأملاك الوقفية في إطار أحكام قانون الثورة الزراعية جعل الأملاك ملكيات خاصة للفلاحين مما جعل استرجاعها مسالة صعبة خاصة إذا لم تتوفر الوسائل اللازمة لإقامة البينة على ذلك وغياب العقود الرسمية للعقارات والأراضي الزراعية.

[1] عبد القهار داوود العاني ، المرجع السابق، ص 167 وما بعدها.

من قبل الحكام والنظار، وخاصة لما فسد القضاء الذي كان يملك الولاية العامة على الوقف*، لذلك شدد الفقهاء في الاستبدال واتخذوا له شروطا تضييقا له وحفاظا على الأملاك الوقفية حتى أن بعضهم منع الاستبدال ، فالشافعية قد منعوا الاستبدال ومنعوا بذلك بيع الموقوف وهو أشد الآراء تحريما ، إلا في حالات معينة على سبيل الحصر، أما المالكية فقد منعوا استبدال العقار دون المنقول فيقولون أن العقار لا يباع وإن خرب ولا يجوز الاستبدال مع غيره من جنسه[1]، أما غيرهم من جمهور الفقهاء فقد أجازوا الاستبدال لكن وضعوا له شروطا لا ينبغي الحياد عنها و إلا اعتبر الاستبدال باطلا .

والمشرع الجزائري قد اخذ بالاستبدال لكنه قصره في مادة واحدة ولم يذكر شروطه ولم يحدد كيفيات ذلك ، الا أننا بالرجوع إلى نص المادة 02 من قانون الأوقاف التي تحيل فيما لم ينص عليه إلى أحكام الشريعة الإسلامية[2]، وبما أن المشرع الجزائري لم ينص علي خيار المذهب فسنحاول إعطاء هذه الشروط من خلال دراسة لمجموع آراء الفقهاء الذين وضعوا شروطا تتعلق بعين الوقف وأخرى تتعلق بالمال الذي يراد الاستبدال به ، وأخرى تتعلق بالمتولي على الوقف :

أولا . الشروط المتعلقة بالموقوف : لقد اختلف الفقهاء في الشروط المتعلقة بالموقوف حسب طبيعته من حيث كونه مسجدا أو خلافه ، فإذا كان مسجدا ، فالمسجد له صفة الأبدية ولا تنسلخ عنه هذه الصفة ولو استغني عنه وليس له ما يعمر به يبقي مسجدا عند أبي حنيفة ولو إلى قيام الساعة ، فعنده لا يعود إلى ملك صاحبه ولا يجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد

---

* حيث يذكر أن الأمراء يأتون بشهود زور أمام القاضي ويدعون أن الوقف أصبح خربا ينبغي استبداله ويثبتون ذلك أمام القاضي الذي يقر ذلك ويحولون الوقف إلى أملاك خاصة بعد أن يستبدلون بأملاك أقل منها منفعة وقيمة ، محمد أبو زهرة ، مشكلة الأوقاف ، (المادة التاريخية) ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، 1935 ، ص 517 وما بعدها.

[1] راجع : عبد القهار داوود العاني ، المرجع السابق، ص165 ، وهبة الزحليي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، المرجع السابق ، ص 225.

[2] المادة 02 من القانون 91-10: " على غرار كل مواد قانون الأوقاف يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه ".

اخر سواء كانوا يصلون فيه أم لا ، وسايره في ذلك المالكية حيث ذهبوا إلى أن المساجد لا يحل بيعها اصلا و بالإجماع[1].

وذهب الحنابلة إلى جواز بيع المسجد أو بعضه للضرورة، فهم يرون أن الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه كأرض خربت أو مسجد انصرف الناس عنه فيجوز بيعه أو جزء منه لعمارته أو استبداله بمسجد آخر.

أما عن الموقوفات الأخرى فقد أجازوا الاستبدال فيها لتعلقها بمصالح العباد لكنهم جعلوا شرطا المصلحة والضرورة لذلك ، فاشترطوا أن تكون المصلحة في الاستبدال مشروعة وذلك على اعتبار أن الوقف من أعمال البر والإحسان ، لذلك جعلت هذه الأملاك محلا للحماية ، فلذلك شدد الفقهاء على وجوب توفر المصلحة في الاستبدال ، فلا يمكن أن يستبدل وقف سواء كان عقارا أو منقولا بعين أخرى مكانها إلا إذا توفرت مصلحة في ذلك والمصلحة تختلف باختلاف نوع الوقف ومصرفه وزمانه ومكانه[2].

فإذا كان الوقف عقارا للسكن فان مصلحة الوقف في الاستبدال تتحدد باعادته لمصرفه أي إلى امكانية الاستفادة منه عن طريق السكن ، فإذا لم يمكن ذلك فان مصلحة الوقف تقضي باستبداله لكي يمكن له أداء مهمته.

والمصلحة في الاستبدال لا يمكن لأي شخص أن يحددها ، فهي مسألة واقع والمشرع الجزائري لم يحدد جهة معينة لتحديد المصلحة ، حيث تحدد عادة من قبل مديرية الشؤون الدينية برئاسة وكلاء الأوقاف على مستوى كل ولاية*، لكن عمليا ولاجل القيام بعملية الاستبدال يقدم ناظر الوقف طلبا إلى مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية مكان

---

[1] راجع: عبد القهار داوود العاني ، المرجع السابق ، ص 163، محمد أبو زهرة ، مشكلة الأوقاف ،(استبدال الوقف) ، المرجع السابق ، ص 315 ، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته ، المرجع السابق ، ص 220.

[2] راجع: زهدي يكن ، أحكام الوقف ، المرجع السابق ، ص 212 ، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته ، المرجع السابق ، ص 213.

* و نشير إلى أن المشرع المصري يجعل تقدير المصلحة في الاستبدال بواسطة لجنة تتكون من خمسة أعضاء يكون منهم اثنان من موظفي الوزارة، ومندوب تختاره المحكمة الشرعية، و اثنان يعينهما الوزير من أعيان الجهة لمدة سنة.

تواجد العقار المراد استبداله ، و يقوم هذا المدير بتكوين لجنة تتكون من وكيل الأوقاف وموظفين في الإدارة ، وتقوم هذه اللجنة بدراسة إمكانية الاستبدال وجدواه بالنسبة للوقف فإذا وافقت اللجنة على القيام بعملية الاستبدال يصدر مدير الشؤون الدينية و الأوقاف قراراً يثبت إحدى الحالات المبينة في المادة 24 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف و ذلك بعد المعاينة و الخبرة[1]، و التي تتم بالاستعانة بالإدارة و الهيئات المختصة في تحديد أن الوقف خرب لا يمكن عمارته أو إصلاحه وأن المصلحة في استبداله ، كالخبراء الخاصين مثل المهندس والخبير العقاري و إدارة الحماية المدنية ليشرع بعد ذلك في عملية الاستبدال.

وينبغي ان تكون هذه المصلحة مشروعة لا تستند إلى ظروف آنية او إلى أغراض شخصية .

لقد اشترط المشرع الجزائري في نص المادة 24 من قانون الأوقاف أن يكون الوقف خربا فقدت منفعته ولم يمكن إصلاحه ، أو ان تكون هناك حالة ضرورة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام ، إلا انه في استبدال العقار اشترط المشرع الجزائري تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه ، فالمصلحة في استبدال العقار لا تكون الا في تعويضه بعقار مماثل له أو أفضل منه وإلا اعتبر الاستبدال باطلا.

ثانيا . الشروط المتعلقة بالبدل : لقد اشترط الفقهاء ألا يكون الاستبدال بغبن فاحش[2]، هذا الاخير عرفه فقهاء الشريعة بانه: مالا يدخل تحت تقويم المقومين من اهل الخبرة وانه لا يكون الا في العقار، ويقصد بالغبن هنا هو عدم التعادل المادي للأداءات فهو عيب في محل العقد لا في الارادة ، وهو بذلك يعد المظهر المادي للاستغلال[3] .

وعلة تشدد الفقهاء في الحرص على ألا يباع الموقوف بغبن فاحش ،هو ان ذلك لا يخدم مصلحة الوقف بل يعجل بانتهائه واضمحلاله.

---

[1] المادة 24/ف من القانون 91-10:" تثبت الحالات المبينة أعلاه بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة و الخبرة ".

[2] راجع : محمد أبو زهرة ، مشكلة الأوقاف ، (استبدال الوقف) ، المرجع السابق ، ص 315 ، محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، المرجع السابق ، ص 130.

[3] علي فيلالي ، النظرية العامة للالتزام ، مطبعة الكاهنة ، سنة 1997 ، ص 60.

وبالرجوع للاحكام العامة فانه لا يمكن رفع دعوى الغبن الا اذا توفرت الشروط لذلك وهي:

1- **ان يكون المبيع عقارا:** وهو الشيء الملتصق بالارض ، حيث لا يمكن نقله من مكان لاخر دون المساس بسلامته ، فاذا كانت العين المسلمة منقولا فلا يؤثر على البيع ولا يمكن التمسك بدعوى الغبن ، اما اذا كان المبيع عقارا فتحميه دعوى الغبن الفاحش[1] . ويعتبر البيع عقاريا سواء كان متعلقا بملكية عقار او كان الامر يتعلق بحق عيني اخر عليه كحق الانتفاع اوحق ارتفاق او حق حكر.

وبما ان الوقف قد يكون عقارا او منقولا ، فهل يعتبر الغبن هنا في العقار دون المنقول او في كليهما استثناء ؟ .

ان ما يرجح في هذا الصدد هو القول بان مصلحة الوقف قد تقتضي اعتبار الغبن في العقار والمنقول على السواء وذلك لتحقيق اكبر حماية للوقف .

2- **ان يكون الغبن في حدود الخمس من ثمن العقار وقت البيع** : والخمس هنا معيار جامد محدد لا يختلف من حالة لاخرى ، وتقدير الغبن ماخوذ من الشريعة الاسلامية وهو مما ينطبق على بيع المال الموقوف، فالغبن يحدد بـ (5/1) القيمة الحقيقية للمال الموقوف فاذا قل ثمن بيعه عن اربعة اخماس (5/4) عدّ بيعا بغبن فاحش، هذا اذا تم الاستبدال عن طريق البيع بثمن نقدي وشراء وقف اخر يكون وقفا على ماكان عليه الاول ، اما اذا كان الاستبدال بالمقايضة ، كما اذا أبدل المال الموقوف بآخر فان مال البدل ينبغي أن يكون متلائما مع المال الموقوف أصلا وإلا اعتبر ذلك غبنا فاحشا.

ولقد نص المشرع الجزائري على وجوب تعويض العقار الموقوف بعقار يكون مماثلا له من حيث طبيعته وطريقة استعماله ، او يكون أفضل منه [2]، فاذا كان اقل منه قيمة او منفعة فيكون ذلك غبنا يستدعي بطلان هذا الاستبدال.

---

[1] عبد القهار داوود العاني ، المرجع السابق ، ص 168.

[2] المادة 24 من قانون الأوقاف 91-10.

وترتيبا على ما سبق ، فإذا بيع المال الموقوف بغبن فاحش ،أو بدل عقار آخر اقل قيمة منه ، فانه يحق لوكيل الأوقاف أن يتمسك ببطلان العقد واسترجاع المال الموقوف ، فإذا اشرف هو على البيع كانت سلطة الإشراف لناظر الشؤون الدينية ، فإذا اشرف على البيع ناظر الشؤون الدينية كانت سلطة المراقبة للجنة الأوقاف على أن يتم البيع بطريق المزاد العلني بحيث الذي يقدم أكبر عرض هو الذي يرسو عليه المزاد العلني، و إذا لم يحقق المزاد عرضا جيدا يسمح باستبدال الوقف فلا يجرى المزاد لانتفاء مصلحة الوقف[1]، أو أن يتم البيع بطريق التراضي بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف طبقا للمادة 25 من المرسوم التنفيذي98-381 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية ، فيحدد سعر المثل كسعر أدنى للبيع بعد استطلاع رأي المصالح المختصة في أملاك الدولة أو الجهات الأخرى المختصة و يعلن المزاد في الصحافة الوطنية أو طرق الإعلان الأخرى طبقا لنص المادة 23 من نفس المرسوم التنفيذي98-381، إلا أن الاستبدال عادة ما يتم بطريق التراضي بحيث يبحث ناظر الملك الوقفي على من يدفع ثمنا جيدا ليبيع له العقار ليشتري بثمنه عقارا آخر يحل محل العقار المستبدل.

مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على البيع بالمزاد العلني في حالة الاستبدال مع انه أكثر أمانا، لكنه نص على إمكانية مقايضة ملك وقفي بآخر بشرط أن يكون مماثلا له أو أفضل منه طبقا لنص المادة 24 من قانون الأوقاف 91-10.

ان استبدال الوقف في كل الاحوال يتم بطريقتين : إما بيع المال الموقوف نقدا أو مقايضته بمال آخر، على أن بعض الفقهاء يقصرون الاستبدال على البيع دون المقايضة لأنهم يرون عدم جدوى ذلك[2]، إذ أن صاحب العقار غير الخرب لن يقوم باستبدال عقاره بآخر خرب إلا إذا كان سعره منخفضا ، بالإضافة إلى المخاطرة بسبب استبدال عقار صالح بآخر مخرب[3].

---

[1] أحمد أمين حسان ، فتحي عبد الهادي، المرجع السابق ، ص188.

[2] زهدي يكن، أحكام الوقف ، المرجع السابق ، ص 217.

[3] فؤاد عبد الله العمر، استثمار الأموال الموقوفة ، المرجع السابق ، ص 65.

وما يلاحظ في هذا الشأن أن المشرع الجزائري لم ينص على إجراءات خاصة لبيع أو مقايضة الملك الوقفي المراد استبداله، لكن بتفحص دور لجنة الأوقاف المتضمن في القرار الوزاري المؤرخ في 1999/02/21 المتعلق بإنشاء لجنة الأوقاف و تحديد مهامها و صلاحياتها [1]، نجد أن المادة 04 منه تمنحها حق إنشاء لجان مؤقتة تُكلف بفحص و دراسة حالات خاصة، لذا من الأجدر إنشاء لجان خاصة تتكفل بدراسة ملفات الاستبدال و ذلك لخطورة هذه العملية على مستقبل الملك الوقفي تجاه حقوق الموقوف عليهم إذ قد تؤدي إلى إنهاء عملية الوقف، وأن مصلحة الوقف تقتضي التدقيق في عملية استبداله[2] .

ثالثا . الشروط المتعلقة بمتولي الوقف: وتتمثل فيما يلي:

1 . ثبوت الاستبدال لصاحب الولاية العامة : في الأوقاف العامة يكون الاستبدال لمن يملك الولاية العامة و هو الحاكم، لأنها تعتبر من قبيل الأملاك الجماعية لجميع الناس فتثبت الولاية للدولة عليها،لأنها الحافظ لحق كل من لا يستطيع حفظ حقه و خاصة في الأوقاف العامة التي يكون الموقوف عليهم غير محصورين و لا معنيين كالفقراء و المساكين فتكون

---

[1] مصنف القوانين و المراسيم الرئاسية و القرارات الوزارية المشتركة و القرارات الصادرة وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف من 01 يناير 1997 إلى 31 ماي2003، نشر وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف ، الجزائر، 2003، ص207.

[2] و لقد تباينت التشريعات الحديثة في مجال الاستبدال و الإشراف عليه، فقد نظم القانون الصادر عام 1926 في لبنان موضوع الاستبدال بحيث جعله مقابل دفع ثمن أو مقابل عقار لمن له حق عيني على العقار مثل حق الإجارة الطويلة، و أجبره على طلب الاستبدال خلال سنة و إلا قامت إدارة الوقف بذلك،أما في العراق فقد أعطيت الوزارة حق استبدال الموقوف عام 1964 و أجازت استبدال الوقف بآخر و بقرار من المجلس الوزاري و موافقة المجلس الأعلى لديوان الأوقاف دون حاجة للحصول على حجة من المحكمة الشرعية ، و ينص القانون الكويتي في مذكرته التفسيرية على جواز هدم المساجد وإعادة بنائها إذا كان المقترح هو انفع منه و لو لم تكن هناك حاجة أو ضرورة ، أما القانون المصري لعام 1946 فقد مكن هيئة الأوقاف المصرية من أن يكون لها النظارة من جميع الأوقاف و أن يكون لها حق الإبدال و الاستبدال ، أما في المملكة الأردنية الهاشمية فليس من صلاحيات وزارة الأوقاف الأردنية بيع الأملاك الوقفية بل مقايضتها،و أما سلطنة عمان فتجيز الاستبدال و لكن البيع يكون من صلاحيات الوزارة، و أما في المملكة العربية السعودية فصدر قرار مجلس الشورى في عام 1355 هـ بتحديد ضوابط شراء بدل الوقف، و أن يكون حق الاستبدال من صلاحيات المجلس الأعلى للأوقاف بشرط أن تكون الأوقاف ضعيفة الغلة أو لا غلة لها،أو يخشى عليها من الضياع بسبب وضعها، فؤاد عبد الله العمر، المرجع السابق، ص65-67.

الولاية هنا شاغرة و الحاكم ولي من لا ولي له[1]، وهذا ما يستشف من المادة 24 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف، حيث تنص: ((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 وإنتفاء إتيانه بنفع قط، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه.

تثبت الحالات المبينة أعلاه بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة)).

وقد جعل المشرع الجزائري الولاية في الوقف العام لوزارة الشؤون الدينية وذلك في المادة 46 من قانون الأوقاف: ((السلطة المكلفة بالأوقاف هي الجهة المؤهلة لقبول الأوقاف و تسهر على حمايتها و تسييرها)).

كما يجب التنويه الى انه كان لوزارة الشؤون الدينية عند الاقتضاء الإشراف على الأوقاف الخاصة و ترقيتها و ضمان حسن تسييرها حسب إرادة الواقف[2]، إلا أن المشرع الجزائري ألغى هذه المادة و ذلك لإعفاء وزارة الشؤون الدينية من الإشراف على الأملاك الوقفية الخاصة و ذلك للتفرغ للأملاك الوقفية العامة.

و حسب النظام الإداري لوزارة الشؤون الدينية فإن مهمة النظر على الأوقاف و كما يتضح من القوانين و المراسيم المنظمة لهذه الوزارة، قد وزعت على لجنة الأوقاف و نظارة الشؤون الدينية ووكيل الأوقاف و ناظر الملك الوقفي[3]، وبذلك يثبت الاستبدال لكل واحد منهم حسب

---

[1] كمال لدرع، ناظر الوقف في الفقه الإسلامي، دورة تكوين وكلاء الأوقاف سكيكدة، 2001، مطبوعات وزارة الشؤون الدينية، ص 02.

[2] المادة 47 من قانون الأوقاف 91-10، و نشير إلى أن هذه المادة ألغيت في التعديل الجديد، فيقتصر دور وزارة الشؤون الدينية والأوقاف فقط على الأوقاف العامة دون الخاصة.

[3] كمال لدرع ،المرجع السابق، ص1.

اختصاصاته المحددة في القانون وفق المواد 09،10،11،12 من المرسوم التنفيذي رقم 98 –381 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك.

2 . الضوابط التي تحكم متولي الوقف في عملية الاستبدال: يشترط على متولي الوقف الا يبيع العين الموقوفة لمن له على الوقف دين او لمن لا تقبل شهادتهم عنده والا يوزع الثمن على المستحقين ، فيجب على المتولي الا يبيع العقار لشخص دائن للوقف في حالة ما اذا رغب هذا الشخص في الشراء ، وذلك خوفا من ان يكون الناظر عاجزا عن تسديد الدين مما يؤدي الى ضياع الوقف او ضياع بدله، وهذا خوفا من تاثيره على الناظر مما قد يبيعه له بثمن زهيد او يؤجل تسديده له محاباة او خوفا من سلطته عليه.

ويجب على المتولي ان لا يبيع العين الموقوفة لمن لا تقبل شهادتهم عنده ، وهم اصوله وفروعه وزوجه ولو تم البيع بثمن اكبر من الثمن الاصلي للمال الموقوف وذلك دفعا للشبهة*، لما قد يحدث بين الناظر والمشتري من محاباة او تساهل يؤدي الي ضياع الوقف، الا ان بعض الفقهاء اجازوا ذلك بشرط ان يكون الثمن مساويا للقيمة الحقيقية او يزيد عنها.

ولا يجوز للمتولي على الوقف ان يبيع العقار الموقوف لنفسه ، وقد منعه الفقهاء من ذلك ، ووفقا للقانون المدني لايجوز للنائب ان يبيع لنفسه وبالتالي فالمتولي على الوقف لا يجوز له ان يبيع لنفسه او ابداله بشيء ، وذلك حفاظا على الوقف وعدم تعرضه للضياع بان يبيعه لنفسه بثمن بخس او يبدله بشيء رخيص.

وفي كل الاحوال لا يجوز الاقراض من مبلغ بيع الموقوف قبل شراء محل الوقف بدلا عن الاول كما انه لا يجوز له بيع الموقوف بثمن معجل خوفا من العجز عن الاداء مما يؤدي الي ضياع الوقف[1].

---

* نص المشرع المصري على اشتراط ألا يكون المتقدم للاستبدال من العاملين في الوزارة الوصية أو المنتدبين أو المعارين إليه و أقربائهم إلى الدرجة الرابعة .

[1] محمد أبو زهرة، مشكلة الأوقاف ، (استبدال الوقف) ، المرجع السابق ، ص 197.

وقد اقر الفقهاء عدم جواز توزيع الثمن على المستحقين من طرف المتولي وهو شرط بديهي ، حيث ان توزيع الثمن يؤدي الي انهاء الوقف ، وهذا النهي قوامه الخوف من ضياع ثمن بيع المال الموقوف قبل شراء بدله الذي يحل محله*، ولذلك يجب ان يوضع المال المتحصل عليه من بيع المال الموقوف لدي الصندوق المركزي للاوقاف الذي انشأته وزارة الشؤون الدينية بقرار مشترك مع وزير المالية[1] ، وعليه يلتزم المتولي بعدم توزيع الثمن على المستحقين لان حق المستحقين مرتبط بغلة الوقف لا بأصله ، لذلك يلتزم بشراء عين اخرى تكون احسن وانفع من العين الاولى وتكون وفقا على ما كانت عليه الاولى.

المطلب الثاني

اجراءات الاستبدال

ان الاستبدال يقتضي بيع الموقوف وشراء بدل اخر يكون وقفا على ماكان عليه الاول او مقايضته بعقار اخر وهذا فيه من الخطر على المال الموقوف الذي قد يؤدي الي انقراضه وانتهائه ،ورغم ان قفهاء الشريعة الاسلامية وضعوا شروطا للاستبدال تضييقا وحفاظا على المال الموقوف.

ونظرا لان الدولة تعتبر وصية على المال الموقوف وهو مايجعل مراقبتها للاستبدال شرطا ضروريا له، فينبغي ان يتم وفق اجراءات ادارية تثبت بها مشروعية الاستبدال، وكذلك لتحقيق اقصى حد من المنفعة لصالح الوقف في الاستبدال .

* لذلك نجد المشرع المصري أوجد هيئة تقوم بحفظ المال الناتج عن بيع الوقف إلى حين شراء وقف آخر.

[1] قرار وزاري مشترك بين وزير الشؤون الدينية و وزير المالية رقم 31 مؤرخ في 14 ذو القعدة 1419، الموافق لـ 02 مارس 1999 ، يتضمن إنشاء صندوق مركزي للأوقاف.

وفي اطار القانون المقارن ، نصت كل قوانين الاوقاف على اجراءات للاستبدال الا ان المشرع الجزائري لم ينص على ذلك*، والسؤال الذي يطرح هنا : ما هي الاجراءات التي تتبعها وزارة الشؤون الدينية والاوقاف عندما تقوم بالاستبدال ؟.

عمليا ، للقيام بعملية الاستبدال يقدم ناظر الوقف طلبا الى ناظر الشؤون الدينية في كل ولاية وهو الذي يقوم بتكوين لجنة تتكون من وكيل الاوقاف ، وموظفين في الادارة وتقوم هذه اللجنة بدراسة امكانية الاستبدال وجدواه بالنسبة للوقف ، فاذا كان الوقف خاصا، فان الاستبدال يقرره ناظر الوقف وذلك باعلام وكيل الاوقاف – لان وزارة الاوقاف لها الاشراف فقط كاصل[1] – اما اذا كان الوقف عاما فيتم الاستبدال اذا وافقت اللجنة وفق اجراءات يمكن حصرها في عملية تحضير وثائق الملكية الوقفية (الفرع الاول) والقيام ببيع المال الموقوف او مقايضته (الفرع الثاني) ، واخيرا الجانب الفني المتعلق بحلول العين المبدلة محل العين المستبدلة (الفرع الثالث) على التفصيل التالي :

الفرع الاول

تحضير وثائق الملكية الوقفية

تثير هذه المسالة مشكلة كبيرة خاصة بالنسبة للاوقاف التي ليست لها عقود ملكية اذ كثيرا ما تكون هناك اوقاف لكن لا يعلمها الا الواقف خاصة في الفترة التي سبقت صدور قانون التوثيق[2].

فالاوقاف التي قيدت وسجلت وشهرت لا تثير إشكالية في تحضير العقود، اما بالنسبة للاوقاف الاخرى فنميز بين التي لها عقود عرفية او توثيقية صادرة قبل صدور قانون التوثيق ، فهذه العقود رغم انها لم تقيد ولم تشهر ولم تسجل فهي عقود معترف بها ولو كانت

---

* يعتبر ذلك نقصا من المشرع الجزائري ينبغي التدخل في ذلك و تنظيم إجراءات الاستبدال كما فعل مع إيجار الأملاك الوقفية في المرسوم التنفيذي 98-381.

[1] المادة 43 من قانون الأوقاف 91-10.

[2] قانون التوثيق صدر بموجب الأمر 70-91 المؤرخ في:1970/12/5،لكنه دخل حيز النفاذ في:1971/01/01.

عرفية*، ويمكن اشهارها خاصة بعد احداث سجل عقاري خاص بالاملاك الوقفية ، على ان تخضع الاملاك الوقفية لعملية جرد عام حسب الشروط والامكانيات والاشكال القانونية والتنظيمية المعمول بها[1].

اما بالنسبة للاوقاف التي ليست لها عقود محررة فان الوقف يخضع في مسالة الاثبات الي كل طرق الاثبات، فيثبت بالكتابة وشهادة الشهود وغير ذلك من طرق الاثبات[2]، ومن الحلول القانونية التي اعتمدها المشرع الجزائري في هذا الشان هو ابتداع وثيقة الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي ، فطبقا للمادة 05 من المرسوم التنفيذي 2000-336 تصدر مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي محل الإشهاد إذا اجتمعت أكثر من ثلاث وثائق إشهاد مكتوب لإثبات الملك الوقفي، بمعنى ان هذه الشهادة هي وثيقة تتوج بها شهادات الشهود تصدر في شكل رسمي وتخضع للإشهار، وقد حدد القرار المؤرخ في 2001/05/26م نموذج هذه الشهادة ومحتواها[3] حيث نص في المادة 03 منه على وجوب أن تتضمن:

- عنوان الشهادة و المراجع القانونية المعتمدة،

- رقم وتاريخ تسجيل وثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا،

- تحديد مساحة الملك الوقفي وموقعه.

---

* وقد اكدت المحكمة العليا على الصبغة الرسمية للعقود التي كانت تحرر من قبل القضاة الشرعيين في القرار رقم 40097 المؤرخ في 1989/06/03 و الذي جاء فيه: ((من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتسبه العقود المحررة من قبل الأعوان العموميين، وتعد عنوانا على صحة على ما يفرغ فيها من إنفاقات وما تنص عليه من تواريخ، بحيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير أو معاكس لفحواها)) ، المجلة القضائية 1992، عدد 01، ص 119.

[1] رابح جعفر، البحث عن الأملاك الوقفية ، ملتقى تكوين وكلاء الأوقاف ، سكيكدة ، 2001 ، مطبوعات وزارة الشؤون الدينية ، ص 2-1 ، المذكرة رقم 188 الصادرة في: 2002/06/11 عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف و التي تتضمن شكل السجل الخاص بالملك الوقفي .

[2] محمد طرفاني ، المرجع السابق ، ص 10، المادتين 08 /ف05 ، 35 من قانون الأوقاف 91-10.

[3] القرار الوزاري المؤرخ في 26 ماي 2001 يحدد شكل و محتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، الجريدة الرسمية ، عدد 31.

كما نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي2000-336 على خضوع الملك الوقفي محل وثيقة الإشهاد إلى التسجيل والإشهار العقاري، وهو ما يتوافق مع نص المادة41 من قانون الأوقاف ، مما يدل على أن القيمة القانونية للشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي هي من قيمة العقد الرسمي المثبت للملك الوقفي، وهو ما أكدته التعليمة الوزارية المشتركة رقم 09 المؤرخة في2002/09/16 الصادرة عن وزيري الشؤون الدينية والمالية والمتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي[1]، حيث اعتبرت أن الشهادة الرسمية هي بمثابة عقد تصريحي يبرمه موظف مختص ومؤهل توافقا مع المادة 324 من القانون المدني التي تحدد مفهوم العقد الرسمي والمادة 26 مكرر11 من قانون الأوقاف[2] ، وهذا الموظف هو مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية بصفته أعلى سلطة مكلفة بالأملاك الوقفية على المستوى المحلي، كما حددت التعليمة كيفيات إشهار الشهادة الرسمية[3].

ويتبع ذلك قيام وكيل الأوقاف بناء على الشهادة الرسمية ، بتقديم طلب أمر على ذيل عريضة إلى رئيس المحكمة موقع العقار ، مضمونه تعيين محضر قضائي لإجراء معاينة قضائية يثبت بها الوقف بناء على مساءلة الجيران و من له معرفة بالعقار مع وصف العقار و تحديد معالمه ، و يكلف خبير عقاري بإجراء خبرة و وضع خريطة طوبوغرافية للعقار مع تحديد المساحة و المعالم الأربعة للعقار الموقوف .

و بعد ذلك تقوم مديرية الشؤون الدينية بإعداد تقرير حول العقار و تسجيل الشهادة الرسمية في السجل الخاص الموجود بمديرية الشؤون الدينية طبقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 2000- 336، يُتبع ذلك بتقديم الشهادة الرسمية مرفقة بنسخة من التقرير و الوثائق

---

[1] التعليمة الوزارية المشتركة رقم 09 الصادرة عن وزير الشؤون الدينية و الأوقاف و وزير المالية بتاريخ 2002/09/16 ، تتعلق بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي ، تطبيقا لنص للمادة 44 من قانون الأوقاف 91-10 المؤرخ في 1991/04/27 و المادة 353/ ف 08 من قانون التسجيل .

[2] المادة 26 مكرر11من قانون الاوقاف:" للسلطة المكلفة بالأوقاف حق إبرام عقود في إطار أحكام المادة 08".

[3] حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص143.

الأخرى إلى المحافظة العقارية لإشهارها مجانا[1] ، وهنا يتم التعامل مع الامر بحسب طبيعة العقار محل الوقف ، فإذا تعلق الأمر بعقار حضري تفتح بطاقة عينية و ترتب بعد التأشير عليها بالنظر إلى الموقع الجغرافي المحدد بعناصر تعيين العقار الموقوف ، ثم تفتح بطاقة أبجدية لحساب الوقف العام و ترتب حسب الترتيب الأبجدي و عليه يتم إعداد دفتر عقاري يسلم لمدير الشؤون الدينية و الأوقاف بالولاية ، أما إذا كان الملك الوقفي عقارا ريفيا فيتم الإشهار طبقا لما نصت عليه المادتان 113 و 114 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 1976/03/25 المعدل و المتمم المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ويتم بعد ذلك سحب عقد الوقف و الدفتر العقاري من عند الموثق بالتنسيق مع المحافظ العقاري و بالتالي يصبح العقد الوقفي رسميا يسمح باجراء أي عملية على المال الموقوف بعد تسوية الوضعية القانونية لدى المصالح المعنية ، و يكون كأداة لإثبات الملك الوقفي و كقرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس.

الفرع الثاني

التصرف في المال الوقفي

إن استبدال الوقف يتم بطريقتين ، إما بيع المال الموقوف بالنقود أو مقايضته بمال آخر، على أن بعض الفقهاء يقصرون عملية الاستبدال على البيع دون المقايضة لأنهم يرون عدم جدوى ذلك على اساس أنه لا يمكن لأحد أن يقايض عينا بأخرى تكون مثلها[2] خاصة و أن حالة العين الموقوفة تكون خربة فلا يرجى منها نفعا، لذلك يحصر بعضهم الاستبدال في البيع فقط .

---

[1] المادة 6 من المرسوم 2000-336 : " يخضع الملك الوقفي محل وثيقة الإشهاد المكتوب إلى التسجيل و الإشهار العقاري ، طبقا للقوانين و التنظيمات المعمول بها " و هذا راجع لكونهما عقدا تصريحيا متعلقا بحق عيني عقاري.

[2] زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص 217.

ولكي يكون بيع العين الموقوفة مضمونا ويرجى منه تحقيق اعلى سعر ، تذهب جل التشريعات الى ان تجعله عن طريق المزايدة ابتداء والا فعن طريق التراضي.

اما المشرع الجزائري فلم ينص على اجراءات معينة للاستبدال ولم يقرر طريقة بيع الوقف او مقايضته، لكن يلاحظ انه عندما انشأ اللجنة المركزية للاوقاف* جعل لها الحرية في انشاء لجان مؤقتة تكلف بفحص ودراسة حالات خاصة والاستبدال يعتبر حالة ينبغي التوقف عندها ، فيمكن انشاء لجان خاصة بالاستبدال تنظر في صحته وتحدد طرق البيع والمقايضة كما فعل مع ايجار الاوقاف الذي يعتبر تصرفا عاديا في الوقف[1]، على عكس الاستبدال الذي قد يؤدي الي انهاء الوقف، وبالتالي وقياسا على موضوع ايجار الاوقاف فيمكن ان تجري عملية الاستبدال اما بالمزاد العلني او بطريق التراضي وذلك بعد استطلاع رأي اللجنه المركزية للاوقاف.

فاذا تم الاستبدال بطريق المزاد العلني يحدد سعر المثل كسعر ادنى للبيع بعد استطلاع راي المصالح المختصة في ادارة املاك الدولة اوالجهات الاخرى المختصة حسب نوعية المال الوقفي المباع ، على ان المزاد يجب ان يجري تحت اشراف لجنة الاوقاف نظرا لخطورة التصرف ، ويعلن المزاد في الصحافة الوطنية وكذلك في موقع العقارالموقوف محل البيع .

الا ان ما يلاحظ ان الاستبدال في الجزائر عادة ما يتم بطريق التراضي ، حيث يبحث الناظر على مشتري يعرض ثمنا جيدا ويبيع له العقار ، وبعد ان يشتري عقارا اخر

---

* اللجنة المركزية للأوقاف، نص عليها المشرع الجزائري في المادة 22 من المرسوم التنفيذي 98-381 ، و نظمت بأمر وزاري مؤرخ في 21 فيفري 1999 ، حيث نص في البند العاشر من المادة الرابعة في معرض التكلم عن صلاحيات اللجنة أنها علاوة على ما سبق يمكن للجنة الأوقاف أن تشكل لجان مؤقتة تكلف بفحص و دراسة حالات خاصة و تحل هذه اللجان بعد المهمة التي أنشئت من أجلها.

[1] حيث أنه حسب نص المادة 4 من القرار الوزاري رقم 29 المذكور آنفا جعل دراسة و اعتماد الوثائق النمطية المتعلقة بإيجار الأملاك الوقفية من اختصاص اللجنة المركزية للأوقاف حسب الطريقة المعتمدة في إيجار الأوقاف سواء كان عن طريق المزاد العلني أو بالتراضي أو بأقل من أجر المثل كما أنها تشرف على إعداد دفتر الشروط.

يكون وقفا على ما كان عليه الاول يودع المستندات الخاصة به في مديرية الشؤون الدينية بعد اجراء دراسة طبوغرافية له.

ونشير الى ان المشرع الجزائري لم يستبعد المقايضة في الوقف كاسلوب للاستبدال حيث نص على جواز استبدال عقارا باخر بشرط ان يكون مساويا له في القيمة او احسن منه، بحيث ينقل كل واحد الى الاخر على سبيل التبادل ملكية مال من غير النقود[1] .

ومنه فالاستبدال يقع بالبيع بالمزاد العلني او بالتراضي من باب القياس على الايجار بحسب ما يحققه من مصلحة للوقف، او يتم عن طريق المقايضة اذا امكن مبادلته بعقار مثله او احسن منه .

الفرع الثالث

حلول العين المبدلة محل العين المستبدلة

ان اجراء عملية الاستبدال يهدف الى تحقيق تنمية اكثر للاوقاف وجعلها اكثر منفعة لدوام الوقف ولتحقيق قصد الواقف في الاجر من الله عزوجل بعد ان اصبح خربا[2].

حسب المادة 220 من قانون الأسرة التي تنص : ((يبقى الحبس قائما مهما طرأ على الشيء المحبس من تغيير في طبيعته، وإذا نتج عن التغيير تعويض، ينزل منزلة الحبس))، فإن أموال البدل كالثمن والتعويض ومقابل نزع الملكية تحل بحكم القانون حلولا عينيا محل العين الموقوفة، وبالتالي فما يشترى بأموال البدل من عقار أو منقول يحل أيضا محل العين الموقوفة، ويصبح موقوفا على نفس الجهة فلا تصرف غلاته إلا إلى الجهة التي حبست العين الأولى عليها، لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه[3].

---

[1] وناس علي ، تسجيل عقود المبادلة ، مجلة الموثق ،الغرفة الوطنية للموثقين ،عدد06، أفريل 1999 ، ص24. حيث تخضع للتسجيل وفقا لنص المادة 226 من قانون التسجيل.

[2] راجع: محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 390 ، محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ،المرجع السابق ص 192.

[3] زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص177.

فباجراء عملية الاستبدال تصبح العين الجديدة وقفا وتخرج بذلك من دائرة التمليكات وتطبق عليها احكام الأوقاف، فلا يجوز بيعها ولا هبتها ولا التصرف فيها باي تصرف ناقل للملكية الا بمسوغ شرعي ، وتكون وقفا على ماكانت عليه الاولى، فاذا كانت العين الاولى موقوفة على مسجد كانت الثانية المستبدلة كذلك، أي أن تكون العين وقفا على الجهة التي كانت العين الأولى وقفا عليها، فإذا انقرضت هذه الجهة فتكون على جهة مشابهة لها كمسجد آخر ومدرسة أخرى[1]، فإذا لم يمكن كانت إدارتها لوزارة الشؤون الدينية وتجعلها في جهة من جهات البر والخير الأخرى.

وعملية الاستبدال تخرج العين الموقوفة من الاحتباس الذي يقتضي عدم التصرف إلى جواز كل التصرفات التي يتيحها حق الملكية ، فيمكن بالتالي بيعها والتنازل عليها والتصرف فيها بكل التصرفات الناقلة للملكية.

على أن حلول العين المبدلة محل العين المستبدلة يستلزم عملية التسجيل للعقار المشترى أو المقايض في السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية طبقا لنص المادة الأولى من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2003/11/14 المحدد لشكل و محتوى السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية المحدث لدى مصالح الحفظ العقاري[2]، و تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل و الضرائب و الرسوم الأخرى لكونها عملا من أعمال البر والخير سواء في عملية البيع والشراء ، أو في عملية المقايضة طبقا لنص المادة 44 من قانون الأوقاف91-10.

ويتم وضع بطاقة خاصة للعقار الوقفي الجديد في سجل الجرد، فيعطى له رقم حسب ترتيبه فيه، و هو الرقم الذي تحمله البطاقة طبقا لما ورد في التعليمة الوزارية رقم143

---

[1] محمد أبو زهرة ، مشكلة الأوقاف، (استبدال الوقف)، المرجع السابق، ص 319، عبد القهار داوود العاني . المرجع السابق، ص107. ابن قدامة، المرجع السابق، ص 575.

[2] القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 2003/11/14 المحدد لشكل و محتوى السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية المحدث لدى مصالح الحفظ العقاري، الجريدة الرسمية لسنة2003، العدد 71.

المؤرخة في2003/08/03 المنظمة لتسيير الأملاك الوقفية [1]، وخاصة إعداد بطاقات لتعيين العقارات الوقفية و التي تحتوي على مجموعة بيانات ضرورية لتحديد الملك العقاري الوقفي ويشطب العقار الوقفي المستبدل من سجل الجرد و البطاقة باللون الأحمر عن طريق مقرر من طرف وزير الشؤون الدينية و الأوقاف و باقتراح من المدير الولائي للاوقاف، بحيث يشار إلى مراجع المقررات الوزارية و تبقى محفوظة ضمن ملف العقار الوقفي الذي تم شطبه ، وهو الأمر الذي وضحته المذكرة رقم 03-06 المؤرخة في 2006/09/23 المتعلقة بشطب الأملاك الوقفية[2]، فحددت الوثائق اللازمة لطلب شطب ملك وقفي و المتمثلة فيما يلي:

- وثيقة تثبت أن هذا العقار موضوع الشطب غير مترتبة عليه مخلفات الإيجار.
- وثيقة من الجهات التقنية المختصة توضح رأيها في الموضوع.
- بطاقة تقنية للملك الوقفي موضوع الشطب طبقا للنموذج المرفق بالمذكرة.
- محضر معد من طرف لجنة خاصة لدراسة شطب ملك وقفي يوضح فيه ما يلي:

الوضعية الحالية للملك الوقفي .

- أسباب و دواعي شطب هذا الملك.
- رأي أعضاء اللجنة في عملية شطب هذا الملك الوقفي.

وتتكون هذه اللجنة الخاصة بدارسة شطب الملك الوقفي طبقا للمذكرة رقم 03-06 المذكورة أعلاه من:

- مدير الشؤون الدينية و الأوقاف للولاية (رئيسا).
- رئيس مصلحة الأوقاف و التوجيه الديني (عضوا).
- وكيل الأوقاف أو المكلف بها (عضوا).

---

[1] التعليمة الوزارية رقم 143 المؤرخة في: 2003/08/03، الصادرة عن وزير الشؤون الدينية و الأوقاف، المتعلقة بتسيير الأملاك الوقفية.

[2] المذكرة رقم 03-06 المؤرخة في: 2006/09/23، الصادرة عن المديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية ، المتعلقة بشطب الأملاك الوقفية.

– مفتش التعليم المسجدي للمقاطعة التي يقع فيها العقار (عضوا).

– رئيس اللجنة الدينية للمسجد إذا كان العقار من ملحقات المسجد (عضوا).

– إمام المسجد إذا كان العقار من ملحقات المسجد (عضوا).

وتأتي عملية شطب الأملاك الوقفية في إطار ضبط و تحسين تسيير الأملاك الوقفية ولتمكين الإدارة المركزية من استصدار مقررات الشطب، ولترشيد عملية إحصاء الأملاك الوقفية[1].

وأضافت التشريعات الحديثة كذلك حالة استملاك العقار الموقوف للمنفعة العامة* فإذا استملكت الإدارة العامة أرضا موقوفة للمنفعة العامة و دفعت تعويضا عن ذلك فإن الناظر يعادل مبدئيا قيمة الأرض فيشتري بقيمة التعويض عقارا يصبح موقوفا مكان العقار المستملك و لا يجوز توزيع هذا التعويض على المستحقين.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنجده قد أشار إلى إمكانية توظيف حالة الضرورة العامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام، و في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 24 من قانون الأوقاف 91– 10 للقيام بعملية استبدال ملك وقفي لغرض المنفعة العامة، لكن التطبيق العملي أثبت أن استبدال الأوقاف في الجزائر يتم بالتعويض النقدي و في إطار أحكام القانون 91–11 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة فينتهي الوقف، والسبب في ذلك هو جهل الناظر أو تحايله و جهل العاملين في الخزينة

---

[1] المذكرة رقم 06–03 المؤرخة في: 2006/09/23 المتضمنة شطب الأملاك الوقفية.

* مصطلح استملاك يقابله مصطلح نزع الملكية في دول المغرب العربي كإجراء قانوني لنقل ملكية العقار،عبد الرحمان عزاوي ، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري ،أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام ،كلية الحقوق ، بن عكنون، جامعة الجزائر ،2007، ص 605.

وتمكن هذه العملية الإدارة من إنشاء تجهيزات جماعية و منشآت و أعمال كبرى ذات منفعة عمومية، و في الجزائر نجد القانون رقم 91–11 المؤرخ في:1991/04/27 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة ، الجريدة الرسمية العدد 21، الذي ينصب على الأملاك الوطنية العقارية ، وقد ينصب على الحقوق العينية مثل:حق الانتفاع و الارتفاق، وهذا بنص المادة 2منه التي تنص على أنه : " يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية...".

وعدم علم المصالح المكلفة بالأوقاف لانعدام التنسيق بين الهيئات المختلفة مما يفتح بابا آخر لضياع الأوقاف[1].

وبالرغم من تحقق مقاصد الشريعة الإسلامية و الواقفين في المحافظة على الأملاك الوقفية ، و صرف ريعها في مصارفها الشرعية من خلال تطبيق عملية الاستبدال ، كان لهذه الأخيرة آثار سلبية أبرزها اتخاذ الاستبدال كذريعة للاستيلاء على الأوقاف و بيع الوقف بثمن بخس أو بيعه لقريب أو صديق بثمن أقل من سعر السوق واستبدال الوقف لغير مصلحة راجحة أو بدون دراسة الجدوى الاقتصادية لهذا الاستبدال[2].

ومن صور الاستيلاء*على الأوقاف في العصر الحديث عملية التأميم التي باشرتها بعض الدول ومن ضمنها الجزائر[3]، إذ تم بموجبه مصادرة العديد من الأوقاف الخيرية والتي كانت غلّاتها لجهات البر، ليتم توزيعها على صغار المزارعين، لتتحول في إطار هذه العملية إلى أملاك خاصة دون تعويض الأوقاف المصادرة بالبدل النقدي، مع الملاحظة ان التعويض النقدي أجازه الفقهاء بالنسبة للأملاك الوقفية المغصوبة إذا عجز الناظر عن

---

[1] محمد طرفاني: قراءة قانونية في تنظيم الوقف في الجزائر ، دورة ادارة الأوقاف الإسلامية، 1999، ص12.

2 محمد بن عليثة بن عسير الفزي :استبدال أعيان الوقف ببين المصلحة و الاستيلاء ،المؤتمر الثالث للأوقاف حول الوقف الإسلامي " اقتصاد و إدارة و بناء حضارة"، المنعقد في الفترة من 03 إلى 05 يناير 2010، بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ص37.

* لقد دلت الحوادث التاريخية على أن استبدال الأوقاف كان وسيلة للاستيلاء عليها ،حيث تم توظيفه في بعض عهود العمليات كحيلة للاستيلاء على الوقف من خلال شهود القيمة الذين يشهدون أن الوقف قد تهالك أو انه ضار بالجار وأن المصلحة تكون ببيعه أنقاضا فيحكم القاضي ببيعه ، ولذلك نصت العديد من الوثائق الوقفية في عهد المماليك على منع الاستبدال فان فعل الناظر ذلك كان معزولا و ان وافقه القاضي كان ملعونا ، و عندما قامت الخلافة العثمانية حرص القائمون بأمر الأوقاف على القضاء على أسلوب التحايل من خلال الاستبدال فأصدروا القانون الذي ينص على منع الاستبدال، كما أمر السلطان العثماني عام 951هـ بمنع استبدال العامر من الأوقاف الذي قل ريعه ولم يخرج من الانتفاع كلية إلا بإذن السلطان ،فؤاد عبد الله العمر، المرجع السابق ، ص62.

[3] الأمر 71-73 المؤرخ في: 1971/11/08 المتضمن قانون الثورة الزراعية ،الجريدة الرسمية العدد97 ، و كمثال على عملية التأميم ما حدث في مصر حيث صدر قرار جمهوري برقم 152 لسنة 1957 وفيه نص على انه:"تستبدل خلال مدة أقصاها ثلاث (03) سنوات الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر العامة ، وذلك على دفعات و بالتدرج و توزع على صغار المزارعين أملاكا"، انظر محمد بن عليثة بن عسيرالفزي، المرجع السابق ، ص 37.

استرداد وقفه لانعدام البينة لديه ، ويريد الغاصب أن ينهي الخلاف بينه وبين الناظر صلحا بأن يردف لهذا الأخير مبلغا من النقود لإتمام المصالحة – وإن كان هذا المبلغ دون قيمة الوقف المغصوب – بالنظر للضرورة ،لأن الناظر لا يحوز دليلا على صحة الوقف ومن ثم على غصبه منه ، فيُخصص الناظر المبلغ المقبوض لشراء عقار يصبح وقفا بدلا من العقار المغصوب[1] ، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 38 من قانون الأوقاف 91–10 بأن نص: ((وما فوت منها باستحالة استرجاع العين الموقوفة وجب تعويضها وفقا للإجراءات المعمول بها)).

ان تأميم الأملاك الوقفية في أحكام قانون الثورة الزراعية 71–73 المؤرخ في 1971/11/08 جعل هذه الأملاك ملكيات خاصة للفلاحين، مما جعل استرجاعها مسألة صعبة خاصة إذا لم تتوفر الوسائل اللازمة لإقامة البينة على ذالك وغياب العقود الرسمية للعقارات الزراعية.

غير أن حرص المؤسس الدستوري الذي تجلى من خلال نص المادة 49 من دستور 1989 و التي أكدت على حماية القانون للأملاك الوقفية ، انعكس على بنية النظام القانوني الجزائري في مجال الأوقاف ، فبادر المشرع الجزائري إلى إصلاح الخطأ الصادر عنه[2]، وبسبب إستحالة التعويض العيني أحيانا تم التعويض نقدا، وهنا يجب التنويه الى ما قضى به مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2005/07/12 تحت رقم 016765 من أن ((المبالغ المحكوم بها كتعويض عن الأرض المحبسة المدرجة في الإحتياطات العقارية توضع تحت تصرف ناظر الوقف لشراء عقار آخر وفقا لموضوع عقد الحبس)) [3].

---

[1] راجع: زهدي يكن، أحكام الوقف ، المرجع السابق ، ص 230 ، إدوار عيد ، المرجع السابق ، ص526 . فؤاد عبد الله العمر، المرجع السابق ، ص 67.

و من صور الاستيلاء المباح نجد استيلاء الدولة على الوقف لأجل المصلحة ، كتوسعة مسجد أو طريق ، كما فعل عمر بن الخطاب و عثمان بن عثمان بن عفان رضي الله عنهما من هدم الأوقاف التي بجوار المسجد النبوي لتوسعته ، محمد بن عليثة بن عسير الفزي، المرجع السابق، ص 37.

[2] راجع تفصيل الموضوع في الصفحة 213 من الاطروحة وما بعدها.

[3] مجلة مجلس الدولة، العدد07 لسنة 2005 ، ص 145.

وترتيبا على ما سبق من التناول القانوني لمسألة الاستبدال، وخاصة من خلال تحليل المادة 24 من قانون الوقف والمادة 220 من قانون الأسرة يمكن تسجيل الملاحظات التالية :

1- أجاز المشرع الإستبدال كاستثناء على قاعدة عدم جواز التصرف في المال الوقفي.

2- الحالات التي يجوز فيها استبدال الملك الوقفي هي حالات وردت على سبيل الحصر لا المثال، مع أنه توجد حالات أخرى معترف بها في الشريعة الإسلامية، كحالة الإستبدال بشرط الواقف، على أساس أن إرادة الواقف معتبرة وفقا للمادة 24 من قانون الاوقاف.

3- لم يتطرق المشرع في المادة 24 من قانون الاوقاف إلى مسألة استبدال المسجد في حالة انعدام المنفعة وهي محل إختلاف بين الفقهاء، حيث يرى جمهور الفقهاء بعدم جواز استبداله مهما كان السبب، أما الإمام أحمد بن حنبل فقد تساهل في ذلك وأجاز بيع المسجد إذا صار غير صالح للغاية المقصودة منه[1]، وعليه كان من الأجدر على المشرع أن يتخذ موقفا في هذه الحالة، ولا بأس بترجيح رأي الإمام أحمد بن حنبل هنا لأنه ليس من المنطقي أن يخرب المسجد أو يضيق على أهله ، أوتخرب الناحية التي يقع فيها ولا يمكن توسعته ، لذلك من الأفضل بيعه بشرط أن يصرف ثمنه في إنشاء مسجد آخر مكانه.

4- معظم الحالات الواردة في المادة 24 السابقة[2] يشترط فيها إنتفاء منفعة الملك الوقفي مطلقا و إلا كان الإستبدال غير صحيح ، غير أنه مراعاة لحكمة الوقف وتشجيعا للناس على استثمار الأملاك الوقفية ، فإنه من الأحسن إعمال المرونة في موضوع الإستبدال بالنظر الى عديد من العوامل التي تدفع الى ضرورة ذلك والتي منها :

---

[1] محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، المرجع السابق، ص175.

[2] المادة 24 من القانون91-10:" 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 وإنتفاء إتيانه بنفع قط، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه..." .

– التوسع العمراني و امتداد المدن وترابط القرى مما أحدث تغييرا في طبيعة إستخدام الاراضي من زراعية إلى إستثمارية أو سكنية، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 26 مكرر4 [1]من القانون 01–07 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف 91–10 .

– التغيير في نسب البناء و الإتجاه العمودي في البناء مما جعل ثمن الأراضي يرتفع في مراكز المدن.

– التركيز العقاري في داخل المدن، ووقوع معظم الاوقاف فيها و إمكانية الإستفادة من دمج بعض الاوقاف الصغيرة من خلال التعويضات النقدية و العينية التي قد تقدم من الدولة عند نزعها للمنفعة العامة.

وقد يكون من المناسب المرونة في إستبدال الوقف مع الأخذ بعين الإعتبار بعض الشروط المهمة لتقنين الإستبدال ، ومنها :

– إستنفاذ الناظر أو إدارة الوقف لكافة السبل لعمارة الوقف من خلال مخصصات الإعمار بحيث يكون الإستبدال هو الحل الأخير.

– أن يسبق عملية الإستبدال دراسة شاملة للعقارات المراد إستبدالها، بحيث تكون هناك مصلحة متحققة من الإستبدال خاصة دراسات الجدوى الإستثمارية لها.

– أن لا يكون البيع بغبن فاحش،وذلك من خلال استقراء آراء الخبراء أو وجود لجنة مقومين.

– أن تكون العين الأخرى (المستبدل بها) أكثر ريعا أو متقاربة إن أمكن.

– إستمرار شروط الواقف من حيث صرف غلته .

– أن يكون الإستبدال بإذن السلطة المكلفة بالأوقاف نظراً لخطورته على مستقبل الملك الواقي .

– أن يتم إستخدام مال البدل فورا أو أن يباشر البناء على العقار الذي تم استبداله بدون تأخير، لكي يؤدي دوره في مساعدة الموقوف عليهم على أمور دنياهم المتلاحقة .

---

[1] المادة 26 مكرر4 : " يصح تغيير وجهة الملك الوقفي إلى ما هو أصلح له و للمستحقين ما لم تمنع شروط الواقف، وفي حالة وجود مانع يلجأ إلى القاضي الذي يصدر حكما يراعي مصلحة الوقف والموقوف عليهم ".

كما أنه عمليا هناك طرق أخرى لتطبيق الإستبدال نجملها فيما يلي :

- بيع جزء من الوقف لتعمير آخر .
- بيع وقف من أجل تعمير آخر.
- بيع عدة أملاك وقفية لشراء وقف واحد.

5- من أهم المشاكل الواقعية التي تواجهها الأملاك الوقفية هي مشكلة السندات التي تثبت وقفيتها مما جعلها محلا للنهب والغصب، ولذلك، ولأجل حل هذه المشكلة لا يمكن التصرف بالإستبدال إذا جحد الغاصب الوقف ولم توجد بينه تثبتة، لكن إذا أراد هذا الغاصب دفع القيمة فللناظر أخذها ليشتري بها بدلا وهو أمر له سنده في الفقه الإسلامي[1].

6- إشترط المشرع في الحالة الرابعة من المادة 24 أن يكون عقار البدل مماثلا للعقار الموقوف أو أفضل منه دون تبيين نوع التماثل، هل هو من حيث الجنس أو الغرض المقصود أو قيمة المنفعة؟

أ ـ تماثل أو اتحاد جنس البدل والعقار الموقوف: بمعنى أنه إذا كان العقار الموقوف أرضا فيجب أن يكون البدل الذي يحل محله أرضا كذلك، ونفس الشيء بالنسبة للبناء.

ب- تماثل الغرض من البدل والعقار الموقوف: فإذا كان المقصود من وقف العقار استغلاله، كأن يكون دكانا أو دارا مؤجرة فيجب أن يكون البدل كذلك، أما إذا كان العقار موقوفا للسكن فيجب مراعاة ذلك في العقار البدل، لأن قصد الواقف من وقفه كان الانتفاع بالسكن.

ج ـ تماثل المنفعة بين العقارين: بما أن العقار الموقوف إنعدمت منفعته فيجب استبداله بعقار آخر يكون ريعه وغلته أكثر من غلة العقار الموقوف،أو يقع في مكان أحسن وهو ما يفيد مصلحة الوقف.

ويلاحظ هنا أنه من الأحسن تأويل قصد المشرع إلى التماثل أو الأفضلية في قيمة المنفعة حتى تزيد غلات الوقف، أما اتحاد جنس العقارين فمن الأحسن ترك السلطة التقديرية

[1] محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، المرجع السابق، ص177.

للسلطة الوصية على الأوقاف التي تقدر المصلحة في الإستبدال، تجنبا لتجميد الوقف على حال واحد.

7ـ بما أن الإستبدال فسخ لعقد لازم وإنشاء لعقد جديد لازم أيضا، فهو عمل خطير بالنسبة للوقف ومع ذلك لم يعالجه المشرع إلا بمادة واحدة ضمن قانون الوقف، حددت حالاته وحصرتها دون توضيح لشروطه وضوابطه وإجراءاته.

8ـ وإمعانا في حماية الأموال الموقوفة نرى ضرورة اشراك مرفق القضاء ـ بما فيه النيابة العامة ـ في أي عملية للاستبدال وذلك للتأكد من وجود حالة الضرورة، وحتى لا تكون هناك أية مغامرة في أموال الوقف على رأي فقهاء الحنفية يشترطون موافقة القاضي إذا لم يشترط الواقف الاستبدال [1].

والخلاصة في هذا الفصل: أن الوقف تصرف لازم يفيد التبرع بالمنفعة لا برقبة العين الموقوفة ويرتب أثرا مباشرا هو بطلان التصرفات الواردة على المال الوقفي، الا أن الوقف قد تضمحل قيمته بمرور الزمن وتقل منفعته، وتبعا لذلك يكون من الأنفع استبداله بوقف آخر أو قد تؤول ملكية الوقف إلى الدولة بناء على قرار لنزع الملكية للمنفعة العامة، ومن ثم، يستخدم مقابل نزع الملكية في شراء عقار أو منقول آخر.

ولا جدال في أن موقف القانون الجزائري متأثر بما هو ثابت في فقه الحنفية من جواز الاستبدال على خلاف المالكية والشافعية الذين تشددوا فيه ولم يجيزوه إلا في أحوال نادرة[2] ، وقد تساهل الحنابلة في الاستبدال، فقد أجازوه في حالات الضرورة[3]، ذلك أن أوسع المذاهب في هذه المسألة الحنابلة فالحنفية ، وأن أضيقها المالكية فالشافعية ، فقد أجاز الحنابلة والحنفية الاستبدال في عدة حالات، في حين أن المالكية لم يجيزوا بيع العقار الموقوف مطلقاً إلاّ لتوسعة الجامع أو الطريق أو المقبرة ، وهم والشافعية لم يجيزوا بيع

---

[1] راجع: زكي الدين شعبان وأحمد الغندور، المرجع السابق، ص 535، ابن همام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج 26، ص 227.

[2] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 174.

[3] المرجع نفسه، ص 176.

المسجد مطلقاً ، لكن الحنفية يختلفون من حيث المنهجية عن الحنابلة فهم وإن وسعوا في دائرة جواز الاستبدال لكم مذهبهم في غير المسجد أن الحق في البيع للواقف نفسه حيث له الرجوع أو للقاضي ، كما أن الوقف عندهم غير لازم إلاّ في المسجد بعد إفرازه والصلاة فيه فأبو حنيفة يرى أن ملك الواقف لا يزول عن الوقف إلاّ أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته ، ومحمد يرى أنه لا يزول حتى يجعل للوقف ولياً ويسلمه إليه . وأبو يوسف مع الجمهور في اللزوم بالقول فقط ، لكن الحنابلة يقولون بلزوم الوقف ومع ذلك وسعوا دائرة الاستبدال وهو الأرجح كما سبق.

وفي حالة البيع يختلف الأمر عند الحنابلة الذين يقولون بصرف الثمن في الإتيان بمثل الوقف أو لجهة الاستحقاق ، في حين أن الحنفية – ما عدا أبا يوسف – يعطون الحق للواقف في البيع إذا شرطه لنفسه ، بل إن محمداً يرى رجوع المسجد بعد خرابه إلى الواقف ويخرج عن الوقف– كما سبق– ، والذي يظهر رجحانه هو رأي الحنابلة مع التوسع في دائرة الصرف حسب المصلحة الراجحة .

وتبدووجاهة ما ذهب إليه القانون الجزائري من إجازة الاستبدال لأنه وسيلة لإحياء الوقف وزيادة ريعه ونمائه ، ولكن المشكلة تكمن في إمكانية إساءة استخدام الاستبدال لمصالح خاصة بالناظرأوأقربائه أو لغيرهم ، مما يؤدي إلى فناء الوقف أو الانتقاص من غلته، وعلى هذا فالاستبدال سلاح ذو حدين.

ويلاحظ أن وضع ضوابط للاستبدال هي الضمانة الأساسية للحفاظ على الأموال الموقوفة ، ويمكن أن تكون الضوابط متعلقة بالحالات التي يجوز فيها الاستبدال أو في خضوع الاستبدال لموافقة القضاء مع ضرورة تنظيمه جيدا من قبل المشرع الجزائري الذي لم يصدر مراسيم تنفيذية وتنظيمية بشأنها باعتبارها تصرفا على الأملاك الوقفية وتحديد طرق تنظيمها، كأشكال الاستبدال سواء عن طريق البيع أو المقايضة وكذلك كيفية إجراء المزاد وكيفية تنظيمه، وشروط العين المشتراة ، كل هذا ينبغي النص عليه من قبل المشرع حتى لا تكون الأوقاف عرضة للنهب.

الفصل الثاني

الولايـة على الوقف والاستحقاق فيه

يعد الوقف سمة من سمات المجتمع الإنساني عامة والإسلامي خاصة ونظام يهدف إلى تحقيق التنمية الاجتماعية الاقتصادية ، ولقد نهض الوقف الإسلامي بوظائف حضارية شملت مختلف جوانب الحياة في المجتمع ، ومن المؤكد أن من يناط به شرعاً إدارة الوقف وتولي النظارة عليه مسؤول بشكل مباشر عن الإدارة المثلى للوقف والتي من خلالها يتم الارتقاء بالأوقاف وتوفير كل ما يصلحها واجتناب كل ما يؤدي إلى إضعافها.

ان الوقف حتى يستمر 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 و إنفاق غلاته في وجوهها، وتوزيعها على مستحقيها، كل هذا لا يكون إلا بولاية قائمة عليه تديره بالمصلحة، وتحفظ أصوله بالأمانة وتوزع منافعه على أصحابها بالعدالة، لأجل هذا أقر الفقهاء ضرورة توثيقه، وتنظيم الولاية عليه، بما فيها ولاية الدولة في إدارة شؤون الأوقاف بحكم النظر العام والولاية العامة لمصالح المجتمع ، حيث تتولى الدولة النظارة على الأوقاف احيانا ،والرقابة على أداء النظاراحيانا اخرى، كما تقوم بتعيين موظفين من قبلها للقيام بإدارة الأوقاف وفقاً لمقتضيات وظروف حددها الفقهاء. وهذا ما استلزم افراد موضوع الولاية على الوقف وما يتعلق به من اشكالات ومسؤوليات بمبحث خاص (المبحث الاول) .

ومما يتعلق بامر ادارة الوقف والولاية عليه ما يصطلح عليه بالاستحقاق الوقفي الذي ينصرف معناه إلى إستحقاق غلة الوقف ومنافعه، و أحكام الشريعة الإسلامية هى التى تجرى فى شأنه و تطبق عليه من جهة تعيين مدى حقوق المستحقين فيه ، و ما يكون لهم من التصرف فى أعيانه و ما لا يكون ، و مقتضى الشريعة الإسلامية أن الإستحقاق فى الوقف منوط بوجود الغلة ، ذلك أن الاستحقاق يتحدد بحدوث سببه، و هو وقت ظهور الغلة

و خروج الريع ، ولا يثبت ذلك الا لكل من شرط له الواقف نصيبا في الغلة أو سهما أو مرتبا دائما أو مؤقتا.

ان المسائل التي يثيرها الاستحقاق الوقفي تضعنا امام الزامية إفراده بمبحث خاص (المبحث الثاني) يعزز ويكمل مبحث الولاية على الوقف ، تبيانا وتأصيلا لقواعد الانتفاع الوقفي على النحو الذي يلي :

المبحث الأول

الولايـة على الوقف

تشير الخبرة التاريخية إلى أن الممارسة الاجتماعية لنظام الوقف استقرت على تأسيس هيئات مختلفة شكلت إطارا تنظيميا مكن الدولة من ممارسة دورها اتجاه الأوقاف تنظيما ورقابة ، كما تظهر أيضا أن الأوقاف اعتمدت القضاء كمرجعية إدارية وسلطة إشرافية عليا أقرتها اجتهادات الفقهاء واعتمدتها سلطة الدولة كوصاية، وجهاز إشرافي ورقابي مستقل شمل بإشرافه الأوقاف العامة والخاصة.

ولقد عكست التنظيمات الإدارية التي استحدثتها الدولة في مختلف العصور حرص الدولة 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 للأملاك الموقوفة، حيث يمكن القول أن الدولة قامت بدور الإحاطة والرعاية تجاه الأوقاف، هذا الدور الذي أقره الفقهاء للدولة لتنظيم علاقة بالأوقاف، وجسدته الدولة من خلال قيامها بممارسة أنواع من الرقابة على أداء الإدارة الوقفية ونظار الأوقاف من حيث الالتزام بشروط الواقفين واحترام إراداتهم، والحفاظ على الأملاك والموارد الوقفية وضمان استمرارية تدفق المنافع للمنتفعين.

إن الالمام بمسألة إدارة الوقف تقتضي الحديث عن كل جوانب موضوع الولاية أو النظارة على الوقف، ولذا سنتناول ابتداء مفهوم الولاية على الوقف (المطلب الاول) وانتهاء بالمسؤولية المتعلقة بالولاية عن الوقف(المطلب الثاني) على النحو التالي:

المطلب الأول

مفهوم الولاية على الوقف

لتحديد مفهوم الولاية على الوقف نتناول المسائل المتعلقة بتعريفها و شروطها (الفرع الأول)، وكذا المسائل المتعلقة بطبيعة من تثبت له صفة الولاية ومركزه القانوني (الفرع الثاني) على النحو التالي:

الفرع الأول

تعريف الولاية على الوقف وشروطها

الولاية على الوقف اوالنظر عليه مصطلح يقتضي تحديد مفهومه تعريفه (اولا) وتبيان شروطه (ثانيا)، ومتى تزول صفته (ثالثا)على النحو الآتي:

اولا . تعريف الولاية : الأموال الموقوفة كغيرها من الأموال التي تحتاج بصفة عامة إلى من يقوم بحفظها ويدير شؤونها من استغلال وعمارة وصرف ريعها على مستحقيها، ذلك انها لو تركت من غير رعاية لم يتحقق غرضها المقصود منها و هو ان تكون صدقة جارية و لتسارع الخراب إليها، لذلك جعلت الشريعة والقانون نظام الولاية على الوقف حقا مقررا لا يجوز ان يوجد وقف من غير ولاية قائمة تتصرف في الوقف بالمصلحة وتحفظ أمواله بالأمانة و توزعها عل أصحابها بالعدالة، تسمى في عرف الفقهاء: بالنظر على الوقف وليكون التعريف دقيقا نتناوله من خلال زوايا اللغة والاصطلاح الشرعي والقانوني على النحو التالي :

1 . تعريف الولاية لغة : الوِلاية: بالكسر مصدر الوليّ[1]، والوليّ: مأخوذ من الوَلْيِ وهو القرب لقول النبي (ص): ((ليليني منكم أولو الأحلام))[2] ، أي: ليقاربني[3].

قال في الصحاح : ((الولي: القرب والدنو، يُقال: تباعد بعد ولي)) [4].

وقال في المغرب: ((يُقال: ولي الأمر وتولاه: إذا فعله بنفسه، والتولية: أن تجعله والياً))[5] وكل من ولي أمر واحد فهو وليّه، ومنه: ولي اليتيم أو القتيل: مالك أمرهما، ووالي البلد: ناظر أمور أهله[6]، والوَلاية – بالفتح – : النصرة والمحبة [7].

و بإمعان النظر فيما تقدم يتبين أن مدلول لفظ " الولاية " في اللغة يرجع إلى معان كثيرة من أهمها: الحب، والنصرة، والسيادة، والقدرة، والتدبير، فهي كلمة تستعمل فيما يحتاج إلى تدبير وقدرة وعمل ناشئ عن نصرة سببها معتبر، كالقرب والمحبة والحلف ونحو ذلك.

2 . تعريف الولاية شرعا: اختلف أهل العلم في تعريفهم للولاية، وبخاصة في كتب المُحْدَثِين – الذين أفردوا الولاية ببحث مستقل– وقليل من هذه التعاريف سَلِم من الاعتراض والمناقشة.

ومن هذه التعاريف ما يأتي:

---

[1] راجع : المطرزي أبي الفتح ناصر الدين، المغرب في ترتيب المعرب ،ج 2 ، تحقيق : محمود فاخوري وعبد الحميد مختار، ط1، مكتبة أسامة بن زيد ، حلب، سوريا ، 1399هـ ، ص372 ، قاسم القونوي ، أنيس الفقهاء ، تحقيق : أحمد الكبيسي، ط1، دار الوفاء ، جدة ، 1406هـ ، ص148.

[2] أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري ، صحيح مسلم ، ج1 ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، ط2 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، لبنان، 1392هـ ، ص323 .

[3] سيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ، تحقيق: ياسين أحمد إبراهيم درادكة، ط1 ، مكتبة الرسالة الحديثة ، عمان ، الأردن، 1988م ، ص165.

[4] راجع : أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ،ج6 ، تحقيق: عبد السلام هارون، ط1، دار الجيل، ، بيروت، 1411هـ ، ص141 ، الفيروز آبادي، القاموس المحيط ، المرجع السابق ، ص 1732.

[5] المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب ،ج2 ، المرجع السابق ، ص372.

[6] قاسم القونوي ، أنيس الفقهاء ، المرجع السابق ، ص263.

[7] راجع : محمد علي الفاروقي التهانوي ، كشاف اصطلاحات الفنون، ج3، دار صادر، بيروت، بدون سنة طبع ، ص1538، إبراهيم أنيس وآخرون ، المعجم الوسيط ، ج2 ، بدون طبعة ، المكتبة الإسلامية ،اسطنبول، ص 1057، محمد رواس قلعهجي و حامد قنيبي ، معجم لغة الفقهاء، ط2، دار النفائس ، الرياض ، 1408هـ ، ص510.

أ- الولاية بمعناها العام في الشرع : تنفيذ القول على الغير، شاء الغير أو أبى[1].

وقد اعترض على هذا التعريف: بأن الولاية صفة تقوم بالأشخاص وليست تنفيذاً لأن التنفيذ أثر للولاية لا أنه حقيقة لها، كما أنه تعريف غير جامع لأنواع الولاية ؛ لأن للشخص ولاية على نفسه وماله، فهو لا يشمل ولاية المرء على نفسه، بل هو مقتصر على ولاية الإجبار دون غيرها[2]، كما أنه يفيد أن المولى عليه يكون له مشيئة وإباء، مع أنه في بعض حالات الولاية يكون المولى عليه خالياً منهما، كما في الصغير غير المميز والمجنون[3] .

ومما هو ملاحظ على هذا التعريف أيضاً أنه لم يذكر مصدر السلطة أو القوة التي مكنت الولي من تنفيذ قوله على الغير[4]، كما أنه يؤخذ عليه حصر سلطة الولي في الأقوال مع أنها أوسع من ذلك، إذ الولاية شاملة للأفعال أيضاً كالحضانة والتربية ونحو ذلك [5].

ب – الولاية : هي سلطة تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها[6] .

ويلاحظ على هذا التعريف: عدم تحديده نوع السلطة، فيدخل فيه صاحب السلطة غير الشرعية، كما أنه لم يذكر محل الولاية مما يشعر أن تصرفات وعقود الولي لا تمس المولى عليه[7] مع أنه أحد فصول التعريف الرئيسة، فكان الأولى ذكره، كما أن الظاهر من

---

[1] علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات ، تحقيق: عبد الرحمن عميرة ، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1407هـ ، ص 310.

[2] عمر الأشقر، أحكام الزواج، ط1، دار النفائس، الأردن،1417هـ ، ص 118.

[3] راجع : نمر النمر، أهل الذمة والولايات العامة في الفقه الإسلامي ، ط1، المكتبة الإسلامية، الأردن، 1409هـ ، ص25 ، بدران أبو العينين ، تاريخ الفقه الإسلامي ، بدون طبعة، دار النهضة العربية، بيروت، ص 453 .

[4] نمر الحميداني ، ولاية الشرطة في الإسلام ، ط1 ،دار عالم الكتب، الرياض، 1413هـ ، ص 16.

[5] نمر النمر، المرجع السابق ، ص25.

[6] راجع : محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام ، ط4، الدار الجامعية، ، بيروت، 1403هـ ، ص271 ، محمد مصطفى شلبي ،المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1405هـ ، ص518.

[7] محمد بن عبدالله الودعاني ، الولايات الخاصة في الفقه ، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الإمام، المعهد العالي للقضاء، السعودية، 1413هـ، ص 22.

التعريف حصر سلطة الولي في إنشاء التصرفات والعقود فقط مع أن مدلول الولاية أوسع من ذلك.

ج – الولاية : قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر، في تدبير شؤونه الشخصية والمالية[1].

ويلاحظ على هذا التعريف: بأنه قَصَرَ الولاية على القاصر، مع كونها ثابتة على غيره كالبالغة في ولاية النكاح، إضافة إلى أنه لم يذكر مصدر الولاية.

د– الولاية : سلطة شرعية تمكن صاحبها من مباشرة العقود وترتب آثارها عليها دون توقف على إجازة أحد[2].

ويؤخذ على هذا التعريف: بأنه قصر سلطة الولي على العقود فقط، مع أن سلطته تشمل غيرها كالرعاية والتربية وسائر التصرفات، كما أنه لم يذكر محل الولاية (المولى عليه).

هـ– الولاية: سلطة يثبتها الشرع لإنسان معين، تمكن من رعاية المولى عليه من نفس ومال وحفظه وتنميته بالطرق المشروعة[3].

وهذا تعريف جيد إلا أن فيه نوعاً من الطول حيث احتوى على ألفاظ يمكنه الاستغناء عنها كما أنه قصر الولاية على تنمية المال وحفظه، مع أن واجب الولي أشمل من ذلك ، وربما كان من عمله إنفاقه على المولى عليه، وإخراج الحقوق منه[4].

و– الولاية: سلطة شرعية لشخص في إدارة شأن من الشؤون، وتنفيذ إرادته فيه على الغير من فرد أو جماعة[5].

---

[1] مصطفى بن أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج2 ، ط 10 ، مطبعة طربين، دمشق، 1968م، ص817.

[2] أحمد غندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ، ط2 ، مكتبة الفلاح، الكويت، 1982م، ص 121.

[3] حسن الشاذلي، الولاية على النفس، ط1، دار الطباعة المحمدية بالأزهر، القاهرة، 1979م، ص5.

[4] محمد بن عبد الله الودعاني، المرجع السابق ، ص 22.

[5] نمر النمر ، المرجع السابق ، ص22.

إن ما يؤخذ على هذا التعريف: كونه جعل للولي تنفيذ إرادته على الغير، مما يخرج ولاية الاختيار، كما أنه قصر الولاية على الفرد أو الجماعة، فأخرج الولاية على الوقف والوصية[1].

هذه بعض التعاريف الاصطلاحية عند الفقهاء لمعنى (الولاية)، وكما هو ظاهر فإن جميعها لم يسلم من النقد، ولم يخلُ من الاعتراض، الأمر الذي يتطلب اختيار تعريفٍ مناسبٍ خالٍ من هذه الاعتراضات، سليمٍ من هذه الملاحظات، وذلك على النحو الآتي :

الولاية : هي سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إدارة شؤون المولى عليه وتنفيذها[2] .

اما الولاية على الوقف فهي: سلطة شرعية تجعل لمن ثبتت له القدرة على وضـع يده عليه وإدارة شؤونه من استغلال، وعمارة ، وصرف الريع إلى المستحقين . والشخص الذي يثبت له هذا الحق يُسمَّى متولي الوقف، وناظر الوقف، وقيّم الوقف [3].

غير أنه إذا اشترط الواقف ناظراً وقيّماً على وقفه، أو اشترط ناظراً ومتولياً فإنه ينبغي أن يحمل الناظر على المشرف، عملاً بقاعدة (التأسيس أولى من التأكيد) فيكون للقيّم أو للمتولي إدارة الوقف والقيام بشؤونه فعلاً تحت إشراف الناظر، وليس للناظر في هذه الحالة حق في التدخل الفعلي في العمل، لأنه مشرف فقط كالمشرف على الوصي [4].

3 – تعريف الولاية قانونا : لقد عرفها القانون الجزائري في المادة 07 من المرسوم التنفيذي 98–381 بقوله : ((يقصد بنظارة الوقف في صلب هذا النص ما يأتي : (أ) التسيير المباشر للمالك الوقفي، (ب) رعايته ، (ج) عمارته ، (د) إستغلاله،(هـ) حفظه ، (و) : حمايته)) .

ويقصد المشرع الجزائري بعمارة الوقف: صيانة الملك الوقفي وترميمه، وإعادة بناءه عند الإقتضاء، وأخيرا إستصلاح الأراضي الوقفية و زراعتها بغرس الفسيل وغيره.

---

[1] محمد بن عبدالله الودعاني، المرجع السابق ، ص 22–23.

[2] إبراهيم بن صالح بن إبراهيم التنم، ولاية التأديب الخاصة في الفقه الإسلامي ، ط1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1428 هـ ، ص 47.

[3] محمد مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص398.

[4] أحمد إبراهيم بك ، أحكام الوقف والمواريث، المطبعة السلفية، القاهرة، 1355هـ ، ص99.

ثانيا . شروط النظارة : يتبوأ الناظر مركز الوكيل الامين الذي يخضع للمساءلة وهو بهذا في مركز حساس يترتب عنه ان يتحلى بشروط معينة جعلها الفقهاء مناط النظارة وهي شروط قاسية تكافئ المركز المقصود وهذه الشروط هي:

1- **العدالة الظاهرة** : ويقصد بها : التزام المأمورات و اجتناب المحظورات الشرعية. ذلك أن مقصد الوقف هو استمرار المنفعة، وجريان الصدقة على الدوام، وولاية الأوقاف مقيدة بشرط النظر، وليس من النظر تولية الخائن، لأنه يخل بهذا المقصود، وربما أدّى إلى هلاك الوقف، وتعطل نفعه [1] ، وهذا الشرط اختلف الفقهاء فيه على أربعة أقوال:

- القول الأول: أن العدالة شرط لصحة الولاية على الوقف مطلقاً دون تفريق بين الموقوف عليه، ومنصوب الواقف وغيرهما، وبهذا قال بعض الحنفية[2]، وهو قول الشافعية [3] .

- القول الثاني: أن العدالة في ناظر الوقف شرط أولوية لا شرط صحة، وهذا قول أكثر الحنفية [4].

- القول الثالث : أن العدالة شرط في صحة ولاية الوقف ما لم يكن الناظر هو الموقوف عليه، أو منصوباً من قِبَل الواقف، وهذا هو قول المالكية [5]، وبه قال الحنابلة [1].

---

[1] راجع : إبراهيم بن موسى بن أبي بكر الطرابلسي، الإسعاف في أحكام الأوقاف ، دار الرائد العربي ، بيروت ، 1981م ، ص 53 ، محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف ، المرجع السابق، ص331.

[2] راجع : ابن الهمام ، فتح القدير ، ج6، المرجع السابق، ص231، الطرابلسي ، الإسعاف ، المرجع السابق، ص53، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية ، ج2 ، ط3 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1400هـ، ص408.

[3] راجع : تقي الدين أبي عمرو عثمان بن الصلاح الكردي الشهرزوري ، فتاوى ومسائل ابن الصلاح ، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، ج1، ط1، دار المعرفة ، بيروت ، 1406هـ، ص387،أبي زكريا يحيى == == بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، إشراف: زهير الشاويش، ج5 ، ط2، المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1405هـ، ص 347.

[4] راجع : ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج5، المرجع السابق ، ص244، ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج4 المرجع السابق ، ص380.

[5] أبي الوليد محمد بن رشد القرطبي (الجد) ، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة ، ج12 ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط1، 1405هـ ، ص 223، محمد بن يوسف العبدري ، التاج والإكليل لمختصر خليل ، مطبوع على هامش مواهب الجليل، ج6 ، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1398هـ،

– القول الرابع : أن العدالة ليست شرطاً لولاية الوقف إذا كان على معينين راشدين، وهذا قول ضعيف للشافعية [2].

وهذا الشرط وان كان محل اتفاق في تقريره ، فإنه محل اختلاف فقهي في مداه بين من يرى انه شرط أولوية لا شرط صحة وهو قول الاحناف، وبين من يرى إنه شرط صحة مطلقة وهو قول الشافعية ، الا ان الحنابلة يميزون في هذه المسالة بين ما اذا كان الناظر هو الموقوف عليهم جميعا فهنا يسقط الشرط، وبين ما اذا كانت النظارة لغير الموقوف عليهم فهنا تصبح العدالة شرط صحة .

2– الكفاية : و تعني قوة الشخص و قدرته على القيام بشؤون الوقف والتصرف فيما هو ناظر عليه ، فاذا انعدم هذا الشرط زالت الولاية عن ناظر الوقف .

وهذا الشرط قال به عامة الفقهاء، فقد قال به الحنفية [3]، والمالكية[4]، والشافعية[5] والحنابلة[6]، وللشافعية فيه وجه ضعيف بعدم اشتراط هذا الشرط[7].

ص37، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج4، المرجع السابق ، ص88 ، إلا أنهم توسعوا فأجازوا ولاية الفاسق إذا رضي به الموقوف عليهم.

[1] ابن قدامة ،الشرح الكبير، ج 6 ، المرجع السابق، ص213، المرداوي، الإنصاف ، ج7، المرجع السابق ، ص67، دقائق أولي النهى 504/2، عبد القادر بن عمر الشيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطالب ، ج2 ، تحقيق : محمد سليمان الأشقر، ط1، 1403هـ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، ص20.

[2] النووي، روضة الطالبين ، ج5، المرجع السابق، ص347.

[3] الطرابلسي ، الإسعاف ، المرجع السابق، ص53، ابن نجيم ، البحر الرائق ، ج5، المرجع السابق ، ص244، ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ج4، المرجع السابق، ص 380، لكنهم يجعلونه شرط أولوية لا شرط صحة.

[4] أبي عبدالله محمد ابن محمد الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، ج6 ، ط2 ، دار الفكر ، بيروت لبنان، 1398هـ، ص 37.

[5] النووي، روضة الطالبين ، ج 5، المرجع السابق، ص347، تحفة المحتاج ، ج6، المرجع السابق، ص 288.

[6] المرداوي ، الإنصاف ، ج7 ، المرجع السابق ، ص66 ، عبد الرحمان بن عبد الله، كشف المخدرات والرياض المزهرات شرح أخصر المختصرات، ج 2، مطابع الدجوى االبعلي، مصر، بدون سنة طبع ، ص47، مصطفى السيوطي الرحيباني ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، ج4 ، ط1، المكتب الإسلامي، دمشق ، 1385هـ، ص328، الشيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطالب ، ج2 ، المرجع السابق، ص20.

[7] علي بن عبد الكافي ألسبكي، الابتهاج بشرح المنهاج في فروع الشافعية، مخطوط مصور من مكتبة أحمد الثالث ، تركيا، تحت رقم 1324 (ر) فقه شافعي، ج 4/ ق 171ب.

3- الإسلام : يقرر هذا الشرط متى كان الموقوف عليه مسلما، أو كانت الجهة جهة خير وبر، الا أن الاحناف قالوا بصحة نظارة غير المسلم متى كان بالغا عاقلا امينا قادرا على ادارة شؤون الوقف ويستوي عندهم الذكر والانثى.

إن ما يلاحظ فيما اشترطه الفقهاء في ناظر الوقف هو اقراره قانونا من خلال المرسوم التنفيذي 98-381 الذي كرس وجهة نظر الفقهاء جملة و تفصيلا، حيث يذهب المرسوم في المادتين 16 ، 17 إلى إن ناظر الملك الوقفي يجب أن يكون بالإضافة إلى جنسيته الجزائرية : مسلما، بالغا سن الرشد، سليم العقل والبدن، عدلا أمينا، لم يطلب النظارة لنفسه من أهل الخير والصلاح إذا كان الموقوف عليه غير معين، أو معين محصور وغير راشد ولا ولي له، ذا قدرة وكفاءة على حسن التصرف[1].

وما تجدر الإشارة اليه هنا هو جملة الملاحظات التاليـة :

أ . ان هذه الشروط لا تثبت إلا بالتحقيق و الشهادة المستفيضة و الخبرة تحت رعاية السلطة المكلفة بالأوقاف.

ب . ان ناظر الوقف الذي توفرت فيه تلك الشروط ، تثبت له النظارة بالتعيين إذا تعلق الأمر بالوقف العام، أو بالإعتماد – إقتضاء – إذا تعلق الأمر بالوقف الخاص، وفي كلا الحالتين فإن الناظر لا يكون إلا من بين :

---

[1] المادة 16 من المرسوم 98-381:" يعين الوزير المكلف بالشؤون الدينية بقرار، بعد استطلاع رأى لجنة الأوقاف المذكورة في المادة 9 أعلاه، ناظرا لملك وقفي أو لعدة أملاك وقفية، كما يعتمد ناظرا للملك الوقفي الخاص، عند الاقتضاء، استنادا إلى عقد الوقف أو إلى اقتراح ناظر الشؤون الدينية وذلك من بين :

1 – الوقف أو من نص عليه عند الوقف،

2 – الموقوف عليهم، أو من يختارونه، إذا كانوا معينين محصورين راشدين،

3 – ولى الموقوف عليهم، إذا كانوا معينين محصورين غير راشدين، ==

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

المادة17 من المرسوم 98-381:" يشترط في الشخص المعين أو المعتمد ناظرا للأوقاف أن يكون: 1- مسلما، 2 – جزائري الجنسية، 3 – بالغا سن الرشد، 4 – سليم العقل والبدن، 5 – عدلا أمينا، 6 – ذا كفاءة وقدرة على حسن التصرف.

تثبت هذه الشروط بالتحقيق والشهادة المستفيضة والخبرة ".

– الواقف أو من نص عليه عقد الوقف .

– الموقوف عليهم أو من يختارونه إذا كانوا معينين محصورين راشدين.

– ولي الموقوف عليهم إذا كانوا معينين محصورين غير راشدين.

– كل شخص من أهل الخير و الصلاح لم يطلب النظارة لنفسه، إذا كان الموقوف عليه معين أو معينا غير محصور و غير راشد ولا ولي له.

ج . وتتعلق بشرط العدالة الوارد في نص المادة 17 السالفة الذكر ، حيث يفيد هذا الشرط عدم الفسق، هذا الاخير الذي يحدده الفقهاء بأنه : الخروج عما أوجبه الدين ودعت اليه أوامره ونهت عنه نواهيه وحثت عليه آدابه السامية وشرائعه المحكمة[1].

إن اشتراط هذا الشرط يجعلنا نتساءل : هل يمكن ان يوجد في عصرنا رجل يكون عدلا امينا بالمفهوم السابق؟.

إن ما يرى راجحا هنا هو تولية رجل امين في المال، عدل في كل ما يتعلق به يرعى الامانة حق رعايتها ولو أنه من الممكن ان يرتكب بعض ما نهى عنه الدين، ويقع في بعض ما حظره الشرع، وهو عليم بشؤون الدنيا خبير باحوال الحياة، فمثل هذا قد يكون من حظ الأوقاف ان يكون في ادارتها يستفاد من امانته المالية، وحسن ادارته ولا يضره ما قد وقع فيه مما حظر الدين، فلا مانع ان يكون ناظرا للوقف.

وبناء على ما سبق فإننا نرى جعل شرط العدالة شرط أولوية لا شرط صحة.

ثالثا . زوال صفة النظر: يمكن القول ان وجهات نظر جل الفقهاء تتفق في هذا الشأن حول موضوع عزل الناظر ، حيث ان الناظر ينعزل أو تنهى مهامه بإحدى الطرق التالية[2] :

– عزل الناظر لنفسه.

– للواقف عزل الناظر مطلقا ، ويشترط الشافعية في الواقف هنا ان يكون هو الناظر الاصلي.

---

[1] ابن تيمية ، الفتاوى، ج 11، المرجع السابق ، ص 650.

[2] د.عبد العزيز بن محمد الحجيلان ، الولاية على الوقف واثرها في المحافظة عليه ، ندوة (الوقف في الشريعة الإسلامية ومجالاته في الفترة 27–28 /2002/03،)،الرياض ، المملكة العربية السعودية، ص731 .

– للقاضي عزل الناظر الذي نصبه، متى ثبت سقوط شرط من شروط النظارة .

– للموقوف عليه المعين وكذا الحاكم عزل الناظر على اساس اصالة ولايتهما ، وهذه الحالة استقل بها المذهب الحنبلي دون سواه من المذاهب.

واما بالنسبة للخيار الذي اعتمده القانون الجزائري في هذا الشأن فيمكن القول ان المشرع الجزائري ذهب الى ان عزل الناظر لا يكون إلا بقرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينية ولا يكون إلا بتحقق نوعين من الحالات : حالات الإعفاء، وحالات الإسقاط[1].

1 – **حالات الإعفاء:** وهي حالات تتعلق في عمومها بقدح في الشروط المعتبرة للنظارة، وقد حددها نص المادة 21 المذكورة آنفا فيما يلي :

أ– إذا مرض الناظر مرضا أفقده القدرة على مباشرة العمل ، أو فقد قدرته العقلية ويترتب على هذه الحالة بطلان تصرفاته.

ب– إذا ثبت نقص كفاءته.

ج– إذا بلغ السلطة السلمية كتابيا برغبته في الاستقالة عند مغادرته.

د– إذا ثبت فسقه، بتعاطيه أي مسكر أو مخدر أو لعب الميسر.

هـ– إذا ثبت انه رهن الملك الوقفي، كله أو جزء منه أو انه باع مستغلات الوقف دون إذن من السلطة المكلفة بالأوقاف، أو الموقوف عليهم، وفي هذه الحالة فإن كلا من الرهن والبيع يقعان تحت طائلة البطلان بقوة القانون، ويتحمل هنا الناظر تبعات ذلك التصرف.

و– إذا ادعى ملكية خاصة في جزء من الملك الوقفي، أو خان الثقة الموضوعة فيه أو أهمل شؤون الوقف.

2 . حالات الإسقاط : وهي حالات تتعلق بما لا يدع الشك في ان الوقف اصبح معرضا للخطر حالا أو في المستقبل وهذه الحالات هي:

أ– إذا ثبت ان الناظر اصبح يضر بشؤون الملك الوقفي، وبمصلحة الموقوف عليهم.

ب– إذا تبين ان ناظر الوقف يلحق ضررا بمستقبل الملك الوقفي أو موارده.

ج– إذا ارتكب جناية أو جنحة.

---

[1] المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 98 –381.

إن اثبات الحالات السابقة لا يكون الا بواسطة التحقيق أو المعاينة الميدانية والشهادة والخبرة والإقرار، وهذه الحالات يجب ان تثبت تحت إشراف لجنة الأوقاف السالفة الذكر[1].

وفي الاخير يمكن تسجيل ملاحظتين هامتين:

الملاحظة الأولى : ان المشرع الجزائري جعل قرارالعزل بيد وزير الشؤون الدينية والأوقاف ، على اساس انه يمثل السلطة المكلفة بالأوقاف التي كان التعيين أو الاعتماد بيدها سواء لناظر الوقف العام أو الوقف الخاص عند الاقتضاء، لكن ماهو الحل لو ان ناظر الوقف الخاص لم يعتمد بعد ؟ ومن يملك محاسبته وعزله؟.

إن الاصل ان الناظر يكون وكيلا على الموقوف عليهم، والموكّل يستطيع ان يعزل من وكله ، وعلى هذا الاساس فإن ناظر الوقف الخاص الذي لم يعتمد بعد يمكن عزله من الموقوف عليهم اعمالا لحقهم الاصيل.

الملاحظة الثانية : ان المشرع اغفل حق الواقف إن كان حيا في عزل الناظر اذا شرط ذلك في وقفه ، وكان سبب العزل مبررا ومقبولا ، لان اشتراطات الواقف في الاصل معتبرة مالم تخالف احكام الشريعة الاسلامية.

الفرع الثاني

طبيعة الناظر ومركزه القانوني

[1] المادة 21/ف6 من المرسوم التنفيذي رقم 98 –381 : "... تثبت الحالتان المبينتان في الفقرة 2 أعلاه، بواسطة التحقيق والمعاينة الميدانية والشهادة والخبرة والإقرار تحت إشراف لجنة الأوقاف المذكورة في المادة 9 أعلاه ".

للوقوف على حقيقة الولاية او النظر على الوقف لا بد من مناقشة مسألة من تثبت له الولاية على الوقف او ما طبيعة الذي ينظر امر الوقف (اولا)، وكيف يكيّف مركزه القانوني (ثانيا) على النحو التالي:

اولا. طبيعة الناظر : اختلفت نظرة الفقهاء لطبيعة الناظر على النحو التالي :

1- المذهب الحنفي : يرى ان الولاية تثبت اصلا للواقف، والا فلمن اشترطت له أو للقاضي اذا مات الواقف ولم يتبين امر الولاية [1].

2- المذهب المالكي : يرى اصحاب المذهب . الذي يشترط الحيازة لصحة الوقف . ان الولاية تكون للواقف ما لم تتعارض مع شرط الحيازة، والا فإنها تثبت لمن شرطت له اما اذا مات الواقف واغفل امر الولاية فإنها تكون للقاضي اذا كان الوقف على غير معين، واذا كان الوقف على معين فالولاية تكون على هذا المعين[2].

3-المذهب الشافعي : يرى ان الولاية تكون للواقف متى شرط ذلك لنفسه والا لمن شرطت له عند انشاء الوقف، اما اذا لم يشترطها الواقف لنفسه ولا لغيره فإن الراجح هو ان الولاية تكون للقاضي [3].

4- المذهب الحنبلي: يذهب الى تقرير ان الولاية تثبت في الاصل لمن شرطت له سواء كان الواقف أو غيره ، اما اذا لم يجعل الواقف النظر لاحد فإن الولاية تكون للموقوف عليه إذا كان ادميا معينا ولكل واحد على حصته ان كان الموقوف عليه جمعا محصورا وان كان

---

[1] راجع : الكاساني علاء الدين أبي بكر ابن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 6 ط2، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1402هـ،ص 219، الطرابلسي ، الإسعاف ، المرجع السابق ،ص53، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية ،ج2، المرجع السابق، ص408 .

[2] ابن رشد ، البيان والتحصيل ، ج12، المرجع السابق ، ص244، أبي عمرو يوسف بن عبد الله ابن عبد البر ، الكافي في فقه أهل المدينة ، ج2 ، تحقيق : محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، ط1 ، مكتبة الرياض الحديثة الرياض، 1398هـ، ص1017، الحطاب ، مواهب الجليل، ج 6، المرجع السابق ،ص37، العبدري ، التاج والإكليل ، ج6 ، المرجع السابق، ص23.

[3] الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 2، المرجع السابق ، ص393.

فاقد الاهلية أو ناقصها فالولاية للولي، واذا كان الموقوف عليه غير محصور فالحنابلة يقررون ان الولاية تكون للحاكم أو نائبه [1].

وتجدر الإشارة هنا إلى اتفاق أصحاب المذاهب الأربعة على حق الحاكم (الناظر العام) في الولاية الأصلية على الأوقاف، كما اتفقوا على ثبوت حقه في تعيين نظار الأوقاف، خاصة الأوقاف العامة و الأوقاف التي لا ناظر لها[2].

ان الواضح من اراء الفقهاء في هذه المسالة انهم ينطلقون من خلفياتهم ونظرتهم للوقف ابتداءا من حيث لزومه أو عدم لزومه ، أو من حيث مدى اشتراط الحيازة، ومن خلال ما ناقشناه سابقا في هذه المسائل فإننا نرى ان اصوب الاراء ما قال به الشافعية والاحناف، دون الإنقاص من قيمة سائر الاراء الفقهية الاخرى التي يمكن الاستفادة منها في مسالة طبيعة الناظر في حالة عدم تبين امر الولاية.

وبالنسبة للمشرع الجزائري ، فقد احسن تناول مسألة الولاية على الوقف من حيث انه كان حاسما في النقاط التي كانت محل خلاف في الفقه، كما كان واضحا على العموم في ما قرره في هذا الشأن، فقد قرر ان النظارة لا تثبت لشخص الا لكونه من ضمن ما يلي :

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

---

[1] راجع : البهوتي ، شرح منتهى الإرادات، ج 2، المرجع السابق ، ص10-11، الحجاوي ابو الندى شرف الدين، الإقناع في فقه الإمام احمد بن حنبل ، تصحيح: محمد موسى السبكي، بيروت، بدون سنة طبع، ص16، البعلي أحمد بن عبد الله بن أحمد الحلبي ، الروض الندي شرح كافي المبتدي، مطابع الدجوي ، القاهرة، بدون سنة طبع، ص299.

[2] ابن الهمام، فتح القدير ، ج6، ص241، الطرابلسي ، الإسعاف ، ص57، ابن نجيم ، البحر الرائق،ج 5، ص 251-253، ابن رشد ، البيان والتحصيل ، ج12، ص256، الحطاب، مواهب الجليل ، ج6، ص37، الشربيني، مغني المحتاج، ج 2، ص395، الهيثمي شهاب الدين أحمد بن حجر ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ،ج 6، مطبعة دار صادر، بيروت، بدون سنة طبع ، ص293، المرداوي، الإنصاف،ج 7، ص60- 61، الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج 4، ص331.

– كل شخص من أهل الخير والصلاح لم يطلب النظارة لنفسه، إذا كان الموقوف عليه غير معين أو معينا غير محصور، وغير راشد ولا ولي له.

ويلاحظ على هذه المادة ما يلي :

1–انها جاءت وافية من حيث استيعابها على العموم لكل الاحتمالات التي يمكن ان تكون عليها ولاية الوقف.

2– انه يجب ان يفهم الترتيب على انه مقصود لذاته بحيث لا يمكن إنتقال من طائفة مقصودة بالولاية الى طائفة اخرى الا لتحقق مانع في الأولى، وبالتالي فإن الترتيب هنا يأخذ طابعا الزاميا.

3– إن المؤهلين لتولي الوقف لا يشترط كونهم من ضمن من ذكرتهم المادة 16 فقط[1]، بل يضاف الى ذلك وجوب توافر أوصاف فيهم تتعلق بالاسلام والرشد ، وسلامة العقل والبدن ، والعدل والامانة.

4– إن مضمون هذه المادة يتعلق بالنظارة على الوقف مطلقا سواء كان الامر يتعلق بالناظر في الوقف العام، أو بالمعتمد في الوقف الخاص، وبمعنى اخر فإن النظارة لا تثبت لاهلها الا بطريقين هما : التعيين اذا تعلق الامر بالناظر في الوقف العام، أو بطريق الاعتماد في حالة الناظر في الوقف الخاص.

5– ومع ذلك يعاب على مضمون هذه المادة ما يلي :

---

[1] المادة16 من المرسوم التنفيذي رقم 98 –381 : "يعين الوزير المكلف بالشؤون الدينية بقرار، بعد استطلاع رأى لجنة الأوقاف المذكورة في المادة 9 أعلاه، ناظرا لملك وقفي أو لعدة أملاك وقفية، كما يعتمد ناظرا للملك الوقفي الخاص، عند الاقتضاء، استنادا إلى عقد الوقف أو إلى اقتراح ناظر الشؤون الدينية وذلك من بين :

1 – الوقف أو من نص عليه عند الوقف،

2 – الموقوف عليهم، أو من يختارونه، إذا كانوا معينين محصورين راشدين،

3– ولى الموقوف عليهم، إذا كانوا معينين محصورين غير راشدين،

4 – من لم يطلب النظارة لنفسه، من أهل الخير والصلاح، إذا كان الموقوف عليه غير معين، أو معينا غير محصور وغير راشد ولا ولى له".

أ- بالنسبة لولاية الواقف على وقفه نرى ضرورة عدم اطلاقها الا بتحقق جملة من الشروط هي :

- اذا شرطها الواقف لنفسه، فتكون الولاية هنا بالشرط، وهي امر جائز شرعا وسائغ من ناحية الواقع.

- اذا اؤتمن الواقف على الوقف، والمقصود هنا هو حصول الامن على الوقف من ان يطول الامر فينسى الواقف، أو يفلس فيتصرف فيه لنفسه أو يموت فيتصرف فيه ورثته.

ب- في حالة تعذر ايجاد شخص من اهل الخير والصلاح اذا كان الموقوف عليه غير معين ، أو معين غير محصور وغير راشد ولا ولي له، فإن نص المادة لم يشر في هذه الحالة لمن تؤول اليه الولاية ؟ ولعل من الضرورة ان يشير النص الى الهيئات التابعة لنظارة الشؤون الدينية في محل وجود المال الموقوف الى حين ايجاد ناظر وفق ما ينص عليه القانون.

ثانيا . تكييف المركز القانوني للناظر: تتنازع هذه المسألة عدة رؤى ونظريات يمكن ايجازها ومناقشتها فيما يلي :

1 - نظرية الاجارة والمقاولة : بمعنى ان الواقف ما هو الا أجير أو مقاول ، وهذا الراي يجانبه الصواب فلا يمكن اعتبار الناظر أجيرا أو مقاولا، ذلك أن الأعمال التي يقوم بها أعمال قانونية وليست أعمالا مادية تتمثل في قبض الريع وإدارة الوقف وتمثيله أمام الغير.

2 - نظرية الحراسة: ترى هذه النظرية ان الواقف ما هو الا حارس اتفاقي او قضائي على الوقف يتكفل بحفظه وإدارته .

لكن ما يلاحظ هو انه من الصعوبة بمكان تكييف المركز القانوني للناظر على أنه حارس، حيث ان الحراسة تقتضي: ((ايداع شيء متنازع فيه من طرف شخص اوعدة اشخاص بين ايدي اخر يلتزم باعادته بعد فض المنازعة الى الشخص الذي يثبت له الحق فيه))[1]، على أن يتكفل الحارس بحفظه وإدارته ، مع القيام بها قيام الرجل المعتاد[2]. فالوقف

[1] المادة 602 من القانون المدني.

[2] المادة 607 من القانون المدني.

ليس مالا متنازعا فيه ابتداء، ودور الناظر يتعدى كثيرا دور الحارس فهو لا يلتزم برد المال المحروس ، بالإضافة إلى أن الناظر يمكن أن يتم تعيينه بحكم القانون بالنسبة لنظارة الدولة على الأوقاف العامة، في حين أن الحارس لا يتم تعيينه إلا من قبل أطراف النزاع أو من قبل القاضي[1].

3- نظرية الوكالة : يرى اصحابها أن المركز القانوني لناظر الوقف هو أنه وكيل بمقتضى نيابة اتفاقية ، ذلك انه يمثل الواقف في القيام ببعض التصرفات القانونية المفوض بها ولكن المشكلة تكمن في أن الناظر لا يعين في جميع الأحوال من قبل الواقف أو الموقوف عليهم ، إذ من المتصور أن يتم تعيين الناظر بمقتضى القانون، وهنا يثور التساؤل عما إذا كان الواقف وكيلا ؟ فهو وكيل عن من؟ الواقف أم الموقوف عليهم؟ .

إن القانون الجزائري من حيث المبدأ يقرر ان ناظر الوقف امين على ما تحت يده من اموال الوقف، سواء كانت عين الوقف أو ريعها وما للمستحقين فيها، وهذا كله على اساس انه وكيل في الحالة العامة على الموقوف عليهم ، وهذه الوكالة ماهي الا عقد من عقود الامانة.

إن نص المادة 13 /ف2 من المرسوم التنفيذي 98-381 تؤكد ما سبق ذكره بوضوح حيث تقرر في سياق الحديث عن وظيفة الناظر ان من مهامه : ((...السهر على العين الموقوفة ويكون بذلك وكيلا على الموقوف عليهم وضامنا لكل تقصير...)).

وما يلاحظ على هذا النص ان ناظر الوقف لا يكون وكيلا على الواقف، ولا على السلطة المكلفة بالأوقاف ، بل يكون وكيلا على الموقوف عليهم المستحقين على اساس انه يقام للنظر في مصالحهم، ولكن التساءل الذي يطرح هنا : ماهو مركزه اذا كانت توليته بشرط الواقف، هل يكون وكيلا عن الواقف أم عن الموقوف عليهم ؟؟.

إن نص المادة 13/ف2 المذكور سالفا يجب ان لا يخالف مضمون نصوص قانون الاوقاف التي تشير صراحة إلى ان تنظيم الوقف لا يكون الا وفق اشتراطات الواقف

[1] المادتان 602، 603 من القانون المدني.

المعتبرة[1] ، ونصوص القانون فيما لم تتضمنه تلك الاشتراطات ، وعليه فإنه في هذه الحالة يمكن ان يكون الناظر وكيلا عن الواقف الحي الذي اشترط التولية لغيره. وعليه فمن المؤكد تقرير ضرورة ادراج هذه الحالة في المرسوم السابق الذي يشتمل هذا النوع من المسائل لان هذا الامر يترتب عليه مسألة مساءلة ناظر الوقف.

والتساءل الآخر الذي يطرح هو : ما مركز ناظر الوقف اذا تعلق الامر بموقوف عليهم غير معينين وغير محصورين أو معينين غير محصورين؟ بمعنى على من يكون وكيلا ؟.

الاكيد انه لن يكون وكيلا على غير معين، ولذلك فمن المؤكد ان الحل هنا لا يمكن ان يخرج عن احد امرين: اما ان يكون وكيلا عن الواقف اذا عينه بشرطه . أو يكون وكيلا عن السلطة المكلفة بالأوقاف لانها عينته ، وضرورة وجود هذا الحل تقتضيه فكرة المسؤولية الخاصة بناظر الوقف.

4 – نظرية النيابة القانونية : يرى اصحابها ان الاشكالات السابقة في هذا الشأن تجعلنا نلحظ ان إضفاء صفة الوكيل على الناظر في جميع الأحوال يتنافى وأحكام القانون وفقه الشريعة الإسلامية، ذلك ان الناظر يتصور تعيينه من قبل الواقف أوبمقتضى القانون، وإذا فرضنا صحة هذا القول فالدولة – السلطة المكلفة بالاوقاف – وكيلة عن من؟.

إذا كان القانون قد حكم بتكييف المركز القانوني للناظر باعتباره وكيلا[2]، فان الراجح كتكييف دقيق هو اعتبار الناظر نائبا قانونيا عن الوقف ، باعتبار الوقف شخصا اعتباريا لا يتضمن آليات معينة أو أجهزة تعبر عن إرادته لتعيين ممثل قانوني عنه[3]، وان هذه الولاية الخاصة على مال الواقف تتشابه إلى حد كبير مع الوصاية على مال القاصر.

---

[1] المادة 14 من القانون 91–10:" إشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف، ما لم يرد في الشريعة نهي عنها " .

[2] المادة 13 من المرسوم التنفيذي 98–381.

[3] د. أنور الفزيع ، المرجع السابق ، ص110.

وإذا كان القانون قد أعطى للواقف حق تعيين الناظر، فإن هذا لا يقدح في صفته كنائب قانوني، ذلك أن الأب يمكن أن يعيّن وصيا مختارا على أموال الصغير[1].

إن هذا الاجتهاد المرجح يجنبنا ما يلي:

1- الخوض في معرفة ما إذا كان الناظر وكيلا عن الوقف أم الموقوف عليهم، وهي مسألة محل خلاف في فقه الشريعة الإسلامية[2].

2- حالة ما إذا كان الواقف هو الناظر، وهي مسألة جائزة عند جمهور الفقهاء[3]، فهل من المتصور أن يكون الناظر وكيلا عن نفسه ؟ !، وإذا توفي الواقف يجوز أن تكون النظارة للمستحقين إن كانوا معينين وراشدين عند المالكية والحنابلة[4]، عندها سيعتبر المستحقون وكلاء عن من؟ ، هذه تساؤلات يصعب الإجابة عنها وتؤكد عدم انسجام فكرة الوكالة مع الوقف.

3- يضاف إلى ما سبق أن الوكالة تنقضي لأسباب كثيرة حددتها المادة 586 من القانون المدني وهي تتنافي وطبيعة الوقف، فالوكالة تنقضي بموت الموكل أو الوكيل أو فقدان احدهما لأهليته، فهل يعقل أن يكون موت الواقف أو جنونه سببا لانتهاء ولاية الناظر؟ !.

إن ما ذهبنا إليه من اعتبار النظارة عن الوقف نوعا من أنواع الولاية الخاصة على أموال الوقف، فانها بهذا تكون إحدى صور النيابة القانونية[5]، حيث يحدد القانون كيفية تعيين النائب ويبين صلاحية مسئوليته وحدودهما.

فالقانون أعطى للواقف حق تعيين الناظر، وسلطة الواقف تلك يستمدها من القانون كما هو الشأن بالنسبة للأب في تعيين وصي مختار على ابنه، وإذا لم يقم الواقف بتعيينه فإن النظارة تكون للدولة باعتبارها صاحبة الولاية العامة، كما أن صلاحيات الناظر مقررة

---

[1] المادة 92 من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[2] محمد أبو زهرة ، المرجع السابق، ص 328-329.

[3] محمد عبد السلام محمد الطيب، المرجع السابق، ص 497.

[4] المرجع نفسه ، ص 507.

[5] إبراهيم الدسوقى أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 136.

في القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، فلا يستطيع أن يشترط على الناظر الصرف أولا على المستحقين ثم ما تبقى يكون لعمارة الوقف، فهذا الشرط باطل[1].

ان هذا الاتجاه هو الارجح من بين الاتجاهات الاخرى وهو جدير بالتأييد، ذلك ان نيابة الناظر هنا ضرورية يفرضها القانون لانعدام الارادة الحقيقية للوقف ، مما يستوجب تغطية هذا العجز من جانب شخص طبيعي له ارادة بنصبه ناظرا او متوليا عليه ليمثله بحيث تثبت التولية بشرط الواقف ، لان شرط الواقف كنص الشارع، وحتى يستطيع ممارسة سلطة القيام بالتصرفات القانونية باسم ولحساب الوقف ولمصلحته ، وتترتب آثارها مباشرة على الوقف، وذلك في الحدود التي نص عليها شرط الواقف والاحكام الشرعية والقانونية.

المطلب الثاني

المسؤولية في الولاية عن الوقف

قد يترتب على اخطاء متولي الوقف آثار قانونية منها: مسؤوليته المدنية والجنائية وإجراء المتابعات القانونية بحقه بمطالباته بالتعويض عن مقدار الضرر والمبالغ التي تصرف بها العائدة للوقف والعاملين على إدارته ، وهذا ما اصطلح الفقه الاسلامي على تسميته بـ " الضمان "[2] ، وهو مصطلح يقابل مصطلح " المسئولية المدنية" في القوانين

---

[1] المادة 16 من قانون الاوقاف: " يجوز للقاضي ان يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه، إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم أو ضارا بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه ".

[2] د . عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج1 ، ط4، مطبعة العاني ، بغداد، ص459–460.
وهناك من يرى أن اصطلاح ضمان العقد الذي ورد في كتب الفقه الإسلامي لا يقابل المسؤولية العقدية في القانون كما يتصدر البعض ، وإنما يعني هذا الاصطلاح هو دخول محل العقد لضمان عاقديه أي يكون مسؤولا عنه مطالبا به أمام المتعاقد الآخر بمجرد تمام العقد ، وهذا ما يعرف بتبعية الهلاك في القانون ، علما أن القانون المدني العراقي استخدم مصطلح ضمان العقد كمرادف في اصطلاح المسؤولية العقدية والفقه الإسلامي لم ترد فيه تسمية المسؤولية العقدية ولا التقصيرية ، لأنه لم يقسم الالتزام إلى التزام عقدي وإلزام قانوني ، وإنما ورد فيه اصطلاح الضمان ، علي الخفيف ، المسؤولية المدنية في ميزان الفقه الإسلامي ، معهد البحوث والدراسات العربية 1971 ، ص 95 .

المقارنة غير أن الضمان يعني التعويض عن الضرر، وهو ما وجب في الذمة[1]، في حين أن المسئولية تعني حكم تحقق الضرر الناشئ عن إخلال بإلزام قانوني أو التزام عقدي والتعويض حكم تحقق المسؤولية المدنية ، وسنقتصر على مسألة المسؤولية المدنية الأكثر شيوعا في الفقه والقضاء ، وتجدر الإشارة إلى أنه قد يسأل المتولي أحيانا جنائيا إذا ما توافرت أركان المسؤولية الجنائية وشروطها*.

وفيما يلي من الفروع نتناول المسؤولية المدنية لمتولي الوقف تجاه الوقف (الفرع الاول) وغيره (الفرع الثاني)على النحو الآتي :

الفرع الأول

مسؤولية الناظر تجاه الوقف

تترتب مسؤولية الناظر تجاه الوقف عن الضرر الذي ألحقه به نتيجة إخلاله بإلزامه في حفظ ورعاية أموال الوقف بأصله وغلته ، خاصة وأن يده في الأصل يد أمانة أو نتيجة إخلاله بالتزاماته الايجابية أو السلبية نحو الوقف على وفق ما نص عليه القانون وتقوم هذه المسؤولية على أساس الإخلال بالإلتزام الذي نص عليه القانون في التصرفات التي يقوم بها الناظر او المتولي في نطاق أموال الوقف، ونوضح مسؤولية الناظر تجاه الوقف في الحفظ والتصرف في النقاط الاتية :

اولا . مسؤولية الناظر تجاه الوقف في الحفظ : تعد يد ناظر الوقف بوصفه واضع اليد على أعيان الوقف وغلاته بولاية شرعية وقانونية يد أمانة ، ولا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، ولكنه قد يعد متعديا أو مقصرا عند اخلاله بالتزاماته في حفظ أموال الوقف ورعايتها، وتسببه

---

[1] محمد رافع يونس محمد، المرجع السابق ، ص251.

* يسأل متولي الوقف جنائيا عن جريمة خيانة الأمانة إذا تصرف بمنقولات الوقف خلافا للقانون ، ولا يسأل الوقف جنائيا عما يرتكبه متوليه من جرائم ، ولا محل لفرض عقوبات الحل أو الغرامة أو المصادرة وغيرها عليه ، لأنه من النظام العام وغرضه تأبيد الخيرية أو النفع العام شأنه شأن مصالح الحكومة الأخرى.

في الضرر اللاحق بها ، وبالنتيجة تتحقق مسؤوليته اللاعقدية مما يوجب عليه الضمان بتعويض الضرر ، وطبيعة هذا الالتزام هو بذل عناية ، ولا يستطيع التخلص منه إلا إذا أثبت أنه اتخذ الحيطة والحذر على وفق المعيار المطلوب من العناية الشخصية أو الموضوعية ومع ذلك وقع الضرر على الوقف، أو بالسبب الأجنبي . والمعيار الشخصي يتمثل بما يبذله المتولي من عناية في حفظ أمواله ولا يطالب بأكثر منها ، والمعيار الموضوعي يتمثل ببذل المتولي عناية الشخص المعتاد ، أي المتوسط الحرص ، بحيث لا تنخفض إلى معيار الشخص المهمل ولا ترقى إلى معيار الشخص الحريص[1].

ويبدو أن كلا من الفقه الاسلامي والقوانين المقارنة لم ينظموا بشكل واضح مقدار العناية المطلوبة من الناظر كقاعدة عامة في مجال حفظ أموال الوقف ورعايتها ومع ذلك فإن موقفهم مختلف من قدر العناية المطلوبة باختلاف ما إذا كان المتولي يعمل دون أجر أو يعمل بأجر، الأمر الذي يترتب عليه اختلاف مسؤولية المتولي تبعا لذلك والتي نبينها على النحو الآتـي :

1 – مسؤولية الناظر في العناية المطلوبة دون أجر : لم ينظم الفقه الإسلامي العناية المطلوبة من الناظر دون أجر كقاعدة عامة ، ولكن لما كان الناظراو المتولي أمينا والأصل أنه يعمل دون أجر ، واختياره من الواقف قائم على الاعتبار الشخصي المرتكز على الثقة وحسن الظن به[2] ، وبما يعلمه عنه من صفات في حفظ أموال الوقف، وبالقياس على صور الأمانة الأخرى وأقواها الوديعة أو الوكالة غير المأجورة ، فإن العناية المطلوبة من المتولي بغير أجر هي العناية الشخصية في حفظ أمواله الخاصة[3] ، وإن كانت تقل عن عناية الشخص المعتاد بشرط أن لا يقصر عرفا ، أي فيما تعارف عليه أمثاله من المتولين والنظار

---

[1] محمد رافع يونس محمد، المرجع السابق، ص254.

[2] المادة 17 من المرسوم التنفيذي 98–381:" يشترط في الشخص المعين أو المعتمد ناظرا للأوقاف أن يكون:
1 – مسلما، 2 – جزائري الجنسية،3 – بالغا سن الرشد،4 – سليم العقل والبدن،5 – عدلا أمينا،6 – ذا كفاءة وقدرة على حسن التصرف. تثبت هذه الشروط بالتحقيق والشهادة المستفيضة والخبرة ".

[3] المادة 592 مدني: " إذا كانت الوديعة بغير اجر وجب على المودع لديه أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله ".

في حفظ أموال الوقف وحسب نوعها ، ولا يسأل إلا عن عناية الشخص المعتاد إن كانت عنايته الشخصية أكثر من ذلك[1] .

ويتضح أن عناية المتولي بغير أجر تتفق مع العناية المطلوبة من الوكيل بغير أجر في القوانين المقارنة[2] ، ولعل العلة في طلب العناية الشخصية من المتولي بغير أجر أنه متفضل ، وحتى لا ينفر الناس عن قبول تولية الاوقاف .

وبذلك تكون العناية المطلوبة لحفظ الوقف وإدارته المعتادة ، عناية شخصية لا تزيد عن عناية الشخص المعتاد ، غير أن الفقه الإسلامي قيدها بأن لا تقل عما جرى به العرف عند أمثاله من المتولين او النظار[3] باتخاذ الاحتياطات المألوفة في المحافظة على مال الوقف من التلف أو الضياع *.

2– مسؤولية الناظر في العناية المطلوبة بأجر : لم ترد أحكام مفصلة في العناية المطلوبة من الناظر بأجر في الفقه الإسلامي ، ولكن ورد في الفتاوى الهندية : ((إذا جعل الواقف للقائم بأمر الوقف مالا معلوما كل سنة للقيام بأمر الوقف جاز، ويكلف ما يفعله مثله وجاءت العادة به ، من عمارة الوقف واستغلاله ورفع غلاته وتفريقها في وجوه الوقف ، ولا ينبغي أن يقصر في ذلك))[4] ، يتضح من النص أن الناظر ملزم بأن يبذل من الجهد في تنفيذ أعمال توليته ومنها حفظ أموال الوقف بقدر ما يطلب من أمثال طائفته من النظار والمتولين وأن لا يقصر في ذلك ، أي إلزام الناظر بأجر بأن يبذل عناية موضوعية ، وهي عناية الناظر المعتاد ، ولو بذل أقل منها كان مسؤولا ، وضمن ولو كانت بقدر عنايته الشخصية .

---

[1] ليلى عبد الله سعيد، دراسات معمقة في عقد الوديعة المدنية، جامعة الموصل، العراق 1997، ص 32– 33.

[2] المادة 576 من القانون المدني: " يجب دائما على الوكيل ان يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي".

[3] ليلى عبد الله سعيد ، المرجع السابق ، ص 36.

* قيد القانون المصري مسؤولية المتولي بالتقصير الجسيم الذي لا يرتكبه أكثر المتولين إهمالا كأن قصر في عمارة الموقوف أو في دفع الديون والضرائب المترتبة عليه من دون عذر مشروع ، وألحق بالوقف ضررا بينا.

[4] نظام الدين وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، المرجع السابق، ص 425.

أما موقف القانون ، فقد جاء مطابقا لموقف الفقه الإسلامي ، لأن النصوص المتعلقة بالوقف جعلت الناظر أمينا ، ووكيلا ، ومسؤولا عن تقصيره اليسير نحو أصل الوقف وغلته إن كان بأجر ، لأنه لا يرتكبه الشخص المتوسط الحرص " المعتاد" *. وهذا ما اشار اليه نص المادة 13 /ف2 من المرسوم التنفيذي 98-381 حيث تقرر في سياق الحديث عن وظيفة الناظر ان من مهامه : ((...السهر على العين الموقوفة ويكون بذلك وكيلا على الموقوف عليهم وضامنا لكل تقصير...)).

وعلة طلب عناية الشخص المعتاد من الناظر المأجور أن حفظ الأمانة – أموال الوقف – هي لمصلحة الطرفين الوقف والناظر ، فهي كالوديعة أو الوكيل المأجور[1] .

مما تقدم نخلص إلى القول أن الناظر او المتولي إذا لم يبذل العناية التي أوجبها عليه القانون – الشخصية إن كان بغير أجر أو الموضوعية إن كان بأجر– في حفظ الوقف وإدارته ، يكون قد انحرف عن السلوك المطلوب منه ، وتعدى على أموال الوقف بإهماله في اتخاذ الحيطة والحذر، ويوجب عليه ضمان الضرر بتعديه لأن يده يد أمانة . والأصل أنه لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، وهي الحالات أو التصرفات التي لا يضمن فيها الناظر إن هلكت أعيان الوقف وغلته بالسبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو فعل الغير ولم يقصر في حفظها ، أو إذا تلفت أو ضاعت بدلات استبدال الموقوف أو غلته في يده دون إهمال أو تقصير أو تعدّ منه [2].

وإذا كان الأصل أن يد المتولي يد أمانة ، فإنه من الممكن أن تنقلب إلى يد ضمان بعمله غير المشروع ، وهي حالات أو تصرفات يضمن فيها المتولي هلاك أو ضياع

---

* في هذا الشأن وفي إطار القانون المقارن يمكن الإشارة إلى ما قضت به محكمة النقض المصرية بمسؤولية وزارة الأوقاف المتولية على الوقف عن إهمالها في تحصيل بدل إيجار أملاك الوقف بوصفها وكيلة بأجر عن المستحقين فتسأل عن خطئها اليسير في عدم تحصيلها بإلزامها من مالها الخاص، حسن الفكهاني ، موسوعة القضاء والفقه ، ج26 ، الدار العربية للموسوعات القانونية، القاهرة ،1977-1978 ، ص 827.

[1] في العناية المطلوبة من المودع لديه المأجور نصت المادة : 592 /ف 2 من القانون المدني: "... و اذا كانت الوديعة بأجر فيجب دوما ان يبذل في حفظها عناية الرجل المعتاد " .

[2] محمد رافع يونس محمد، المرجع السابق، ص260.

أموال الوقف ان تعدى أو لم يتعد ، كما لو استحقت ديون الوقف من ضرائب ورواتب وما شابه ذلك ، ولم يقم بسدادها دون عذر مقبول ، أو امتنع عن تسليم المستحقين حصتهم من غلة الوقف بعد مطالبته دون وجه حق أو مسوغ شرعي ، فإن ذلك يجعل يده تنقلب إلى يد ضمان على المال الموقوف، فان هلك بسبب أجنبي أو استهلك من الناظر او المتولي أو ضاع ضمنه ان تعدى أو لم يتعد ، لأن إلتزامه أصبح يتعلق بتحقيق نتيجة، وهي تسديد الديون أو تسليم الغلة ، وصار حكمه حكم الغاصب الضامن في الأحوال كلها[1].

ثانيا . مسؤولية الناظر تجاه الوقف في التصرف : ان التزامات الناظر تجد مصدرها المباشر في القانون الذي أنشأها وحددها[2] من حيث ما ألزمه القيام به من تصرفات أو أعمال ، وما منعه من القيام به من تصرفات أو أعمال أخرى ، مع بيان مداها وأحكامها ، والتي لا يمكن ردها على مصادر الالتزام الأخرى [3] ، وهي تتشابه مع التزامات الولي والوصي والقيّم من حيث التقيد بالشروط التي أوجبها القانون عليهم في تصرفاتهم بأموال القاصر[4] ، فإن أخل الناظر بها تترتب عليه مسؤولية تقصيرية للتعويض عن الأضرار التي تصيب الوقف ، وهذا الخطأ الذي يرتكبه الناظر تجاه الوقف إما أن يكون خطأ إيجابيا بإخلاله بإلتزاماته القانونية السلبية وصورته بأن يقوم بما هو ممنوع عليه القيام به من أعمال أو تصرفات ، ومن حالاته هي تصرفه بأموال الوقف لمصلحته أو لمصلحة ذويه ، أو إنفاقها في وجوه لا يحق له الانفاق عليها شرعا ، فإنه يضمن ما أنفقه في هذا التغيير غير السائغ له ، أو استدانته على الوقف دون شرط الواقف أو إذن سلطة الاوقاف فإنه يضمن الدين[5]، أو إذا صرف غلة الوقف فيما لا يجوز له الصرف كأن صرف فاضل غلة سنة

---

[1] المرجع نفسه، ص260.

[2] راجع المواد 12–22 من المرسوم التنفيذي 98–381.

[3] د. عبد المجيد الحكيم ، المرجع السابق ، ص 651 .

[4] عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج1 ، مصادر الالتزام ، جامعة الموصل 1980 ، ص 343 .

[5] محمد قدري باشا ، قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف، ط1، دار السلام، القاهرة، 2006 المادتان (236 ، 237) ، ص 112.

للمستحقين عن فرق سنة قبلها ، أو صرف لهم أكثر من استحقاقهم بحجة استنزالها من السنوات المقبلة ، أو صرف لجهة لم يعينها الواقف ، فإنه يضمن الغلة وله الرجوع عليهم ، أو إذا استأجر لمصلحة الوقف بأزيد من أجر المثل ضمن الزيادة لأنها القدر المتعدى عليه[1] .

وقد يكون خطأ الناظر سلبيا بإخلاله بإلتزاماته القانونية الايجابية الخاصة نحو الوقف ، وصورته أن يمتنع عن القيام بعمل واجب عليه القيام به ، ومن حالات هذا الخطأ هي إذا امتنع أوأخر سداد ديون الوقف وعمارته من غلته ، بصرفها إلى المستحقين ضمن وله الرجوع عليهم ، لأن حق المستحقين من فاضل الغلة بعد سداد الديون والتعمير[2].

كما ويضمن اذا لم يوظف بدل الاستبدال أو فاضل الغلة في شراء أملاك جديدة للوقف أوعمارته حتى زادت الاثمان واستحالة الشراء ، أوإذا امتنع عن تقديم حساباته عن الوقف أو قدمها ولم تكن معززة بالبينة فإنه يضمن غلة الوقف ، وإذا مات ولم يبين مصرفها ولا توجد في تركته، فإن ورثته أومن يقوم مقامهم في تركته يضمنها ، أو إهماله في إدارة الوقف بما يؤدي إلى الاضرار به [3].

وبذلك يتضح أن إخلال الناظر بالتزاماته القانونية الخاصة بالوقف يعد مرتكبا خطأ سواء أكان إيجابيا أم سلبيا تجاه الوقف بعمله غير المشروع المخالف للقانون والضار بالوقف[4] ، ويترتب عليه مسؤولية تقصيرية بالتعويض عن فعله الضار بالوقف كلما تحققت اركانها المتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية ، والتي تنقطع بالسبب الأجنبي الذي لا يد له فيه[5]، كأن لم يسدد الديون على الوقف أو عمارته لعدم وجود فاضل الغلة .

---

[1] د. محمد احمد سراج ، أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي و القانون، دار المطبوعات الجامعية ، 1998، ص 209.

[2] محمد قدري باشا ، المرجع السابق ، (المادة 238) ، ص 113 .

[3] محمد رافع يونس محمد، المرجع السابق ، ص263.

[4] المادة 124 من القانون المدني الجزائري .

[5] المادة 176 من القانون المدني : " اذا استحال على المدين ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه" وأيضا المادة 307 التي تنص : " ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته ".

ويلاحظ أن تشدّد القانون في حماية الوقف يجعلنا نسلم بأن مسؤولية الناظر اوالمتولي تجاه الوقف أساسها خطأه المفترض القابل لإثبات العكس، بنفي خطئه أو بنشوء الضرر بسبب أجنبي عنه[1] ، وتجدر الإشارة إلى أنه إذا نفذ الناظر التزاماته القانونية وحصل ضرر للوقف أو لغيره دون خطأ منه ، كأن تضرر غيره من جراء عدم قيامه بصيانة المال الموقوف ، وكان ذلك بسبب عدم توافر مبالغ لحساب الوقف ، ولعدم استطاعته الاستدانة فإن مسؤولية المتولي تنتفي، وتقوم مسؤولية الوقف الشخصية المباشرة لانتفاء الخطأ من الناظر[2] .

الفرع الثاني

مسؤوليـة الناظر تجاه الغير

يقصد بمصطلح " الغير" هنا هو : كل شخص يتضرر بفعل الناظر أو تابعيه وأعوانه من غير الوقف ، كالموقوف عليهم أو المستأجرين لأملاك الوقف ، أو الدائنين له أو الجوار، إذ لا بد لناظر الوقف بصفته نائبا قانونيا عن الوقف من أن يقوم بتصرفات قانونية وأعمال مادية لمصلحة الوقف ، وفي حدود نيابته ومقتضياته التي حددها القانون. وفي هذا الاطار قد يصدر عنه خطأ يترتب عليه مسؤوليته تجاه الغير – غير الوقف – وهي إما مسؤولية عقدية بإخلاله بالالتزامات التعاقدية التي أبرمها نيابة عن الوقف ويكون مسؤولا عن تنفيذها ،أومسؤولية تقصيرية بإخلاله بالالتزامات القانونية العامة بعدم الاضراربالغير، واختلف الفقه في مدى مسؤولية الوقف عن إخلال ناظره بالالتزامات العقدية أو الالتزامات اللاعقدية تجاه الغير بوصفها مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه . أو مسؤولية

---

[1] المادة 127 من القانون المدني : " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صد ر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا ا لضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك ".

[2] محمد رافع يونس محمد، المرجع السابق، ص264.

الناظر عن أعماله الشخصية ، فضلا عن الاختلاف في مدى مسؤولية الناظر عن أعمال تابعيه وأعوانه ، وعليه نتناول دراسة موضوع مسؤولية الناظر تجاه الغير فيما يلي :

أولا . مدى مسؤولية الوقف عن أعمال الناظر تجاه الغير : لما كان الوقف شخصية معنوية خاصة مستقلة[1] ، يمثله الناظر بقيامه بالأعمال القانونية والمادية نيابة عنه وباسمه ولحسابه ، وتنصرف آثارها إلى الوقف مباشرة من حقوق والتزامات في حدود توليته و نظارته ، فإن السؤال الذي يثار هو: ما مدى مسؤولية الوقف عن أعمال الناظر إذا ارتكب خطأ في أثناء أدائه سواء كان إخلاله بالالتزامات العقدية أم الالتزامات اللاعقدية ؟.

لقد اختلف الفقه والقضاء في مدى ترتب هذه المسؤولية ، إذ ذهب أحد الفقهاء[2] إلى القول : ((أن الوقف يسأل عن الخطأ الذي يقع من الناظر – المتولي– أثناء عمله المنوط به بحكم وظيفته ، فكلما أتى الناظر أثناء هذا العمل خطأ ضارا بالغير كان للمضرور أن يرجع على الوقف متضامنا مع الناظر ، وللوقف أن يرجع على المتولي بما دفعه عنه)) ، كما ذهب آخر[3] إلى القول : ((نرى أن الوقف مسؤولا عن خطأ ناظره – متوليه – الذي يصدر عنه أثناء تأدية وظيفته ولمن أصابه الضرر الحق في الرجوع على الوقف بالتعويض ، وللوقف بعد هذا أن يرجع على الناظر بما دفعه كتعويض)) .

ويظهر أن هذا الاتجاه الذي يمثل رأي بعض الفقهاء ، وما استقرت عليه محكمة النقض المصرية [4] ، أنه يقيم مسؤولية الوقف عن أعمال متوليه على وفق نظرية مسؤولية

---

[1] المادة 05 من قانون الاوقاف: " الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها " .

[2] حسن عكوش، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة ،1957، ص 259.

[3] د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، ج1 ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف، بغداد،1970، ص297.

[4]حيث قضت محكمة النقض المصرية بـ: ((مسؤولية الوقف – باعتباره شخصا اعتباريا – قبل الغير عن الخطأ الذي يقع من ممثله – المتولي – ويضر بهذا الغير)). (نقض 1968/10/24– طعن 264س 34ق) أشار إليه ، أنور طلبة ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمسين عاما 1931–1981 ، ج3 ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، من دون سنة طبع ، ص 625.

المتبوع عن اعمال التابع ، والتي اختلفت الآراء بشأن الأساس أو المصدر الذي تقوم عليه والتي مردها إما مسؤولية شخصية أو مسؤولية فعل الغير .

ونوضح فيما إذا كانت نظرية مسؤولية المتبوع عن التابع ، يمكن تطبيقها على الوقف بوصفه متبوعا ، وناظره بوصفه تابعا على ضوء القواعد العامة من حيث شروطها والأساس الذي تقوم عليه ، وحسب التفصيل الآتي :

1 – شروط مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع : لكي تقوم مسؤولية المتبوع (الوقف) عن أعمال تابعه (الناظر) لا بد من توافر الشروط الآتيـة :

أ – **علاقة التبعيـة** : تقوم رابطة التبعية بين من يسأل عن التعويض – المتبوع – ومحدث الضرر – التابع – على أساس السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه التي تثبت للمتبوع ولو لم يكن حرا في اختيار تابعه[1] بأن كان مصدر سلطته غير عقدية ، وقد ذهب أحد الفقهاء[2] إلى أن الوقف بوصفه متبوعا له السلطة الفعلية على الناظر بوصفه تابعا.

وذهب رأي مخالف لذلك من أحد شراح القانون[3] إلى أن الناظر ليس تابعا للوقف ولا يتلقى تعليماته أو توجيهاته منه ، وإذا كانت ثمة رقابة يمارسها المستحقون على المتولي بطلب محاسبته فهي لا تقوم على أساس نيابتهم عن الوقف وإنما بما لهم من حق مستقر ومستمر في منافع الوقف ، وإلزام الناظر بدفعه أوتعويضه.

ويلاحظ أن الرأي الأخير جدير بالتأييد ، لأنه لا يمكن اعتبار السلطة المكلفة بالاوقاف بوصفها متوليا او ناظرا عاما على الوقف تمارس سلطة الرقابة والتوجيه على الوقف ، لأن هذه الرقابة عامة دون التوجيه والإدارة الفعلية ، وهدفها حماية الوقف من الناظر وغيره ، بالتحقق من عدم خروج الناظر عن حدود توليته المحددة بالقانون ومحاسبتها له ليست سابقة على أعماله وإنما لاحقة ، فضلا عن أن الرقابة مطلقة وليس

---

[1] راجع : المادة 136 /ف2 من القانون المدني ، يحي أحمد موافي ، الشخص المعنوي ومسؤولياته قانونا ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1987 ، ص 108.

[2] حسن عكوش ، المرجع السابق ، ص 260–261 .

[3] د . أنور أحمد الفزيع ، المرجع السابق ، ص 113–114 .

على عمل معين من أعمال الناظر وفي وسائل تنفيذه[1]، وبذلك تتراخى علاقة التبعية بين الوقف بمتوليه او ناظره العام– السلطة المكلفة بالاوقاف– وناظره الخاص بتراخي الرقابة و التوجيه .

ب– خطأ التابع : قيام علاقة التبعية لا يعني تحقق مسؤولية المتبوع إلا إذا ارتكب التابع خطأ أضر بالغير، فمسؤولية المتبوع (الوقف) تكون تبعا لمسؤولية التابع (الناظر) بتوافر أركانها في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ و الضرر، وعلى الغير المضرور أن يثبت خطأ الناظر الذي سبب له الضرر ، وخطأ الناظر يكون بمخالفته لشرط الواقف أو الأحكام الشرعية والقانونية، كالاستدانة دون شرط الواقف ، أو بانحرافه عن السلوك المعتاد بالتعدي أو التعمد ، كإهماله في صيانة الموقوف مما سبب ضررا للجوار ، أو بتعسفه في استعمال حق أو سلطة التولية ، كأن صرف فاضل الغلة في عمارة الموقوف دون حاجة أو ضرورة ومنع المستحقين عنها ، وتنتفي مسؤولية المتولي إذا كان الضرر خارجا على إرادته أو بسبب أجنبي لا يد له فيه.

ج– صدور خطأ التابع عند قيامه بأداء عمله : لمعرفة فيما إذا كان خطأ التابع له صلة بوظيفته أم لا ، هناك عدة حالات اختلف التشريع والفقه والقضاء بشأنها ، فالقانون[2] اعتد بخطأ التابع وهو يؤدي عمله الوظيفي لخدمة المتبوع ، وبالقياس فإن خطأ المتولي الناظر يكون وهو يؤدي أعمال توليته على الوقف ، وأضاف المشرع حالة أخرى وهي بسبب الوظيفة أي الارتباط السببي بحيث تكون الوظيفة "النظارة" سببا في تفكير التابع "الناظر" في ارتكاب الخطأ أو السبب الذي جعله يستطيع مباشرة الخطأ ، أي وجود علاقة سببية بين الخطأ والوظيفة[3] .

---

[1] المادة11 من المرسوم التنفيذي 98–381: يراقب وكيل الأوقاف على صعيد مقاطعته تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية، موقع الملك الوقفي ويتابع أعمال نظار الأملاك الوقفية ويراقبها وفقا لأحكام المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 91–114 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه.

[2] المادة 136 / ف1 من القانون المدني الجزائري.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ج1 ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص 1025 .

2 . أساس مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع : اختلف الفقه حول الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه بشكل عام إلى عدة نظريات ، لكن في المحصلة يمكن القول ان نظرية النيابة القانونية أو التمثيل القانوني للأشخاص المعنوية ، هي الأكثر قبولا من غيرها في بيان أساس مسؤولية الوقف عن أعمال ناظره ومتوليه بوصفها مسؤولية عن فعل الغير ، كون الوقف شخصية معنوية خاصة مستقلة عن شخصية الناظر، وأن ما يصدر عن المتولي او الناظر بوصفه شخصا طبيعيا متجسدا في وظيفة نائب قانوني لا يعمل باسمه وإنما باسم الوقف ولحسابه ، وتترتب آثار تصرفاته القانونية من حقوق والتزامات على الوقف ما دامت في حدود نيابته القانونية وآثار أعماله المادية – ومنها ما يرتكبه من خطأ – في حفظ أمواله وإدارته ما دامت في حدود أمانته القانونية لكونه واضع اليد عليها ، فمسؤولية الوقف في هذه الحالة لا تقوم على اساس خطئه وإنما على اساس خطأ الشخص الطبيعي – الناظر – الذي يمثله . فيسند إليه خطأ ممثله استنادا إلى فكرة التمثيل ما دام أنه ارتكبه في أثناء أدائه أعمال توليته او نظارته لحساب الوقف وفي حدودها .[1]

ومن الواضح أنه لا يمكن تصور إلزام الوقف بالتعويض عما يرتكبه ناظره من خطأ في حدود تبعيته على وفق نظرية النيابة القانونية ، وذلك لعدم إمكان تحقق علاقة التبعية بين الوقف و الناظر – كما قلنا – فضلا عن أن هذه النظرية تؤدي إلى رجوع المتضرر على الوقف دون الناظر، في حين يحق للمتضرر الرجوع على أي منهما أو كليهما معا .

نخلص مما تقدم إلى أن نظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه لا يمكن تطبيقها على الوقف . كونه متبوعا . مسؤولا عن أعمال ناظره . كونه تابعا . لعدم توافر شروطها وأساس قيامها على الوقف وناظره ،على خلاف الأشخاص المعنوية الأخرى .

ثانيا . مسؤولية المتولي عن أعماله وأعمال تابعيه وأعوانه تجاه الغير : بعد أن خلصنا إلى أنه لا يمكن للوقف أن يتحمل مسؤولية خطأ متوليه استنادا إلى نظرية مسؤولية المتبوع

[1] د . حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1971، ص 661 – 662 .

عن أعمال تابعيه وبذلك تنهض مسؤولية المتولي او الناظر الشخصية . وعليه نتناول المسؤولية الشخصية للمتولي تجاه الغير عن أعماله ، ثم مدى مسؤوليته عن أعمال تابعيه وأعوانه على النحو الآتي :

1 – **مسؤولية المتولي عن أعماله تجاه الغير:** إذا أخل الناظر بإلتزاماته المقررة بموجب شروط الواقف والأحكام الشرعية والقانونية وما تقتضيه مصلحة الوقف والموقوف عليه ، بتجاوزه حدود نشاط نظارته و توليته المحددة فيها ، فهذا يعني أن الوقف أصبح أجنبيا عنه ويتحمل الناظر الأضرار التي تنتج عن تجاوزه بصفته الشخصية تجاه الغير استنادا إلى مسؤوليته الشخصية عن أعماله ، ولا يحق للغير المتضرر أن يحتج على الوقف بأنه حسن النية لا يعلم أن الناظر متجاوز حدود نيابته المقررة قانونا ، لأنه يجب على من يتعامل مع ناظر الوقف أن يعرف مدى حدود توليته على وفق شرط الواقف والقانون وينبغي له أن يتثبت من ذلك ، فإن قصر فعليه تبعة تقصيره ، إذ أن تصرف الناظر لا يلزم الوقف إلا فيما أجازه القانون كالدّين والاستبدال والإجارة الطويلة وفي مصلحة الوقف* .

كما وتنهض مسؤولية الناظر الشخصية عن خطئه تجاه الغير وإن لم يكن متجاوزا حدود توليته لعدم إمكانية قيام مسؤولية الوقف بوصفه متبوعا على وفق نظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه ، لأن الناظر يمثل الوقف في مصلحته وفائدته طبقا للشروط المنصوص عليها في الشريعة الاسلامية[1] ، فإذا أهمل أو قصّر أو تعدى الناظر في إحداثه الضرر في حدود توليته ولم يكن ذلك خارجا عن إرادته نهضت مسؤوليته المباشرة الشخصية وضمن الأضرار التي تصيب الغير، كما لو أهمل في صيانة الموقوف وصارت خرابا وسقطت على من فيها أو أضرت بالأعيان المجاورة لها ، أو قصر في دفع ديون الوقف

---

* من تطبيقات القضاء المصري في هذا الشأن ما قضت به محكمة النقض المصرية بأن الحكم بإلزام المتولي بصفته الشخصية ، وبكونه متوليا على الوقف بدفع دين حرر على نفسه سندا دون إذن من القاضي الشرعي في الاستدانة أو تمثيل الوقف في هذه الدعوى لا يعتبر قائما بالنسبة الى جهة الوقف.

[1] د . عباس حسن الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1954 ، ص 234 .

على الرغم من وجود الغلة ، أو لم يؤد الريع الواجب أداءه للمستحقين من الوقف على وفق شرط الواقف مما جعل ذمته مشغولة تجاههم[1].

إن قيام المسؤولية الشخصية المباشرة لناظر الوقف التقصيرية تجاه الغير تستلزم توافر أركان ثلاثة هي :

أ . الخطأ : وهو الاخلال بإلتزام قانوني سابق بعدم الاضرار بالغير إضرارا غير مشروع [2] .

ب/ج . الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر: فيخضعان للقواعد العامة للمسؤولية ويسأل الناظرعن الضررالمباشر المتوقع وغير المتوقع تجاه الوقف والغير، لأن مسؤوليته تقصيرية ، وعلاقة السببية تتحقق عندما يكون الضرر نتيجة طبيعة لسلوك الناظر المخطئ، إذ لولا خطأ الناظر لما وقع الضرر ، ويمكن أن يتخلص من المسؤولية بنفي خطئه أو بانقطاع العلاقة السببية بالسبب الأجنبي كالقوة القاهرة، أو فعل المضرور أو الغير[3] .

2– **مدى مسؤولية الناظر عن أعمال تابعيه وأعوانه تجاه الغير** : ان ناظر الوقف مسؤول عن نائبه لأنه هو الذي اختاره فضلا عن أن عليه واجب الرقابة والتوجيه ، فإن أخطأ نائبه في أثناء أدائه أعمال النظارة نيابة عنه في حدودها ، فإن الناظر يكون مسؤولا عنه بسبب سوء اختياره له ، أو إهماله في رقابته وتوجيهه ، أو صدرت منه توجيهات غير صحيحة استنادا إلى مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه لتحقق شروطها ، إذ يكون الناظر متبوعا مسؤولا عن فعل نائبه التابع عن الضرر الذي يحدثه للوقف أو الغير نتيجة اخلاله بإلتزام قانوني خاص بأحكام الوقف ، أو عام بعدم الاضرار بالغير، أوالتزام عقدي نيابة عن الوقف ، فأساس مسؤولية الناظر عن نائبه هو خطأ الأول المفترض تبعا لخطأ الثاني الثابت[4].

---

[1] محمد رافع يونس محمد، المرجع السابق ، ص280.

[2] د . حسن علي الذنون ، المرجع السابق ، ص 248.

[3] المادة 127 من القانون المدني : " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صد ر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا ا لضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

[4] محمد رافع يونس محمد، المرجع السابق، ص280.

أما عن مدى مسؤولية الناظر عن أعمال تابعي الوقف وأعوانه ، فيذهب الفقه والقضاء إلى مسؤولية الشخص المعنوي عن موظفيه وعماله متى تحققت شروط مسؤولية المتبوع عن فعل التابع ، وكذلك مسؤوليته عن حراسة الأشياء عند تحقق شروطها[1] .

وترتيبا على ما سبق ، يمكن مساءلة الوقف بوصفه شخصا معنويا عن أعمال موظفيه وعماله في أثناء أدائهم أعمالهم لقيام علاقة التبعية بواسطة ناظره الذي له السيطرة الفعلية في الرقابة والتوجيه عليهم ، وتتحقق مسؤوليته بالأصل على وفق نص المادة 136 من القانون المدني الجزائري .

ومن الوجاهة الاعتقاد بأن مسؤولية الشخص المعنوي " الوقف" تتحقق عن أفعال الأعوان من المستخدمين والموظفين والعمال والصناع وغيرهم من المعاونين والاتباع متى عهد إليهم تنفيذ التزاماتهم العقدية بواسطة الناظر(المدير) بوصفها مسؤولية عقدية عن فعل الغير[2]، وهي أوسع من المسؤولية التقصيرية عن الغير لأنها لا تشترط وجود علاقة التبعية[3] ، كما لو عهد ناظر الوقف إلى مهندس صيانة الموقوفات المؤجرة ، فيكون مسؤولا بكونه ناظرا على الوقف عن الضرر الذي يحدثه المهندس بخطئه تجاه الغير وليس بصفته الشخصية ، الا إذا أمكن نسبة الخطأ إليه فيما يدخل في نطاق توليته كأن أساء اختياره أو أهمل مراقبته في أثناء عمله .

وتجدر الإشارة إلى أن لناظر الوقف عند تعاقده نيابة عن الوقف مع الغير أن يشترط إعفاءه من المسؤولية العقدية عن فعل الغير في تنفيذ العقد ومنها الغش أو الخطأ الجسيم[4].

نخلص مما تقدم إلى القول بأن ناظر الوقف مسؤول شخصيا عن خطئه المباشر الثابت تجاه الغير ، ومسؤول عن فعل نائبه عن خطئه غير المباشر المفترض تجاه الوقف

---

[1] د.ابراهيم الدسوقي ابوالليل،المسؤولية المدنية بين التقييد والاطلاق،دارالنهضة العربية،القاهرة،1980، ص83.

[2] محمد رافع يونس محمد، المرجع السابق ، ص283.

[3] د . عباس الصراف ، المرجع السابق ، ص 253-263 .

[4] المادة 178/ف2 من القانون المدني الجزائري .

أو الغير ، والوقف مسؤول عن أعمال تابعيه من الموظفين والعمال وغيرهم ومسؤول عن أعوانه الذين عهد إليهم تنفيذ التزاماتهم التعاقدية .

وتأسيسا على ما تقدم ، نستنتج أن مسؤولية الناظر المدنية عن أخطاء توليته على الوقف ، هي أن الناظر يتحمل جريرة خطئه في أثناء أدائه لأعمال توليته ونظارنه على الوقف بوصفه شخصا معنويا خلافا للأشخاص المعنوية الأخرى [1] .

وهذا الحكم مرده أنه لما كان الوقف شخصية معنوية خاصة مستقلة عن الواقف والموقوف عليهم ، و الناظرالذي يمثله والدولة وعليهم حمايته ، ويخضع للأحكام الشرعية والقوانين المرعية الخاصة به ، وأن القاعدة في الفقه الإسلامي تقضي بأن: ((لا يسأل أحد عن فعل غيره)) ومنها أخطاؤه ، أي الأصل أن المسؤولية شخصية مباشرة تقوم على خطأ ثابت يتحمل الضرر الناجم عنه مرتكبه ، والاستثناء يسأل عن فعل غيره بنص[2] ، وأن مسؤولية الوقف بوصفه متبوعا عن خطأ الناظر بوصفه تابعا أثناء أداء الأخير أعمال توليته لا يمكن أن تتحقق إلا بنص القانون ، إذلا إلتزام دون إلزام قانوني أو التزام عقدي ،وخاصة ان النصوص لم تشر الى ذلك صراحة ، فضلا عن أنه لا يمكن مساءلة الوقف وفق القواعد العامة التي تحكم مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه لعدم توافر الشروط التي يتطلبها النص والأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية .

إذن لا مناص إلا القول بأن مسؤولية الناظر عن أخطائه في أثناء أدائه أعمال توليته – سواء في حدود توليته أم متجاوزا عليها أم متعسفا في استعمالها – بأنها مسؤولية شخصية مباشرة قائمة على خطأ ثابت ، والقول بغير ذلك يعني استنزاف أموال الوقف بوصفها صدقة جارية ، وتحميله مالا يحتمله ، وبما يتعارض مع ماهيته الأدبية وغايته في استمرار خيراته ومبراته ويؤدي إلى إعساره وإنهائه ، فضلا عن أن أموال الوقف ليست أموال

---

[1] مبدأ مسؤولية الشخص المعنوي مدنيا عن أفعال ممثله مجمع عليه ومستقر فقها وقضاء ، د . حسن كيره ، المرجع السابق ، ص 661 ، د. يحي أحمد موافي ، الشخص المعنوي ومسؤولياته قانونا، منشأة المعارف ، الاسكندرية، 1987، ص 103 ، د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، ص82 .

[2] محمد رافع يونس محمد، المرجع السابق ، ص284.

دولة حتى يقال انه لا يصيبها الاعسار ، ولذلك فالوقف مصون بحماية شرعية وقانونية وبشروط الواقف[1] ، وغير مسؤول وقاية له ، فهو يغنم ولا يغرم لأنه طرف ضعيف ، وأمواله بمنزلة أموال اليتيم أو القاصر الذي يجب مضاعفة العناية والحرص في القيام بأعبائه ، إذ لا يمكن لمن تقررت الحماية له أن يتحمل مسؤولية خطأ الذي يحميه ويدافع عن مصالحه[2].

المبحث الثاني

الاستحقاق في الوقف

ان الحق في تملك ما ثبت للموقوف عليه من غلات الوقف و منافعه و شؤونه الأخرى هو مايمثل الاستحقاق الوقفي الذي ينصرف معناه إلى إستحقاق غلة الوقف ومنافعه ، و أحكام الشريعة الإسلامية هى التى تجرى فى شأنه و تطبق عليه من جهة تعيين مدى حقوق المستحقين فيه ، و ما يكون لهم من التصرف فى أعيانه و ما لا يكون. و مقتضى الشريعة الإسلامية أن الإستحقاق فى الوقف منوط بوجود الغلة ، ذلك أن الاستحقاق يتحدد بحدوث سببه، و هو وقت ظهور الغلة و خروج الريع ، ولا يثبت ذلك الا لكل من شرط له الواقف نصيبا في الغلة أو سهما أو مرتبا دائما أو مؤقتا ، ويمكن تحديد الاطار القانوني للإستحقاق بمعالجة مفهومه من جهة (المطلب الاول) ، وبيان احكامه من جهة اخرى (المطلب الثاني) على النحو التالي:

[1] المادة 52 /ف3 من الدستور الجزائري: " الأملاك الوقفية وأملاك الجمعيات الخيرية معترف بها ويحمي القانون تخصيصها ".

[2] محمد رافع يونس محمد، المرجع السابق، ص285.

المطلب الاول

مفهوم الاستحقاق

يمكن تحديد اطار لمفهوم الاستحقاق بالتطرق الى مضمون الاستحقاق من خلال التعريف والشروط (الفرع الاول)، وكذا تبيان طبيعة المستحق واثر ثبوت الاستحقاق له (الفرع الثاني)، على النحو التالي:

الفرع الأول

تعريف الاستحقاق وشروطه

يمكن تحديد تعريف للاستحقاق ، وتبيان شروطه من خلال استعراض النقاط الاتية :

اولا. تعريف الاستحقاق: ونتناوله من الزاوية اللغوية والاصطلاحية على النحو التالي:

1 . التعريف اللغوي : الاستحقاق مشتق من الحق ، والاستفعال لغة : طلب الفعل كالاستسقاء لطلب السقي ، والاستفهام لطلب الفهم ، فالاستحقاق طلب الحق ، وهو يعني ثبوت الحق و الاستيجاب .[1]

2 . التعريف الاصطلاحي: هو الحق الثابت نفسه، و هو الحق في تملك ما ثبت للموقوف عليه من غلات الوقف و منافعه و شؤونه الأخرى ، أو هو النصيب المشروط الذي يستحقه الموقوف عليه بشروط الواقف[2]، و بهذا يفيد الاستحقاق في الاصطلاح : ثبوت الحق و حق التملك ، وعين ما يرد عليه الملك[3].

---

[1] محمد سراج، المرجع السابق، ص 281.

[2] احمد جمال الدين ،الوقف، مصطلحاته وقواعده، مطبعة الرابطة ، بغداد، 1955، ص114.

[3] مسقاوي عمر، نظام الوقف و أحكامه الشرعية و القانونية، دار الفكر، دمشق، 2010،ص249 محمد سراج، المرجع السابق، ص 281.

والإستحقاق فى الوقف متى أطلق فإنه ينصرف إلى إستحقاق غلة الوقف ومنافعه يستوى فى ذلك أن يكون حصة أو سهما ، أو مرتبا دائما أو مؤقتا أو منفعة ، و قد يضاف الاستحقاق إلى أمر معين فيتعلق به ، كاستحقاق النظر و الولاية.

ويتبين مما سبق ان الاستحقاق في الوقف هو جعل أو تخصيص قدر معين أو غير معين من غلة وقف للموقوف عليه المستحق ، ولابد من اتباع شرط الواقف في تحديد المستحق وتوزيع الغلة وكيفية التصريف في نصيب من يموت من المستحقين .

واذا كان الاستحقاق بهذا المعنى ، فان المستحق فى الوقف يوصف بانه صاحب حق انتفاع وقفي متميز عن حق الانتفاع المدني ، هذا الاخير الذي هو حق يتجزأ عن حق الملكية، نظم المشرع الجزائري أحكامه في القانون المدني[1]، وهو حق يشمل: حق الاستعمال وحق الاستغلال ، ويرد على شيء مملوك للغير ، أما حق الانتفاع الوقفي فهو حق ذو طبيعة خاصة يتمتع به الموقوف عليهم المستحقين وفقا للمادتين 17 و18 من قانون الاوقاف[2]، ويتجلى الاختلاف بين حق الانتفاع في القواعد العامة وحق الانتفاع الوقفي فيما يلي:

أ- إن حق الانتفاع محصور في المنتفع فقط ولا يمكن نقله للورثة ، فهو ينتهي بموت صاحبه، أما حق المستحق في الوقف فينتقل إلى ورثته بشرط الواقف.

ب- للمنتفع حق الاستعانة بدعاوى رفع اليد لأجل حماية حقه من تعرض الغير، في حين أن الوقف شخص معنوي يمثله ناظره في أي مخاصمة تتعلق بجوهر الوقف.

ج- إن الالتزام بإدارة وصيانة العين المنتفع بها يقع على عاتق صاحب حق الانتفاع، أما في الوقف فإن ذلك من إلتزامات ناظر الوقف وليس المستحق.

---

[1] المواد 844 إلى 854 من القانون المدني.

[2] المادة 17 من القانون 91-10: " إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف، ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه".

المادة 18 من القانون 91-10:" ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه، وعليه استغلالها استغلالا غير متلف للعين وحقه حق انتفاع لا حق ملكية".

د- ينظم القانون المدني أحكام حق الانتفاع ، حيث يحدد في سند إنشائه حقوق والتزامات المنتفع ، أما المستحق في الوقف فإن حقوقه تنظمها إرادة الواقف واشتراطاته المشروعة.

ان الأصل أن حق الانتفاع بالوقف هو أن تستغل كل عين من أعيانه بما يليق بها، وبما يكون أنفع للواقف والموقوف عليهم، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري حين قرر أن حق المنتفع ينحصر بالعين الموقوفة فيما تنتجه، وعليه إستغلالها إستغلالا غير متلف للعين ، وحقه حق انتفاع لا حق ملكية [1].

وترتيبا على ما سبق؛ فان الانتفاع الوقفي يقصد به استغلال العين الموقوفة للحصول على منافعها أو غلاتها تبعا لما تسمح به طبيعة هذه العين، فإن كانت مسكنا يسكنه الموقوف عليهم أو ينتفعوا بأجرته من خلال إيجاره، وإن كانت أرضا زراعية فيتم استغلالها من خلال زراعتها أو غرسها أشجارا، مع الأخذ بعين الإعتبار دائما إرادة الواقف، وبالتالي؛ فإن كيفية الانتفاع بالوقف معلقة على ما يشترطه الواقف، إذ يجب أن تستغل العين الموقوفة على الوجه الذي اشترطه، ما لم يكن هذا الشرط مخالفا للشريعة الإسلامية وفقا للمادة 14 من قانون الاوقاف[2]، فاشتراطات الواقف الأصل فيها وجوب تنفيذها، غير أنه يجوز تغيير وجهة الملك الوقفي إلى ما هو أصلح له وللمستحقين إذا لم يمنع ذلك شرط من شروط الواقف، وفي حالة وجود مانع يمكن اللجوء إلى القضاء لإصدار حكم يقضي بالتغيير المراد، مع مراعاة مصلحة الوقف والموقوف عليهم في ذلك.

أما إذا لم ينص الواقف على طريقة معينة للإنتفاع بالوقف، فإن الاستغلال يكون حسب ما جرت عليه العادة والعرف تبعا لطبيعة الشيء الموقوف، لأن الوقف هو تصدق بالمنفعة على المستحقين الذين يستفيدون من ريع الوقف بإعتباره ثمرة طبيعية للمال الموقوف، وعليه يكون الانتفاع ببعض الاموال الموقوفة كالآتي[3] :

---

[1] المادة 18 من قانون الأوقاف.

[2] المادة14 من القانون 91-10 : " اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها".

[3] زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق ، ص 47.

- في حالة وقف المصاحف ينتفع بها بالتلاوة فيها، والكتب بالمطالعة.
- إذا كان محل الوقف حبوبا، ينتفع بها ببيعها، ويتاجر بثمنها، ويصرف الربح إلى الجهة الموقوف عليها.
- إذا كان محل الوقف أرضا زراعية ينتفع بها بزراعتها من طرف المستحقين الموقوفة عليهم أو المستأجرين في حالة إيجارها، ويقسم محصولها أو أجرتها بين المستحقين[1] .

ثانيا . شروط الاستحقاق : يمكن تقسيم شروط الاستحقاق الى شروط موضوعية واخرى اجرائية وفق التوضيح الموالي :

1. الشروط الموضوعية: وهي شروط مبدئية ثلاثة ، تتعلق بثبوت صفة الاستحقاق والوجود والقبول .

أ – **تحقق وثبوت صفة الاستحقاق** : إن تحديد أصحاب الإستحقاق يكون من قبل الواقف ولا يتم ذلك على شكل معين، لذا يجب التمييز بين حالتين:

– **حالة التعيين بالإسم:** إذا كان الموقوف عليهم معينين بالإسم، فلا يثبت لهم الإستحقاق إلا بوجودهم وقبولهم على راي غالبية الفقه[2] ، وهو ما قررته المادة 13/ف02 من القانون 91–10 المتعلق بالأوقاف حيث نصت: ((فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله ...))[3]، وبالتالي فلا يمكن التصدق بمنفعة المال الموقوف على معدوم، وإذا لم يتحقق الوجود ينتقل الحق في الإستحقاق إلى من عينه الواقف من بعد المستحق.

أما القبول فليس شرطا في صحة الوقف ولا ركنا فيه، لكنه شرط للإستحقاق، فإن وجد الشخص المعين في نص صيغة الوقف ورفض الغلة، تصرف هذه الأخيرة على من عينه نص الواقف بعده.

– **حالة التعيين بالوصف:** في هذه الحالة يجب التمييز بين نوعين من الأوصاف[4]:

---

[1] زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، المرجع السابق ، ص 49.

[2] احمد جمال الدين ، المرجع السابق ، ص13 وما بعدها.

[3] عدلت بموجب المادة 05 من القانون 02–10 فأصبحت تنص على ما يلي:" الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون، هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية ".

[4] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص164، مسقاوي عمر، المرجع السابق، ص261.

النوع الاول : إذا كانت الأوصاف مما لا يمكن زوالها كالعمي أو الخرس، فيجب أن يكون الموقوف عليهم موجودين وقت الوقف لا وقت وجود الغلة، وإلا صرفت الغلة إلى الجهة التي عينها الواقف من بعدهم، على أساس أن الموقوف عليهم الموصوفون بهذه الأوصاف كالمعينين بالإسم تماما، يشترط لصحة استحقاقهم الوجود.

النوع الثاني: إذا كانت الأوصاف مما يمكن أن تزول كالمرض الذي يمكن الشفاء منه ، فهنا لا يكون للموقوف عليهم منزلة المعينين بالإسم، وعليه قرر الفقهاء أن العبرة بتحقيق الوصف وقت ظهور الغلة لا يوم الوقف.

إن ما يلاحظ في هذا الشأن، أن القانون لم يتطرق لهذه الحالة، ولذا يرجع هنا إلى ما قررته الشريعة الإسلامية على أساس المادة 02 من قانون الاوقاف 91-10.

وللإحاطة بموضوع تحديد أصحاب الإستحقاق، نتطرق إلى مقتضى بعض الألفاظ التي تعبر عن الموقوف عليهم في وثيقة التصرف الوقفي والتي من أهمها[1]:

. الولد والأولاد: ويراد به إتفاقا ولد الصلب ذكورهم وإناثهم.

. الذرية والنسل والعقب: وهي ألفاظ المقصود منها: الذكور دون الإناث باتفاق الفقهاء إلا بتصريح أو قرينة.

. الآل والجنس وأهل البيت: هذه الألفاظ يدخل فيها: العصبة من الأولاد والبنات والأخوة والأخوات والأعمام والعمات.

. القرابة: وهي في مقصودها أعم مما سبق، فيدخل فيه كل ذي رحم محرم من الواقف.

. سبيل الله ونحوه: إذا قال الواقف: هذا وقف في سبيل البر، أو الخير، أوالثواب، اختلف العلماء في تعيين مصرف ذلك على قولين :

القول الأول: أنه يصرف إلى ما فيه صلاح المسلمين من أهل الزكاة، وإصلاح الجسور وسد الثغور ودفن الموتى وغيرهم، كنشر العلم، و به قال بعض الشافعية[2] .

---

[1] الخصاف ابو بكر احمد بن عمرو الشيباني، كتاب أحكام الأوقاف ، مكتبة الثقافة الدينية ، بدون سنة طبع.ص160،75،38، مسقاوي عمر، المرجع السابق، ص 284.

[2] النووي ، روضة الطالبين ، ج 5 ، المرجع السابق ، ص 320 .

القول الثاني: أنه يصرف على أقارب الواقف، فإن لم يوجدوا فإلى أهل الزكاة، وهو قول الشافعية [1] ، وحجج هذا القول تتمثل فيما يلي :

الحجة الأولى: أن أقارب الميت أكثر الجهات ثواباً ، لما رواه سلمان بن عامر رضي الله عنه أن النبي (ص) قال : ((الصدقة على المسكين صدقة ، وهي على ذي الرحم اثنان : صدقة وصلة)) [2].

الحجّة الثانية: أنه إذا لم يوجد أقارب للواقف، فيصرف إلى أهل الزكاة، لأن أهل الزكاة أهل حاجة منصوص عليهم في القرآن.

القول الثالث: أنه يشمل القُرب كلها، كالغزو وطلب العلم، والمساكين، والمساجد وغيرها وهذا هو الصحيح من المذهب عند الحنابلة [3] .

ولعل الراجح مما سبق من الأقوال هو القول القائل بصرف ريع الوقف المحبس على الخير والثواب، وفي سبيل البر على المصالح كلها.

ب- الوجود وقت الاستحقاق: لانه لا يمكن تصور التصدق بمنفعة الموقوف على معدوم فاذا لم يتحقق الوجود إنتقل الحق في الاستحقاق الى من عينه الواقف من بعدهم وهو ما قررته المادة 13 من قانون الاوقاف 91-10 بالنسبة للاوقاف التي نشأت قبل صدور القانون رقم 02-10 المعدل والمتمم لقانون الاوقاف 91-10.

وفي هذا الشأن يمكن اثارة المسائل التالية :

- مسألة استحقاق الجنين من الريع : الجنين إذا ولد بعد ظهور الغلة فإما أن تكون ولادته لأقل من ستة أشهر من وقت ظهورها ، و إما أن تكون لتمامها أو أكثر، فان كانت ولادته لأقل من 06 أشهر استحق من الغلة بسبب أن اقل مدة الحمل هي ستة أشهر فيستحق في هذه الحالة من وجوده في بطن أمه وقت ظهورها فيأخذ استحقاقه منها.

---

[1] المرجع نفسه ، ص321 .

[2] أخرجه الإمام أحمد ، مسند الامام احمد بن حنبل ، ج4، ط5، المكتب الاسلامي بيروت ، 1985، ص214 .

[3] موفق الدين ابن قدامة ، شمس الدين ابن قدامة ، المرداوي ، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو ،ج 16 ، ط 1، دار هجر طبع على نفقة خادم الحرمين الشريفين ، السعودية ،، 1993، ص 511 .

وان كانت ولادته لتمام ستة أشهر أو أكثر، فان كانت الزوجية قائمة بين من ولدت و بين زوجها حقيقة أو حكما بأن كانت معتدة لطلاق رجعي ، فلا يستحق المولود من هذه الغلة ، لأنه مشكوك في انه كان موجودا وقت الغلة أو حملت به أمه بعد ذلك فلا يزاحم الموجود للشك.

أما إذا كانت الزوجية غير قائمة بسبب العدة لطلاق بائن أو وفاة ، فان وقع الطلاق ساعة ظهور الغلة أو مات الواقف في هذا الوقت فجاءت امرأته بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق البائن استحق من الغلة الموجودة وقتها و التي بعدها ، لان الشارع الحكيم لما حكم بثبوت النسب لولد المطلق طلاقا بائنا أو المتوفى عنها زوجها في هذه الإحالة فقد حكم بوجود الولد في بطن أمه وقتها، فيستحق من الغلة التي ظهرت في هذا الزمن[1].

. مسألة استحقاق الغائب أو المفقود : يعتبر الفقد أو الغياب حجة للدفع لا للاستحقاق و معناه أن تبقى أموال المفقود على ملكه، و لا تنتقل لورثته إلى أن يصدر الحكم باعتباره ميتا، و لا يرث ممن مات من أقاربه إلا أن يظهر كونه حيا وقت وفاة مورثه، و لا ينتقل نصيبه إلى سائر الورثة بل يحتفظ به إلى أن تتأكد حياته من موته، فإذا ظهر حيا اخذ نصيبه الذي يرثه و إن ظهر ميتا استكمل الورثة سائر حقوقهم[2]، و الأمر كذلك بالنسبة للاستحقاق من ريع الوقف يحتفظ به مع ناظر الوقف إلى أن تظهر حياة الغائب أو المفقود أو موته عند ظهور الغلة [3].

. مسألة استحقاق المتوفي من الموقوف عليهم : ان حق الموقوف عليه يتأكد في الريع بعد ظهور الغلة، سواء قبضها الناظر أو لم يقبضها، و لذا يورث عنه هذا الحق لو مات

---

[1] زهدي يكن ، أحكام الوقف ، المرجع السابق ، ص262-264.

[2] راجع المواد : 109، 111، 114، 115 من قانون الاسرة 84-11 المعدل والمتمم.

[3] محمد قدري باشا، المرجع السابق ، المادة 376، ص489.

قبل قبضه من الناظر، لان العبرة في الاستحقاق وجود المستحق عند قيام السبب في الاستحقاق[1].

وفي الحالة التي يقبض فيها الناظر الأجرة معجلة طبقا لعقد الإيجار ، فان حق المنتفعين يثبت و يتأكد بقسمته عليهم، فإذا مات احد منهم بعد ذلك لم تنقض القسمة و لا تسترد الحصة من ورثته ، اعمالا لفكرة التبرع والصلة والبر فيما يأخذه المستحق من الوقف[2].

كما أن صاحب الوظيفة– في إطار نظارة الوقف– يستحق ما هو مقرر له بالعمل سواء قبض المستحق ما له أو لم يقبضه ، فإذا مات قبل القبض و بعد ثبوت حقه بالعمل فان حقه ينتقل إلى ورثته، و يأخذونه من ناظر الوقف بحسب أنصبتهم المقررة شرعا[3].

و يضاف إلى ذلك انه إذا قبض مرتب سنة بتمامها معجلة و مات في اثنائها فلا تسترد حصة ما بقي منها.

ج – شرط القبول : سبق معنا القول ان القبول ليس شرطا في صحة الوقف ولا ركنا فيه ولكنه شرط للاستحقاق، فإن وجد الشخص المعين في نص صيغة الوقف، ورفض الغلة فإن هذه الاخيرة تصرف على من عينه نص الوقف بعده.

2 . الشروط الاجرائية: وهي تتعلق بحلول وقت الاستحقاق اولا، ودفع مصاريف العمارة وصيانة الوقف، ودفع الديون على المستحق في الغلة ثانيا، و ان لا يكون المستحق ممن تنفذ في حقه احدى الشروط العشرة ثالثا :

أ . حلول وقت الاستحقاق : المقرر في هذا الشأن ، انه متى كان العقد المترتب عليه حق الإنتفاع هو عقد وقف فإن أحكام الشريعة الإسلامية هى التى تجرى فى شأنه و تطبق عليه من جهة تعيين مدى حقوق المستحقين فيه ، و ما يكون لهم من التصرف فى أعيانه و ما لا يكون ، و مقتضى الشريعة الإسلامية أن الإستحقاق فى الوقف منوط بطلوع الغلة و هو

---

[1] محمد قدري باشا، المرجع السابق، المادة 382، ص492.

[2] المرجع نفسه، المادة 384، ص492.

[3] محمد سراج، المرجع السابق ، ص 319–322 ، محمد قدري باشا ،المرجع السابق ، المادة 383، ص492.

الوقت الذى ينعقد فيه الحبّ أو يؤمن فيه على الثمر من العاهة ، حيث لا يستطيع المستحق مطالبة الناظر بنصيبه في الريع قبل زمن الاستحقاق، ولا استلاف مبالغ فيه على الحساب ذلك أن الاستحقاق يتحدد بحدوث سببه، و هو وقت ظهور الغلة و خروج الريع، و لذلك فان زمن الحق في المطالبة بالاستحقاق من ناظر الوقف هو قبضه الغلة أو الريع بعد حلول وقت الاستحقاق، لان حق الموقوف عليه متعلق بالوقف و غلته، لا بذمة الناظر[1] ، فمثلا إذا كان الوقف على الأولاد و أولادهم ..الخ - في الوقف الخاص المعتبر- استحق جميع الموجودين من نسله يوم ظهور الغلة إن لم يرتب بين الدرجات أو الطبقات سواء كانوا موجودين وقت الوقف أو غير موجودين ، فالمولود منهم وقت ظهور الغلة يستحق بالإجماع .[2]

ب . دفع مصاريف العمارة وصيانة الوقف، ودفع الديون على المستحق في الغلة: فهذه الأموال تقدم على الأموال المستحقة أو على الغلة [3]، وفي هذا الصدد تنص المادة 13/ف8 من قانون الوقف التي تتحدث عن وظيفة الناظر: ((السهر على اداء حقوق الموقوف عليهم مع مراعاة شروط الواقف بعد خصم نفقات المحافظة على الملك الوقفي وحمايته وخدمته المثبتة قانونا))، وعلى هذا الاساس تكون الأولوية للملك الوقفي من حيث الصيانة والعمارة قبل حقوق المستحقين ، ولا يمكن لاصحاب الاستحقاق الاحتجاج على ذلك، ولو لم يشترط ذلك الواقف، وذلك لان الواقف قد قصد بوقفه التأبيد وهذا امر يستحيل تحقيق قصده دون عمارة الموقوف، الامر الذي يثبت به شرط العمارة اقتضاء[4].

و عليه فليس للموقوف عليهم حق في الحاصلات المتأتية من عين المال الموقوف، و لا تصرف هذه الحاصلات إلا على عمارة الوقف ، و على هذا لو غصب احد مال الوقف فضمن نقصان قيمته فان قيمة الضمان تصرف على عمارة الوقف دون أن ينال

---

[1] محمد قدري باشا، المرجع السابق، المادة 377، ص489.

[2] المرجع نفسه، المادة 371، ص 486.

[3] د. وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 212.

[4] محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص231.

المستحقون شيئا منها، و كذلك لو تهدم الموقوف و وجب بيع انقاضه لتعذر إعادته إلى حالته الأصلية فان ثمن انقاضه تصرف فيما يحافظ على عمارة الموقوف دون أن توزع على المستحقين في غلته ، و ذلك نظرا لتعلق حق المستحقين في غلته و ليس في بدل رقبته[1].

3 . ان لا يكون المستحق او ممن تنفذ في حقه احدى الشروط العشرة: التي تمنع عنه الاستحقاق كشرط الحرمان وشرط الاخراج ،على اساس ان شرط الواقف كنص الشارع وعلى اساس ان اشتراطات الواقف هي التي تنظم الوقف ما دامت لا تعارض الشريعة وفقا للمادة 14 من قانون الاوقاف.

الفرع الثاني

طبيعة المستحق واثر ثبوت الاستحقاق له

ان المستحق يتمتع بعلاقة تنظيمية بالوقف ، و هو تبعاً لذلك لا يمثل الوقف ولا يعتبر الناظر ممثلاً له في هذا الخصوص ، وحتى تتضح صفته القانونية وما يترتب عن ذلك نتناول النقطتين التاليتين :

اولا . طبيعة المستحق : ان المستحق في الوقف هو كل من له حق في المال الموقوف حسب نص الواقف في عقد وقفه[2]، أو هو كل من شرط له الواقف نصيبا في الغلة أو سهما أو مرتبا دائما أو مؤقتا[3].

يتبين مما سبق ، أن المستحق في الوقف يتميز عن الموقوف عليه من جهة أن مصطلح المستحق لا يطلق إلا على من يأخذ من غلة الوقف بالفعل أي المرتزق الفعلي الذي ثبت له حق في الموقوف و تناول الغلة حقيقة بخلاف الموقوف عليه الذي يطلق على من جاء دوره في الأخذ من غلة الوقف و من لم يحن دوره بعد، فهو أعم من المستحق.

---

[1] محمد جمال الدين، المرجع السابق، ص 226 .

[2] عبد الرحيم علي محمد ، قوانين الوقف و منازعاته، ط1، بدون دار نشر، 1999، ص135.

[3] عبد الحميد الشواربي، منازعات الاوقاف والاحكار، المرجع السابق، ص52 .

وعليه فان المستحق يتلقى حقه في الوقف بحكم خاص– شرط الواقف – لان أحكام الشريعة الإسلامية مصدر قانون الوقف الجزائري تقضي بعدم تطبيق أحكام الميراث في الوقف، كما أن دعوى الاستحقاق في الوقف لا تقبل إلا من ذي شأن له صلة بالوقف وهو من يدعي انه تلقى الاستحقاق عنه، بحيث لا يكون لقاضي الدعوى أن يتعرض لموضوع هذا الاستحقاق أو أن يمهد لقضائه فيه قبل تحقيق هذه الصلة و التحقق منها[1].

وبناء على ما سبق ، يمنع احداث اي نصيب في الغلة او مرتب خلافا لما اشترطه الواقف ، فكما يمنع على القاضي ان يعين فرّاشا او ان يخص احدا بوظيفة خلافا لشرط الواقف ، فانه تمنع ايضا وظيفة من توظف بناء على مثل هذا التعيين غير المشروع ، الا اذا كان الواقف قد اشترط للناظر حق تقرير هذه الوظيفة و قد قررها الناظر ضمن ما اشترطه الواقف لذلك[2].

1 – المستحق شخص طبيعي : المستحق هو الشخص الذي ثبت له حق في المال الموقوف، وهو عادة الموقوف عليه الذي نص عليه الواقف في وقفه، حيث يعتبر المرتزق الفعلي لأنه يتناول غلة الوقف حقيقة، وهو قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا وفق ما هو مقرر في قانون الاوقاف 91–10 قبل تعديله بمقتضى القانون 02–10 المعدل والمتمم للقانون 91–10 ، بحيث عدلت المادة 5 منه المادة 13 من القانون 91–10 فأصبحت تنص على أن: ((الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية)).

والملاحظ أن ما دفع المشرع إلى هذا الأمر من حيث التردد والغموض في مسألة الوقف الخاص[3] مرده الإعتبارات التالية:

---

[1] عبد الحميد الشواربي، منازعات الاوقاف والاحكار، المرجع السابق، ص53 .

[2] محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 228.

[3] ما يؤكد هذا الأمر المادة 02/ف1 المعدلة للمادة 01 من قانون الأوقاف 91–10 التي تنص :" يخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها " .

أ- أن الوقف الخاص يشجع التحايل على نظام المواريث من خلال المفاضلة بين الورثة بحرمان الإناث من الميراث من طرف الواقفين، إذ يوقفون أموالهم على الذكور فقط أو يفضلون بعض الذكور على البعض الآخر.

ب- أن الوقف الخاص لم يعد يحقق الهدف المرجو منه وهو التبرع لوجه الله، وإنما أصبح هدف كثير من الواقفين حماية أموالهم من تصرف بعض الورثة، باعتبار أن الوقف لا ينقل الملكية بل يرتب حق الإنتفاع فقط.

ج- أن هذا النوع من الوقف يؤدي إلى تجميد الثروة وحبسها عن التداول.

د- أن الوقف الخاص ينتهي بوفاة الموقوف عليه وهو أمر إحتمالي، إذ بمرور الزمن يتعدد المستحقون في الوقف الواحد، ويصبح نصيب كل واحد منهم ضئيلا لا يمكن الاستفادة منه.

هـ- حتى وإن كان المقصود من الوقف الخاص تأمين التكافل الإجتماعي، إلا أن كثرة هذه الأوقاف من شأنها أن تكثر البطالة، لأن المستحقين يطمئنون إلى أرزاقهم التي يتحصلون عليها تباعا كل عام من ريع الوقف، فينقطعون عن الحياة الجادة العاملة وفي ذلك إفساد للمجتمع.

ومن صور الوقف على الاشخاص الطبيعيين مسألة ان يكون المستحق هو الواقف نفسه[1] ، وهو ما يعرف بحالة الوقف على النفس، وهو ما نصت عليه المادة 214 من قانون الأسرة بتقريرها انه : ((يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبوس مدة حياته على أن يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية)).

وأكد المشرع هذه الحالة في القانون 02-10 حيث استحدث نصا جديدا في المادة 06 مكرر منه التي تنص: ((يؤول الريع الناتج عن الوقف المؤسس لفائدة جهات خيرية والذي احتفظ فيه الواقف بحق الإنتفاع بريعه مدى الحياة إلى الجهات الموقوف عليها)).

ولعلّ الباعث على استبقاء الوقف على النفس في القانون المنظم للوقف العام هو فتح باب الوقف الخيري أو العام ، لأن المتوقع لو الغي الوقف الخاص أن يحجم الناس عن الوقف عموما فالواقفون يقصدون بوقفهم التصدق على ذريتهم ثم يكون صدقة جارية على

[1] عمر مسقاوي ، المرجع السابق ، ص 274 .

جهات خيرية كما أن إجازة المشرع للوقف على النفس أو الوقف العام المؤجل ، جاء ترغيبا في الوقف وتحقيقا لمصلحة عامة هي محافظة الواقف على الأعيان الموقوفة باعتباره منتفعا.

لكن يلاحظ أن ما يعاب على هذا النوع من الوقف، أنه قد يؤدي إلى حرمان الورثة إذا ما أوقف الواقف كل ماله على نفسه مدى الحياة ، واحتفظ بحق الإنتفاع بريعه، ثم يؤول بعد وفاته إلى الجهات الخيرية ، فكان من الأجدر – لتفادي هذا العيب – أن يحدد المشرع إنتفاع الواقف ويضبطه بما يجعل الإنتفاع من ريع الوقف في حدود ما يحتاجه هو ومن يعولهم، لينتقل بعد ذلك هذا الحق إلى جهات خيرية، ويرث الورثة باقي المال غير الموقوف ولذلك من الاحسن أن يصبح نص المادة 06 مكرر كالتالي: ((يؤول الريع الناتج عن الوقف المؤسس لفائدة جهات خيرية والذي احتفظ فيه الواقف بحق الإنتفاع بريعه مدى الحياة في حدود حاجته أو حاجة من يعولهم، إلى الجهات الموقوف عليها)).

ويلاحظ في هذا السياق أن المشرع فيما يتعلق بالمستحق لم يتطرق إلى حالة قتل المستحق للواقف وحكمها القانوني، كما أن الشريعة الإسلامية لم تتناول هذه المسألة في موضوع الوقف، ولكن قياسا على أحكام الميراث التي تقضي بأنه لا ميراث لقاتل، فيحرم المستحق من استحقاقه في الوقف إذا قتل الواقف عمدا[1].

ولا يستحق القاتل غلة الوقف حتى ولو كان هو المستحق الوحيد لها، بل يؤول الإستحقاق لمن بعده ولو كانت ذريته التي تدخل في الإستحقاق بنص الواقف.

وأساس هذا القياس هو وحدة الغاية في كل من الوارث والمستحق القاتل المتمثلة في التعجيل بالحصول على مال المقتول المورث والواقف على التوالي، بناءا على القاعدة الأصولية التي تفيد أن من استعجل الشيء قبل أوانه، عوقب بحرمانه.

ومما يثار في هذا الشأن وتجدر الملاحظة إليه: مسألة الاستحقاق في حالة انقراض الموقوف عليهم في الوقف الخاص المعتبر، حيث أن هذه المسألة مبنية على مسألة حكم

[1] محمد سراج ، المرجع السابق ، ص 293–294، عمر مسقاوي ، المرجع السابق ، ص 256 .

الوقف منقطع الآخر، فمن قال ببطلانه وهو أبو حنيفة ومحمد ومن تبعهم من الحنفية[1] وبعض الشافعية [2] ، فإن الموقوف عليه ينقرض عندهم حيث لو انقطع لم يصح الوقف .

ومن قال بصحة الوقف المنقطع الآخر وهم : جمهور العلماء من المالكية[3] والحنابلة [4] ، وجمهور الشافعية[5] ، وأبو يوسف ومن تبعه من الحنفية[6] ، فان مصرف ريع الوقف إذا انقرض الموقوف عليه محل خلاف بين الفقهاء الذين قالوا بصحة الوقف منقطع الآخر على النحو التالي :

الرأي الأول : أنه يصرف إلى أقارب الواقف ثم من بعدهم الفقراء والمساكين، وهو قول جمهور أهل العلم ، وعند الشافعية على الأظهر بعد الأقارب يصرف في مصالح المسلمين وخص الحنفية وبعض الشافعية الأقارب بالفقراء، وخصهم المالكية والحنابلة: بورثة الواقف نسباً، فقد قال القدوري الحنفي: ((إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز ، وصار بعدها للفقراء ...))[7] ، وقال النفراوي المالكي : ((وإن انقرض من حبست عليه الدار ونحوها رجعت حبساً على فقراء أقرب الناس بالمحبّس يوم المرجع ... وإن لم يوجد له قريب يوم المرجع فإنه يصرف للفقراء))[8]، أما الفقيه الرملي الشافعي فقال: ((فإذا انقرض المذكور فالأظهر

---

[1] راجع : السرخسي ، المبسوط، ج 12، المرجع السابق ، ص 41 ، ابن نجيم ، البحر الرائق، ج 5، المرجع السابق، ص 196 .

[2] النووي ، روضة الطالبين، ج 5، المرجع السابق ، ص 326 ، الشربيني ، مغني المحتاج، ج 2، المرجع السابق ، ص 384 .

[3] الدردير ، الشرح الصغير، ج 2، المرجع السابق ، ص 305 ، الخرشي ، شرح الخرشي على مختصر خليل ،ج 7، المرجع السابق ، ص 89 .

[4] ابن قدامة ، المغني، ج 8، المرجع السابق ، ص 210 ، ابن عبد البر ، الكافي، ج 2، المرجع السابق، ص 452 ، المرداوي ، الإنصاف، ج 7، المرجع السابق ، ص 34 .

[5] النووي ، روضة الطالبين، ج 5، المرجع السابق ، ص 326 .

[6] أبي الخطاب ، الهداية ، ج 3 ، المرجع السابق ، ص 15 .

[7] عبد الغني الميداني ، مختصر القدوري مع اللباب ، ج 2، تحقيق : د. سائد بكداش، ط1، دار السراج، المدينة المنورة ، بدون سنة طبع ، ص182 .

[8] أحمد بن غنيم ابن سالم النفراوي ، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني ، ج2 ، دار المعرفة ، بيروت ، ص 226–227 .

أنه يبقى وقفاً ... والأظهر: أن مصرفه أقرب الناس رحماً إلى الواقف يوم انقراض المذكور...ومنه قوله : وقفت على المحتاج من فقدت أقاربه أو كانوا كلهم أغنياء صرف الريع لمصالح المسلمين ، كما نص عليه البويطي في الأولى أو إلى الفقراء والمساكين على ما قاله سليم الرازي ، وابن الصباغ ، والمتولي وغيرهم ...))[1] .

الرأي الثاني: أنه يصرف في مصالح المسلمين فيرجع إلى بيت المال، وهذا القول قال به بعض الشافعية[2] ، وهو رواية عند الحنابلة [3] .

الرأي الثالث: أنه يصرف إلى مستحقي الزكاة، وهذا وجه عند الشافعية[4] .

الرأي الرابع: إلى مستحقي الزكاة [5].

الرأي الخامس: أن الوقف يرتفع ويرجع ملكاً للواقف، وهو قول ضعيف للحنفية[6]، وقول عند الشافعية[7] ، ورواية عند المالكية[8]، والحنابلة [9] .

قال ابن عابدين الحنفي : ((لو قال : أرضي هذه صدقة موقوفة فهي وقف بلا خلاف إذا لم يعين إنساناً، فلو عين وذكر مع لفظ الوقف لفظ صدقة بأن قال : صدقة موقوفة على فلان جاز ويصرف بعده إلى الفقراء ، ثم ذكر بعده عن المنتقى أنه يجوز ما دام فلان حياً ، وبعده يرجع إلى ملك الواقف أو إلى ورثته بعده))[10].

وقال النووي الشافعي: ((إذا انقرض المذكور فقولان: أحدهما: يرتفع الوقف ويعود

---

[1] نهاية المحتاج، ج 5، المرجع السابق، ص 373-374.

[2] النووي ، روضة الطالبين، ج 5، المرجع السابق ، ص326 .

[3] راجع: ابن مفلح، الفروع، ج 4، المرجع السابق، ص590، ابن مفلح، المبدع، ج 5، المرجع السابق، ص327.

[4] النووي، روضة الطالبين، ج 5، المرجع السابق، ص326.

[5] المرجع نفسه ، ص326.

[6] راجع : ابن نجيم ، البحر الرائق، ج 5، المرجع السابق ، ص214 ، ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين، ج 4، المرجع السابق، ص349 .

[7] النووي ، روضة الطالبين، ج 5، المرجع السابق، ص 326 .

[8] ابن عبد البر، الكافي، ج 2، المرجع السابق، ص1014.

[9] راجع : ابن مفلح ،الفروع ، ج 4، المرجع السابق، ص590 ، المرداوي ، الإنصاف،المرجع السابق، ص33 .

[10] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 4، المرجع السابق، ص349.

ملكاً للواقف، أو إلى ورثته إن كان مات))[1] .

وقال ابن عبد البر المالكي : ((من حبس على رجل بعينه ولم يقل على ولده ولا على عقبه، ولا جعل له مرجعاً مؤبداً ، فقد اختلف في ذلك قول مالك وأصحابه على قولين : أحدهما : أن ذلك كالعمرى تنصرف إلى ربها إذا انقرض المحبس عليه ، وعلى هذا المدنيون من أصحابه ... وكذلك من قال مالي حبس في وجه كذا ليس من وجوه التأبيد ، فعن مالك فيه روايتان .. الرواية الثانية: أنه إذا انقرض الوجه الذي جعل فيه رجع إليه ملكاً في حياته ولورثته بعده كالعمرى))[2] .

وقال شمس الدين ابن مفلح الحنبلي: ((إذا وقف على جهة منقطعة ولم يزد صح، ويصرف بعدها إلى ورثته نسباً بقدر إرثهم منه ... وعنه يرجع إلى ملك واقفه الحي))[3].

بعد هذا العرض، يلاحظ أن القول الأول القائل بصرف ريع الوقف للفقراء من أقارب الواقف، فإن لم يكن فعلى مصالح الواقف هو القول الراجح ، وذلك أن القصد بالوقف الثواب الجاري على الواقف على وجه الدوام فيجب علينا مراعاة جانب الواقف في صرف وقفه في أفضل القربات ، فتعين اعتبار الحاجة والمصلحة ، لأن سد الحاجات والقيام بالمصالح أهم الخيرات، فإذا كان من أقاربه من هو من أهل الحاجة تعين تقديمه لأن أقارب الشخص أولى الناس بزكاته وصلاته [4] ، ثم على المصالح إذا لم نجد مصرفاً من جهة شرط الواقف ولا من جهة إرادته ، ومن المصالح صرفها على العلم، وما يتعلق بنشره .

كما يمكن تقرير ان الوقف الاصل فيه ان يكون على جهة خير وبر حالا، وقد تكون هذه الجهة هي المآل بعد إنقطاع الموقوف عليهم في الوقف الخاص، وهذا الامر يستدعي ان تكون جهة المآل معلومة، لكن جرى العرف ان جهة المآل هي كل جهة خير وبر، فقد تكون هي الفقراء أوالعلماء أوالمستشفيات...الخ، وعلى هذا فهي سريعة الاستحضار

---

[1] النووي ، روضة الطالبين، ج 5، المرجع السابق، ص 326 .

[2] ابن عبد البر، الكافي، ج 2، المرجع السابق، ص1014.

[3] ابن مفلح، الفروع، ج 4، المرجع السابق، ص589-590.

[4] ابن قدامه، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص213 .

في ذهن الإنسان بفطرته، وعلى هذا فإن الاصل في الوقف ان الواقف يقصد هذه الجهة المتصفة بالخيرية التي يعيها كل عاقل، ولولم يذكرها في وقفه ، وان ذكرها فهي في راينا تحصيل لما في ذهن الإنسان العادي كمعيار لذلك، وبناء على ما سبق ذكره ، يلاحظ ان الرأي الذي لا يرى ضرورة اشتراط هذا الشرط وجيه ومقدر جدا غير اننا نرى ضرورة التقيد بضابطين في هذه المسألة :

الضابط الأول : إن الوقف الذي يكون تلك صفته –أي لا تحدد فيه جهة المال –يجب ان يقيد أو يكون مشهورا ومعلوما ، بما يمنع ضياعه أو ضياع ادلته بعد انقطاع الموقوف عليهم.

الضابط الثاني : ان السلطة العامة هي التي تحدد جهة المآل ، وعليها ان تراعي الظروف والاحوال المعيشية للواقف إن كان حيا، واهله واقاربه من اجل توسيع الاستحقاق لهم بادخالهم ضمن الجهة العامة كونهم فقراء، وكون الادلة الشرعية تفيد ذلك.

2 – المستحق شخص معنوي : يتمثل الشخص المعنوي في جهة البر أو الخير التي حبس المال عليها ابتداء او انتهاء، و يشترط فيها ألا تكون جهة معصية [1]، بل يجب أن تكون جهة خيرية، لأن الأصل في الوقف أنه عبادة وطاعة، والله تعالى لا يتقرب إليه بالمعصية.

ثانيا . آثار ثبوت الاستحقاق : اذا ثبت الاستحقاق فان اهم ما يترتب عن ذلك الامور التالية :

1 . متى ثبت الاستحقاق، فإنه لا يوجد مانع شرعي يمنع المستحق من التنازل عن حقه في غلة الوقف لمدة معينة لشخص ما يحل محله في جميع الحقوق التي كانت له في الوقف فمتى كان المستحقون فى الوقف هم أصحاب الريع فلهم أن يتنازلوا عنه كله أو بعضه و لهم أن يجيزوا التخفيض الذى أجراه الناظر فى أجرة الوقف أو لا يجيزوه على اساس ان الاستحقاق في الوقف من الحقوق العادية التي يجوز التنازل عنها لآخر وليس في الشرع ما

[1] المادة 05 من القانون 02–10:" الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون، هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية ".

يمنع المستحق من التنازل عن حقه في ريع الوقف[1]، وهذا ما قرره قانون الاوقاف في مادته 19 التي تفيد ذلك في الوقف الخاص كما سبق معنا[2]، غير ان الامر يختلف اذا ما كنا امام وقف عام، حيث توجد قيود في هذا الشأن تتمثل في شرطين هما[3]:

– ان يتم التنازل لجهة من نوع جهة الخير الموقوف عليها ابتداء.

– الموافقة الصريحة للسلطة الوصية المكلفة بالأوقاف.

2– يجوز للمستحق توكيل غيره في استيفاء الاستحقاق لان القاعدة أن من ملك حقا من الحقوق فله أن يستوفيه بنفسه أو عن طريق نائبه، مع مراعاة أن الحق في المطالبة لا ينشأ إلا بعد قبض الناظر الغلة، و لا حق للموقوف عليه في المطالبة قبل ذلك، و أيضا مراعاة أن الناظر هو المسؤول عن رعاية الوقف و مصالحه و الإشراف عليه و قبض ريعه و توفية الحقوق منه، فلا يحق للموقوف عليهم فضلا عن من ينوبهم الحق في اخذ الأجرة من المستأجرين أو اخذ ثمرة الوقف و زرعه بأنفسهم ، و إنما الذي يلي هذا كله هو الناظرولان حقوقهم معلقة وتالية لاستيفاء عدد من الحقوق الخاصة بالوقف و ديونه و عمارته و ما إلى ذلك فلا يخلص حقهم في الريع إلا بعد استيفاء هذه الحقوق[4].

3– يجوز للمستحق في الوقف أن يحيل حقه بطريق الحوالة – حوالة الحق– مع مراعاة ما سبق من ضرورة أن مطالبة الناظر بالحق إنما تثبت بعد قبض الناظر هذا الريع خالصا من أي حقوق هي الأولى بالاستحقاق ، و بشرط ثبوت الدين في ذمة المستحق، لان الحوالة نقل دين ثابت في الذمة من ذمة المحيل إلى ذمة المحيل عليه ، و تكون هذه الحوالة في حدود الحق الثابت على المحال عليه و هو الناظر هنا ، و يترتب على ذلك أن تبرأ ذمة المحيل

---

[1] زهدي يكن ، الوقف في الشريعة والقانون ، المرجع السابق ، ص 216.

[2] المادة 19: "يجوز للموقوف عليه في الوقف الخاص، التنازل عن حقه في المنفعة ولا يعتبر ذلك إبطالا لأصل الوقف".

[3] المادة 20: "لا يجوز التنازل في الوقف العام إلا لجهة من نوع جهة الخير الموقوف عليها أصلا بعد موافقة صريحة من السلطة المكلفة بالأوقاف".

[4] محمد قدري باشا، المرجع السابق، المادة 378، ص490.

بهذا النقل في حدود الحق الثابت، و ليس للمحال أن يطالبه بالدين إلا إذا أعسر المحال عليه أو امتنع عن الوفاء[1].

ان مما يثار في هذا الشأن مسألة المنازعة في الاستحقاق ،حيث لو أثبت احد بالدليل أن له حقا في الوقف وجب الحكم له بهذا الحق، و إلا فلا ينال شيئا بادعائه المجرد و يستند الحكم إلى وقت الوقف و له الرجوع بحصته في السنين الماضية على من تناولها من المستحقين، و لا يرجع على الناظر إلا إذا كان هذا الأخير أعطى للمستحقين بغير حكم، ذلك أن الشريعة الإسلامية هى التى يرجع إليها فى التعرف هل الحكم الشرعى بالإستحقاق فى الوقف هو حكم منشئ للحق أو مقرر له .

و المقرر فى الفقه الإسلامى أن الوقف إذا كان صادراً على ذرية الواقف و أثبت أحد إستحقاقه بأن برهن على أنه من هذه الذرية و كان الخلاف على إستحقاقه متعلقاً بنسبه فإن الحكم يكون كاشفاً للحق لا مثبتاً له و يكون للمستحق أن يرجع بحصته فى السنين الماضية على من قبضها من المستحقين أو على الناظر إذا كان قد أجراها معتمداً على غير من يستحقها ، أما إذا كان الخلاف غير متعلق بنسب مدعى الإستحقاق بل بتفسير شرط الواقف هل ينطبق على المدعى أم لا ينطبق ، كما إذا وقف على ولد ولده و أنكر إستحقاقه لا لخلاف فى نسبه و لكن على زعم أن البنت ليست ولداً و أن ولد البنت ليس ولد ولد ، و أخذ القضاء بوجهة نظر المدعى و قضى بدخوله فى الإستحقاق ، فإنه لا يستحق شيئاً مما إستهلك من غلات السنين الماضية لأن القضاء فى هذه الحالة يكون مثبتاً أنه من الموقوف عليهم لا مظهراً ، و ذلك لوجود شبهة الإقتصار فى شرط الواقف فإن كانت الغلة موجودة إستحق فيها نصيبه لضعف تلك الشبهة ، وفي كل الاحوال فان الحق إذا ثبت للمستحق في الوقف لم يسقط بعدم توفيته أو بأخذ غيره له، و يجوز له أن يطلبه ممن أخذه[2].

---

[1] المرجع نفسه ، المادة 379، ص 490 وما بعدها.

[2] محمد قدري باشا، المرجع السابق ، المادة 388، ص494.

وإذا حدث و أن صرف الناظر لبعض المستحقين وحرم البعض عمدا فالمتضرر له الخيار بان يرجع على الناظر، أو على من قبض حصته من المستحقين[1] .

ويلاحظ انه لا يمكن سماع دعوى الاستحقاق في الوقف بعد السكوت عنها خمس عشرة سنة، و هي مدة مانعة من سماع دعوى الاستحقاق في الوقف، كما أن هذه الدعوى لا تقبل إلا من ذي صفة و مصلحة له صلة بالوقف هو و من يدعي انه تلقى الاستحقاق عنه بحيث لا يكون قاضي الدعوى أن يعرض لموضوع هذا الاستحقاق أو أن يمهد لقضائه فيه قبل تحقيق هذه الصلة و التحقق منها[2].

المطلب الثاني

احكام الاستحقاق

يقتضي الحديث عن احكام الاستحقاق تناول مسألتي التصرف في غلة الأموال الموقوفة من جهة (الفرع الاول)، و اطار العلاقة بين اشتراطات الواقف و الاستحقاق من جهة اخرى (الفرع الثاني) على النحو التالي:

[1] محمد قدري باشا، المرجع السابق، المادة 387، ص494.

[2] عبد الحميد الشواربي، منازعات الاوقاف والاحكار،المرجع السابق، ص53.

الفرع الاول

التصرف في غلة الأموال الموقوفة

تبيان مسألة التصرف في الغلة على الموقوف عليه والتي يحكمها شرط الواقف تقتضي التطرق الى مسألة قسمة الغلة بين المستحقين (اولا)، ومسألة التخلي النهائي للمستحق عن نصيبه في غلة الوقف للغير وبالتالي إسقاط الاستحقاق في الوقف(ثانيا) .

اولا. قسمة الغلة بين المستحقين : مسألة قسمة الغلة على الموقوف عليهم يحكمها شرط الواقف كقاعدة للتقسيم على التفصيل التالي[1]:

1 – اعتماد شروط الواقف لا قواعد الميراث كقاعدة للتقسيم: ان مسألة قسمة الغلة على الموقوف عليهم يحكمها شرط الواقف ورغبته في تنظيم الوقف وهو امر مقرر في الشريعة الاسلامية ومكرس في قانون الاوقاف الذي نص على ان: ((اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها))[2] وقد أوجب القانون المذكور احترام ارادة الواقف وتنفيذها من قبل سلطات الدولة [3].

وبناء على ما سبق فإن قواعد الميراث لا مجال لاعمالها هنا الا اذا قصدتها ارادة الواقف ، ويترتب على قاعدة التقسيم السالفة ما يلي[4] :

– اذا سكت الواقف عن قسمة الريع ، فسكوته دلالة على إفتراض القسمة بالتساوي.

– يحق للواقف التفضيل بين الموقوف عليهم على اساس الجنس ، فاذا وجد جنس واحد وتعدد افراده يرجع الى القسمة بالتساوي، اما اذا امتنع التعدد فإن الغلة تصرف كلها للواحد الموجود منهم .

---

[1] عمر مسقاوي ، المرجع السابق ، ص266 وما بعدها.

[2] المادة 14 من قانون الأوقاف .

[3] وفقا للمادة 05 من قانون الأوقاف.

[4] عمر مسقاوي ، المرجع السابق ، ص266–267

– إذا وجد وقف على الأولاد ومن بعدهم إلى الفقراء، واشترط ان تقسم الغلة كما يقسم الميراث فإن كل واحد منهم يأخذ من الغلة ما يأخذه من الميراث، وإذا مات أحد المستحقين منهم يصرف نصيبه إلى الفقراء، ولا يرد إلى باقي الورثة، لان هذا مخالف لشرط الواقف .

– إذا لم يعلم شرط الواقف في كيفية صرف الغلة و توزيعها ، رجع في ذلك إلى التعامل القديم ليعمل به لافتراض عمل النظار وفق شروط الواقف في كيفية صرف غلة الوقف و تصريفهم لأموره.

أما إذا لم يكن يعلم من الوقف القديم شرط الواقف في محل صرف الغلة و لا بماهية التعامل القديم في ذلك ابقي الوقف كما كان، و استوضح ورثة الواقف إن وجدوا عن شرطه ، و وجب العمل بأقوالهم عن الجهة المشروعة التي بينوها مصرفا للغلة و هذا على أساس قيام ورثة الواقف مقامه ، و لان الأخذ بأقوالهم عن أحوال مورثهم أولى من الأخذ بأقوال سواهم عن ذلك[1].

و إذا تعذرت مراجعة ورثة الواقف عن شرط مورثهم في الوقف وجب أن تصرف الغلة برأي القاضي على الفقراء و المحتاجين.

– وفي غير المسائل السابقة يمكن إعمال القواعد التالية [2] :

* يجوز للواقف أن يفوض كيفية تقسيم الغلة للناظر حسب اختلاف الزمان و المكان ، و مدى احتياج المحتاجين و موافقة ذلك للشرع ، سواء كان الوقف مشروطا للفقراء أو للأقارب.

* لو بين الواقف استحقاق احد الموقوف عليهم من الغلة ، و سكت عن سهام الباقين اخذ الباقون ما بقي من الغلة.

* إذا تجاوزت الحصص التي بينها الواقف مخرجها بأنه يصار إلى تقسيمها بطريق العول فلو جعل الواقف نصف الغلة مثلا لزيد و ثلثها لعمرو ، قسمت بطريق العول إلى سبع حصص بحيث تعطى ثلاثة حصص لزيد و الأربعة الباقية تعطى لعمر.

[1] محمد كمال الدين إمام ،المرجع السابق، ص 232–233.

[2] المرجع نفسه ، ص 235– 238.

* إذا كان الوقف على جماعة عدّد الواقف أفرادها و عيّن حصصهم النسبية من مجموع الغلة ، ثم ظهرت زيادة في الغلة لم يعيّن الواقف مصرفا لها، وجب تقسيم هذه الزيادة بين الموقوف عليهم بالتساوي لا بنسبة حصصهم المعينة فيه.

* لو اشترط الواقف الغلة لأولاد عبد الله و لم يذكرهم صارت حصة من مات منهم للباقين، و لا ينال الفقراء شيئا من هذه الغلة ما بقي احد من أولاد عبد الله.

* لو ثبت اخذ عدد من الموقوف عليهم لأكثر من استحقاقهم في الغلة كان للآخرين تضمينهم زيادة ما قبضوه على استحقاقهم.

* إذا كان الوقف على عدة فرق افرز سهم واحد لكل فريق، فلو وقف احد مثلا عقارا له على أقربائه و جيرانه و المساكين أعطي لكل فريق من هؤلاء سهما واحدا من الغلة[1].

2 – كيفية التقسيم في الوقف المرتب: مع مراعاة التعديل السابق الذكر والمتعلق بالوقف الخاص، فانه في هذا النوع من الاستحقاق يجعل الواقف وقفه على أولاده مرتبا استحقاقهم بلفظ (ثم) أو (الفاء) كقوله : على أولادي ثم أولادهم، أو باي لفظ يدل على ذلك كقوله: على ذريتي بطنا بعد بطن أو طبقة بعد طبقة على ان تحجب الطبقة العليا منهم الطبقة السفلى، ومن بعدهم على الفقراء فإنهم في هذه الحالة يستحقون الغلة جميعا حسب شرطه على النحو التالي[2]:

– اذا رتب بين الطبقات صرف ريع الوقف الى اصحاب البطن الأول ولا ينتقل الاستحقاق للبطن الاخر الا بانقراضهم، وهكذا دواليك الى إن تنقرض الذرية فيعطى للفقراء كما شرط الواقف.

– حالة ترتيب الطبقات مع الإشتراط : بذكر أن من يموت من أهل طبقة يأخذ ولده ما كان يأخذه ويكون لولد ولده من بعده ما كان له.

هنا يؤول نصيب المستحق بعد وفاته إلى فرعه مهما نزل، فيتم تسلسل الإستحقاق وهذا الترتيب فردي لا جماعي قائم بين كل فرع وطبقته، وقد يكون الترتيب جماعيا ولكنه

---

[1] محمد كمال الدين إمام ،المرجع السابق، ص 233.

[2] محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، المرجع السابق، ص 310.

إنفرادي نسبيا كأن يقول الواقف: طبقة بعد طبقة، وجيل بعد جيل على أن من مات من أهل الطبقة العليا باستحقاق أصله باعتباره ينتمي إليها، حيث يقوم مقام واحد من الطبقة العليا، فإذا انقرض جميع أهل الطبقة انقضت القسمة، وصار كل واحد في الطبقة التالية يستحق، وتوزع عليه الغلة من جديد[1] ..

– اما اذا لم يرتب بين الطبقات فإن الغلة تصرف اليهم جميعا، وتقسم حسب عددهم ولا يعطى الفقراء شيئا مادام واحد من الذرية حيا.

ثانيا . إسقاط الاستحقاق في الوقف : تثير هذه المسألة فكرتين اساسيتين نتناولهما كالتالي:

1 – بطلان الاسقاط مطلقا : المراد بالاسقاط هنا التخلي النهائي للمستحق عن نصيبه في غلة الوقف للغير، فهل هذا الامر يصح ام لا ؟.

الواضح من المادة 14 من قانون الاوقاف[2] ، وما قرره الفقه الاسلامي ان كل ما يتعلق بتنظيم الوقف هو من شأن الواقف، الذي يعبر بارادته الحرة عن رغبته في إنشاء الوقف وكذا تسييره، ومن جوانب هذا التسيير مسألة توزيع الغلة وثبوت نصيب كل معيّن في الوقف، وعلى هذا ، فإن ثبوت نصيب في الغلة لشخص لا يعتبر من الموقوف عليهم امر ينافي ارادة الواقف وقصده، وتقرير ذلك ينافي التزام الدولة باحترام ارادة الواقف وتنفيذها كما هو وارد في المادة 05 من قانون الاوقاف[3]، وعليه فإن إسقاط الاستحقاق في الوقف سواء كان كليا أو جزئيا بعوض أو بدونه أمر لا يجوز شرعا وقانونا، فالوقف هنا كالإرث لا يسقط بالإسقاط ، فلو قال المستحق في الوقف أسقطت حقي لفلان فإنه قول باطل لا يعتد به، لان معنى ذلك جعل غير المستحق مستحقا بمحض ارادته ودون ان يكون له سند في هذا من قبل الواقف، و لان المستحق إنما إستحق الغلة بشرط الواقف وليس له ان ينشئ

---

[1] المرجع نفسه ، ص 311.

[2] المادة 14:" اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها".

[3] المادة 05 من قانون الاوقاف: " الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها " .

إستحقاقا في الوقف لشخص آخر، إذ لا يكون ذلك إلا بشرط الواقف كما هو مقرر شرعا وقانونا [1].

2 – جواز التنازل عن الحق في المنفعة : ما ذكرناه سابقا في مسألة الاسقاط لا يمنع أي مستحق في الوقف من ان يتنازل عن نصيبه في الريع لمدة معينة، على اساس إنه لم يتنازل عن مركزه كمستحق ، بل إن محل التنازل هنا هو النصيب من الغلة الذي هو موضوع إنتفاع المستحق من الوقف، وبالتالي يجوز له وفق القواعد العامة ان يتنازل عنه ويتصرف فيه، بل وحتى ان يكون محل ضمان للدائنين[2].

لقد أشارت المادة 19 من قانون الأوقاف – قبل تعديلها – الى مسألة جواز التنازل عن الحق في المنفعة بقولها: ((يجوز للموقوف عليه في الوقف الخاص التنازل عن حقه في المنفعة ولا يعتبر ذلك إبطالا لأصل الوقف))، والقانون بتقريره لهذا الحكم يوافق ما قرره الفقه بهذا الشأن.

إذن تقدير نصيب كل مستحق يخضخ لنص الواقف أو اشتراطاته وليس للقواعد الشرعية المعروفة في الميراث، والنصيب الذي يثبت لكل مستحق يمكن ان يكون محلا للتنازل والتصرف فيه دون ان يكون له التصرف في الاستحقاق الثابت له بالنص.

وبالنسبة لمسألة الاقرار بالاستحقاق للغير . أي حالة اقرار المستحق في وقف ما بأن حصته فيه او شيئا من هذه الحصة انما هو مستحق للغير . فان الرأي الراجح في مذهب ابي حنيفة انه يصح هذا الاقرار ويعامل المقر بمقتضاه على عكس بعض متأخري الاحناف وفقهاء الحنابلة من ذهابهم الى بطلان هذا الاقرار اذا كان مخالفا لما جاء في وثيقة الوقف [3] وهو رأي وجيه فيما يبدو من عدة اوجه :

. ان هذا الامر قد يدفع كثيرا من المستحقين الى اتخاذه ذريعة ووسيلة لبيع استحقاقهم بثمن بخس، اما لقضاء ديون ، او للوصول الى اغراض غير مشروعة.

---

[1] محمد قدري باشا، المرجع السابق ، المادتين398،397، ص 499 وما بعدها.

[2] المادة 21 من قانون الاوقاف .

[3] محمد سراج ، المرجع السابق، ص286.

. ان العمل بهذا الاقرار هو محاربة لاغراض الواقفين ، وصرف لاموالهم في غير ما ارادوه من وجوه البر و الصلة.

الفرع الثاني

اطار التلازم بين اشتراطات الواقف و الاستحقاق

إن اشترط الواقف عند إنشاء الوقف أن له حق تغيير ما اشترطه فيه، فان ذلك الشرط يقتضي حق التغيير والتبديل في المصرف أو في المستحقين ، الامر الذي يثير تساؤلات في هذا الشأن تقتضي الاجابة عليها التطرق الى النقاط التالية :

اولا. بالنسبة لحق الواقف في تغيير اشتراطاته في الوقف : الأصل أن الوقف إذا صدر عن من اقامه مستجمعاً لشروط صحته ولزومه يكون لازماً، فلا يصح الرجوع فيه مطلقاً ولا يجوز تغييره أو تبديله إلا لضرورة، أو مصلحة راجحة، على تفصيل عند أهل العلم.

ولزوم أصل الوقف يستتبع لزوم شروط الواقفين المعتبرة وثباتها واستقرارها. فلا يجوز لهم فيها تغيير أو تبديل، ولا الرجوع عنها، كما لا يجوز لهم تغيير أصل الوقف ولا الرجوع عنه[1].

هذا إذا أطلق الواقف الشروط، ولم يحتفظ لنفسه بحق التغيير، لكن إذا اشترط الواقف عند إنشاء الوقف أن له حق تغيير ما اشترطه فيه، فهل يؤخذ ذلك الشرط بعين الاعتبار ويثبت له بالتالي حق التغيير والتبديل في المصرف أو في المستحقين، أو في الناظر وما يتعلق به ونحو ذلك أو لا يؤخذ بعين الاعتبار ، ويكون ما اشترطه أولاً هو اللازم المعتبر؟.

لقد ظهر بحث ذلك في كتب فروع المذهب الحنفي أكثر من غيره، وقد عرفت هذه الشروط بالشروط العشرة التي نتناولها على النحو التالي:

[1] محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف، المرجع السابق . ص 157.

1 – تعريف الشروط العشرة : عبارة الشروط العشرة محدثة الاستعمال، فلم ترد في كلام الفقهاء، ولكن استعملت في هذا المعنى منذ أمد بعيد في كتب الواقفين، وفي فتاوى بعض المتأخرين، وفي لغة المحاكم، حتى اصبح مدلولها محددا منضبطا، وصارت كلمة اصطلاحية تأخذ حكم الصحة والجواز [1].

وما يلاحظ ابتداء على هذه الشروط العشرة انها متداخلة، ذلك ان الإعطاء والحرمان يدخلان في الإخراج والإدخال، ويدخلان في الزيادة والنقصان، والاستبدال يدخل في الإبدال.

كما تجدر الملاحظة أيضا إلى انه إذا ذكر بعض هذه الشروط دون الآخر، فسر الشرط بعمومه وإذا اجتمعت خصص كل واحد منها في دائرة محدودة، مما حدا ببعض الفقهاء إلى القول :((انها إذا أفردت جمعت، وإذا جمعت أفردت))[2]، وسنتكلم عنها على أساس انها مجتمعة.

2 – تحديد الشروط العشرة : الشروط العشرة هي الزيادة والنقصان، والادخال والاخراج، الاعطاء والحرمان، الابدال والاستبدال ، واخيرا التغيير والتبديل، ويلحق بها التفضيل والتخصيص الذين يمكن ادراجهما مع الابدال والاستبدال.

أ . الزيادة والنقصان : مؤدى هذا الشرط ان الواقف إذا شرط في وقفه مبالغ معينة للمستحقين فليس له ان يزيد فيها أو ينقص منها، بدون ان يكون قد اشترط ذلك، ومفعول هذا الشرط لا يقتصر على المرتبات بل يمتد إلى انصبة المستحقين في الوقف، ولكنه يتعلق فقط بمقدار الاستحقاق لا بأصله [3].

ب . الإدخال والإخراج : يقصد بالادخال : جعل من ليس مستحقا في الوقف مستحقا فيه أما الإخراج فهو حرمان المستحق من استحقاقه في الوقف ، فيجعله من غير الموقوف عليهم،

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص147.

[2] محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف، المرجع السابق ، ص 159 .

[3] محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف، المرجع السابق ، ص162.

ومتى أخرج الواقف البعض أو الجميع بمقتضى الشرط، سقط استحقاقهم في الوقف وانتقل إلى الفقراء ، وإذا اخرج مستحقا مدة معينة عمل بالشرط حتى إنتهائها[1].

ج . الإعطاء و الحرمان : الإعطاء معناه: ان يؤثر الواقف بعض المستحقين بالعطاء مدة أو دائما، أما الحرمان: فهو عكس ذلك، والفرق بين شرط الإخراج وشرط الحرمان هو ان الحرمان لا يمنع الشخص ان يكون من أهل الوقف، في حين ان الإخراج يمنع ذلك[2].

د . الإبدال والاستبدال: يقصد بالإبدال: إخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها ببيعها، أما الاستبدال فهو شراء عين أخرى تكون وقفا بدلها*.

هـ . التغييرو التبديل : لفهم هذين الشرطين يجدر التمييز بين حالتين : حالة ان يذكر هذان الشرطان مع غيرهما من الشروط العشرة، فهنا يضيق تفسيرها إلى الحد الذي يكون موضوعهما هو التغيير في مصارف الوقف ، فيجعلها مرتبات بدل ان تكون حصصا أو على بعض من الموقوف عليهم بدل ان تكون عامة.

أما في الحالة الثانية التي يذكر فيها الشرطان منفردين، فإنهما يعمان عموما شاملا فيشملان الإدخال والإخراج، والزيادة والنقصان، الإعطاء والحرمان، والإبدال والاستبدال، لان كلمة تغيير تشمل كل تغيير في المصرف، وكلمة تبديل تشمل كل تبديل في الأعيان[3].

3 . ضرورة مراعاة قواعد إعمال الشروط العشرة : تتحكم في الشروط العشرة قواعد يجب مراعاتها والتقيد بها، وهي خمسة قواعد يمكن ايجازها فيمايلي[4] :

أ . ان هذه الشروط تتعلق بمصارف الوقف، وبالاعيان الموقوفة فقط .

---

[1] زهدي يكن ، الوقف في الشريعة و القانون ، المرجع السابق ، ص 58 .

[2] المرجع نفسه ، ص58.

* كان الاستبدال يعني عند الفقهاء بيع الموقوف عقارا كان أو منقولا بالنقد وشراء عين بمال البدل لتكون موقوفة مكان العين التي بيعت ،والمقايضة على عين الوقف بعين أخرى، ولكن طرأ عرف آخر للمؤلفين من زمن بعيد يعرف الاستبدال بما ذكرنا في صلب الموضوع ،وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجعالسابق،ص175.

[3] وهبة الزحيلي ، ،الفقه الإسلامي و أدلته ، المرجع السابق ، ص175.

[4] محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف، المرجع السابق ، ص164.

ب . ان هذه الشروط لاتثبت إلا للواقف إذا اشترطها لنفسه، ولا تثبت لناظر الوقف كأصل إلا إذا اشترطها الواقف له، أو إذا كانت مصلحة الوقف تقتضي تدخل الناظر في إعمال أي شرط من تلك الشروط بان الجهة المكلفة بالأوقاف كشرط الاستبدال.

ج . ان من شرطت له الشروط العشرة لا يفعلها إلا مرة واحدة ، إلا إذا اشترط التكرار.

د . ان استعمال الشروط العشرة لا يتعلق بحالة الواقف كونه صحيحا أو مريضا.

هـ . ان الشروط العشرة قابلة للإسقاط ، لإن الأصل في ذلك هو ان تلك الشروط تكيف على انها حقوق مجردة، والحقوق المجردة تقبل الإسقاط[1].

وتجدر الملاحظة في الاخير إلى انه يجب على ناظر الوقف مراعاة هذه الشروط باعتباره وضع لينظر ويتولى ادارة الوقف وفق ارادة الواقف.

ثانيا . أقسام تغيير شرط الواقف : إن تغيير شرط الواقف ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : تغييره من أعلى إلى أدنى ، والمراد بذلك أن يغير الناظر شرط الوقف من مصلحة راجحة إلى مصلحة مرجوحة ، كأن يقف على فقراء أقاربه فيغيره إلى فقراء الأجانب، فهذا محرم ولا يجوز بالاتفاق[2] ، لما تقدم من الدليل على وجوب العمل بشرط الواقف.

القسم الثاني : تغييره من مساوٍ إلى مساوٍ ، والمراد بذلك أن يغير الناظر شرط الوقف من مصلحة إلى مصلحة مساوية، مثل: أن يقف على فقراء بلد فيصرفه إلى فقراء بلد آخر وهذا أيضاً محرم ولا يجوز بالاتفاق[3] إلا إذا تغير موجب التحريم، فيتغير الحكم، إذ أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ، فالأصل وجوب العمل بشرط الواقف .

القسم الثالث : تغييره من أدنى إلى أعلى ، مثل أن يقفه على العُبَّاد ، فيصرفه إلى العلماء إذ العلم عبادة متعدية، بخلاف مجرد التعبد بالصلاة أو الاعتكاف ونحو ذلك ، فاختلف

---

[1] هذا في ارجح الأقوال في المذهب الحنفي .

[2] المشيقح ، خالد بن علي بن محمد ، الأوقاف في العصر الحديث كيف نوجهها لدعم الجامعات وتنمية مواردها دارسة فقهية، ص 15.

[3] المرجع نفسه ، ص 19.

العلماء في حكم ذلك على رأيين :

الرأي الأول : جواز ذلك ، وهو ظاهر مذهب الحنفية الذين جاء في كتبهم : ((والحاصل أن تصرف الواقف في الأوقاف مقيد بالمصلحة ، لا أنه يتصرف كيف شاء ، فلو فعل ما يخالف شرط الواقف فإنه لا يصح إلا لمصلحة ظاهرة))[1]، وتغيير شرط الواقف من أدنى إلى أعلى مصلحة ظاهرة ، ويتوافق مع رأيهم مذهب المالكية الذين يقررون انه: ((يجوز عندنا لناظر أن يفعل في الوقف كل ما كان قريباً لغرضه ، وإن خالف شرطه كما لو وقف ماء على الغسل والوضوء ، فيجوز للناظر أن يمكن العطشان أن يشرب منه ، لأنه لو كان حياً لما منع منه...)) [2]، فيؤخذ من هذا أنه يجوز تغيير شرط الواقف من أدنى إلى أعلى لأنه يحقق غرض الواقف وزيادة ، وهو أيضا قياس اختيار شيخ الإسلام في إبدال الوقف عند ظهور المصلحة والذي يرى انه: ((ومع الحاجة يجب إبدال الوقف بمثله وبلا حاجة يجوز بخير منه ، لظهور المصلحة – وهو قياس الهدي – وهو وجه في المناقلة ومال إليه أحمد ، ونقل صالح ينقل المسجد لمنفعة الناس. ولا يجوز أن يبدل الوقف بمثله لفوات التعيين بلا حاجة))[3] .

ومما قال به في فتاويه : ((وأما ما وقف للغلة إذا أبدل بخير منه : مثل أن يقف داراً ، أو حانوتاً، أو بستاناً أو قرية يكون مغلها قليلاً فيبدلها بما هو أنفع للوقف: فقد أجاز ذلك أبو ثور وغيره من العلماء : مثل أبي عبيد بن حربويه قاضي مصر، وحكم بذلك، وهو قياس قول أحمد في تبديل المسجد من عرصة إلى عرصة للمصلحة ... وهو قياس قوله في إبدال الهدى بخير منه))[4] .

---

[1] ابن نجيم ، البحر الرائق، ج 5 ، المرجع السابق، ص277 ، ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم، الاشباه و النظائر، تحقيق و تعليق: عبد العزيز محمد الوكيل، مؤسسة الحلبي و شركائه، القاهرة، 1968، ص195، ابن عابدين ،حاشية ابن عابدين، ج 3، المرجع السابق، ص387.

[2] النفراوي، الفواكه الدواني ، ج 2 ، المرجع السابق، ص 225 .

3 ابن تيمية ، الفتاوى ، ج 31، المرجع السابق ، ص 253 ، ابن تيمية احمد ، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ، اختارها علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد البعلي، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة بيروت ، بدون سنة طبع ، ص182.

[4] ابن تيمية، الفتاوى ، ج 31، المرجع السابق، ص253.

الرأي الثاني: عدم جواز تغيير الوقف من أدنى إلى أعلى، وهو ظاهر مذهب الشافعية الذين يرون أن: ((..الوقف على ما شرطه الواقف من تقديم وتأخير ، وتسوية وتفضيل وجمع وترتيب، وإدخال من شاء بصفة وإخراجه بصفة))[1]، وساير الحنابلة هذا الاتجاه بقولهم :((ويُرجع عند التنازع في شيء من أمر الوقف إلى شرط الواقف ... ولأن الوقف متلقى من جهته فاتبع شرطه، ونصه كنص الشارع ، ... واستثناء كشرط فيرجع إليه ... وكذا مخصص من صفة كما لو وقف على أولاده الفقهاء أو المشتغلين بالعلم، فإنه يختص بهم فلا يشاركهم من سواهم))[2] .

ويظهر من خلال هذا العرض ترجيح القول الأول القائل بجواز تغيير شرط الواقف عند رجحان المصلحة ، لما تقدم من الأدلة على جواز تغيير الأصل، ففي الشرط من باب أولى.

والخلاصة فيما تقدم من هذا الباب : ان الوجود القانوني للوقف يرتب آثار قانونية من اهمها حصانة المال الوقفي ، والتي مقتضاها انه لا يجوز التصرف في أصل الملك المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف، سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيره ، وأي تصرف بالمعنى السابق يكون باطلا بطلانا مطلقا ولا ينفذ في مواجهة الوقف.

يضاف الى ما سبق أن الوقف متى نشأ مستكملا لاركانه وشروطه اعترف له بالشخصية المعنوية التي تجعله مستقلا عن مستحقيه وينقطع حق الواقف والموقوف عليه في رقبة العين الموقوفة، فلا يملك أي منهما أن يتصرف بما ينقض الوقف أو يخل بمقصوده، وهذا يعني ان الوقف بما له من وجود افترضه القانون له ايضا إرادة مفترضة هي إرادة الشخص الطبيعي الذى يمثله، وبالتالي فهو يحتاج إلى من يتولى رعايته وحراسته ، ويقوم بحفظه ويدير شؤونه من استغلال وعمارة وصرف ريعه على مستحقيه، ذلك انه لو ترك من غير رعاية لم يتحقق غرضه المقصود منه و هو كونه صدقة جارية و لتسارع الخراب إليه ، لذلك جعلت الشريعة والقانون نظام الولاية على الوقف حقا مقررا ، بحيث لا

---

[1] الخطيب الشربيني ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، ج1، المرجع السابق، ص30 .

2 البهوتي منصور بن يونس بن إدريس ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج 4 ، عالم الكتب ، بيروت ، 1403هـ ، ص258 ، البهوتي ، شرح المنتهى، ج 2 ، المرجع السابق ص 501 .

يجوز ان يوجد وقف من غير ولاية قائمة تتصرف في الوقف بالمصلحة ، وتحفظ أمواله بالأمانة ، و توزعها على أصحابها بالعدالة ، ولذلك كان لكل وقف ناظر أو متولي يكون وكيلا عن الواقف في تحقيق غرض الوقف وتولي إدارته وصيانته ، فالوقف مصون بحماية شرعية وقانونية وبشروط الواقف، وهو غير مسؤول . كأصل . وقاية لـه ، فهو يغنم ولا يغرم لأنه طرف ضعيف ، وأمواله بمنزلة أموال اليتيم أو القاصر الذي يجب مضاعفة العناية والحرص في القيام بأعبائه ، وعلى الناظر او المتولي ان يعي انه لا يمكن لمن تقررت الحماية له أن يتحمل مسؤولية خطأ الذي يحميه ويدافع عن مصالحه .

وتقتضي النيابة القانونية عن الوقف ان يكون القائم على امر الوقف مؤديا لحق المستحقين في غلة الوقف ومنافعه متى وجدت ، كل حسب النصيب المشروط الذي يستحقه الموقوف عليه بشروط الواقف ، يستوى فى ذلك أن يكون النصيب حصة أو سهما ، أو مرتبا دائما أو مؤقتا أو منفعة .

خاتـــمة

خاتمة

ان كل شيئ اذا ما تم له نقصان ، حقيقة يقف عندها الباحث ولا يملك الا ان يلهج بذكر كمال الله سبحانه .

بعد هذه الجولة التي قضاها البحث مع الوقف وأحكامه، وما يرتبط به من مشكلات ومنازعات وما يمكن أن يُقدَّم حلولا لهذه المشكلات – يجدر بالباحث، وهو بصدد ختام بحثه، أن يؤكد على ان نظام الوقف . مع أهميته ودوره الكبير في خدمة المجتمع . من الأنظمة التي تراكمت حولها الكثير من المشاكل على مر العصور، بعض هذه المشاكل يرجع إلى طبيعته وطبيعة الاستحقاق فيه ، والبعض الاخر يرجع الى الشروط التي يضعها الواقفون للوقف، وبعضها يرجع إلى الطريقة التي تدار بها الأوقاف، وبعضها يرجع إلى كثرة الأوقاف الخاصة اوالأهلية التي صوب إليها كثير من الكُتّاب سهامهم ورأوا أنه يترتب عليها الكثير من المشكلات المتفاقمة.

انه من خلال ما تقدم في هذا البحث حول منازعات الوقف في اطار القانون الموضوعي ، يمكن أن نلخّص أهم النتائج التي لمسها هذا البحث فيما يلي:

النتائـج :

اولا: أن نظام الوقف وتطبيقاته في عصور السلف الصالح، وما أضافه إليه علماء الأمة من اجتهادات مستنيرة حول أحكامه – يعد نظاما فريدا لا مثيل له في العالم، سمح بتداول الثروة، تلك الإشكالية التي استعصت على كل النظريات والفلسفات والثورات؛ وفي هذا ما يؤكد على الدور الكبير الذي يمكن أن يقوم به نظام الوقف الإسلامي في منع تضخم الثروة، وظهور الاحتكارات التي تعصف بالفقراء والمساكين، وتهز كيان المجتمع كله.

ثانيا : أن التشجيع على الأوقاف العامة او الخيرية، وإعادة دورها الفاعل في المجتمع يرفع عن كاهل الدول الكثير من الالتزامات تجاه شعوبها، يؤكد هذا أن نظام الوقف في الإسلام أغنى الدولة الإسلامية في عصر ازدهارها . وحتى العصور المتأخرة حين نشأت الأنظمة السياسية الحديثة . عن الحاجة إلى وزارات الصحة والتعليم والبيئة والشئون الاجتماعية؛ لأن الوقف كان يقوم بوظائف هذه الوزارات جميعها.

ثالثا: أن مجالات الوقف غير محصورة، وإنما تتغلغل في مختلف الجوانب الحياتية، حيث امتد نشاط الوقف خلال العصور الماضية إلى بناء المساجد، والمستشفيات، والمدارس والمكتبات العامة، كما امتد نشاطه في القرون المتأخرة إلى رصف الطرق وصيانتها وتجهيز العرائس المحتاجات، ورعاية الأرامل والمطلقات، وتطبيب الحيوانات والطيور وإنشاء الحدائق التي تخصص ثمارها لعابري السبيل... إلى غير ذلك من وجوه البر. وهو ما يعني أن وجوه النفع والإفادة من نظام الوقف في الإسلام أكثر من أن تحصى والباب مفتوح على مصراعيه أمام كل ما ينفع المجتمع، فيمكن أن يُفعّل دور الأوقاف ليشمل إقامة الصناعات الحرفية، ومراكز التدريب على الحرف، والكمبيوتر والبحث العلمي، وإقامة المؤسسات الصناعية، وغير ذلك من الوجوه التي يمكن أن ترفع أو تخفف العبء عن ميزانية الدولة، ويعم نفعها المجتمع كله.

رابعا: أن الوقف متى نشأ مستكملا لشروطه ، اعترف له بالشخصية المعنوية التي تجعله مستقلا عن مستحقيه وينقطع حق الواقف والموقوف عليه في رقبة العين الموقوفة، فلا يملك أي منهما أن يتصرف بما ينقض الوقف أو يخل بمقصوده، فالوقف يمتاز بالشخصية الاعتبارية دون إذن السلطة الإدارية؛ إذ ان هذا النظام يتيح للفرد أن يحوِّل ملكيته الخاصة أو جزءاً منها إلى مؤسسة خيرية، وأن يضع بنفسه أهدافها في إطار المقاصد الشرعية وتصبح لها شخصيتها المستقلة بشكل مباشر، ومع إقرار الشخصية الاعتبارية للوقف، فإن هذه الشخصية بحكم أنها مستقلة وقائمة بذاتها؛ كانت بمثابة ضمانة تشريعية للمحافظة على استقلالية وحماية الأوقاف من أن تعبث بِها أطماع الطامعين، وأولئك الذين تكررت اعتداءاتهم على الأوقاف، فوجود ذمة مستقلة للوقف لا تنهدم بموت الواقف –ولا بانقراض من اشترط لهم النظارة عليه من بعده– كان من شأنه أن يحفظ حقوقه في حالة تعرضه للاغتصاب. ومن جهة أخرى شجع الناس الراغبين في الأجر على وقف أموالهم؛ لعلمهم أنها باقية وأجرها مستمر.

خامسا: انه من المقرر قانوناً وشرعاً أن الوقف هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى فلا يملكها أحد من العباد، وناظر الوقف هو صاحب الولاية عليه المفوض فى القيام

بمصالحه واستغلاله على أصلح وجه، وأنه وحده – فى نطاق هذه الولاية وعدم وجود مالك للوقف – الذى يمثل جهة الوقف ومصلحة كل من أعيانه ، والوقف بأحكامه المقررة فى الفقه الإسلامي هو – فى فقه القانون المدني – شخص اعتباري تكاملت فيه مقومات الشخصية القانونية ، والشخص الاعتباري – كما أن له وجوداً افترضه القانون – له إرادة مفترضة هي إرادة الشخص الطبيعي الذى يمثله .

سادسا:الوقف مصون بحماية شرعية وقانونية وبشروط الواقف ، وغير مسؤول وقاية له ، فهو يغنم ولا يغرم لأنه طرف ضعيف ، وأمواله بمنزلة أموال اليتيم أو القاصر الذي يجب مضاعفة العناية والحرص في القيام بأعبائه ، إذ لا يمكن لمن تقررت الحماية له أن يتحمل مسؤولية خطأ الذي يحميه ويدافع عن مصالحه.

سابعا: ان الوجود القانوني للوقف يرتب حصانة للمال الوقفي ، الامر الذي يقتضي عدم جواز التصرف في أصل الملك المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف ،ذلك ان القواعد الشرعية تقضي بوجوب المحافظة على أبدية الأموال الموقوفة لتبقى على حالها على الدوام محبوسة أبدا عن أن يتصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرفات من بيع أو هبة أو رهن أو وصية أو توارث. فالواقف وذريته، وناظر الوقف، والمستحقون فيه والمستأجرين والمستحكرون له، وورثتهم مهما تسلسل توريثهم، ومهما طال وضع يدهم بهذه الصفات، لا يتملك أيهم العين الموقوفة بالمدة الطويلة، ولا يقبل من أيهم أن يجحد الوقف، أو أن يدعى ملكيته، أو أن يتصرف تصرفاً يخشى منه على رقبته، سواء أكان هو الواقف أو المتولي الناظر على الوقف أم المستأجر أم المحتكر أم أي شخص آخر آل إليه الوقف، وإلا نزع الوقف من يده ولو كان ما وقع منه قد وقع في غرة أو سلامة نية ، فإذا ما تصرف المستحق في أعيان الوقف بالبيع فان هذا التصرف يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لوقوعه على مال له حصانة ولا يجوز التعامل فيه بحكم القانون ومن ثم فلا تلحقه الإجازة.

سابعا: مصارف الوقف هي الجهة أو الشخص الذي يصرف له ريع الوقف، فالوقف الخيري يكون مصرفه على جهة بر عامة لا تنقطع، الوقف الأهلي يكون مصرفه على الواقف نفسه أو أهله أو ورثته أو أشخاص طبيعيين معينين بذواتهم. وعقد الوقف هو الذي يحدد مصارف

الوقف، والعبرة في ذلك هي بعبارات الواقف في عقد او وثيقة وقفه.

ثامنا: شروط الواقفين إذا كان فيها قربة وطاعة يجب احترامها وعدم مخالفتها، والأخذ بالاحتياط في مخالفة شرط الواقف، وقصره على حالة الضرورة التي يتعطل معها الوقف عن تحقيق أهدافه، أو المصلحة الراجحة التي تعود بالنفع على الوقف والموقوف عليهم وإرجاع تقدير هذه المصلحة إلى القاضي مع الاستعانة بذوي الخبرة والدراية في ذلك شريطة اتصافهم بالاستقامة والعدالة.

تاسعا: ومن المُسلم به والمُتفق عليه بين جمهور فقهاء الشريعة والقانون أن الشروط التي يشترطها الواقفون كثيرة ومُتنوعة تنوع أغراضهم ومقاصدهم، غير أن عدداً من هذه الشروط قد دارت كثيراً على ألسنة الواقفين في كتب وقفياتهم. لذا أهتم الفقهاء ببحث أحكامها، وهذه هي "الشروط العشرة" في اصطلاح الفقهاء، وتشمل اشتراط: "الزيادة والنقصان والإدخال والإخراج والإعطاء والحرمان والتغيير والتبديل والبدل والاستبدال". (ويُضيف بعضهم لذلك شرطي التفضيل والتخصيص). وهذه الشروط على الجُملة شروط صحيحة لأنها لا تخل بأصل الوقف ولا بحكم من أحكامه الجاري بها العمل.وهذه الشروط العشرة (أو الاثنا عشر)غير مُترادفة فيما بينها، وأن كلاً منها يُراد به معنى غير المعنى الذي يُفيده الشرط الآخر، لأن القاعدة الفقهية هي: "حمل الكلام وتفسيره على التأسيس أولى من حمله على التأكيد". والتأسيس هو حمل الكلام بحيث يُفيد معنى جديداً، أما التأكيد فهو حمله بحيث يتفق مع المعنى السابق ويُرادفه ويُساق لتأكيده.. غير أن هذه الشروط واردة على "الاحتفاظ للواقف بالحق في تغيير مصارف الوقف"، سواء بالزيادة أو النقصان أو بالإعطاء والحرمان أو بالإدخال و الإخراج أو بالتفضيل والتخصيص، في حين يتعلق اثنان منها"باحتفاظ الواقف بحقه في تغيير العين الموقوفة"، وهذا هو ما يُفيده اشتراط الإبدال والاستبدال.

عاشرا: من المقرر شرعاً وقانوناً أن كلام الواقفين – معرض تفسير شروط الواقف – يجب أن يفهم فى ضوء العرف السائد خاصاً كان هذا العرف أو عاماً، وأن عباراتهم يجب أن تحمل على المعنى الذى ترشد القرينة أو العرف إلى أنهم أرادوه، والمراد بكلام الواقف

مجموع كلامه فى كتاب وقفه بحيث لا ينظر إلى كلمة أو عبارة بعينها بل إلى مجموع الكلام كوحدة كاملة ويعمل بما يظهر أنه أراده وإن أدى ذلك إلى إلغاء بعض الكلمات أو العبارات التى يتبين أنه لم يرد مدلولها كتعطيل عموم النص أو إطلاقه متى ظهر أنه غير مراد ولا عبرة فى سبيل ذلك بأن يوافق الكلام لغة العرب أو لغة الشارع .فللقاضي حرية فهم غرض الواقف من عباراته وكلامه، والمراد من كلام الواقف "مجموع كلامه فى كتاب وقف لا خصوص كلمة بعينها أو عبارة بذاتها"، بل ينظر إلى ما تضمنه كتابه كله كوحدة متكاملة، ويعمل بما يظهر أنه أراده منه واتجه إليه مقصده، إعمالاً للقاعدة الشرعية والقانونية القاضية بأن: "شرط الواقف كنص الشارع فى الفهم والدلالة ووجوب العمل."

حادي عشر: ان الاستحقاق في الوقف يخضع للمبادئ التالية :

– أن النزاعات يبديها المستحق إنما تتعلق بحدود استحقاقه في الوقف ولا تتصل بكيان الوقف أو بأمواله .

– ان الخصومات التي ترفع عن الوقف أو على الوقف لا تكون إلا من المتولي أو ضده. ذلك انه يمثل حقيقة الواقف المالية وهي النفع العام فهو لا يمثل المستحقين فيه باعتبار أن الوقف يتمتع بشخصية معنوية مستقلة ، إنما هو ملزم حيالهم بتنفيذ شروط الواقف وتوزيع الريع عليهم وفقاً لهذه الشروط ، فمحاسبته إنما هي محاسبة أمين على ريع الوقف الذي استحقه المستحقون فضلاً عن أنه أمين على عين الوقف وحسن إدارتها .

ثاني عشر: أنه قد ظهر أن التدخل الرسمي للدولة في العقود الأخيرة في شئون الأوقاف في بعض الدول وتقنينها بل وإلغائها في بعض الأحيان قد أضر بالأوقاف أكثر مما نفعها؛ حيث حولها من سعة الاجتهادات الفقهية إلى ضيق النصوص القانونية، كما أدى امتلاك الدولة للأوقاف إلى إحجام القادرين عن الوقف، وهو ما يؤكد على ضرورة رفع الدولة أيديها عن الأوقاف، كما أن منع بعض الدول للوقف الفردي او الخاص أدى إلى تعطيل الأوقاف، وأن عليها أن تفكر في طريقة أخرى لتنظيمها في ضوء أحكام الشرع وآراء الفقهاء.

ثالث عشر: يعد الوقف في الإسلام أحد الروافد الأساسية التي صنعت الحضارة الإسلامية؛ فلا بد إذن من المحافظة عليه ومحاولة الإفادة منه على الوجه الأمثل، بدلا من إطلاق

الدعاوى بتصفيته وإلغائه؛ فإن الدعوة بذلك هي دعوة من لم يفهم نظام الوقف في الإسلام على وجهه الصحيح، ولم يدرك وجوه النفع المتعددة التي تعود على المجتمع منه، وإنما اكتفى بالنظر إلى القشور التي تظهر ممثلة في الإشكاليات المتعلقة بالوقف، وهي في الحقيقة إشكاليات تتعلق بتطبيقاته، ولا تتعلق بجوهره؛ فليكن العمل إذاً على معالجة تلك الإشكاليات والعمل على وضع الحلول المناسبة لها في ضوء الاجتهادات المستنيرة التي سطرها العلماء والأئمة في المذاهب المختلفة بشأن الوقف.

إذن فهذه دعوة يطلقها البحث إلى العلاج لا الهدم، إلى التصحيح لا إلى الإلغاء، إلى العودة بنظام الوقف لطبيعته وأهدافه الحقيقية التي شرعه الإسلام من أجلها؛ فإنه حينئذ سوف ننعم بالإفادة من هذا النظام الذي تتعدد فيه وجوه النفع: اقتصاديا، واجتماعيا، وأخلاقيا، وتربويا.

التوصيات :

أولا : إن الحكومة ممثلة في وزارة الشؤون الدينية والاوقاف مدعوة إلى أن تأخذ مسألة الوقف بعناية وجدية، و ليس فقط باعتباره واقعاً موروثاً يجب الإشراف عليه وتسيير ما هو قائم منه على ما هو عليه، أومتابعة نضوبه وانكماش مجالاته وتقلص موارده، بل عليها اعتباره أمانة واجبة الرعاية والتطوير، واعتباره ركيزة أصيلة من ركائز التنمية والنهوض بالمجتمع، ومن التدابير التي يجب على الحكومات اتخاذها في هذا الصدد:

– الاشتراك والريادة فيما يقوم به العلماء والدعاة من تنظيم حملات التوعية والتعبئة وخدمة الجانب العلمي للوقف.

– اعتماد الشفافية التامة والصرامة الضرورية في تسيير الأموال والممتلكات الوقفية وإشراك العلماء والنزهاء والمحبسين في تسييرها ومراقبتها، ذلك أن ما يصيب الأموال الحبسية من سوء تدبير، ومن تبذير واختلاس أو تفويت للحقوق، وما يحيط بعض جوانب الإشراف على الأوقاف من شكوك وشبهات، كل ذلك يؤدي بالناس إلى الإمساك والامتناع عن تحبيس أموالهم، خشية أن تؤول إلى شيء من هذا.

– زيادة التيسير في التشريعات والإجراءات الإدارية للتصرف الوقفي، فإذا كان ذلك يطلب عادة لفائدة المستثمرين، وهم طلاب أرباح لأنفسهم قبل كل شيء، فإن الذين يتبرعون ويتخلون عن كريم أموالهم لفائدة أمتهم ومجتمعهم، يجب من باب أولى أن يلقوا كل تسهيل وتيسير، بل كل ترحيب وتشجيع وتكريم، بعيداً عن كل عرقلة أو مماطلة أو تعقيد.

ثانيا: الدعوة إلى حماية أموال الأوقاف الموجودة من عقارات وأموال منقولة والمحافظة عليها من الغصب والضياع والتعطيل وحفظ سجلاتها ، مواصلة العمل الجاد والحثيث وبكل حزم وصرامة على استرداد أملاك الأوقاف التي حولت إلى استعمالات أخرى بطرق غير مشروعة واعمال الاستبدال فيما استحال استرجاعه .

ثالثا: إعادة تعريف دور وزارة الأوقاف بحيث تقسم إلى قسمين رئيسيين: قسم لإدارة المساجد والإشراف على الأنشطة الدينية، وقسم للإشراف على إدارة مؤسسات الأوقاف الأخرى ورقابتها وتقديم الدعم والمساعدة لها، وتحديد العلاقة بين قسم الإشراف على الأوقاف وبين إدارات الأوقاف بشكل دقيق، يمنع استيلاء وزارة الأوقاف على الإدارة وتجنب مساوئ الإدارة العامة لأموال الأوقاف الاستثمارية، وفي نفس الوقت تخضع إدارات الأوقاف لرقابة صارمة ، مع تكليف الوزارة بشكل واضح بالعمل على تشجيع إنشاء أوقاف جديدة.

رابعا: إعادة النظر في إدارة أملاك الأوقاف، خاصة الأوقاف الإستثمارية بما ينسجم مع إرادة وشروط الواقفين من جهة، ومع نصوص الشريعة الإسلامية ومقاصدها من جهة أخرى، وأن تتولى الأوقاف إدارة شؤونها بنفسها مع أقل قدر من تدخل الدولة وضرورة وجود هيئة عامة رسمية ترعى شؤون الأوقاف وتحافظ عليها، تتمتع بالشخصية المعنوية يكون من صلاحيتها إنشاء فروع محلية لها، تشرف عليها وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف لتكون بديلا عن الإدارات المالية التي تتميز بالضعف والبطء في أداء وظائفها.

إن الحل الأمثل لتطوير إدارة الأوقاف الجزائرية هو إخراجها من إدارة ملحقة بوزارة الشؤون الدينية والأوقاف، وإعطاؤها الاستقلالية الكاملة باستحداث الديوان الوطني للأوقاف، الذي نأمل أن يكون البديل الحقيقي للإدارة الحالية التي لا يمكن أبدا نكران جهودها لكنها تظل جهودا جد متواضعة. لذا فإننا نرى أن الحديث عن ديوان وطني للأوقاف في الجزائر أصبح

أكثر من ضرورة، وهذا نظرا لما يوفره هذا الديوان من إمكانات مادية وبشرية، وأيضا استقلالية في الإدارة والتسيير.

خامسا : في الجانب التشريعي نوصي بما يلي :

– تعديل تعريف الوقف في النصوص القانونية المختلفة ليكون كما يلي : " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على وجه من أوجه البر و الخير في الحال أو المآل، وفق اشتراطات الواقف المعتبرة ".

– اعادة النظر في المادة 10/ف2 من قانون الاوقاف 91–10 بما يؤدي الى الحد من حكم البطلان المطلق لوقف السفيه وذي الغفلة . على اساس ان اضاعة المال وتبذيره غير واردة هنا وخاصة اذا كان الوقف على نفس الواقف .

– ان تشجيع الوقف و الاحسان العام في المجتمع الاسلامي المعاصر يحتاج الى ضرورة ان ينظم قانون الاوقاف وقف المنافع و الحقوق و يقننها، بحيث تحفظ الاوقاف في المنافع و الحقوق ، و يكون لها نفس المزايا التي تتمتع بها سائر اموال الاوقاف.

– اقتراح تعديل المادة 29 من قانون الاوقاف 91–10 على النحو التالي: ((لا يصح الوقف اذا كان مقترنا بشرط يتعارض مع مقتضاه ، اما اذا كان الشرط يخالف الشرع او يخل بالانتفاع بالموقوف، او يخل بمصلحة الوقف بطل الشرط وصح الوقف)).

– ضرورة ادراج ما يلي من الحالات في التشريع الوقفي باعتبارها نت الحلول العملية امشاكل واقعية :

* إذا غُصب الوقف ولم يعد صالحا للانتفاع به ، وخاصم المتولي او الناظر الغاصب وحكم للوقف بالتعويض ، فالتعويض هنا يشترى به بدلا للوقف فيأخذ متولي الوقف ماحكم به من تعويض ويشتري به آخر يكون وقفا على ما كان عليه الأول.

* حالة ما إذا بيع نصيب الوقف في عقار شائع نتيجة دعوى قسمة للمال الشائع وصارت حصة الوقف من الثمن وقفا ، كان المتولي أن يشتري بها عقارا بدل النصيب الشائع في العقار الأول . وهذه الحالات تعتبر حالات عملية ينبغي النص عليها والأخذ بها من طرف المشرع الجزائري

– ضرورة اعمال تدخل النيابة العامة في المسائل المتعلقة بالوقف ، تطبيقا لنص المادة 3مكرر من قانون الاسرة ليصبح تدخل النيابة العامة في المسائل المتعلقة بالوقف خاصا كان أو عاما وجوبيا وأن هذا التدخل مرهون بأن يكون النزاع متعلقاً بأصل الوقف أو إنشائه أو الاستحقاق فيه ، يستوى في ذلك أن تكون الدعوى أصلاً من دعاوى الوقف أو تكون قد رفعت باعتبارها دعوى مدنية وأثيرت فيها مسألة متعلقة بالوقف ، وان لا ينحصر وينعقد الامر لقسم شؤون الاسرة فقط .

وفي الاخير يجب التاكيد ان هذه خاتمة اطروحة وليس خاتمة البحث في موضوع منازعات الأوقاف فالباب لا يزال مفتوحا للبحث والدراسة ما دامت الاوقاف قائمة .

والحمد لله تعالى الذي بنعمته تتم الصالحات أولاً وآخراً

قائمة
المصادر
و
المراجع

قائمة المصادر و المراجع

أولا: المصادر

I. القرآن الكريم

II. السنة و شروحها

1- احمد بن حنبل، مسند الإمام احمد بن حنبل، ط5، المكتب الإسلامي، بيروت، 1985.

2- الإمام مالك ، الموطأ، الكتاب الجامع ، مراجعة فاروق سعد ، ط1 ، دار الأفاق الجديدة ، بيروت ، 1979.

3- البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري مع فتح الباري، ط3، المكتبة السلفية، القاهرة، 1407 هـ-1987م.

4- البيهقي أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي ، السنن الكبرى ، ج6 ، دار الفكر العربي، بيروت بدون سنة طبع.

5- الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة ، جامع الترمذي، دار الكتاب العربي ، لبنان بدون سنة طبع.

6- السجستاني أبو داوود سليمان بن الأشعث ، سنن أبي داوود ، ج3، ضبط : محمد محي الدين عبد الحميد، دار إحياء السنة النبوية، القاهرة، بدون سنة طبع.

7- صحيح مسلم، طبعة محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1992.

8- النسائي الحافظ احمد بن شعيب بن علي ، سنن النسائي ، تصحيح : محمد ناصر الدين الألباني ، إشراف: زهير الشاوش ، ط01 ، مكتب التربية لدول الخليج ، الرياض، 1408هـ - 1988م.

9- النيسابوري أبو الحسين مسلم بن الحجاج ، صحيح مسلم ، ج1 ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، ط2 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، لبنان، 1392هـ .

III. المعاجم

10- إبراهيم أنيس وآخرون ، المعجم الوسيط ،ج2 ، بدون طبعة ، المكتبة الإسلامية ، اسطنبول، بدون سنة طبع.
11- الأزهري أبو منصور محمد بن احمد، تهذيب اللغة، ج6، تحقيق: عبد السلام هارون مراجعة محمد علي النجار، الدار المصرية للتأليف و الترجمة، دون سنة طبع.
12- الأصفهاني الراغب ، مفردات ألفاظ القرآن الكريم، تحقيق : صفوان عدنان داؤودي، ط02، منشورات ذوي القربى ، دار القلم ، دمشق، 1423هـ.
13- الإفريقي المصري أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، دار بيروت، بيروت، 1375هـ- 1956م.
14- البصري أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الازدي ، جمهرة اللغة، ج3، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد الدكن، 1245هـ.
15- بن زكريا أبو الحسين أحمد بن فارس ، معجم مقاييس اللغة ،ج6 ، تحقيق: عبد السلام هارون، ط1، دار الجيل، ، بيروت، 1411هـ .
16- التهانوي محمد علي الفاروقي ، كشاف اصطلاحات الفنون، ج3، دار صادر، بيروت، بدون سنة طبع .
17- الجرجاني علي بن محمد بن علي ، التعريفات ، تحقيق: عبد الرحمن عميرة ، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1407هـ- 1987م.
18- الجوهري إسماعيل بن حماد ، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، تحقيق احمد عبد الغفور، ج4، ط3، دار العلم للملايين ، بيروت، 1404هـ - 1984م.
19- الزمخشري جار الله أبو القاسم محمود بن عمر ، أساس البلاغة ، دار صادر، بيروت 1965.
20- الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط، ج3، المؤسسة العربية بيروت، بدون سنة طبع.
21- الفيومي احمد بن محمد بن علي المقري ، المصباح المنير، ج2، ط8، المطبعة الأميرية ببولاق، القاهرة ، 1358هـ- 1939م.

22- قلعهجي محمد رواس و قنيبي حامد ، معجم لغة الفقهاء، ط2، دار النفائس ، الرياض 1408هـ- 1988م.

23- النجار محمد علي ، معجم ألفاظ القرآن الكريم، ج6، معجم اللغة العربية، بدون مكان طبع، 1389هـ- 1969.

IV. المصادر الفقهية الشرعية

1/ الفقه الحنفي

24- ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، تعليق: الشيخ عبد الرزاق غالب المصري، ج6، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ -1995م.

25- ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم ، الأشباه و النظائر، تحقيق و تعليق: عبد العزيز محمد الوكيل، مؤسسة الحلبي و شركائه، القاهرة، 1968.

26- ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم ، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، ج5، ط3، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة طبع.

27- السرخسي شمس الدين محمد بن احمد ، المبسوط، ج12، ط3، دار المعرفة ، بيروت لبنان 1398هـ.

28- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ج2، ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1400هـ.

29- الطرابلسي إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ، الإسعاف في أحكام الأوقاف ، دار الرائد العربي ، بيروت ، 1981م .

30- الغنيمي عبد الغني ، اللباب شرح الكتاب، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، ج2، ط4 مطبعة محمد صبيح و أولاده ، مصر ، 1381هـ - 1961 م.

31- القونوي قاسم ، أنيس الفقهاء، تحقيق: أحمد الكبيسي، ط1، دار الوفاء، جدة، 1406هـ.

32- الكاساني علاء الدين أبي بكر ابن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 6 ط2، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1402هـ.

33- المطرزي أبي الفتح ناصر الدين، المغرب في ترتيب المعرب ،ج 2 ، تحقيق : محمود فاخوري وعبد الحميد مختار، ط1، مكتبة أسامة بن زيد ، حلب، سوريا ، 1399هـ .

34- الميداني عبد الغني ، مختصر القدوري مع اللباب ، ج 2، تحقيق : د. سائد بكداش، ط1 دار السراج، المدينة المنورة ، بدون سنة طبع .

2/الفقه المالكي

35- ابن جزي محمد بن احمد، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب(ليبيا، تونس)، بدون سنة طبع.

36- ابن رشد القرطبي (الجد) أبو الوليد محمد ، المقدمات الممهدات ، تحقيق: أسعد أحمد أعراب، بعناية الشيخ عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، ج2 ، ط1، دار الغرب الإسلامي، لبنان و دار إحياء التراث الإسلامي ، قطر ، 1408هـ- 1988م .

37- ابن رشد القرطبي (الجد) أبو الوليد محمد ، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة ، ج12 ، ط1، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، 1405هـ.

38- ابن شاس عبد الله محمد نجم، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، تحقيق: محمد أبو الأجفان و مجموعة من الأساتذة ، ج3 ، ط1 ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت، 1405 هـ – 1985م .

39- ابن عبد البر أبو عمرو يوسف بن عبد الله ، الكافي في فقه أهل المدينة ،ج2، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، ط1 ، مكتبة الرياض الحديثة الرياض 1398هـ.

40- أبو القسام ابن الجلاب ، التفريع ، دراسة وتحقيق: د. حسين بن سالم الدهماني ، ج 2، ط1 ، دار الغرب ، بيروت ، 1408هـ – 1988م.

41- التليلي المختار بن الطاهر ، فتاوى ابن رشد ، ج3، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، 1407هـ – 1987م .

42- الحطاب أبو عبد الله محمد ابن محمد، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج6، ط02، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1398هـ.

43- الحطاب يحي بن محمد الرعيني، شرح ألفاظ الواقفين والقسمة على المستحقين، ط1، مطبعة العرب ، تونس، بدون سنة طبع .

44- الخرشي عبد الله مُحَمَّد ، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج7، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، القاهرة ، 1317هـ .

45- الدردير أبو بركات احمد بن محمد ، أقرب المسالك ، مكتبة رحاب ، الجزائر، 1987.

46- الدردير أبو بركات احمد بن محمد ، الشرح الكبير على مختصر خليل، مطبوع على هامش حاشية الدسوقي، ج4، دار الفكر، بيروت ، لبنان، بدون سنة طبع .

47- الدردير أبو بركات احمد بن محمد ،الشرح الصغير على اقرب المسالك ، ج2، دار المعارف، القاهرة ، بدون سنة طبع .

48- الدسوقي شمس الدين محمد بن عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، دار الفكر، بيروت ، لبنان ، بدون سنة طبع.

49- القرافي شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس ، الذخيرة ، تحقيق: سعيد أعراب ، ج6 ، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1994.

50- القرافي شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس ، الفروق ، ج3، عالم الكتب ، بيروت ، بدون سنة طبع.

51- مخلوف محمد بن محمد ، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الفكر، بيروت، بدون سنة طبع.

52- المواق أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري ، التاج والإكليل شرح لمختصر خليل ،ج7 ، مطبوع بهامش مواهب الجليل، ضبط: زكرياء عميرات ، دار الكتب العلمية، لبنان ، بدون سنة طبع .

53- النفراوي أحمد بن غنيم ابن سالم ، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني ، ج2 ،شركة مطبعة مصطفى بابي الحلبي و أولاده، مصر ، 1374 هـ – 1955 م.

54- الونشريسي احمد بن يحي ، المعيار المعرب و الجامع المغرب عن فتاوى علماء افريقية و الأندلس و المغرب ، خرجه مجموعة من الفقهاء بإشراف: د. محمد حجي ، ج7 ، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، 1401هـ – 1981م .

55- الشاطبي ابو اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي ، الموافقات في أصول الأحكام ، ج1، تعليق : محمد حسنين مخلوف ، دار الفكر ، القاهرة ، بدون سنة طبع.

3/الفقه الشافعي

56- السيوطي جلال الدين عبد الرحمان، الأشباه و النظائر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1403هـ .

57- الشاشي القفال سيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ، تحقيق: ياسين أحمد إبراهيم درادكة، ط1 ، مكتبة الرسالة الحديثة ، عمان ، الأردن، 1988م.

58- الشربيني محمد الخطيب ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، ج1، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، بدون سنة طبع.

59- الشربيني محمد الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج2، دار الفكر، بيروت ، لبنان ، بدون سنة طبع.

60- الشهرزوري تقي الدين أبي عمرو عثمان بن الصلاح الكردي ، فتاوى ومسائل ابن الصلاح ، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، ج 1، ط1 ، دار المعرفة ، بيروت 1406هـ.

61- الشيرازي أبو إسحاق إبراهيم علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، القاهرة، بدون سنة طبع.

62- المناوي عبد الرؤوف بن تاج العارفين ، تيسير الوقوف،ج1، بدون سنة و دار نشر .

63- النووي أبو زكريا محي الدين بن شرف ، المجموع ، تحقيق : محمد نجيب المطيعي، ج 16، مكتبة الإرشاد ، جدة ، السعودية ، بدون سنة طبع .

64- النووي أبو زكريا محي الدين بن شرف ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ، إشراف: زهير الشاويش، ج5 ، ط2، المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1405هـ .

65- الهيثمي شهاب الدين أحمد بن حجر ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ،ج 6، مطبعة دار صادر، بيروت، بدون سنة طبع .

4/ الفقه الحنبلي

66- ابن تيمية احمد ، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ، اختارها علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد البعلي، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت بدون سنة طبع .

67- ابن تيمية احمد ، الفتاوى الكبرى ، تقديم: حسين معلوف ، دار المعرفة ، بيروت، بدون سنة طبع .

68- ابن قدامة أبو محمد موفق الدين عبد الله ، الكافي ، تحقيق: زهير الشاويش ، ط 3 المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1402 هـ -1982م .

69- ابن قدامة أبو محمد موفق الدين عبد الله ، المغني ، دار الكتاب العربي ، بيروت، 1403 هـ - 1983 م .

70- ابن قدامة موفق الدين ، ابن قدامة شمس الدين ، المرداوي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف ، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، ج 16 ط 1، دار هجر ، طبع على نفقة خادم الحرمين الشريفين ، السعودية ، 1993.

71- ابن قيم الجوزية شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر ، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 3، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة ، 1414هـ - 1994م.

72- ابن مفلح برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المبدع في شرح المقنع، ج5، ط1 المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.

73- ابن مفلح شمس الدين أبي عبد الله محمد، الفروع، ط2، مراجعة:عبد الستار أحمد فرَّاج عالم الكتب، بيروت، بدون سنة طبع.

74- أبو الخطاب محفوظ بن أحمد الكلوذاني، الهداية ، ج 3 ، تحقيق: الشيخ إسماعيل الأنصاري والشيخ صالح السليمان العمري، مراجعة: ناصر السليمان العمري، مطابع القصيم السعودية ،1390هـ .

75- البعلي أحمد بن عبد الله بن أحمد الحلبي ، الروض الندي شرح كافي المبتدي، مطابع الدجوي القاهرة، بدون سنة طبع.

76- البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات ، ج2، عالم الكتب . بيروت، بدون سنة طبع .

77- البهوتي منصور بن يونس بن إدريس ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، عالم الكتب. بيروت، 1403هـ.

78- الحجاوي ابو الندى شرف الدين، الإقناع في فقه الإمام احمد بن حنبل ، تصحيح: محمد موسى السبكي، بيروت، بدون سنة طبع.

79- الرحيباني مصطفى السيوطي ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، ج4، ط1. المكتب الإسلامي، دمشق ، 1385هـ.

80- الشيباني عبد القادر بن عمر ، نيل المآرب بشرح دليل الطالب ، ج2 ، تحقيق : محمد سليمان الأشقر، ط1، 1403هـ، مكتبة الفلاح ، الكويت .

81- عبد الرحمان بن عبد الله، كشف المخدرات والرياض المزهرات شرح أخصر المختصرات، ج 2، مطابع الدجوى االبعلي، مصر، بدون سنة طبع .

82- المرداوي علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، تصحيح و تحقيق محمد حامد الفقي ، ج16، ط1، دار إحياء التراث العربي بيروت ، لبنان، 1376هـ .

ثانيا: المراجـــع

I. المراجع باللغة العربية

1/ المراجع العامة

83- أبو العينين بدران ، تاريخ الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة طبع.

84- أبو زهرة محمد، أحكام التركات و المواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة طبع.

85- الأشقر عمر، أحكام الزواج، ط1، دار النفائس، الأردن، 1417 هـ.

86- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، ط11، دار هومة الجزائر، 2009.

87- بن رقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.

88- بوضياف عمار ، الوجيز في القانون الإداري، ط2، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر 2007.

89- التنم إبراهيم بن صالح بن إبراهيم ، ولاية التأديب الخاصة في الفقه الإسلامي، ط1 . دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1428 هـ .

90- الجيلالي عبد الرحمان ، تاريخ الجزائر العام، ج3 ، دار الثقافة ، بيروت ، 1989.

91- حجازي عبد الحي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة ،ج1. مصادر الالتزام، جامعة الكويت، 1982.

92- حسنين محمد، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للطباعة و النشر، الجزائر. 2000.

93- حسنين محمد، الوجيز في نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر. 1985.

94- الحكيم عبد المجيد ، الموجز في شرح القانون المدني ، ج1، ط4، مطبعة العاني .بغداد. بدون سنة طبع.

95- الحكيم عبد المجيد و البكري عبد الباقي والبشير محمد طه ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ج1 ، مصادر الالتزام ، جامعة الموصل، 1980.

96- حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات، دار هومه، الجزائر،2004.

97- حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء العقاري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.

98- الحميداني نمر، ولاية الشرطة في الإسلام، ط1، دار عالم الكتب، الرياض، 1413هـ.

99- الخفيف علي، المسؤولية المدنية في ميزان الفقه الإسلامي ، معهد البحوث والدراسات العربية ، 1971.

100- خلفوني مجيد، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، ط1، دارهومه، الجزائر. 2008.

101- خياط عبد العزيز، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط1، منشورات وزارة الأوقاف و شؤون المقدسات الإسلامية، الأردن ،1971م.

102- الدسوقي إبراهيم أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دار النهضة العربية القاهرة ، 1980 .

103- الذنون حسن علي ، النظرية العامة للالتزام،ج1 ، مصادر الالتزام ، مطبعة المعارف بغداد،1970.

104- الزحيلي وهبة ، الفقه الإسلامي و أدلته، ط3 ، دار الفكر، دمشق، 1989.

105- الزرقا مصطفى بن أحمد ، المدخل الفقهي العام ، ج2 ، ط 10 ، مطبعة طربين، دمشق. 1968م.

106- الزرقاء مصطفى، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج3، دار القلم، دمشق، بدون سنة طبع.

107- زروقي ليلى، حمدي باشا عمر،المنازعات العقارية، ط1، دار هومه، الجزائر،2004.

108- زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، دار هومه الجزائر،2007.

109- سرور محمد شكري، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، بدون سنة طبع.
110- سعد الله أبو القاسم، أبحاث و أراء في تاريخ الجزائر، ج2، ط2، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
111- سعد الله أبو القاسم، تاريخ الجزائر الثقافي من القرن العاشر إلى الرابع عشر الهجري. ج 1، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، 1981.
112- سعد نبيل إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1999.
113- سعيد ليلى عبد الله، دراسات معمقة في عقد الوديعة المدنية، جامعة الموصل، العراق 1997.
114- سعيدوني ناصر الدين ، دراسات تاريخية في الملكية والوقف والجباية، دار الغرب الإسلامي، ط1، 2001.
115- سعيدوني ناصر الدين ، دراسات في الملكية العقارية ، ط1، المؤسسة الوطنية للكتاب. الجزائر ، 1986.
116- سعيدوني ناصر الدين ،النظام المالي للجزائر في الفترة العثمانية (1800م-1830م) ،الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، 1979.
117- سليمان نوح علي، إبراء الذمة من حقوق العباد، دار البشير، عمان، ط1، 1986.
118- السنهوري عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار و العارية،ج6 ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، 1968 .
119- السنهوري عبد الرزاق احمد ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج1، مصادر الالتزام ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1952.
120- الشاذلي حسن، الولاية على النفس، ط1، دار الطباعة المحمديةبالأزهر، القاهرة.1979.
121- شلبي محمد مصطفى ، أحكام الأسرة في الإسلام ، ط4، الدار الجامعية، ، بيروت 1403هـ .

122- شلبي محمد مصطفى ،المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه دار النهضة العربية ، بيروت ، 1405هـ.

123- صالح إبراهيم علي، المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية، الخلافات في التنظير القانوني حول فكرة المسئولية الجنائية للشخص المعنوي، بدون دار و سنة طبع.

124- طلبة أنور، الوسيط في شرح القانون المدني، ج6، ط4، دار الفكر الجامعي، 1998.

125- طه غني حسين ، حق الملكية، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، 1977.

126- عبد الحميد محمد فاروق، التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في القانون الجزائري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.

127- عبد الله شريف ، الميلي محمد مبارك ، مختصر تاريخ الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1985.

128- عشي علاء الدين، مدخل للقانون الإداري، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر 2009.

129- عطية محمد ، المختصر النفيس في الوقف و التحبيس ، دار ابن حزم ، بيروت 1995 .

130- عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، ط2، منشورات زين الحقوقية، لبنان 2010.

131- عكوش حسن ، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد ، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة ، 1957 .

132- عوابدي عمار، القانون الإداري، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، ابن عكنون. الجزائر، 1999.

133- الغندور أحمد، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ، ط2 ، مكتبة الفلاح الكويت، 1982.

134- فيلالي علي ، الالتزامات ، موفم للنشر ، الجزائر، 2008.

135- فيلالي علي ، النظرية العامة للالتزام ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر ، 1997 .

136- قاسم يوسف، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة. 1980.

137- كيره حسن، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971.

138- لباد ناصر، القانون الإداري، ط1، منشورات دحلب، مطبعة قالمة ، الجزائر،1999 .

139- مرعي مصطفى ، المسؤولية المدنية في القانون المدني المصري ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، 1957 .

140- مرقس سليمان ، عقد الإيجار، مؤسسة روز اليوسف، مصر، 1985 .

141- موافي يحي أحمد، الشخص المعنوي ومسؤولياته قانونا ، منشأة المعارف، الاسكندرية 1987 .

142- النجار جمال خليل، النية وأثرها في البناء فوق ملك الغير، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 1999.

143- النجار عبد الله مبروك، افتراض الشخصية و آثاره في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

144- النمر نمر، أهل الذمة والولايات العامة في الفقه الإسلامي ، ط1، المكتبة الإسلامية ،الأردن، 1409هـ .

145- والي فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي القاهرة، 1993.

146- وجدي محمد فريد، دائرة معارف القرن العشرين، المجلد العاشر، ط3، دار المعرفة بيروت، 1971.

147- يحي أحمد موافي، الشخص المعنوي ومسؤولياته قانونا، منشأة المعارف، الاسكندرية 1987.

148- يحياوي أعمر ، نظرية المال العام، الطبعة الأولى، دار هومة ، الجزائر، 2002.

2/ المراجع المتخصصة

149- أبو زهرة محمد، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972.
150- أبو سعد داليا محمد شتا ، الشخصية الاعتبارية للوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، 2001.
151- إمام محمد كمال الدين، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع، بيروت، 1998.
152- باشا محمد قدري ، قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف، ط1، دار السلام، القاهرة، 2006.
153- بك أحمد إبراهيم، أحكام الوقف والمواريث، المطبعة السلفية، القاهرة، 1355هـ.
154- بن عبد الله محمد، الوقف في الفكر الإسلامي،ج1، مطبعة فضالة، المغرب، 1996.
155- بوضياف عبد الرزاق ، إدارة أموال الوقف و سبل استثماره في الفقه الإسلامي و القانون، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
156- جمال الدين احمد ،الوقف، مصطلحاته وقواعده، مطبعة الرابطة ، بغداد، 1955.
157- الجمل احمد عبد العظيم، دور نظام الوقف الإسلامي في التنمية الاقتصادية ، ط1، دار السلام للطباعة و النشر، القاهرة، 2007.
158- الخصاف ابو بكر احمد بن عمرو الشيباني، كتاب أحكام الأوقاف ، مكتبة الثقافة الدينية ، بدون سنة طبع.
159- الخطيب احمد علي ، الوقف والوصايا ، ط2 ، مطبعة جامعة بغداد، 1978 .
160- رفيق يونس ، الأوقاف فقها واقتصادا، ط1، دار المكتبي ، دمشق ،1999.
161- الزحيلي وهبه ، الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي ، ط2 ، دار الفكر ، دمشق ، 1993.
162- الزرقاء مصطفى ، احكام الوقف ،ج1، ط1 ، مطبعة الجامعة السورية ،1947.
163- سراج محمد احمد، أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي و القانون، دراسة فقهية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.

164- السنهوري محمد احمد فرج ، قانون الوقف (مجموعة القوانين المختارة من الفقه الإسلامي)، ج3 ، مطبعة مصر، القاهرة، 1949.

165- شعبان زكي الدين، الغندور احمد، الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية ط1، مكتبة الفلاح، الكويت، 1984.

166- شلبي محمد مصطفى، أحكام الوصايا والأوقاف، ط4، الدار الجامعية، بيروت 1982.

167- الشورابي عبد الحميد ، أسامة عثمان، منازعات الأوقاف و الأحكار، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1976.

168- العاني عبد القهار داوود ، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة والقانون ، مكتبة الجيل الجديد ، صنعاء ، بدون سنة طبع .

169- قحف منذر، الوقف الإسلامي، ط1، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 2000.

170- الكبيسي محمد عبيد ، أحكام الوقف ، ج1 ، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1394هـ .

171- كنازة محمد، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر،2006.

172- محمد رافع يونس محمد، متولي الوقف، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ،2008.

173- مسقاوي عمر، نظام الوقف و أحكامه الشرعية و القانونية، دار الفكر، دمشق، 2010.

174- يكن زهدي، أحكام الوقف، ط1، المطبعة العصرية للطباعة و النشر، بيروت، بدون سنة طبع.

175- يكن زهدي، الوقف في الشريعة والقانون، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت، 1388هـ.

176- يكن زهدي، قانون الوقف الذري ومصادره الشرعية، ط2 ، بدون دار النشر، 1966.

3/ الأطاريح الجامعية

177- أيوب عبد الله جندي، الاستيطان الفرنسي في الجزائر من 1830م – 1919م، رسالة دكتوراه، كلية الآداب، جامعة القاهرة، 1969م.

178- بن عزوز عبد القادر ، فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية ، تخصص الفقه وأصوله، جامعة الجزائر ، 2003 م-2004م .

179- الصراف عباس حسن ، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1954 .

180- عزاوي عبد الرحمان ، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري ،أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام ،كلية الحقوق ، بن عكنون، جامعة الجزائر ،2007.

181- محمد عبد السلام الطيب، حكم الأموال الموقوفة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه في جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، مصر، 1989م.

182- منصوري كمال ، الإصلاح الإداري لمؤسسات قطاع الأوقاف ، دراسة حالة الجزائر، أطروحة دكتوراه دولة في علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، 2008.

183- الودعاني محمد بن عبد الله ، الولايات الخاصة في الفقه ، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الإمام، المعهد العالي للقضاء، السعودية ، 1413هـ .

4/ المقالات و الأبحاث العلمية

184- أبو زهرة محمد ، مشكلة الأوقاف ، المادة التاريخية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، العدد السادس ، القاهرة ، 1935.

185- أبو زهرة محمد ، مشكلة الأوقاف، استبدال الوقف، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السادسة ، العدد الثاني ، القاهرة ، 1936 .

186- أبو زهرة محمد، مشكلة الأوقاف ، إنشاء الوقف، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة، العدد السابع ، القاهرة ، 1935 .

187- بلحاج العربي، دور النيابة العامة في الخصومة القضائية المدنية في القانون القضائي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الأول،1993 .

188- بوحلاسة عمر، عقد الوقف في القانون الجزائري، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 09 ، جانفي 2000.

189- حسن عبد الله أمين، الوقف الإسلامي، مجموعة بحوث إدارة وتثمير ممتلكات الأوقاف، المركز الإسلامي للبحوث والتدريب، العربية السعودية، 1997.

190- حفاجي أحمد رفعت ، عدم سماع الدعاوى المتعلقة بالوقف، مجلة محماة المصرية مصر،1941.

191- الدوري عبد العزيز، مستقبل الوقف في الوطن العربي، المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 274، السنة 24، لبنان، ديسمبر 2001 .

192- زواوي فريدة ، نظرات في قانون الأوقاف ، الجزء الأول ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، العدد الرابع ، الجزائر، 1995.

193- زودة عمر ، دور النيابة العامة في الدعوى المدنية ،المجلة القضائية (مجلة تصدر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا)، العدد الثالث ، الجزائر، 1991 .

194- السيد رضوان، الاجتهاد والتحديد في مسائل و الزكاة، مجلة المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 259، السنة 23، لبنان، سبتمبر 2000.

195- شرون عز الدين، أساليب استثمار الوقف في الجزائر ، مجلة الحجاز العلمية المحكمة للدراسات الإسلامية والعربية ، العدد 08، السعودية ، أوت 2014.

196- طموم محمد ، الشخصية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت ، العدد الأول، السنة الثانية ، 1978.

197- عبد اللطيف نعمت ، أثر الوقف في تنمية المجتمع ، مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي، أكتوبر 1997 .

198- الفزيع أنور احمد ، الحماية المدنية للوقف ، مجلة الحقوق ، العدد الأول، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 1999.

199- القرة داغي علي محي الدين ، صيغ استثمار الوقف القديمة والحديثة، موضوع: نظرة تجديدية للوقف واستثماراته، مستخرج من موقع www.awkaf.net.

200- كرغلي مقداد، دور النيابة في المادة المدنية ، نشرة القضاة ، عدد خاص ، وزارة العدل، 1982.

201- مسدور فارس، كمال منصوري، التجربة الجزائرية في إدارة الأوقاف، التاريخ والحاضر والمستقبل، مجلة أوقاف ، العدد الخامس عشر ، نوفمبر 2008.

202- مغلي محمد البشير الهاشمي، التكوين الاقتصادي لنظام الوقف الجزائري ودوره المقاوم للاحتلال الفرنسي، مجلة المصادر، المركز الوطني للدراسات والبحث من الحركة الوطنية وثورة نوفمبر 1954، العدد السادس، الجزائر، مارس 2002.

203- وظيفي مصطفى كمال ، الشخصية القانونية في النظام الإسلامي، مجلة الأزهر العدد45، مصر،1973.

204- وناس علي ، تسجيل عقود المبادلة ، مجلة الموثق ، الغرفة الوطنية للموثقين ، العدد السادس، أفريل 1999 .

5/ المخطوطات و الوثائق

205- ألسبكي علي بن عبد الكافي، الابتهاج بشرح المنهاج في فروع الشافعية، مخطوط مصور من مكتبة أحمد الثالث، تركيا، تحت رقم 1324 (ر) فقه شافعي، ج 4/ ق 171ب.

206- البرزلي ، الإعلام بنوازل الأحكام ، المكتبة الوطنية الجزائرية ، الجزائر ، مخطوط رقم 3274، (2 / لوحة رقم 187).

207- وثيقة التقرير الخاص بالأوقاف لولاية بسكرة ، المتعلق بحالة الأوقاف والإجراءات المتخذة للبحث عنها، السداسي الأول، 1996.

208- وثيقة مديرية الأوقاف المساهم بها أيام الملتقى التكويني للنظار و المفتشين ،أيام 21-23 جوان 1996م، وزارة الشؤون الدينية ، مديرية الأوقاف، الجزائر.

209- مديرية الأوقاف، الأوقاف الجزائرية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، جوان 1998.

6/ الموسوعات و المصنفات القضائية والتشريعية

210- حسان أحمد أمين، فتحي عبد الهادي، موسوعة الأوقاف، ج1، منشأة المعارف الإسكندرية، 1999.

211- طلبة أنور، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمسين عاما (1931-1981)، ج3، دار المطبوعات الجامعية، مصر، بدون سنة طبع.

212- الفكهاني حسن ، موسوعة القضاء والفقه ،ج26 ، الدار العربية للموسوعات القانونية القاهرة ،1977-1978 .

213- مصنف القوانين و المراسيم الرئاسية و القرارات الوزارية المشتركة و القرارات الصادرة عن وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف من 01 يناير 1997 إلى 31 ماي2003، نشر وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف ، الجزائر، 2003.

7/ المؤتمرات والدورات والندوات

215- المؤتمر الثالث للأوقاف حول: الوقف الإسلامي " اقتصاد و إدارة و بناء حضارة "، المنعقد في الفترة من 03 إلى 05 يناير 2010، بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة.

- محمد بن عليثة بن عسير الفزي: استبدال أعيان الوقف ببين المصلحة و الاستيلاء.

216 - دورة إدارة الأوقاف الإسلامية، المنعقدة بالجزائر أيام: 13-17 شعبان 1420هـ، الموافق لـ 21- 25 نوفمبر 1999م، نشر وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر.

- أحمد علي عبد المالك ، المنظومة العقارية في الجزائر.
- سعيدوني ناصر الدين ، تاريخ الوقف ودوره الاجتماعي والاقتصادي .
- طرفاني محمد، قراءة قانونية في تنظيم الوقف في الجزائر.
- علاوة بن تشاكر، حصر الأوقاف و حمايتها في الجزائر.

217- الدورة التكوينية لوكلاء الأوقاف، المنعقدة أيام: 05-08 نوفمبر 2001 ، سكيكدة ، نشر وزارة الشؤون الدينية، الجزائر.

- لدرع كمال : ناظر الوقف في الفقه الإسلامي.
- جعفر رابح : البحث عن الأملاك الوقفية.
- ترايكيه محمد رضا: تطهير الوضعية القانونية للعقارات.

218- الندوة الوطنية للقضاء العقاري، مديرية الشؤون المدنية، 1995.

- حمزاوي احمد ، محاضرة حول الأوقاف.

219- ندوة حول: الوقف الإسلامي، المنعقدة يومي: 6-7 ديسمبر 1997، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العين.

- مصطفى أحمد بن حموش، الوقف وتنمية المدن من التراث إلى التحديث.

220 – الندوة العلمية حول: الوقف في الجزائر أثناء القرنين الثامن عشر و التاسع عشر، " معالجة مصادره وإشكالية البحث فيه"، المنعقدة يومي: 6 – 7 ربيع أول 1422 هـ الموافق لـ 29-30 مايو 2001، الأرشيف الوطني الجزائري، الجزائر.

- بوغفاله ودان ، الأوقاف بالناحية الوهرانية، أوقاف مليانة نموذجا .
- تكور فضيلة ، رصيد الفترة العثمانية من وثائق الأوقاف بالأرشيف الوطني الجزائري.
- حوتيه محمد ، أوقاف إقليم توات، نموذج أوقاف قصر كوسان .
- راندي دغيلام ، حركية وجمود الأملاك الوقفية في القرنين 18 و 19م، دراسة مقارنة لعقود العناء بالجزائر و المرصد بدمشق .
- قاسمي زيدين ، الوقف بمنطقة القبائل ، من 1817م إلى 1878م .

- قشي فاطمة الزهراء ، الوقف في قسنطينة ، مصادر و طروحات .
- نمير عقيل ، حول أوقاف مدينة الجزائر في القرن الثامن عشر: أوقاف مؤسسة سبل الخيرات من خلال المساجد الحنفية.

221 - ندوة حول: الوقف في الشريعة الإسلامية ومجالاته، المنعقدة يومي : 27-28 مارس2002، الرياض، المملكة العربية السعودية.

- عبد العزيز بن محمد الحجيلان ، الولاية على الوقف وأثرها في المحافظة عليه.

222 - ندوة حول: التطبيق المعاصر للوقف، المنعقدة ايام: 14-17جوان 2004م ، جمهورية تتارستان.

- محمد عبد الحليم عمر، تجربة إدارة الأوقاف في جمهورية مصر العربية.

8/ النصوص التشريعية و التنظيمية

أ- دستور الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية عدد76 المؤرخة في: 1996/12/08.

ب - النصوص القانونية:

214- القانون رقم 81-01 المؤرخ في:10 فبراير 1981، المتضمن قانون التنازل عن أملاك الدولة العقارية السكنية و المهنية والتجارية التابعة للدولة والجماعات المحلية و الهيئات العمومية، ج.ر عدد 06.

215- القانون رقم 84-16 المؤرخ في:30 جوان 1984 ، المتضمن الأملاك الوطنية، ج.ر عدد 52.

216- القانون رقم 84-11 المؤرخ في: 09 جوان 1984 ، المتضمن قانون الأسرة ، ج.ر عدد 52.

217- القانون رقم 90 -25 المؤرخ في: 18 /11/ 1990 ، ج.ر عدد 49، المعدل و المتمم بالأمر رقم 95 - 26 المؤرخ في : 1995/09/25، المتضمن قانون التوجيه العقاري ، ج.ر عدد 55.

218- القانون رقم 90 -30 المؤرخ في: 1990/12/01، المتضمن الأملاك الوطنية، ج.ر عدد 52.

219- القانون رقم91-10 المؤرخ في:27 ابريل 1991 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية عدد 21.

220- القانون رقم 91-25 المؤرخ في:1991/12/15 المتضمن قانون المالية لسنة 1992، ج. ر عدد 65.

221- القانون العضوي 98-01 المؤرخ في: 1998/05/30 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله متبوع بالعديد من المراسيم التنفيذية و الرئاسية، ج.ر عدد 37 .

222- القانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في: 1998/06/03 المتعلق باختصاصات محكمة التنازع ، ج.ر عدد 37 .

223- القانون رقم 01-07 المؤرخ في: 28 صفر عام 1422 هـ الموافق لـ: 2001/05/22 يعدل ويتمم القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق لـ:1991/04/27 والمتعلق بالأوقاف، ج.ر عدد 29.

224- القانون رقم 02-10 المؤرخ في: 10 شوال عام 1423 هـ الموافق لـ: 2002/12/14 يعدل ويتمم القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق لـ: 1991/04/27 و المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم، ج.ر عدد 83.

225- القانون رقم 08-09 المؤرخ في :2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر 21الصادرة بتاريخ 2008/04/23

226- الامر رقم 62-20 الصادر بتاريخ: 1962/08/24م المتعلق بحماية وتسيير الأملاك الشاغرة، ج. ر عدد 36 .

227- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في: 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج.ر عدد 49.

228- الأمر رقم 70-91 المؤرخ في : 1970/12/15، المتضمن قانون التوثيق، الملغى بالقانون رقم 88-27 المؤرخ في: 1988/07/13، ج.ر عدد 107.

229- الأمر رقم 71-73 المؤرخ في: 08 /11/ 1971 ، المتعلق بالثورة الزراعية، ج.ر عدد97.

230- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في:09/26/ 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ج.ر عدد 70، بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في: 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15.

231- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في: 1975/09/26، المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم، ج.ر عدد101.

232- الأمر 75-74 المؤرخ في: 1975/11/12، المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر عدد 92.

233- الأمر رقم 76 -63 المؤرخ في: 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج.رعدد30 .

ج- النصوص التنظيمية

- المراسيم

234- المرسوم الرئاسي رقم 01-107 مع البنك الإسلامي للتنمية ، بتاريخ 2صفر 1422هـ الموافق لـ 26أفريل 2001م، ج.ر صادرة في: 29 أفريل 2001، عدد 25.

235- المرسوم التنفيذي رقم 64 -283 المؤرخ في: 1964/10/07 ، المتضمن الأملاك الحبسية العامة ، ج.ر عدد 77.

236- المرسوم التنفيذي رقم 94-69 الصادر في: 19 /03/ 1994، المتضمن المصادقة على نموذج عقد الايجار.

237- المرسوم التنفيذي رقم 94-470 الصادر في: 25 /12/ 1994، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية، ج.ر عدد82.

238- المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في: 1998/12/01 يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، ج.ر عدد 90 .

239- المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في: 2000/10/26 ، المستحدث لوثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها، ، ج.ر عدد 64.

240- المرسوم التنفيذي رقم 03-51 المؤرخ في: 02/04/ 2003 المحدد لكيفيات تطبيق أحكام المادة 08 من القانون رقم91-10 المؤرخ في :27 /1991/04 و المتعلق بالأوقاف، ج.ر عدد 08.

- **القرارات الوزارية و القرارات الوزارية المشتركة**

241- القرار الوزاري رقم 29 المؤرخ في:21 فيفري 1999 المتضمن إنشاء لجنة الأوقاف و تحديد مهامها و صلاحياتها، وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، ج.ر عدد 32.

242- قرار وزاري مشترك بين وزير الشؤون الدينية و وزير المالية رقم 31 مؤرخ في: 02 مارس 1999، يتضمن إنشاء صندوق مركزي للأملاك الوقفية، وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، ج.ر عدد 32.

243- القرار المؤرخ في: 26 مايو 2001 الذي يحدد شكل و محتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، ج.ر عدد 31.

244- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 2003/11/14 المحدد لشكل و محتوى السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية المحدث لدى مصالح الحفظ العقاري، ج.ر عدد 71.

- **المنشورات**

245- منشور وزاري مشترك بين وزارة الفلاحة و وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف مؤرخ في 1992/01/06 ، المتعلق بكيفيات تطبيق المادة 38 من قانون الأوقاف.

246- المنشور الوزاري رقم 56 المؤرخ في: 1996/08/05 الصادر عن وزير الشؤون الدينية.

- **التعليمات**

247- التعليمة الوزارية المشتركة رقم 09 المؤرخة في: 2002/09/16 ، الصادرة عن وزيري الشؤون الدينية و الأوقاف و وزير المالية ، المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.

248- التعليمة الوزارية رقم 143 المؤرخة في: 2003/08/03، الصادرة عن وزير الشؤون الدينية و الأوقاف، المتعلقة بتسيير الأملاك الوقفية.

- المذكرات

249- مذكرة رقم 35 المتضمنة وضعية كيفية البحث عن الأملاك الوقفية، الصادرة عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف لسنة 1994.

250- المذكرة رقم 188 المؤرخة في: 2002/06/11، الصادرة عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف والتي تتضمن شكل السجل الخاص بالملك الوقفي.

251- المذكرة رقم 06-03 المؤرخة في: 2006/09/23، الصادرة عن المديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية ، المتعلقة بشطب الأملاك الوقفية.

- المجلات القضائية

252- المجلة الجزائرية، عدد 01 لسنة 1968.

253- المجلة الجزائرية، عدد 01 لسنة 1969.

254- المجلة القضائية، عدد 01 لسنة 1989.

255- المجلة القضائية، عدد 04 لسنة 1989.

256- المجلة القضائية، عدد 02 لسنة 1991.

257- المجلة القضائية، عدد 01 لسنة 1992.

258- المجلة القضائية، عدد 03 لسنة 1992.

259- المجلة القضائية، عدد 02 لسنة 1994.

260- المجلة القضائية، عدد 03 لسنة 1994.

261- المجلة القضائية، عدد 02 لسنة 1995.

262- المجلة القضائية، عدد 02 لسنة 1996.

263- المجلة القضائية، عدد 01 لسنة 1997.

264- المجلة القضائية، عدد 01 لسنة 1999.

265- مجلة المحكمة العليا ، عدد 02 لسنة 2010.

266- مجلة المحكمة العليا ، عدد 01 لسنة 2012.

267- نشرة القضاة ، عدد 02 لسنة 1972.

268- نشرة القضاة ، عدد 02 لسنة 1995.

269- مجلة مجلس الدولة، العدد07 لسنة 2005 .

270- مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001.

II. المراجع باللغة الفرنسية

271- Bernard teyssie, litec , 1995, N. 489.

272- Boris Starck, droit civil, obligation, T2, contrat litec,13 éme èd, 1989,N.501.

273- Boris Strack, introduction au droit, litec, 1991, N.1066.

274- Conseil Constitutionnel, 16 juillet, D.1971.

275- Décret n° 63-388 du 01/10/1963, Déclarant biens de L'Etat, les exploitations agricoles appartenant a certains personnes physique ou morale, j. O n° 2 ,1963.

276- Dulout Fernand : Le habous dans les droits musulmans et legislatife nord African¸ la maison des livres¸ Alger,1938.

277- Gilles Goubeau, traite de droit civil, les personnes, L.G.D.j, n°.11, 1989.

278- Jean PAIUSSEAU, le droit modern de la personnalité morale, RTD Civil.4, Oct -Déc. n°11, 1993.

279- Marcel Morand, Etude sur la nature juridique du Habous, Typographie, Adolphe Jourdan, imprimerie libraire, Alger, 1904.

280- Nacereddine saidouni, Les biens de l'Algérie ottomane avec les lieux saints de L'islam à travers le rôle de la fondation du waqf des Harman, journal awqaf, n° 3, juin2004.

الملخص

تعد الأموال الوقفية نتاج تصرف قانوني يفيد منع التصرف في رقبة العين الموقوفة على وجه التأبيد ، وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداء أو انتهاء ، وفق إرادة واشتراطات الواقف المعتبرة للعمل بها في وقفه ، و التي تتعلق إما بمصارف الوقف ، اوتوزيع ريعه على المستحقين، أوالولاية عليه .

إن المال الوقفي - من حيث انه نظام قائم له شخصيته القانونية - وما يقتضيه، قد يكون سببا لمخاصمة قضائية يمكن الاصطلاح عليها بالمنازعات المتعلقة بالمال الوقفي ، والمقصود بها كل منازعة تعلقت بأصل الوقف الذي هو عقد الوقف ذاته من أي ناحية كانت ، سواء من ناحية صحته وبطلانه ، أم كان من ناحية تفسيره و الولاية عليه أو الاستحقاق فيه أو التصرف فيه بالاستبدال أو غير ذلك مما يخص نظام الوقف من حيث إنشائه و أركانه و شروط صحته أو الرجوع و التصرف فيه .

وإذا كانت دراسة المنازعات بصفة عامة تتضمن شقا يتعلق بالجوانب الإجرائية ،وآخر يتعلق بالجوانب الموضوعية ، فان موضوع البحث هنا يقتصر على تحديد إطار للقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق علي المنازعات الوقفية ، وكذا قواعد التعامل مع أصل الوقف ومع ما ينتجه من منافع ، على اعتبار ان القانون الذي يحكم موضوع النزاع يجسد حقوق والتزامات الأطراف كما تتعلق بمقتضاه حدودها و أوصافها ، ويعد لذلك غاية في حد ذاته، بعكس القواعد الإجرائية التي لا تعتبر غاية في ذاتها ، بقدر ما هي وسيلة تستخدم من اجل الوصول إلي غاية معينة تكمن في كفالة إظهار جوانب الحقيقة المتنازع عليها فيما بين أطراف المنازعة .

الكلمات المفتاحية : الأملاك الوقفيــة، التصرف الوقفي، الولاية على الوقف، الانتفاع الوقفي، المنازعات.

Résumé

Les biens du « **waqf »** sont la résultante d'un acte juridique, qui conduit à une inaliénation perpétuelle de la nue-propriété du dit bien et, soit en amont ou en aval, en consacrer ses bénéfices à une des œuvres caritatives. Lors de son exécution, les dépenses du « waqf », la distribution de ses rentes et dividendes sur les méritants et sa tutelle seront déterminés suivant la volonté et conditionnalité du « waqif » (celui qui contracte le « waqf »).

Le bien du « waqf » considéré comme un régime établi doté d'une personnalisation juridique, peut générer un nombre de litiges judiciaires, dont la terminologie juridique, est contentieux des biens du « waqf » et, qui concerne tous les conflits inhérents à son contrat fondateur, dans sa validité ou nullité, aussi dans son interprétation quant à la tutelle, la modalité ou toute modification.

..enfin tout ce qui se rattache au régime de « waqf » dans sa constitution, ses éléments, ses conditions légales, sa révocation et son aliénation.

Et si, d'une manière générale, l'étude du contentieux comporte d'une part la phase procédurière, et de l'autre les aspects de fond ; l'objet de cette étude consiste à déterminer un cadre juridique des règles appliquées au contentieux du « waqf » ainsi qu'à celles qui permettent de traiter son origine et ce qu'il produit, puisque la loi qui régit le fond d'un litige définit les droits et obligations des parties dans leurs limites et qualifications, et c'est en cela même son objectif à l'instar des règles de procédure, qui sont des moyens garantissant la connaissance du conflit véritable entre les parties litigieuses.

Mots-clés: Les biens du « **waqf »** , contentieux du « **waqf** ».

الفهرس

الموضوع الصفحة

مقدمة 01

الفصل التمهيدي: تطور وضعية الأوقاف في الجزائر..... 09

المبحث الأول: وضعية الاوقاف قبل الاستقلال..... 10

المطلب الأول: الوضعية المادية للاوقاف في العهد العثماني..... 10

الفرع الأول: القوام المادي للاملاك الوقفية في العهد العثماني..... ...11

اولا . أوقاف مدينة الجزائر:..... 12

ثانيا . أوقاف الغرب الجزائري :..... 13

ثالثا . أوقاف الشرق الجزائري : 13

رابعا . أوقاف القبائل الكبرى: 13

خامسا . أوقاف الجنوب الجزائري :..... 14

الفرع الثاني: البناء المؤسسي للاوقاف أواخر العهد العثماني.....15

اولا . التعايش المذهبي وأثره في البناء المؤسسي للأوقاف: 15

ثانيا . البعد المؤسسي للاملاك الوقفية في العهد العثماني : 16

1- مؤسسة الحرمين الشريفين: 16

2- مؤسسة أوقاف الجامع الأعظم :.....17

3- مؤسسة أوقاف سبل الخيرات الحنفية: 17

4- أوقاف مؤسسة بيت المال: 18

5- مؤسسة أوقاف الأندلسيين 19

6- أوقاف الزوايا والأولياء والأشراف: 19

7- أوقاف المرافق العامة (الطرق والعيون والسواقي) : 20

8- مؤسسة الأوجاق(أوقاف الجند والثكنات) : 20

المطلب الثاني : السياسة الاستعمارية تجاه الوقف..... 22

الفرع الاول: المنهج القانوني للاستحواذ على الاوقاف.....22

أولا . مرحلة إبعاد الوقف عن المعاملات : 23
ثانيا . مرحلة تدخل الإدارة الفرنسية في تسيير الأوقاف والسيطرة عليها : 24
الفرع الثاني: المنهج الاستيطاني في تصفية الوقف.....25
المبحث الثاني: التطور التشريعي للوقف بعد الاستقلال.....27
المطلب الاول: الاملاك الوقفية قبل صدور قانون الوقف 91- 10.....28
الفرع الاول: الحالة الثبوتية أو التوثيقية للأوقاف بعد الاستقلال.....28
الفرع الثاني : الوضعية القانونية للأوقاف قبيل صدور قانون الوقف.....29
المطلب الثاني: الاملاك الوقفية ما بعد صدور قانون الاوقاف رقم 91- 10 38
الباب الأول:الوجود القانوني للوقف..... 47
الفصل الأول: إنشاء الوقف..... 49
المبحث الأول: مفهوم التصرف الوقفي.....50
المطلب الأول: تحديد معنى الوقف وأقسامه.....50
الفرع الأول: تحديد معنى الوقف.....51
أولا . التعريف اللغوي للوقف:.....51
ثانيا . التعريف الاصطلاحي للوقف: 53
1- دليل مشروعية الوقف: 53
2 – الوقف في الاصطلاح الشرعي: 55
3 – الوقف في الاصطلاح القانوني : 59
الفرع الثاني: أقسام الوقف.....63
أولا . تقسيم الوقف حسب المعيار الزمني : 63
1 – الوقف المؤبد: 63
2 – الوقف المؤقت : 63
ثانيا . تقسيم الوقف حسب جهة إدارته: 64
1 – الوقف النظامي:.. 64
2 – الوقف الملحق : 64

3 – الوقف المستقل : 64
ثالثا . تقسيم الوقف حسب جهة صرفه: 64
1– الوقف الخيري– العام –: 64
2 . الوقف الذري أو الاهلي– الخاص– : 66
3– الوقف المشترك: 69
المطلب الثاني: طبيعة الوقف ومدى كفاية الإيجاب فيه.....69
الفرع الأول: طبيعة الوقف.....70
أولا . نظرية التبرع: 70
ثانيا . نظرية الاسقاط : 70
ثالثا . موقف القانون من طبيعة الوقف : 71
1– العقد الوقفي هو تصرف إنفرادي : 71
2 – الوقف تصرف تبرعي متميز: 73
الفرع الثاني: مدى كفاية الايجاب لانشاء الوقف.....75
اولا . مدى إشتراط القبول والقبض في الوقف : 75
1 . محل القبول في الوقف: 75
2 – محل القبض في الوقف: 77
3 – موقف القانون الجزائري من القبول والقبض : 79
المبحث الثاني: الاوصاف القانونية لأركان التصرف الوقفي.....82
المطلب الاول : شروط اشخاص الوقف.....82
الفرع الأول: شروط الواقف.....83
أولا . شروط الصحة في الواقف: 83
1– تحقق سن الرشد : 83
2– انتفاء عوارض الاهلية وموانعها : 84
الفرع الثاني: شروط النفاذ.....89
اولا . انتفاء الحجر عن الواقف: 89

1 . جدة الدين كسبب للحجر: 90
2 . حكم وقف المحجور عليه لدين: 90
3 . بطلان وقف المشهر افلاسه: 91
ثانيا . انتفاء صفة مرض الموت عن الواقف المعسر غير المحجور عليه : 92
1 . النتائج المترتبة عن انتفاء الشرط : 92
2 . مخالفة الاجتهاد القضائي للاحكام الشرعية والقانونية المتعلقة بالوقف في مرض الموت:.....94
الفرع الثاني: شروط الموقوف عليه.....95
اولا . الاحكام القانونية للافراد المعتبرين جهة وقف قبل التعديل : 96
1 . المعلومية والوجود شرطا صحة واستحقاق على الترتيب : 96
2 . جواز الوقف على النفس : 97
ثانيا . الاحكام القانونية المتعلقة بالشخص المعنوي المعتبر جهة وقف: 99
1- ان الوقف على شخص معنوي هو وقف عام : 99
2- ضرورة موافقة الشخص المعنوي لاحكام الشريعة الاسلامية : 99
3- حكم زوال الشخص الاعتباري الموقوف عليه : 100
المطلب الثاني: شروط محل الوقف وصيغته.....101
الفرع الاول: شروط المال الموقوف.....101
أولا . جواز المال مطلقا محلا للوقف : 102
1- العقارات: 102
2- المنقولات: 102
3- المنافع: 103
ثانيا . الحكم القانوني لوقف بعض الاموال الموصوفة: 104
1- جواز وقف المال المشاع مطلقا:.....104
2 . بطلان وقف المال المرهون: 105
ثالثا . الأوصاف القانونية لمحل الوقف: 105
1 . المشروعية : 105

2 . المعلومية والتحديد : 106
3 . ملكية الواقف للمال الموقوف: 107
الفرع الثاني: شروط صيغة الوقف.....109
اولا. الشروط المتعلقة بمضمون التعبير: 109
1- بالنسبة لشرط التأبيد : 109
2- بالنسبة لشرط التنجيزفي صيقة الوقف.....109
3- بالنسبة لشرط عدم اقتران الصيغة بشرط باطل 111
4 . فيما يخص الشرط المتعلق ببيان مصرف الوقف: 112
ثانيا . الشروط المتعلقة بشكل التعبير: 113
1 . شكلية التصرف الوقفي: 113
المسألة الاولى: اثبات الوقف..... 114
المسألة الثانية: القيمة القانونية للشهادة في الاثبات.....119
2 . نفاذ التصرف الوقفي: 121
الفصل الثاني: الشخصية المعنوية للمؤسسة الوقفية.....128
المبحث الاول: التشخيص القانوني للمال الوقفي.....128
المطلب الاول: مفهوم الشخصية المعنوية للوقف.....129
الفرع الاول: تعريف الشخصية المعنوية للوقف..... 129
اولا. تعريف الشخصية المعنوية في الفقه الإسلامي : 129
1 – تعريف الذمة في اللغة : 129
2 – تعريف الذمة في الاصطلاح الفقهي: 129
3 – تأصيل فكرة الشخصية الاعتبارية لمؤسسة الوقف : 130
أ . الوقف شخصية اعتبارية مستقلة له ذمة مستقلة: 131
ب . المسؤولية الجنائية للوقف : 133
ثانيا. الشخصية المعنوية في الفقه الوضعي: 134
الفرع الثاني: عناصر الشخصية المعنوية.....134

1- مجموعة الأموال : 134
2- غرض يراد تحقيقه : 135
3 - اعتراف القانون بها : 135
الفرع الثالث: أهمية الشخصية المعنوية للوقف.....140
المطلب الثاني: النتائج المترتبة على اكتساب الوقف الشخصية المعنوية.....142
الفرع الاول: الذمة المالية.....143
اولا . إيرادات الوقف ونفقاته : 144
ثانيا . ثبوت الذمة المالية للوقف يقتضي الاستدانة عليه وترتيب الديون :.....148
الفرع الثاني: نائب يعبرعن إرادته.....150
اولا . نيابة الناظر عن الوقف : 150
ثانيا . سقوط النيابة عن الناظر: 154
1- حالات الإعفاء: 154
2- حالات الإسقاط: 154
الفرع الثالث: حق التقاضي.....155
اولا . تقرير حق الوقف في التقاضي: 155
ثانيا . نحو إعمال تعضيد النيابة العامة لحق الوقف في التقاضي :.....157
ثالثا. الاختصاص القضائي في مادة الوقف : 159
1- الاختصاص النوعي في مادة الوقف : 161
2- الاختصاص المحلي في مادة الوقف : 164
3- تنازع القوانين في الوقف :..... 165
الفرع الرابع: الاهلية والموطن.....166
اولا. أهلية ضمن حدود مضمون العقد: 166
ثانيا. الموطن: 166
المبحث الثاني: الطبيعة النظامية لارادة الواقف في المؤسسة الوقفية.....167
المطلب الاول: المراد بشروط الواقفين.....168

الفرع الأول: معنى شروط الواقفين.....168
الفرع الثاني: أقسام شروط الواقفين.....170
اولا . أقسام شروط الواقفين من حيث موافقتها الوقف وعدمها: 170
ثانيا. أقسام شروط الواقفين من حيث ما تتعلق به من أركان الوقف : 171
ثالثا. أقسام شروط الواقفين من حيث أثرها على صحة الوقف وعدمه :..... 171
1 . مذهب الحنفية: 172
2 . مذهب المالكية: 174
3 . مذهب الشافعية: 176
4 . مذهب الحنابلة : 177
المطلب الثاني: أحكام شروط الواقفين.....181
الفرع الاول: الأصل في العقود والشروط.....182
الفرع الثاني: التكييف الشرعي لاشتراطات الواقف.....184
الفرع الثالث: امكانية الغاء القاضي لبعض شروط الواقف.....186
اولا . القاعدة في طببعة الشروط محل الالغاء : 187
ثانيا . حكم بعض الشروط ذات الطبيعة التمييزية : 189
الفرع الرابع: القواعد العامة لمعرفة اغراض الواقفين.....193
الفرع الخامس: اشتراطات الواقف في الاجتهاد القضائي.....197
الباب الثاني: الاطار القانوني للتنظيم والانتفاع الوقفي.....204
الفصل الاول: مبدأ حصانة المال الوقفي.....205
المبحث الاول: قاعدة عدم مشروعية التصرف في المال الوقفي.....206
المطلب الاول: لزوم التصرف الوقفي الصحيح.....207
الفرع الاول: معنى اللزوم في الوقف.....207
الفرع الثاني: إرتباط فكرة اللزوم بفكرة التأبيد.....208
أولا . تقرير القانون لبطلان الرجوع في الوقف مطلقا: 208
ثانيا . اسبقية الاجتهاد القضائي في تقرير مبدأ عدم جواز الرجوع في الوقف: 209

ثالثا . جواز الرجوع في الوقف المكيّف وصية : 210
الفرع الثالث: زوال ملكية الواقف أثر لفكرة اللزوم.....211
الفرع الرابع: اللزوم يقتضي حرمة الوقف.....213
اولا . إنتهاك حرمة الوقف : 213
1- حصر الاوقاف في الجزائر: 213
أ – منهج مديرية الأوقاف في حصر و استرجاع الوقف الجزائري: 213
ب – عوائق حصر واسترجاع الوقف الجزائري: 215
ثانيا . الجزاءات المترتبة على انتهاك حرمة الوقف : 221
ثالثا . عدم جواز الاعتداد بالحيازة والتقادم في الوقف : 223
المطلب الثاني: اعتبار التغيير في الوقف وقفا.....228
الفرع الاول: شروط التغيير المعتبر وقفا.....230
أولا. البناء والغراس في الوقف : 231
ثانيا. انعدام الصفة فيمن أقام البناء والغراس : 232
1- حالة كون القائم بالتغيير في العين الموقوفة هو الناظر: 233
2- حالة كون القائم بالتغيير في العين الموقوفة هو الموقوف عليهم: 234
3- حالة كون القائم بالتغيير في العين الموقوفة هو الغير: 235
ثالثا . أن تقام المنشآت لحساب من أقامها: 235
الفرع الثاني: آثار التغيير في الوقف.....237
أولا. بطلان التغييرات وتملكها للوقف : 237
ثانيا . تسوية الحالات المترتبة بين الوقف والغير: 238
المبحث الثاني: امكانية التصرف في الوقف بالإستبدال.....242
المطلب الأول: مفهوم الاستبدال.....242
الفرع الأول : تعريف الاستبدال وحالاته.....242
اولا . تعريف الاستبدال:. 242
ثانيا . حالات الاستبدال : 245

1 – استبدال الوقف اذا كان خربا : 245
2 – إذا كان الوقف عامرا : 247
الفرع الثاني: شروط الاستبدال.....249
أولا . الشروط المتعلقة بالموقوف : 250
ثانيا . الشروط المتعلقة بالبدل :..... 252
1– ان يكون المبيع عقارا: 252
2– ان يكون الغبن في حدود الخمس من ثمن العقار وقت البيع : 253
ثالثا . الشروط المتعلقة بمتولي الوقف: 255
1 . ثبوت الاستبدال لصاحب الولاية العامة : 255
2 . الضوابط التي تحكم متولي الوقف في عملية الاستبدال: 256
المطلب الثاني: اجراءات الاستبدال.....258
الفرع الاول: تحضير وثائق الملكية الوقفية.....259
الفرع الثاني: التصرف في المال الوقفي.....262
الفرع الثالث: حلول العين المبدلة محل العين المستبدلة.....264
الفصل الثاني: الولايـة على الوقف والاستحقاق فيه.....275
المبحث الأول: الولاية على الوقف.....276
المطلب الأول: مفهوم الولاية على الوقف.....277
الفرع الأول : تعريف الولاية على الوقف وشروطها..... 277
اولا . تعريف الولاية : 277
1 . تعريف الولاية لغة : 278
2 . تعريف الولاية شرعا: 278
3 – تعريف الولاية قانونا : 282
ثانيا . شروط النظارة : 282
1– العدالة الظاهرة : 282
2– الكفاية : 283

3- الإسلام : 284
ثالثا . زوال صفة النظر: 285
1 – حالات الإعفاء: 286
2 . حالات الإسقاط : 287
الفرع الثاني: طبيعة الناظر ومركزه القانوني.....288
اولا. طبيعة الناظر : 288
ثانيا . تكييف المركز القانوني للناظر: 291
1 – نظرية الاجارة والمقاولة : 291
2 – نظرية الحراسة: 292
3- نظرية الوكالة : 292
4 – نظرية النيابة القانونية : 293
المطلب الثاني: المسؤولية في الولاية عن الوقف.....295
الفرع الأول: مسؤولية الناظر تجاه الوقف.....296
اولا . مسؤولية الناظر تجاه الوقف في الحفظ : 297
1 – مسؤولية الناظر في العناية المطلوبة دون أجر: 297
2- مسؤولية الناظر في العناية المطلوبة بأجر : 298
ثانيا . مسؤولية الناظر تجاه الوقف في التصرف : 300
الفرع الثاني: مسؤولية الناظر تجاه الغير.....303
أولا . مدى مسؤولية الوقف عن أعمال الناظر تجاه الغير : 303
1 – شروط مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع : 304
2 . أساس مسؤولية المتبوع عن التابع : 306
ثانيا . مسؤولية المتولي عن أعماله وأعمال تابعيه وأعوانه تجاه الغير: 307
1 – مسؤولية المتولي عن أعماله تجاه الغير : 307
2- مدى مسؤولية الناظر عن أعمال تابعيه وأعوانه تجاه الغير: 307
المبحث الثاني: الاستحقاق في الوقف.....312

المطلب الاول: مفهوم الاستحقاق.....313
الفرع الأول: تعريف الاستحقاق وشروطه.....313
اولا. تعريف الاستحقاق: 313
1 . التعريف اللغوي : 313
2 . التعريف الاصطلاحي: 313
ثانيا . شروط الاستحقاق : 316
1. الشروط الموضوعية: 316
أ – تحقق وثبوت صفة الاستحقاق : 316
ب– الوجود وقت الاستحقاق: 318
ج – شرط القبول: 320
2 . الشروط الاجرائية: 320
أ . حلول وقت الاستحقاق : 320
ب . دفع مصاريف العمارة وصيانة الوقف، ودفع الديون على المستحق في الغلة: 321
3 . ان لا يكون المستحق او ممن تنفذ في حقه احدى الشروط العشرة: 322
الفرع الثاني: طبيعة المستحق واثر ثبوت الاستحقاق له.....322
اولا . طبيعة المستحق: 322
1 – المستحق شخص طبيعي : 323
2 – المستحق شخص معنوي : 330
ثانيا . آثار ثبوت الاستحقاق :.....330
المطلب الثاني: أحكام الاستحقاق.....333
الفرع الأول: التصرف في غلة الأموال الموقوفة.....333
أولا– قسمة الغلة بين المستحقين:.....333
1– اعتماد شروط الواقف لا قواعد الميراث كقاعدة للتقسيم:.....333
2– كيفية التقسيم في الوقف المرتب:.....335

ثانيـا: إسـقاط الاسـتحقاق فـي الوقـف:.....336
1- بطلان الإسقاط مطلقا: 336
2- جـواز التنـازل عـن الحـق فـي المنفعـة:.....337
الفرع الثاني: اطار التلازم بين اشتراطات الواقف والاستحقاق:.....338
أولا- بالنسبة لحق الواقف في تغيير اشتراطاته في الوقف:.....338
1- تعريف الشروط العشرة :.....339
2- تحديد الشروط العشرة :.....340
3- ضـرورة مراعـاة قواعـد إعمـال الشـروط العشـرة :.....341
ثانيا - أقسام تغيير شرط الواقف:..... 341
خاتمة 345
المصادر والمراجع.....353
ملخص.....376
الفهرس.....377