

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي - تيسمسيلت-

معهد العلوم القانونية والإدارية

قسم القانون الخاص

التصرفات الواقعة على الأملاك الوقفية حفظا وتثميرا

مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عقاري

تحت إشراف الدكتور:

سامي حبيلي

من إعداد الطالبتين:

- ضبيب هنية

- تكلال رقية

السنة الجامعية: 2014 - 2015

الإهداء

إلى من فُطر القلب برحيلهما، إلى من كانوا سندي وقوتي بعد الله عز وجل
ورسوله الكريم، إلى من كان دعائهما سر نجاحي، إلى والديا (أبي الغالي، أمي الحنون)
تغمدا كما الله برحمته الواسعة وأسكنكما فسيح جنانه.

إلى من كانوا ملاذي بعد والديا، إلى من كانوا معي لحظة بلحظة طيلة مدة
دراستي، إلى من قاسموني دروب الحياة الحلوة والحزينة أخواتي، وبنات أخي.

إلى أصحاب القلوب الطيبة والنوايا الصادقة، إخوتي، إلى صاحب الضحكة
الدائمة، ابن أخي.

إلى صاحبات الوجوه البريئة، بنات أختي (حفيظة، لينا، كوثر سناء، روبة).

إلى كل رفيقاتي اللاتي رافقني في مشواري الدراسي، وساندوني وشجعوني على
مواصلة المسير.

هنية



الإهداء

إلى الروح الخالدة للوالدين الكريمين

إلى كل أفراد عائلة تكلال عبد القادر

إلى الصديقات والزميلات

إلى كل طلبة قسم القانون العقاري

رقية

شكر وتقدير

الحمد لله حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، نحمده على نعمه التي لا تحصى ونشكره على توفيقه وتيسيره علينا، فاللهم أعنا على ذكرك وشكرك وحسن عبادتك.

ثم الأحق بالشكر بعد الله تعالى، الأستاذ الدكتور: سامي حبيلي الذي تكرم علينا بقبوله الإشراف على هذا البحث، وعلى صبره وتوجيهاته ونصائحه، فالله نسأل أن يزيده فضلا على فضل، وعلماً على علم، وأن يجزيه الله عنا خير الجزاء.

كما نتقدم بالشكر المسبق إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء اللجنة المناقشة، الذين بذلوا الجهد والوقت من أجل مناقشة وإبداء النصائح العلمية لإثراء هذه المذكرة.

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى كل الأساتذة الذين أشرفوا على تدريسنا طوال الدراسة الجامعية، ونخص بالذكر الأستاذة جطي خيرة على مساعدتها لنا.

ونشكر أيضا كل من ساعدنا من قريب أو بعيد.



قائمة المختصرات

- ص: صفحة.

- ج.ر: جريدة رسمية.

- ط: طبعة.

- د. ط: دون طبعة.

- د.س.ن: دون سنة النشر.

- د. و.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية.



مقدمة

الأصل في المال أنه قابل للتداول بمختلف التصرفات، غير أن هناك نوع من المال لا يجوز التصرف في أصله الذي يخرج عن دائرة المعاملات الناقلة للملكية، بل يظل موقوفا على جهة ما لتنتفع بريعه على سبيل الدوام والاستمرار، دون أن يكون له حق التصرف في أصله إلا بمقدار ما يُبقي على هذا الأصل وينمي ريعه، وهذه الحالة الاستثنائية أطلق عليها الفقه الإسلامي والتشريعي اسم " الوقف " أو " الحبس " .

فالوقف نظام إسلامي أصيل يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية الغراء، ودلت على مشروعيته نصوص عامة من القرآن الكريم، حيث ورد في قوله عز وجل ﴿ لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ ﴾⁽¹⁾، وقد تكررت الآيات التي تحث على الانفاق في سبيل الله، لقوله عز وجل ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ وَلَسْتُمْ بِآخِذِيهِ إِلَّا أَنْ تُغْمِضُوا فِيهِ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ حَمِيدٌ ﴾⁽²⁾ .

ومن السنة النبوية الشريفة قوله - صلى الله عليه وسلم -: " إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له " ⁽³⁾، والصدقة الجارية هنا تؤخذ على معنى الوقف، وقد أجمع الصحابة على مشروعيته ومن ذلك وقف عمر- رضي الله عنه - مائة سهم من خيبر، والذي اعتبره العلماء أول وقف في الإسلام.

لقد شكلت الأوقاف عبر تاريخها الطويل إحدى دعائم البناء الاجتماعي والاقتصادي، بالإضافة إلى دورها المهم في تطور المجتمع الإسلامي، وذلك عن طريق تثمير أموال الوقف مما يؤدي بالضرورة إلى الحفاظ عليها وتنميتها، والمساهمة في تحقيق الأهداف المرجوة منه، زيادة على ذلك فإن

¹ سورة آل عمران، الآية (92) .

² سورة البقرة، الآية (267) .

³ أبو مسلم ، صحيح مسلم، رقم الحديث 1631، كتاب الوصية، باب ما يخلف الإنسان من الثواب بعد وفاته، دط، الجزء 3، ص 1255 .

تحقيق استمرارية الوقف، الذي من - معاملة التأيد - لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال التثمين الناجح حماية له من الزوال.

وقد نظم المشرع الجزائري الأملاك الوقفية بعد الاستقلال سنة 1964 من خلال إصدار المرسوم التنفيذي 283/64 المتضمن نظام الأملاك الحيسية⁽¹⁾، إلا أن هذا المرسوم جمد فور صدوره ولم يطبق، ثم جاء النص على الأملاك الوقفية في قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتمم بالأمر 02/05، والذي لم يأت بجديد فيما يخص تنظيم هذه الأملاك، بل اقتصر على تناول مفاهيم عامة حول الوقف.

ولم تكن الانطلاقة الفعلية في حماية الممتلكات الوقفية وإصلاحها، إلا بصدر دستور 1989 الذي نص في المادة 49 منه على " أن الأملاك الوقفية وأملاك الجمعيات الخيرية معترف بها، ويحمي القانون تخصيصها"، فأصبحت بذلك الأملاك الوقفية تتمتع بالحماية الدستورية، وقد تلا هذا صدور سلسلة من القوانين عززت مكانة الأملاك الوقفية في الجزائر مثل قانون التوجيه العقاري 25/90 المعدل والمتمم بالأمر رقم 26/95⁽²⁾، والذي يؤكد استقلالية الملكية الوقفية بتصنيفها ضمن الأصناف العقارية إلى جانب الملكية العامة والخاصة، وتكريسا لذلك صدر قانون 10/91 الذي حدد تنظيم الأملاك الوقفية وكيفية حفظها وحمايتها، وذلك بمنع التصرف في أصلها كأصل عام، وبين أوجه الانتفاع بها، واعتبر الإيجار أهم أساليب الانتفاع بالأملاك الوقفية، وتبعاً للاهتمامات المتواصلة بهذه الأخيرة صدر المرسوم التنفيذي 381/98 المؤرخ في 01 / 12 / 1998 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك، والذي كرس اهتمامه هو الآخر على الإيجار الوقفي.

وسعياً من المشرع الجزائري في استدراك النقص الموجود في قانون 10/91 من حيث تثمين أموال الوقف، صدر قانون 07/01 الذي يعدل ويتمم قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، ليشكل الأساس القانوني لاستغلال وتثمين الأملاك الوقفية وتنميتها، ويعد هذا أول خطوة في إطار التقنين

¹ المرسوم التنفيذي رقم 283 / 64، المؤرخ في 1964/10/07 المتضمن الأملاك الحيسية، ج ر العدد 77، 1964.

² القانون رقم 25/90، المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، ج ر العدد 49، 1990.

للاستثمار الوقفي، وعلى أساسه يمكن تحديد صيغ تسمير واستغلال الملك الوقفي التي جاء بها هذا القانون في المواد 26 مكرر إلى 26 مكرر 11، إلى جانب الاستغلال الايجاري في النصوص السابقة.

وتكمن أهمية هذا الموضوع في عدة نقاط أهمها:

- نجاح الاستثمار في الملك الوقفي يعتمد على صيغ ناجعة تحقق المقصود منها.
 - التقليل من الاعتماد على دعم الدولة في بعض المجالات، خاصة الخيرية منها.
 - يعنى بتحريك المال الوقفي بغرض تحقيق إيرادات تؤدي إلى مضاعفة ريعه.
- ومن هنا دعت الحاجة إلى بيان التصرفات الواقعة على الأملاك الوقفية حفظا وتسميرا، والتي تناولها المشرع الجزائري وحدد نوعها وطبيعتها، وذلك ضمانا لاستمرارية الوقف من جهة، وتحقيق الغرض الذي وجد لأجله من جهة أخرى.

أهداف الموضوع : إن لموضوع البحث العديد من الأهداف يمكن إيجازها فيما يلي :

- تحديد أهم التصرفات التي تساهم في تسمير الملك الوقفي، والتي نظمها المشرع الجزائري في قانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.
 - اختيار التصرفات المناسبة التي تسهم في حفظ أصل الملك الوقفي وديمومة غلته.
 - معرفة كيفية تسيير الملك الوقفي وصيانته وتسميره.
 - بيان النقائص والعراقيل التي عرفها تشريع الوقف في الجزائر، والتي تعيق تفعيل التصرفات الواقعة على الأملاك الوقفية واقتراح الحلول.
- ومن الدراسات السابقة لهذا الموضوع:
- فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام (دراسة تطبيقية عن الوقف الجزائري)، عبد القادر بن عزوز، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص الفقه وأصوله، 2003-2004.
 - إدارة الوقف في القانون الجزائري، خير الدين بن مشرنن، مذكرة ماجستير في قانون الإدارة المحلية 2011-2012.
 - النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، صورية زردوم بن عمار، مذكرة ماجستير في القانون العقاري، 2009-2010.

- الاستثمار في الوقف وفي غلاته وريعته، محمد عبد الحليم عمر، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في الدورة الخامسة عشر، المنعقدة بمسقط، 2004.

ولدراسة هذا الموضوع نطرح الإشكالية الآتية:

- ما هي أنواع التصرفات التي تقع على الأملاك الوقفية والتي تكفل تسميرها وحفظها؟
والتي تندرج ضمنها التساؤلات التالية:

- ما الذي أقره المشرع الجزائري في مجال تسمير الملك الوقفي والمحافظة عليه؟

- ما مدى إسهام الفقه الإسلامي في استغلال وتسمير الملك الوقفي؟

- ما هي التصرفات الواردة على أصل الملك الوقفي؟

وللإجابة على هذه التساؤلات تم اعتماد خطة تضمنت مبحث تمهيدي، يعد كمدخل للموضوع تحدثنا فيه عن معالم عقد الوقف المؤطرة للتصرفات الواقعة عليه في مختلف أحواله، في مطلبين: المطلب الأول، تناولنا فيه مدة الوقف وما يصلح أن يكون محلا له، ولزوم الوقف وملكيته في المطلب الثاني، وبعد المبحث التمهيدي انتقلنا إلى صلب الموضوع، والذي تم تقسيمه إلى فصلين: خصص الفصل الأول للتصرفات الواقعة على الأملاك الوقفية في الظروف العادية، في مبحثين: المبحث الأول، إيجار الأملاك الوقفية، وذلك في مطلبين: انعقاد عقد الإيجار في المطلب الأول، وأثار عقد الإيجار الوقفي وانتهائه في المطلب الثاني، أما المبحث الثاني، فخصص لدراسة التصرفات الواقعة على الأملاك الوقفية الفلاحية والأراضي القابلة للبناء من خلال مطلبين: استثمار الأملاك الوقفية الفلاحية كمطلب أول، والمطلب الثاني، استثمار الأراضي الوقفية القابلة للبناء.

أما الفصل الثاني فتم التطرق فيه لدراسة التصرفات الواقعة على الأملاك الوقفية في الظروف الاستثنائية، وذلك في مبحثين: المبحث الأول، التصرفات الواقعة على الملك الوقفي المعطل، وذلك في مطلبين: المطلب الأول، تسمير الأملاك الوقفية البور بعقد الحكر، ومطلب ثاني، تسمير الأملاك الوقفية القابلة للبناء والمبينة المعرضة للخراب والاندثار، أما المبحث الثاني، فخصص لاستبدال الملك الوقفي، وذلك في مطلبين: مفهوم الاستبدال ودليل مشروعيته في مطلب أول، وشروط وحالات الاستبدال كمطلب ثاني.



لنصل في الأخير إلى أهم النتائج المستخلصة ذكرت في الخاتمة، مع بعض التوصيات. متبعين في ذلك المنهج الوصفي، والتحليلي الملائم للدراسات القانونية في معظم عناصر الموضوع، إلى جانب المنهج المقارن وذلك لمقارنة ما ورد في قانون 10/91، كقانون خاص بالأوقاف والمراسيم التنفيذية المنظمة لأحكام الأوقاف مع الشريعة الإسلامية التي تعتبر مصدر أساسي للوقف، ومقارنته ببعض قوانين الدول العربية في بعض الأحيان.





مبحث تمهيدي

معالم عقد الوقف المؤطرة للتصرفات

الواقعة عليه في مختلف أحواله

مبحث تمهيدي معالم عقد الوقف المؤطرة للتصرفات الواقعة عليه في مختلف أحواله

يعتبر الوقف نظاما قائما بذاته، فهو من التبرعات المتميزة بالديمومة والاستمرار، بالرغم من اختلاف الفقهاء في تعريفه اصطلاحا⁽¹⁾، حيث عرفه الأئمة أبو يوسف وأحمد الشافعي بأنه: "حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر ابتداء وانتهاء"⁽²⁾. أما أبو حنيفة فقد عرف الوقف بأنه "حبس العين على حكم ملك الواقف، والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات الخير والبر في الحال والمال"⁽³⁾.

وقد عرفه الإمام محمد أبو زهرة "الوقف هو منع التصرف في ربة العين، التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداء وانتهاء"⁽⁴⁾. ويعتبر تعريف الإمام أبو زهرة هو التعريف الراجح كونه يعد تعريفا جامعاً مانعاً للوقف.

أما في التشريع الجزائري، فإن أول تعريف له هو ما تضمنته المادة 213 من القانون 11/84 المتعلق بقانون الأسرة بأنه "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصدق"، غير أن نص المادة 03 من قانون الأوقاف 10/91⁽⁵⁾ عرفته كما يلي "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء، أو على وجه من وجوه البر والخير".

من خلال هذه التعريفات يتضح أن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا حول طبيعة هذا العقد، وذلك من حيث مدته (المطلب الأول)، ومن حيث لزومه وعدمه وطبيعة الملك فيه (المطلب الثاني).

¹ عمار بوضياف، دور المنظومة القانونية في حماية الوقف العام في التشريع الجزائري، 2012، ص 4.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط 3، 1989، الجزء 8، ص 156.

³ رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأموال الوقف في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط 3، 2013، ص 27.

⁴ محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 2، 1959، ص 7.

⁵ قانون رقم 10/91، المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف، ج ر العدد 21، المعدل والمتمم بالقانون 07/01.

المطلب الأول: مدة الوقف وما يصلح أن يكون محلا له

القاعدة العامة في الوقف هو الديمومة والاستمرار، غير أن جانبا من الفقه أجاز تأقيته، فكان هذا محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، كما اختلفوا حول نوع الأعيان الجائز وقفها، وهذا ما سنبينه من خلال مدة الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (الفرع الأول)، وما يصلح أن يكون وقفا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مدة الوقف في التشريع الإسلامي والقانون الجزائري

لقد اختلف الفقهاء حول مسألة تأييد وتأقيت الوقف، وهذا ما سنتناوله من خلال بيان آرائهم وكذا موقف المشرع الجزائري من ذلك.

أولا: موقف التشريع الإسلامي من التأييد والتأقيت

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء أن الوقف لا يكون إلا مؤبدا⁽¹⁾، ويعتبرون التأييد من معاني الوقف، ولا يتحقق بدونه⁽²⁾، فلا ينعقد إذا كان مؤقتا بمدة معينة كأن يقول داري وقف على زيد لمدة سنتين⁽³⁾.
واستدلوا على ذلك بحديث عمر - رضي الله عنه - : " حبس الأصل، لا يباع ولا يوهب ولا يورث"⁽⁴⁾، فعبارة حبس الأصل تدل على التأييد في الوقف⁽⁵⁾.

¹ منذر قحف، الوقف الإسلامي، (تطوره، إدارته، تنميته)، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 2، 2006، ص 103.

² محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 72.

³ محمد عبيد عبد الله الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، مطبعة الإرشاد، بغداد، د ط، 1977، الجزء 1، ص 237.

⁴ البخاري، الصحيح الجامع، رقم الحديث 2737، كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف، دار الرشيد، باب الواد، الجزائر، د ط، 2003، ص 575.

⁵ منذر قحف، المرجع نفسه، ص 245.

مبحث تمهيدي معالم عقد الوقف المؤطرة للتصرفات الواقعة عليه في مختلف أحواله

الرأي الثاني: يرى المالكية أن الوقف يجوز أن يكون مؤقتا، كما يجوز مؤبدا، قصد التوسعة على الناس في عمل الخير، (غير أنه وإن كان المالكية يرون صحة الوقف المؤقت، إلا أنهم قالوا أن الوقف المطلق يحمل على التأبيد والدوام، فإذا قال الواقف داري موقوفة ولم يزد على ذلك، فإن الوقف يكون لازما ومؤبدا)⁽¹⁾.

ودليلهم على جواز الوقف المؤقت أن الوقف في معناه ومغزاه صدقة، والصدقات كما تجوز بإنفاق الغلات مؤبدا تجوز مؤقتا، فأصل الصدقات ثابت بالكتاب، والإنفاق في وجوه البر أمر مقرر في السنة⁽²⁾.

ثانيا: موقف القانون الجزائري من التأبيد والتأقيت

يعد التأبيد من أهم معالم الوقف في التشريع الجزائري، وذلك بدليل المادة 03 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، والتي نصت على أن "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"، واعتبر المشرع الجزائري الوقف المؤقت باطلا، وهذا طبقا لنص المادة 28 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف "يظل الوقف إذا كان محادا بزمن"، فالمشرع الجزائري لم يأخذ بمذهب المالكية الذي يميز الوقف إذا كان محدد المدة، بل تبني رأي جمهور الفقهاء في تأبيد الوقف.

ومن التطبيقات القضائية لمبدأ تأبيد الوقف، هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 15/07/2009 الذي جاء فيه⁽³⁾: "حيث أن قضاة الاستئناف عندما انتهوا إلى اعتبار هذا الحبس صحيحا مع تحويل الحبس عليهم التصرف فيه قد أخطئوا في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التي تستوجب أن يكون الحبس مؤبدا، وغير قابل للتصرف بأي وجه من أوجه التصرف، مما يعرض قرارهم للنقض".

¹ محمد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، ص 247.

² محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 75.

³ القرار رقم 499084، المؤرخ في 15/07/2009، مجلة المحكمة العليا، 2009، العدد 2، ص 172.

الفرع الثاني: ما يصلح أن يكون وقفا

يشترط في المال الموقوف إمكانية الانتفاع مع بقاء عينه، وبذلك فإن ما ينتفع به باستهلاك عينه لا يجوز وقفه، وتتنوع الأموال التي يجوز وقفها كالاتي:

أولاً: وقف العقار: وهو ما له أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله كالأراضي سواء كانت مبنية أما لا (1) وهو محل اتفاق جمهور الفقهاء، ودليل ذلك وقف الصحابة، فعن عبد الله بن عمر رضي الله عنه، قال: أصاب عمر بخير أرضا فأتى النبي يستأمره فيها فقال: يا رسول الله: إني أصبت أرضا بخير لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمرني به؟ قال: "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها"، قال: فتصدق بها عمر أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء، وفي القرى وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل والضعيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول" (2).

أما المشرع الجزائري فيعتبر أول ما يصلح للوقف هو العقار، وذلك طبقا لنص المادة 11 الفقرة 01 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، والتي تنص على "يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة".

ثانيا: وقف المنقول: ويشمل كل ما يمكن نقله وتحويله كالحیوانات والمعدات وغيرها ويجوز وقفها على الإطلاق لدى جمهور الفقهاء، ومثال ذلك ما روى عن خالد بن الوليد في وقف أدرعه وعتاده في سبيل الله (3)، خلافا لمذهب الحنفية الذين يرون أنه لا يجوز وقف المنقول، إلا إذا كان صالحا للبقاء حتى

1 محمد بن ابراهيم الموسى، حفظ أموال الأوقاف، ندوة الوقف والقضاء، الجزء 2، ص 949.
2 البخاري، الجامع الصحيح، رقم الحديث 2772، كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب، المرجع السابق، ص 574.
3 البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الوصايا، باب ما قيل في درع النبي صلى الله عليه وسلم، مطابع الشعب، 1378، الجزء 4، ص 49.

مبحث تمهيدي معالم عقد الوقف المؤطرة للتصرفات الواقعة عليه في مختلف أحواله

يمكن تنفيذ حكم التأييد فيها، ومن ثم قرروا أن الأصل في الموقوف يجب أن يكون عقارا⁽¹⁾، ويجوز استثناء في الأحوال التالية:

- أن يكون المنقول المراد وقفه تابعا للعقار، والتابع للعقار قسما⁽²⁾:

* أن يكون متصلا به اتصال ثبات وقرار، وذلك كالبناء والأشجار.

* أن يكون مخصصا لخدمة العقار كالمحارث.

- أن يكون قد ورد أثر بجواز وقف المنقول، كوقف الأسلحة والجمال والخيول للحروب.

- إذا جرى العرف بوقف العين المراد وقفها، كوقف المصاحف والكتب⁽³⁾.

أما بالنسبة للمشروع الجزائري فقد أجاز صراحة وقف المنقول وذلك بموجب المادة 11 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، أين ساوى في حكم الوقف بين العقار والمنقول، غير أن إجازة المنقول تتعارض مع صفة التأييد الذي أقره المشروع الجزائري⁽⁴⁾.

وقد أضافت القوانين المقارنة أموالا منقولة أخرى فرضتها التطورات كالأسهام التجارية والسندات المالية على اختلافها، شريطة أن تكون جائزة ولا يجرمها الشرع⁽⁵⁾.

ثالثا: وقف المنافع: لقد صرح قانون الأوقاف الجزائري بنصه في المادة 11 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف على وقف المنفعة " يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة "، والمنفعة عند المشروع الجزائري تكون في القاعدة التجارية مثلا منفعة العين المؤجرة⁽⁶⁾، ووقف المنافع لم يجزه أيا من المذاهب

¹ راغب السرجاني، روائع الاوقاف، نخضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 1، 2010، ص 24.

² محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 110.

³ رمول خالد، المرجع السابق، ص 82.

⁴ فنتازي خير الدين، نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، قانون العقاري، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2007/2006، ص 47.

⁵ محمد عبد الحليم عمر، نظام الوقف الإسلامي والنظم المشابهة في العالم الغربي، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للأوقاف، (الصيغ التنموية والرؤى المستقبلية)، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ص 23.

⁶ محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د ط، 2006، ص 39.

مبحث تمهيدي معالم عقد الوقف المؤطرة للتصرفات الواقعة عليه في مختلف أحواله

الأربعة، باستثناء المذهب المالكي⁽¹⁾، والذي يجيز وقف المنفعة مثل تملك الواقف منفعة دار بالاستئجار، ثم وقف هذه المنفعة لإسكان من لا مأوى لهم⁽²⁾.

وبالرغم من أن المنفعة مؤقتة، إلا أنها تصلح محلا للوقف، ولا يتنافى هذا مع خاصية التأييد في الوقف، لأن هذا الأخير يبقى بقاء المنفعة وينتهي بانتهائها⁽³⁾.

رابعاً: وقف النقود: اختلف الفقهاء حول مسألة جواز وقف النقود، ومدار خلافهم هو إمكان استعمالها دون استهلاك عينها.

الرأي الأول: يرى متأخري الحنفية والمالكية جواز وقف النقود، وتكون المنفعة في القرض، وينزل رد بدل القرض منزلة بقاء العين، فإن أوقفها للانفاق والتزین لا يصح الوقف⁽⁴⁾، ومنهم من قال بوقفها مضاربة، مضاربة، بأن تدفع إلى من يعمل بها، ثم يوزع ربحها في الوجه الذي وقفت عليه⁽⁵⁾، وهذا ما قال به زفر من الحنفية.

الرأي الثاني: يرى جمهور الفقهاء من قدامى فقهاء الحنفية، والشافعية، والحنابلة⁽⁶⁾ عدم جواز وقف النقود، إذ جاء في الفتح القدير "وأما وقف ما لا ينتفع به، إلا بالإتلاف كالذهب والفضة، والمأكول والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء، والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير، وما ليس بحلي"⁽⁷⁾.

¹ الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار احياء الكتب العربية، د ط، د س ن، الجزء 4، ص 76.

² محمد عبد الحليم عمر، المرجع السابق، ص 22.

³ بارة فتيحة، الاطار القانوني والتنظيمي للوقف العام في الجزائر، مذكرة ماستر، قانون عقاري، جامعة المدية، كلية الحقوق، 2012، ص ص (45 - 46).

⁴ ابن نجيم، البحر الرائق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، د س ن، الجزء 5، ص 219.

⁵ مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الوقف، دار عمار، عمان، الأردن، ط 2، 1998، ص 48 - ابن قدامة، المغني، مكتبة ابن تيمية، د ط، د س ن، الجزء 5، ص 234.

⁶ ابن قدامة، المرجع نفسه، ص 641.

⁷ كمال الدين بن الهمام الحنفي، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1979، الجزء 6، ص 218.

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق لمسألة وقف النقود في قانون الأوقاف.

المطلب الثاني: لزوم الوقف وملكيته

اختلف الفقهاء في الآثار التي تترتب على الوقف، تبعاً لاختلافهم في تعريفه، وذلك في أمرين: لزوم الوقف وعدمه (الفرع الأول)، وملكية العين الموقوفة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: لزوم الوقف في التشريع الإسلامي والقانون الجزائري

لقد اختلف موقف الفقهاء في لزوم الوقف من عدمه، ومحل النزاع في هذا الخلاف هو هل يجوز للواقف الرجوع عن وقفه أم لا؟ وهذا ما سنتطرق إليه من خلال الآراء المختلفة في التشريع الإسلامي، وكذا موقف المشرع الجزائري من لزوم الوقف.

أولاً: موقف التشريع الإسلامي من لزوم الوقف وعدمه

الرأي الأول: يرى الحنفية أن الأصل في الوقف هو عدم لزومه، بمعنى أنه يجوز للواقف الرجوع في وقفه متى شاء، وبالتالي يجوز له التصرف فيه بكل أنواع التصرفات، فله أن يبيعه وأن يهبه، وإذا مات بدون أن يرجع عنه انتقلت ملكية العين الموقوفة إلى ورثته، فهو بمنزلة العارية التي تعتبر جائزة غير لازمة⁽¹⁾.

غير أن الوقف عند الحنفية يخرج عن قاعدة عدم اللزوم، وذلك في ثلاث حالات⁽²⁾:

- أن يقضي القاضي بلزومه، وذلك كما لو أراد الواقف الرجوع بحجة عدم اللزوم وخاصمه الموقوف عليه، فحضى القاضي باللزوم ومنع الواقف من الرجوع، وعليه فإن هذا الوقف يصبح متفقاً على لزومه.

- أن يخرج الواقف وقفه مخرج الوصية، فيلزم الوقف إذا خرج من الثلث كأن يقول إذا مت فأرضي هذه موقوفة على الفقراء، واللزوم في هذه الحالة إنما هو في حق ورثته فيلزمهم التصديق بمنافعه مؤبداً.

- أن يكون الوقف مسجداً، إذ ينقطع حق الواقف بإقامة الشعائر⁽³⁾.

¹ شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دط، د س ن، الجزء 12، ص 27.

² مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 106.

³ رمول خالد، المرجع السابق، ص 53.

مبحث تمهيدي معالم عقد الوقف المؤطرة للتصرفات الواقعة عليه في مختلف أحواله

واستند أصحاب هذا الرأي على ما روي عن حسان بن ثابت - رضي الله عنه -: " أنه باع نصيبه من وقف أبي طلحة إلى معاوية بن أبي سفيان " ⁽¹⁾، أي أن بيع حسان بن ثابت حصته دليل على عدم لزومه، إذ لو كان لازماً لما جاز بيعه والتصرف فيه ⁽²⁾.

الرأي الثاني: ذهب جمهور الفقهاء، إلى أن الوقف متى صدر من أهله مستوفياً لأركانه وشروطه أصبح لازماً، لا يجوز للواقف الرجوع فيه، ولا لورثته من بعد، كما لا يجوز التصرف فيه ولا التغيير في شروطه ⁽³⁾.

واستدلوا لذلك بأدلة كثيرة منها حديث عمر - رضي الله عنه - أنه لما أراد أن يتصدق بأرض له تدعى " ثمغ " - نخل بخير - فقال عمر يا رسول الله: إني استفدت مالا وهو عندي نفيس فأردت أن أتصدق به، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: " تصدق بأصلها لا يلع، ولا يورث ولا يوهب ولكن ينفق ثمرة " ⁽⁴⁾.

وقال أبو يوسف " أن الوقف يلزم بمجرد الإيجاب الصادر من الواقف، لأن الوقف يتم به ومتى تم فقد لزم " ⁽⁵⁾، وهذا دليل صريح على لزوم الوقف ومنع التصرف فيه بكافة التصرفات الناقلة للملكية ⁽⁶⁾.

¹ البخاري، الجامع الصحيح، رقم الحديث 2758، كتاب الوصايا، باب من تصدق إلى وكيله ثم رد الوكيل إليه، المرجع السابق، ص 581.

² محمد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، ص 200.

³ الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، ط1، 2009، الجزء 6، ص 405 - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، (الهبة، الوصية، الوقف)، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د ط، 2004، ص 97.

⁴ البخاري، الجامع الصحيح، رقم الحديث 2764، كتاب الوصايا، باب ما للوصي أن يعمل في مال اليتيم وما يأكل منه بقدر عمالته، المرجع نفسه، ص ص (582 - 583) .

⁵ أحمد بن عبد العزيز الحداد، الوقف الثقافي والعلمي، (أهميته وأنواعه)، مجموعة الأبحاث المقدمة لندوة الوقف الاسلامي، 1997، ص ص (4 - 5) .

⁶ رمول خالد، المرجع السابق، ص 53.

ثانيا: موقف القانون الجزائري من لزوم الوقف وعدمه

أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء الذي يقضي بلزوم الوقف بعد صدوره، بمعنى أنه لا يصح للواقف الرجوع عن وقفه⁽¹⁾، وذلك ما أكدته المادة 16 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف على أنه " يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه، إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم..."، كما أن المادة 23 من نفس القانون تفيد أيضا باللزوم، والتي " تقضي بعدم التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل".

ومن التطبيقات القضائية لمبدأ اللزوم، ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2011/07/14، والذي جاء في فحواه⁽²⁾: " أن الحبس متى وجد مستوفيا لأركانه وشرائطه أصبح لازما، لا يجوز الرجوع فيه ولا لورثته من بعده ولو اشترط ذلك في عقد الحبس، وبالتالي فإن قضاة المجلس بقضائهم بجواز رجوع المحبسة عن الحبس الذي أبرمته لفائدة الطاعنة على وجه البر قد عرضوا قرارهم للنقض".

الفرع الثاني: ملكية العين الموقوفة

لقد تباينت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية حول مسألة ملكية العين الموقوفة، فيما إذا كانت تبقى للواقف أو تنتقل إلى ملك الموقوف عليه، أو إلى ملك الله عز وجل، مع بيان موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة.

أولا: موقف التشريع الإسلامي

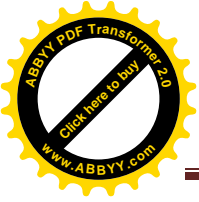
الرأي الأول: يرى كل من الحنفية⁽³⁾ والمالكية⁽⁴⁾ أن العين الموقوفة لا تخرج عن ملكية واقفها، بل تبقى تبقى

1 حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 97.

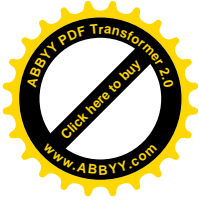
2 القرار رقم 692342، المؤرخ في 2011/07/14، مجلة المحكمة العليا، 2011، العدد 2، ص 302.

3 كمال الدين بن الهمام الحنفي، المرجع السابق، الجزء 6، ص 203.

4 القراني، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، د ط، د س ن، الجزء 3، ص 253.



مبحث تمهيدي معالم عقد الوقف المؤطرة للتصرفات الواقعة عليه في مختلف أحواله



مبحث تمهيدي معالم عقد الوقف المؤطرة للتصرفات الواقعة عليه في مختلف أحواله

على ملكه⁽¹⁾، إلا أن المالكية يمنعون التصرف فيها بالتصرفات الناقلة للملكية سواء بعوض أو بدون عوض⁽²⁾، واستدلوا على ذلك بقول النبي - صلى الله عليه وسلم - لعمر - رضي الله عنه - في بعض الروايات: " حبس الأصل، وسبب الثمرة " ⁽³⁾، وحبس الأصل هنا لا يقتضي الخروج عن ملك الواقف بل تبقى في ملكه.

وقد رجح كمال الدين بن الهمام هذا الرأي، إذ جاء في فتح القدير: " وعند مالك هو حبس العين على ملك الواقف، فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يوهب ولا يورث " ⁽⁴⁾.

الرأي الثاني: يرى الشافعية والحنابلة أن ملكية العين الموقوفة تخرج عن ملكية الواقف، مع الاختلاف في الجهة التي تؤول إليها، فبالنسبة للشافعية تنتقل الملكية إلى حكم ملك الله تعالى⁽⁵⁾، بينما الحنابلة فتنتقل ملكية العين الموقوفة إلى ملك الموقوف عليه⁽⁶⁾.

ودليلهم في ذلك حديث عمر المشهور " تصدق بأصلها " ⁽⁷⁾، والصدقة تقتضي خروجه عن ملك

ملك

الواقف، ولا يمكن إدخاله في ملك الموقوف عليه، إذ ليس لهذا الأخير إلا المنفعة⁽⁸⁾.

¹ محمد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، ص 214.

² حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 89.

³ البخاري، الجامع الصحيح، رقم الحديث 2772، كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب، المرجع السابق، ص 584.

⁴ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 100.

⁵ محمد بن أحمد الرملي الشافعي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، طبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، د ط، د س ن، الجزء 5،

ص 358 - محمد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع نفسه، ص 212.

⁶ ابن قدامة، المرجع السابق، ص 348.

⁷ البخاري، الجامع الصحيح، رقم الحديث 2613، كتاب المزارعة، باب أوقاف أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، د ط،

1992، الجزء 2، ص 822.

⁸ محمود أحمد أبو ليل، (أثر الاجتهاد في تطور أحكام الوقف)، ندوة الوقف الاسلامي، جامعة الامارات العربية المتحدة،

1997، ص 7.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

بالرغم من كون المذهب المالكي هو السائد في الجزائر، إلا أن المشرع الجزائري في قانون الأوقاف 10/91 نفي فرضية بقاء ملكية الوقف في يد الواقف، وكذا انتقالها إلى الموقوف عليه، حيث نص على خروج المال من ملك الواقف⁽¹⁾، وذلك في المادة 213 من قانون الأسرة، والتي تنص على أن " الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق "

كما أن ملكية الواقف تزول متى انعقد الوقف صحيحا، وهذا حسب نص المادة 17 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف " إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف"، غير أن زوال سلطات الواقف على الشيء الموقوف لا يعني بالضرورة انتقاله إلى الموقوف عليهم⁽²⁾، لأن حقهم في الوقف هو بمنفعة المال الموقوف وليس بأصل الملك الوقفي، وهذا ما أكدته المادة 18 من قانون 10/91 بنصها " ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه، وعليه استغلالها استغلالا غير متلف للعين وحقه حق انتفاع لا حق ملكية "

يتضح من خلال هذه المواد أن المشرع الجزائري أخرج العين الموقوفة من ملك الواقف، و لم ينقلها إلى ملكية الموقوف عليهم، بل اعتبر الوقف شخصية معنوية لها ذمة مالية مستقلة⁽³⁾، وهذا طبقا طبقا لنص المادة 5 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، والتي تنص على أن " الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية... "

¹ محمد كنانة، المرجع السابق، ص 21.

² رمول خالد، المرجع السابق، ص 51.

³ حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 91. - الشيخ حمدون، دراسة تأصيلية لقضايا معاصرة من أحكام الوقف، مذكرة ماجستير في الشريعة، الفقه وأصوله، جامعة أدرار، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، 2004 / 2005، ص 102.



الفصل الأول

التصرفات الواقعة على الأملاك

الوقفية في الظروف العادية



لقد انتهج المشرع الجزائري عدة أساليب لاستغلال وتنمية الملك الوقفي، وذلك من أجل تحقيق الأهداف المرجوة منه، فقد اعتمد على الإيجار واعتبره الأسلوب الأمثل لاستغلال وتثمين الأملاك الوقفية، غير أنه لم يكتف بالإيجار كطريقة وحيدة لاستغلال وتثمين هذه الأملاك، بل تعداه إلى محاولة تنمية وتثمين الملك الوقفي بعقود أخرى، نص عليها المشرع الجزائري في قانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، المبحث الأول: إيجار الأملاك الوقفية، والمبحث الثاني: التصرفات الواقعة على الأملاك الوقفية الفلاحية والأراضي القابلة للبناء.

المبحث الأول: إيجار الأملاك الوقفية

يعتبر الإيجار من أهم العقود الشرعية والقانونية التي ترد على أعيان الوقف، ونظرا لتنوع الأوقاف من أراضي وسكنات، ومحلات تجارية، فإن أحسن أسلوب لاستغلال وتتمير هذه الأملاك يكون عن طريق تأجيرها.

والإيجار في الاصطلاح الفقهي يعرف على أنه: " عقد على منفعة معلومة مقصودة، قابلة للبدل والإباحة بعبوض معلوم " ⁽¹⁾، أما في التشريع الجزائري فقد تم تعريفه بموجب المادة 467 من القانون المدني الجزائري ⁽²⁾، كما نظم قانون الأوقاف 10/91 أحكام إيجار الأملاك العقارية الوقفية، وذلك من خلال نص المادة 42 منه والتي نصت على " تأجير الأملاك الوقفية وفقا للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول، مع مراعاة الشريعة الإسلامية "، غير أن هذه المادة اتسمت بالإجمال وعدم التفصيل، ولتدارك الأمر أصدر المشرع الجزائري المرسوم التنفيذي 381/98، المتعلق بتسيير الأملاك الوقفية، والذي تناول أحكام عقد الإيجار من عدة جوانب، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث من خلال كيفية انعقاد عقد الإيجار في (المطلب الأول)، وأثار وانتهاء العقد في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: انعقاد عقد الإيجار الوقفي

يخضع إيجار الملك الوقفي لنفس القواعد والشروط التي يخضع لها الإيجار العادي، ولكن نظرا لخصوصية الوقف باعتباره نظاما قائما بذاته فإنه يستقل ببعض القواعد الخاصة، من حيث أطراف عقد الإيجار والذي سنتناوله في (الفرع الأول)، وكيفية إبرام عقد الإيجار في (الفرع الثاني)، ومن حيث محل عقد إيجار الوقف ومدته في (الفرع الثالث).

¹ أحمد بن عبد العزيز، من فقه الوقف، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 2009، ص 133.

² تنص المادة 467 من القانون المدني: " أن الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الإنتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم ".

الفرع الأول: أطراف عقد إيجار الملك الوقفي

باعتبار الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية، فإن الناظر هو الذي يمثله وبالتالي فهو صاحب الحق في تأجير الملك الوقفي، إلا أن المشرع الجزائري أوكل صلاحية تأجيره لمديرية الشؤون الدينية والأوقاف، وذلك طبقاً لنموذج عقد الإيجار هذا من جهة، ومستأجر الوقف من جهة أخرى.

أولاً: صاحب الحق في تأجير الملك الوقفي

الأصل أن الناظر هو القائم على الوقف بما يصلحه من عمارته واستثماره بالإجارة ونحوها⁽¹⁾، كما أن إدارة وتسيير الأملاك الوقفية يتولاها ناظر الوقف، وهذا طبقاً لنص المادة 33 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، إضافة إلى نص المادة 12 من المرسوم التنفيذي 381/98، والتي نصت على " تسند رعاية التسيير المباشر للملك الوقفي إلى ناظر الملك الوقفي في إطار أحكام القانون رقم 10/91 "، وقد نصت المادة 13 من نفس المرسوم على المهام الموكلة إلى الناظر، وبالتالي فالناظر هو الذي يملك حق تأجير الملك الوقفي⁽²⁾.

لكن بالنظر إلى نموذج عقد إيجار الوقف، وكذا نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي 200/2000⁽³⁾، وكذا المذكرة رقم 2000/339 المتعلقة بتسيير الأملاك الوقفية وإيجارها والصادرة عن مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، والتي تنص على أن " نظارة الشؤون الدينية والأوقاف بالولاية هي وحدها مؤهلة لتسيير الأملاك الوقفية وحماتها وتأجيرها طبقاً للقانون والتنظيمات السارية المفعول...".

¹ محمد بن أحمد بن صالح الصالح، الوقف في الشريعة الإسلامية وأثره في تنمية المجتمع، ط1، 2001، ص ص (147 - 148).

² لعمارة سعاد، التصرفات الواقعة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013، ص 55.

³ المرسوم التنفيذي 200/2000، المؤرخ في 26 يوليو 2000 الذي يحدد قواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية و عملها، ج ر العدد 47، 2000.

وعليه نجد أن مديرية الشؤون الدينية والأوقاف باعتبارها الولي الوحيد على الأوقاف على المستوى الولائي وصاحبة الإشراف على النظار⁽¹⁾، وذلك طبقاً لنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي 381/98، إضافة إلى نص المادة 23 من نفس المرسوم، هي التي لها الحق في تأجير الملك الوقفي⁽²⁾.

ثانياً: مستأجر الوقف " من له الحق في استئجار الوقف "

يجوز لأي شخص أجنبية الاستئجار سواء كان أجنبياً عن الوقف، أو كان من الموقوف عليهم، غير أن المشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة مستأجر الملك الوقفي في قانون الأوقاف 10/91 المتعلق بالأوقاف، ولا في المرسوم التنفيذي 381/98، مما يتعين الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فالأصل أن يتم إيجار الوقف لأي مستأجر يتعاقد معه الناظر⁽³⁾، إلا أن فقهاء الشريعة قيدوا هذا الحق بقيود يجب أن لا يتعداها وهي:

- ليس للمتولي أن يؤجر عيناً من أعيان الوقف لنفسه، ولا لولده الصغير المشمول بولاية، لأنه بهذا يكون مؤجراً ومستأجراً، والواحد لا يتولى طرفي العقد إلا في مواضع مستثناة، ليس هذا منها⁽⁴⁾.
- عدم تأجير أعيان الوقف لمن لا تقبل شهادتهم له، وهم أصوله وفروعه وزوجته، وذلك للبعد عن التهمة، فإن انتفت التهمة وتحقق أن الخير والمصلحة في هذا التأجير، صح التصرف، وذلك إذا كانت الأجرة أكثر من أجرة المثل - على مذهب الإمام أبي حنيفة - أو كانت مساوية لأجرة المثل عند الصاحبين⁽⁵⁾.

¹ سالمى موسى، التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2003، ص 97.

² سامي حبيلي، محاضرة أقيمت على السنة الثانية ماستر، تخصص قانون عقاري، 2015.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (الإيجار والعارية)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ط 3، 2011، الجزء 6، المجلد 2، ص 1413.

⁴ محمد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، الجزء 1، ص 66.

⁵ محمد بن أحمد بن صالح الصالح، المرجع السابق، ص 150.

- لا يؤجر الوقف لأجنبي بأقل من أجر المثل، فبسبب منع هذه التصرفات أنها تثير الشبهة. لكن يمكن تجاوز هذه القيود استثناء، وذلك في حالة ما إذا لم يوجد من يستأجر العين الموقوفة إلا بأقل من أجر المثل، أو استحق على الوقف دين⁽¹⁾.

الفرع الثاني: كيفية إبرام عقد إيجار الملك الوقفي

الأصل في عقد إيجار الوقف أنه يتم بالتراضي بين المؤجر والذي هو نظارة الشؤون الدينية والمستأجر، إلا أن التشريع الجزائري في المرسوم التنفيذي 381/98 في المواد من 22 إلى 30 حدد أسلوبين لعقد إيجار الملك الوقفي، وذلك عن طريق المزاد العلني كقاعدة عامة، واستثناء يمكن التأجير عن طريق التراضي.

أولاً: إيجار الأملاك الوقفية عن طريق المزاد العلني

جعل المشرع إيجار هذه الأملاك الوقفية عن طريق المزاد العلني كقاعدة عامة، وهذا طبقاً لنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي 381/98⁽²⁾، فمن خلال نص هذه المادة يتبين أن الأصل في انعقاد إيجار الوقف يكون بالمزاد العلني، وطبقاً لنص المادة 23 من نفس المرسوم، فإن الزيادة تجري تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية باعتباره القائم أو المسؤول على إدارة وتسيير العين الموقوفة، وبمشاركته مجلس سبل الخيرات* المنصوص عليها في المادتين 8 و 12 من المرسوم 82/91، المتضمن إحداث مؤسسة المسجد بوصفه مكلفاً بتنشيط الحركة الوقفية وترشيد استثمار الأوقاف⁽³⁾.

¹ زهدي يكن، أحكام الوقف، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ط 1، د س ن، ص 156.
² تنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي 381/98: "يؤجر الملك الوقفي، في إطار أحكام المادة 42 من القانون رقم 10/91 سواء كان بناء أو أرض بياض أو أرضاً زراعية أو مشجرة عن طريق المزاد...".
³ مجلس سبل الخيرات: تعتبر من أقدم المؤسسات الوقفية الخيرية والتي يرجع تأسيسها إلى شعبان خوجة التركي سنة 999هـ، واتجه نشاطها إلى المشاريع الخيرية العامة كصيانة المساجد والإشراف عليها، وكذا المعاهد العلمية وشراء الكتب ووقفها على الطلبة، وإعانة المنكوبين وإصلاح الطرقات.
محمد كنانة، المرجع السابق، ص 161.

يجرى المزاد على أساس دفتر شروط نموذجي، يحدده الوزير المكلف بالشؤون الدينية، حيث يجب عليه أن يحدد فيه التعيين الدقيق للعين الموقوفة محل الإيجار⁽¹⁾، ويعلن بعد ذلك في الصحافة الوطنية أو طرق الإعلان الأخرى المتعارف عليها قانونا، وذلك قبل 20 يوما من تاريخ إجرائه، ويحدد السعر الأدنى للإيجار طبقا لنص المادة 22 من نفس المرسوم بإيجار المثل، وبعد إجراء الخبرة والمعاينة واستطلاع رأي المصالح المختصة في إدارة أملاك الدولة، أو الجهات الأخرى المختصة، وأعلى سعر يستقر عليه المزاد هو سعر الإيجار⁽²⁾.

ثانيا: إيجار الأملاك الوقفية عن طريق التراضي

اعتبر المشرع الجزائري إيجار الأملاك الوقفية بالتراضي طريقة استثنائية عن القاعدة العامة، وذلك في نص المادة 25 من المرسوم التنفيذي 381/98، والتي أكد من خلالها على إمكانية تأجير الملك الوقفي بالتراضي لفائدة نشر العلم وتشجيع البحث العلمي، ومن أجل سبل الخيرات وقد حددت المادة 5 الفقرة " د " من المرسوم التنفيذي 82/91، المتضمن إحداث مؤسسة المسجد مجال سبل الخيرات فيما يلي⁽³⁾:

- الحفاظ على حرمة المساجد وحماية أملاكها .
- ترشيد أداء الزكاة جمعها وصرفها.
- المساهمة في حل المشكلات الاجتماعية مثل رعاية اليتامى ومساعدة المحتاجين والمنكوبين.
- محاربة المحرمات والانحرافات والآفات الاجتماعية وأسبابها.

ويكون التراضي مسبقا بترخيص من الوزير المكلف بالشؤون الدينية وبعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف والتي تناولتها المادة 09 من المرسوم التنفيذي 381/98، وإبرام عقود إيجار الأملاك الوقفية

¹ رمول خالد، المرجع السابق، ص 127.

² لعمارة سعاد، المرجع السابق، ص 61.

³ محمد كنانة، المرجع السابق، ص 161.

يتم بين الهيئة المكلفة بالأوقاف والتي يمثلها على المستوى الولائي مدير الشؤون الدينية والأوقاف، الذي منحته المادة 03⁽¹⁾ صلاحيات إبرام العقود كطرف مؤجر والمستأجر كطرف ثاني، وما يلاحظ على قانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، أن المشرع الجزائري قد أحال في تنظيمه لعقود الإيجار الخاصة بالمحلات الوقفية المعدة للسكن، والمحلات التجارية لأحكام القانون المدني والقانون التجاري⁽²⁾.

الفرع الثالث: محل عقد إيجار الوقف ومدته

محل أي عقد من العقود هو العملية القانونية التي يريد المتعاقدان تحقيقها، وعليه فالمحل في عقد الإيجار الوقفي بالنسبة للمؤجر هو منفعة العين المؤجرة، أما بالنسبة للمستأجر فهو بدل الإيجار الذي يدفعه مقابل انتفاعه بالعين، وتعتبر المدة من المسائل الجوهرية في إيجار الأملاك الوقفية، وعلى أساسها يتم دفع بدل الإيجار⁽³⁾، وهذا ما سنتطرق إليه كالاتي:

أولاً: محل عقد إيجار الوقف

تطبيقاً لنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي 381/98، فالأصل أن جميع أعيان الوقف التي تسمح طبيعتها بإيجارها أن تؤجر، ولا يستثنى منها إلا ما كانت طبيعته تتعارض مع التأجير، أو إذا اشترط الواقف الانتفاع به بغير طريقة التأجير، أما بدل الإيجار الذي هو محل التزام المستأجر، فهو مقابل انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة⁽⁴⁾.

¹ المادة 03 من المرسوم التنفيذي 200/2000، المؤرخ في 26 يوليو 2000، المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها، ج ر العدد 47، 2000.

² رمول خالد، المرجع السابق، ص 129.

³ عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، دط، 2010، ص 126.

⁴ المادة 467 من الأمر 58/75، المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 05/07.

ولقد أحضع التشريع الجزائري في قانون الأوقاف تحديد الأجرة لإجراءات معينة تختلف باختلاف طريقة إبرام عقد الإيجار، إما عن طريق المزاد العلني أو التراضي⁽¹⁾، فإذا انعقد الإيجار عن طريق المزاد وفقا لنص المادتين 22 و 23 من المرسوم التنفيذي 381/98، فإنه يتم تحديد إيجار المثل كسعر أدنى، ويتحدد هذا الأخير بأسلوبين⁽²⁾:

أسلوب القيمة الإيجارية: يتحدد فيه السعر الأدنى بالقيمة الإيجارية، والتي هي قيمة متوسط سعر الأملاك التي تمثل السعر العادي لإيجار عقار ذي قيمة استعمال محددة في الظروف العادية، وتعتبر هذه القيمة مبدئيا متساوية عندما نكون في نفس الحي، بصدد أملاك ذات شروط استغلال متشابهة.

أما أسلوب القيمة التجارية: فهو يعتمد على القيمة التجارية للملك الوقفي ومعامل رأس المال، قصد استخراج مبلغ الإيجار، مع العلم أن رأس المال يستنتج بواسطة دراسة وتحليل السوق العقارية المحلية، وهو معدل القسمة بين القيم التجارية والإيجارية للأملاك العقارية والتي لها نفس الخصائص ومحل صفقات إيجار وشراء، ويحدد السعر النهائي بعد إجراء المزايدة، والمبلغ الأعلى في المزاد هو بدل الإيجار⁽³⁾.

أما إذا انعقد الإيجار بالتراضي فالسلطة التقديرية تكون للجهة المخولة بالإيجار، وهي مديرية الشؤون الدينية، على أنه لا يجوز لها تأجير الملك الوقفي بأقل من أجر المثل، وهو ما اشترطه العديد من الفقهاء على أن يؤجر الموقوف بأجر المثل، فلا يجوز بالأقل المشتمل على غبن فاحش⁽⁴⁾، أما إذا أجره

¹ محمد كنانة، المرجع السابق، ص 160.

² بن مشرنن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، قانون الإدارة المحلية، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011/ 2012، ص 175.

³ لعمارة سعاد، المرجع السابق، ص 61.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ط 2، 1985، الجزء 8، ص 234.

بأقل من أجره المثل وكان النقصان يسيرا مما يتسامح به تصح الإجارة معه، سواء أكان المستأجر هو المستحق في الوقف، أم كان أجنبيا⁽¹⁾.

وهذه القاعدة ليست مطلقة، حيث إنه استثناءا يمكن تأجير الملك الوقفي عند الضرورة بأربعة أخماس 5/4 إيجار المثل إذا كان الملك الوقفي مثقلا بدين، أو لم تسجل رغبة فيه إلا بقيمة أقل من إيجار المثل وفقا لنص المادة 24 من المرسوم التنفيذي 381/98، كما يمكن مراجعة قيمة الإيجار عند نهاية كل سنة من تاريخ سريان العقد، أو عند تجديده⁽²⁾.

لكن إذا رغبت إدارة الوقف في إيجار الملك الوقفي بأعلى من أجر المثل، فهذا الأمر يؤدي إلى عدم إقبال الراغبين في استئجاره، وتوجههم إلى إيجار الأملاك العادية التي تكون بسعر السوق، وبالتالي تعطيل الوقف.

ثانيا: مدة عقد إيجار الوقف

من بين البيانات التي لا بد أن توضح في دفتر الشروط النموذجي الموقع بين الجهة المؤجرة والمستأجر، مدة الإيجار⁽³⁾، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 27 الفقرة 01 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، على تحديد مدة عقد الإيجار " بأنه لا يصح تأجير الملك الوقفي لمدة غير محددة "، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الذين يرون أن إجارة الوقف لا تصح مطلقة، بل يجب تحديدها بمدة معينة عند التعاقد⁽⁴⁾، لأن المدة في إجارة الوقف إذا أطلقت قد تؤدي إلى إهمال الوقف وخرابه وبالتالي الإضرار بالمستحقين⁽⁵⁾.

¹ محمد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، ص 72.

² المادة 28 من المرسوم التنفيذي 381/ 98، المؤرخ في 1998/12/01 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك، ج ر العدد 90، 1998.

³ رمول خالد، المرجع السابق، ص 128.

⁴ محمد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع نفسه، ص 88.

⁵ محمد بن أحمد بن صالح الصالح، المرجع السابق، ص 153.

وتحديد المدة يختلف بحسب طبيعة الملك الوقفي ونوعه، وفقا للفقرة 02 من المادة 27 قانون 10/91 " تحدد مدة عقد الإيجار حسب طبيعة الملك الوقفي ونوعه "، ولم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الأوقاف إلى المدة المطبقة على كل نوع، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم ينص عليه، وفقا لنص المادة 02 من قانون 10/91⁽¹⁾، فالشريعة الإسلامية ميزت بين ما إذا كانت العين من المباني أو من الأراضي، ففي الدور والحوانيت لا تزيد مدة الإجارة عن سنة، ولا تتجاوز ثلاث سنوات في الأراضي، إلا إذا كانت المصلحة تقتضي الزيادة في إجارة الدور والحوانيت، أو النقص في إجارة الأرض⁽²⁾.

هذا ويجدد عقد الإيجار في خلال الأشهر الثلاثة الأخيرة من مدته، وذلك وفقا للمادة 27 الفقرة 03 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، وكذا المادة 28 من المرسوم التنفيذي 381/98، إلا أن العقد النموذجي الذي تعتمده وزارة الشؤون الدينية والأوقاف في إيجار الأملاك الوقفية في المادة 02 منه، ينص على أن مدة الإيجار بالنسبة للمحلات التجارية هي عشرون شهرا ولا يجوز تجاوزها، أما مدة تأجير الأملاك الوقفية الأخرى، فيجب أن لا تزيد المدة عن ثلاث سنوات، وهذا ما أكدته المادة 468 من القانون المدني رقم 05/07 بنصها " لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك "، وهذه المدة تبدأ من اليوم المتفق عليه في العقد، أو من تاريخ التوقيع⁽³⁾.

¹ تنص المادة 02 من قانون 10/91: " على غرار كل مواد هذا القانون، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه ".

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء 6، المجلد 2، ص 1424.

³ بن مشرّن خير الدين، المرجع السابق، ص 181.

المطلب الثاني : آثار عقد الإيجار الوقفي وانتهائه

إضافة للآثار القانونية المنصوص عليها بموجب القانون المدني لآثار عقد الإيجار فيما يتعلق بالتزامات المؤجر والمستأجر⁽¹⁾، ومع مراعاة الشريعة الإسلامية، فإن المرسوم التنفيذي 381/98 خص عقد الإيجار الوقفي بنص خاص، وذلك بموجب المادة 26 و29 منه، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال آثار إيجار الملك الوقفي في (الفرع الأول)، وحالات انتهائه في (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: الآثار المترتبة على إيجار الأملاك الوقفية

يرتب عقد إيجار الوقف التزامات على طرفي العقد، وهما الوقف ممثلا في ناظر الوقف باعتباره شخصية معنوية طبقا لنص المادة 05 من قانون الأوقاف 10/91 المتعلق بالأوقاف، ويقع على عاتق المستأجر الالتزامات العادية الواردة في القانون المدني، والتزامات خاصة أخرى خصه بها المشرع في نموذج عقد الوقف، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي :

أولا: التزامات المؤجر

بعد انعقاد إيجار الملك الوقفي، يتعين على مؤجر العين الموقوفة أن يلتزم بما يلي :

1- تسليم المستأجر الملك المؤجر وملحقاته: تطبيقا لنص المادة 08 من نموذج عقد الإيجار الخاص بالملك الوقفي، يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر، ولا يكون المؤجر قد نفذ التزامه بالتسليم، إلا إذا سلم للمستأجر الملحقات التي يشتمل عليها الملك المؤجر، وهذا ما نصت عليه المادة 05⁽²⁾ من نفس النموذج، ويتم التسليم بتحرير محضر جرد يراد به حصر ما سلمه المؤجر للمستأجر

¹ محمد كنانة، المرجع السابق، ص 164.

² تنص المادة 05 من نموذج عقد الإيجار الخاص بالملك الوقفي: "... محتويات الملك المؤجر المبينة بالوثيقة المحررة، المثبتة لحالته عند التسليم والإستلام".

ويوقع على هذا المحضر المستأجر والمؤجر، كما أن هذا المحضر يعد دليلاً على أن المؤجر قد نفذ التزاماته بتسليم الملك الوقفي للمؤجر⁽¹⁾.

2- صيانة العين المؤجرة: يقع على عاتق ناظر الوقف بصفته المسؤول المباشر على الملك الوقفي، والذي يباشر مهامه تحت مراقبة وكيل الأوقاف، الالتزام بالمحافظة على العين الموقوفة وصيانتها وترميمها حتى تكون صالحة للانتفاع بها⁽²⁾، ويستمر التزام الناظر حتى خلال فترة إيجار العين، وذلك بصفته ممثلاً عن الوقف كشخص معنوي، ويترب على هذا الالتزام القيام بالترميمات الضرورية أثناء مدة الإيجار، وهذا ما نصت عليه المادة 479 من قانون 05/07 المتضمن القانون المدني، إلا أن المادة 04 من نموذج عقد الإيجار الخاص بالملك الوقفي⁽³⁾، أعفت المؤجر من القيام ببعض الترميمات، وجعلتها على عاتق المستأجر، وهي تلك المتعلقة بالترميمات والإصلاحات الداخلية كإصلاح أقفال الأبواب وزجاج النوافذ، كما جعلت هذه المادة الترميمات الخارجية مناصفة بين المؤجر والمستأجر، والملاحظ على هذا أنه جاء مخالفاً للإيجار العادي الذي تكون فيه الترميمات الخارجية على عاتق المؤجر، إلا إذا كان هناك اتفاق بين طرفي عقد الإيجار، بالإضافة إلى أنه لم يبين نوع هذه الترميمات هل هي ترميمات جسيمة أم ترميمات بسيطة.

3- الامتناع عن المساس بحقوق المستأجر في التمتع بالأماكن المؤجرة: نصت على هذا المادة 08 من نفس النموذج، وهو نفس ما نصت عليه المادة 483 من القانون المدني "على المؤجر أن يمتنع عن كل تعرض يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة..."، فالمؤجر يضمن للمستأجر الانتفاع

¹ بن مشرّن خير الدين، المرجع السابق، ص 183.

² المادة 13 من المرسوم التنفيذي 381/98، المؤرخ في 1998/12/01 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك، ج ر العدد 90، 1998.

³ تنص المادة 04: "... يتحمل المستأجر كامل أعباء الترميمات الخارجية والإصلاحات الداخلية، و تكون الإصلاحات والترميمات الخارجية مناصفة بين الطرفين".

بالعين المؤجرة انتفاعا هادئا كاملا⁽¹⁾، وهذا الالتزام يقع على عاتق المؤجر ضمانا للعيوب الخفية، وضمنا التعرض وفقا للقواعد العامة، فيضمن التعرض الصادر من الغير سواء كان شخصا أو قانونيا و كذلك ضمان جميع العيوب الخفية التي تحول دون الانتفاع بالعين أو تنقص منه، وتخضع هذه الأحكام للقواعد العامة في القانون المدني⁽²⁾.

ثانيا: التزامات مستأجر الوقف

يقع على عاتق مستأجر الملك الوقفي التزامات عامة، وأخرى خاصة وهي كما يلي:

1- الالتزامات العامة: تتمثل الالتزامات العامة لمستأجر الملك الوقفي، طبقا لنص المادة 07 من نموذج عقد الإيجار الخاص بالملك الوقفي فيما يلي:

أ- الالتزام بدفع ثمن الإيجار ورد الشيء المؤجر: يعتبر دفع الثمن من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المستأجر⁽³⁾، وتطبيقا لنص المادة 26 من المرسوم التنفيذي 98 / 381، فإنه بمجرد أن تكتمل أركان العقد والمصادقة على شروطه، يصبح المستأجر مدينا للملك الوقفي⁽⁴⁾، فعليه أن يلتزم بدفع الأجرة في المواعيد المتفق عليها، ودفع المبلغ المعين في عقد الإيجار، كما أن المستأجر يكون ملزما برد العين عند نهاية العقد، ويكون ذلك وفقا للمحضر الذي استلم وفقه العين المؤجرة، فيلزم بردها وملحقاتها كما تسلمها، فإذا تسبب في أي نقص، فإنه يتم خصم مصاريف ترميمه وإصلاحه من مبلغ الكفالة المقدم من قبل المستأجر في بداية العقد، وفقا لنص المادة 05 من نموذج عقد الإيجار الخاص بالملك الوقفي.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ط 3، 2011، الجزء 6، المجلد 1، ص 297.

² بن مشرن خير الدين، المرجع السابق، ص ص (186 - 187).

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، الجزء 6، المجلد 1، ص 461.

⁴ رمول خالد، المرجع السابق، ص 129.

ب- الامتناع عن إحداث تغييرات في العين المؤجرة: المقصود بالتغييرات التي تمس عين الوقف، هو التغيير المادي للعين كإقامة بناء جديد أو هدم حائط، أو تقسيم العين الموقوفة، وكل ما من شأنه أن يحول دون الانتفاع بالوقف المقرر في عقد الوقف⁽¹⁾، ولا يعد تغييرا في حالة قيام المستأجر بإحداث تحسينات نافعة كتوصيل المياه وإيصال الكهرباء، فيدخل هذا ضمن التزامه بالصيانة العادية للعين الموقوفة المؤجرة وإذا حدث وقام المستأجر بإحداث أي تغيير على الملك الوقفي المؤجر فإنه يلحق به⁽²⁾.

ج- الالتزام باستعمال العين المؤجرة وفق ما أعدت له والمحافظة عليها: يجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة وفقا لما تم الاتفاق عليه، أو وفق ما أعدت له، طبقا لنص المادة 491 من القانون المدني⁽³⁾، فإذا نص على استعمال العين في غرض معين دون غيره، فإنه لا يجوز للمستأجر أن يستعمله في غير هذا الغرض، وإذا لم يحدد الغرض الذي يستعمل فيه الملك الوقفي في العقد، فإنه يلتزم باستعماله فيما أعدت له⁽⁴⁾.

ولا يكفي أن يلتزم المستأجر بالامتناع عن إحداث تغييرات في العين، أو باستعمالها فيما أعدت له فقط، بل يقع على عاتقه الاعتناء بالعين المؤجرة، وأن يبذل في الحفاظ عليها عناية الرجل العادي، وهو ما نصت عليه المادة 495 من القانون المدني، وبالتالي فهو ملزم بالقيام بالإصلاحات البسيطة والمعتادة لإبقاء العين صالحة للاستعمال، بالإضافة إلى نموذج عقد الإيجار الوقفي المعتمد من

¹ لعمارة سعاد، المرجع السابق، ص 66.

² تنص المادة 25 الفقرة 1 من قانون 10/91: "كل تغيير يحدث بناء كان أو غرسا، يلحق بالعين الموقوفة ويقتضى الوقف قائما شرعا مهما كان نوع ذلك التغيير".

³ تنص المادة 491 من القانون المدني: "يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة حسبما وقع الاتفاق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة بحسب ما أعدت له".

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء 6، المجلد 1، ص 517.

طرف الشؤون الدينية والأوقاف، فإننا نجد أنه قد جعل من عدم محافظة المستأجر على الملك الوقفي، محافظة الرجل العادي أحد أسباب فسخ المؤجر لعقد الإيجار⁽¹⁾.

2- الالتزامات الخاصة: بالإضافة للالتزامات التي ترتبها القواعد العامة على عاتق المستأجر، نصت المادة 07 من نموذج عقد الإيجار الوقفي على التزامات خاصة به تتمثل في:

أ- الالتزام بجميع الأعباء الواردة على العقار الوقفي المؤجر باستثناء دفع الضرائب والرسوم على العقار، وذلك تطبيقاً لنص المادة 44 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف⁽²⁾، والتي تعفي الوقف من الضرائب والرسوم، كونه من أعمال البر والخير.

ب- الالتزام بتقديم طلب تجديد عقد الإيجار الوقفي خلال الأشهر الأخيرة من مدته، وإن لم يتحقق ذلك تطبق الأحكام الواردة في البند 04 المذكور في المادة 07 من نموذج عقد الإيجار الوقفي، والقاضي بإخلاء الملك الوقفي المؤجر وتسليم مفاتيحه.

ج- الالتزام بعدم نقل القاعدة التجارية للغير مهما كانت مدة عقد الإيجار، فلا تنقل هذه القاعدة التجارية، إلا بعد الموافقة الكتابية والمسبقة من المؤجر، وفي حالة عدم الحصول على هذه الموافقة، يعرض هذا التصرف للفسخ طبقاً لنص المادة 10 من نموذج عقد الإيجار المعتمد من طرف وزارة الشؤون الدينية والأوقاف.

د- التزام المستأجر بتسديد تكاليف إيصال الكهرباء والماء والغاز وفاتورات استهلاكها، خلافاً لما هو وارد في الإيجار العادي والذي تقع فيه هذه التكاليف على عاتق المؤجر، إلا إذا وجد الاتفاق على عكس ذلك.

¹ تنص المادة 10 من نموذج عقد الإيجار الوقفي: " يحتفظ المؤجر بحق فسخ هذا العقد لأحد الأسباب التالية: ... إهمال الملك الوقفي وعدم صيانته والمحافظة عليه محافظة الرجل العادي...".

² تنص المادة 44 من قانون 10/91: " تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى، لكونها عملاً من أعمال البر والخير ".

هـ- الالتزام بعدم الالتجاء إلى الإيجار من الباطن للملك الوقفي، أو لجزء منه، وهذا يكرس عملية المحافظة على الملك الوقفي المؤجر.

الفرع الثاني: انتهاء عقد إيجار الأملاك الوقفية

ينتهي عقد الإيجار بانتهاء مدته المحددة في هذا العقد، وتعد السبب الرئيسي لانتهائه، كما ينتهي قبل انتهاء مدته لأسباب مختلفة ذلك أن عقد الإيجار الوقفي تحكمه القواعد العامة في القانون المدني والتجاري، وأحكام الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى أسباب أخرى خصه بها المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك.

أولاً: انتهاء عقد إيجار الملك الوقفي بانقضاء المدة المحددة فيه

لقد حدد المشرع الجزائري مدة إيجار الملك الوقفي، وفقاً لنموذج عقد الإيجار المعتمد من طرف وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، بثلاث سنوات، إلا في المحلات التجارية والتي حددت بعشرين شهراً، وقد ينتهي عقد الإيجار بانتهاء مدته دون التنبيه بالإخلاء، وفقاً للقواعد العامة⁽¹⁾، وهو أيضاً ما أقره الفقه الإسلامي، بأنه إذا انتهت المدة المعينة في عقد إيجار الموقوف انفسخ العقد، لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية، إلا إذا وجد عذر يقتضي بقاء الإجارة بعد انتهاء مدتها، فلو انتهت مدة الإجارة وللمستأجر في الأرض ملك له نهاية معلومة، كزرع لم يبلغ حصاده، فإن الأرض تبقى في يد المستأجر بأجر المثل إلى أن يحصد الزرع، لأنه بهذا يدفع الضرر عن المستأجر من غير الإضرار بالوقف، مادام يستحق له أجر المثل⁽²⁾.

¹ تنص المادة 469 مكرر 1 من القانون المدني: "ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء".
² الموسوعة الفقهية، (وضيعة، وقف)، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، ط1، 2006، الجزء 44، ص 184. - محمد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، ص 116.

ثانيا: انتهاء عقد الإيجار الوقفي طبقا للقواعد العامة قبل انتهاء مدته

الأصل ينتهي عقد الإيجار بانتهاء مدته، إلا أنه تجري عليه أحكام القواعد العامة التي تنظم أسباب انتهائه، وهذه الأخيرة تختلف باختلاف مصدرها، فقد ترجع إلى العين المؤجرة، أو إلى طرفي العقد، غير أنها لا تنطبق كلها على عقد الإيجار الوقفي⁽¹⁾.

فقد ينتهي عقد الإيجار قبل انقضاء مدته بهلاك العين المؤجرة كلياً أو جزئياً، أو بسبب فسخ العقد، فهلاك العين كلياً يؤدي إلى انفساخ عقد الإيجار بقوة القانون وفقاً لنص المادة 481 الفقرة 01 من قانون 05/07 المتضمن القانون المدني الجزائري⁽²⁾، أما إذا كان الهلاك جزئياً، بحيث يحدث خلل في المنفعة، وتصبح في حالة لا تصلح للاستعمال الذي أعدت من أجله، أو نقص هذا الاستعمال نقصاً معتبراً، ولم يكن بفعل المستأجر، فإنه يجوز لهذا الأخير طلب إما إنقاص بدل الإيجار، أو فسخ الإيجار، وهذا ما نصت عليه المادة 481 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري، وقد ينتهي عقد الإيجار عن طريق الفسخ في حالة إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزاماته، فإذا أحل أحدهما بتنفيذ التزاماته، كان للطرف الآخر أن يطلب فسخ الإيجار⁽³⁾.

¹ بن مشرّن خير الدين، المرجع السابق، ص 198.

² تنص المادة 481 الفقرة 1 من القانون المدني: "إذا هلكت العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار هلاكاً كلياً يفسخ الإيجار بحكم القانون".

³ تنص المادة 119 من القانون المدني: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك...".

ثالثا: انتهاء عقد الإيجار طبقا للمرسوم التنفيذي 381/98

ينتهي عقد الإيجار الوقفي قبل انتهاء مدته بوفاة المستأجر، وهذا ما نصت عليه المادة 29 من المرسوم التنفيذي 381/98⁽¹⁾، وعليه فوفاة المستأجر تؤدي إلى فسخ عقد الإيجار قانونا، فلا يستمر العقد إلى انتهاء مدته لصالح ورثته، بل يعاد تحرير عقد إيجار جديد وجوبا لصالح الورثة الشرعيين للمستأجر للمدة المتبقية من العقد، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 501542 الصادر في 2009/01/06 الذي جاء فيه: "أن القرار المطعون فيه جاء مخالفا للمادتين 27 و29 من المرسوم التنفيذي 381/98، المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها، وكذلك فسخ الإيجار قانونا عند وفاة المستأجر وإعادة تحريره وجوبا لصالح الورثة، إلا أنهم امتنعوا وهو ما لم يأخذه القرار المطعون فيه بعين الاعتبار، مما يعرضه للنقض".

وما تجدر الإشارة إليه أن عدّ وفاة المستأجر أحد أسباب انتهاء عقد الإيجار موافق للمذهب الحنفي، خلافا لمذهب جمهور الفقهاء الذي لا يعتبر موت المستأجر سببا لفسخ العقد⁽²⁾.

وما يستخلص من كل هذا أن عقد الإجارة من العقود التي قال بها الفقهاء قديما وحديثا للعمل بها لتثمين المال عموما ومال الوقف خصوصا وذلك لما يعود منها بالفائدة على الوقف والموقوف عليهم، وهو ما أقره المشرع الجزائري أيضا، والذي اعتبر الإيجار كأسلوب أنجع لتسيير الملك الوقفي وزيادة عائده، ولم يكتف بهذا الأسلوب وحده لتثمين الأملاك الوقفية، بل أضاف أنماطا أخرى من العقود لاستغلال وتثمين الملك الوقفي، وهذا ما سنتناوله في المبحث الثاني.

¹ المرسوم التنفيذي 381/98، المؤرخ في 1998 / 12 / 1 المتعلق بتحديد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، ج ر العدد 90، الصادرة في 2 / 12 / 1998.

² جيدل كريمة، إيجار السكنات الوقفية، مذكرة ماجستير، القانون العقاري والزراعي، جامعة البلدية، كلية الحقوق، 2006، ص 127.

المبحث الثاني: التصرفات الواقعة على الأملاك الوقفية الفلاحية والأراضي القابلة للبناء

أوجد المشرع الجزائري إلى جانب عقد الإيجار، عقود إيجار أخرى لشمير الأملاك العقارية الوقفية، والتي تختلف باختلاف نوع الأملاك الوقفية المستغلة، فنجد عقودا خاصة باستثمار الأملاك الوقفية الفلاحية (المطلب الأول)، واستثمار الأراضي الوقفية القابلة للبناء (المطلب الثاني).

المطلب الأول: استثمار الأملاك الوقفية الفلاحية

نظم المشرع الجزائري بموجب المادة 26 مكرر 1 من قانون 07/01، استغلال الأراضي الوقفية الفلاحية بواسطة عقدين هما عقد المزارعة (الفرع الأول)، وعقد المساقاة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عقد المزارعة

تعتبر المزارعة من أهم العقود التي تلائم تنمية الأوقاف، فهي من العقود التي تعامل بها المسلمون منذ القدم، وذلك لما لها من خصائص لسد حاجات المجتمع وتثمين الممتلكات⁽¹⁾، وبما أن المشرع الجزائري لم يبين أحكام هذا العقد، الأمر الذي يستدعي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 2 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.

أولا: تعريف المزارعة

1- لغة: المزارعة في اللغة مفاعلة، وهي مصدر مشتق من الزرع، وأصل الزرع التنمية، والزرع طرح البذر في الأرض لينبت⁽²⁾ لقوله تعالى: ﴿ أَفَرَأَيْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ (63) أَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ

¹ بن عزوز عبد القادر، فقه استثمار الوقف وتمويله في الاسلام، رسالة دكتوراه، الفقه وأصوله، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2004/2003، ص 179.

² ابن زكريا الرازي، معجم مقاييس اللغة، المجلد 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، 2008، ص 546. - أحمد العابد وآخرون، المعجم العربي الأساسي، د ط، د س ن، ص 573.

الزَّارِعُونَ (64) ﴿⁽¹⁾، ويتضح من هذا أن المزارعة معناها لغة الشركة في الزرع.

2- اصطلاحاً: المزارعة عند الحنفية عقد على الزرع ببعض الخارج⁽²⁾، أما المالكية فيعرفونها على أنها الشركة في الزرع⁽³⁾، ويقال الشركة في الحرث، وهو تعريف ابن عرفة⁽⁴⁾، وعند الشافعية هي عمل على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر على المالك⁽⁵⁾، أما عند الحنابلة فهي دفع أرض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه، أو حب مزروع ليعمل عليه بجزء مشاع معلوم من المتحصل⁽⁶⁾.

ويتضح من هذه التعريفات أن الفقهاء اتفقوا على تعريف عقد المزارعة بأنه: " نوع من أنواع الشركات التي مضمونها الاشتراك في المال والجهد بغية الاسترباح على أن هذا العقد يتضمن شروطاً جزئية تختلف باختلاف المذاهب الفقهية، إلا أنها متقاربة في عمومها"⁽⁷⁾.

أما التشريع الجزائري، فقد عرفها بموجب المادة 26 مكرر 1 من قانون 07/01، المعدل والمتمم لقانون 10/91 " على أنها إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد "، على غرار باقي القوانين الوضعية الأخرى التي عرفت المزارعة كالمشرع العراقي مثلاً والذي عرفها بموجب المادة 85 من القانون المدني العراقي على أن " المزارعة عقد على الزرع بين

¹ سورة الواقعة، الآية (64).

² كمال الدين بن الهمام الحنفي، المرجع السابق، الجزء 9، 1979، ص 462. - ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، تحقيق، عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار عالم الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، د ط، الجزء 9، 2003، ص 397.

³ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مكتبة الصفا، ط 1، الجزء 3، 2003، ص 6. - محمد محمد سعد، الدليل السالك لمذهب الامام مالك، دار الندوة، د ط، 2001، ص 119.

⁴ الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ص 37.

⁵ تقي الدين أبي بكر محمد الدمشقي الشافعي، كفاية الأخيار، دار الفكر، عمان، د ط، د س ن، الجزء 1، ص 255.

⁶ عبد الله بن عبد العزيز العنقري، الروض المربع شرح زاد المستنقع، دار التأصيل، المنصورة، ط 1، د س ن، الجزء 2، ص ص (279 - 280). - ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل، تحقيق زهير الشاوش، المكتب الاسلامي، بيروت، ط 3، 1982، الجزء 2، ص 297.

⁷ عبد القادر بن عزوز، المرجع السابق، ص 180.

صاحب الأرض والمزارع، فيقسم الحاصل بينهما بالحصص التي يتفقان عليها وقت العقد "، وهو تعريف يقارب بكثير التعريف الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 26 مكرر 1 من نفس القانون⁽¹⁾.

ويستخلص من هذا أن عقد المزارعة محله أرض زراعية موقوفة، يتفق فيها ناظر الوقف أو السلطة المكلفة بتسييرها مع المزارع، ليقوم هذا الأخير بزراعة الأرض، ويكون الناتج بين الوقف والمزارع حسب ما يتفقان عليه عند إبرام العقد.

ثانيا: مشروعية عقد المزارعة

تباينت آراء الفقهاء في مشروعية هذا العقد، فمنهم من يرى أنها جائزة ولهم دليلهم في ذلك، ومنهم من يرى عدم ذلك ولهم دليلهم أيضا.

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء كصاحبي أبي حنيفة، أبو يوسف ومحمد⁽²⁾، ومالك وأحمد بن حنبل⁽³⁾، بجواز المزارعة مطلقا، واستدلوا في ذلك على ما رواه نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال: " عامل النبي - صلى الله عليه وسلم - أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع " ⁽⁴⁾، وقد قال ابن قدامة: " هذا أمر مشهور عمل به رسول الله حتى مات، ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم أهلوه من بعدهم " ⁽⁵⁾.

¹ رمول خالد، المرجع السابق، ص 134.

² الكاساني، بدائع الصنائع، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ط1، الجزء 6، ص 175.

³ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 581.

⁴ البخاري، الجامع الصحيح، رقم الحديث 2328، كتاب الحرث والمزارعة، باب المزارعة بالشرط ونحوه، المرجع السابق، ص 478.

⁵ ابن قدامة، المرجع نفسه، ص 344.

الرأي الثاني: ذهب الإمام أبو حنيفة إلى عدم مشروعية المزارعة، واعتبرها فاسدة⁽¹⁾، وكذلك لم يجزها الشافعية⁽²⁾ إلا تبعا للمساواة، ودليلهم في عدم إجازتها حديث جابر ورافع ابن خديج - رضي الله عنهما-: " أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة "، وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم، من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها أخاه، فإن أبي فليمسك أرضه " ⁽³⁾.

ثالثا: أركان عقد المزارعة

يتكون عقد المزارعة من الأركان الآتية:

1- أطراف عقد المزارعة: تنعقد المزارعة كسائر العقود بإيجاب وقبول من المتعاقدين، وهما الوقف ممثلا في ناظره الذي يعتبر صاحب إبرام هذا العقد أو السلطة المكلفة بالأوقاف ممثلة في مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، وهذا ما تؤكدته المادة 26 مكرر 11 من قانون الأوقاف⁽⁴⁾، وكذا نص المادة 26 مكرر 09، والتي أوكلت حق إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة للسلطة المكلفة بالأوقاف، مع مراعاة أحكام المادة 14 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.

أما الطرف الثاني وهو المزارع الذي يشترط فيه أهلية التعاقد طبقا للقواعد العامة، مع شرط احتراف المزارع لمهنة الزراعة، كما يجب عليه أن يتولى زراعة الأرض بنفسه، ولا يجوز له التنازل إلى غيره عن حقه في زراعتها⁽⁵⁾.

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، الجزء 5، ص 614.

² النووي، المجموع، تحقيق نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، د ط، د س ن، الجزء 15، ص 243.

³ البخاري، الجامع الصحيح، رقم الحديث 2341، كتاب الحرث والمزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي يواسي بعضهم بعضا في الزراعة والثمار، المرجع السابق، ص 481.

⁴ قانون 07/01، المؤرخ في 2001/5/22، ج ر العدد 29، مؤرخة في 2001/05/23.

⁵ رمول خالد، المرجع السابق، ص 134.

ولا يشترط في المؤجر أن يكون مالكا للأرض، حتى يقوم بتأجيرها، بل يكفي أن يكون حائزا أو يكون له حق الانتفاع بالأرض⁽¹⁾.

2- محل عقد المزارعة: ويتمثل في الأرض المزروعة والزرع والمعقود عليه (المنفعة)، وآلة الزرع والخارج من الناتج، والمدة والأجرة.

أ- الأرض الزراعية الموقوفة: فيشترط فيها أن تكون أرضا صالحة للزراعة، فلا ترد على أرض غرست فيها أشجار لأنه في هذه الحالة تكون عقد آخر وهو المساقاة، وأن تكون معلومة المساحة والموقع والحدود، فإن كانت مجهولة لا تصح، لأنها قد تؤدي إلى المنازعة⁽²⁾.

وتطبيقا للقواعد العامة يجب أن يكون السبب مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، أما بالنسبة للشكلية المطلوبة في المزارعة باعتبارها عقدا رضائيا كسائر العقود التي حددتها الشريعة الإسلامية، إذ يكفي فيه إيجاب وقبول المتعاقدين لانعقاده، فلا يشترط إفراغه في عقد رسمي⁽³⁾.

غير أنه بالرجوع إلى الأحكام القانونية نجد المادة 53 الفقرة 2 من قانون التوجيه العقاري⁽⁴⁾ تجيز أن يكون عقد الإيجار الفلاحي في شكل عقود عرفية، وهو خلاف لما اشترطه المشرع في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أن عقود الإيجار الزراعية تكون في شكل رسمي، إضافة إلى المادة 467 مكرر من نفس القانون، التي نصت على وجوب كتابة عقد الإيجار وأن العلاقة بين المتعاقدين تجسد وجوبا، طبقا لنموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي

¹ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، دار العلم والنور، د ط، د س ن، الجزء 9، المجلد 2، ص 270.
² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 618. - عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني، (البيع والإيجار)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 2، 2011، ص 346.
³ بارة فتيحة، المرجع السابق، ص 84.
⁴ قانون 25/90، المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري، ج ر العدد 49، 1990، المعدل والمتمم بالأمر رقم 26/95.

69/94 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار، وعليه يتعين إفراغ عقد المزارعة في هذا النموذج⁽¹⁾.

ب- تعيين نوع الزرع (البذر): ويشترط فيه تبيان الأصناف التي تزرع، وذلك بذكر جنس البذر من قطن أو قمح مثلا، لأن البذور تختلف نوعا وجودة وإنتاجا، وأن تكون معلومة لكلا الطرفين تجنبا للجهالة والغرر، ويجوز لصاحب الأرض أن يترك الخيار للمزارع في زراعة ما يشاء على ألا يكون محظورا شرعا وقانونا، كزرع المخدرات⁽²⁾، وله أن يعين ما يحق للمستأجر زراعته، وكل ذلك من تقدير ناظر الوقف وفقا لمصلحة الوقف والجهة الموقوف عليها⁽³⁾.

كما يشترط العقد بيان من عليه البذر، فالغالب المتعارف عليه أن يكون عليهما معا، ولكن يمكن أن تكون على رب الأرض، أو على العامل⁽⁴⁾، وقد دفع النبي - صلى الله عليه وسلم - خبير على هذا، فأجاز دفع الأرض لزرعها من غير ذكر البذر، فعلى هذا أيهما أخرج البذر فهو جائر⁽⁵⁾، إلا أن المشرع الجزائري وبالنظر إلى نص المادة 26 مكرر 1 من قانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، اكتفى بقول أن عقد المزارعة هو إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال مقابل حصة من المحصول، وهو ما يفسر نيته في أن البذر يكون على المزارع⁽⁶⁾.

¹ بن مشرّن خبير الدين، المرجع السابق، ص 208.

² عباس العبودي، المرجع السابق، ص 346.

³ أحمد حططاش، النظام القانوني للوقف، بحث لنيل شهادة الدراسات العليا المتخصصة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 2004 / 2005، ص 116.

⁴ بن بدوي عبد العظيم، الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز، دار ابن رجب للنشر والتوزيع، مصر، ط 4، 2009، ص 426.

⁵ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص 347.

⁶ تنص المادة 26 مكرر 1 من قانون 07 / 01: "...إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال مقابل حصة من المحصول...".

ج- المعقود عليه (المنفعة): ويشترط فيه أن يكون مقصودا ومطلوبا بحسب العرف والشرع، فإذا كان البذر من العامل فالمعقود عليه منفعة الأرض، وإذا كان من صاحب الأرض فالمعقود عليه منفعة عمل العامل⁽¹⁾.

د- بالنسبة لآلة الزرع والنتاج المتحصل منه: اشترط الفقهاء في آلة الزرع أن تكون تابعة في العقد لا مقصودة، فإذا جعل للحيوان أو الجرار مقابلا معيناً من عمل أو بذر فسد عقد المزارعة⁽²⁾، وأما بالنسبة للخارج منها، أي الناتج فيجب أن يكون مذكوراً في العقد، وأن تكون حصة المتعاقدين جزءاً شائعاً ومعلوماً كالنصف أو الثلث أو الربع، أو معلومة النسبة 50% أو 60% من المحصول، وأن يكون شركة بين الطرفين، وتكون حصة كل طرف من نفس المحصول، ولا يصح اشتراط قدر معلوم من الخارج لأحد المتعاقدين⁽³⁾.

هـ- مدة المزارعة: تحديد مدة المزارعة يرجع إلى عقد الوقف، وعلى الناظر التقييد بها، إلا إذا كانت ضارة بالوقف، غير أن المشرع الجزائري لم يتطرق للمدة في عقد المزارعة، ولذا يتوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وباعتبار العين المؤجرة أرضاً زراعية، وتنتج محصولاً دورياً، فإنها تعقد لموسم زراعي واحد أو لموسمين زراعيين أو أقل أو أكثر بحسب طبيعة الأرض، مع مراعاة شروط الواقف⁽⁴⁾.

و- الحصة (الأجرة): الأجرة في عقد المزارعة هي حصة من محصول الأرض يتم الاتفاق عليها عند إبرام العقد، وهذا طبقاً لنص المادة 26 مكرر 1 من قانون الأوقاف 07/01، حيث يوزع المحصول

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، الجزء 5، ص 615.

² عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 10.

³ محمد محمود العجلوني، البنوك الإسلامية، (أحكامها، مبادئها، تطبيقاتها المصرفية)، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، ط 3، 2012، ص 275. - علي محمد المومني، التطبيقات المعاصرة لعقدي المزارعة والمساقاة في الاقتصاد الإسلامي، مذكرة ماجستير، الاقتصاد الإسلامي، جامعة اليرموك، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، 1993، ص 70.

⁴ بن عزوز عبد القادر، المرجع السابق، ص 184.

عينا بين الطرفين، ويأخذ كل منهما النسبة المتفق عليها، ولكن إذا لم تأت الأرض بمحصول، ولم يكن للزارع ما يأخذه نظير ما بذل في الأرض من عمل فليس له أن يطالب بأجرة⁽¹⁾.

3- الصيغة: وهي اللفظ الدال على عقد المزارعة، كأن يقول المالك للمزارع ازرع لي هذه الأرض على الربع أو الثلث أو النصف من الناتج حسب ما يتفقان عليه⁽²⁾.

رابعاً: آثار وانتهاء عقد المزارعة

يترتب على عقد المزارعة التزامات لكل من الطرفين، لكن وباعتبارها عقدا مؤقتا فقد تنتهي بانقضاء مدتها أو بأي شكل من أشكال الانتهاء.

1- آثار عقد المزارعة: يترتب عقد المزارعة التزامات على كلا الطرفين وتمثل فيما يلي:

أ - التزامات المؤجر (الوقف): تسليم الأرض الموقوفة المؤجرة للمزارع والتعهد بصيانتها، فيقوم بالإصلاحات الضرورية حتى يتمكن المزارع من الانتفاع بها، وذلك حسب الاتفاق، فإذا لم يكن هناك اتفاق عينها العرف الزراعي⁽³⁾.

كما أنه ملزم بإجراء الترميمات الكبرى والتحسينات اللازمة للأرض ومبانيها، إلا إذا تضمن الاتفاق عكس ذلك⁽⁴⁾.

ب - التزامات المزارع: يلتزم بالعناية بالزراعة والمحافظة على الأرض وملحقاتها، فإذا تسلم أدوات زراعية فعليه تنظيفها وإصلاحها، كما يقوم بالإصلاحات التأجيرية، فالمزارع ككل مستأجر ملزم بإجراء

¹ محمد محمود المكاوي، البنوك الإسلامية، (النشأة، التمويل، التطوير)، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، ط 1، 2009، ص 214.

² حسين حسين شحاتة، الأسس المحاسبية لصيغ شركات المزارعة، سلسلة بحوث ودراسات في الفكر الإقتصادي الإسلامي، ص 5.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء 6، المجلد 2، ص 1383.

⁴ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، المرجع السابق، ص 273.

هذه التصليحات والتي يعينها الاتفاق أو العرف الزراعي، كإصلاح آلات الري وتطهير قنوات المصارف وتنظيفها وإصلاحها وتعزيل الآبار⁽¹⁾، كما يلتزم بعدم التنازل للغير دون موافقة السلطة المكلفة بالأوقاف⁽²⁾.

2- انتهاء عقد المزارعة: قد ينقضي عقد المزارعة بانتهاء المدة المتفق عليها، وقد ينقضي قبل تحقيق الغاية منه، وذلك لأسباب طارئة تكون دافعة إلى انتهاء العقد، وذلك في الأحوال الآتية:

أ - انتهاء مدة المزارعة: ينتهي عقد المزارعة بانقضاء المدة المحددة في العقد كقاعدة عامة، لكن قد تنتهي المدة المقررة في العقد والمحصول لم يدرك بعد، ففي هذه الحالة يستمر العقد حتى وقت إدراك الزرع ونضوجه، وهذا رعاية لمصلحة الطرفين⁽³⁾.

ب - موت المزارع: نظرا لكون المزارعة تقوم على الاعتبار الشخصي فهي تنتهي بموت المزارع، لكن إذا مات قبل أن يدرك المحصول، قام ورثته مقامه في العمل إلى حين يدرك الزرع، ثم ينقضي العقد فيما بقي من المدة المقررة له⁽⁴⁾.

ج - فسخ عقد المزارعة: قد يفسخ عقد المزارعة طبقا للقواعد العامة، في حالة إذا لم يحسن المزارع استغلال الأرض الزراعية، أو غير من طبيعة الأرض أو إهماله لها، أو تصرف فيها بإحدى التصرفات التي تمس بأصل ملكية الرقبة، كما يفسخ في حالة عدم تمكين المستأجر من الانتفاع بزراعة الأرض، وهنا يكون المؤجر في حكم المخل بالتزاماته التعاقدية⁽⁵⁾.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء 6، المجلد 2، ص 1389.

² لعمارة سعاد، المرجع السابق، ص 74.

³ عباس العبودي، المرجع السابق، ص 350.

⁴ علي محمد المومني، المرجع السابق، ص 77.

⁵ رمول خالد، المرجع السابق، ص 135.

الفرع الثاني: عقد المساقاة

المساقاة من العقود الاستثمارية التي تعمل على زيادة الإنتاج، وبالتالي معالجة الكثير من المشكلات التي تواجه المجتمع، ونظرا لأهميتها الاقتصادية والاجتماعية، فقد اعتبرها المشرع الجزائري كإحدى الصيغ التي تنمي الأملاك الوقفية الفلاحية، وذلك بموجب المادة 26 مكرر 1 من قانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.

أولا: تعريف المساقاة

1- لغة: المساقاة في اللغة مأخوذة من السقي، نقول سقيته، وأسقيته إذا جعلت له سقيا، وسقي أرضك، أي حظها من الشرب⁽¹⁾.

2- اصطلاحا: عرف الفقهاء المساقاة بتعاريف مختلفة تصب في معنى واحد.

فعد الحنفية المساقاة هي في الأصل دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره⁽²⁾، وعرفها الشافعية على أنها دفع الرجل إلى آخر شجره يسقيه ويعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم من ثمره⁽³⁾، وعند المالكية المساقاة هي أن يدفع الرجل شجره لمن يخدمها وتكون غلته بينهما⁽⁴⁾، أما عند الحنابلة فالمساقاة هي دفع شجر له ثمر إلى آخر ليقوم على سقيه، وعمل سائر ما يحتاج إليه، بجزء معلوم له من ثمره⁽⁵⁾.

¹ ابن الرازي، معجم مقاييس اللغة، المرجع السابق، ص 562.

² حمد بن عبد الرحمن الجنيد، إيهاب حسين أبو دية، الاستثمار والتمويل في الاقتصاد الإسلامي، دار جرير للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الجزء 1، ص 182.

³ الشافعي الرملي محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى الشرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، 1984، الجزء 5، ص 244.

⁴ مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار الفكر، بيروت، د ط، 1978، الجزء 4، ص 1-1. الدردير، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، الجزء 4، ص 539.

⁵ عبد الله بن عبد العزيز العنقري، المرجع السابق، ص 270.

أما التشريع الجزائري فقد عرفها بموجب نص المادة 26 مكرر1 في الفقرة الثالثة من قانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون 10/91، والتي تنص على أن "...عقد المساقاة يقصد به إعطاء الشجر للاستغلال لمن يصلحه مقابل جزء معين من ثمره".

ثانيا: مشروعية عقد المساقاة

اختلف الفقهاء حول مشروعية المساقاة حيث أجازها البعض، ومنعها البعض الآخر.

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية⁽¹⁾، والحنابلة إلى جواز المساقاة⁽²⁾.

واستدلوا في ذلك بما ثبت عن النبي - صلى الله عليه و سلم - أنه قال ليهود خيبر يوم الفتح "أقرم فيها ما أقرم الله عز وجل، على أن الثمر بيننا وبينكم"⁽³⁾.

الرأي الثاني: خالف أبو حنيفة جمهور الفقهاء حول مشروعية المساقاة، حيث يرى أن المساقاة بجزء من الثمر باطلة لأنها استئجار ببعض الخارج⁽⁴⁾.

واستدل بحديث رافع بن خديج أن النبي - صلى الله عليه وسلم - "نهى عن كراء الأرض بالثلث والرابع والطعام المسمى..."⁽⁵⁾، وهو إن كان يعني الزراعة، فإن معنى النهي يشمل المساقاة كذلك، وهو المعاملة مقابل جزء من الخارج.

إن الدليل العام في جواز المساقاة هو أن الأصل في المعاملات الحل، إلا ما قام الدليل على تحريمه، وفي هذا يقول ابن رشد الجد: "والمساقاة مستثناة من الأصول الممنوعة لضرورة الناس إلى ذلك وحاجتهم

¹ ابن قدامة، المرجع السابق، ص 554.

² محمد محمد سعد، المرجع السابق، ص 127.

³ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الوصايا، باب إخراج اليهود من جزيرة العرب، د ط، 1378هـ، الجزء 4، ص 120.

⁴ وهبه الزحيلي، المرجع السابق، ص 630.

⁵ صحيح مسلم، رقم الحديث 1548، كتاب البيوع، باب كراء الأرض بالطعام، د ط، د ن س، ص 744.

إليه، إذ لا يمكن للناس عمل حوائطهم بأيديهم، ولا بيع الثمرة قبل بدو صلاحها للاستئجار من ثمنها على ذلك، إن لم يكن لهم مال، فهذه العلة رخص في المساقاة " (1).

ويبدو أن المشرع الجزائري قد وافق جمهور الفقهاء، فأجاز عقد المساقاة، وأخذ به من خلال النص عليه في المادة 26 مكرر 1 من قانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.

ثالثا: أركان عقد المساقاة

نظرا لخصوصية الأملاك الوقفية فإن عقود استثمارها تتطلب شروط خاصة، تضمن المحافظة على الوقف من جهة، واستمرارية انتفاع الموقوف عليهم من جهة أخرى، ولهذا فإن عقد المساقاة يقوم على الأركان التالية:

1- أطراف عقد المساقاة: ينعقد عقد المساقاة بنفس الكيفية التي ينعقد بها عقد المزارعة بإيجاب وقبول من قبل الطرفين، أحدهما صاحب المال الموقوف المتمثل في الشجر أو النخيل، ومختلف الأشجار المثمرة، والطرف الآخر هو المساقى الذي يقوم بسقيها والعناية بها لقاء أجر معلوم من الغلة (2).

وعمليا يقوم الناظر باعتباره ممثلا للوقف، أو السلطة المكلفة بالأوقاف بتقديم أرض فلاحية مغروسة بالأشجار المثمرة إلى جهة أخرى تقوم باستثمارها عن طريق سقيها والعناية بها مقابل جزء معين من الثمر، إضافة لهذا يشترط فيه أن يبذل عناية الرجل العادي في أرضه، أي يقوم بكل ما يلزم لإصلاح الشجر تقيدا بما جرى عليه العرف في المساقاة (3).

¹ ابن رشد، المقدمات الممهدة، دار الغرب الاسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، 1988، الجزء 2، ص 552.

² زردوم صورية، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، قانون عقاري، جامعة باتنة، كلية الحقوق، 2009 / 2010، ص 141.

³ رمول خالد، المرجع السابق، ص 182.

2- محل عقد المساقاة: يكون محل المساقاة أرضا زراعية مشجرة، ويجب أن يكون محل العمل وهو الشجر موجودا عند إبرام العقد، فلا تجوز المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية، أو الوصف النافي للجهالة، فإذا ساقاه على شجر بغير رؤية ولا صفة فلا يصح، لأنه عقد على مجهول⁽¹⁾.

وأن يكون من الشجر الذي فيه ثمر، فأما ما لا ثمر له من الشجر كالصفصاف ونحوه، أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر فلا يجوز المساقاة عليه⁽²⁾، وأن لا يكون قد بدأ صلاحه، أي ظهرت ثماره ولم يعد بحاجة لخدمة العامل⁽³⁾.

3- الثمار (الأجرة): تقوم الثمار في عقد المساقاة مقام الأجرة طبقا للفقرة الثالثة من المادة 26 مكرر 1 قانون 07/01، والتي تنص على أن " عقد المساقاة هو إعطاء الشجر للاستغلال لمن يصلحها مقابل جزء معين من ثمره "، فهي تعتبر مقابل لما قام به العامل المساقى من عمل، وما قدمه للوقف من خدمة، أي أن العوض في عقد المساقاة يكون من ثمر الشجر المعقود على خدمته، فلا يصح أن يأخذ العامل من جهة الوقف نقودا⁽⁴⁾.

ويجب أن يكون نصيب العامل في الشجر معلوما ومحددا، ويتم تحديد النصيب بالنصف أو الربع وما إلى ذلك دون تحديد مقدار معين⁽⁵⁾، وأن يكون مشاعا في جميع ما تنتجه الأرض من شجر، إذ لا يصح أن يشترط أحد الأطراف أن يكون الثمر كله، أو ثمر شجر معين له⁽⁶⁾.

¹ ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ص 33. - ابن رشد، المرجع السابق، ص ص (547 - 548).
² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 633. - أحمد إدريس عبده، فقه المعاملات، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، د ط، د س ن، ص 481.
³ محمد محمود العجلوني، المرجع السابق، ص 279.
⁴ - ابن رشد، المرجع نفسه، ص ص (556 - 557). - وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 641.
⁵ علي محمد علي المومني، المرجع السابق، ص 94. - عبدالله بن عبد العزيز العنقري، المرجع السابق، ص 282.
⁶ محمد نووي بن عمر الجاوي، قوت الحبيب الغريب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1998، ص ص (261 - 262).

4- العمل: يشترط في العمل أن يكون على الساقى، فلا يجوز للمالك الاشتراك معه في العمل وأن يقتصر عمله على المساقاة، فلا يشترط عليه ضم عمل آخر لا يدخل في جنس عمله⁽¹⁾.

وأن يكون عمل العامل مما يعود نفعه على الشجر، من سقي وتلقيح، فلا يجوز اشتراط العمل الذي يعود بالنفع على الأرض، كحفر المساقى لبئر مثلاً⁽²⁾.

5- الصيغة: وهي اللفظ الدال على عقد المساقاة، نحو عاملت وساقيت، وبما يدل عليه العرف من صيغ على المساقاة⁽³⁾.

رابعاً: آثار عقد المساقاة وطرق انتهائه

يرتب عقد المساقاة على غرار باقي العقود التزامات على عاتق كلا الطرفين، وينتهي هذا العقد بانتهاء المدة المتفق عليها.

1- آثار عقد المساقاة: يترتب على عقد المساقاة التزام الناظر بصفته ممثلاً للوقف، أو مديرية الشؤون الدينية والأوقاف بتمكين المساقى من استغلال الشجر محل المساقاة، ويلتزم المساقى بالقيام بسقيها والعناية بها حتى تستوي الثمرة⁽⁴⁾، وذلك مقابل حصة معينة من ثمر هذه الأشجار، وذلك طبقاً لنص المادة 26 مكرر 1 من قانون 07/01، المعدل والمتمم لقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.

2- انتهاء عقد المساقاة: ينقضي عقد المساقاة بنفس الأسباب التي ينقضي بها عقد المزارعة، غير أن الاختلاف بينهما يكمن في انتهاء المدة قبل نضج المحصول، فإذا انقضت المدة في عقد المساقاة قبل استواء الثمرة، فإنه يكون للعامل الحق في أن يقوم على الأشجار حتى تنضج ثمرتها، ولكن لا يكلف

¹ جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة، دار الغرب الاسلامي، ط 1، 2003، الجزء 3، ص 915.

² محمد محمود العجلوني، المرجع السابق، ص 274.

³ ابن قدامة، المغنى، المرجع السابق، ص 556.

⁴ عبد الرحمن النجدي، الروض المربع، دار أضواء السلف، ط 1، 2007، الجزء 2، ص 120.

العامل بدفع أجرة حصته من الشجر، بعكس المزارعة، فللمالك الحق في مطالبة المزارع بعد انقضاء المدة بأجر مثل أرضه التي عليها زرعه إلى حين أن ينتهي⁽¹⁾.

وقد ينتهي العقد لأسباب طارئة تكون دافعة إلى انقائه، كما لو أصاب الثمر جائحة*، أو فسخ العقد المبرم بين صاحب الأرض والعامل، كموت العامل قبل غرس الأشجار، أما إذا مات بعد الغرس، فلورثته أن ينبوه في المساقاة، وإن اتفق الطرفان على الفسخ، فسخت المساقاة، أما إذا هرب العامل فتمت المساقاة من طرف عامل آخر مقابل أجرة تخصم من نصيب العامل الهارب⁽²⁾.

يعتبر عقدي المزارعة والمساقاة من أنجع السبل لاستغلال الأراضي الفلاحية الوقفية سواء من الناحية الاقتصادية، وذلك أن الأرض تبقى على صلة بمالكها، وهي الجهة المسؤولة عن الوقف، الأمر الذي يجعلها تهتم بتحسينها ورعايتها وتجديد طرق تسميرها والاستفادة منها، ومن ناحية أخرى فإنها تعمل على مضاعفة القدرة الإنتاجية للأرض، كما هو الحال في الإيجار.

المطلب الثاني: استثمار الأراضي الوقفية القابلة للبناء

لقد تطورت الصيغ الخاصة بتسمير الأملاك الوقفية، والهدف من ذلك هو الحفاظ على هذه الأملاك وتنميتها، ومن بين هذه الصيغ التي نص عليها المشرع الجزائري عقد المقاول (الفرع الأول)، غير أن هناك صيغا أخرى جديدة استحدثت لتمويل الأوقاف، مع أن المشرع الجزائري لم ينص عليها في قانون الأوقاف، ومن هذه الصيغ نجد نظام BOT (الفرع الثاني).

¹ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 27. - وهبه الزحيلي، المرجع السابق، ص 633.

* الجائحة: الجائحة هي آفة طبيعية تهلك الثمار، وتكون الإصابة بعد بدو صلاح الثمر، وقبل قطفه. - محمود فهد مهيدات، القواعد الفقهية وأثرها في المعاملات المالية، نظرية الظروف الطارئة، دائرة الافتاء العام، الأردن، ص 20.

² رمول خالد، المرجع السابق، ص 137.

الفرع الأول: عقد المقاولة " الاستصنع " *

أقر المشرع الجزائري إمكانية إبرام عقد المقاولة كأسلوب من أساليب تثمير العقارات الوقفية المبنية أو القابلة للبناء، بموجب المادة 26 مكرر 6 في فقرتها الأولى من قانون 07/01، والتي نصت على أنه " يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمي الأملاك الوقفية بعقد المقاولة، سواء كان الثمن حاضرا كلياً أو مجزئاً، وفي إطار أحكام الأمر 58/75... "، وقد أحال قانون الأوقاف بخصوص تطبيق أحكامه إلى القانون المدني⁽¹⁾ لا سيما المادة 549 وما بعدها، وذلك من حيث تحديد الثمن، والالتزامات والحقوق المتقابلة بين الموقوف والجهة الموقوف عليها، وكذا انقضاء عقد المقاولة⁽²⁾.

وتطبيقاً لنص المادة 549 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، والمادة 26 مكرر 6 من قانون 07/01، فإن عقد المقاولة هو عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، ويكون الثمن حاضراً كلياً أو مجزئاً حسب الاتفاق المبرم بينهما⁽³⁾.

يتولى الناظر أو السلطة المكلفة بالأوقاف بتحديد طبيعة المشروع وصفاته، ثم تقوم الجهة الممولة بإنجاز المشروع وعند الانتهاء منه تتسلمه الأوقاف، وتقوم هذه الأخيرة بدفع الثمن إلى الجهة أو الشخص الممول على شكل أقساط منتظمة شهرية أو سنوية⁽⁴⁾، وفي حالة إذا لم يحدد الثمن سلفاً

* عقد الاستصناع من العقود التي أجازها جمهور الفقهاء، ويقصده: " عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل".

1 محمد كنانة، المرجع السابق، ص 174.

2 فنطازي خير الدين، المرجع السابق، ص 147.

3 رمول خالد، المرجع السابق، ص 143.

4 عماد حمدي محمد محمود، استثمار أموال الوقف وتطبيقاته المعاصرة، دار الكتب القانونية، مصر، الامارات، 2012،

ص ص (144-145). - أحمد حططاش، المرجع السابق، ص 120.

وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول، وهذا طبقا لنص المادة 562 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾.

ويجوز للنظر أو السلطة المكلفة بالأوقاف التحلل من عقد المقاولة المبرم ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمام العقد، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقته من المصاريف وما أنجزه من أعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل⁽²⁾، وفقا لنص المادة 566 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري.

كما ينقضي عقد المقاولة بوفاة المقاول، وفي هذه الحالة تلتزم الجهة القائمة على الوقف أن تدفع قيمة الأشغال المنجزة والمبالغ التي انفقته على تنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليها من هذه الأعمال والنفقات⁽³⁾.

يعد عقد المقاولة عقدا من العقود الاستثمارية، والذي يمكن أن يكون مرتكزا تعمل به مديرية الأوقاف لتشير أوقافها، وتحقيق ريع مالي تستخدمه في بعض منشآتها الوقفية، خاصة أنها تملك الأرض التي تقام عليها المشاريع الاستثمارية⁽⁴⁾.

¹ تنص المادة 562 من القانون المدني: "إذا لم يجدد الأجر سلفا وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول".

² زردوم صورية، المرجع السابق، ص 146.

³ المادة 570 من الأمر 58/75، المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07.

⁴ بن عزوز عبد القادر، المرجع السابق، ص 233.

الفرع الثاني: نظام "BOT" Building Operation Transfer (بناء - تشغيل - تحويل)

هو صيغة تمويلية مستحدثة⁽¹⁾، حيث يتولى هذا الأسلوب الطرق المتقدمة للعطاء، بإعداد تصميم المشروع، وتوفير التمويل اللازم للبناء والتشييد والإدارة والتشغيل والصيانة، مقابل ضمانه من الحكومة بشراء تلك السلعة أو الخدمة المنتجة من المشروع، خلال مدة زمنية تكون كافية لتغطية تكاليف القروض والتشغيل، وتوفير العائد لرؤوس الأموال المساهمة في المشروع، وفي نهاية المدة تُحول ملكية المشروع للجهة الأصلية وهي الحكومة، ويكون المشروع في حالة تشغيلية جيدة ودون أي تكاليف، وخالصا من أي التزامات⁽²⁾.

ومن هذا فإنه يمكن لمؤسسة الأوقاف أن تعتمد هذا النظام كونه لا يكلفها الكثير من الناحية المادية، ويسمح لها بتنمية وتوسيع خدماتها، ومساهمتها في تطوير المجتمع، وقد وجدت نماذج كثيرة لهذا النظام بحسب الصيغ الميدانية والمتدخلين فيها على أساس الشراكة، ومن هذه النماذج⁽³⁾:

- نموذج BOT : ويعني (بناء- تحويل - تشغيل)، حيث يقوم المتعهد بالإنجاز بتحويل المشروع إلى الجهة المستثمرة، ويقوم هو بالتشغيل مع تحمل الجهة المستثمرة تكاليف التأمين والصيانة على المشروع خلال فترة التشغيل.

- نموذج BOO: ويعني (بناء - تملك - تشغيل)، وفي هذا النموذج لا تكون الشركة أو المتعهد بإنجاز البناء مثلا ملتزما بتحويل ملكية المشروع للجهة المستثمرة الدولة مثلا.

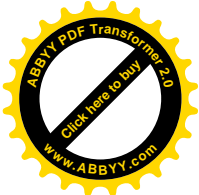
¹ محمد عبد الحليم عمر، الاستثمار في الوقف وفي غلاته وريعته، بحث مقدم لمجمع الفقه الاسلامي الدولي، الدورة 15 المنعقدة بمسقط، عمان، 2004، ص 24.

² فارس مسدور، تطوير صيغ تمويل واستثمار الأوقاف، (اقتصاد، إدارة، بناء، حضارة)، المؤتمر الثالث للأوقاف، المملكة العربية السعودية، 2009، ص 581.

³ فارس مسدور، المرجع نفسه، ص 583.

- نموذج BRT: ⁽¹⁾ يعني (بناء - تأجير - تملك)، يقوم المتعهد بإنجاز المشروع وتأجيره إلى الجهة المستثمرة خلال فترة معينة تنتهي بتملكه إياها.
 - نموذج BOOST: يعني (بناء - تملك - تشغيل - دعم - تحويل)، وتقوم هنا الجهة المستثمرة بتقديم دعم أو إعانة للمشروع خلال فترة التشغيل.
 - نموذج DBFOT: ويعني (تصميم - بناء - تمويل - تشغيل - إعادة)، وهنا يقوم المتعهد بالإنجاز بالتصميم والتمويل والبناء والتشغيل، ثم يعاد المشروع بعد مدة متفق عليها إلى الجهة المستثمرة.
- ويتضح من هذه النماذج أنها عملية، ولا تحتاج إلى تكاليف باهظة من الجهة التي تريد الاستفادة منها، والتي تكون في الغالب لا تملك قدرات كبيرة في التمويل ومنها مؤسسة الأوقاف، وبالتالي فإن هذا النظام يعتبر أسلوباً تمييزياً جيداً للأوقاف، كما أنه يصلح للمشاريع الكبرى خاصة التي تكون ثمرتها ذات أمد بعيد، ولا يصلح للمشاريع الصغرى.

¹ فارس مسدور، المرجع السابق، ص 583.



الفصل الثاني

التصرفات الواقعة على الأملاك

الوقفية في الظروف الإستثنائية



إلى جانب صيغ استثمار الأملاك الوقفية في الظروف العادية، أقر المشرع الجزائري صيغا أخرى والتي يسعى من خلالها إلى تطوير طرق ترميم الأملاك الوقفية، فبعدما كانت تستثمر بطرق عادية، أضيف إليها عقود أخرى للاستثمار في الظروف الاستثنائية، وهذا دليل على اهتمام المشرع بتطوير الأملاك الوقفية والاستفادة منها، وبالتالي المحافظة عليها من الاندثار والزوال، وذلك حتى تبقى تساهم في الاقتصاد الوطني.

وعلى هذا الأساس قسم هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول خصصناه لدراسة التصرفات الواقعة على الملك الوقفي المعطل، واستبدال الملك الوقفي في المبحث الثاني.

المبحث الأول: التصرفات الواقعة على الملك الوقفي المعطل

تطبيقا لنصوص المواد 26 مكرر 2، 26 مكرر 5، 26 مكرر 7 من قانون 07/01، أوجد المشرع الجزائري عقودا لاستغلال وتثمين الأملاك الوقفية، والتي تختلف باختلاف نوعها، فإذا كانت أراضي وقفية عاطلة أو بور فإنها تنمى عن طريق عقد الحكر (المطلب الأول)، أما إذا كانت أراضي قابلة للبناء أو مبنية معرضة للخراب والاندثار فتستغل بواسطة عقد المرصد وعقد الترميم والتعمير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تثمين الأراضي الوقفية البور (العاطلة) بواسطة عقد الحكر

يقصد بالأراضي الوقفية البور تلك الأراضي التي لم تعد صالحة للزراعة والغراس، أي أنها معطلة على الإنتاج ويحتاج إنمائها لأموال كثيرة⁽¹⁾، لذا أوجد المشرع الجزائري أسلوبا لاستغلال وتثمين مثل هذا النوع من الأوقاف عن طريق عقد الحكر، وقد نص عليه في المادة 26 مكرر 2 من قانون 07/01، وهذا ما سنتناوله من خلال مفهومه (الفرع الأول)، أركانه (الفرع الثاني)، آثار عقد الحكر (الفرع الثالث)، انتهاء عقد الحكر (الفرع الرابع).

الفرع الأول: مفهوم عقد الحكر

الحكر صيغة ابتكرها الفقهاء للاستغناء بها عن بيع الوقف أو استبداله⁽²⁾، وهو عقد من عقود الإجارة الطويلة التي ترد على الوقف، وقد اختلف الفقهاء في حكر الوقف، إلا أن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أنه جائز حتى ولو اشترط الواقف منعه، إذا توافرت الشروط التالية: أن يكون الوقف قد تخرب وتعطل الانتفاع به، ألا يكون لدى إدارة الوقف أو الناظر أموال يعمر بها، ألا يوجد من يقرض الوقف المقدار المحتاج إليه⁽³⁾.

¹ زردوم صورية، المرجع السابق، ص 143.

² منذر قحف، المرجع السابق، ص 248.

³ عبد الرزاق بوضياف، المرجع السابق، ص 129.

ويعرف الحكر أيضا بأنه حق عيني يخول للمحتكر الانتفاع بأرض موقوفة بالبناء عليها أو بالغرس أو بأي غرض آخر، وذلك مقابل أجره معينة وهو حق متفرع عن الملكية، حيث تكون رقبة الأرض المحكرة لجهة الوقف، أما الانتفاع فيكون للمحتكر⁽¹⁾.

فحق الحكر يختلف عن حق الانتفاع من عدة وجوه، فهو يكون دائما مالا عقاريا باعتباره أنه لا يرد إلا على أرض موقوفة، وهو لا ينتهي بوفاة المحتكر بخلاف حق الانتفاع⁽²⁾.

وعقد الحكر عقد قديم كرسه الفقه الإسلامي قبل القوانين الوضعية⁽³⁾، ومن بينها التشريع الجزائري، وذلك من خلال نص المادة 26 مكرر 2 من قانون 07/01 "يمكن أن تستثمر، عند الاقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة للبناء و/ أو للغرس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد، مع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد، مقابل حقه في الانتفاع بالبناء و/ أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد".

وبالتالي فعقد الحكر هو إعطاء الأرض الموقوفة العاطلة لمن يقوم عليها بالبناء أو الغراس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض وقت إبرام العقد، مع التزام المحتكر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء أو الغراس⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: أركان عقد الحكر

لا ينشأ حق الحكر إلا بمقتضى عقد يتم في الشكل المطلوب، لضرورة أو مصلحة على عين موقوفة لمدة محددة وإن كانت طويلة، مقابل أجره معينة يدفعها المحتكر.

¹ محمد كنازة، المرجع السابق، ص ص (171 - 172).

² رمول خالد، المرجع السابق، ص 138.

³ نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د ط، 1995، ص 289.

⁴ عبد الرزاق بوضياف، المرجع السابق، ص 131.

أولاً: الشكلية في عقد الحكر

ينعقد عقد الحكر بموجب التراضي بين الطرفين، وهما السلطة المكلفة بالأوقاف كطرف مؤجر، والطرف الثاني وهو المحتكر للملك الوقفي⁽¹⁾.

وإن كانت التشريعات العربية كالتشريع الأردني⁽²⁾ والتشريع المصري تشترط لإنشائه وجود إذن المحكمة المختصة⁽³⁾، وهو عقد كباقي العقود الأخرى يشترط فيه الرسمية والتسجيل والشهر العقاري، باعتباره يرتب حقا عينيا على العين الموقوفة طبقا لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، وكذا نص المادة 793 من نفس القانون " لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار "، وذلك حتى يكون له حجة تجاه الغير، وأيضا المحافظة على الملك الوقفي من آثار مثل هذه التصرفات الخطيرة بسبب مدتها الطويلة على استمرارية الانتفاع بالوقف دون تقييدها في وثائق رسمية⁽⁴⁾.

ثانياً: محل عقد الحكر

يكون محل العقد أرضاً موقوفة عاطلة، فلا يجوز إنشاء حق الحكر على أرض غير موقوفة⁽⁵⁾ وهو ما نصت عليه المادة 26 مكرر 2 من قانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، على أنه: " يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر ".

¹ رمول خالد، المرجع السابق، ص 139.

² تنص المادة 1250 من القانون المدني الأردني: "يجب أن يتم بإذن المحكمة المختصة، وأن يسجل بعد ذلك في دائرة التسجيل".

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء 6، المجلد 2، ص 1445.

⁴ بن مشرّن خير الدين، المرجع السابق، ص 223.

⁵ رمول خالد، المرجع نفسه، ص 139.

ثالثا: مدة عقد الحكر

يتضمن عقد الحكر مدة محددة، وإن كانت طويلة⁽¹⁾، لكن المشرع الجزائري في المادة 26 مكرر 2 من قانون 07/01 لم يحدد المدة، واكتفى بالنص على أن الحكر يكون لمدة معينة، دون تحديد الحد الأقصى له تاركا ذلك لاتفاق الأطراف⁽²⁾، على عكس بعض التشريعات العربية التي تشترط الحد الأقصى لعقد الحكر كالتشريع الأردني الذي نص في مادته 1251 من القانون المدني الأردني على أنه لا يجوز التحكير لمدة تزيد عن خمسين سنة⁽³⁾، بينما المشرع المصري فقد حدد المدة القصوى في المادة 999 من القانون المدني المصري على أن لا تزيد عن ستين سنة⁽⁴⁾.

رابعا: الأجرة في عقد الحكر

الأجرة في تحكير الأراضي الموقوفة لا يجوز أن تكون بأقل من أجر المثل وقت التحكير، وهذه الأجرة المتفق عليها لا تبقى ثابتة بل تزيد وتنقص تبعا لزيادة أجر المثل أو نقصه، وهذا ما يعرف بتصقيع الحكر وهو حكم مأخوذ من الشريعة الإسلامية⁽⁵⁾.

أما المشرع الجزائري فلم ينص على وجوب أجرة المثل، كما في عقد الإيجار العادي وذلك بموجب نص المادة 22 من المرسوم التنفيذي 381/98 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك⁽⁶⁾، غير أنه جعل على عاتق المحتكر دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت وقت إبرام العقد، والتزامه بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء أو الغراس الذي أنشأه، طبقا لنص المادة 26 مكرر 2 من قانون 07/01.

¹ عبد الرزاق بوضياف، المرجع السابق، ص 130.

² سعاد لعمارة، المرجع السابق، ص 87.

³ يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، 2011، ص 227.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، لوجع السابق، الجزء 6، المجلد 2، ص 1451.

⁵ راغب السرجاني، المرجع السابق، ص 51 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 1458.

⁶ تنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي 381/98: "... يحدد السعر الأدنى بإيجار المثل...".

كما أن المنتفع لا يمكنه أن يسترد مبلغ التسبيق المعادل لثمن الأرض إذا قرر إلغاء عقد الحكر قبل انتهاء مدته⁽¹⁾.

الفرع الثالث: آثار عقد الحكر

يترتب على عقد الحكر حقوق تثبت للمحتكر والتزامات تقع عليه وتتمثل في:

أولاً: حقوق محتكر الملك الوقفي

حق الحكر يمنح المحتكر حقاً عينياً يخوله الانتفاع بأرض موقوفة، شرط أن تكون هذه الأعمال التي يجريها في الأرض ترمي إلى تحسينها، فله أن يقيم مبان عليها أو استعمالها للغراس أو لأي غرض آخر لا يضر بالوقف⁽²⁾.

وللمحتكر أن يتصرف في حقه وينقل هذا الحق بالميراث أو بأي تصرف آخر⁽³⁾، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 26 مكرر 2 "...وتوريثه خلال مدة العقد"، مع مراعاة المادة 25 الفقرة 1 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، والتي لا تعطي للمحتكر الحق في تملك البناء والغراس الذي أقامه حيث نصت على " كل تغيير يحدث بناء كان أو غرساً، يلحق بالعين الموقوفة ويبقى الوقف قائماً شرعاً مهما كان نوع ذلك التغيير"، أي أنه حتى وإن كان حق الحكر مسبباً بعقد قانوني، إلا أن حق المحتكر ينحصر في الانتفاع ولا يرقى إلى درجة التملك النهائي وينتهي بانتهاء المدة⁽⁴⁾، بخلاف المشرع

¹ زردوم صورية، المرجع السابق، ص 144.

² نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 293. - منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف، دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط1، 2011، ص ص (161 - 162).

³ رمول خالد، المرجع السابق، ص 140.

⁴ فنطازي خير الدين، المرجع السابق، ص 145.

المصري الذي يعطي حق الملكية على البناء والغراس الذي يقيمه على الملك الوقفي طبقا لنص المادة 1002 من القانون المدني المصري⁽¹⁾.

كما أن حق الحكر يعطي لصاحبه الحق في أن يوصي به وينتقل عنه بالميراث ويبقى بعد وفاة صاحبه، ولا ينتهي بوفاته خلافا لحق الانتفاع لأنه حق يقترن بحق الرقبة⁽²⁾.

ثانيا: التزامات المحتكر

على المحتكر أن يلتزم بدفع إيجار سنوي، بالإضافة إلى دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد، وهذا طبقا لنص المادة 26 مكرر 2 من قانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.

كما يلتزم بإصلاح الأرض وجعلها صالحة للاستغلال وعمارتها والبناء عليها، مراعيًا الشروط المتفق عليها وطبيعة الأرض الموقوفة، والغرض الذي أعدت لأجله، كأن تكون أرض عالية غير مستوية فيقوم بتسويتها، أو أن تكون أرض زراعية فلا يجوز له أن يحولها إلى أرض بناء والعكس، وما يقضي به في عرف المكان الذي تقع به أملاك الوقف وعقاراته⁽³⁾.

كما يلتزم ببذل عناية الرجل العادي في المحافظة على العين الموقوفة ورد كل تعدي يصدر من الغير عليها، وفي حالة إخلال المحتكر بالتزاماته، وجب تطبيق القواعد العامة، فيجوز طلب حق الفسخ أو التنفيذ العيني من قبل المحكر مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك⁽⁴⁾.

¹ تنص المادة 1002 من القانون المدني المصري: "يملك المحتكر ما أحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكا تاما، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر".

² زهدي يكن، أحكام الوقف، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ط1، د س ن، ص 177.

³ يوسف محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 227. - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 295. - محمد قدرى باشا، قانون العدل والانصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف، مكتبة الأهرام، مصر، د ط، 1928، ص 148.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء 6، المجلد 2، ص 1481.

الفرع الرابع: انتهاء عقد الحكر

ينقضي عقد الحكر بانتهاء المدة المحددة له في العقد، وقد ينتهي قبل حلول الأجل، وذلك إما لأسباب خاصة بالحكر، أو لأسباب تعود للقواعد العامة.

أولاً: الأسباب الخاصة لانتهاء عقد الحكر

- موت المحتكر قبل أن يقوم بعملية البناء أو الغراس⁽¹⁾.
- زوال صفة الوقف على الأرض المحتكرة: ينتهي حق الحكر قبل حلول الأجل إذا زالت صفة الوقف عن الأرض المحكرة كاستبدالها، أو إبطال الوقف في حد ذاته⁽²⁾.

ثانياً: انتهاء عقد الحكر لأسباب ترجع للقواعد العامة

- اتحاد الذمة: وذلك إذا تملك مالك الرقبة المنفعة، أو تملك المحتكر حق الرقبة، كأن اشترى أحدهما من الآخر حقه وأصبح مالكا للأرض ملكية تامة⁽³⁾.
- عدم استعمال الأرض المحتكرة: الذي يعتد به في انتهاء الحكر هو حالة الحكر ذاته لا حالة الأرض المحكرة، فإذا كان حق الحكر غير موقوف فإنه يسقط بعدم استعماله مدة 15 سنة، وإذا كان حق الحكر موقوفاً، انتهى بعدم الاستعمال مدة 33 سنة⁽⁴⁾.

¹ رمول خالد، المرجع السابق، ص 141.

² نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص (296 - 297).

³ علي الهادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 8، 2011، ص 219.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء 6، المجلد 2، ص 1496.

كما قد ينتهي بهلاك الأرض محل الحكر، وهذا طبقا لنص المادة 481 من القانون المدني الجزائري 05/07، والتي تنص على " إذا هلكت العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار هلاكا كلياً يفسخ الإيجار بحكم القانون ".

في الواقع أن الحكر يعتبر أجدى اقتصاديا على الأوقاف، ذلك لأن المبلغ الذي تأخذه الأوقاف مقابل بيعها حق الحكر يمكن أن تستخدمه في تمويل عقارات ووقفية أخرى، إذا تم استثماره بطريقة مجدية.

المطلب الثاني: تسمير الأملاك الوقفية القابلة للبناء والمبنية المعرضة للخراب والاندثار

بموجب نص المادتين 26 مكرر 5 و 26 مكرر 7، اهتدى المشرع الجزائري إلى النص على عقود يمكن من خلالها استغلال وتسمير الأراضي القابلة للبناء والمبنية بعقد المرصد (الفرع الأول)، والأراضي المبنية المعرضة للخراب والاندثار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تسمير الأملاك الوقفية القابلة للبناء والمبنية بعقد المرصد

نصت المادة 26 مكرر 5 من القانون 07/01، على استغلال الأراضي الموقوفة القابلة للبناء بعقد المرصد، غير أن المشرع الجزائري لم ينظم أحكام هذا العقد، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد مفهومه، وشروطه، وأثاره.

أولاً: مفهوم عقد المرصد

المرصد مشتق من الإرصاء، أي الإعداد يقال أرصده للدين، أي أعده⁽¹⁾، وهو من عقود الإيجار الطويلة التي تقع على الوقف⁽²⁾.

¹ ابن المنصور، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1، المجلد 6، ص 160.

² زهدي يكن، المرجع السابق، ص 178.

وعرفه الفقه الإسلامي بأنه اتفاق بين إدارة الوقف وبين المستأجر على أن يقوم بإصلاح الأرض وعمارته، وتكون نفقات الإصلاح والعمارة دينا مرصدا على الوقف، يأخذه المستأجر من الناتج ثم يعطي للواقف بعد ذلك الأجرة المتفق عليها⁽¹⁾.

وقد عرف مرشد الحيران المرصد على أنه: "دين مستقر على جهة الوقف للمستأجر الذي عمر من ماله، عمارة ضرورية في مستغل من مستغلات الوقف بإذن ناظره، عند عدم مال حاصل في الوقف وعدم من يستأجره بأجرة معجلة يمكن تعميره منها"⁽²⁾.

فالمرصد يلجأ إليه عندما يكون وقف خرب ومهدم غير صالح للانتفاع، ولا توجد غلة ينفق منها على إصلاحه وعمارته، ولا يرغب أحد في استجاره لمدة طويلة تؤخذ منه أجرة معجلة لإصلاحه، لكن يوجد من يستأجره فقط وينفق على إصلاحه وعمارته، على أن يكون ما أنفقه دينا مرصدا على الوقف، وحينئذ لا تبقى إلا هذه الطريقة التي تأتي في آخر المراتب من الطرق الممكنة لإجارة الوقف⁽³⁾.

أما المشرع الجزائري فقد نص على عقد المرصد في المادة 26 مكرر 5 بقوله "يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمي الأرض الموقوفة بعقد المرصد الذي يسمح بموجبه لمستأجر الأرض بالبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء، وله حق التنازل عنه باتفاق مسبق طيلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار".

ويتم إبرام هذا العقد وفقا للقواعد العامة، على أنه يشترط فيه الكتابة باعتباره دينا على الوقف، وذلك حفاظا على الملك الوقفي المؤجر، كما يخضع لأحكام الشهر العقاري⁽⁴⁾.

¹ سامي محمد الصلاحيات، الإعلام الوقفي، دور وسائل الإتصال الجماهيري في دعم وتطوير أداء المؤسسات الوقفية، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، ط 1، 2006، ص ص (125 - 126).

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء 6، المجلد 2، ص 1437.

³ عبد الرزاق بوضياف، المرجع السابق، ص 132.

⁴ بوليق فاطمة الزهراء، استثمار الأملاك العقارية الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، قانون عقاري، جامعة المدية، كلية الحقوق، 2011/2012، ص 38.

وبالتالي يعتبر عقد المرصد نوعاً مميزاً من الإيجارات، فهو يسمح للمنتفع بالبناء فوق أرض الوقف مقابل استغلال إيرادات البناء، على أن يكون ما أنفقه ديناً على الوقف يستوفيه من أجرة الوقف بالتقسيط⁽¹⁾، وللمنتفع أن يتنازل عن حق الاستغلال ويكون ذلك باتفاق مسبق مع إدارة الوقف قبل البناء وطيلة مدة الاستغلال مع مراعاة المادة 25 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.

ثانياً: شروط عقد المرصد

بما أن المشرع الجزائري لم ينظم أحكام عقد المرصد واشترط لصحته أن يتعلق التثمين بالبناء فقط، مما يتوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والتي ذهب فقهاؤها إلى تقريره على العقارات بصفة عامة حفاظاً على ديمومة الانتفاع بالوقف، إلى أن عقد المرصد لا يمكن أن يُوتَبَ على الوقف إلا إذا تحقق شرطان هما:

1- ليس للوقف غلة يعمر بها الوقف: يتم اللجوء إلى عقد المرصد عندما تكون أرض خربة أو مهدمة، ولا توجد غلة لإصلاحها وعمارتها، فإذا وجد مال حاصل من الوقف، فلا يمكن تأجيله بطريق المرصد، ويثبت ذلك من قبل السلطة الوصية بعد الخبرة والمعاينة بأن هناك مصلحة للوقف في تأجيله بطريق المرصد⁽²⁾.

2- عدم وجود من يستأجر الوقف بأجرة معجلة: فإذا وجد من يستأجره بأجرة معجلة تعمر بها عين الوقف الخربة، كان ذلك أولى من إيجاره بعقد المرصد، أما إذا ثبت عدم إمكانية استئجاره بأجرة معجلة ولمدة طويلة تنفق على تعميده وإصلاحه، يجعل ناظر الوقف يلجأ إلى القاضي للإذن للمستأجر بالعمارة، ويحقق القاضي في الأمر، وإذا ثبت له ما قاله الناظر، أذن للمستأجر بإيجار العقار عن طريق

¹ عبد الرزاق بوضيف، المرجع السابق، ص 132.

² زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص 178.

المرصد، وأجاز له أن ينفق بدل الإيجار على عمارة الوقف، على أن يكون ما أنفقه دينا مرصدا على الوقف⁽¹⁾.

ثالثا: آثار عقد المرصد

تتمثل آثار عقد المرصد في حقوق المرصد له والتزاماته.

1- حقوق صاحب المرصد: تتمثل في:

أ - حق استغلال إيرادات البناء لمدة معينة: حق المرصد له استغلال إيرادات البناء الذي أنشأه، وهذا وفقا لنص المادة 26 مكرر 5 من قانون 07/01 بنصها " يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمي الأرض الموقوفة بعقد المرصد الذي يسمح بموجبه لمستأجر الأرض بالبناء فوقها، مقابل استغلال إيرادات البناء..."، ويكون هذا الاستغلال حسب طبيعة البناء ونوعه، على أن لا يخالف في ذلك النظام العام والآداب العامة، ويستمر الاستغلال إلى حين استيفاء الدين المرصود على الوقف⁽²⁾.

ب - حق المرصد له في التنازل عن استغلال إيرادات البناء: أقر المشرع الجزائري التنازل عن حق الاستغلال على إيرادات البناء الذي أقامه المرصد له، لا على البناء في حد ذاته لأنه ملك لجهة الوقف طبقا لنص المادة 25 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، كما أضاف شرطين آخرين وجود اتفاق مسبق، وألا تتجاوز مدة الاستغلال مدة استهلاك قيمة الاستثمار⁽³⁾.

¹ زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص 212.

² لعمارة سعاد، المرجع السابق، ص 80.

³ تنص المادة 26 مكرر 5 من قانون 07/01: "...وله حق التنازل عنه باتفاق مسبق طيلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار...".

ج - حق الاستغلال ينتقل إلى الورثة في المدة المتفق عليها: إذا توفي صاحب حق المرصد قبل استيفائه لقيمة الدين الذي هو عمارة الوقف بالبناء عليه، انتقل هذا الحق إلى الورثة⁽¹⁾.

2- التزامات صاحب حق المرصد: يلتزم بالبناء فوق أرض الوقف، ودفع أجرة الأرض المتفق عليها.

أ - الالتزام بالبناء: يلتزم المستأجر بإنجاز البناء فوق الأرض الموقوفة، على أن يكون ذلك مقابل استغلال إيرادات البناء، ويكون ما أنفقه دينا مُرصد على الوقف طبقا لنص المادة 26 مكرر 5 من قانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.

ب - الالتزام بدفع أجرة الأرض: يلتزم المستأجر بدفع الأجرة التي يقتطع بعضها من أصل الدين، ويدفع البعض الآخر لجهة الوقف بصورة دورية ومنتظمة، فأصل الدين هو المبلغ الذي صرفه المستأجر على عمارة الوقف الذي يقره مؤجر الوقف في عقد المرصد⁽²⁾.

وينتهي عقد المرصد باستيفاء صاحب حق المرصد لقيمة استثماره على العين الموقوفة، كما قد ينتهي بالطرق العامة لانتهاء العقود كهلاك العين الموقوفة أو الفسخ⁽³⁾.

الفرع الثاني: تدمير الأملاك الوقفية المبنية المعرضة للخراب والاندثار بعقد الترميم والتعمير

حفاظا على ديمومة الأملاك الوقفية بما يجعلها تؤدي الغرض الذي وضعت من أجله، أقر المشرع الجزائري نوعا آخر من أنواع الإيجارات الحديثة لاستغلال وتنمية العقارات الوقفية المبنية المعرضة للخراب والاندثار، وذلك بمقتضى القانون 01 / 07 في المادة 26 مكرر 7 منه، والتي نصت على

¹ بن مشرن خير الدين، المرجع السابق، ص 215.

² فنطازي خير الدين، المرجع السابق، ص 146.

³ بن مشرن خير الدين، المرجع نفسه، ص 215.

أنه: " يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمى العقارات الوقفية المبنية المعرضة للخراب والاندثار بعقد الترميم أو التعمير...".

أولاً: مفهوم عقد الترميم والتعمير

يقصد بعقد الترميم والتعمير قيام السلطة المكلفة بتسيير الأوقاف، بإبرام عقد إيجار مع شخص طبيعي أو معنوي، عام أو خاص، على ملك وقفي خرب ومعرض للاندثار، يلتزم بموجبه المستأجر بدفع نفقات الترميم والتعمير، وبالمقابل تلتزم السلطة المكلفة بالأوقاف بإيجار العين محل الترميم والتعمير إلى المستأجر، على أن تخصم هذه النفقات المتفق عليها من الإيجار⁽¹⁾.

وبالتالي فهو إيجار من نوع خاص ينصب على أراضي الوقف المبنية المعرضة للخراب والاندثار، ولا يلجأ إليه، إلا عند الضرورة كما لو كان بناء الوقف خرباً وبحاجة للإصلاح والتعمير، ولا يوجد من يستأجره، ويدفع النفقات اللازمة لإصلاحه وتعميره⁽²⁾.

وعقد الترميم والتعمير لا يرتب حقاً عينياً للمستأجر على الأرض الموقوفة، ولا على ما فوقها من بناء، فلا يمنح لصاحبه، إلا حقاً شخصياً⁽³⁾، أي ما قام به من ترميم لا يرتب إلا حق الدائنية فيمكنه المطالبة بما صرفه في إصلاح الوقف، فإذا فسخ العقد يلتزم الناظر بصفته ممثلاً للوقف بتعويض المستأجر عن النفقات التي صرفها في إصلاح العقار الموقوف⁽⁴⁾.

يختلف عقد الترميم والتعمير عن عقد المرصد من حيث، أن عقد الترميم والتعمير يقع على أرض مبنية معرضة للخراب والاندثار، في حين عقد المرصد يرد على أرض غير مبنية، ويختلفان أيضاً من

¹ أحمد حططاش، المرجع السابق، ص 115.

² بن مشرّن خير الدين، المرجع السابق، ص 217.

³ فؤاد عبد الله العمر، استثمار الأموال الموقوفة، الشروط الاقتصادية ومستلزمات التنمية، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، ط 1، 2007، ص 77.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء 6، المجلد 1، ص 211.

حيث أن صاحب حق الترميم والتعمير لا يمكنه التنازل عن حقه فيما قدمه للوقف ولا توريثه، بينما صاحب حق المرصد يملك حق التنازل بالاتفاق المسبق وطيلة مدة الاستغلال، ويتشابه مع عقد المرصد من حيث أن الحق المترتب على الملك الوقفي هو دينا على الوقف⁽¹⁾.

ثانيا: شروط عقد الترميم والتعمير

حتى ينعقد إيجار الوقف عن طريق الترميم والتعمير، ينبغي أن تكون العين الموقوفة عقارا مبنيا معرضا للخراب والاندثار، وهو ما نصت عليه المادة 26 مكرر 7 " يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمي العقارات الوقفية المبنية المعرضة للخراب والاندثار بعقد الترميم أو التعمير...".

وهذا يعني أن محل عقد الترميم والتعمير يكون وقف مبنى معرض للخراب والاندثار، وبجاجة إلى إصلاح وترميم، كما يشترط فيه كذلك عدم إمكانية إيجاره إيجارا عاديا، إضافة إلى عدم وجود مال حاصل يعمر به الوقف⁽²⁾.

وتثبت حالة الوقف الخرب بواسطة محضر معاينة الذي تقوم به لجنة إدارية تابعة لمديرية الشؤون الدينية والأوقاف، والتي في دائرة اختصاصها الملك الوقفي، وذلك تحت رئاسة وكيل الأوقاف، بالإضافة إلى المصالح المختصة بإدارة أملاك الدولة ومديرية البناء والتعمير⁽³⁾.

ويبرم هذا العقد كطرف مؤجر مديرية الشؤون الدينية والأوقاف طبقا لنص المادة 3 من المرسوم التنفيذي 200 / 2000⁽⁴⁾، والتي تنص على: " تكلف مديرية الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية

¹ لعمارة سعاد ، المرجع السابق، ص ص (81 - 82) .

² بارة فتيحة، المرجع السابق، ص 96.

³ تنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي 381/98: " يراقب وكيل الأوقاف على صعيد مقاطعته تحت اشراف ناظر الشؤون الدينية، موقع الملك الوقفي ويتابع أعمال نظار الأملاك الوقفية...".

⁴ المرسوم التنفيذي 200/2000، المؤرخ في 26 يوليو 2000 الذي يحدد قواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها، ج ر العدد 47، 2000 .

على الخصوص بما يلي: ... إبرام عقود إيجار الأملاك الوقفية واستثمارها في الحدود التي يمنحها التشريع والتنظيم المعمول بهما...".

ثالثا: آثار عقد الترميم والتعمير

يرتب عقد الترميم والتعمير وفقا لنص المادة 26 مكرر 7 من قانون 07/01 التزامين على عاتق المستأجر، دفع قيمة الترميم والتعمير، مع التزامه بدفع الأجرة.

1- الالتزام بدفع قيمة الترميم والتعمير: يلتزم المستأجر بدفع مبلغ يقارب قيمة الترميم والتعمير وذلك لأجل إصلاح عين الوقف المعرضة للخراب والاندثار، وتحدد هذه القيمة حسب طبيعة الملك الوقفي المبني ودرجة خرابه واندثاره، ويتولى الخبير العقاري تحديد قيمة الأضرار، وعلى إثرها يقدر مبلغ الإصلاح والتعمير⁽¹⁾.

2- التزام المستأجر بدفع الأجرة: باعتبار أن العقد هو عقد إيجار، فيلزم المستأجر بدفع الأجرة، مع أن المشرع الجزائري لم يحدد في المادة 26 مكرر 7، فيما إذا كانت الأجرة تدفع شهريا أو سنويا، مع العلم أن قيمة الترميم والتعمير تخصم من مبلغ الإيجار الذي دفعه المستأجر باعتباره دينا على الوقف، وفي مقابل ذلك يثبت للمستأجر حق استغلال الملك الوقفي الذي رممه⁽²⁾.

وينقضي عقد الترميم والتعمير بانتهاء مدة استهلاك قيمة الترميم والتعمير، وقد ينتهي بتسديد الدين المترتب على الملك الوقفي من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف، كما قد ينتهي بهلاك العين الموقوفة أو بالفسخ وفقا للقواعد العامة⁽³⁾.

¹ جيدل كريمة، المرجع السابق، ص 36.

² بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص 219.

³ لعمارة سعاد، المرجع السابق، ص 83.

وما نخلص إليه أن المشرع الجزائري قرر هذه الأنواع من العقود، وذلك بهدف استغلال وتثمين الأملاك الوقفية القابلة للبناء والمبنية المعرضة للخراب والاندثار، وكذا الأراضي الوقفية البور، مع أنه جاء بها على سبيل الاستثناء فقط، ولا يلجأ إليها إلا في حالات الضرورة، وعندما لا يكون لها عائد تعمر منه ولا يوجد من يستأجرها.

المبحث الثاني: استبدال الملك الوقفي

الأصل أن الملك الوقفي غير قابل للتصرف فيه بأي تصرف، لكن قد تتعرض العين الموقوفة إلى عوارض تعطل منفعتها أو تقلل منها⁽¹⁾، وللمحافظة على هذه الأعيان الموقوفة، ورعاية لمصلحة الوقف والموقوف عليه، أقر الفقهاء عملية استبدال الوقف، أما المشرع الجزائري فقد نص عليه في المادة 24 من قانون الأوقاف 10/91، والتي اقتصر على تعداد حالاته فقط، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث في مفهوم الاستبدال ومشروعيته (المطلب الأول)، وبيان شروطه وحالاته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الاستبدال ودليل مشروعيته

يعتبر الاستبدال من الشروط العشرة المهمة*، ويعد أسلوبا للمحافظة على المال الوقفي، واستمرارية الانتفاع به، لكن رغم شيوعه في الفقه الإسلامي، إلا أن الفقهاء اختلفوا في جواز الاستبدال من عدمه، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال تعريف الاستبدال (الفرع الأول)، ودليل مشروعيته (الفرع الثاني).

¹ محمد بن سعد المقرن، جمع الأوقاف وتفريقها، ندوة الوقف والقضاء، الجزء 2، الرياض، ص 1169.

* الشروط العشرة هي: الزيادة والنقصان، الإدخال والإخراج، الإعطاء والحرمان، الإبدال والإستبدال، التغيير والتبديل. - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 169.

الفرع الأول: تعريف الاستبدال

أولاً: لغة: الاستبدال في اللغة مأخوذ من البدل، وبدل الشيء غيره، ويقال هذا بدل الشيء وبديله، واستبدله، واستبدل به كله، اتخذ منه بدلا، واستبدل الشيء بغيره، أي بدله به وأخذه عوضه (1).

ثانياً: اصطلاحاً: في الاصطلاح الفقهي عرف الفقهاء الاستبدال بعدة تعريفات منها، بيع العين الموقوفة واستبدالها بعين أخرى تحل محل الأولى، وهذه العين قد تكون من جنس العين المبيعة، وقد تكون من غيرها (2).

ويعرف أيضاً بأنه: بيع مال الوقف، ويشتري بالثمن مال وقفي آخر يستعمل لنفس الغرض الأصلي للوقف، مع الإبقاء على الالتزام بسائر شروط الواقف (3).

كما يقصد به شراء عين بدل العين الموقوفة، أي تحل محلها والبدل هو العين المشتراة لتكون وقفا بدل العين الموقوفة (4).

ويعتبر الاستبدال شرط من الشروط العشرة إلى جانب الإبدال، ويعني هذا الأخير إخراج العين الموقوفة عن جهة الوقف بيعها (5)، وعلى هذا يكون الإبدال والاستبدال متلازمان لأن كلا منهما يتبع الآخر (6)، (فإذا ذكر أحدهما منفرداً فإنه يفسر بمعنى يجمعهما، فلو ذكر الإبدال وحده يكون المعنى

¹ بن زكريا الرازي، المرجع السابق، ص 111. - ابن المنظور، المرجع السابق، المجلد 11، ص 56.

² ابراهيم عبد اللطيف ابراهيم العبيدي، استبدال الوقف، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، ط 1، 2009، ص 55.

³ منذر قحف، المرجع السابق، ص 244.

⁴ زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص 221.

⁵ منذر عبد الكريم القضاة، ص 167. * ويسمي الفقهاء الإبدال بالمناقلة، فقد عوفها الدردير في باب الشفعة بقوله " المناقلة: بيع العقار بمثله - الدردير، حاشية الدسوقي، الجزء 3، ص 476.

⁶ عبد الرزاق بوضياف، المرجع السابق، ص 163.

بيع العين الموقوفة، وشراء أخرى لتحل محلها، ويكون معنى الاستبدال ذلك أيضا (1).

كما أن استبدال الوقف يتم بطريقتين: إما ببيع العين الموقوفة وتخصيص الثمن لشراء عين أخرى تصبح وقفا أيضا، وإما بمقايضة العين الموقوفة بعين أخرى تكون وقفا بدلا منها، وبنفس الشروط، وعليه يتضح من خلال هذه التعريفات أن الاستبدال يقتضي مقايضه العين الموقوفة أو بيعها (2).

أما المشرع الجزائري، فلم يعط تعريفا للاستبدال، واكتفى بذكر حالاته فقط، وذلك بموجب المادة 24 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، غير أنه تطرق للمقايضة كأحد طرق استغلال وتثمين الأملاك العقارية الوقفية، وذلك في المادة 26 مكرر 6 في فقرتها الثانية من قانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون 10/91، بنصها: " عقد المقايضة الذي يتم بمقتضاه استبدال جزء من البناء بجزء من الأرض، مع مراعاة أحكام المادة 24 من قانون 10/91 "

الفرع الثاني: دليل مشروعيته

اتفق جمهور الفقهاء على عدم جواز استبدال المسجد مطلقا، خلافا للحنابلة الذين لم يفرقوا بين المسجد وغيره في عملية الاستبدال في حالة خرابه أو تعطل منافعه (3)، غير أنهم اختلفوا فيما عدا المسجد وتباينت آراؤهم بين موسع يجيزه، ومتشدد يمنعه.

الرأي الأول: يعد المذهب الحنفي من أكثر المذاهب الفقهية توسعا في موضوع استبدال العين الموقوفة، فقد أجازوا الاستبدال سواء اشترطه الواقف أو لم يشترطه، وسواء كانت العين الموقوفة خربة أو مغللة مادام الاستبدال يحقق مصلحة الوقف من جهة، واستمرارية الصرف على الموقوف عليهم من جهة أخرى (4).

1 محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 173.

2 بن مشرّن خير الدين، المرجع السابق، ص 233.

3 راغب السرجاني، المرجع السابق، ص 39.

4 محمد عبيد عبد الله الكبيسي، المرجع السابق، الجزء 2، ص 9.

الرأي الثاني: ذهب الحنابلة إلى جواز استبدال الوقف في حال الضرورة، إذا كان غير صالح للغرض الذي وقف من أجله، ولم يعد صالحاً للانتفاع به سواء أكان عقاراً أو منقولاً أو مسجداً⁽¹⁾، بالرغم أن الأصل لا يجوز ابدال المسجد، إلا أنهم أقروا بجواز استبداله بغيره، إذا كان في ذلك مصلحة ينتفع بها الموقوف عليهم⁽²⁾.

واستدل كل من الحنفية والحنابلة، بما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي صلى الله عليه وسلم - قال لها: "لولا أن قومك حديث عهد بجاهلية لأمرت بالبيت فهدم فأدخلت فيه ما أخرج منه وأصقته بالأرض وجعلت له بابين، باباً شرقياً، وباباً غربياً"⁽³⁾.

الرأي الثالث: ذهب المالكية⁽⁴⁾ إلى القول بعدم جواز استبدال الوقف، ويفرقون في ذلك بين العقار والمنقول، فالعقار عندهم لا يجوز استبداله وإن خرب وصار لا ينتفع به لقول الإمام مالك " لا يباع العقار الحبس ولو خرب، وبقاء أحباس السلف دائرة دليل على منع ذلك"⁽⁵⁾.

لكن استثنوا بعض الحالات من عموم المنع، وذلك في حالة الضرورة كتوسيع المسجد، أو توسيع مقبرة أو طريق عام⁽⁶⁾، لأن هذه من المصالح العامة للأمة، وإذا لم تبع الأوقاف لأجلها تعطلت تعطلت مصالح الناس، ومن الواجب التيسير عليهم في عبادتهم ومسيرهم ودفن موتاهم⁽⁷⁾.

¹ ابن قدامة، المرجع السابق، الجزء 6، ص 250 - الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 202.

² راغب السرجاني، المرجع السابق، ص 42.

³ البخاري، الجامع الصحيح، رقم الحديث 1586، كتاب الحج، باب فضل مكة وبنائها، المرجع السابق، ص 329.

⁴ الدردير، المرجع السابق، الجزء 3، ص 365.

⁵ الدردير، المرجع نفسه، الجزء 4، ص 91.

⁶ الموسوعة الفقهية، المرجع نفسه، ص 199 - محمد عبد الحليم عمر، المرجع السابق، ص 18.

⁷ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 171 - صالح بن محمد بن إبراهيم الحسن، استبدال أعيان الوقف بين المصلحة

والاستيلاء، المؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، الجامعة الإسلامية، 2009، ص 157.

أما المنقول، فأجازوا استبداله إذا لم توجد جهة تنفق عليه، وخيف عليه الهلاك، أو تعطلت منافعه، وصار لا ينتفع به فيما وقف من أجله⁽¹⁾.

الرأي الرابع: لقد تشدد الشافعية⁽²⁾ أكثر من المالكية في استبدال العين الموقوفة، حتى كادوا أن يمنعوه مطلقاً، إذ نصوا على ذلك بعبارة مشهورة " لا يباع موقوف وإن خرب"⁽³⁾، وذلك حتى لا يكون يكون مدخلا لضياع الوقف.

وقد بلغ من تشدد الشافعية في منع الاستبدال، أنهم منعوا بيع الوقف، ولو في حال عدم الصلاحية، إلا بالاستهلاك، فأجازوا للموقوف عليهم استهلاكه لأنفسهم فمثلاً، إذا كان الموقوف شجراً وجف بحيث لم يعد صالحاً للإثمار، ولا يمكن الانتفاع به إلا في اتخاذه وقوداً، جاز للموقوف عليهم أن يتخذوه وقوداً لأنفسهم، ولا يجوز لهم بيعه⁽⁴⁾.

واستدل كل من المالكية والشافعية بعموم الأدلة، الدالة على أن الأصل في الوقف التأييد، وعلى هذا لا يجوز التصرف فيه بما يخالف هذا الأصل⁽⁵⁾، ومن تلك الأدلة ما رواه الشيخان عن ابن عمر - رضي الله عنهما - " أن عمر بن الخطاب أصاب أرضاً بخير فأتى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: يا رسول الله إني أصبت أرضاً بخير لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمرني به؟ قال إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، قال فتصدق بها عمر، أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث"⁽⁶⁾.

¹ محمد بن أحمد بن صالح الصالح، المرجع السابق، ص 137 - الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 197.

² الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج، د ط، د س ن، الجزء 2، ص 391.

³ ابراهيم عبد اللطيف ابراهيم العبيدي، المرجع السابق، ص 77.

⁴ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 174 - محمد بن أحمد بن صالح الصالح، المرجع نفسه، ص 139.

⁵ محمد بن سعد المقرن، المرجع السابق، ص 1181.

⁶ البخاري، الصحيح الجامع، رقم الحديث 2772، كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب، المرجع السابق، ص 584.

وفي رواية للبخاري: أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: " تصدق بأصله لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، ولكن ينفق ثمره، فتصدق به عمر... " ⁽¹⁾، ووجه الدلالة في هذا الحديث واضح، حيث منع فيه أي نوع من التصرف المنافي لمقتضى الوقف.

يبدو أن المشرع الجزائري ومن خلال المادة 24 من قانون الأوقاف 10/91، والتي حدد فيها حالات الاستبدال، جاءت تطبيقاً للمذهب المالكي، الذي لا يجوز عنده الاستبدال، في وقف العقار ذا الغلة والنفع إلا في الحالات القصوى، وللضرورة كتوسيع مسجد، أو مقبرة، أو طريق عام، لعموم هذه المصالح على الأمة عامة ⁽²⁾.

المطلب الثاني: شروط وحالات الاستبدال

يقتصر التصرف في الوقف باستبداله بما يحقق المصلحة، ويضمن استمرار المنافع المرجوة منه، ذلك أن هذا التصرف يرمي إلى بقاء الوقف والمحافظة عليه، كما قد يكون سبباً لضياعه وانقطاعه، أو ضعفه وقلة فائدته ⁽³⁾، وهذا ما دفع الفقهاء إلى وضع شروط لصحة الاستبدال (الفرع الأول)، كما حددوا له حالات محددة يجوز فيها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط استبدال الملك الوقفي

يشترط لصحة استبدال الوقف، مجموعة من الشروط، منها ما هو متعلق بالمتولي بعملية الاستبدال، ومنها ما هو متعلق بالمال الموقوف محل الاستبدال، ومنها ما هو متصل بالبذل.

¹ البخاري، الصحيح الجامع، رقم الحديث 2764، كتاب الوصايا، باب وما للوصي أن يعمل في مال اليتيم، المرجع السابق، ص 582.

² بلحاج شريفة، الوقف، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي، مذكرة شهادة الدراسات الجامعية التطبيقية، قانون عقاري، المدينة، 2005/2004، ص 56.

³ صالح بن محمد بن ابراهيم الحسن، المرجع السابق، ص 152.

أولاً: الشروط المتعلقة بالمتولي على عملية الاستبدال

قد يشترط الواقف استبدال الوقف لنفسه أو لغيره، فإذا اشترط الاستبدال لنفسه جاز له دون غيره أن يستبدل العين الموقوفة غيرها، وإن اشترط الاستبدال لغيره، جاز للمشروط له أن يستبدل بالموقوف غيره، أما إذا اشترط الاستبدال لنفسه ولغيره، جاز لهما معا أن يشتركا به، ويجوز للواقف في هذه الحالة أن يتولى الاستبدال منفرداً، لكن لا يجوز لغيره أن ينفرد به⁽¹⁾.

وفي حالة ما إذا صار الوقف بحالة لا يمكن الانتفاع به بالكلية، كأن يخرب العقار وليس له ريع يعمر به، ولم يرغب أحد في استئجاره، أو أصبحت الأرض الموقوفة دون غلة، أو ذات غلة لكنها ضئيلة ولا تفي بتكاليف صيانتها، ولم يكن هناك حل آخر غير الاستبدال، ففي هذه الحالة يعود الحق للقاضي في أن يستبدل بالعين الموقوفة عيناً أخرى تحل مكانها لتحقيق الضرورة⁽²⁾.

كما يحق للقاضي أيضاً الاستبدال إذا كان هناك مصلحة للوقف، وذلك في حالة إذا تبين أن استبدال الموقوف يكون ذا مصلحة محققة للوقف، كأن يكون العقار المراد شراؤه في مكان أحسن، أو يأتي بغلة أكثر⁽³⁾.

وقد يتولى بيع الموقوف عند الاستبدال وشراء ما يقوم مقامه الحاكم، إذا كان الوقف على مصلحة عامة كالمساجد، أما إن كان على معين فالذي يتولى البيع ناظره الخاص، بعد إذن الحاكم⁽⁴⁾. ويشترط في متولي الوقف عند قيامه بعملية الاستبدال، ألا يبيع العين الموقوفة لمن لا تقبل شهادتهم له

¹ عبد العزيز خليفة القصار، (وقف النقود والأوراق المالية)، منتدى قضايا الوقف الثاني، نظمته الأمانة العامة للأوقاف بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، الكويت، 2005، ص 198.

² محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 181. - الشيخ محمد مختار السلامي، (استثمار أموال الوقف)، منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، ط 1، 2004، ص 141.

³ عبد العزيز خليفة القصار، المرجع نفسه، ص 194.

⁴ إبراهيم عبد اللطيف إبراهيم العبيدي، المرجع السابق، ص 134. - محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 177. - محمد بن أحمد بن صالح الصالح، المرجع السابق، ص 141.

من الأصول والفروع، ولا يشتري منهم، لأن البيع لواحد من هؤلاء، والشراء منهم، فيه تهمّة، فلا يصح البيع والشراء مع وجودها⁽¹⁾، وألا يبيع ناظر الوقف الموقوف لمن له عليه دين، وسبب هذا المنع هو احتمال ضياع مال البدل، وذلك لأنه قد يعجز الناظر عن سداد الدين، مما يؤدي إلى ضياع الوقف⁽²⁾.

كما لا يجوز للمتولي أن يبيع العين الموقوفة لنفسه، وذلك حفاظا على الوقف وعدم تعرضه للضياع، فقد يبيعه لنفسه بثمن بخس، أو يبدله بشيء رخيص⁽³⁾.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يحدد من هو صاحب الحق في استبدال الوقف⁽⁴⁾، إلا أنه وطبقا لنص المادة 10 من المرسوم التنفيذي 381/98، فإن مديرية الشؤون الدينية والأوقاف هي التي لها الحق في استبدال الملك الوقفي، باعتبارها الجهة الوصية على الأوقاف، لكن لناظر الوقف الحق أيضا في استبدال الوقف كونه المسير المحلي المباشر للملك الوقفي، وأن من مهامه المحافظة على الملك الوقفي وتوابعه من منقولات وعقارات، والقيام بكل عمل يفيد الملك الوقفي⁽⁵⁾.

ثانيا: الشروط المتعلقة بالموقوف

تختلف شروط استبدال العين الموقوفة حسب اختلاف نوع العين وطبيعتها، فإذا كانت العين الموقوفة مسجدا، فإن الفقهاء أجمعوا على عدم جواز بيعه واستبداله، وفي هذا قال الحنفية، على أن المسجد لا تنسلخ عنه صفة المسجدية، حتى لو خرب وليس له ما يعمر به، وتم الاستغناء عنه ببناء

¹ عبد العزيز خليفة القصار، المرجع السابق، ص 200.

² محمد بن أحمد بن صالح الصالح، المرجع السابق، ص 133.

³ سالمي موسى، المرجع السابق، ص 42.

⁴ بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص 234.

⁵ المادة 12، 13 من المرسوم التنفيذي 381/98، المؤرخ في 1998/12/1، المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك، ج ر العدد 90، 1998.

مسجد آخر، فإنه يبقى مسجداً⁽¹⁾، كما لا يعود إلى ملك الباني، وورثته، ولا يجوز نقل ماله إلى مسجد آخر سواء كانوا يصلون فيه أم لا، وهذا ما قال به المالكية والشافعية⁽²⁾.

بينما ذهب الحنابلة إلى جواز استبداله بشرط توفر المصلحة، فإذا صار المسجد غير صالح للغاية التي شيد من أجلها، كأن ضاق على أهله، ولم يمكن توسيعه حتى يسعهم جميعاً، أو خربت الناحية التي فيها المسجد، وصار غير مفيد، ولا نفع منه، ففي مثل هذه الأحوال يمكن أن يباع، ويصرف ثمنه في بناء مسجد آخر⁽³⁾.

ويرى الفقهاء في غير المسجد، أن استبدال الوقف لا بد أن ينضبط بالمصلحة المرتبطة بالعين الموقوفة والموقوف عليهم، ولذلك وجب أن تكون العين المنتفع بها صالحة لأداء المنفعة التي وقفت من أجلها، لذا إذا انعدمت المنفعة المرجوة منها، مع عدم وجود ريع للوقف يعمر به، كأن تصبح الأرض الموقوفة غير صالحة للزراعة، وكان موضوع وقفها زراعة، جاز استبدالها⁽⁴⁾.

أما المشرع الجزائري فقد حدد الحالات التي يستوجب فيها الاستبدال، وذلك في نص المادة 24 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، وهي حالات تعرض الوقف للضياع أو الاندثار، أو فقدان المنفعة مع عدم إمكانية اصلاحه، أو حالة الضرورة العامة كتوسيع مسجد، أو مقبرة، أو طريق عام، على أن إثبات هذه الحالات يكون بموجب قرار من السلطة الوصية بعد إجراء المعاينة والخبرة.

¹ ابن عابدين، المرجع السابق، الجزء 3، ص ص (406 - 408).

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، الجزء 10، ص 7673.

³ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 175 - إبراهيم عبد اللطيف إبراهيم العبيدي، المرجع السابق، ص 90.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 7676.

ثالثا: الشروط المتعلقة بالبدل

يقصد بالبدل الثمن الذي يباع به عين الوقف في الأحوال التي يجوز فيها البيع⁽¹⁾، ويشترط أن يكون الثمن موافقا للقيمة السوقية للمال الموقوف، فلا يجوز أن يكون البيع بغبن فاحش⁽²⁾، والغبن* عند الفقهاء هو ما لا يدخل في تقويم الخبراء لأن البيع بغبن فاحش فيه تعدي على الوقف⁽³⁾.

وقد حدد الفقهاء الغبن بالخمسة في قيمة العقار وقت البيع، وحذا حذوهم في ذلك المشرع الجزائري، حيث نص في المادة 358 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يُقوّم العقار بحسب قيمته وقت البيع"، وهذا إذا تم الاستبدال عن طريق البيع بثمن نقدي وشراء وقف آخر يكون وقفا بدل الأول، أما إذا كان الاستبدال بالمقايضة، فيراعى فيه شرط الواقف بالنسبة لنوع البدل، فإن شرط أن يكون البدل والمبدل من جنس واحد لزم هذا الشرط، فمثلا لو شرط أن يكون البدل من الدور لا يمكن له استبدالها بأرض زراعية⁽⁴⁾ وإذا لم يعين الواقف نوع البدل يجوز له أن يستبدلها من جنس العقارات، فله أن يستبدل بالأراضي الزراعية دور، وبالدور أراضي زراعية وذلك للإطلاق⁽⁵⁾.

¹ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 274.

² محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص 273. - علي الطرابلسي الحنفي، الاسعاف في أحكام الأوقاف، ط 2، 1902، ص 32.

* الغبن هو النقص، والمراد به أن يكون أحد العوضين مقابلا بأقل مما يساويه في السوق، أي عدم التعادل المادي، فهو عيب في محل العقد، لا في الإرادة. - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، د.و.م.ج، بن عكنون، 2001، ص 70.

³ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 184.

⁴ الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، 2006، ص 197.

⁵ علي الطرابلسي الحنفي، المرجع نفسه، ص 32.

غير أنه إذا كان الموقوف للسكنى، فإنه لا يجوز، إلا باستبداله بعقار يصلح للسكنى⁽¹⁾، ومناطق هذا الشرط أنه إذا أبدل المال الموقوف بآخر، فإن مال البديل ينبغي أن يكون متلائما مع المال الموقوف الأصلي، وإلا اعتبر غبنا فاحشا⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري فقد اشترط في تعويض العقار الموقوف الذي انعدمت منفعته بعقار مماثلا له أو أفضل منه، وذلك بموجب المادة 24 من قانون 10/91 المتعلق بقانون الأوقاف⁽³⁾.

واشترط الفقهاء أيضا عدم توزيع ثمن الوقف المباع على المستحقين كله أو بعضه، خوفا من ضياع ثمن الوقف قبل شراء عقار آخر يحل محل العقار المباع، لأن حق المستحقين في ريع الوقف لا في عينه⁽⁴⁾، ولذلك يجب أن يوضع ثمن الوقف المتحصل عليه من عملية استبدال المال الموقوف، وقبل شراء عقار آخر يكون بدلا للعقار المباع⁽⁵⁾، لدى الصندوق المركزي للأوقاف الذي أنشأته وزارة الشؤون الدينية، بقرار مشترك مع وزارة المالية⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: حالات استبدال الملك الوقفي

لقد حدد الفقهاء الحالات التي يجوز فيها استبدال العين الموقوفة، مع اختلافهم في تعدادها كما حدد المشرع الجزائري أيضا حالات الاستبدال في نص المادة 24 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 184.

² سالمى موسى، المرجع السابق، ص 41.

³ تنص المادة 24 من قانون 10/91: "... في حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء اتيانه بنفع قط، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه...".

⁴ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 274.

⁵ بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص 238.

⁶ قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 1999/03/2، المتضمن إنشاء الصندوق المركزي للأملاك الوقفية، ج ر العدد 32، الصادر بتاريخ 1999/05/2.

أولاً: حالات الاستبدال في الفقه الإسلامي

يختلف الاستبدال عند الحنفية حسب حالة الملك الوقفي، إذا كان عامراً، أو خرباً، فإن كان خرباً ولا يمكن الانتفاع به كلية يجوز استبداله للضرورة، لأجل بعث الانتفاع بالوقف من جديد⁽¹⁾، أما إذا كان العقار عامراً فلا يجوز استبداله إلا في حالات وهي⁽²⁾:

- أن يشترط الواقف استبداله.

- إذا غضب غاصب العقار الموقوف، ولم يتمكن المتولي على الوقف من استرجاعه، واستحالة وجود دليل يثبت حالة الغصب، وأراد الغاصب أن يدفع قيمة الموقوف من تلقاء نفسه، فعلى المتولي قبول العوض وشراء عقار آخر يكون بدل العقار المغصوب.

- في حالة ما إذا اعتدى شخص على عقار الوقف وأفسده، مما أدى إلى عدم الانتفاع به، كأن أجرى على الأرض الموقوفة ماءً حتى صارت بحراً، فأصبح من غير الممكن زراعتها، فإنه يجب على المتولي في هذه الحالة أن يضمن المعتدي قيمة الأرض المعتدى عليها، ويشتري المتولي عقاراً آخر بمبلغ التعويض يكون وقفاً يقوم مقام العقار المغصوب.

- أن يرغب شخص فيه ببدل أكثر غلة، وأحسن مكاناً، وهذا جائز على قول أبي يوسف، بما أنه أنفع للوقف، وليس فيه منافاة لمقصده⁽³⁾.

¹ بن تونس زكرياء، المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال قانون الأوقاف الجزائرية، مذكرة ماجستير، شريعة وقانون، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2006/2005، ص 170.

² محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 182. - عمر مسقاوي، محاضرات في الوقف ومؤسسات الوقف، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط 1، 2011، ص 51.

³ الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 197.

أما الاستبدال عند الملكية فيجوز في حالة واحدة، وهي أن يشتري منه بحسب الحاجة لتوسعة مسجد أو مقبرة، أو طريق عام⁽¹⁾، وعند الحنابلة يكون الاستبدال في حالة الضرورة، إذا كان الوقف غير صالح للغرض الذي أنشئ من أجله⁽²⁾.

ثانيا: حالات الاستبدال في قانون الأوقاف الجزائري

لقد تطرق المشرع الجزائري في نص المادة 24 من قانون الأوقاف 10/91 المتعلق بالأوقاف، إلى مسألة الاستبدال، والتي ورد فيها أن الأصل عدم جواز تعويض العين الموقوفة أو استبدالها بملك آخر، إلا أنه استثناء ذكر حالات يجوز فيها الاستبدال، ولا تثبت هذه الأخيرة إلا بقرار من السلطة الوصية على الأوقاف بعد المعاينة والخبرة وهذه الحالات هي⁽³⁾:

- 1- تعرض المال الوقفي للضياع أو الاندثار:** لا يستبدل المال الوقفي، إلا إذا تعرض للضياع أو الاندثار، وليس من الممكن إعادته إلى الحالة التي قد يحقق فيها المنفعة للوقف.
- 2- حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه:** ويقصد بحالة فقدان منفعة الملك الوقفي إذا لم يعد صالحا للغرض الذي وقف من أجله، كأن يعود غير قادر على الإنتاج، وتقديم الغلة الكافية لتحقيق الانتفاع به، وتعذر إصلاحه، ففي هذه الحالة يمكن استبداله.
- 3- حالة الضرورة العامة:** لقد شرعت هذه الحالة لتحقيق منفعة تتمثل في توسيع مسجد، أو مقبرة، أو طريق عام، وفي حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية.

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، الجزء 10، ص 7677.

² محمد بن أحمد بن صالح الصالح، المرجع السابق، ص 140.

³ بوليق فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 44.

4- حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف: تستوجب هذه الحالة شرطين:

أ - انتفاء منفعة العقار الموقوف مطلقا: بمفهوم المخالفة، فالعقار الذي مازالت منفعته قائمة، وإن قلت فلا يجوز استبداله على أساس أنه لا يجوز تغيير الوقف بالبيع، مع إمكانية الانتفاع به⁽¹⁾.

ب - أن يكون عقار البديل مماثلا للعقار الموقوف أو أفضل منه: فالعقار الموقوف الذي انعدمت منفعته يجب استبداله بعقار آخر يكون ريعه وغلته مثل العقار الموقوف أو أكثر منه غلة، وهذا ما يفيد مصلحة الوقف والموقوف عليهم.

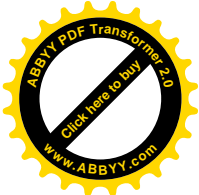
وعليه فإذا تحققت هذه الحالات يقع الاستبدال صحيحا، وتحل العين المبدلة محل العين الموقوفة، وتصبح موقوفة على نفس الجهة، فلا تصرف غلاتها، إلا على المصلحة التي حبست العين الأولى عليها، لأنه لا يجوز تغيير المصرف، مع المحافظة على هذه العين⁽²⁾.

بناء على ما تقدم يتبين أن هناك اختلاف بين الفقهاء في مسألة جواز استبدال الوقف، بين مانع له، كاد أن يمنع كل صور الاستبدال سدا للذرائع، وبين موسع يجيز كل صوره، ما دام يحقق المصلحة المرجوة من الوقف.

بينما المشرع الجزائري فقد أقر الاستبدال كاستثناء على مبدأ عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي، واعتبره سبيل من سبل المحافظة على الأملاك الوقفية، وقد حدد حالاته في المادة 24 من قانون 10/91، على أن تثبت هذه الحالات بقرار من السلطة الوصية بعد الخبرة والمعاينة، لكنه لم يحدد الشروط الواجب توفرها لاعتماد واعتبار الاستبدال صحيحا، ولذلك وجب على المشرع أن ينظمه تنظيما دقيقا من خلال سن قوانين واضحة، وسد الثغرات التي قد تعرض الأوقاف للهلاك بدعوى المحافظة عليه.

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 177.

² زهدي يكن، أحكام الوقف، المرجع السابق، ص 177.



خاتمة

خاتمة

من خلال دراستنا لهذا الموضوع يتضح لنا أن الشريعة الإسلامية تشكل مرجعا عاما للوقف، فهو نظام مستقل بذاته، يرمي إلى تحقيق غاية نبيلة تتمثل في تسهيل منفعة ملك الوقفي، والتصديق به على وجه من وجوه البر أو الخير.

وتعد الجزائر من البلدان التي تملك ثروة وقفية هائلة، وهي تولي اهتماما بالغا لتنمية واستغلال وتثمين الأملاك الوقفية، بعد أن عانى هذا القطاع من الإهمال، وإبقاء الثروة الوقفية على ما هي عليه، ولا تؤدي الدور المراد منها في عملية الاستغلال والتثمين، ونظرا لكل هذا أوجد المشرع الجزائري إضافة إلى عقد الإيجار الذي اعتبره الأسلوب الأنجع لاستغلال وتثمين الملك الوقفي، وزيادة عائداته، أنماط أخرى من العقود لتثمين الوقف تختلف بحسب نوع الملك الوقفي كعقد المزارعة والمساقاة بالنسبة للأراضي الوقفية الفلاحية، وعقد الحكر لاستصلاح الأراضي الوقفية البور، وحتى الأوقاف القابلة للبناء والمبينة المعرضة للخراب والاندثار حاول المشرع الجزائري استغلالها من خلال عقد المرصد وعقد الترميم والتعمير...، وقد عددها على سبيل المثال لا الحصر في قانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، فاتحا بذلك المجال لصيغ أخرى تعود بالمنفعة على الملك الوقفي وتزيد من عائداته، ومن بين هذه الصيغ نظام BOT .

وتقتضي حماية الوقف حبس الأصل عن التملك والمحافظة عليه، ولذلك أقر المشرع الجزائري منع التصرف في أصل الملك الوقفي، فلا يجوز بيعه أو هبته أو التنازل عليه، إلا أنه وخروجا عن الأصل العام الذي يقضي بعدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي بأي تصرف ناقل للملكية، ومراعاة للغرض الذي أنشئ من أجله الوقف، يجوز استبدال العين الموقوفة بمقايضتها أو بيعها وشراء عين أخرى تكون بدلها.

من خلال دراستنا لموضوع التصرفات الواقعة على الأملاك الوقفية حفظا وتثميها، توصلنا إلى مجموعة من النتائج نردفها بمجموعة من التوصيات كالاتي:

النتائج:

- الإيجار يعتبر من أشهر التصرفات التي ترد على الملك الوقفي، وقد ميز المشرع الجزائري في إيجار الأملاك الوقفية بين المحلات السكنية والتي أخضعها لأحكام القانون المدني، والمحلات التجارية للقانون التجاري، كما أخضعه لأحكام خاصة بالوقف جاءت في المرسوم التنفيذي 381/98.

- عدم توضيح كفيات العمل بالعقود الواردة في قانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، بل اكتفى بوضع مفاهيم عامة فقط، مما يتوجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية للوقوف على كفيات تطبيقها، والتي نجد أنها أحيانا تتناقض مع ما جاء به قانون 07/01، فمثلا عقد الحكر في الشريعة الإسلامية هو عقد يمنح فيه المحتكر حق البناء أو الغراس مقابل دفع إيجار المثل، بينما في قانون الأوقاف الجزائري يلتزم المحتكر بدفع قيمة تقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد، وقيمة تتمثل في الإيجار السنوي.

- وقع المشرع الجزائري في تناقض مع قاعدة عدم قابلية الأملاك الوقفية للتصرف، والتي أكدتها نصوص المواد 17، 18، 23 من قانون الأوقاف 10/91، فهو من جهة يقر بأن حق الموقوف عليهم لا يتعدى حق الانتفاع فقط، ومن جهة أخرى يقر بإمكانية التصرف، وهذا ما ورد في نص المادة 23 من قانون الأوقاف.

- لم يضع المشرع الجزائري شروطا خاصة بالاستبدال، واكتفى بتحديد حالاته فقط في المادة 24 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.

- رغم استحداث كل هذه العقود من قبل المشرع الجزائري في مجال تشيير الأملاك الوقفية، إلا أن عملية الاستغلال والتشيير في الواقع العملي، لا تتعدى عقد الإيجار المفرغ في شكل نموذج معد من قبل وزارة الشؤون الدينية، بينما تبقى العقود الأخرى مجرد أطروحات نظرية تنتظر تحويلها من نصوص قانونية إلى الواقع الميداني.

التوصيات:

- تصنيف الممتلكات الفلاحية الوقفية بالنظر إلى مردودية الأرض وأهميتها الاستثمارية، وذلك بالوقوف على نوعية الاستثمار الفلاحي المناسب لهذه الأرض.
- ضرورة إخضاع هذه العقود الواردة على العقارات الوقفية للشكل الرسمي الوارد في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، كون هذه العقود تنجم عنها آثار قانونية قد تؤثر على ديمومة الانتفاع بهذه الأملاك، والتي يشكل التأييد عنصر هام في انشائها.
- يجب على المشرع الجزائري أن يولي اهتمام أكبر بالعقود التي نص عليها في قانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف 10/91، وتوضيح أحكامه من خلال إصدار مراسيم خاصة بهذه العقود، وذلك حتى يتم الإمام بجزئيات هذه العقود، لأن الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه، أصبح أمر غير كافي في ظل تنامي دور الوقف.
- ضرورة الأخذ بالطرق والآليات الحديثة الناجعة في مجال تسمير وتمويل الأملاك الوقفية بهدف توسيع مجالاته كالأسهم والسندات، وبالتالي رفع عائدات الأوقاف.
- الأخذ بعين الاعتبار بعض الشروط المهمة في الاستبدال، كأن يسبق عملية الاستبدال دراسة شاملة للعقارات المراد استبدالها بحيث تكون هناك مصلحة متحققة من الاستبدال، وإنشاء لجنة خاصة بهذا الإجراء تضم علماء ومختصين في الأوقاف، باعتباره تصرفا خطيرا يرد على أصل الملك الوقفي، وأن تكون العين المستبدل بها أكثر نفعاً أو ريعاً من العين الموقوفة.
- وضع استراتيجيات مناسبة للمحافظة على الأوقاف، وذلك من خلال التركيز على تنمية ريعها، وفقا لإرادة الواقف وشروطه المعتبرة شرعا وقانونا.
- العمل على الاستفادة من خبرات الدول الأخرى في مجال تسمير الأملاك الوقفية وطرق تمويلها.



ملاحق

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف
مديرية الشؤون الدينية و الأوقاف
لولاية :

رقم الإيجار رقم :

بين

مديرية الشؤون الدينية والأوقاف لولاية :
المسماة فيما يأتي " المؤجر "

الطرف الأول

يمثلها :
بصفته :

و

السيدة(ة) :
المولود(ة) في :/...../..... ب : ولاية :
والساكن ب :
بصفته :
المسمى فيما يأتي " المستأجر "

الطرف الثاني

المادة 01 : يؤجر الطرف الأول للطرف الثاني حسب الشروط المنصوص عليها
في هذا العقد الموقع من الطرفين، الملك الوقفي الآتي بيانه :

التعيين :
الكائن(ة) ب :
بلدية : ولاية :
و المتكون(ة) من :
.....
.....

المساحة الإجمالية : م²
المساحة المبنية : م²

المادة 02: مدة العقد.

تحدد مدة العقد كمايلي :

- عشرون (20) شهرا، بالنسبة للمحلات التجارية ابتداء من تاريخ: .../.../... إلى غاية : .../.../...
- بالنسبة للأماك الأخرى ابتداء من تاريخ: .../.../... إلى غاية : .../.../...

المادة 03: ثمن الإيجار :

حدد ثمن الإيجار ب (بالحروف) :
..... (بالأرقام) (..... د ج).
ويدفع في نهاية إلى حساب الأوقاف المفتوح باسم
مديرية الشؤون الدينية والأوقاف لولاية: تحت رقم :
بفرع البنك الوطني الجزائري الكائن ب:
يمكن مراجعة قيمة الإيجار عند نهاية تاريخ سريان هذا العقد أو عند تجديده .

المادة 04: الأعباء .

اتفق الطرفان - دون المساس بأعباء الصيانة والترميم التي يتحملها كل
من الطرفين حسب ما هو منصوص عليه في هذا العقد، وطبقا لأحكام
الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق
لـ 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني - على مايلي :
يتحمل المستأجر كامل أعباء الترميمات الخارجية والإصلاحات
الداخلية، وتكون الإصلاحات والترميمات الخارجية مناصفة
بين الطرفين.

المادة 05: الضمانات.

يدفع المستأجر مبلغا قدره (بالحروف) :
..... (بالأرقام) (..... د ج)،
عند التوقيع على العقد، مقابل وصل مخالصة يحمل إشارة " إيداع
كفالة " يسلمه له المؤجر، وذلك ضمنا على محتويات الملك المؤجر
المبينة بالوثيقة المحررة المثبتة لحالته عند التسليم والاستلام .
ولا يعاد مبلغ الكفالة للمستأجر المغادر إلا بعد خصم ما يترتب
من مصاريف ترميم، وإصلاح الملك الوقفي عند المغادرة.

المادة 06: يخصص الملك الوقفي المؤجر.....
ولا يحق للمستأجر أن يستغله فيما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

التزامات المتعاقدين

المادة 07: التزامات المستأجر.

- يلتزم المستأجر بما يلي:
- شغل الأماكن طبقا للغرض المتفق عليه في العقد، وعدم إجراء أي تحويل على المحلات والتجهيزات المؤجرة، دون الموافقة الكتابية المسبقة والصريحة من المؤجر .
 - دفع ثمن الإيجار في الموعد المتفق عليه.
 - السماح بتنفيذ أشغال تحسين الأجزاء المشتركة أو الأجزاء الخاصة في الأماكن العقارية المؤجرة نفسها وكذلك الأشغال اللازمة لإبقاء المحلات والأجهزة المؤجرة على حالها.
 - التكفل بالصيانة العادية للأماكن المؤجرة والتجهيزات والتركيبات التي ينتفع بها.
 - إخلاء الملك المؤجر وتسليم مفاتيحه عند انتهاء الأجل المتفق عليه في هذا العقد طبقا لأحكام المادة 22 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في أول مارس سنة 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري، وذلك دون إعدار ولا إخطار مسبق من المؤجر.
 - يعفى المستأجر من دفع الضرائب و الرسوم عن العقار، تطبيقا لنص المادة 44 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتعلق بالأوقاف، ويلتزم بالأعباء الأخرى .
 - تقديم طلب تجديد العقد خلال الأشهر الثلاثة الأخيرة من مدته، وإن لم يتحقق ذلك، تطبق الأحكام الواردة في البند الرابع المذكور أعلاه.
 - عدم نقل القاعدة التجارية للغير مهما كانت مدة عقد الإيجار إلا بعد الموافقة الكتابية والمسبقة من " المؤجر".

- عدم اللتجاء إلى الإيجار من الباطن للملك الوقفي أو لجزء منه .
- عدم إحداث تغيير على طبيعة الملك الوقفي ، سواء بالزيادة أو النقصان ، إلا بعد الموافقة الكتابية من " المؤجر " .
- احترام القوانين ، و الآداب العامة ، و حسن الجوار .
- تسديد تكاليف إيصال الكهرباء، و الماء، و الغاز، و فاتورات استهلاكها .

المادة 08 : التزامات المؤجر .

يلتزم المؤجر بما يلي :

- تسليم المستأجر الملك المؤجر وملحقاته المحتملة .
- الامتناع عن المساس بحقوق المستأجر في التمتع بالأماكن المؤجرة تمتعا ارتياحيا .

المادة 09 : يلتزم المستأجر باحترام قواعد التسيير المطبقة على الملكية المشتركة في حالة اخضاع البناية المؤجرة لنظام الملكية المشتركة طبقا للقانون الجاري به العمل في هذا المجال .

فسخ العقد .

المادة 10 : يحتفظ المؤجر بحق فسخ هذا العقد لأحد الأسباب التالية :

- عدم دفع من الإيجار، مع الاحتفاظ بحق المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن ذلك .
- عدم دفع الأعباء الواجبة على المستأجر .
- عدم تنفيذ المستأجر للإلتزامات الواردة في العقد .
- تصرف المستأجر في الملك الوقفي بما يتنافى وأحكام المادة 05 أعلاه .
- إهمال الملك الوقفي و عدم صيانتة و المحافظة عليه محافظة الرجل العادي .
- عند الضرورة القصوى و خدمة المصلحة العامة .
- في حالة وفاة المستأجر، يفسخ العقد بقوة القانون، ويعاد تحريره وجوبا لصالح الورثة الشرعيين للمستأجر، للمدة المتبقية من العقد الأول مع مراعاة مضمونه، طبقا لنص المادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في أول ديسمبر 1998، الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك .



المادة 11 : للمستأجر حق المبادرة في فسخ العقد لأي سبب شخصي أو عائلي .
ويلتزم في هذه الحالة أن يخطر المؤجر بذلك في أجل شهر واحد قبل
موعد الفسخ، برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام.

المادة 12 : عملاً بأحكام المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ
في أول مارس سنة 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري، يخضع هذا العقد
للتسجيل لدى المصالح المسيرة للأوقاف.

حرر بـ..... في :

توقيع المستأجر

توقيع المؤجر



قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

1- المصادر الشرعية

أ- القرآن الكريم

- الآية (92) من سورة آل عمران.

- الآية (267) من سورة البقرة.

- الآية (64) من سورة الواقعة.

ب - الحديث الشريف

1- أبو عبد الله بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الرشيد، باب الواد، الجزائر، دون طبعة، 2003.

2- أبو عبد الله بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مطابع الشعب، دون طبعة، الجزء 4 1378هـ.

3- مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة، الجزء 3، دون سنة نشر.

2- المصادر التشريعية

أ - القوانين والأوامر

1- قانون رقم 25/90، المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية العدد 49، 1990.

2- القانون 10/91، المؤرخ في 27/04/1991 المتضمن قانون الأوقاف، الجريدة الرسمية العدد 21، 1991، المعدل والمتمم بالقانون 07/01، المؤرخ في 22/05/2001، الجريدة الرسمية



العدد 29، 2001، والقانون 10/02، المؤرخ في 2002/12/14، الجريدة الرسمية العدد 83،
2002.

3- القانون 07/01 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 10/91، المتضمن قانون الأوقاف، الجريدة
الرسمية العدد 29، المؤرخة في 2001/05/23.

4- الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78،
1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05، المؤرخ في 2005/06/20، الجريدة الرسمية العدد
44، 2005، والقانون 05/07، المؤرخ في 2007/05/13، الجريدة الرسمية العدد 31،
2007.

ب - المراسيم والقرارات الوزارية

1- المرسوم التنفيذي رقم 200/2000، المؤرخ في 2000/06/26، المحدد لقواعد تنظيم مصالح
الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها، الجريدة الرسمية العدد 47، 2000.

2- المرسوم التنفيذي رقم 283/64، المؤرخ في 1964/10/07، المتضمن الأملاك الحيسية، الجريدة
الرسمية العدد 77، 1964.

3- المرسوم التنفيذي رقم 381/98، المؤرخ في 1998/12/01، المحدد لشروط وإدارة الأملاك
الوقفية وتسيرها، الجريدة الرسمية العدد 90، 1998.

4- القرار الوزاري المشترك الصادر عن وزير الشؤون الدينية ووزير المالية، المؤرخ في 1999/03/02
المتضمن إنشاء صندوق مركزي للأملاك الوقفية، الجريدة الرسمية العدد 32، 1999.

3- المعاجم

1- ابن المنظور، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة 1، دون سنة نشر.

2- ابن زكريا الرازي، معجم مقاييس اللغة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، المجلد 1، الطبعة 2،
2008.

3- أحمد العابد وآخرون، المعجم العربي الأساسي، دون طبعة، دون سنة نشر.

ثانيا: المراجع

1- الكتب

أ - الكتب الخاصة

- 1- ابراهيم عبد اللطيف ابراهيم العبيدي، استبدال الوقف رؤية شرعية اقتصادية قانونية، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الطبعة 1، 2009.
- 2- ابن رشد الجدل، المقدمات الممهّدات، دار الغرب الإسلامي، لبنان، بيروت، الطبعة 1، 1988.
- 3- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار عالم الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، دون طبعة، 2003.
- 4- ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق زهير الشاوش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة 3، الجزء 2، 1982.
- 5- ابن قدامة، المغني، مكتبة ابن تيمية، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 6- ابن نجيم، البحر الرائق، دار المعرفة، لبنان، بيروت، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 7- أحمد بن عبد العزيز الحداد، من فقه الوقف، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الطبعة 1، 2009.
- 8- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، دون طبعة، 2003.
- 9- الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، لبنان، بيروت، الطبعة 1، الجزء 6، 2009.
- 10- الدردير، حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة، الجزء 3 و4، دون سنة نشر.
- 11- الشافعي الرملي محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى الشرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، الجزء 5، 1984.
- 12- القراني، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، دون طبعة، الجزء 3، دون سنة نشر.

- 13- كمال الدين بن الهمام الحنفي، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، الطبعة 2، الجزء 6 و9، 1979.
- 14- النووي، المجموع، تحقيق نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، السعودية، دون طبعة، دون سنة نشر، الجزء 15.
- 15- الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، دون طبعة، دون سنة نشر، الجزء 6.
- 16- تقي الدين أبي بكر محمد الدمشقي الشافعي، كفاية الأختيار، دار الفكر، عمان، دون طبعة، الجزء 1، دون سنة نشر.
- 17- جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق حميد بن محمد لحمير، دار الغرب الإسلامي، الطبعة 1، الجزء 3، 2003.
- 18- راغب السرجاني، روائع الأوقاف، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة 1، 2010.
- 19- رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة 3، 2013.
- 20- زهدي يكن، أحكام الوقف، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، الطبعة 1، دون سنة نشر.
- 21- شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون طبعة، الجزء 12، دون سنة نشر.
- 22- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مكتبة الصفا، الطبعة 1، الجزء 3، 2003.
- 23- عبد الرحمن النجدي، الروض المربع، دار أضواء السلف، الطبعة 1، الجزء 2، 2007.
- 24- عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، دون طبعة، 2010.
- 25- عبد الله بن عبد العزيز العنقري، الروض المربع شرح زاد المستنقع، دار التأصيل، المنصورة، الطبعة 1، الجزء 2، دون سنة نشر.
- 26- علي الطرابلسي الحنفي، الإسعاف في أحكام الأوقاف، طبع بمطبعة هندية بشارع المهدي بالأزبكية، مصر المحمية، الطبعة 2، 1902.

- 27- عماد حمدي محمد محمود، استثمار أموال الوقف وتطبيقاتها المعاصرة، دار الكتب القانونية، مصر، الإمارات، دون طبعة، 2012.
- 28- فؤاد عبد الله العمر، استثمار الأموال الموقوفة (الشروط الاقتصادية ومستلزمات التنمية)، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، الطبعة 1، 2007.
- 29- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار الفكر، بيروت، دون طبعة، الجزء 4، 1978.
- 30- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة 2، 1971.
- 31- محمد أحمد سراج، أحكام الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون، دراسة فقهية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون طبعة، 1998.
- 32- محمد بن أحمد بن صالح الصالح، الوقف في الشريعة الإسلامية وأثره في تنمية المجتمع، الطبعة 1، 2001.
- 33- محمد عبيد عبد الله الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، مطبعة الإرشاد بغداد، دون طبعة، الجزء 1، 1977.
- 34- محمد قدرى باشا، قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف، مكتبة الأهرام، مصر، دون طبعة، 1928.
- 35- محمد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، دون طبعة، 2006.
- 36- محمد محمد سعد، الدليل السالك لمذهب الإمام مالك، دار الندوة، دون طبعة، 2001.
- 37- محمد نووي بن عمر الجاوي، قوت الحبيب الغريب، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، الطبعة 1، 1998.
- 38- مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الوقف، دار عمار، الأردن، عمان، الطبعة 2، 1998.
- 39- منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف، دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 1، 2011.



40- منذر قحف، الوقف الإسلامي، (تطوره، إدارته، تنميته)، دار الفكر، سوريا، دمشق، الطبعة 2، 2006.

ب - الكتب العامة

1- أحمد محمد محمود الشافعي، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، دون طبعة، 1994.

2- الموسوعة الفقهية "وضيعة، وقف"، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الطبعة 1، الجزء 44، 2006.

3- بن بدوي عبد العظيم، الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز، دار ابن رجب للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة 4، 2009.

4- حمد بن عبد الرحمن الجنيدل، إيهاب أبو دية، الاستثمار والتمويل في الاقتصاد الإسلامي، دار جرير، عمان، الأردن، الطبعة 1، الجزء 1، 2009.

5- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، دون طبعة، دون سنة نشر.

6- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، دار العلم والنور، دون طبعة، الجزء 9، المجلد 2، دون سنة نشر.

7- عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 2، 2011.

8- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الإيجار والعارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة 3، الجزء 6، المجلد 1 و2، 1998.

9- علي الهادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 8، 2011.

10- عمر مسقاوي، محاضرات في الوقف ومؤسسات الوقف، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة 1، 2011.

11- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2001.

12- محمد محمود العجلوني، البنوك الإسلامية، أحكامها، مبادئها، تطبيقاتها المصرفية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، عمان، الطبعة 3، 2012.

13- محمد محمود المكاوي، البنوك الإسلامية، النشأة، التمويل، التطوير، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، الطبعة 1، 2009.

14- نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، دون طبعة، 1995.

15- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر العربي، دمشق، الطبعة 3، 1989.

16- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، دمشق، الطبعة 4، الجزء 10، 1997.

17- يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة 1، 2011.

2- المؤتمرات والندوات

1- أحمد بن عبد العزيز بن قاسم الحداد، الوقف الثقافي والعلمي (أهميته وأنواعه)، مجموعة الأبحاث المقدمة لندوة الوقف الإسلامي، جامعة الدول العربية المتحدة، 1997.

2- صالح بن محمد بن محمد بن ابراهيم الحسن، استبدال أعيان الوقف بين المصلحة والاستيلاء، المؤتمر الثالث للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، الجامعة الإسلامية، 2009.

3- عبد العزيز خليفة القصار، وقف النقود والأوراق المالية، منتدى قضايا الوقف الثاني، نظمته الأمانة العامة للأوقاف بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، الكويت، 2005.

4- فارس مسدور، تطوير صيغ تمويل واستثمار الأوقاف (اقتصاد، إدارة، بناء، حضارة)، المؤتمر الثالث للأوقاف، المملكة العربية السعودية، 2009.

5- محمد بن ابراهيم الموسى، حفظ أموال الوقف، ندوة الوقف والقضاء، الجزء 2، المملكة العربية السعودية، الرياض.

6- محمد بن سعد المقرن، جمع الأوقاف وتفريقها، ندوة الوقف والقضاء، الجزء 2، المملكة العربية السعودية، الرياض.

7- محمد عبد الحلیم عمر، الاستثمار في الوقف، وفي غلاته وريعہ، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الخامسة عشر، المنعقدة بمسقط، عمان، 2004.

8- محمد عبد الحلیم عمر، نظام الوقف الإسلامي والنظم المشابهة له في العالم الغربي، (الصيغ التنموية والرؤى المستقبلية)، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للأوقاف، جامعة أم القرى، مكة المكرمة.

9- محمود أحمد أبو لیل، أثر الاجتهاد في تطور أحكام الوقف، مجموعة الأبحاث المقدمة لندوة الوقف الإسلامي، جامعة الدول العربية المتحدة، 1997.

3- مقالات ومحاضرات

1- حسين حسين شحاتة، الأسس المحاسبية لصيغ شركات المزارعة، سلسلة بحوث ودراسات في الفكر الاقتصادي الإسلامي.

2- سامي حبيلي، محاضرة أقيمت على السنة الثانية ماستر، تخصص قانون عقاري، 2015.

3- سامي محمد الصلاحيات، الإعلام الوقفي، دور وسائل الاتصال الجماهيري في دعم وتطوير أداء المؤسسات الوقفية، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، الطبعة 1، 2006.

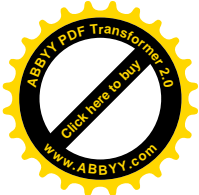
4- عمار بوضياف، دور المنظومة القانونية في حماية الوقف العام في التشريع الجزائري، 2012.

5- محمود فهد مهيدات، القواعد الفقهية وأثرها في المعاملات المالية، نظرية الظروف الطارئة، دائرة الإفتاء العام، الأردن.



4- الرسائل الجامعية

- 1- أحمد حططاش، النظام القانوني للوقف، بحث لنيل شهادة الدراسات العليا المتخصصة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 2004-2005.
- 2- الشيخ حمدون، دراسة تأصيلية لقضايا معاصرة من أحكام الوقف، مذكرة ماجستير في الشريعة، الفقه وأصوله، جامعة أدرار، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، 2004-2005.
- 3- بارة فتيحة، الإطار القانوني والتنظيمي للوقف العام في الجزائر، مذكرة ماستر، قانون عقاري، جامعة المدية، كلية الحقوق، 2012.
- 4- بلحاج شريفة، الوقف، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوقفي، مذكرة شهادة الدراسات الجامعية التطبيقية، قانون عقاري، جامعة المدية، 2004-2005.
- 5- بن تونس زكرياء، المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال قانون الأوقاف الجزائرية، مذكرة ماجستير، شريعة وقانون، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2005-2006.
- 6- بن عزوز عبد القادر، فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، الفقه وأصوله، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2003-2004.
- 7- بن مشرنن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، قانون الإدارة المحلية، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011-2012.
- 8- بوليق فاطمة الزهراء، استثمار الأملاك العقارية الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، قانون عقاري، جامعة المدية، كلية الحقوق، 2011، 2012.
- 9- جيدل كريمة، إيجار السكنات الوقفية، مذكرة ماجستير، القانون العقاري والزراعي، جامعة البليدة، كلية الحقوق، 2006.
- 10- زردوم صورية بن عمار، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، قانون عقاري، جامعة باتنة، كلية الحقوق، 2009-2010.



11- سالمي موسى، التصرفات الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2003.

12- علي محمد المومني، التطبيقات المعاصرة لعقدي المزارعة والمساقاة في الاقتصاد الإسلامي، مذكرة ماجستير، الاقتصاد الإسلامي، جامعة اليرموك، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، 1993.

13- فنطازي خير الدين، نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، قانون عقاري، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2006-2007.

14- لعمارة سعاد، التصرفات الواقعة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013.

- القرارات القضائية

1- القرار رقم 499084، المؤرخ في 2009/07/15، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2009.

2- القرار رقم 692342، المؤرخ في 2011/07/14، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2011.

فهرس الموضوعات

الصفحة	
أمقدمة
02	مبحث تمهيدي: معالم عقد الوقف المؤطرة للتصرفات الواقعة عليه في مختلف أحواله.....
03	المطلب الأول: مدة الوقف وما يصلح أن يكون محلا له.....
03	الفرع الأول: مدة الوقف في التشريع الإسلامي والقانون الجزائري.....
05	الفرع الثاني: ما يصلح أن يكون وقفا.....
08	المطلب الثاني: لزوم الوقف وملكيته.....
08	الفرع الأول: لزوم الوقف في التشريع الإسلامي والقانون الجزائري.....
10	الفرع الثاني: ملكية العين الموقوفة.....
	الفصل الأول: التصرفات الواقعة على الأملاك الوقفية في الظروف العادية
15	المبحث الأول: إيجار الأملاك الوقفية.....
15	المطلب الأول: انعقاد عقد الإيجار الوقفي.....
16	الفرع الأول: أطراف عقد إيجار الملك الوقفي.....
18	الفرع الثاني: كيفية إبرام عقد إيجار الملك الوقفي.....
20	الفرع الثالث: محل عقد إيجار الوقف ومدته.....
24	المطلب الثاني: آثار عقد الإيجار الوقفي وانتهائه.....
24	الفرع الأول: الآثار المترتبة على إيجار الأملاك الوقفية.....
29	الفرع الثاني: انتهاء عقد إيجار الأملاك الوقفية.....
32	المبحث الثاني: التصرفات الواقعة على الأملاك الوقفية الفلاحية والأراضي القابلة للبناء.....
32	المطلب الأول: استثمار الأملاك الوقفية الفلاحية.....
32	الفرع الأول: عقد المزارعة.....
41	الفرع الثاني: عقد المساقاة.....

46	المطلب الثاني: استثمار الأراضي الوقفية القابلة للبناء.....
47	الفرع الأول: عقد المقاولة " الاستصناع".....
49	الفرع الثاني: نظام " BOT " building opération transfer (بناء - تشغيل - تحويل) ..
	الفصل الثاني: التصرفات الواقعة على الأملاك الوقفية في الظروف الاستثنائية
53	المبحث الأول: التصرفات الواقعة على الملك الوقفي المعطل.....
53	المطلب الأول: تميمير الأراضي الوقفية البور (العاطلة) بواسطة عقد الحكر.....
53	الفرع الأول: مفهوم عقد الحكر.....
54	الفرع الثاني: أركان عقد الحكر.....
57	الفرع الثالث: آثار عقد الحكر.....
59	الفرع الرابع: انتهاء عقد الحكر.....
60	المطلب الثاني: تميمير الأملاك الوقفية القابلة للبناء والمبنية المعرضة للخراب والاندثار.....
60	الفرع الأول: تميمير الأملاك الوقفية القابلة للبناء والمبنية بعقد المرصد.....
64	الفرع الثاني: تميمير الأملاك الوقفية المبنية المعرضة للخراب والاندثار بعقد الترميم والتعمير.....
68	المبحث الثاني: استبدال الملك الوقفي.....
68	المطلب الأول: مفهوم الاستبدال ودليل مشروعيته.....
69	الفرع الأول: تعريف الاستبدال.....
70	الفرع الثاني: دليل مشروعيته.....
73	المطلب الثاني: شروط وحالات الاستبدال.....
73	الفرع الأول: شروط استبدال الملك الوقفي.....
78	الفرع الثاني: حالات استبدال الملك الوقفي.....
82	خاتمة.....
86	ملاحق.....
92	قائمة المصادر والمرجع.....
102	فهرس الموضوعات.....

