

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية: الشريعة والاقتصاد

قسم: الشريعة والقانون

تخصص: نظام الوقف والزكاة

جامعة الأمير عبد القادر

للعلوم الإسلامية

قسنطينة

رقم التسجيل:

الرقم التسلسلي:

الحماية المدنية والجنائية

للأملاك الوقفية

مذكرة مكملة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

إشراف الدكتور:

محمد سماعي

إعداد الطالب:

بلميلود محمد لمين

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الصّفة	الرتبة	الجامعة الأصلية
أ.د. بلقاسم شتوان	رئيسا	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر-قسنطينة
د. محمد سماعي	مشرفا ومقررا	أستاذ محاضرا	جامعة الجزائر 1
أ.د. عبد الحفيظ طاشور	عضوا	أستاذ	جامعة منتوري-قسنطينة
د. نور الدين ميساوي	عضوا	أستاذ محاضرا	جامعة الأمير عبد القادر -قسنطينة

السنة الجامعية: 1431-1432هـ/2010-2011

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

إهداء

إلى والديّ الكريمين الذي يعجز اللسان عن شكرهما، ويكَلِّ القلم عن تعداد أفضالهما، ويقف القلب مشدوهاً أمام عظيم تضحيتهما... سائلاً المولى الكريم المنان أن يبارك في عمرهما، وأن يُعلي مقامهما، وأن يوفّقني لبرّهما، وأن يعفو عن تقصيري الكبير في حقّهما.

وإلى كلّ مَنْ ساعدني على إنجاز هذه المذكّرة من قريب أو من بعيد، وإلى كلّ مُسلم مُخلص في عمله؛ جادّاً في خدمة دينه ووطنه؛ ساع بكلّ ما أوتي من علم وقوّة في خدمة العلم وأهله...

أهدي هذا العمل المُتواضع . . .

شكر وتقدير

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه كما يحب ربنا ويرضى، وكما يليق بعظيم وجهه وجلال سلطانه، أحمده سبحانه على نعمه العظيمة وآلائه الجسيمة، والتي منها نعمة إتمام هذه الرسالة، التي لولاه لما تمَّ شيء منها.

أتوجه بخالص شكري وعظيم امتناني، إلى فضيلة الدكتور المشرف محمد سماعي على ما تحمل من أعباء الإشراف على هذه الرسالة، وما أفادني من علمه وتوجيهاته وملحوظاته القيمة، وأخلاقه الكريمة، وأدبه الجم، مما كان له الأثر العظيم في إنجاز هذه الرسالة؛ فجزاه الله عني خير الجزاء، وبارك له في عمره وعلمه وأهله وذريته.

كما أتقدم بخالص شكري وتقديري إلى كافة أساتذة جامعة الأمير عبد القادر الإسلامية على ما قدموه لنا من اهتمام بالغ ورعاية فائقة؛ فجزاهم الله خيرا، ووفقهم لما يُحبّه ويرضاه.

كما أتقدم بخالص شكري وامتناني إلى كلِّ من علّمني حرفا واحداً منذ أن دخلت مؤسسات التعليم إلى يومنا هذا.

مُلخّص الرّسالة

الوقف نظام إسلاميٌّ، وجد منذ عهد رسولا لله صلى الله عليه وسلم، وهو من الصّدقات الجارية التي يقوم بها المسلم ابتغاء للأجر والثواب، ولما كان الوقف من التبرّعات الصّادرة بالإرادة المنفردة، والتي تؤدي إلى خروج ملكيّة الموقوف من يد صاحبه إلى الله تعالى؛ فقد كان محلاً للأطماع منذ القدم، لذا أولى الفقهاء به اهتماماً بالغاً في كتبهم؛ حيث لم يتركوا شاردة ولا واردة في عصرهم إلا تناولوها بالتفصيل؛ غير أن الضعف والتخلف الذي حل بالمسلمين بسبب الاستعمار، وحلول القوانين الوضعيّة محل الشريعة الإسلامية في كثير من البلدان الإسلامية، أدى إلى فقدان الوقف للكثير من حيويّته؛ وذلك لقلة الاجتهاد ونقص التطبيق العملي من جهة، وضياعه بين المصطلحات الفقهية والمصطلحات القانونيّة من جهة أخرى، وأصبح من الإشكالات المستعصية في حياتنا اليومية، ممّا عرضه للنهب والاستيلاء.

وفي محاولة لتدارك الوضع؛ أصدر المشرّع الجزائري مجموعة من القوانين الخاصّة بحماية الوقف؛ وفي سياق خدمة البحث العلميّ، ومحاولة تطوير المنظومة القانونيّة للوقف؛ فقد تناولت في هذه المذكورة: الحماية المدنيّة والجنائيّة للأموال الوقفيّة، من خلال القانون الجزائريّ مُقارنةً بالفقه الإسلاميّ.

تناولت في الفصل التمهيدي أحكام الوقف بصفة عامّة، ثمّ تناولت الحماية المدنيّة للوقف في الفصلين الأوّل والثاني، والحماية الجنائيّة في الفصل الثالث؛ حيث تطرقت في الفصل الأوّل إلى الحماية المدنيّة للوقف عند وجوده في خمسة مباحث، وفي الفصل الثاني تناولت الحماية المدنيّة للوقف عند تعطله وخرابه في أربعة مباحث، ثمّ في الفصل الثالث تناولت الحماية الجنائيّة للوقف في ثلاث مباحث، بالإضافة إلى الخاتمة وفيها أهمّ نتائج البحث المتوصل إليها.

وصلى الله على نبينا محمد والحمد لله رب العالمين.

Message digest

Waqf is an Islamic regime, has existed since the time of the messenger of Allah peace be upon him, one of the charity's ongoing by the Muslim in order to pay and reward and what was the cessation of contributions of the will of the individual and that lead to the withdrawal of his ownership to the Almighty god has been replaced ambitions since ancient times. so the first scholars by the interest in their books where not left loose or contained in their time but they ate in detail the weakness and the catastrophe that befell Muslims and that by law the place of Islamic law in many Islamic countries and colonizazion. has led to the loss of the stay a lot of vitality and by the lack of diligence , lack of the practical application of hand , and its loss between the terminology of fiqh and legal terms , on the other and become problems intractable in our daily lives , which displayed to the looting and seizure and in an attempt to remedy the situation issued Algerian legislators a set of laws on cessation and in light of research and diligence and development of the organization's legal halt addressed the protection of civil and criminal waqf properties by Algerian law compared to Islamic jurisprudence

Addressed in the introductory chapter the provision of the stay in general and then dealt with the civil protection of the stay in chapters I and II and criminal protection in the third chapter , where she discussed in the first chapter to the civil

protection of the stay when he was in five sections and in the second chapter dealt with the civil protection of the stay at the crash and a waste in four sections and then in third chapter dealt with the criminal protection of the stay in three section in addition to the conclusion the most important research results obtained.

May Allah bless our prophet Muhammad, praise be to Allah

مقدمة

الحمد لله الذي مهّد قواعد الدين بكتابه المحكم، وشيّد معاهد العلم بخطابه وأحكامه، وفقّه في دينه من أراد به خيراً من عباده وفهّم، وأوقف من شاء على ما شاء من أسرار مراده وأهم؛ فسبحان من حكم فأحكم، وحلّل وحزّم، وعزّف وعلّم، (علّم بالقلم علّم الإنسان ما لم يعلم).

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، المخصوص بجوامع الكلم وبدائع الحكم، وودائع العلم والكرم، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ومن سار على دربه وسلّم.

أمّا بعد:

فمن المعلوم أنّ الحضارة الإسلامية كانت لها صولةٌ في العالم كلّه، تركت بصماتها وآثارها خالدة إلى يومنا هذا، ومن أبرز معالم حضارتنا التي يشهد لها التاريخ؛ الأوقاف الإسلامية التي كان لها الدور الكبير في حياة المسلمين؛ وذلك في جميع مناحي الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والعلمية والعسكرية؛ حيث لم تبق مصلحة اجتماعية أو منفعة عامة إلا ونجد لها أوقافاً تُنفق عليها، وتعمل على رعاية تقديمها للناس.

لكن نكبة التخلّف التي حلّت بالمسلمين من جهة، وضعف الوازع الديني للحكام وعوامّ أفراد الأمة من جهة أخرى؛ أدى إلى تعطلّ المؤسسات الوقفية عن كثيرٍ من عطاياها؛ حيث كانت تُتخذ ذرائع مختلفة من أجل الاستيلاء عليها.

ثم جاءت النكبة المعاصرة والمتمثلة في المستعمر الذي حلّ بكثيرٍ من البلاد الإسلامية ليستهلك ما بقي من الأوقاف، واستمرّ الوضع على ذلك بعد الاستقلال؛ بل ازداد سوءاً؛ وذلك بإصدار المشرّع الجزائريّ حينها قانون الثورة الزراعية، والذي أُمّت بموجبه جميع الأراضي الوقفية وأدرجت ضمن الأملاك الوطنية.

وفي محاولة لتدارك الأخطاء، وتصحيح المسار، وتجنب ما حصل في الماضي؛ أصدر المشرّع الجزائريّ فيما بعد مجموعة من اللوائح والقوانين التي من شأنها أن تُنظّم الأوقاف من حيث إنشائها وكيفية إدارتها واستغلالها، واسترجاع الأوقاف المسلوّبة؛ سواءً المؤمّمة منها أو المستولى عليها من طرف

بعض الخواص؛ غير أنّ حداثة هذه القوانين مُقارنَةً بغيرها من القوانين العربيّة؛ فإنّ المشرّع الجزائري لم يمتلك التّجربة الكافية التي تمكّنه من إصدار منظومة قانونية مُتكاملة.

ومع كون الأوقاف أموالاً مُستقلّة ذات شخصيّة معنويّة؛ فإنّ المشرّع الجزائري لم يُدرجها ضمن الأموال العامّة، مُكتفياً بالإحالة على قانون العقوبات؛ الأمر الذي حرم الأموال الوقفيّة قانونياً من الاستفادة من الحماية المقرّرة للمال العامّ؛ ممّا جعلها عُرضةً لكلّ أنواع الإهمال والاستغلال غير المشروع.

ونتيجة لما حصل للأوقاف في الماضي والحاضر، وتجنّباً لتكرار ما حدث، ورغبة مني في كتابة هذا الموضوع، أردت دراسة مدى حماية المشرّع الجزائري للأوقاف، واخترت الشقّ المدنيّ والجنائيّ؛ لأنهما المجال الأهمّ والأبرز في الحماية، ومن ثمّ فإنّ الإشكالية التي انطلق منها هي كالآتي:

- إشكالية الموضوع:

لقد أصدر المشرّع الجزائري مجموعةً من القوانين المتعلّقة بالأوقاف، وهذه القوانين جاءت لحمايته بالدرجة الأولى؛ إلا أننا نلاحظ في واقعنا اعتداءات عليها بشتى الأساليب المختلفة؛ فهل أحكام نصوص هذا القانون تُوفّر الحماية القانونيّة الكافية للوقف؟ هذه إشكالية تدرج تحتها عدّة إشكالات؛ يمكن أن نطرحها في جملة الأسئلة الآتية:

1. ما صور الحماية الموجودة في هذا القانون؟
 2. هل تتمتع الأوقاف بالحماية مثلما تتمتع بها الأموال العامّة؟
 3. هل هذه الحماية التي وضعها المشرّع الجزائري، تتوافق مع الحماية التي قرّرها الفقه الإسلاميّ؟
 4. وهل هذه النصوص القانونيّة لا تزال تحتاج إلى الإثراء والبحث أم أنّها في غنى عن ذلك؟
- فكلّ هذه التساؤلات وغيرها كانت مُنطلقاً في بحثي هذا؛ ولقد حاولت الإجابة عنها بقدر

المستطاع.

- أسباب اختيار الموضوع:

لقد كان لاختيار هذا الموضوع محلاً لهذه الدراسة التي أقدمها أسباباً مختلفة؛ يأتي في مقدمتها:
1- موضوع الوقف: حيث نجد بعد تصفّحنا لكتب فقهاء القانون، أنّهم لم يولوا الأهمية الخاصة للمسائل القانونية ذات الصلة بالوقف؛ في الوقت الذي اختصّ فيه القانون المدني ببعض الأحكام الرامية إلى حمايته.

2- أهمية الوقف ودوره البارز في التاريخ الإسلامي؛ وذلك يستدعي النظر في إعادة إحيائه من جديد، ولا يكون ذلك إلا بتوفير الحماية له باعتباره مالا ذا طبيعة خاصة.

3- ما شهدته الأوقاف في الماضي وفي الوقت الحاضر من الاستيلاء والغصب بطرق مقننة، استدعت البحث في هذا المجال لحمايته.

4- التجربة الحديثة للمشرع الجزائري في إصدار قوانين متعلّقة بالأوقاف مثل: قانون (91-10) المؤرخ في: 1991/04/27، والمتعلّق بالأوقاف وما بعده، تستدعي التطرّق لهذا القانون كغيره من القوانين بالبحث والدراسة.

5- طبيعة دراسة موضوع الوقف، والمتمثلة في الدراسة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي الجزائري، وليست تخفى قيمة تلك المقارنة علمياً وعملياً؛ فمن شأنها إن كانت جادة أن تسدّ الكثير من الخلل الوارد في نصوص القانون الوقفي.

- أهمية الموضوع:

- تبرز أهمية الموضوع من خلال أهمية الوقف في حد ذاته، والحاجة إلى البحث في هاته المجالات.

- إن أموال الوقف تحتاج إلى الحماية باعتبارها أموالاً خرجت عن ملك الواقف، وحيث إنّها ليست أموالاً عامّة؛ فهي لا تستفيد من الحماية المقرّرة للأموال العامّة؛ فإيجاد الحماية اللازمة هي خدمةٌ وصّونٌ للوقف.

- الدور الريادي للوقف عبر تاريخ الأمة الطويل؛ وذلك يستدعي من علماء العصر بحثاً جاداً في سبل إحيائه، خاصة مع إمكانية أن يؤدي دوراً عالمياً، ولا يكون ذلك إلا من خلال حماية الأوقاف في حد ذاتها.

- الطابع التعبدي للوقف الذي يُرجى من خلاله الأجر والثواب عند الله تعالى؛ فحمايته هو في الحقيقة حماية لعبادة جليلة.

- إن الملك الوقفي كغيره من الأملاك يحتاج إلى حماية؛ فالقانون يحمي جميع الممتلكات بما في ذلك الشجر والحجر والدواب وغيرها؛ فلماذا لا يحمي الأوقاف، ويتركها عرضة لكل اعتداء؟ وأين مكن الخلل؟

- إن طبيعة الملك الوقفي جعلته محل أطماع الغير، ولا يتم ردع هذه الأطماع إلا من خلال توفير الحماية اللازمة له.

- الأهداف:

يهدف هذا البحث إلى تحقيق جملة من المقاصد؛ منها:

- إثراء نصوص القوانين التي تتعلق بالأوقاف؛ وذلك من خلال إجراء مقارنات بين القوانين الوضعية وأحكام الفقه الإسلامي.

- إيجاد الحماية الشرعية والقانونية المطلوبة للأوقاف.

- إيجاد مرجعية شرعية قانونية لحماية الأوقاف حتى تؤدي دورها الريادي في التنمية الاجتماعية والاقتصادية.

- صعوبات البحث:

تكمن صعوبات البحث في ندرة الكتابات المعاصرة في هذا المجال، وكذلك قلتها في القانون الجزائري، وهي مع وجودها غير متوافرة بالشكل الكافي الذي يجعلها في متناول أيدينا، مما ألجأني في كثير من الأحيان إلى الاجتهاد وإبداء الرأي الشخصي.

- الدراسات السابقة:

الدراسات المتعلقة بالوقف في الإسلام كثيرة ومتنوعة؛ وأما الدراسات المتعلقة بحماية الأملاك الوقفية في الفقه الإسلامي مقارنةً بالقانون الوضعي؛ فهي قليلة؛ ومن أبرزها في نظري:

1. الحماية المدنية للوقف، دراسة في القانون الكويتي، للدكتور: أنور أحمد فزيح، وهي مقالة منشورة في مجلة الحقوق الكويتية، رقم: 22، سنة: 1999م.

حيث تناول الباحث دراسة قانونية حول الحماية المدنية للوقف في ضوء الأحكام الخاصة في القانون المدني، وكذلك أحكام الأمر السامي الصادر في عام: 1951م، ولكونه مقالاً منشوراً في مجلة علمية؛ فإن تناوله للحماية المدنية للوقف كانت بشكل مختصر؛ مع التركيز والإشارة إلى بعض عناصر وضور الحماية.

2. الوقف العام في التشريع الجزائري، للدكتور: محمد كنازة، دار الهدى، د/ط، د/ت، عين مليلة، الجزائر.

حيث أشار الباحث في كتابه إلى الحماية القانونية بصفة عامة وموجزة، ونوّه بفكرة الحماية القضائية وأنواعها؛ الإدارية والجنائية دون تفصيل.

3. عقود التبرعات: «الوقف والهبة والوصية»، للدكتور: حمدي باشا، دار هومه، د/ط، د/ت، الجزائر.

وقد أشار المؤلف من خلال كتابه إلى فكرة الحماية وأنواعها؛ فتناول الحماية المدنية والحماية الجزائية بشكل عامّ ومختصر تحت عناوين فرعية.

4. المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال قانون الأوقاف الجزائري، للباحث: بن تونس زكريا، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1427 هـ - 2006 م.

وقد تناول الباحثُ المسؤولةَ النَّاجمةَ عن التَّصرفاتِ التي ترد على الوقف، وهو يهدف إلى تحديد المسؤولية من خلال هذه التَّصرفات، وهذه التَّصرفات؛ بعضها له علاقةٌ ببحثي من حيث إنَّها تُعتبر صوراً للحماية المدنية للأوقاف.

وهذه الدِّراسة التي أقدمها ستكون -بإذن الله- حول إبراز صور الحماية التي وضعها المشرِّع الجزائري للوقف منذ إنشائه إلى غاية انتهائه، وإبراز الجرائم التي تقع على الوقف من خلال ما نصَّ عليه القانونُ الجزائريُّ مُقارناً بالفقه الإسلامي؛ مع الإشارة إلى أي مدى قد وُفِّق المشرِّع الجزائري في إيجاد الحماية اللازمة للوقف من خلال نصوصه.

- منهج البحث:

نظراً لطبيعة الموضوع؛ فقد اعتمدت في هذا البحث على مناهج مختلفة؛ وهي:

1- المنهج الاستقرائي: ويتمثل في تتبُّع جُزئيات الموضوع وجمعها، من خلال المصادر والمراجع على مستوى كُتب الشريعة الإسلامية وكُتب القانون الوضعي.

2- المنهج المقارن: وهو منهجٌ مُتناغمٌ مع طبيعة الدراسة؛ وهذه المقارنة أجريتها بين آراء المذاهب الإسلامية فيما بينها من جهة، وبين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي الجزائري من جهة أخرى.

3- المنهج التحليلي: ويظهر الاعتمادُ عليه جلياً من خلال تحليل ومناقشة أدلة الأحكام الفقهية والقانونية، والخروج بالرأي الرَّاجح وفق ما تقتضيه قواعد التَّرجيح المقررة في علم أصول الفقه.

- المنهج العام: وأمَّا المنهج العامُّ المتَّبَع في تقرير مادَّة هذه الرِّسالة؛ فقد حاولت الالتزام بالنقاط الآتية:

- الرِّجوع إلى الكتب المعتمدة في كلِّ مذهب من المذاهب الفقهية المتبوعة؛ ثمَّ مُقارنتها بالقانون الجزائري.

- عزو الآيات القرآنية؛ بذكر اسم السورة ورقم الآية، مع كتابتها بالرِّسم العثماني.

- تخريج الأحاديث النبوية؛ فإن كان في الصَّحيحين أو في أحدهما اكتفيت بالعزو إليهما؛ وإن

كان في غيرهما من كتب السنَّة خرَّجته من كتب السنَّة المعتمدة؛ مع بيان درجته من حيث الصحة

والضعف، مُعتمداً في ذلك على كتب التّخريج المشهورة، وأمّا الآثار؛ فقد اعتمدت في تخريجها على كتب الآثار.

- التّرجمة للأعلام المغمورين باختصار مُناسب، وأمّا المشهورون منهم فقد اكتفيت بشهرتهم عن التّرجمة لهم.

- التّعريف بالمصطلحات العلميّة التي لها تعلق مباشرٌ بالرسالة؛ وبيان معاني الكلمات الغريبة التي تحتاج إلى بيان.

- وضعت فهرس علميّة متنوّعة في آخر الرسالة، وهي: - فهرس الآيات القرآنية. - فهرس الأحاديث النبوية. - فهرس القواعد الفقهية. - فهرس المواد القانونية. - فهرس المصادر والمراجع. - فهرس المحتويات.

الخطة التفصيلية:

لقد قسمت هذه الدراسة بعد الموافقة عليها من الجهة المختصة بذلك في الكليّة إلى مُقدمة وأربعة فصول وخاتمة.

أما المقدمة؛ فتناولت فيها أهميّة الموضوع، ودوافع اختياره، والمنهج المتّبع لدراسته، والخطة التفصيلية في إنجازها.

وأما الفصل التمهيدِيّ؛ فتناولته تحت عنوان: مفهوم الوقف وحكمه وأركانه وشروطه وطبيعته، وتضمّن ثلاثة مباحث؛ حيث تناولت في المبحث الأوّل: مفهوم الوقف وحكمه وحكمته، وفي المبحث الثاني: تناولت أركان الوقف وشروطه، وفي المبحث الثالث: تناولت طبيعة الملك الوقفي؛ حيث ضمّنته تعريف الملكية وخصائصها، ثمّ الملكية العامّة والوقف الشرعيّ؛ مع بيان أوجه التّفريق بينهما.

وأما الفصل الأوّل: فتناولته تحت عنوان: الحماية المدنيّة للوقف عند وجوده، وتضمّن خمسة مباحث هي:

الأول: حماية الوقف عند إنشائه؛ حيث تطرقت إلى طبيعة عقد الوقف، ثم إلى الشخصية الاعتبارية للوقف، وطرق إثبات الوقف.

الثاني: حماية الوقف في مواجهة الغير في مجال التصرفات القانونية؛ حيث تطرقت إلى صور الحماية العامة، ثم إلى عقد الإيجار.

الثالث: حماية الوقف في مواجهة الغير في مجال الملكية؛ وتضمن الحياة والشفعة وما يتعلق بذلك من أحكام.

الرابع: حماية الوقف في مواجهة الناظر، وفيه بيان مسؤولية الناظر في مواجهة الوقف، ومسؤوليته في مواجهة الغير.

الخامس: حماية الوقف في مجال الاستثمار؛ حيث تناولت مفهوم الاستثمار وحكمه وضوابطه، ثم أنواع الاستثمار التي تضمنها قانون الأوقاف وأثرها الواقعي عليه.

وأما الفصل الثاني: فتناولته تحت عنوان: حماية الوقف عند تعطله وانتهائه؛ وتضمن أربعة مباحث؛ وهي: الأول: الاستبدال والتغيير. الثاني: القسمة. الثالث: عقد الحكر والمرصد. الرابع: الاستدانة.

وأما الفصل الثالث: فتناولته تحت عنوان: الحماية الجنائية للوقف؛ وضمته ثلاثة مباحث هي:

الأول: وتضمن ناظر الوقف وطبيعته القانونية؛ حيث تطرقت إلى تحديد مفهوم كل من النظارة والناظر، وشروط تعيينه وعلاقته بالوقف، ثم تحديد مفهوم الموظف العام، والمعايير المستخدمة في اعتبار الشخص موظفاً عاماً؛ منتهياً من ذلك إلى تحديد المركز القانوني للناظر، وهل يمكن اعتباره موظفاً أو لا؟

الثاني: وتضمن جرائم العدوان على الأملاك الوقفية؛ حيث تطرقت إلى الجرائم التي تقع من طرف الموظف العام، ثم إلى الجرائم التي تقع من طرف الناظر، وفي الأخير الجرائم التي تقع من الغير.

الثالث: وتضمّن التعويض عن الاعتداء على الأوقاف؛ حيث تطرقت إلى مفهوم التعويض، وموجباته، وطريقة تقديره وجبره.

وأما الخاتمة: فتحدثت فيها عن أهمّ النتائج والوصايا التي خلّصت إليها من خلال مسيرتي الطويلة مع هذا الموضوع.

وختاماً؛ فيأتي لا أدعي قد بلغت في هذه الرسالة الكمال، ولا أيّ قد أصبت في كلّ ما قلته وقزرته؛ لأنّ الخطأ والنقصان من طبيعة الإنسان، وحسي أيّ قد بذلت جهدي ووسع طاقتي في خدمة العلم وأهله؛ فما كان فيه من صواب؛ فمن الله وحده، وما كان فيه من خطأ؛ فمن نفسي ومن الشيطان، وأستغفر الله منه أبداً ومن الآن.

وأسأل الله سبحانه بأسمائه الحسنی وصفاته العلی، أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم، نافعاً لكلّ من اطّلع عليه، وأن يجعله في ميزان حسناتي يوم لا ينفع مالٌ ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم، وأن يجزي عني خير الجزاء، كلّ من أعانني على إنجاز هذا البحث من قريب أو من بعيد، وصلى الله وسلم وبارك على سيّدنا ونبينا محمّد وعلى آله وصحبه أجمعين وعلى من سلك طريقهم إلى يوم الدين.

الفصل التمهيدى:

مفهوم الوقف وحكمه وأركانه وشروطه
وطبيعته

ويتضمّن المباحث الآتية:

- المبحث الأول: مفهوم الوقف وحكمه وأنواعه.
- المبحث الثانى: أركان الوقف وشروطه.
- المبحث الثالث: طبيعة الملك الوقفى.

المبحث الأول:

مفهوم الوقف وحكمه وأنواعه:

ويشمل المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف الوقف.

المطلب الثاني: حكم الوقف وحكمته.

المطلب الثالث: أنواع الوقف.

عبد القادر للعطوم الإسلامية

المطلب الأول: تعريف الوقف:

1- الوقف لغةً: من «وقف»؛ والواو والقاف والفاء فيه أصلٌ واحد يدلّ على تمكُّثٍ في شيءٍ، وله عدّة معانٍ منها: الحبس والمنع، يُقال: أوقفت كذا أي حبسته ومنعته⁽¹⁾، ووقف الدار على المساكين، وللمساكين؛ إذا حبسها عليهم.

والحُبْسُ بالضمِّ ما وُقِفَ، يُقال: حَبَسَ الفَرَسَ في سبيلِ الله وأَحْبَسَهُ؛ أي أوقفه، وفي الحديث ذلك حَبِيسٌ في سبيلِ الله؛ أي موقوفٌ، ويقع الحُبْسُ على كلِّ شيءٍ وقفه صاحبه وقفاً محرّماً، لا يُورث ولا يُباع من أرض ونخل وكرم ومُسْتَعْلٍ يُحْبَسُ أصله وقفاً مؤبداً، وتُسَبَّلُ ثمرته تقريباً إلى الله عز وجل⁽²⁾.

ثمَّ اشتهر إطلاق لفظ المصدر وإرادته اسم المفعول، فيقال: هذا العقار وقف؛ أي موقوفٌ، ومن هنا جُمع على أوقاف؛ وإلا فإنَّ المصدر لا يُتَنَّى ولا يُجمع⁽³⁾.

ومن معاني الوقف في اللغة الخُلخال؛ وهو ما كان من شيءٍ من الفضة والدُّبُل؛ وأوقفت عن الأمر الذي كنت فيه؛ أي أقلتُ عنه، ووقفتُ الحديث أي بيّنته، وأوقفتُ عن الكلام أي سَكَتُ⁽⁴⁾.

2 - الوقف اصطلاحاً: اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الوقف؛ ولعلّ السبب في ذلك

راجعٌ لاختلافهم فيما يتعلّق به من الأركان والشروط، ولاختلافهم في لزومه من عدمه، واشتراط

1- انظر: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، تحقيق: شهاب الدين أبو عمر، دار الفكر، ط/1، 1415 هـ /1994م، ص/1100.

2- انظر: أبو الفضل محمد بن منظور: لسان العرب، تحقيق عامر أحمد حيدر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 1426 هـ /2005م، ج/5، مادة: وقف، ص/748.751.

3- محمد مصطفى شلبي: أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط 4، 1402 هـ/1998م، ص/303.

4- انظر: المرتضى الزبيدي: تاج: العروس من جواهر القاموس، تحقيق علي شبري، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، 1414 هـ /1994م، ج: 12 مادة: وقف، ص/531.525. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي الشيرازي: القاموس المحيط، دار الكتاب العربي، دط، دت، مادة: وقف، ص/205. ابن منظور: المصدر السابق، ج/4، مادة: حبس، ص/158.157.

الثَّرية فيه وعدم اشتراطها، والجهة المالكة للعين بعد وقفها⁽¹⁾، ومع اختلاف العبارة في تعريف الوقف؛ فإنَّ الكلَّ مُتَّفَقٌ على أنَّ الوقف هو تحييس للأصل؛ فلا يباع ولا يُورث ولا يُوهب بأي شكل من الأشكال؛ وفيما يلي عرضٌ لبعض هذه التعريفات:

1- عرّفه السرخسي⁽²⁾ من الحنفيّة بقوله: «حَبَسَ المملوك عن التَّمْلِيكِ مِنَ العَيْرِ»⁽³⁾. والحبس: يعني المنع، وهو يشمل كلَّ حبس كالرهن والحجر. وقيد: (المملوك): يُراد به الاحتراز عن غير المملوك؛ لأنَّ الواقف لا يحقُّ له الوقف؛ إلا إذا كان مالكا لها. وقيد: (عن التَّمْلِكِ مِنَ العَيْرِ): يريد به أنَّ العين الموقوفة لا يصحُّ أن يجري عليها أيّ تصرّف من التصرّفات التي يملكها المالك في ملكه كالبيع⁽⁴⁾.

والملاحظ على هذا التعريف، أنّه أبقى الملك بيد الواقف؛ وذلك يعني أنَّ الوقف غير لازم، وعلى هذا لا يكون له أثرٌ على العين الموقوفة؛ لبقاء حُرّيّة الواقف في التصرّف فيها مادام على قيد الحياة.

وأما الوقف عند صاحبي الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه؛ فقد عرّفه ابن عابدين⁽⁵⁾ على رأيهما بقوله: «وعندهما: . هو حبسها على حكم ملك الله تعالى، وصرف منفعتها على مَنْ

1- عكرمة سعيد صبري: الوقف الإسلامي بين النظريّة والتطبيق، دار التفائس للنشر والتوزيع؛ الأردن، ط/1، 1428 هـ/2008م، ص/26.

2- السرخسي: هو شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي السهل السرخسي، ونسبته إلى بلد سرخس من بلاد خراسان، وهو من أئمة المذهب الحنفي، وله عدة مؤلفات منها: كتاب المبسوط، شرح السير الكبير، شرح مختصر الطحاوي، توفي سنة 490هـ/1098م. انظر: محي الدين ابن سالم: الجواهر المضئعة في طبقات الحنفيّة، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، دار حجر للطباعة والنشر والتوزيع، دط، دت، ج/3، ص/82.78.

3- السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دط، 1409هـ/1989م، ج/11، ص/27.

4- عكرمة سعيد صبري: الوقف الإسلامي بين النظريّة والتطبيق، ص/28.

5- هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفيّة في عصره، ولد سنة 1198هـ في دمشق وتوفي بها كذلك سنة 1252هـ، له مصنفات عديدة منها: رد المحتار على الدر المختار، و رفع الأنظار عما أورده الحلبي على الدر المختار، و العقود الدرية في تنقيح الفتاوي الحامدية. انظر: الزركلي: الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط/14، 1999م، ج/6، ص/42.

أحبّ»⁽¹⁾، ويُفهم من ذلك أنّ الوقف عقدٌ لازمٌ لا رجوع فيه؛ فلا يملك أحدٌ التصرف في العين الموقوفة تملكاً أو توثيقاً أو هبةً.

2. وعرفه ابن عرفة⁽²⁾ من المالكية بقوله: «إعطاء منفعة شيءٍ مُدَّةٌ وجوده لازماً بقاؤه في ملك مُعْطيه ولو تقديراً»⁽³⁾.

وقوله: (إعطاء منفعة): قيدٌ احتراز به عن إعطاء ذات العين كالهبة؛ فالواهب يُعطي ذات العين الموهوبة للموهوب له. قوله: (مُدَّةٌ وجوده): قيدٌ احتراز به عن الإعارة؛ لأنَّ المعير له الحقُّ في استرجاع العين المعارة متى شاء، وهذا يعني أنّ الوقف يُفيد التأييد، وقد أعترض عليه بأن التأييد لا يشترط⁽⁴⁾. وقوله: (ولو تقديراً): يحتمل أن يكون اللفظ فيه راجعاً إلى الملك فيكون المعنى: إن ملكتُ دار فلان؛ فهي حبسٌ، ويحتمل أن يكون اللفظ راجعاً إلى الإعطاء؛ فيكون المعنى: دارٌ تُحبس على مَنْ سيكون؛ فمراده بالتقدير: التعليق، ولم يُرجَّح المالكية أيّاً من الاحتمالين؛ وذلك لأنهم يجيزون الوقف المعلق⁽⁵⁾.

ويلاحظ على هذا التعريف أن العين الموقوفة تبقى بيد الواقف؛ غير أنها مقيدة بعدم التصرف فيها تصرفاً ناقلاً للملكية؛ كما أن الوقف يشمل العقار مثل: الأراضي والدور والمباني وكذلك المنقول مثل: الحيوانات وغيرها.

1- ابن عابدين: رد المختار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423هـ/2003م، ج/6، ص/520، 521.

2- هو أبو عبد الله محمد بن عرفة المالكي التونسي إمام وخطيب جامع القيروان، ولد سنة 716هـ/1316م، من كتبه، المختصر الكبير، مختصر الفرائض، توفي سنة 803هـ/1400م. انظر: محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، المطبعة السلفية، القاهرة، دط، 1349هـ، ص/227.

3- محمد الرضا: شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأحناف، الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط/1، 1993م، ج/2، ص/539.

4- علي بن أحمد العدوي: حاشية العدوي على الخرشبي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 1417هـ/1997م، ج/7، ص/362.

5- انظر: محمد بن عبد الله الخرشبي: حاشية الخرشبي على مختصر سيدي خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 1417هـ/1997م، ج/7، ص/361، 362. محمد الرضا: شرح حدود ابن عرفة، ج/2، ص/539.

3. وعرفه الرّملي⁽¹⁾ من الشّافعيّة بقوله: «حبسُ مالٍ يُمكن الانتفاعُ به مع بقاء عينه، بقطع التّصرّف في رقبته على مصرفٍ مباح»⁽²⁾.

وقوله: (حبس): يعني المنع، وهو يشمل كلّ حبسٍ كالرهن والحجز. وقوله: (مال): قيدٌ أخرج به ما ليس بمالٍ كالخمر؛ فإنّه غيرُ مُتقومٍ شرعاً. وقوله: (بقطع التّصرّف في رقبته): قيدٌ أخرج به أموال الحبس الأخرى مثل: الرهن. وقوله: (على مصرفٍ مباح): قيدٌ أخرج به الوقف على المعاصي والمحرمات عامّة⁽³⁾.

وواضحٌ من هذا التعريف الذي أورده الرّملي بأنّ الوقف عند الشّافعيّة تصرّف لازم يخرج عن ملك واقفه، بقطع التّصرّف في رقبته على جهة مُباحة.

4. وعرفه البهوتي⁽⁴⁾ من الحنابلة بقوله: «تحييس مالك مُطلق التّصرّف ماله المتنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرّفه»⁽⁵⁾.

وقوله: (مالك مُطلق التّصرّف): قيدٌ أخرج به غير المالك، كالفضوليّ والسفهي. وقوله: (ماله المتنتفع به مع بقاء عينه): قيدٌ أخرج به مال الغير المتنتفع به مع بقاء عينه كالمطعم والمشروب، وقوله: (بقطع تصرّفه): يُريد به قطع جميع التّصرّفات؛ سواءً أكانت من المالك أم من غيره

(1) - هو شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الرّمليّ، فقيه الديار المصريّة، ولد سنة 919 هـ/1513م، وتوفي سنة 1004 هـ/1559م، من مؤلفاته: نهاية المحتاج، فتاوى شمس الدين الرّمليّ. انظر: الزركلي: الأعلام، ج/6، ص/87.

(2) - يحيى أبو زكريا الأنصاري: أسنى المطالب شرح روض الطالب، تحقيق: محمد محمد تامر، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط/1، 1422 هـ/2001م، ج/5، ص/515.

(3) - عكرمة سعيد صبري، الوقف الإسلاميّ، ص/38.

(4) - منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتيّ الحنبليّ، شيخ الحنابلة بمصر في عصره، نسبته إلى (بھوت) في غربية مصر، ولد سنة 1000 هـ/1591م، له كتب، منها: الرّوض المربع شرح زاد المستقنع المختصر من المنع، وكشاف القناع عن متن الإقناع للحجاوي، ودقائق أولي التّهيّ لشرح المنتهى، وإرشاد أولي التّهيّ لدقائق المنتهى، والمنح الشافعية، توفي سنة 1591 هـ/1641م. انظر: ابن شطي: مختصر طبقات الحنابلة، دراسة فواز أحمد زمري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط/1، 1406 هـ/1986م، ص/114.

(5) - منصور بن يونس بن إدريس البهوتيّ: شرح مُنتهى الإرادات، دار الفكر، دط، دت، ج/2 ص/490، 489.

من بيع وهبة وغيرها، وفي ذلك دلالة على لزوم الوقف، وخروجه من ملك الواقف⁽¹⁾.

والذي يُستخلص من تعريفات الفقهاء، أنهم مُتفقون على مشروعية الوقف ووجوب التصديق بالزبيح أو المنفعة كأصل عام؛ غير أنهم اختلفوا في لزوم الوقف من عدمه، وزوال ملكية الوقف عن الواقف.

- علاقة التعريف اللغوي بالتعريف الاصطلاحي:

يقتضي التعريف الشرعي للوقف كما سبق وأن أشرنا المنع من التصرف في العين على وجه التأييد، وجعل الثمرة في سبل الخير، ومنه فالعلاقة بين التعريف الشرعي للوقف وبين معاني الوقف اللغوية قوية جداً؛ فالمنع والتأييد المنصبان على العين، هي بعض معاني الحبس اللغوية كما مر معنا؛ وبذلك يتبين أن التعريف الشرعي للوقف، أخص من المعنى اللغوي؛ لأن الوقف الشرعي؛ يقتضي التأييد والمنع من التصرف، والوقف في اللغة هو: مُطلق الحبس والمنع⁽²⁾.

- تعريف الوقف في الاصطلاح القانوني:

إن أول تعريف للوقف في القانون الجزائري، كان بموجب المادة: 213 من قانون الأسرة⁽³⁾ بقوله: [الوقف حبس مال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق]. وهو ذات التعريف الذي جاء به قانون الأوقاف: (91-10) المعدل والمتمم؛ حيث نصت المادة الثالثة منه على أن: [الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة]⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ - انظر: البهوتي: المرجع نفسه، ج/2، ص/489، 490. وراجع: فتحي الدرزي: بحوث ودراسات في الفكر الإسلامي المعاصر، دار قتيبة، دمشق، ط/1، 1408 هـ/1988م، ج/2، ص/658.

⁽²⁾ - سليمان بن عبد الله أبا الخيل: الوقف في الشريعة الإسلامية، حكمه وحكمته، وأبعاده الدينية والاجتماعية، دط، 1429 هـ/2008م، جامعة نايف العربية للعلوم، الرياض، ص/12.

⁽³⁾ - قانون رقم: 84-11، المؤرخ في: 9 رمضان عام 1404هـ، الموافق ل 9 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، عدد: 24، الصادرة في: 12 رمضان 1404هـ، الموافق ل 12 يونيو 1984م.

⁽⁴⁾ - قانون رقم: 91-10، المؤرخ في: 12 شوال 1411هـ، الموافق 27 أبريل سنة 1991م، المتضمن قانون الأوقاف، والمعدل والمتمم بالقانون رقم: 01-07، وقانون رقم: 02-10، الصادر بالجريدة الرسمية العدد: 21، الصادرة في: 23 شوال 1411هـ.

وهو تعريفٌ مأخوذٌ من تعريفات الفقهاء؛ وقوله: [على الفقراء أو على وجه من وجوه البرِّ والخير]؛ يريد به أن يكون الوقف على جهة عامّة غير مُعيّنة، وبذلك يكون قد أخرج الوقف الأهليّ أو الذريّ.

وما نستخلصه من هذا التعريف: هو أنّ المشرّع الجزائريّ لا يُجيز الوقف المؤقت؛ كما أنّه يُسقط الملكية عن العين الموقوفة؛ لأنّ الوقف عنده عقد لازم.

المطلب الثاني: حكم الوقف وحكمته:

الوقف جائز عند جمهور الفقهاء من المذاهب⁽¹⁾؛ إلا ما يحكى عن أبي حنيفة القائل: بعدم جواز الوقف، وهو قول القاضي شريح⁽²⁾؛ وما يُروى عن بعض الصحابة كعبد الله بن مسعود وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم؛ من القول بجواز الوقف في الأموال المنقولة فقط⁽³⁾، وتفصيل ذلك فيما يأتي:

- **الرأي الأول:** أنّ الوقف جائز على إطلاقه في الأموال المنقولة وغير المنقولة، وهو مذهب الجمهور، واستدلوا على ذلك بأدلة من المنقول والمعقول منها:

1- الأدلة من القرآن الكريم:

- قوله تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عمران 92]. وقوله تعالى: ﴿وَمَا يَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَلَنْ يُكْفَرُوهُ وَاللَّهُ عَلِيمٌ بِالْمُتَّقِينَ﴾ [آل عمران 115]. وقوله عز وجل: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج 77].

وهذه الآيات ظاهرة في الحضّ على عمل الخير والبرّ؛ والوقف ما هو إلا صورة من صور البرّ والخير.

2- **الأدلة من السنة الشريفة:** هناك أحاديث كثيرة عن النبي ﷺ، منها ما هو عامّ في الدلالة، تحض على فعل الخير والبرّ والإحسان، ومنها ما يدلّ دلالة صريحة على الوقف، نذكر منها ما يأتي:

(1) - انظر: برهان الدين الطرابلسي: الإسعاف في أحكام الأوقاف، دار الزائد العربي، بيروت، لبنان، دط، 1401 هـ / 1981م، ص/7. أحمد بن أحمد زروق: شرح رسالة أبي زيد القيرواني، مطبعة الجمالية، مصر، 1332 هـ/ 1914م، ص/201، 202. محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، دت،

ج/6، ص/376. البهوتي، شرح مُنتهى الإرادات، ج/2، ص/489.

(2) - محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر للطباعة والنشر، دط، دت، ج/15، ص/323.

(3) - علي بن أحمد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج/8، ص/150.

- عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثَةٍ؛ إِلَّا مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ»⁽¹⁾.

وفي بيان وجه الاستدلال بالحديث على مشروعية الوقف، يقول الخطيب الشربيني: «والصدقة الجارية محمولة عند العلماء على الوقف كما قاله الرافعي؛ فإن غيره من الصدقات ليست جارية؛ بل يملك المصدق عليه أعيانها ومنافعها ناجزاً، وأمّا الوصية بالمنافع وإن شملها الحديث فهي نادرة؛ فحمل الصدقة في الحديث على الوقف أولى»⁽²⁾.

- عن أنس رضي الله عنه قال: لما نزلت هذه الآية: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عمران: 92]، قام أبو طلحة إلى رسول الله ﷺ فقال: إِنَّ اللَّهَ يَقُولُ فِي كِتَابِهِ: «لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ»؛ وَإِنَّ أَحَبَّ أَمْوَالِي بِيْرِحَى⁽³⁾، وَإِنَّمَا صَدَقَةُ اللَّهِ أَرْجُو بَرَّهَا وَذُخْرَهَا عِنْدَ اللَّهِ؛ فَضَعَهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ حَيْثُ شِئْتَ؛ فَقَالَ: رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «بِخْ⁽⁴⁾ ذَلِكَ مَالٌ رَابِعٌ؛ ذَلِكَ مَالٌ رَابِعٌ، قَدْ سَمِعْتُ مَا قُلْتَ فِيهَا، وَإِنِّي أَرَى أَنْ تَجْعَلَهَا فِي الْأَقْرَبِينَ»؛ فَكَسَمَهَا أَبُو طَلْحَةَ فِي أَقَارِبِهِ وَبَنِي عَمِّهِ⁽⁵⁾.

1- التّووي: صحيح مسلم بشرح النووي، المطبعة المصرية، ط/1، 1349 هـ/1430م، ج/11، كتب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، رقم: 1631، ص/85.

2- محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، ج/6، ص/376.

3- بيرحا: بفتح الباء بغير همزة، وبيرحاء بالمد، وبيرحا بفتح الباء والزاء والقصر، وبيرحا بفتح الباء وكسر الزاء وياء ساكنة وحاء مقصورة، كل ذلك قد روي في اسم هذا الموضع، وهي أرض كانت لأبي طلحة بالمدينة قرب المسجد، وتعرف بقصر بني جديلة. انظر: ياقوت بن عبد الله الحموي: معجم البلدان، دار صادر، بيروت، ط/2، 1995م، ج/1، ص/525.

4- بخ (تسكين الخاء أو تنوينها بالكسر)، كلمة تقال عند الاستحسان والمدح والتعجب والرضا بالشيء، وتكرر للمبالغة. انظر: الفيومي: المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، ط/1، 1429 هـ/2000م، مادة: بخ، ص/212. ابن منظور: لسان العرب، ج/3، مادة: بخ، ص/5.

5- البخاري: صحيح البخاري، مكتبة الصفا، القاهرة، ط/1، 1423 هـ/2003م، ج/2، كتاب الوصايا، باب إذا أوقف أرضاً ولم يبين الحدود، رقم: 2758، ص/8.

- عن ابن عمر⁽¹⁾ رضي الله عنهما أن عمر بن الخطاب أصاب أرضاً بخير فأَتَى النَّبِيَّ ﷺ يستأمره فيها فقال: يا رسول الله إني أصبت أرضاً بخير⁽²⁾ لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمر به، قَالَ: «إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا»، قَالَ: فتصدق بها عمر أنه لا يُباع ولا يُوهب ولا يُورث، وتصدق بها في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضعيف، لا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ وَيُطْعِمَ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ⁽³⁾.

- واستدلوا على ذلك أيضاً بجملة من الآثار المشهورة عن الصحابة رضوان الله عليهم، يقول الخصاف⁽⁴⁾ في ذلك: «وقد جاءت هذه الآثار في الوقوف والذي أمر به رسول الله ﷺ في أرضه، أن يجبس أصلها ويسبل ثمرتها سنة قائمة، وفعل أصحاب رسول الله في ذلك وما وقفوه من عقاراتهم وأموالهم؛ إجماع منهم على أن الوقوف جائزة ماضية»⁽⁵⁾. ويقول الشريبي⁽⁶⁾ نقلاً عن الشافعي: «

1- عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي أبو عبد الرحمن صحابي ولد في مكة سنة 10 ق هـ، نشأ في الإسلام وهاجر إلى المدينة مع أبيه، وشهد فتح مكة، أفتى الناس في الإسلام ستين سنة، وغزا إفريقية مرتين، وهو آخر من توفي بمكة من الصحابة، وكانت وفاته بها سنة 73 هـ. انظر: أحمد ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: صدقي جميل العطار، دار الفكر، ط/1، 1421هـ/2001م، ج/4، ص/181.

2- خيبر هي ناحية من المدينة المنورة، تشتمل على سبعة حصون ومزارع ونخل كثير؛ وأما لفظ خيبر فهو بلسان اليهود الحصن؛ ولكون هذه البقعة تشتمل على هذه الحصون؛ سميت خيابر، وقد فتحها النبي صلى الله عليه و سلم كلها في سنة سبع للهجرة، وقيل سنة ثمان. انظر: الحموي: معجم البلدان، ج/2، ص/409.

3- مسلم: صحيح مسلم، دار المغني وابن حزم، السعودية، ط/1، 1419 هـ/1998م، كتاب الوصية، باب الوقف، رقم: 1632، ص/886.

4- أحمد بن عمر بن مهير الشيباني أبو بكر المعروف بالخصاف، فرضي حاسب فقيه ورع، توفي ببغداد سنة: 261 هـ/875م، له تصانيف منها: أحكام الأوقاف، الحيل، الوصايا، الشروط، الرضاع، المحاضر والسجلات، والتفقات على الأقارب. انظر: محي الدين ابن سالم: الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، ج/1، ص/230.

5- الخصاف: كتاب أحكام الأوقاف، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، دط، ص/18.

6- شمس الدين محمد بن أحمد الشريبي الخطيب، فقيه شافعي، ومفسر للقرآن الكريم، له تصانيف عديدة منها: السراج المنير في تفسير القرآن العظيم، مغني المحتاج، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، توفي في مصر سنة 977هـ/1570م، انظر: عبد الحي بن محمد العكري: شذرات الذهب، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق، دط، 1406هـ ج/8، ص/384. الزركلي: الأعلام، ج/6، ص/6.

بلغني أنّ ثمانين صحابياً من الأنصار تصدّقوا بصدقات محرّمات. قال: والشّافعي يُسمّي الأوقاف الصّدقات المحرّمات»⁽¹⁾.

- الرّأي الثّاني: أنّ الوقف جائزٌ في الأموال المنقولة كالسّلاح والكرّاع والقذور والمراجل والثّياب والكتّيب والمخطوطات وكلّ شيء لا يتسارع إليه التّلف؛ أمّا العقارات فلا وقف فيها، وهو مروى عن عبد الله بن مسعود وعليّ بن أبي طالب وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم، واستدلّوا على ذلك بما يلي:

- ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: "لَا حَبْسَ إِلَّا فِي سِلَاحٍ أَوْ كُرَاعٍ"⁽²⁾؛ كما روي عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه مثل ذلك بقوله: "لَا حَبْسَ عَن فَرَائِضِ اللَّهِ إِلَّا مَا كَانَ مِنْ سِلَاحٍ أَوْ كُرَاعٍ"⁽³⁾ (4).

وقد رُدّ عن هذه الأدلّة بأنّ ما رُوي عن ابن مسعود رضي الله عنه رواية ساقطة؛ لأنّها رُويت عن رجل لم يُسمّم؛ كما أنّ ما يُنسب إلى عليّ رضي الله عنه؛ ثبت عنه خلافه؛ فقد أوقف أموالاً غير منقولة⁽⁵⁾.

- الرّأي الثّالث: أنّ الوقف غيرُ جائز؛ سواء كان منقولاً أو عقاراً، وهذا الرّأي يُنسب للقاضي شريح، وهو ورواية عن الإمام أبي حنيفة، واستدلّ لذلك بما يلي:

(1) - الخطيب الشّريبي: مغني المحتاج، ج/2، ص/276.
(2) - ابن أبي شيبة: المصنف، تحقيق: حمد بن عبد الله جمعة، محمد بن إبراهيم الليحان، مكتبة الرشد، ط/1، 1425 هـ/2004م، ج/7، كتاب البيوع والأفضية، باب رجل يجعل شيئاً في سبيل الله، رقم: 21206، ص/313.
(3) - الكراع: من الإنسان ما دون الركبة إلى الكعب، ومن البقر والغنم مستدق الساق العاري من اللحم، و يقصد به الخيل، وقيل اسم يجمع الخيل والسلاح معاً. انظر: محمد النجار: المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر، اسطنبول، تركيا، دط، ط ت، ج/2، مادة: كراع، ص/783.
(4) - ابن أبي شيبة: المصنف، ج/7، كتاب البيوع والأفضية، باب رجل يجعل شيئاً في سبيل الله، رقم: 21205، ص/313.
(5) - انظر: فتحي الدّرّيني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلاميّ المعاصر، ج/2، ص/672.

- عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: لما أنزلت الفرائض في سورة النساء قال رسول الله ﷺ: «لَا حُبْسَ بَعْدَ سُورَةِ النَّسَاءِ»⁽¹⁾.

- ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن أبي عون عن شريح أنه قال: "جاء محمدٌ صَلَّى اللهُ عليه وسلّم بمنع الحُبْسِ"⁽²⁾.

وَرَدَّ عَلَى هَذِهِ الْأَدْلَةَ بِأَنَّ حَدِيثَ ابْنِ عَبَّاسٍ ضَعِيفٌ؛ لِأَنَّ فِيهِ ابْنَ لَهِيْعَةَ، وَقَدْ أَجْمَعَ أَصْحَابُ الْحَدِيثِ عَلَى ضَعْفِهِ⁽³⁾. وَقَوْلُ الْقَاضِي شُرَيْحٍ⁽⁴⁾ يُعْتَبَرُ مَوْقُوفًا عَلَيْهِ أَوْ مَرْسَلًا عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ الْوَقْفَ⁽⁵⁾.

أَمَّا مَا يُنْسَبُ لِلْإِمَامِ أَبِي حَنِيفَةَ مِنْ عَدَمِ جَوَازِ الْوَقْفِ؛ فَقَدْ حَاوَلَ تَلَامِيذُهُ تَحْرِيجَهُ بِمَا يَتَلَاَمُ وَقَوْلَ الْجُمْهُورِ، وَمِنْ ذَلِكَ الْقَبِيلِ مَا ذَكَرَهُ الْخِصَّافُ بِقَوْلِهِ: "أَخْبَرَنِي أَبِي عَنِ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ قَالَ: قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَجُوزُ الْوَقْفُ إِلَّا مَا كَانَ مِنْهُ عَلَى طَرِيقِ الْوَصَايَا... وَإِنَّمَا الْخِلَافُ بَيْنَهُمْ فِي الْإِجْمَاعِ وَعَدَمِهِ"⁽⁶⁾. وَفِي ذَلِكَ السِّيَاقِ أَيْضًا يَقُولُ السَّرْحَسِيُّ: "أَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ؛ فَكَانَ لَا يَجِيزُ ذَلِكَ، وَمُرَادُهُ أَنْ لَا يَجْعَلُهُ لَازِمًا؛ فَأَمَّا أَصْلُ الْجَوَازِ فَثَابِتٌ عِنْدَهُ"⁽⁷⁾.

(1) - وهو حديث ضعيف؛ لأن في إسناده ابن لهيعة ولا يحتج بمثله؛ انظر: البيهقي: السنن الكبرى، إعداد: يوسف عبد الله المرعشلي، دار المعرفة، بيروت، 1413 هـ/1992م، ج/9، كتاب الوقف، باب من قال لا حبس عن فرائض الله، رقم: 12128، ص/136. الشوكاني: نيل الأوطار من أسرار المنتقى، تحقيق: طارق بن عوض الله محمد، دار ابن القيم وابن عفان، السعودية، ط/1، 1426 هـ/2005م، ج/7، كتاب الوقف، ص/338، 339.

(2) - وفي رواية (بيع الحبس)؛ انظر: البيهقي: السنن الكبرى، ج/9، كتاب الوقف، باب من قال لا حبس عن فرائض الله، رقم: 12132، ص/137. - ابن أبي شيبة: المصنف، ج/7، كتاب البيوع والأقضية، ص/313.

(3) - انظر: البيهقي: معرفة السنن والآثار، تحقيق: سيد عسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/1، 1422 هـ/2001م، ج/4، كتاب إحياء الموات، ص/549، 540.

(4) - شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، أبو أمية: من أشهر القضاة الفقهاء في صدر الإسلام، أصله من اليمن، ولي قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية، واستغنى في أيام الحجاج، فأعفاه سنة 77 هـ، وكان ثقة في الحديث، مأمونا في القضاء، له باع في الأدب والشعر، وعمر طويلا، مات بالكوفة سنة: 78 هـ/697 م. انظر: عبد الحي العكري: شذرات ج/1، ص/85. - الزركلي: الأعلام، ج/3، ص/161.

(5) - ابن حزم: المحلى بالآثار، ج/8، ص/151.

(6) - الخصاف: كتاب أحكام الأوقاف، ص/110.

(7) - السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دط، 1409 هـ/1989م، ج/11، ص/27.

غير أنّ هذه التّأويلات تفتقر إلى الحجّة، بدليل عدول أبي يوسف عن رأيه؛ إذ كيف تُفسّر ثبوت هذا عن أبي يوسف وعدم ثبوته عن الإمام أبي حنيفة، زيادةً عن ذلك؛ فإنّ فهم المتقدمين هو المعتمد؛ فهم الذين عاصروه ونقلوا عنه ذلك، يقول ابنُ جُزَيِّ الكلبي⁽¹⁾: "التّحبيس وهو جائز عند الإمامين وغيرهما خلافاً لأبي حنيفة، وقد رجح عن ذلك صاحبه أبو يوسف لما ناظره الإمام مالك... وصار المتأخّرون من الحنفيّة يُنكرون منع إمامهم، ويقولون: مذهبه أنّه جائز؛ ولكن لا يلزم"⁽²⁾.

ومن خلال عرض هذه الآراء وأدلة كلّ منها؛ يتبيّن أن رأي الجمهور القائل بمشروعية الوقف هو الرّاجح؛ وذلك لثبوت الأدلّة الصّريحة في ذلك عن النبي ﷺ وعن الصّحابة رضوان الله عليهم أجمعين.

- الحكمة من التّشريع:

ظلت الأوقاف الإسلاميّة تُشكّل إحدى أعظم مظاهر الحضارة الإسلاميّة في ميادينها المختلفة، ولقد حتّ الدين الإسلاميّ على البذل والعطاء في سبيل الله؛ فانبرى المسلمون إلى الامتثال لأمر الله تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ﴾ [آل عمران 92]؛ فأعطوا مثلاً في الجود والكرم؛ لأنّ هدفهم واحد وهو مرضاة الله سبحانه وتعالى، حتى وصفهم الله جلّ وعلا في القرآن الكريم بقوله: ﴿وَيُؤْتِرُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾ [الحشر 59].

وعلى الرّغم من تنوّع الأوقاف الإسلاميّة في تطبيقاتها التاريخيّة؛ فقد تفتّن المسلمون في ابتكار أغراض جديدة للأوقاف؛ حتى شملت جميع المجالات الدينيّة والتعليميّة والصّحيّة والاقتصاديّة والعسكريّة؛ ممّا جعل من الوقف مؤسسة اجتماعيّة تدعو إلى التّكافل والتّضامن، ومن المجالات التي سجّل التاريخ دور الوقف فيها ما يلي:

(1)- محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي أبو القاسم، فقيه من العلماء بالأصول واللغة من أهل غرناطة، ولد سنة 693هـ، من كتبه القوانين الفقهيّة في تلخيص مذهب المالكيّة، و تقريب الوصول إلى علم الأصول، و الفوائد العامّة في لحن العامّة، توفي شهيداً في واقعة طريف سنة 741هـ. - انظر: محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، ص/213.

(2)- ابن الجزى الكلبي: القوانين الفقهيّة، دار الكتب، الجزائر، دط، دت، ص/289.

- **المجال الديني:** للوقف إسهامات عظيمة في المجال الديني، ومن أبرز مظاهر هذا المجال المساجد؛ وذلك باعتبارها منارةً للدعوة الإسلامية ومركزاً لتأدية شعائر المسلمين، ويُعتبر الوقف أهم مورد ماليّ رُصد لحياة المساجد، علماً أنّ المساجد جميعها هي وقف لله تعالى، وهناك مئات الآلاف من الأوقاف في العالم، تنصّ على وقف عقارات لصالح المساجد، وبخاصة المساجد الثلاثة التي لا تُشدد الرّحال إلا إليها، ويُؤكّد هذا المعنى الباحثُ بن عبد الله محمد حيث يقول: "وتُعتبر مؤسسة الوقف أهم مورد ماليّ رُصد لحياة المساجد؛ ليستمرّ بكلّ ما يتعلّق بالشؤون الإسلامية، ودور تحفيظ القرآن الكريم، وأن يُؤدّي الخطباء والوعاظ دورهم في تنمية معاني الخير والحقّ، وبيان روعة الإسلام ومُعالجته لمشكلات الحياة وقضايا الناس... فهذه المؤسسة كانت وما تزال أهم مورد لشؤون الدّين، والتّعليم الإسلاميّ على الإطلاق"⁽¹⁾.

- **المجال العلمي والثقافي:** إنّ أوّل ما نزل من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿أَقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ﴾ [العلق 1]، وقد ترجم المسلمون الأوائل ذلك في حياتهم من خلال إنشائهم للكتاتيب والمدارس والمعاهد والكلّيات والجامعات، وسجّل التاريخ هذا الدّور المتميّز للأوقاف التي حافظت على قيمة العلم والعلماء والارتقاء بالطلاب وثقافتهم؛ وفي ذلك يقول مُصطفى السباعي -رحمه الله-: "أمّا المدارس وهي التي قامت على الأوقاف الكثيرة التي تبرّع بها الأغنياء... وحسبك أن تعلم أنّه لم تخل مدينةٌ ولا قريةٌ في طول العالم الإسلاميّ وعرضه من مدارس مُتعدّدة يُعلّم فيها عشرات من المعلّمين والمدرّسين"⁽²⁾.

ومن أشهر المدارس الواقفيّة في التاريخ الإسلامي: المدرسة التّوريّة التي أنشأها نور الدين الشّهديد، والمدرسة المستنصريّة ببغداد، وزاوية الجامع الأعظم التي بُنيت عام: 1039هـ/ 1629م؛ يقول الكاتب الفرنسيّ رينال في معرض كلامه عن التّعليم في الجزائر: "كان يُوجد بمدينة الجزائر عددٌ

(1) - بنعبد الله محمد عبد العزيز: الوقف في الفكر الإسلاميّ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، دط، 1996م، ج/2، ص/57.

(2) - مصطفى السباعي: من روائع حضارتنا، دار السلام للطباعة والنّشر، مصر، ط/2، 1426هـ/ 2005م، ص/102.

كبيرٌ من المدارس... ولا أظنّ أنّي مُبالغٌ حين أُؤكِّد أنّ التّعليم الابتدائيّ كان أكثر انتشاراً في الجزائر منه في فرنسا⁽¹⁾.

- المجال الاجتماعيّ والإنسانيّ: وليس أدلّ على رُقيّ هذه الأُمّة وجدارتها بالحياة واستحقاقها لقيادة العالم من سموّ التّزعة الإنسانيّة في أفرادها؛ سُمُوّاً يفيض بالخير والبرّ والرّحمة على طبقات المجتمع كافّة، وعلى كلّ من يعيش على الأرض من إنسان وحيوان؛ والمؤسّسات الاجتماعيّة في أمتنا تختلف عن المؤسّسات الاجتماعيّة الغربيّة التي لم تبلغ يوماً ذروة السّموّ الإنسانيّ الخالصّ لله عز وجل.

فبالإضافة إلى المؤسّسات التي أقيمت لخدمة الفرد والمجتمع والمساجد والمدارس، نجد المستشفيات والفنادق، والمؤسّسات التي أقيمت لإصلاح الطرقات والجسور، والمؤسّسات التي أقيمت لتزويج الشّباب ممّن تقصُر أيديهم عن نفقات الزّواج وتكاليفه⁽²⁾، وهذه أمثلةٌ تُؤكِّد دور الوقف الاجتماعيّ؛ وهي غيضٌ من فيض⁽³⁾.

- المجال العسكريّ والحربيّ: لما كان جهاد العدوّ المحارب ذروة سنام الإسلام؛ لم يكن غريباً أن يكون للأوقاف دورٌ حربيّ وعسكريّ لصالح الأُمّة؛ فقد أعطت بسخاء كلّ الإمكانيات الماديّة لتجهيز الجيوش وشراء الأسلحة؛ حيث أقيمت مؤسّساتٌ خاصّةٌ بالمرابطين في سبيل الله، يجدون فيها كلّ ما يحتاجون إليه من سلاح وذخيرة وطعام وشراب، وكان لها الأثر البالغ في صدّ هجمات الأعداء، ويتبع ذلك وقفُ الخيول والسّيوف والنبال وأدوات الجهاد على المقاتلين في سبيل الله تعالى، وكان لذلك أثرٌ ظاهرٌ في رواج الصّناعة الحربيّة؛ كما كانت هناك أوقافٌ خاصّةٌ، يُنفق ريعها في هذا المجال⁽⁴⁾.

- الدّور العالميّ للأوقاف: أصبح للأوقاف في عصرنا الحاليّ دورٌ عالميّ، ويتمثّل في نُصرة المسلمين ووحدهم والحفاظ على كيّانهم ووجودهم ضدّ أعدائهم، خاصّةً ما يُسمّى في حاضرنا

⁽¹⁾- ناصر الدين سعيدي: دراسات تاريخية في الملكية والوقف والجباية، دار الغرب الإسلامي، ط/1، 2001م، ص/246.

⁽²⁾- مصطفى السباعي: المرجع السابق، ص/97، 98.

⁽³⁾- بن عبد الله محمد عبد العزيز: الوقف في الفكر الإسلامي، ج/2، ص/220.

⁽⁴⁾- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص/97، 98.

بالأقليات؛ فإننا نجد ذلك بارزاً من خلال الهيئات والمنظمات الإسلامية التي تعمل على تقديم المساعدات والمعونات في مجال التعليم والصحة، أو في حال الأزمات والكوارث الطبيعية، ومن هذه المنظمات: مُنظمة المؤتمر الإسلامي التي تأسست عام: 1392هـ، بعد العدوان الصهيوني على المسجد الأقصى سنة: 1389 هـ / 1969 م، والتي من أهدافها: العمل على تحقيق ما يرفع من المستوى الفكري والأخلاقي للمسلمين، والتخفيف من الكوارث والظروف الاجتماعية، وتقديم المساعدات للأقليات الإسلامية، من بناء للمساجد والمستشفيات، وتمويل هذه الأهداف يتأتى من عائدات وقفية غالباً.

وكذلك رابطة العالم الإسلامي التي تأسست عام: 1381هـ، وهي هيئة تسعى لرعاية المسلمين في العالم خاصة الأقليات والجاليات المسلمة، والمحافظة على الأوقاف وتوجيهها لما يخدم هذه الجاليات والأقليات.

وهكذا نجد للأوقاف دوراً فاعلاً في جميع الميادين وعلى جميع المستويات، وعبر التاريخ لم يتراجع دوره، ونحن اليوم في حاجة إليه أكثر من أي وقت مضى.

المطلب الثالث: أنواع الوقف⁽¹⁾:

يختلف الوقف باختلاف الاعتبارات التي يُنظر منها؛ فقد يُقسم الوقف بحسب جهة المصرف إلى وقف خيريّ ووقف ذريّ، وقد يُقسّم بحسب الزمن إلى مؤبد ومؤقت، أو بحسب الجهة الواقعة إلى أوقاف عامة وأوقاف خاصّة، وفيما يأتي بيان ذلك بإيجاز:

1- الوقف الخيريّ: وهو: "حبس العين على أن تُملك لأحد من العباد، والتصدّق بمنفعتها ابتداءً أو انتهاءً على جهة برّ لا تنقطع"⁽²⁾.

فالوقف الخيريّ ما كان مُسبباً في أعمال الخير لصالح المسلمين، كالمساجد والمعاهد والجامعات دون تحديد أشخاص أو الجهات الموقوف عليها. ونصّ القانون الجزائريّ على الوقف الخيري، وسمّاه بالوقف العامّ في المادّة: 06 من القانون رقم: (02-10)⁽³⁾، المعدّل والمتمّم لقانون الأوقاف (10-91): [الوقف العامّ: هو ما حُبس على جهات خيريّة من وقت إنشائه، ويُخصّص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات]، وسمّي بالوقف العامّ؛ لأنّه تنتفع منه شرائح عامة في المجتمع.

2- الوقف الأهليّ (أو الذريّ): وهو الذي يُوقف في ابتداء الأمر على نفس الواقف أو أشخاص مُعيّنين ولو جعل آخره لجهة خيريّة، كأن يقف شخصٌ على نفسه ثمّ على أولاده ثمّ من بعدهم على جهة خيريّة⁽⁴⁾.

ونصّ المشرّع الجزائريّ على هذا النوع من الوقف في المادّة: 6 فقرة ب⁽⁵⁾ من القانون: (91-10)، وعدّلت هذه المادّة بموجب القانون رقم: (10-02) المعدّل والمتمّم لقانون الأوقاف؛ والتي ألغت الوقف الذريّ وأبقت على الوقف الخيريّ فقط.

1- وهذا التقسيم لم يعرف في عهد الرسول ﷺ وعهد الصحابة بهذا الاسم، وإنما كانت الأوقاف تعرف بالصدقات التطوعية

2- عبد الرحمن عشوب: كتاب الوقف، دار الأفاق العربية، القاهرة، ط/1، 1420 هـ/2000م، ص/9.

3- قانون رقم: 02-10 المؤرخ في: 10 شوال 1423 هـ، الموافق لـ 14 ديسمبر 2002م، الجريدة الرسمية عدد: 83، الصادرة في: 15 ديسمبر 2002م.

4- وهبة الزحيلي: الوصايا والوقف في الفقه الإسلاميّ، دار الفكر، دمشق، ط/2، 1428 هـ/2007م، ص/140.

5- تنصّ المادّة الملغاة: [الوقف الخاصّ وهو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور دون الإناث أو على أشخاص =

ويظهر أنّ الوقف الذريّ أُستخدم وسيلةً للتّحاييل على الشّرع؛ حيث روي عن عائشة رضي الله عنها، أنّها كانت إذا ذكرت صدقات النّاس وإخراج الرّجال بناهم منها تقول: "ما وجدت للنّاس مثلاً اليوم في صدقاتهم إلا كما قال الله عز وجل: ﴿وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الْأَنْعَامِ خَالِصَةٌ لِذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰ أَزْوَاجِنَا وَإِنْ يَكُنْ مَيْتَةً فَهُمْ فِيهِ شُرَكَاءُ﴾ [الأنعام:139]، قالت: والله إنّ لي تصدّق الرّجل بالصدقة العظيمة على ابنته؛ فثرى غصارة صدقته عليها، وثرى ابنته الأخرى؛ وإنّه ليُعرف عليها الخصاصة لما أبوها أخرجها من صدقته⁽¹⁾.

ومن الفقهاء من أنكر الوقف الذريّ، واعتبره خارجاً عن الهدف الذي شرّع من أجله الوقف في الإسلام، وفي ذلك يقول الشوكاني⁽²⁾: "من وقف شيئاً مُضارة لوارثه كان وقفه باطلاً... وقد هُي سبحانه وتعالى عن الضّرار في كتابه العزيز عموماً وخصوصاً، وهى رسول الله صلّى الله عليه وآله عنه عموماً كحديث: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»⁽³⁾.

و نتيجةً لما حصل من تنازع وشكاوى حول الأوقاف الذريّة؛ فإنّها قد ألغيت في كثير من البلدان العربيّة والإسلاميّة.

3- الوقف المشترك: "وهو ما كان فيه نصيبٌ خيريٌّ ونصيبٌ ذريّ"⁽⁴⁾. أو "هو الذي

يجمع بين الوقف الخيريّ والوقف الأهلي؛ كأن يُوقف العقار مُناصفة على عقب الواقف وعلى جهة

= مُعيّنين ثمّ يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم].

(1) - انظر: أبي الوليد سليمان الباجي: المنتقى شرح الموطأ، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد العطا، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط/1، 1418 هـ/1999م، ج/8، كتاب الأفضية، ص/32. مالك بن أنس: المدونة الكبرى، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط/1، 1415 هـ/1994م، ج/4، ص/423.

(2) - محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني: فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، من أهل صنعاء، ولد بحجرة شوكان (من بلاد حولان باليمن)، سنة 1173 هـ/1760م، ونشأ بصنعاء، ولي قضاءها سنة 1229 هـ، ومات بها سنة 1250 هـ/1834م، له 114 مؤلفاً، منها: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، والفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعية، والدرر البهية، وفتح القدير في التفسير، وإرشاد الفحول، وغير ذلك؛ انظر: الشوكاني: البدر الطالع، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط/1، 1418 هـ/1998م، ج/2، ص/106.

(3) - الشوكاني: الدراري المضيئة شرح الدرر البهية، مؤسسة الريان، ط/4، 1419 هـ/1998م، ص/265.

(4) - منذر القحف: الوقف الإسلاميّ، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط/2، 1427 هـ/2006م، ص/158.

خيرية عامة⁽¹⁾.

ولم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذا النوع من الوقف؛ لكن بعد تعديل قانون الأوقاف: (91-10) بموجب القانون: (02-10)، والذي ألغى الوقف الأهلي وأبقى على الوقف الخيري، قد يفهم منه أنه لا يُجيز الوقف المشترك.

4- وقف الإرساد: "وهو حبس شيء من بيت مال المسلمين بأمر من السلطان، ليصرفه على مصلحة من مصالح العامة أو على مستحقه"⁽²⁾؛ وهو مشروع عند فقهاء الحنفية وبعض الشافعية والحنابلة⁽³⁾؛ وفي سياق الاستدلال لذلك يقول الشربيني: "واستثنى من اعتبار الملك؛ وقف الإمام شيئاً من أرض بيت المال؛ فإنه يصح كما صرح به القاضي حسين، وأفتى به المصنف وأفتى به أبو سعيد بن أبي عمرو للسلطان نور الدين الشهيد، متمسكا بوقف عمر رضي الله تعالى عنه سواد العراق"⁽⁴⁾.

1- محمد كنانة: الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، دط، دت، ص/15.

وانظر: مصطفى شلبي: أحكام الوصايا والأوقاف، ص/319.

2- عكرمة سعيد صبري، الوقف الإسلامي، ص 124. أحمد محمد عبد العظيم الجمل: الوقف الإسلامي في التنمية الاقتصادية المعاصرة، دار السلام للطباعة والنشر، ط/1، 1428 هـ /2007م، ص/26.

3- ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، ج/6، ص/596. الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، ج/2، ص/377.

4- الخطيب الشربيني: المصدر نفسه، ج/2، ص/377.

المبحث الثاني:

أركان الوقف وشروطه:

ويشمل المطالب التالية:

المطلب الأول: الصيغة.

المطلب الثاني: الواقف.

المطلب الثالث: الموقوف عليهم.

المطلب الرابع: محل الوقف.

المطلب الأول: الصيغة: وهي التي تتضمن الإيجاب والقبول، وقد اتفق الفقهاء على أنّ الوقف لا ينعقد إلا بالإيجاب، واختلفوا في اشتراط القبول؛ كما أنّ الصيغة قد تنعقد باللفظ والإشارة والفعل، وتفصيل ذلك فيما يأتي:

1- الإيجاب: وهو ما يدلّ على إرادة الواقف من لفظ أو ما يقوم مقامه من إشارة مفهومة أو كتابة أو فعل، واللفظ نوعان: صريح وكناية، ويختلف الفقهاء فيما هو صريح، وفيما هو كناية:

- الألفاظ الصريحة: وهي "كلّ ما اشتقّ من لفظ الوقف، أو ما اشتقّ من لفظ التّسبيل والتّحبيس لاشتغالهما شرعاً وعرفاً"⁽¹⁾؛ وهو رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة على وجه الإجمال⁽²⁾.

فمتى استعمل الواقف واحداً من هذه الألفاظ صار وقفاً من غير انضمام أمر زائد إليه؛ لأنّها ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس، وانضمّ إلى ذلك عرف الشّرع بقول النبيّ ﷺ لعمر بن الخطاب: «إن شئت حبّست أصلها وتصدّقت بها»⁽³⁾.

أمّا فقهاء الحنفية؛ فقد توسعوا في ذلك؛ حيث ذكروا ستاً وعشرين لفظاً للوقف، وبينوا حكم كلّ لفظ⁽⁴⁾.

- الألفاظ الكنائية: وهي كلّ لفظ لا يدلّ على التّوقيف إلا بانضمام قرينة إليه؛ ومن ذلك لفظ: تصدقت وحرّمت وأبّدت؛ فهي ألفاظٌ مُشتركة تحتاج إلى قرينة تدلّ على نية الوقف؛ فالصدقة تُستعمل في الزّكاة والهبات، والتّحريم يُستعمل في الظّهارة والأيمان، والتّأييد يحتمل تأييد التّحريم

1- انظر: شمس الدين الرّملي: نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأخيرة، 1404 هـ/1984م، ج/5، ص/371.

2- انظر: برهان الدين الطرابلسي: الإسعاف، ص/15، محمد ابن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 1417 هـ/1996م، ج/5، ص/469، الرّملي: نهاية المحتاج، ج/5، ص/371. موفق الدين ابن قدامه: المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، دط، 1403 هـ/1983م، ج/6، ص/191.

3- سبق تخرجه؛ انظر: (ص/20).

4- انظر تفصيل ذلك عند: ابن نجيم: البحر الرائق، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ج/5، ص/317.

ويحتمل تأييد الوقف، ولم يثبت لهذه الألفاظ عُرف الاستعمال؛ فلا يحصل الوقف بمجرد⁽¹⁾؛ بل لا بدّ من أن ينضمّ إليها ما يدلّ على قصد الواقف⁽²⁾.

- ما يقوم مقام اللفظ: تنعقد الصّيغة باللفظ الدال على الوقف وهو الأصل؛ لكنه قد ينعقد بالإشارة والكتابة والفعل، وللفقهاء آراء في ذلك هي كالآتي:

- انعقاد الوقف بالإشارة: الإشارة المفهومة من الأخرس الدالّة على الوقف؛ تقوم مقام العبارة عند فقهاء الشافعيّة والحنابلة⁽³⁾، وأمّا فقهاء الحنفيّة والمالكيّة؛ فلم أجد ما يدلّ على رأيهم في ذلك صراحة؛ لكن قواعدهم تُفيد أنّ الإشارة تقوم مقام اللفظ إذا كانت دالّة وواضحة؛ وفي ذلك السياق يقول الكاساني⁽⁴⁾: "يجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومةً في ذلك؛ لأنّه إذا كانت الإشارة مفهومةً في ذلك؛ قامت الإشارة مقام عبارته"⁽⁵⁾.

- انعقاد الوقف بالكتابة: سواء أكانت من الأخرس أم من الناطق، كالكتابة على أبواب المدارس والرّيظ والكتب؛ فالمالكيّة قالوا: إذا وُجد مكتوباً على كتاب وقف لله تعالى على طلبه العلم بالمدرسة الفلانية؛ فإنّ كانت مشهورةً بالكتب؛ ثبتت وقفيتها، وإن لم تكن مشهورةً بذلك لم تثبت وقفيتها⁽⁶⁾؛ وقال الشافعيّة: يصحّ الوقف بكتابة الناطق مع نيّته⁽⁷⁾.

1- انظر: موفق الدين ابن قدامه: المغني، ج/6، ص/191.

2- انظر: شرف الدين التّووي: المجموع، ج/15، ص/343. موفق الدين ابن قدامه: المصدر نفسه، ج/6، ص/191.

3- انظر: شمس الدين الرّملي: نهاية المحتاج، ج/5، ص/371. موفق الدين ابن قدامه: المصدر نفسه، ج/6، ص/191.

4- علاء الدين أبوبكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، الملقب بملك الفقهاء، صاحب كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، توفي سنة: 587 هـ/1191م، دفن في مدينة حلب. انظر: محي الدين ابن سالم: الجواهر المضيفة في طبقات الحنفيّة، ج/4، ص/28.25.

5- الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموعود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/1، 1420 هـ/1997م، ج/6، ص/536.

6- انظر: أحمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الفكر، دط، دت، ج/2، ص/277.

7- انظر: شمس الدين الرّملي: نهاية المحتاج، ج/5، ص/371.

- انعقاد الوقف بالفعل: والمراد بذلك أنّ الوقف يقع عن طريق التعاطي، كمن يبني مسجداً أو رباطاً أو مدرسة، ويُحَلِّي بينه وبين الناس، أو يجعل أرضه مقبرة ويأذن للناس إذنا عاماً بالدفن فيها، وقد اختلف الفقهاء في ذلك؛ فالحنفية: يُحَكِّمون العرف في ذلك سواء كان خاصاً بالمسجد أو لا؛ فإذا جرى العرف به صحَّ الوقف، وإن لم يجر العرف به؛ فهو بحاجة إلى الألفاظ لانعقاده⁽¹⁾؛ والمالكية: يرون انعقاد الوقف بالفعل سواء كان خاصاً بالمسجد أو بغيره⁽²⁾؛ والشافعية: أجازوا انعقاد الوقف بالفعل في حالة واحدة؛ وهي كونه مسجداً في أرض موات، ووجهه السبكي⁽³⁾ بقوله: "بأنّ الموات لم يدخل في مُلك مَنْ أحياه مسجداً"⁽⁴⁾؛ وأمّا الحنابلة؛ فلهم روايتان في ذلك عن الإمام أحمد: الأولى يحصل بالقول والفعل الدالّ عليه؛ وفي الرواية الأخرى؛ لا يحصل الوقف إلا بالقول وحده⁽⁵⁾.

2- القبول: وهي الصيغة التي تُقابل الإيجاب؛ فإنّ كان الوقف على جهة عامّة لم يحتج إلى إيجاب اتفاقاً؛ وذلك لأنّه لا يُتصوّر منه القبول كالمسجد والقناطر، وكذلك إذا كان الوقف على جهة غير محصورة كالفقراء والمساكين؛ إذ يُكتفى في إنشائه بالعبارات الدالّة على الالتزام من جانب واحد، ولا يحتاج في تمامه ولزومه إلى قبول يصدر عن الجانب الآخر⁽⁶⁾؛ أمّا إذا كان الوقف على

(1) - انظر: ابن الهمام: شرح الفتح، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط/2، دت، ج/6، ص/204. ابن عابدين: رد المحتار، ج/6، ص/545.

(2) - انظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج/5، ص/469.

(3) - عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي أبو نصر، قاضي القضاة، المؤرخ الباحث، نسبته إلى سبك (من أعمال أعمال المنوفية بمصر)، ولد في القاهرة سنة 727هـ، وانتقل إلى دمشق مع والده، فسكنها وتوفي بها سنة 771هـ، من تصانيفه: طبقات الشافعية الكبرى و معيد النعم ومبيد النقم وجمع الجوامع. انظر: ابن شهبه: طبقات الشافعية، تحقيق: عبد العليم خان، وزارة المعارف الهندية، ط1، 1399هـ/1979م، ج/3، ص/104.

(4) - الرّملي: نهاية المحتاج، ج/5، ص/281، 282.

(5) - انظر: علاء الدين المرادوي؛ الإنصاف، تحقيق: محمد إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط/1، 1418 1418هـ/1997م، ج/7، ص/3، 4.

(6) - انظر: برهان الدين الطرابلسي: الإسعاف، ص/21. الدسوقي: حاشية الدسوقي ج/5، ص/474. الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، ج/2، ص/383. البهوتي: شرح مُنتهى الإرادات، ج/2، ص/497.

جهة يُتَوَقَّع منها صدور القبول، كشخص مُعَيَّن أو طبقة محصورة؛ فللْفَتْهَاء تفصيلٌ في ذلك يأتي ذكره:

- **فالحنفية:** يرون أنّ القبول ليس بركن ولا بشرط لصحة الوقف أو الاستحقاق فيه؛ فلو سكت الموقوف عليه استحقّ ريع الوقف، وإن اعتذر عن قبوله؛ فإنّ الوقف لا يُلغى، بل يُصرف لصالح الفقراء⁽¹⁾.

- **والمالكية:** يرون أنّ القبول شرطاً للاستحقاق؛ فإنّ وافق استحقّ الغلّة، وإن ردّها انتقلت إلى الجهة التالية، أو تعود إلى الواقف⁽²⁾.

- **والشافعية:** يشترطون أن يكون القبول مُتصلاً بالإيجاب في الصّحيح من المذهب عندهم⁽³⁾.

- **والحنابلة:** لا يشترطون ذلك مُطلقاً؛ فلا يبطل الوقف برده؛ سواءً أكان الوقف على مُعيّن أم كان على غير مُعيّن؟ فقبوله وردّه سواءً، وفي رواية أخرى في المذهب عندهم؛ يُشترط القبول إن كان الوقف لشخص مُعيّن قياساً على الهبة والوصية⁽⁴⁾.

وأما المشرّع الجزائري؛ فقد جعل الصيغة ركناً من أركان الوقف، وذلك من خلال نصّ المادة: 09 من قانون الأوقاف وعبارتها: [أركان الوقف هي: - الواقف - محل الوقف - صيغة الوقف - الموقوف عليه]، وعددت المادة: 12 من قانون الأوقاف الصيغ التي ينعقد بها الوقف؛ وذلك باللفظ أو الكتابة أو الإشارة؛ وهو ما أكدته المادة: 60 من القانون المدني الجزائري: [التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً].

والوقف من التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة؛ فيكفي لتحقيقه وجود الإيجاب من الواقف، وهو ما يُستفاد من المادة: 04 من قانون (91-10) والمتعلّق بالأوقاف؛ إذ جاء فيها: [الوقف عقد التّزام صادر عن الإرادة المنفردة].

1- انظر: برهان الدين الطرابلسي، المصدر السابق، ص/ 21.

2- انظر: عبد الله محمد بن العبدري (المواق): التاج والإكليل لمختصر الخليل على هامش كتاب مواهب الجليل، دار الفكر، ط/ 1412، 3/ 1992 هـ، ج/ 6، ص/ 33.

3- انظر: الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج/ 2، ص/ 383. الزملي: نهاية المحتاج، ج/ 5، ص/ 370.

4- انظر: المرادوي: الإنصاف، ج/ 7، ص/ 25.

ويُستخلص من هذه المادة؛ أنّ القبول ليس بركن ولا شرط صحة ولا شرط استحقاق، وقد كان ذلك شرطاً في استحقاق ريع الوقف بموجب المادة: 13 من قانون الأوقاف قبل تعديلها بموجب القانون: (10-02)، والصادر في: 14 ديسمبر 2002م؛ حيث أصبح نصّها: [الموقوف عليه في مفهوم القانون هو شخصٌ معنويٌّ، لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية]. ولم يتطرق المشرع إلى موضوع القبول؛ ممّا يعني خضوع عقد الوقف كغيره من العقود الصادرة بالإرادة المنفردة لقواعد القانون المدني.

ولعلّ المشرع الجزائري عدّل هذه المادة بعد إلغاء الوقف الخاصّ (الأهليّ)، وأبقى على الوقف العامّ، باعتباره جهةً غيرَ مُعيّنة لا يُتوقّع منها القبول، وبالمقارنة مع القانون المصريّ؛ نجد هذا الأخير قد استثنى صورة واحدة شرط فيها القبول لاستحقاق الموقوف عليهم، وهي ما إذا كان الموقوف عليه جهةً خيرية لها من يُمثلها قانوناً؛ فإنّ لم يقبل؛ انتقل إلى الجهة الموالية إن وُجدت؛ فإنّ لم تكن؛ اعتبر الوقف مُنتهياً حسب نصّ المادة: 09 من قانون الأوقاف المصريّ، والمشرع المصريّ مُصيبٌ في ذلك؛ إذا علمنا أنّ الجهات الخيرية عادةً ما تكون لديها من يُمثلها قانوناً؛ فهي تتمتع بالشخصية المعنوية، ولعلّ المشرع الجزائري قصد ذلك في المادة: 13 من قانون الأوقاف بقوله: [الموقوف عليه في مفهوم القانون هو شخصٌ معنويٌّ...]؛ غير أنّ هذه المادة يشوبها الكثير من الغموض؛ فكان لزاماً عليه توضيح ذلك بعبارات أدقّ.

- شروط الصيغة: لصيغة الوقف مجموعة من الشروط؛ منها ما هو مُتفق عليه، ومنها ما هو مُختلف فيه؛ وهي:

1- التنجيز: فلا يجوز أن تكون الصيغة مُعلّقة على شرط غير كائن، والحكمة من ذلك "أنّ التمليكات العامة كالهبة والصدقة والعارية؛ يُبطلها التعليق والإضافة، باستثناء الوصية التي أُجيزت على سبيل الاستثناء، ولأنّ التعليق في ابتداء الوقف يُنافي مُقتضاه على التأييد"⁽¹⁾، وهذا أمرٌ مُتفق عليه عند الحنفية والشافعية والحنابلة⁽²⁾؛ غير أنّهم أجازوا تعليقه على أمر كائن موجود في الحال؛ أي بأمر مُتحقّق الوجود، جاء في الإسعاف: "لو قال: إن كانت هذه الأرض ملكي؛ فهي صدقة"

(1)- عكرمة سعيد صبري: الوقف الإسلاميّ، ص/170.

(2)- انظر: برهان الدين الطرابلسي: الإسعاف، ص/34. الزملي: نهاية المحتاج، ج/5، ص/370. البهوتي: شرح مُنتهى الإرادات، ج/2، ص/496.

موقوفة؛ فإن كانت في ملكه وقت التّكلم؛ صحّ الوقف، وإلا؛ فلا؛ لأنّ التّعليق بشرط كائن تنجيزاً⁽¹⁾؛ أمّا المالكيّة والحنبليّة؛ فيرون أنّ صيغة الوقف تقبل التّعليق والتّنجيز، وأنّ التّنجيز ليس شرطاً لصحّة الوقف⁽²⁾.

وأخذ المشرّع الجزائريّ برأي الجمهور؛ حيث نصّت المادة: 17 من قانون الأوقاف على ما يلي: [إذا صحّ الوقف؛ زال حقّ ملكيّة الواقف، ويؤول حقّ الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه].

2- التأييد: اختلف الفقهاء في هذا الشرط على رأيين هما:

- **الرأي الأول:** يُشترط التأييد لصحّة الوقف؛ لأنّ الوقف إزالة الملك لا إلى أحد؛ فلا يحتمل التوقيت، مثله في ذلك مثل العتق؛ وهو مذهب الحنفيّة والشافعيّة والحنبليّة؛ غير أنّهم اختلفوا في اشتراط ذكر التأييد لفظاً⁽³⁾.

- **الرأي الثاني:** لا يُشترط التأييد لصحّة الوقف؛ فيصح الوقف مُدّة مُعيّنة؛ وهو مذهب المالكيّة والحنبليّة في قول عندهم⁽⁴⁾.

وأخذ المشرّع برأي الجمهور القائل باشتراط التأييد في صحّة الوقف خلافاً للمذهب المالكي، ونصّت على ذلك المادة: 03 من قانون الأوقاف؛ حيث جاء فيها: [الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد...]، وكذلك المادة: 28 من قانون الأوقاف: [يبطل الوقف إذا كان محدداً بزمن].

3- **التصريح بالمصرف:** اختلف الفقهاء في اشتراط ذكر المصرف في الصيغة على قولين؛ فالحنفيّة والشافعيّة اشترطوا ذكر المصرف صراحة في الصيغة؛ فإنّ كان على مجهول أو غير مُعيّن كان باطلاً⁽⁵⁾؛ والمالكيّة والحنبليّة وأبو يوسف من الحنفيّة لم يشترطوا لصحّة الوقف ذكر المصرف في

1- برهان الدين الطرابلسي: الإسعاف، ص/34.

2- انظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج/5، ص/474. المرادوي: الإنصاف، ج/7، ص/22.

3- انظر: الرّملي: نهاية المحتاج، ج/5، ص/370. المرادوي: الإنصاف، ج/7، ص/20.

4- انظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج/5، ص/475. البهوتي: شرح مُنتهى الإرادات، ج/2، ص/496.

5- انظر: التّووي: المجموع، ج/15، ص/339. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج/6، ص/202.

الصيغة؛ فإنّ لم يفعل ذلك، وقع الوقف صحيحاً، ويُصرف إلى الفقراء والمساكين أو إلى جهات البرِّ حسب العرف⁽¹⁾.

أمّا في القانون الجزائري؛ فمن خلال نصّ المادة: 06 من قانون الأوقاف فقرة: 2⁽²⁾؛ فإنّه

قد يُفهم منها؛ أنّ المشرّع يأخذ بالرّأي الثّاني القائل بعدم الاشتراط؛ حيث جاء فيها: [وقف لا يُعرف فيه وجه الخير الذي أراهه الواقف؛ فيُسمّى وقفاً عاماً غير مُحدّد الجهة، ويُصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبل الخيرات].

4- عدم اقتران الصيغة بشرط يُنافي مُقتضى الوقف: الشّروط التي يضعها الواقف يجب

الرّجوع إليها ما لم تخالف الشّرع أو تُنافي مُقتضى الوقف؛ إذ إنّ شرط الواقف كنصّ الشّارع⁽³⁾؛ لكن الفقهاء اختلفوا فيما هو مُعتبر من الشّروط وما هو غير مُعتبر، ويمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسام هي:

- القسم الأوّل: شروط باطلة مُبطلة للوقف مانعة من انعقاده: وهي الشّروط التي تنافي

لزوم الوقف وتنافي مقتضاه، ومن أمثلة ذلك: أن يشترط الواقف بيع الوقف أو هبته أو رهنه، أو يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام؛ أو أن يقف بشرط خيار الرّجوع فيه، أو تغيير شيء منه بوصف أو زيادة أو نقص؛ أو يشترط أن لا ينتفع الموقوف عليه بالوقف، أو يشترط أن يخرج من شاء من الموقوف عليهم متى شاء⁽⁴⁾.

- القسم الثّاني: شروط باطلة وإذا شرطها الواقف صحّ الوقف وبطل الشرط: والأمثلة في

هذا القسم تختلف من مذهب لآخر، والسبب في ذلك يعود إلى تقدير الشرط الباطل الذي يتعارض مع مصلحة الوقف أو مصلحة المستحقين.

1- انظر: الخطاب: مواهب الجليل، دار الفكر، بيروت لبنان، ط/3، 1412 هـ/1992، ج/6، ص/32. ابن الهمام: المصدر السابق، ج/6، ص/202.

2- قانون رقم: 02- 10 المؤرخ في: 10 شوال 1423 هـ، الموافق ل: 14 ديسمبر 2002 م، المعدّل والمتمّم لقانون الأوقاف، قدوج البشير: النظام القانوني للملكية العقارية، ص: 545.

3- انظر: ابن عابدين: رد المختار، ج/6، ص/527. الخطيب الشّريبي: مغني المحتاج، ج/2، ص/386. المرادوي: الإنصاف، ج/7، ص/53.

4- انظر: هلال البصري: أحكام الوقف، مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الهند، ط/1، 1355 هـ، ص/84. الخطيب الشّريبي: مغني المحتاج، ج/2، ص/385. المرادوي: الإنصاف، ج/7، ص/54.

ومن أمثلة ذلك عند الحنفيّة⁽¹⁾: لو شرط الواقف أن لا يعزل القاضي أو السلطان المتولي على الوقف؛ فإنه يجوز للقاضي عزله لو كان خائناً؛ لأنه شرط مخالف لحكم الشرع. ومن أمثلة ذلك عند المالكيّة⁽²⁾: لو كان الموقوف حيواناً يحتاج لنفقة، وشرط الواقف عدم البدء بالنفقة عليه؛ فيبطل شرطه ويُنفق عليه من غلّته.

أما الشافعيّة فالضابط لديهم في اعتبار الشرط من عدمه هو المصلحة؛ إلا أنّ تقدير ما يعتبر من المصلحة من عدمه متروكٌ للاجتهاد والنظر، ومن أمثلة ذلك عندهم: ما لو شرط الواقف عدم إجارة الوقف أو تحديد مدة الإجارة⁽³⁾.

وأما عند الحنابلة؛ فكلّ ما يؤدي إلى الإخلال بالمقصود الشرعيّ؛ فهو شرطٌ باطلٌ لا تجوز المحافظة عليه؛ ومثال ذلك: لو شرط في الإمامة تقديم غير الأعلم، أو صرح الواقف بأنّ للتأخر فعل ما يراه مُطلقاً⁽⁴⁾.

- القسم الثالث: شروطٌ صحيحةٌ لا تتعارض مع أهداف الوقف ومشروعيته: وهي تلك الشروط غير المخالفة للأحكام الفقهيّة، والتي لا تُؤدّي إلى الإضرار بالوقف ولا بمُستحقّه؛ فهي مُعتبرةٌ ولا بدّ من الأخذ بها والعمل على تنفيذها، وهذه الشروط في الغالب تكون مُتعلّقةً بتوزيع ريع الوقف؛ وبيان صفات المُستحقّين؛ وزمن الاستحقاق ومقدار ما يُعطى... وقد وقف سيّدنا عمر رضي الله عنه وشرط في وقفه شروطاً⁽⁵⁾، ولو لم يجب اتّباعها لم يكن في ذلك فائدة، وكذلك وقف الزبير بن العوام رضي الله عنه على ولده، وجعل للمردودة من بناته أن تسكن غير مُضرة ولا مُضرةً

1- انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج/6، ص/200.

2- الخرشبي: حاشية الخرشبي، ج/7، ص/386.

3- الرّملي: نهاية المحتاج، ج/5، ص/379. عكرمة صبري: الوقف الإسلامي، ص/190.

4- البهوتي: كشاف القناع على متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، 1402 هـ/1982م، ج/4، ص/270.

5- عن ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر بن الخطاب أصاب أرضاً بخير، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها فقال: يا رسول الله إني أصبت أرضاً بخير لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمر به، قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، قال: فتصدق بها عمر أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء وفي القرى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول. سبق ترجمته، انظر: (ص/20).

بها؛ فإذا استغنت بزوج فلا حق لها فيه⁽¹⁾، والواقف مُتلقٌ من جهته؛ فأتبع شرطه ونصه كنصّ الشارع⁽²⁾.

ووضع متأخروا الفقهاء من الحنفية شروطاً وأسموها بالشروط العشرة، وهي لا تخلّ بأصل الوقف ولا تُخالف نصوص الشريعة الإسلامية وهي: الزيادة والنقصان؛ الإعطاء والحرمان، والإدخال والإخراج، والتغيير والتبديل، والإبدال والاستبدال، وتعلّق الشروط الثمانية الأولى بمصارف الوقف؛ في حين يتعلّق الشرطان الأخيران منها بالعين الموقوفة؛ ومن الفقهاء من ألحق بهم التفضيل والتخصيص، ومنهم من جعلهما مكان الإبدال والتبديل⁽³⁾.

ويلاحظ أنّ هناك تداخلاً في مدلول هذه الشروط وترادفاً فيما بينها، لذا قالوا: "إذا نصّ على هذه الشروط مجتمعة؛ فإنّ كلّ شرط له معناه المخصّص له، وإذا انفرد شرط واحد منها؛ فإنّه يُفيد غيره من الشروط ويسدّ مسدّها؛ لكن المعنى العامّ لهذه الشروط، ينحصر في تغيير مصارف الوقف للمستحقين، وفي استبدال العين الموقوفة"⁽⁴⁾، وفيما يأتي تفصيل ذلك:

- الزيادة والنقصان: ويُقصد بالزيادة: أن يزيد الواقف من نصيب أحد المستحقين، والنقصان: أن يُنقص من استحقاق أحدهم؛ فإنّ أجرى الواقف تعديلاً على الوقفية زيادة ونقصاناً؛ فلا يحقّ له ذلك مرّة أخرى؛ إلا إذا اشترط ذلك لنفسه مادام على قيد الحياة⁽⁵⁾.

- الإدخال والإخراج: الإدخال: هو أن يُسجّل الواقف في وقفيته شخصاً ليس مُستحقاً في الوقف؛ فيصبح من المستحقين له، والإخراج: هو أن يُلغى الواقف اسم شخص كان من المستحقين في الوقفية؛ ليُصبح غير مُستحق⁽⁶⁾، وللواقف الصّلاحية المطلقة في الإدخال والإخراج إذا شرط ذلك

1- ناصر الدين الألباني: إرواء الغليل، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، ط/1، 1329 هـ/1979م، ج/6، رقم: 1595، ص/40.

2- انظر: - برهان الدين الطرابلسي: الإسعاف، ص/53. الدسوقي: حاشية الدسوقي ج/5، ص/275. الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، ج/2، ص/386. المرداوي: الإنصاف، ج/7، ص/53.

3- انظر: محمد أبو زهرة: محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، ص/158، 159.

4- انظر: عكرمة صبري: الوقف الإسلامي، ص/199.

5- انظر: عكرمة صبري، المرجع نفسه، ص/199.

6- انظر: عكرمة صبري: المرجع نفسه، ص/200.

ذلك لنفسه عند الحنفية⁽¹⁾، وأما عند الشافعية والحنابلة؛ فقد قيّدوا ذلك بأن يكون الإدخال والإخراج لمن هو من أهل الوقف؛ فلا يصحّ إدخال من شاء من غير أهل الوقف؛ لأنه شرطٌ يُنافي مقتضى الوقف فيفسده⁽²⁾.

- **الإعطاء والحرمان: الإعطاء:** هو أن يُعطي الواقفُ بعض المستحقين الغلّة كلّها أو بعضها مطلقاً أو لمدة مُعيّنة، والحرمان: هو منع الغلّة كلّها أو بعضها عن بعض المستحقين مطلقاً أو لمدة مُعيّنة⁽³⁾.

- **التّغيير والتّبديل:** التغيير: هو حقّ الواقف في تغيير الشّروط التي اشترطها في صكّ الوقف، والتّبديل: هو حقّه في تبديل طريقة الانتفاع بالموقوف⁽⁴⁾.

- **التّفصيل والتّخصيص:** التّفصيل: هو تمييز بعض الموقوف عليهم على بعض في أنصبتهم من الرّيع، والتّخصيص: هو تخصيص بعض الموقوف عليهم بمقدار مُعيّن من الرّيع⁽⁵⁾.

- **الإبدال والاستبدال:** الإبدال: هو بيع الوقف من التّقود أو الأعيان، والاستبدال: هو شراء عين أخرى تكون وفقاً بالبدل الذي بيعت به عينُ الوقف⁽⁶⁾؛ فإذا ذُكر أحدهما مُنفرداً؛ فإنّه يُفسّر على اعتبار أنّه يُفيد اللَّفظين معاً، وإذا ذُكِرَا معاً؛ فإنّهما يُفسّران تفسيراً يجعل أحدهما مُغاييراً للآخر⁽⁷⁾.

أما في القانون الجزائري:

فمن خلال استقراء المواد: 14، 16، 27، 28، 29، من قانون الأوقاف، نجد أنّ

1- انظر: ابن الهمام: الفتاوى الهندية، دار الفكر، دط، 1411هـ/1991م، ج/2، ص/369، 370. 399.

2- انظر: الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، ج/2، ص/385. 389. - موفق الدين ابن قدامة: المغني، ج/6، ص/145.

3- عكرمة صبري: الوقف الإسلامي، ص/201.

4- عكرمة صبري: المرجع نفسه، ص/202.

5- عكرمة صبري: المرجع نفسه، ص/202.

6- عكرمة صبري: المرجع نفسه، ص/202.

7- انظر: محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، ص/163.

المشرِّع قد اتَّبِعَ هذا التَّقْسِيمَ وَإِن لَمْ يَكُن ظَاهِرًا؛ فَالْمَادَّةُ: 16 نَصَّتْ عَلَى أَنَّهُ: [يَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يُلْغِيَ أَيْ شَرَطَ مِنَ الشَّرُوطِ... إِذَا كَانَ مُنَافِيًا لِمَقْتَضَى حُكْمِ الْوَقْفِ الَّذِي هُوَ الزَّوْمُ، أَوْ ضَارًّا بِمَحَلِّ الْوَقْفِ، أَوْ بِمَصْلَحَةِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ]؛ فَهَذِهِ الْمَادَّةُ نَصَّتْ عَلَى قِسْمٍ مِنَ الْأَقْسَامِ الَّتِي وَضَعَهَا الْفُقَهَاءُ وَهُوَ قِسْمُ الشَّرُوطِ الْبَاطِلَةِ، إِذَا وَقَعَتْ صَحَّ الْوَقْفُ وَبَطَلَ الشَّرْطُ، وَأَعْطَتِ الْمَادَّةُ: 29 مِثَالًا عَلَى ذَلِكَ، وَهُوَ إِذَا كَانَ الْوَقْفُ مُعَلَّقًا عَلَى شَرَطٍ يَتَعَارَضُ مَعَ النُّصُوصِ الشَّرْعِيَّةِ، وَكَذَلِكَ الْمَادَّةُ: 27 الَّتِي نَصَّتْ عَلَى أَنَّهُ: [كُلُّ وَقْفٍ يَخَالِفُ أَحْكَامَ هَذَا الْقَانُونِ بَاطِلٌ...]؛ وَأَعْطَتِ الْمَادَّةُ: 28 مِثَالًا لِذَلِكَ وَهُوَ إِذَا كَانَ مُحَدَّدًا بِزَمَنٍ.

وَأَمَّا الْمَادَّةُ: 14 فَنَصَّتْ عَلَى أَنَّ لِلْوَقْفِ أَنْ يَشْتَرَطَ فِي وَقْفِهِ مَا شَاءَ، مَا لَمْ يَرِدْ فِي الشَّرِيعَةِ هَيْئًا عَنْهَا؛ فَهَذِهِ الْمَادَّةُ تَحَدَّثَتْ عَنِ قِسْمِ الشَّرُوطِ الصَّحِيحَةِ الَّتِي لَا تَتَعَارَضُ مَعَ أَهْدَافِ الْوَقْفِ وَمَشْرُوعِيَّتِهِ.

وَأَمَّا الشَّرُوطُ الْعَشْرَةُ: فَلَمْ يَنْصَحْ عَلَيْهَا الْمَشْرِعُ الْجَزَائِرِيُّ، فَهِيَ تَدْخُلُ ضِمْنَ الشَّرُوطِ الصَّحِيحَةِ الَّتِي لَا تَتَعَارَضُ مَعَ أَحْكَامِ الْوَقْفِ، وَمِنْ جِهَةِ أُخْرَى أَحَالَتِ الْمَادَّةُ: 02 مِنْ قَانُونِ الْأَوْقَافِ عَلَى أَحْكَامِ الشَّرِيعَةِ فِيمَا لَمْ يَرِدْ فِيهِ نَصٌّ.

المطلب الثاني: الواقف: الواقف هو: "الشخص الذي يصدر منه التصرف القانوني الذي من شأنه أن يُغيّر من ملكية العقار الموقوف، ويجعله غير مملوك لأحد من العباد، ويُنشئ حقوقاً عينية فيه للمستحقين"⁽¹⁾.

وجميع التصرفات الصادرة عن الإنسان أيّاً كان نوعها لا بدّ من شروط حتى تكون تصرفاته صحيحة بما في ذلك الوقف، خاصّة وأتته من عقود التبرعات؛ لأنّ الوقف إمّا إسقاط أو تبرّع، وفي كلتا الحالتين هو إخراج ملكه لا في نظير عوض؛ فيشترط في الواقف أن يكون أهلاً للتبرّع، وأن يكون مالكا للمال الموقوف، وتفصيل ذلك كالآتي:

- الشرط الأول: أن يكون أهلاً للتبرّع: ويتحقق ذلك بتوافر أربعة عناصر هي⁽²⁾:

1- أن يكون حرّاً: فلا يصحّ الوقف من العبد؛ لأنّ الوقف إزالة ملك، والعبد ليس من أهل التملك.

2- أن يكون بالغاً: فلا يصحّ الوقف من الصبيّ؛ سواءً كان مُميّزاً أو غير مُميّز؛ وإنما العبرة بالبلوغ، ويكون ذلك بظهور إحدى علاماته؛ وإذا لم تظهر على الصبيّ علامات البلوغ الطبيعية؛ فالعبرة بالسنّ؛ وقد اختلف الفقهاء في تحديدها⁽³⁾.

وأما قانون الأوقاف الجزائريّ؛ فقد حدّده ببلوغ سنّ التاسعة عشر؛ فلا يصحّ الوقف الصّادر من الصبيّ سواءً كان مُميّزاً أو غير مُميّز؛ لأنّ تصرفه هذا يندرج ضمن التصرفات الصّارة ضرراً محضاً؛ فتكون باطلة بطلاناً مطلقاً، وهذا ما نصّت عليه المادّة: 30 من قانون الأوقاف (91-10)، والتي تنصّ على أنّ: [وقف الصبيّ غير صحيح مطلقاً؛ سواءً أكان مُميّزاً أو غير مُميّز ولو أذن له الوصيّ].

1- عبد الرزّاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط/3، 1418 هـ/1997م، ج/9، ص/395.

2- انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج/8، ص/395. أحمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك، ج/2، ص/275. - الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، ج/2، ص/277. البهوتي: كشاف الفناع، ج/3، ص/151.

3- انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج/8، ص/395. محمد عليش: شرح منح الجليل، دار صادر، بيروت، دط، ج/3، ص/166، 167. عبد الله بن الشيخ الكوهجي: زاد المحتاج: شرح المنهاج، تحقيق: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، ط/1، 1402 هـ/1982م، ج/2، ص/186. ابن المفلح: المبدع شرح المقنع، المكتب الإسلامي، ط/3، 1421 هـ/2000م، ج/4، ص/8.

3- أن يكون عاقلاً: فلا يصحّ وقف فاقده كالمجنون أو ناقصه كالمعتوه⁽¹⁾، والمجنون ينقسم إلى قسمين، جنون مُطبق وهو الجنون المستمرّ، وحنون غير مُطبق وهو الجنون المنقطع، وتكون تصرّفات الواقف مُعتبرة صحيحةً في حالة الإفاقة؛ لأنّ صحّة التبرّعات وما في معناها من الإسقاطات، تعتمد على كمال العقل.

وقد أكد قانون الأوقاف في المادّة: 31 هذا الشرط، وأقرّ بصحّة تصرّف صاحب الجنون المنقطع متى ثبتت إفاقته: [لا يصحّ وقف المجنون والمعتوه؛ لكون الوقف تصرّفاً يتوقّف على أهليّة التسيير؛ أمّا صاحب الجنون المنقطع؛ فإنّه يصحّ أثناء إفاقته، شريطة أن تكون الإفاقة ثابتةً بإحدى الطّرق الشرعيّة].

ومن جهة أخرى نجد أنّ المشرّع قد خالف القواعد العامّة الموجودة في القانون المدني؛ حيث نصّت المادّة: 42 منه على أنّه: [لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنيّة، من كان فاقد التّمييز في السنّ أو عتّه أو جنون]؛ فقد جاء هذا النصّ مُطلقاً، دون تمييز بين الجنون المطبق والجنون المنقطع⁽²⁾.

4- أن يكون راشداً غير محجور عليه لسفه⁽³⁾ أو غفلة⁽⁴⁾: والرّشد في الأصل غير محدّد بسنّ مُعيّنة؛ لأنّه قد يصاحب البلوغ، وقد يتأخّر؛ فمناط الحكم على الشّخص بالرّشد؛ هو تحقّق حسن التّصرّف على مُقتضى العقل والشرع، وهذا على قول جمهور الفقهاء من المالكيّة والشافعيّة والحنابليّة والصّاحبين من الحنفيّة⁽⁵⁾، الذين يرون جواز الحجر على السّفه أو المعقل باعتبارهما غير مؤهّلين لتملك الوقف؛ بخلاف الإمام أبي حنيفة الذي يرى عدم جواز الحجر على الشّخص؛ إلا بسبب

1- العته: عبارة عن آفة ناشئة عن الذات توجب خللاً في العقل، فيصير صاحبه مختلط العقل، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء؛ وبعضه كلام المجانين؛ انظر: الجرجاني: التعريفات، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1405هـ، ص/190.

2- رامول خالد: الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، دار هوم، الجزائر، ط/2، 2006، ص/74.

3- السّفه: عبارة عن خفة تعرض للإنسان من الفرح والغضب؛ فتحمله على العمل بخلاف طور العقل وموجب الشرع؛ انظر: الجرجاني: التعريفات، ص/158.

4- ذو الغفلة: هو الشّخص الذي ينفق في مواضع الإنفاق، ولكن لا يستطيع فهم المعاملات الماليّة، بل يغيب فيها؛ أمّا لانقطاعه عن الأسواق، وإمّا بالثقة في غير من هو أهل للثقة. انظر: أبو زهرة: محاضرات في الوقف، ص/132.

5- انظر: برهان الدين الطرابلسي، الإسعاف، ص/14. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج/5، ص/457. الخطيب الشّريبي، مغني المحتاج، ج/2، ص/377.

الجنون والعتة؛ أما السّفيه فلا حجر عليه؛ إذ هو مخاطب بحقوق الشّرع، وتصحّ تصرّفاته القولية كالطلاق والتّكاح؛ كما يجبس في ديون العباد ويُعاقب على جرائمه⁽¹⁾.

واعتبر المشرّع هذا الشّروط؛ وذلك في المادّة: 10فقرة 2 من قانون الأوقاف بقوله: [أن يكون الواقف مّن يصحّ تصرّفه في ماله؛ غير محجور عليه لسفه أو دين].

ويلاحظ أنّ المشرّع قد أهمل حكم الشّخص الموقّف؛ لذلك كان من الأجدد إلحاقه بالتّص⁽²⁾؛ كما أنه جعل الدّين سبباً من أسباب الحجر، على الرّغم من أنّ القانون المدنيّ وقانون الأسرة لم يجعلاه كذلك، وكان عليه أن يُفترق بين الحجر على الشّخص والحجر على المال، والصّحيح أنّ من شروط الواقف: أن لا يكون محجوراً عليه لسفه أو غفلة⁽³⁾.

أمّا المدّين والمريض مرض الموت؛ فقد علّق المشرّع بطلان وقفه على شرطين؛ هما: إذا طلب الدّائن ذلك وكان الدّين مُستغرقاً لجميع أمواله، وقد نصّت على ذلك المادّة: 32 من قانون الأوقاف بقولها: [يحقّ للدّائنين طلبُ إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق جميع أملاكه]، وهو ما أكّدته المحكمة العليا في قرارها الصّادر في: 23 نوفمبر 1993م، ملف رقم: 96675⁽⁴⁾.

- الشّروط الثّاني: أن يكون الواقف مالكا للموقوف:

لا بدّ لصحّة الوقف أن يكون الموقوف ملكاً للواقف حال الوقف ملكاً تاماً لازماً؛ وذلك لأنّ الوقف إمّا إسقاط أو تبرّع، وكلّ منهما لا يكون إلا بعد الملك؛ فإذا كان الواقف لا يملك العين، أو لا يملك التّصرّف فيها؛ فإنّ صيغة الوقف لا تنعقد، وهذا باتفاق الفقهاء⁽⁵⁾؛ وهو ما أكّدته المادّة: 10فقرة 1 من قانون الأوقاف؛ إذ جاء فيها: [يُشترط في الواقف... أن يكون مالكا للعين المراد

(1)- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، لبنان، ط/7، 1419 هـ/1998م، ص/123.

(2)- انظر: رامول خالد: المرجع السابق، ص/74.

(3)- انظر: محمد كنانة: الوقف العام في التشريع الجزائري، ص/70.

(4)- المجلّة القضائيّة، عدد خاص، 2001م.

(5)- انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج/6، ص/201. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج/5، ص/455. الخطيب الشّريبي: مغني المحتاج، ج/2، ص/320. البهوتي: شرح مُنتهى الإرادات، ج/2، ص/490.

وقفها ملكاً مُطلقاً؛ وهناك حالاتٌ قد يكون الواقفُ مالِكاً للعين الموقوفة؛ غير أنه لا يجوز له التصرف فيها؛ منها إذا حُكم عليه بعقوبة جنائية تبعية تمنعه من مباشرة حقوقه المالية⁽¹⁾.

¹ - المادة: 07 من قانون العقوبات نصّت على أنه: [الحجر القانوني: هو حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذه للعقوبة؛ مباشرة حقوقه المالية]، أمر رقم: 56-156 المؤرخ في: 18 صفر 1386هـ، الموافق ل 08 يونيو 1966م، الجريدة الرسمية عدد: 49، الصادرة في: 21 صفر 1386هـ، الموافق ل 1966م.

المطلب الثالث: الموقوف عليه:

الموقوف عليه: هي الجهة التي تستحق غلة المال الموقوف ومنافعه⁽¹⁾؛ سواءً أكانت الجهة مُعيّنة أو غير مُعيّنة؛ أمّا قانون الأوقاف الجزائريّ؛ فعرف الموقوف عليه من خلال المادّة: 13 من قانون الأوقاف (91-10) المعدّل والمتمّم بقانون: (02-10) بقوله: [الموقوف عليه في هذا القانون هو شخصٌ معنويّ لا يشوبه ما يُخالف الشريعة الإسلاميّة].

وقد عبّر المشرّع الجزائريّ عن الموقوف عليه بعبارة الشّخص المعنويّ، ولا ندرى هل يقصد بذلك الشّخص المعنويّ بالمفهوم القانونيّ؟ مع أن هذا لا يتماشى مع حقيقة الوقف؛ إذ قد يكون على جهة لا تتمتع بالشخصيّة المعنويّة كالفقراء والمساكين وغيرهم؛ ولعلّ قصد بعبارته فكرة الدوام التي اشتراطها الفقهاء ممّن قالوا بتأييد الوقف، ومعناها أن تكون الجهة الموقوف عليها دائمة كمسجد أو مقبرة أو جمعيّة خيريّة⁽²⁾، وهو ما يمكن أن تُوحى به المادّة: 31 من قانون: (90-25) المتعلّق بالتوجيه العقاريّ التي نصّت على أن: [الأملاك الوقفيّة هي الأملاك العقاريّة التي حبسها مالكيها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائماً، تنتفع به جمعيّة خيريّة أو جمعيّة ذات منفعة عامّة أو مسجد أو مدرسة قرآنيّة]⁽³⁾؛ لكن هذه وجهة نظر لا تزيل الغموض، وإنما تحتاج إلى نصّ صريح من المشرّع. و نتطرّق في هذا المطلب إلى شروط الموقوف عليه التي نصّ عليها فقهاء المذاهب باختصار، ونحملها فيما يلي:

- الشّرط الأوّل: أن يكون الموقوف عليه جهة برّ وقربة: فلا بدّ أن تكون الجهة الموقوف

عليها جهة برّ باتفاق الفقهاء⁽⁴⁾؛ لكنّهم اختلفوا في نوع القرية؛ هل العبرة فيها بنظر

الشّرع أو بنظر الواقف أو بهما معاً؟

1- انظر: زكي الدين شعبان، أحمد الغندور: أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلاميّة، مكتبة الفلاح، الكويت ط/1، 1404 هـ/1984م، ص/489.

2- انظر: محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائريّ، ص/73، 74.

3- قانون مؤرخ في: 01 جمادى الأولى 1411هـ، الموافق ل 18 نوفمبر 1990م، الجريدة الرّسمية عدد: 49، الصادر في: 18 نوفمبر 1990م، والمعدّل والمتمّم بالأمر رقم: 95-26، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1995م.

4- انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج/6، ص/200. الخطاب: مواهب الجليل، ج/6، ص/23 =

فالحنفية يشترطون بأن تكون الجهة الموقوف عليها جهة قريبة، وأن يكون الوقف برًّا يُتقرب به إلى الله سبحانه وتعالى؛ سواءً أكان الموقوف عليه مسلماً أو ذميًّا، ولكي تتحقق القرية في نظرهم، لا بدّ من تحقق أمرين معاً وهما: - أن تكون قرية في نظر الإسلام، وأن تكون قرية في نظر الواقف⁽¹⁾.

والمالكية والشافعية في الأصح، يشترطون أن لا تكون في معصية؛ لأن الوقف في حد ذاته قرية، وأن تكون قرية في نظر الواقف⁽²⁾. وللمالكية تفصيل حول جواز الوقف على الشيء المكروه؛ حيث قالوا: إنّه إن كان المكروه محلّ اتفاق؛ فالوقف باطل، وإن كان فيه خلاف فقد اتفق على صحته⁽³⁾.

والحنابلة والشافعية في قول عندهم يشترطون أن تكون الجهة الموقوف عليها جهة بر وقرية، وأن لا تكون جهة معصية؛ فالمعتبر عندهم في الجهة الموقوف عليها كونها جهة معصية، يرجع فيه إلى موضوع الوقف، بغض النظر عن اعتقاد الواقف، وعلى ذلك يصحّ الوقف من المسلم والذميّ على جهات البرّ العامّة، ولا يصحّ على طائفة الأغنياء أو طائفة أهل الذمّة ولا على صنف منهم، ويصحّ من ذميّ على مسلم أو طائفة كالفقراء والمساكين والعكس⁽⁴⁾، لما روي أن صفية بنت حيي⁽⁵⁾ رضي الله عنها زوج النبي ﷺ وقفت على أخ لها يهودي⁽⁶⁾؛ وذلك لأنّه موضع قرية لجواز الصدقة عليه.

أمّا في القانون الجزائري فلم ينصّ على هذا الشرط صراحة في كون الجهة الموقوف عليها جهة برّ وقرية؛ سواءً في اعتقاد الواقف أم لا؟ وإنما يفهم ضمناً من خلال نصّ المادة: 13 من قانون الأوقاف على أنّ: [الموقوف عليه هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية].

= الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، ج/2، ص/379. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج/2، ص/492، 393.

(1) - انظر: ابن الهمام: شرح الفتح القدير، ج/6، ص/200.

(2) - انظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج/5، ص/456. الخطيب الشربيني: المصدر السابق، ج/2، ص/379.

(3) - انظر: الخطاب: مواهب الجليل، ج/6، ص/23.

(4) - انظر: الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، ج/2، ص/377. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج/2، ص/393، 492.

(5) - صفية بنت حيي بن أخطب، من الخزرج، من أزواج النبي ﷺ، من أهل المدينة، كانت تدين باليهودية، تزوجها سلام ابن مشكم القرظي، ثم فارقتها؛ فتزوجها كنانة ابن الربيع النظري، وقتل عنها يوم خيبر، أسلمت فتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم، لها في كتب الحديث 10 أحاديث؛ توفيت سنة: 50 هـ. انظر: ابن حجر: الإصابة، ج/7، ص/169.

(6) - وفي رواية بلفظ الوصية؛ انظر: ابن الهمام عبد الرزاق: المصنف، باب عطية المسلم لكافر، ج/6، =

- الشَّرط الثاني: أن يكون الموقوف عليه مَمَّن يصحَّ أن يملك: والمقصود أن يكون أهلاً للتملُّك حقيقة أو حكماً كالفقراء والمساجد، وهذا عند جمهور الفقهاء من الحنفيَّة والمالكيَّة والشافعيَّة والحنابلة⁽¹⁾، ويتفرع عن هذا الشَّرط مسألتان هما:

- الوقف على مَنْ سيوجد: أجاز الحنفيَّة والمالكيَّة هذا الوقف؛ لأنَّهم لا يشترطون أن يكون الموقوف عليه موجوداً وقت الوقف؛ لكنَّهم اختلفوا في لزومه؛ فالحنفيَّة يرون لزومه، وتُصرِّف غلته للفقراء والمساكين، ويستمرُّ ذلك حتى وإن حصل يأس، وأمَّا المالكيَّة فيرون عدم لزومه، وللواقف التصرُّف فيه، وتكون الغلة له أو لورثته إلى أن يوجد الموقوف عليه؛ فإنَّ حصل يأس بطل الوقف⁽²⁾؛ وأمَّا الشافعيَّة والحنابلة فيشترطون وجود الموقوف عليه حين الوقف عليه؛ وإلا كان باطلاً⁽³⁾.

- الوقف على الحمل: الحنفيَّة والمالكيَّة⁽⁴⁾ يرون صحَّة ذلك؛ أمَّا الشافعيَّة والحنابلة⁽⁵⁾ في المذهب عندهم؛ فيرون عدم جوازه ابتداءً؛ أمَّا إن كان تبعاً فالحنابلة يرون صحَّته.

ولم يتطرَّق المشرِّع إلى هذا الشَّرط في قانون الأوقاف الجزائريّ؛ وإنما يستخلص من القواعد العامَّة الموجودة في القانون المدنيّ، والتي تُثبت للشَّخص أهليَّة التملُّك؛ سواءً كان الشَّخص طبيعياً أو معنوياً مثل: المساجد والمؤسسات التعلّيمية والمستشفيات⁽⁶⁾؛ وأمَّا مسألة الوقف على مَنْ سيوجد أو الحمل؛ فلم ينصَّ عليها المشرِّع الجزائريّ، ممَّا يعني الرُّجوع إلى أحكام الشَّرعية الإسلاميَّة بحكم المادَّة: 02 من قانون الأوقاف⁽⁷⁾.

= رقم: 9914، ص/33.

1- انظر: ابن عابدين: رد المختار، ج/6، ص/558. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج/5، ص/456. الخطيب

الشَّريبي: مغني المحتاج، ج/2، ص/377. البهوتي: شرح مُنتهى الإرادات، ج/2، ص/393، 492.

2- انظر: الدسوقي، المصدر نفسه، ج/5، ص/457.

3- انظر: الرَّملي: نهاية المحتاج، ج/5، ص/364. البهوتي: المصدر السابق، ج/2، ص/495.

4- انظر: الخطاب: مواهب الجليل، ج/6، ص/22.

5- انظر: الرَّملي: المصدر السابق، ج/5، ص/365. البهوتي: المصدر السابق، ج/2، ص/495.

6- انظر: المواد: 26، 40، 50، من القانون المدنيّ.

7- المادَّة: 02 من قانون الأوقاف: [... يرجع إلى أحكام الشَّرعية الإسلاميَّة في غير المنصوص عليه].

- الشَّرْطُ الثَّالِثُ: أَنْ لَا يَعُودَ الْوَقْفُ عَلَى الْوَاقِفِ: ويشمل هذا الشَّرْطُ حَالَتَيْنِ هُمَا: أَنْ يَقِفَ عَلَى نَفْسِهِ؛ وَأَنْ يَشْتَرِطَ الْغَلَّةَ لِنَفْسِهِ؛ وَخَالَفَ فِي ذَلِكَ أَبُو يُوسُفَ مِنَ الْحَنْفِيَّةِ وَالْإِمَامَ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةٍ عَنْهُ؛ فَقَالُوا: بِصِحَّةِ وَقْفِ الْإِنْسَانِ عَلَى نَفْسِهِ، وَأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ الْغَلَّةَ لَهُ عَلَى أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ فِي الْوَقْفِ، إِنْ لَمْ يَكُنْ وَقْفًا عَامًّا عِنْدَ الْحَنَابِلَةِ؛ أَمَّا إِنْ كَانَ وَقْفًا عَامًّا؛ فَيَجُوزُ مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاطِ ذَلِكَ⁽¹⁾، وَاسْتَدْلُوا بِمَا يَلِي:

- حَدِيثُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَا جُنَاحَ عَلَيَّ مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ»⁽²⁾، وَقَوْلُهُ ﷺ: «مَا كَسَبَ الرَّجُلُ كَسْبًا أَطِيبَ مِنْ عَمَلِ يَدِهِ، وَمَا أَنْفَقَ الرَّجُلُ عَلَى نَفْسِهِ وَأَهْلِهِ وَوَلَدِهِ وَخَادِمِهِ فَهُوَ صَدَقَةٌ»⁽³⁾، وَقَوْلُهُ ﷺ: «نَفَقَةُ الرَّجُلِ عَلَى نَفْسِهِ وَأَهْلِهِ وَصَدِيقِهِ وَبَهِيمَتِهِ لَهُ فِيهَا أَجْرٌ»⁽⁴⁾؛ فَهَذِهِ الْأَحَادِيثُ دَلَّتْ بِعُمُومِهَا عَلَى أَنَّ الْإِنْفَاقَ عَلَى نَفْسِهِ صَدَقَةٌ، وَالصَّدَقَةُ لَفْظٌ عَامٌّ يَشْمَلُ الْوَقْفَ وَغَيْرَهُ.

- إِنَّ الْوَقْفَ إِزَالَةَ الْمَلِكِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى عَلَى وَجْهِ الْقَرْبَةِ؛ فَإِذَا شَرَطَ الْبَعْضُ لِنَفْسِهِ أَوْ الْكُلُّ؛ فَقَدْ جَعَلَ مَا صَارَ مَمْلُوكًا لِلَّهِ تَعَالَى لِنَفْسِهِ، لَا أَنَّهُ جَعَلَ مَلِكًا لِنَفْسِهِ؛ كَمَا إِذَا بَنَى خَانًا أَوْ سَاقِيَةً أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً، وَشَرَطَ أَنْ يَنْزَلَ فِيهِ أَوْ يَشْرَبَ مِنْهُ أَوْ يَدْفَنَ فِيهِ⁽⁵⁾.

وَالْجُمْهُورُ يَرُونَ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَى النَّفْسِ أَوْ أَنْ يَشْتَرِطَ الْوَاقِفُ الْغَلَّةَ لِنَفْسِهِ⁽⁶⁾، مُسْتَدَلِّينَ مُسْتَدَلِّينَ بِمَا يَلِي:

(1)- انظر: ابن عابدين: رد المختار، ج/6، ص/583. ابن قدامة: المغني، ج/6، ص/196، 197.

(2)- سبق تخرجه. انظر: (ص/20).

(3)- إسناده حسن؛ انظر: الزيلعي: نصب الزاوية، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الزيان، بيروت، ط/1، 1418 هـ/1997م، ج/3، كتاب الوقف، رقم: 6199، ص/479. وصححه الألباني؛ انظر: الألباني: صحيح سنن ابن ماجه، المكتب الإسلامي، بيروت، دط، دت، ج/2، كتاب التجارات، باب المكاسب، رقم: 1739، ص/12.

(4)- البيهقي: الجامع لشعب الإيمان، تحقيق: مختار أحمد الندوي، مكتبة الرشد، ط/1، 1323 هـ/2003م، الرياض، الرياض، ج/13، ص/216.

(5)- انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج/6، ص/226.

(6)- انظر: ابن عابدين: رد المختار، ج/6، ص/583. ابن المواق: التاج: والإكليل على هامش مواهب الجليل، ج/6، ص/6، ص/25. التتوي: المجموع، ج/15، ص/327.

- قوله ﷺ: «حَبَسَ الْأَصْلَ وَسَبَّلَ الثَّمَرَ»⁽¹⁾، وتسبيل الثمرة يمنع أن يكون للواقف فيها حقّ.

- أنّ الوقف صدقة، ولا تصحّ صدقة الإنسان على نفسه؛ فكذلك لا يجوزُ وقفه على نفسه⁽²⁾.

- أنّ الوقف تمليكٌ إمّا للرّبة أو المنفعة، ولا يجوز أن يُملك الواقفُ نفسه من نفسه؛ كما لا يجوز له أن يبيع ماله من نفسه⁽³⁾.

واستثنى الشافعيّة بعض المسائل التي يجوز للواقف الانتفاع بالموقوف؛ وذلك كما لو وقف على العلماء أو الفقراء وأنّصف بصفّتهم؛ فيجوز له الانتفاع معهم بوقفه؛ لأنّه لم يقصد نفسه أصالة⁽⁴⁾.

وأما المالكيّة فقالوا: لو وقف على نفسه ثمّ على أولاده وأولاد أولاده؛ فإنّ الوقف يكون باطلاً على الواقف صحيحاً على أولاده وأولاد أولاده؛ لكنّهم لا يستحقّون الوقف إلا بعد موته⁽⁵⁾.

أمّا المشرّع الجزائريّ فقد سلك مذهب أبي يوسف ومن وافقه؛ حيث أجاز الوقف على النفس من خلال المادّة: 214 من قانون الأسرة الجزائريّ التي نصّت على أنّه: [يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبّس مدّة حياته على أن يكون مال الواقف بعد ذلك إلى جهة مُعيّنة]⁽⁶⁾، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في: 30 مارس 1994م، ملفّ رقم: 109957⁽⁷⁾.

1- سبق تخريجه، انظر: (ص/20).

2- عكرمة صبري: الوقف الإسلاميّ، ص/252.

3- البهوتيّ: شرح مُنتهى الإرادات، ج/2، ص/494.

4- شمس الدين الرّمليّ، نهاية المحتاج، ج/5، ص/380.

5- محمد بن يوسف العبدري (المواق)، التاج: والإكليل على هامش مواهب الجليل، ج/6، ص/25.

6- قانون رقم: 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في: 09 رمضان 1404هـ، الموافق ل 09 يونيو 1984م،

1984م، الجريدة الرسمية عدد: 24، الصادرة في: 12 رمضان 1404هـ، الموافق ل 12 يونيو 1984م.

7- المجلّة القضائيّة، العدد: 3-1994م، ص/34.

الشّرط الرّابع: أن تكون الجهة الموقوفة عليها مُستمرّة غير مُنقطعة: والوقف على جهة لا تنقطع صحيح باتفاق⁽¹⁾؛ لكنّهم مختلفون إذا كان الوقف مُنقطع ابتداءً أو الوسط أو الانتهاء على رأيين؛ هما:

- الرّأي الأوّل: أبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشّافعيّة اشترطوا الاستمرارية في الوقف وعدم انقطاعه، على أن ينصّ ذلك صراحة عند أبي حنيفة ومحمد⁽²⁾.

- الرّأي الثاني: يجوز أن يوقف على جهة منقطعة، وهذا الرّأي لأبي يوسف من الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة، وإن اختلفوا في الجهة التي ينتقل إليها الوقف⁽³⁾.

أمّا قانون الأوقاف الجزائريّ؛ فبعد تعديله بالقانون (10-02)، والذي ألغى بموجبه الوقف الخاصّ، وأبقى الوقف العام؛ فإنّ الجهة الموقوفة عليها لا يمكن تصوّر انقطاعها؛ لكون العموم أمانة الدّيمومة.

- الشّرط الخامس: أن تكون الجهة الموقوفة عليها معلومة: الأصل أن تُحدّد الجهة الموقوفة عليها؛ أمّا إذا كانت غير مُحدّدة؛ فمذهب الجمهور من المالكيّة والشّافعيّة في الأصحّ عندهم والحنابلة وأبي يوسف من الحنفيّة؛ أنّ الوقف صحيحّ على خلاف بينهم في الجهة التي يؤوّل إليها الموقوف⁽⁴⁾؛ وخالف في ذلك محمد بن الحسن من الحنفيّة؛ فذهب إلى بطلان الوقف إن لم يكن معلوم الجهة⁽⁵⁾.

والمشرّع الجزائريّ أخذ برأي الجمهور؛ حيث لم يشترط ذكر الجهة الموقوفة عليه صراحة، وهو ما يفهم من خلال نصّ المادّة: 06 المعدّلة بقانون (10-02) فقرة 02 من قانون الأوقاف التي

1- ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج/6، ص/213. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج/5، ص/470. التّووي، المجموع، ج/15، ص/334.

2- ابن الهمام: المصدر السابق، ج/6، ص/213. التّووي: المجموع، ج/15، ص/334.

3- انظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج/5، ص/470. البّهوتي: شرح مُنتهى الإيرادات، ج/2، ص/498،497. ص/498،497.

4- انظر: الطرابلسي: الإسعاف، ص/15. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج/5، ص/469، التّووي: المجموع، ج/15، ص/336. البّهوتي: شرح مُنتهى الإيرادات، ج/2، ص/398،397.

5- انظر: الطرابلسي: الإسعاف، ص/15.

نصّت على ما يلي: [وقف لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف؛ فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة، ويصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبل الخيرات].

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الرابع: محلّ الوقف (المال الموقوف):

المال الموقوف هو المحلّ الذي يرد عليه العقد⁽¹⁾، ويُشترط فيه أن يكون مالا متقوما معلوما مملوكا للواقف حين وقفه ملكا تاما مفرزا⁽²⁾، وهذه الشروط مُتَّفَق عليها في الجملة بين الفقهاء؛ لكنهم اختلفوا في تفاصيلها على النحو التالي:

- الشرط الأول: أن يكون مالا مُتقوماً: والمالية تتحقّق بإمكان حيازته والانتفاع به على وجه معتاد، والتقوم يكون بحلّ الانتفاع به شرعاً حالة السّعة والاختيار مع الحيازة بالفعل⁽³⁾، وهو ما عبّر عنه المشرّع الجزائري بشرط المشروعية؛ في المادة: 11 فقرة 2 من قانون الأوقاف التي نصّت على أنه: [يجب أن يكون محلّ الوقف معلوما ومشروعاً]، وأكّده في جميع العقود في المادة: 96 من القانون المدني بقوله: [إذا كان محلّ الالتزام مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً].

فلا يجوز أن يكون محلّ الوقف ممّا لا يمكن الانتفاع به؛ إمّا لاستحالة ذلك أو لمخالفته للتشريع والنظام والآداب العامة؛ وللفقهاء فيما يجوز وقفه وما لا يجوز من العقارات والمنقولات والمنافع؛ يُعرف في مظانّه⁽⁴⁾.

- الشرط الثاني: أن يكون معلوما حين الوقف: يُشترط في المال الموقوف أن يكون مُعيّناً تعييناً تنفي الجهالة عنه، دفعاً لما قد يحصل من نزاع بين الناس بشأنه في المستقبل؛ وهذا أمرٌ مُتَّفَق عليه بين الجمهور⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ - إدارة وتتمير ممتلكات الأوقاف، حلقة دراسية لتتمير ممتلكات الأوقاف بجدة، المعهد الإسلاميّ لبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلاميّ للتنمية، ط/1، 1410 هـ/1989م، ص/118.

⁽²⁾ - أما في القانون، فالوقف كغيره من عقود القانون المدني يتوفر على المحل ويصطلح عليه بالعين الموقوفة، ويشترط فيه ما يشترطه القانون المدني في المحل بصفة عامة، بالإضافة إلى ما يشترطه قانون الأوقاف.

⁽³⁾ - انظر: مصطفى شلي: أحكام الوصايا والأوقاف، ص/357.

⁽⁴⁾ - انظر: ابن الهمام: شرح الفتح، ج/6، ص/215. القراني: الذخيرة، تحقيق: سعيد أعراب، دار الغرب الإسلاميّ، بيروت، ط/1، 1994، ج/6، ص/312، 313. الخطيب الشّريبي: مغني المحتاج، ج/2، ص/377. ابن قدامة: المغني، ج/6، ص/135.

⁽⁵⁾ - انظر: ابن الهمام: شرح الفتح، ج/6، ص/215. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج/5، ص/455.

و لو وقف مالا معلوما واستثنى منه قدرا مجهولا؛ كان الوقف باطلا؛ لأنّ المستثنى المجهول؛ تسري جهالته إلى باقي الوقف، واستثنى الحنفية والحنابلة حالة ما إذا كان معروفا بالشهرة⁽¹⁾؛ وفي توجيه ذلك يقول محمد أبو زهرة: "والذي جرى العمل به في كلّ التوثيقات الخاصة بالعقود الناقلة للملكية، أو ما يُشابهها على ذكر الحدود الأربعة وعدم الاكتفاء بالشهرة؛ لأنّ هذه العقود تستمرّ أحكامها آماداً طويلة، وقد يأتي وقت تزول شهرتها مع بقاء حكمها"⁽²⁾.

أما قانون الأوقاف الجزائري فقد نصّ على هذا الشرط في المادة: 11 فقرة 3 بقوله: [يجب أن يكون محلّ الوقف معلوماً ومحدداً]؛ ويترتب على مخالفة هذا الشرط؛ البطلان بنصّ المادة: 94 من القانون المدني؛ حيث جاء فيه: [إذا لم يكن محلّ الالتزام مُعيّناً بذاته، وجب أن يكون مُعيّناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً].

ورغم اختلاف الفقهاء في اشتراط هذا الأمر؛ إلا أنّ القانون يشترط التّعيين، باعتبار أنّ ملكية العقار لا تثبت إلا بتسجيله، وأنّ الوقف لا يصحّ إلا إذا كان مُوثّقاً، ولا يوجد تسجيل أو توثيق دون تحديد وبيان لمقدار المساحة بياناً تاماً⁽³⁾.

- الشرط الثالث: أن يكون مُفرضاً غير شائع: والشائع: هو المال المشترك غير المقسوم، والإفراز: هو تخليصه من غيره بحيث يزول الاشتراك عنه⁽⁴⁾، وينقسم إلى قسمين: ما يقبل القسمة وما لا يقبل القسمة؛ ومذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وأبي يوسف من الحنفية⁽⁵⁾؛ الحنفية⁽⁵⁾؛ أنّ وقف المشاع صحيح؛ سواءً أكان يقبل القسمة أم لا؟⁽⁶⁾؛ ومّا يدلّ لصحة مذهبهم مذهبهم ما يلي:

= الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، ج/2، ص/377. المرداوي: الإنصاف، ج/7، ص/8.
(1) - انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج/6، ص/215. المرداوي: الإنصاف، ج/7، ص/08.
(2) - أبو زهرة: محاضرات في الوقف، ص/118.
(3) - انظر: مصطفى شليبي: أحكام الوصايا والأوقاف، ص/358.
(4) - انظر: مصطفى شليبي: المرجع نفسه، ص/359، 360.
(5) - انظر: الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، ج/2، ص/377. البهوتي: شرح مُنتهى الإرادات، ج/2، ص/491.
(6) - انظر: الخطيب الشربيني: المصدر نفسه، ج/6، ص/18. الخطيب الشربيني: المصدر نفسه، ج/2، ص/377.

- وقف عمر بن الخطاب رضي الله عنه مائة سهم من أرض خيبر، وقد كانت هذه الأسهم ملكاً مُشاعاً⁽¹⁾.

- إنّ الوقف عقد يجوز على بعض الجملة مُفرزاً؛ فجاز عليه مُشاعاً كالبيع؛ ويؤيده أنّ الوقف في حقيقته؛ هو تقييسٌ للأصل وتسييلٌ للمنفعة، وذلك يحصل من المشاع؛ كما يحصل من المفرز سواءً.

أما قانون الأوقاف الجزائريّ؛ فقد أجاز وقف المشاع؛ غير أنّه أوجب القسمة، وهو ما نصّت عليه المادّة: 216 من قانون الأسرة، والمادّة: 11 فقرة 2 من قانون الأوقاف: [يصحّ وقف مال المشاع؛ وفي هذه الحالة تتعيّن القسمة].

و لعلّ المشرّع أوجب القسمة سدّاً لأبواب التّراع؛ لكن يبقى التساؤل حول المال الذي لا يقبل القسمة؛ والذي يمكن أن نستخلصه هو أنّ المشرّع يُجيز وقف المشاع فيما يقبل القسمة؛ أمّا ما عدا ذلك؛ فلا يصحّ وقف المشاع فيه، وما يقبل القسمة يكون في العقارات دون المنقولات غالباً.

- الشرط الرابع: أن لا يتعلّق به حقّ الغير: اختلف الفقهاء في صحّة وقف العين التي يتعلّق بها حقّ الغير؛ كأن تكون مرهونة أو مُؤجّرة؛ والجمهور من الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة يرون صحّة وقفها؛ وذلك بأن تعود العين بعد افتكاكها من الرّهن وبعد انقضاء مُدّة الإجارة إلى الموقوف عليهم⁽²⁾؛ أمّا الحنابلة فقيّدوا ذلك بإذن المرهّن لتعلّق حقّه فيه⁽³⁾.

ولم يتطرّق المشرّع الجزائريّ لهذه المسألة؛ والجريّ على مُقتضى النصوص العامّة يمنع وقف الموهون؛ وذلك باعتباره تأميناً عينياً للدائنين؛ والتأمين العينيّ ممّا لا يمكن التصرّف فيه عند حلول الآجال.

= البهوتيّ: المصدر نفسه، ج/2، ص/491.

(1) - عكرمة صبري: الوقف الإسلاميّ، ص/235.

(2) - انظر: ابن الهمام، المصدر نفسه، ج/6، ص/201. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج/5، ص/456. الخطيب الشّريبي: مغني المحتاج، ج/2، ص/377.

(3) - انظر: البهوتيّ: شرح مُنتهى الإرادات، ج/2، ص/492.

المبحث الثالث:

طبيعة الملك الوقفي:

ويشمل مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الملكية وخصائصها.

المطلب الثاني: الملكية العامة والوقف والفرق بينهما.

- المطلب الأول: تعريف الملكية وخصائصها:

- الملكية في اللغة: مأخوذة من ملك الشيء ملكاً؛ أي حازةً وانفرد بالتصرف فيه فهو مالك، والمملوك هو العبد، ومَلَكُهُ الشيء تَمَلَّكاً، جعله ملكاً له، يُقال مَلَكَهُ المَالَ والمَلِكُ؛ فهو مُمَلِّكٌ، ومالكٌ يوم الدين، يَمْلِكُ إقامة يوم الدين، ومنه قوله تعالى: (مَالِكُ الْمَلِكِ) [آل عمران 26]، والمملوك ما ملكت اليد من مال وخَوَّل⁽¹⁾.

وأما الملكية في الاصطلاح الفقهي: فهي: "اختصاصٌ حاجزٌ شرعاً يسوغ صاحبه التصرف إلا لمانع"⁽²⁾.

وأما في الاصطلاح القانوني: فهي: "حق الاستئثار باستعماله وباستغلاله، وبالتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون"⁽³⁾.

و في القانون الجزائري عرفته المادة: 674 من القانون المدني بقولها: [هي حق التمتع والتصرف في الأشياء]⁽⁴⁾.

والملاحظ أن جميع التعريفات دلت على معنى واحد؛ وهو حق التمتع وحرية التصرف في الشيء تصرفاً تاماً.

- خصائص الملكية:

وللملكية في الفقه الإسلامي خصائص؛ كما أن لها في القانون خصائص أيضاً؛ وفيما يلي تعريف على أبرز هذه الخصائص:

(1) - انظر: ابن منظور: لسان العرب، دار راصد، بيروت، دط، 1412 هـ/1992م، ج/10، مادة: ملك، ص/491.497. مرتضى الزبيدي، تاج: العروس، ج/13، مادة: ملك، ص/646. 654.

(2) - مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط/1، 1418 هـ/1998م، ج/1، ص/333.

(3) - أحمد عبد العال أبو قرين: حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، مكتبة الرسالة، القاهرة، ط/1، 1420 هـ/1999م، ص/12.

(4) - أمر رقم: 75-58، المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ، الموافق ل 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم: 88-14، المؤرخ في: 16 رمضان 1408هـ، الموافق ل 3 ماي 1988م، انظر: القانون المدني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط/3، 2002م.

1- خصائص الملكية في الشريعة الإسلامية: تقوم الملكية في الشريعة الإسلامية على

مجموعة من الخصائص هي:

- **حرية التصرف:** وهذه الخاصية هي صلب الملك وفائدته؛ فالملك يثبت من أجل الحصول على جميع الفوائد المشروعة، التي يمكن الحصول عليها من الأشياء المملوكة بحسب أنواعها، وتتعدد صور الانتفاع بالأشياء المملوكة من تصرفات مادية؛ كاستعمال الشيء والانتفاع بعينه أو استهلاكه؛ كما في الأكل والشرب، وتصرفات اعتبارية؛ أي أنّ آثارها إنما كانت باعتبار الشارع؛ وذلك بنقل ملكية الأعيان أو منافعها بعوض أو بغير عوض، من بيع وتأجير وهبة ووقف ووصية وغير ذلك⁽¹⁾.

- **شمول الملكية للرقبة والمنفعة:** الأصل في الملكية التامة أنّ من ملك عيناً ملك منفعتها حالاً أو مآلاً⁽²⁾؛ ذلك أنّ الملك ما شرع إلا للحصول على منافع الأعيان على وجه الاختصاص؛ فليست ملكية الأعيان مقصودة لذاتها، وإنما الغاية منها منافعها في الحال أو في المال، وملكية العين ما أُقرت إلا لتكون سنداً لكمال الانتفاع والتصرف؛ فلا يُتصور الانفكاك الدائم بين العين ومنفعتها؛ إلا في صور أجازتها الشريعة الإسلامية؛ كما في الوصية والوقف⁽³⁾.

- **دوام ملكية الأعيان:** الأصل في ملكية الأعيان أن تكون مؤبدة غير مؤقتة بزمن محدد، ما لم يطرأ عليها سبب نقل الملكية⁽⁴⁾؛ أما ملكية المنافع فالأصل فيها أن تكون مؤقتة ومحددة بزمن معين، ثم تعود تتبع العين⁽⁵⁾؛ فالعقود التي تُفيد التملك التام؛ لا تقبل التقييد، وكل شرط فيه تقييد؛ يكون منافياً لمقتضاها⁽⁶⁾.

1- انظر: عبد السلام داود العبادي: الملكية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، دار البشير، ط/1، 1421هـ/2000م، ص/453.

2- انظر: أحمد فراج: حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة؛ الإسكندرية، مصر، دط، 2005م، ص/55.

3- انظر: عبد السلام داود العبادي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص/454.

4- انظر: عبد السلام داود العبادي: المرجع نفسه، ص/456.

5- انظر: المدخل الفقهي العام: ج/1، ص/363.

6- انظر: محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص/68.

2- خصائص الملكية في القانون: لقد وضع فقهاء القانون مجموعةً من الخصائص المتعلقة

بالملكية والمتمثلة فيما يلي:

- **حقّ جامع:** إنّ حقّ الملكية من أوسع الحقوق العينية؛ ذلك أنّه يُحوّل المالك أوسع السلطات التي تكون للشخص على الشيء؛ من انتفاع واستغلال وتصرف، ولما كانت هذه السلطات؛ إنما تحيط بكلّ منافع الشيء، كان من الطبيعي أن تُوصف الملكية بأنها حقّ جامع، وعلى من يدعي أنّ له حقاً في ملك غيره بحيث يحرم المالك من بعض هذه السلطات؛ يقع عليه عبء الإثبات، وهذه السلطات الممنوحة لصاحب الملكية ليست مُطلقة، وإنما هي في حدود القانون⁽¹⁾.

- **حقّ مانع:** ويُقصد به أنّ للمالك منع الغير من استعمال ملكه أو الإفادة منه، ولو لم يعد عليه من ذلك ضرر؛ بحيث لا يجوز لغيره أن يُشاركه، أو يتدخل في السلطات التي له على الشيء المملوك⁽²⁾.

- **حقّ دائم:** والمقصود أنّ الملكية تبقى ولا تزول مادام الشيء المملوك باقياً؛ فهي دائمة بالنسبة للشيء المملوك؛ أمّا بالنسبة للشخص المالك؛ فإنه يتغيّر بطرق انتقال الملكية المختلفة، ولا يعني ذلك أنّ الملكية غير دائمة؛ بل باقية حتى وإن انتقلت إلى مالك آخر، وحقّ الملكية مُستقلّ عن حقّ استعماله؛ فعدم استعمال الشيء لا يعني سقوط الملكية مهما طال⁽³⁾.

والذي نستخلصه من هذا؛ أنّ خصائص الملكية في القانون هي ذاتها في الشريعة الإسلامية، وإن اختلفت المسميات في ذلك؛ فالعبرة بالمعاني لا بالأسماء.

⁽¹⁾ - انظر: عبد السلام داود العبادي: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص/474. محمد شكري سرور: موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط/1، 1420 هـ/1999م، ص/13،14.

⁽²⁾ - انظر: محمد شكري سرور: المرجع نفسه، ص/13،14.

⁽³⁾ - انظر: عبد السلام داود العبادي، ص/475. - أحمد عبد العال أبو قرين: حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، ص/20.

- المطلب الثاني: الملكية العامة والوقف والفرق بينهما:

- مفهوم الملكية العامة: يقصد بالملكية العامة في الشريعة الإسلامية⁽¹⁾: "الملكية التي يكون صاحبها مجموع الأمة أو جماعة منها؛ دون النظر لأشخاص أفرادها على التّعيين؛ بحيث يكون الانتفاع بالأموال التي تتعلق بها جميعاً دون اختصاص بها من أحد؛ فهي أموالٌ محجوزة عن التداول"⁽²⁾.

وأساس قيام الملكية العامة في الشريعة: هو حسب تعلّق مصلحة الجماعة به؛ كما في الأثمار والطرق والجسور؛ فهذه الأموال في الأصل قابلةٌ للملك الفردي؛ لكن وقوعها تحت الملك الفردي يُبطل الانتفاع بها فيما هي مهيأةٌ له، لذلك منعت الشريعة تملكها⁽³⁾؛ وذلك بنصّ الشارع القائل: «المُسْلِمُونَ شُرَكَاءٌ فِي ثَلَاثٍ: الْمَاءِ وَالْكَأِ وَالنَّارِ»⁽⁴⁾.

ويلتحق بهذه الثلاث كلّ ما هو في معناها؛ وفي بيان ذلك وتقريره يقول الإمام الشافعي رحمته الله: "ومثلُ هذا كلّ عين ظاهرةٍ كنفط أو قار أو كبريت... في غير ملك أحد؛ فليس لأحد أن يتحجّرها دون غيره، ولا لسلطان أن يمنعه لنفسه ولا لخاصّ من الناس؛ لأنّ هذا كلّ ظاهرٌ كالماء والكأ"⁽⁵⁾.

وأما المشرّع الجزائري؛ فقد أعطى للملكية العامة تعريفات عدّة؛ حيث جاء في المادة: 688 من القانون المدني: [تعتبر أموالاً للدولة: العقارات والمنقولات، التي تخصص بالفعل أو بمقتضى نصّ قانوني لمصلحة عامة، أو لإدارة أو لمؤسسة أو لهيئة لها طابع إداري...].

⁽¹⁾- أقرت الشريعة الإسلامية الملكية الخاصة، وشجعت على ذلك ووضعت أحكام يفهم من خلالها أنها تقر بالملكية الخاصة، منها: الزكاة؛ كما شرعت حدود على كلّ من يعتدي على ملك غيره؛ سواءً بالغصب، أو السرقة، أو غير ذلك.. - انظر: عبد السلام داود العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص/482.

⁽²⁾- انظر: عبد السلام داود العبادي، المرجع نفسه، ص/292.

⁽³⁾- انظر: عبد السلام داود العبادي، المرجع نفسه، ص/292.

⁽⁴⁾- منكر الحديث؛ لأن فيه عبد الله بن خدّاش عن العوام بن حوشب، وضعفه أبو زرعة وقال أبو حاتم: ذاهب الحديث. - انظر: البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، ج/6 كتاب إحياء الموات، باب ما لا يجوز إقطاعه، رقم: 11612، ص/150. - الزيلعي: نصب الرتبة، ج/4، ص/294. وفي رواية زاد الملح.

⁽⁵⁾- الشافعي: الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، ط/1، 1422 هـ/2001م، ج/5، ص/81.

ونصّت المادة: 12 من قانون الأملاك الوطنية⁽¹⁾ على أنه: [تتكوّن الأملاك الوطنية العموميّة من الحقوق والأملاك المنقولة والعقاريّة التي يستعملها الجميع والموضوعة تحت تصرّف الجمهور المستعمل؛ إمّا مباشرة وإمّا بواسطة مرفقّ عام...]. وكلا المادّتين تُفيدان أنّ أساس قيام الملكية العامّة، قائمٌ على نظريّة التخصيص للنفع العامّ الذي يجمع بين التخصيص للاستعمال المباشر للجمهور، والتخصيص للمرفق العام⁽²⁾.

وصنّف المشرّع الأملاك الوطنية إلى أملاك عامّة وأملاك خاصة، والتي تحوزها الدولة وجماعتها الإقليمية المحلية من الولاية والبلدية، وهذا حسب المادة: 02 من قانون الأملاك الوطنية؛ وهذا التقسيم يُعبّر عنه فقهاء القانون بالدّومين العامّ والدّومين الخاصّ؛ ففي أغلب الأنظمة الرّأسماليّة تقوم النظريّة التقليديّة للأموال العامّة، بالتفريق بين نوعين من أموال الدّولة؛ هي أموال خاصّة تملكها الدّولة ملكيّةً عاديّةً مثل: الأفراد؛ وأموال عامّة تملكها الدّولة وتخصّصها للنفع والمرفق العام⁽³⁾.

- ملكيّة الوقف: اختلف الفقهاء في ملكيّة العين الموقوفة؛ وأصل الخلاف راجع إلى مسألة لزوم الوقف وعدمه؛ فالقائلون بلزوم الوقف؛ مختلفون في خروج ملكيّة الوقف من يد الواقف من عدمه، والقائلون بخروجها من يد الواقف مختلفون هل تدخل في يد الموقوف عليهم أم تبقى بلا مالك؟ وبيان ذلك فيما يلي:

- الرّأي الأوّل: أنّ الوقف لا يخرج العين الموقوفة عن ملكيّة واقفها؛ بل تبقى في ملكه على أنّ له التصرّف فيها كيف شاء، وإذا مات كانت ميراثاً لورثته، ولا يكون لازماً على الوقف على هذا الرّأي إلا في ثلاث صور؛ وهي: 1- أن يحكم بلزومه الحاكم. 2- أن يخرج الواقف وقفه مخرج الوصيّة بأن يُعلّقه على موته. 3- أن تكون الأرض التي تبرّع بها مسجداً، وهذا مذهب الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه⁽⁴⁾.

(1) - قانون: 90-30 المؤرخ في 14 جمادى الأوّل 1411هـ، الموافق ل 01 ديسمبر 1990م، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسميّة عدد: 52، الصادرة في: 15 جمادى الأوّل 1411هـ، الموافق ل 02 ديسمبر 1990م.
(2) - انظر: أعمار يحيوي: نظريّة المال العام، دار هومه، الجزائر، ط/3، 2005، ص/14.
(3) - انظر: نوفل علي عبد الله صفوالديمي: الحماية الجزائية للمال العام، ط/2، 2006، ص/79.
(4) - انظر: ابن الهمام: شرح الفتح، ج/6، ص/203.

وعلى هذا لا يكون للوقف أثر على العين الموقوفة؛ إلا فيما تعلق بالغلة والمنفعة؛ فيكون حينئذ لا فرق بينه وبين العارية⁽¹⁾.

- **الرأي الثاني:** أنّ الوقف لا يخرج العين الموقوفة عن ملكية واقفها، بل تبقى على ملكه؛ إلا أنه لا يحقّ له بيعها ولا هبتها ولا تورث عنه؛ أي أنه يمنع من التصرف فيها بالتصرفات الناقلة للملكية، ويلزمه التصدق بالمنفعة، ولا يجوز له الرجوع فيها، وهذا رأي المالكية والشافعية في قول والحنابلة في رواية عندهم وابن همام⁽²⁾ من الحنفية⁽³⁾؛ ومن أدلتهم على ذلك⁽⁴⁾:

- قول النبي ﷺ لعمر بن الخطاب: «حَبَسِ الْأَصْلَ وَسَبَّلِ الثَّمَرَ»⁽⁵⁾؛ فالحديث جاء صريحاً بلزوم الوقف، ولم يتعرّض لأصل الملك في الموقوف، والمملك كان ثابتاً بيقين؛ فلا يزول عنه إلا بدليل.

- أنّه مادام التصدق عليه واجباً وهو لا زمّ دائماً؛ فهذا يقتضي بقاء ملكه، حتى يصحّ هذا التصرف اللازم منه.

- أنّ الوقف لو كان يُزيل الملك عن الواقف، لما كان ثمّة داع للشرط الصريح من قبل الرسول ﷺ: «لَا تُبَاعُ وَلَا تُوهَبُ وَلَا تُورَثُ»؛ إذ لا وجه لاشتراط منع التصرف في شيء على من لا يملكه، بدليل أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، اشترط في وقفه نفس الشرط، امثالاً لأمر النبي ﷺ، ولو لم يكن مالكا لما كان هذا الشرط.

1- انظر: ابن الهمام: المصدر نفسه، ج/6، ص/203.

2- محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود السيواسي كمال الدين، المعروف بابن الهمام من فقهاء الحنفية، عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقه، أصله من سيواس، ولد بالإسكندرية سنة: 790هـ، ونبغ في القاهرة، وأقام بحلب مدة، وجاور بالحرمين، توفي بالقاهرة سنة: 861هـ، من كتبه فتح القدير، و التحرير، انظر: الزركلي: الأعلام، ج/6، ص/255.

3- انظر: ابن الهمام: المصدر نفسه، ج/6، ص/203، 204. الخرشبي: حاشية الخرشبي، ج/7، ص/361. الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، ج/2، ص/389. موفق الدين ابن قدامة: المغني، ج/6، ص/187.

4- انظر: فتحي الدرّيني: دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، ج/2، ص/666.

5- حديث صحيح؛ انظر: البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، ج/9، كتاب الوقف، باب وقف المشاع، رقم: 12126، ص/135. الألباني: إرواء الغليل، ج/6، كتاب الوقف، ص/31.

- **الرأي الثالث:** أنّ ملكيّة الوقف تنتقل إلى الجهة الموقوف عليها إذا كانوا مُعَيَّنِينَ؛ إلا أنّ هذا الملك لا يُبيح لهم التّصرّف فيه بنقل الملكيّة؛ وأمّا إن كان الموقوف عليه جهة عامّة فلا ينتقل إليهم، وإنما ينتقل إلى حكم الله تعالى، وهذا مذهب الحنابلة في المشهور عندهم⁽¹⁾.

- **الرأي الرابع:** أنّ ملكيّة الوقف تنتقل إلى حكم الله تعالى، وهو مذهب الحنفيّة والشافعيّة والظاهرية⁽²⁾، ومن أدلّتهم على ذلك⁽³⁾:

- قول النّبِيِّ ﷺ لعمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «تَصَدَّقَ بِأَصْلِهِ؛ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ، وَلَا يُورَثُ؛ وَلَكِنْ يُنْفَقُ ثَمَرُهُ»⁽⁴⁾؛ ووجه الاستدلال بذلك: أنّ الرّسول ﷺ أمر عمر بالتصدق بأصل المال الموقوف، ولفظ الصدقة يقتضي خروجها إلى ملك الله عز وجل؛ وأمّا الموقوف عليه؛ فليس له إلا ناتج العين الموقوفة.

- أنّ حكم الوقف بعد موت واقفه كحكمه في حياته، والواقف لا يبقى له بعد الموت ملكٌ بالاتفاق؛ فدل ذلك على أنّه لم يكن له في الحياة ملكٌ قياساً.

وظاهرٌ من هذا الرّأي: أنّه يجعل الوقف ملكيّة مُستقلّةً في حدّ ذاته؛ وهو ما عبّر عنه القانون بالشخصيّة المعنويّة⁽⁵⁾؛ فلا هو ملكٌ للواقف ولا للموقوف عليه، ولا هو ملكٌ لبيت مال المسلمين.

وقد أخذ المشرّع الجزائريّ بهذا الرّأي؛ حيث جعل للوقف شخصيّة معنويّة؛ فلا هو ملكٌ لشخص اعتباريّ، ولا لشخص طبيعيّ مهما كانت صفته؛ حيث نصّت المادّة: 05 من قانون الأوقاف (10-91) المعدّل والمتّم بالقانون (07-01)⁽⁶⁾ على ذلك صراحة: [الوقف ليس

1- انظر: موفق الدين ابن قدامة: المغني، ج/6، ص/189؛ وراجع: عكرمة صبري: الوقف الإسلامي، ص/168.
2- انظر: ابن الهمام: شرح الفتح، ج/6، ص/203. الخطيب الشّريبي: مغني المحتاج، ج/2، ص/389. المرادوي: الإنصاف، ج/7، ص/37.

3- انظر: عكرمة صبري، الوقف الإسلامي، ص/169.

4- البخاري: صحيح البخاري، ج/2، كتاب الوصايا، ص/10.

5- فتحي الدريبي: دراسات وبحوث في الفكر الإسلاميّ المعاصر، ج/2، ص/707.

6- قانون رقم: 07-01، المعدّل والمتّم لقانون الأوقاف، المؤرخ في: 28 صفر 1422هـ، الموافق ل 22 ماي 2001م، الجريدة الرسمية العدد 29، الصادرة في: 29 صفر 1422هـ، الموافق ل 23 ماي 2001م.

ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية، وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها].

وأكدت المادة: 23 من قانون: (90-25) المتضمن التوجيه العقاري ذلك المعنى⁽¹⁾؛ حيث جاء فيها: [تُصنّف الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ضمن الأصناف القانونية التالية: - الأملاك الوطنية. - الأملاك الخاصة. - الأملاك الوقفية]؛ ومن خلال هذه المادة يمكن تصنيف الوقف بالقطاع المستقل عن القطاعين الحكومي والخاص؛ فالوقف ملكية من نوع خاص، ويتمتع بالاستقلالية الكاملة.

- الفرق بين الملك العام والوقف: يتفق الوقف مع الملكية العامة في أوجه عديدة نذكر منها ما يلي⁽²⁾:

- أن كليهما يهدف إلى النفع العام وتحقيق حاجات الأفراد، وهذا واضح من خلال تعريف كل منهما.

- أن كليهما يتمتع بحماية قانونية؛ سواء كانت حماية مدنية، والمتمثلة في عدم قابليتهما للتقادم والحجز والتصرف من بيع وهبة ورهن... وهو ما أكدته المادة: 04 من القانون (90-30) والمتعلق بالأملاك الوطنية، والمادة: 23 من قانون الأوقاف؛ أو كانت حماية جنائية؛ وهو ما نصت عليه المادة: 36 من قانون الأوقاف، وكذا المواد: 123، 124، من قانون الأملاك الوطنية. ويختلف الوقف عن الملكية العامة في العناصر التالية⁽³⁾:

- أن الصفة العمومية للمال العام ليست أبدية؛ حيث يفقدها بزوال المنفعة العامة؛ بخلاف الوقف؛ فإنه متصف بالأبدية ولا تزول عنه هذه الصفة أبداً؛ إلا إذا خربت أو تعطلت منافعتها؛ فُتسبَدل في الحالات التي حددها القانون؛ كما في المادة: 24 من قانون الأوقاف، وتنتقل صفة الأبدية إلى العين الجديدة.

⁽¹⁾- قانون رقم: 90-25 مؤرخ في: 01 جمادى الأولى 1411هـ، الموافق 18 نوفمبر سنة 1990م، المتضمن التوجيه العقاري، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 95-26، المؤرخ في: 26 سبتمبر 1995م. انظر: ليلي زروقي: التقنيات العقارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط/1، 2000، ص/18.

⁽²⁾- انظر: أعمار يحيوي: نظرية المال العام، ص/30. محمد كنازة: الوقف العام في التشريع الجزائري، ص/27، 28.

⁽³⁾- انظر: أعمار يحيوي: المرجع السابق، ص/30، محمد كنازة: المرجع السابق، ص/28.

- أنّ الأملآك العمومية تنشأ عن طريق القرارات اللى تتخذها السلطة الإدارية المختصة اللى تُضفي عليها صفة العمومية، بينما ينشأ الوقف عن تصرف صادر بالإرادة المفردة يُثبت أمام الموثق.
- أنّ الأملآك العامة يمكن التنازل عنه بعد إدراجها ضمن الأملآك الوطنية الخاصة، بأحد الوسائل القانونية المنصوص عليها في المواد: 92/89/85/83/82 من قانون الأملآك الوطنية؛ بخلاف الوقف؛ فإنه لا يمكن التنازل عنه بحال.
- أنّ الوقف العام يتمتع بالشخصية المعنوية اللى تختلف عن شخصية الهيئة المسيرة له والميتولية لشؤونه؛ بينما المال العام مملوك من طرف شخص معنوي كالدولة والولاية والبلدية.
- أنّ المال العام يمكن تغيير وجهته نشاطه؛ سواء تعطلت منافعه أو لا؟ بخلاف الوقف؛ فإنه لا يمكن تغيير وجهته نشاطه؛ إلا في حالات استثنائية نص عليها الفقهاء، وقررها قانون الوقف في المادة: 25 منه.

فالوقف يلتقي مع الملكية العامة في أوجه ويختلف عنها في أوجه أخرى؛ ونفس الأمر مع الملكية الخاصة؛ إذن فهو ذات ملكية من نوع خاص، ومستقل في ذاته عن باقي الملكيات، وهو ما أكده المشرع الجزائري في المادة: 23 من القانون (90-25) المتضمن التوجيه العقاري كما سلفت الإشارة إلى ذلك.

- خلاصة الفصل التمهيدي:

تطرقتنا في الفصل التمهيدي إلى مجموعة من الأحكام المتعلقة بالوقف بداية بمفهومه لغة واصطلاحاً عند كل من فقهاء الشريعة والمشرع الجزائري، ثم تناولنا حكم الوقف والحكمة اللى من أجلها شرع، وأوضحنا دوره وفوائده على جميع الأصعدة الاجتماعية والاقتصادية والإنسانية والدينية؛ ثم تطرقتنا إلى أنواع الوقف؛ حيث يُقسم إلى عدة أقسام؛ وذلك وفق اعتبارات معينة؛ غير أنّ التقسيم الشائع والمستخدم لدى الفقهاء: هو الوقف الخيري والوقف الأهلي (العام والخاص).

ثم تناولنا أركان الوقف وشروط كل منها وهي: الصيغة والواقف والموقوف عليه ومحل الوقف؛ مع الإشارة إلى بعض المسائل التفصيلية المهمة... وبعد ذلك تطرقتنا إلى طبيعة الملك الوقفي، لمعرفة ما إذا كانت ملكية عامة أو ملكية خاصة؛ فتناولنا تعريف الملكية بشكل عام وخصائصها، ثم تعريف الملكية العامة والشروط المعتمدة في تحديدها، ثم آراء الفقهاء حول ملكية الوقف؛ هل تبقى بيد

الواقف أم أنّها تخرج من يده وتنتقل إلى جهة أخرى؛ (الموقوف عليهم أو إلى الله تعالى)؛ وهو ما عبّر عنه القانون الجزائري بالشخصية المعنوية؛ حيث اعتبرها ملكية مستقلة في حدّ ذاتها، لا هي بالملكية العامة ولا بالملكية الخاصة؛ بل هي قطاعٌ مستقلّ في حدّ ذاته، ثمّ أجرينا أوجه التوافق والتخالف بين الملكية العامة والوقف.

الأستاذ الدكتور
عبد القادر للعطوم الإسلامية

الفصل الأول:

الحماية المدنية للوقف عند وجوده

ويتضمن المباحث التالية:

المبحث الأول: حماية الوقف عند إنشائه.

المبحث الثاني: حماية الوقف في مواجهة الغير في مجال التصرفات القانونية.

المبحث الثالث: حماية الوقف في مواجهة الغير في مجال الملكية.

المبحث الرابع: حماية الوقف في مواجهة الناظر.

المبحث الخامس: حماية الوقف في مجال الاستثمار.

المبحث الأول:

حماية الوقف عند إنشائه:

ويشمل المطالب التالية:

المطلب الأول: طبيعة عقد الوقف.

المطلب الثاني: الشخصية الاعتبارية للوقف.

المطلب الثالث: إثبات الوقف.

جامعة القادر للعلوم الإسلامية

- المطلب الأول: طبيعة عقد الوقف:

إنّ دراستنا لهذه المسألة تشمل مسألتين أساسيتين: الأولى: هل عقد الوقف لازمٌ أو غير لازم؟ والثانية: هل عقد الوقف عقدٌ شكليٌّ أو رضائيٌّ؟ ولهذين المسألتين أهميّةٌ في معرفة استقرار عقود الوقف من عدمه.

- المسألة الأولى: لزومُ الوقف وعدمه: اختلفت نظرة الفقهاء لهاته المسألة على رأيين اثنين؛

وهما:

1- الرأى الأول: أنّ عقد الوقف عقدٌ غير لازم، وللواقف الخيار في الرجوع فيه مع الكراهة، ولا يلزم إلا إذا حكم به حاكمٌ أو علّقهُ الواقفُ بالموت كالوصيّة، أو كان مسجداً، وهذا رأى الإمام أبي حنيفة وزُفر⁽¹⁾.

واستدلّوا على ذلك بجملة من أدلة المنقول والمعقول؛ منها:

أ- الأدلة التقلية:

- ما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنه قال: لَمَّا أَنْزَلَتِ الْفُرَائِضُ فِي سُورَةِ النَّسَاءِ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا حُبْسَ بَعْدَ سُورَةِ النَّسَاءِ»⁽²⁾، ووجهُ الدلالة من الحديث؛ أنّ أثر الوقف لو كان هو اللزومُ وقطع التصرف في رقبة الوقف، وخروج العين عن ملك الواقف، وعدم انتقالها بالإرث؛ كان ذلك حُبساً عن فرائض الله من أن تصل إلى أصحابها⁽³⁾.

- ما رُوي عن عبد الله بن زيد بن عبد ربّه رضي الله عنه أنّه جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يارسول الله! إنّ حائطي⁽⁴⁾ هذا صدقةٌ؛ وهو إلى الله ورسوله؛ فجاء أبواه فقالا: يا رسول الله! كان

¹- انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج/6، ص/203.

²- حديث ضعيف لأن فيه ابن لهيعة ولا يُحتجّ بمثله؛ انظر: الدارقطني: سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط/1، 1424 هـ/2004م، ج/5، باب الفرائض، رقم:4061، ص/119، الشوكاني: نيل الأوطار، ج/7، كتاب الوقف، ص/338،339.

³- انظر: فتحي الدرّيني: دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، ج/2، ص/673.

⁴- الحائط: كلمة تطلق على حديقة أو بستان عليه حائط، ثم أصبحت تطلق على البستان وإن كان بغير حائط.

انظر: أحمد الفيومي: المصباح المنير، ص/312.

قَوَامَ عَيْشِنَا؛ فَرَدَّهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَيْهِمَا، ثُمَّ مَاتَا، فَوَرِثَهُ ابْنُهُمَا بَعْدَهُمَا⁽¹⁾. ووجهُ دلالتِهِ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَدَّ الصَّدَقَةَ، وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ لَازِمًا لِمَا رَدَّهَا.

- ما رُوِيَ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ: لَوْلَا أَنِّي ذَكَرْتُ صَدَقَتِي لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَوْ نَحْوِ هَذَا لَرَدَدْتُهَا⁽²⁾؛ وَجِهَ دَلَالَتُهُ: أَنَّ امْتِنَاعَ عُمَرَ عَنِ الرَّجُوعِ فِي صَدَقَتِهِ؛ كَرَاهَتُهُ أَنْ يَبْرِمَ أَمْرًا فِي حَضْرَةِ النَّبِيِّ ﷺ ثُمَّ يَرْجِعَ عَنْهُ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ مِمَّا يُشْعِرُ بَعْدَ لُزُومِ عَقْدِ الْوَقْفِ فِي الْأَصْلِ⁽³⁾.

ب- الأدلة العقلية: الأدلة التي ساقها فقهاء الحنفية لقول الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه تنصّب كلها على أمر واحد؛ هو إثبات بقاء ملك الوقف في يد واقفه؛ لأنه إذا ثبت بقاء الملك للواقف؛ انتفى لزوم الوقف لما بينهما من تلازم ظاهر⁽⁴⁾؛ وأيدوا ذلك بجملة من أقيسة التشبه؛ منها قولهم: إن خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف لا إلى مالك؛ يغدو كالتسائب المنهي عنها شرعاً؛ فكان القول باللزوم المؤدّي إلى ذلك منهياً عنه أيضاً⁽⁵⁾؛ ومنها أيضاً قولهم: إن الوقف تمليك المنفعة دون العين؛ فلا يلزم كالعارية⁽⁶⁾.

أما أدلة المنقول؛ فهي لا تصلح للدلالة على المراد؛ لما في أسانيدها من ضعف لا يحتمل الانجبار، ولا يمكن أن تقوم معه الحجّة⁽⁷⁾؛ وأمّا تشبيه الوقف بالتسائب؛ فهو قياس مع الفارق؛ فمن حيث المقصد؛ الوقف قربة، والتسبيب المنهي عنه عقيدة جاهلية فاسدة؛ مبناها الوهم والخرافة؛ ومن

1- وهو حديث مُرْسَلٌ؛ انظر: الدارقطني: سنن الدارقطني، ج/5، باب الأحباس، رقم: 4452، ص/358. الزيلعي:

نصب الرّاية، ج/1، باب الأذان، رقم: 1114، ص/260.

2- البيهقي: معرفة السنن والآثار، ج/4، باب الصدقة، ص/546.

3- انظر: البيهقي: المصدر نفسه، ج/4، باب الصدقة، ص/546.

4- انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج/6، ص/205. فتحي الدريني: دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، ج/2، ص/686.

5- انظر: ابن الهمام: المصدر نفسه، ج/6، ص/205.

6- ابن الهمام: المصدر نفسه، ج/6، ص/203.

7- انظر: البيهقي: معرفة السنن والآثار، ج/4، باب الصدقة، ص/546. الشوكاني: نيل الأوطار، ج/6، كتاب الوقف، ص/92.

حيثُ الصّورة؛ الوقفُ رصدٌ للعين، وتسييلٌ لمنفعتها على أوجه البرِّ أبداً؛ وأمّا التّسييب الجاهليّ؛ فهو قطعٌ للانتفاع بالعين⁽¹⁾.

2- الرّأي الثّاني: أنّ الوقف إذا صدر من صاحبه؛ فإنّه يكون لازماً لا يجوز له الرّجوع فيه، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكيّة والشافعيّة والحنبليّة، ومذهب الصّاحبين أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفيّة⁽²⁾، ولهم جملةٌ من أدلّة المنقول والمعقول؛ منها مايلي:

أ- الأدلّة النّقليّة:

- قول النّبِيِّ ﷺ لعمر رضي الله عنه عندما استشاره في أن يتصدّق بماله: «تصدّق بِشَمْرِهِ، وَاحْسِنْ أَصْلَهُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُورَثُ»⁽³⁾ وفي رواية: «تصدّق بِأَصْلِهِ، لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ؛ وَلَكِنْ يُنْفَقُ ثَمْرُهُ»⁽⁴⁾؛ ووجه الدلالة منه: هو أنّ منع النّبِيِّ ﷺ من التّصرّف بالعين بعد وقفه تمليكاً بعبوض أو بغير بغير عبوض؛ يُشعر بلزوم العقد.

- وقف عثمان بن عفان لبئر رومة⁽⁵⁾ وجعل دلوه فيها كدلاء المسلمين؛ استجابة لدعوة النّبِيِّ ﷺ: «مَنْ يَشْتَرِ بَيْرَ رُومَةَ؛ فَيَكُونُ دَلْوُهُ فِيهَا مَعَ دِلَاءِ الْمُسْلِمِينَ؛ يَخَيَّرُ لَهُ مِنْهَا فِي الْجَنَّةِ»⁽⁶⁾؛ وجه الدلالة: أنّ عقد الوقف لو لم يكن لازماً؛ لما خرجت بئر رومة عن ملك عثمان رضي الله عنه، ولما فقد سلطانه عليها، ولما استحقّق المثوبة عليها عيناً في الجنّة عوضاً عنها⁽⁷⁾.

1- انظر: فتحي الدرّيني: المرجع السابق، ج/2، ص/289، 290.

2- السرخسي: المبسوط، ج/6، ص/28. الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح، ج/5، ص/455. النووي: المجموع، ج/15، ص/340. البهوتي: شرح مُنتهى الإرادات، ج/2، ص/497.

3- الدارقطني: سنن الدارقطني، ج/5، باب الأعباس، رقم: 4406، ص/331.

4- سبق تخريجه، انظر: (ص/20).

5- بئر رومة: بئر رومة بضم الراء وسكون الواو وفتح الميم وهي في عقيق المدينة؛ وهي أرض بالمدينة بين الجرف وزغابة؛ نزلها المشركون عام الخندق؛ وفيها بئر كانت لرجل من بني غفار يقال لها رومة؛ وكان يبيع منها القرية بالمد؛ ابتاعها عثمان بن عفان رضي الله عنه وتصدق بما. انظر: الحموي: معجم البلدان، ج/1، ص/299.

6- البخاري: صحيح البخاري، ج/2، كتاب المساقاة، باب الشرب، ص/10.

7- انظر: فتحي الدرّيني: دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، ج/2، ص/696.

- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ»⁽¹⁾، ووجه الدلالة: أن جريان الصدقة يدل على اللزوم؛ إذ لو كانت غير لازمة؛ لتعرضت للانقطاع، والحديث وصفها بعدم الانقطاع⁽²⁾.

- وقد أجمع الصحابة رضي الله عنهم؛ على لزوم الوقف؛ حيث روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنه قال: «ما أعلم أحداً من المهاجرين والأنصار؛ إلا حبس من ماله صدقةً مؤبّدة لا تُشترى أبداً ولا تُوهب»⁽³⁾.

ب- الأدلة العقلية: من الحجج العقلية التي ساقها جمهور الفقهاء منها:

- قياس الوقف على المسجد؛ حيث قالوا: اتخذ المسجد وقفاً يلزم مؤبداً باتفاق؛ دون الحاجة إلى حكم حاكم، ولا إلى إضافة ما بعد الموت؛ فكذاك يُقاس عليه سائر الموقوفات الأخرى⁽⁴⁾.

- قياس الوقف على الهبة؛ حيث قالوا: الوقف عطيةٌ تلزم بالوصية بعد الوفاة؛ فجاز أن يلزم الوقف بالعطية في الحياة؛ كسائر الهبات⁽⁵⁾.

وظاهر من الأدلة التي ساقها الجمهور قوة مذهبهم؛ ولكونه كذلك فقد أخذ به المشرع الجزائري القائل بلزوم الوقف؛ فقد نصّت المادة: 16 من قانون الأوقاف (91-10) على أنه: [يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه؛ إذا كان منافياً لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم، أو ضاراً بمحلّ الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه]، وهو ما يفهم كذلك من خلال المادة: 03 من نفس القانون: [الوقف: هو حبس عن التملك على وجه التأييد]، والتأييد يقتضي اللزوم بلا شك.

(1) - سبق تخرجه، انظر (ص/19).

(2) - انظر: فتحي الدرّيني: المرجع السابق، ج/2، ص/696.

(3) - انظر: الألباني: إرواء الغليل، ج/6، كتاب الوقف، ص/29.

(4) - انظر: عكرمة صبري: الوقف الإسلامي، ص/163.

(5) - انظر: عكرمة صبري: المرجع نفسه، ص/163.

– المسألة الثانية: الوقف عقد رضائي أو شكلي؟

قبض العين الموقوفة نوعٌ من أنواع الإجراء الشكلي للوقف؛ وقد اختلف الفقهاء فيها؛ فذهب جمهور الشافعية والحنابلة في رواية وأبو يوسف من الحنفية إلى أنه لا يُشترط القبض لتمام الوقف ولزومه⁽¹⁾؛ وذهب المالكية والحنابلة في رواية ومحمد من الحنفية إلى أنه لا يتم الوقف إلا بالقبض⁽²⁾.

وقد تطرّقنا إلى مسألة لزوم الوقف، وخلصنا إلى أنّ الوقف يلزم بمجرد انعقاده وصدوره من صاحبه؛ ويمكننا أن نستنتج من ذلك أنّ الوقف من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد توافر الأركان والشروط؛ سواء تمّ فيه القبض أو لم يتمّ؛ إذ إنّ الرضائية هي الأصل في جميع التصرفات القانونية⁽³⁾؛ وهو ما يفهم من خلال نصّ المادة: 17 من قانون الأوقاف التي نصّت على أنه: [إذا صحّ الوقف، زال حقّ ملكية الواقف، ويؤول حقّ الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه].

أما الشكلية؛ فهي حكمٌ إجرائيٌّ لا علاقة له بصحة الوقف؛ لكن الحوادث دلّت على أنّ اعتبار الوقف صحيحاً من غير صدور هذا الإجراء أو الإشهاد عليه؛ سبب الكثير من الدعاوى الباطلة؛ خاصة حالات الاستيلاء التي مسّت الأوقاف في بلادنا لانعدام الإثبات؛ وتفادياً لما حصل؛ اتجه المشرّع الجزائري إلى اشتراط الشكلية في عقد الوقف، وكانت بداية الأمر بإصدار قانون التوثيق الذي صدر بموجب الأمر (70-91)⁽⁴⁾؛ حيث نصّت المادة: 12 من هذا الأمر على الكتابة الرسمية في كلّ المعاملات العقارية مهما كان نوعها أو طبيعتها.

(1) - انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج/ 6، ص/ 208. ابن قدامة: المغني، ج/ 6، ص/ 188.

(2) - انظر: ابن الهمام: المصدر نفسه، ص/ 209. الخرشي: حاشية الخرشي، ج/ 7، ص/ 373. ابن قدامة: المغني، ج/ 6، ص/ 188.

(3) - انظر: أنور أحمد فزيح: الحماية المدنية للوقف، مجلة الحقوق، مجلة الحقوق، السنة الثالثة والعشرون، العدد: 02، السنة: 1999، ص/ 81.

(4) - المؤرخ في: 15 نوفمبر 1970م، المتضمن قانون التوثيق، المعدّل بالقانون رقم: 88-27، المؤرخ في: 13 جويلية 1988م، الجريدة الرسمية عدد: 107، الصادرة في: 27 شوال 1930هـ، الموافق لـ 25 ديسمبر 1970م.

إلا أنّ المحكمة العليا فاجأتنا بقرارها الصادر في 16 نوفمبر 1999م، ملفّ رقم: 234655⁽¹⁾ بقرارها: [أنّ عقد الحبس لا يخضع للرسمية؛ لأنّه من أعمال التبرّع التي تدخل في أوجه البرّ المختلفة... عقد الحبس العربيّ أقامه المحبس سنة: 1973 طبقاً للمذهب الحنفي... فإنّ قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحبس المذكور على اعتبار أنّه لم يفرغ في الشكل الرسميّ؛ فإنّهم أخطأوا في قضائهم...].

وهذا القرار مخالفٌ لروح المادّة: 12 من قانون التوثيق، واتجه المشرّع الجزائريّ إلى إصدار الأمر (74-75)⁽²⁾، المتضمّن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجلّ العقاريّ؛ حيث إنّ العقود المتعلقة بالعقار أيّاً كانت ومنها الوقف؛ لا تكون مُنتجة لآثارها بالنسبة للغير؛ إلا من تاريخ إشهارها، وهذا ما نصّت عليه المادّة: 14، 15 من نفس القانون.

وبعد صدور قانون: (10-91) المتعلّق بالأوقاف؛ ألزم المشرّع صراحةً الواقف بتوثيق عقد الوقف وتسجيله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاريّ، وهو ما نصّت عليه المادّة: 41 من قانون الأوقاف؛ كما ألزم المصالح المكلفة بالسجل العقاريّ بإبلاغ الهيئة المكلفة بالأوقاف بنسخة من عقد الوقف، وهذه الشكليّة تتماشى مع قواعد القانون المدنيّ التي تنصّ المادّة: 324 منها على أنّ: [العقد الرسميّ عقدٌ يثبت فيه الموظّف أو ضابطٌ عموميّ أو شخصٌ مكلفٌ بخدمة عامّة]، والوقف كغيره من العقود يجب أن يخضع لهذه الرسميّة.

إذن؛ فالشكليّة في عقد الوقف شرطٌ لنفاذه؛ إذ أصبحت وسيلة هامةً لحماية الوقف من أيّ اعتداء؛ كما أنّ اقتضاء الشكليّة ستكون أداةً لتدبير الواقف وتمحيص إرادته وحماية الورثة والمستحقّين في مال الوقف؛ وهو ما أشار إليه عبد الرزّاق السنهوريّ في معرض الكلام عن الهبة بقوله: "الهبة عقدٌ شكليّ، وهي من العقود الشكليّة النادرة التي بقيت حتى اليوم بعد أن أصبحت الكثرة الغالبة في العقود رضائيّة... لكن يُبرّر الشكليّة في الهبة: أنّها عقدٌ خطيرٌ... لا يقع إلا نادراً ولدوافع قويّة، وإذا كان البيع يكثر وقوعه في التعامل وهو عقدٌ مُعاوضة يأخذ البائع فيه مُقابلاً عن ماله؛ فإنّ الهبة

(1) - مجلة الاجتهاد القضائيّ، عدد خاص، 2001م، ص/314. المجلّة القضائيّة، العدد: 01-2001م، ص/264.

(2) - المؤرخ بي: 8 ذي القعدة 1395هـ، الموافق ل 12 نوفمبر 1945م، الجريدة الرسميّة عدد: 92، الصادرة بي: 14 ذي القعدة 1395هـ، الموافق ل 12 نوفمبر 1975م.

عقدٌ نادر الوقوع، وبه يتجرّد الواهب عن ماله دون مُقابل؛ فالواهب في أشدّ الحاجة إلى التأمّل والتدبّر، وتُعيّنه الشكليّة على ذلك؛ فالورقة الرّسميّة بما تتضمّن من إجراءات مُعقّدة... نافعة كلّ النّفع؛ لحماية الواهب، ولحماية أسرته، ولحماية الموهوب له نفسه"⁽¹⁾.

والهبة تلتقي مع الوقف في أهمّ عنصّر مُشترك بينهما؛ وهو إخراج المال دون مُقابل؛ لذلك لزم توثيقها؛ سداً للنزاع، وقطعاً لأطماع ذوي النفوس المريضة في الاستيلاء على الأوقاف وتسخيرها لمصلحتهم.

¹ - عبد الرزّاق السنهوريّ: الوسيط، ج/5، ص/46.

- المطلب الثاني: الشخصية الاعتبارية للوقف:

نتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الشخصية المعنوية بصفة عامة، ثم إلى شخصية الوقف، وبعد ذلك إلى النتائج المترتبة عن الشخصية المعنوية للوقف، وفي الأخير أهمية الشخصية المعنوية للوقف:

- الفرع الأول: مفهوم الشخصية المعنوية: يُقصد بالشخصية المعنوية في نظر القانون:

”أهلية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات“⁽¹⁾، أوهي: ”مجموعة من الأشخاص الطبيعيّة أو الأموال يجمعها غرض واحد، ويكون لهذه المجموعة شخصية قانونية لازمة لتحقيق هذا الغرض، مُنفصلة عن شخصيّة المكوّنين لها أو المنتفعين بها“⁽²⁾.

فالشخصية المعنوية مجموعة من الأشخاص أو الأموال، تتكاتف وتتعاون لتحقيق غرض وهدف مشروع؛ فرضتها العلاقات الاجتماعية وما ينجرّ من إشكاليات قانونية التي لا يتم حلّها إلا بموجب اكتساب الشخصية القانونية.

- الفرع الثاني: الشخصية المعنوية للوقف: من خلال نظرة عامة في أقوال الفقهاء حول

الوقف وأحكامه؛ نلاحظ أنّهم يجعلون للوقف ذمة مالية مُستقلة عن ذمة الغير، وإن لم يعبروا عنها بالشخصية المعنوية بالمصطلح الحالي؛ إذ الآثار والنتائج المترتبة عنها، هي ذاتها التي توصل إليها القانون الوضعي في العصر الحالي، نذكر من هذه الأحكام ما يلي:

- من المقرّر عند الحنفية أن الإجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين، ومع ذلك فهي لا تبطل بموت مُتولّي الوقف؛ فيما لو قام بتأجير أموال الوقف⁽³⁾؛ وأورد ابن عابدين مثالا آخر وهو: ”لو أنّ الناظر على المسجد الموقوف، اتفق مع حُصريّ ليكسوا المسجد، ويكون ثمن الحُصر من ريع الوقف؛ فعزل قبل ظهور الرّيع وعيّن آخر مكانه؛ فيلزم الثاني تخلص حَقّ الحُصريّ ودفعه له من ريع الوقف“⁽⁴⁾.

(1) - محمد صغير بعلي: القانون الإداري، دار العلوم، عتّابة، الجزائر، دط، دت، ص/33.

(2) - رمضان أبوالسعود: الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، بيروت، دط، 1992م، ص/318.

(3) - انظر: الطرابلسي: الإسعاف، ص/69.

(4) - ابن عابدين: تنقيح الفتاوى الحامدية، البوق، القاهرة، ط/2، 1300هـ، ج/1، ص/232. 234.

فهذان المثالان يدلّان على تمتّع الوقف بذمة مُستقلّة عن ذمة مُسيّره عند الحنفيّة؛ وذلك من خلال انتقال جميع التّزامات الناظر الأوّل إلى الناظر الثّاني.

- الاستدانة على الوقف؛ فقد أجازها فقهاء الحنفيّة والشّافعيّة للمصلحة بإذن القاضي؛ على أن يستردّه من الوقف⁽¹⁾؛ وهو دليل على أنّ الوقف له ذمة مُستقلّة عند هؤلاء الفقهاء يُستدان عليها، ثمّ يُستردّ منها حين إدراك الغلّة.

- ما قرّره فقهاء المالكيّة من أنّ الموقوف عليه يُشترط فيه أن يكون أهلاّ للتملّك حقيقة أو حكما كالفقراء والمساجد والرّبط⁽²⁾، كما نصّ جمهور الفقهاء على أنّ الجهات العامّة الموقوفة أهل للتملّك والتّمليك؛ وذلك يعني أنّ لها أهليّة حكميّة تقديريّة، وهذه هي عين الشخصيّة المعنويّة، والتي لها أهليّة الوجوب (التملّك)، وأهليّة الأداء (التّمليك)، ومثّلها الشّخص الطّبيعيّ حسب أحكام الشّريعة والقوانين الخاصّة بالوقف⁽³⁾.

كما أن تعريف الصّاحبين للوقف بقولهما: "حبس العين على ملك الله"، لا يُتصور ذلك إلاّ بتمتّع الوقف بالشّخصيّة المعنويّة؛ فمن المعلوم أنّ الله هو مالك كلّ شيء؛ فالتعبير بهذا المعنى يُقصد به الجهة العامّة؛ كما هو الحال بالنّسبة للتعبير عن حقّ الله تعالى في مجال العبادات والحدود وغيرها؛ حيث يُقصد به الحقّ العامّ الذي تنوب فيه الدّولة، ولا يملك الفرد فيه حقّ التنازل أو الإسقاط أو التّبديل⁽⁴⁾.

وفي تقرير ذلك المعنى يقول ابن تيمية في ذلك: "فالوقف لله فيه شبهة من التّحرير وشبهة من التّمليك... ولهذا اختلف الفقهاء في الوقف على المعين؛ هل يفتقر إلى قبوله كاهبة أو لا يفتقر إلى قبوله كالتعق؟ على قولين مشهورين؛ بخلاف الوقف على جهة عامّة كالمساجد، والوقف على المعين أقرب إلى التّمليك من وقف المساجد ونحوها ممّا يُوقف على جهة عامّة؛ ووقف المساجد أشبه بالتّحرير من غيرها؛ فإنّها خالصة لله عز وجل... وأمّا المسجد ونحوه؛ فليس ملكا للمعين باتّفاق

(1) - انظر: ابن عابدين: رد المحتار، ج/ 6، ص/ 657. الرّملي: نهاية المحتاج، ج/ 5، ص/ 400.

(2) - انظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح، ج/ 5، ص/ 457.

(3) - انظر: علي محيي الدين القره الداغي: بحث ديون الوقف، منتدى قضايا الوقف الفقهية الأولى، الأمانة العامّة للأوقاف بالتعاون مع البنك الإسلاميّ للتنمية، الكويت 11-13 أكتوبر 2003م، ص/ 47.

(4) - انظر: حمزة حمزة: الشخصيّة الاعتبارية، مجلة جامعة دمشق، المجلد 17، العدد الثاني، 2001م، ص/ 520.

المسلمين؛ وإنما يُقال: هو ملك لله؛ وقد يُقال: هو ملكٌ لجماعة المسلمين؛ لأنهم المستحقون للانتفاع به⁽¹⁾.

ومجمل القول في هذا؛ أن الفقهاء يُثبتون الشخصية المعنوية للوقف، ويجعلون له ذمة مالية مُستقلة، له من الحقوق وعليه من الواجبات ما للشخص الطبيعي، سوى ما يختص به هذا الأخير. وهذه النتائج والآثار المترتبة، هي ذاتها النتائج التي توصل إليها الفقه القانوني، وإن لم يُعبّر عنها الفقهاء بهذا المصطلح؛ إلا أن العبرة بالمعاني لا بالأسماء؛ وهو ما استقرّ عليه الفقهاء المعاصرين، وأخذت به قوانين الأوقاف في البلدان الإسلامية، ومنه القانون الجزائري الذي نصّ صراحة على ذلك في المادة: 05، وعبارتها: [الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية، وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها].

- الفرع الثالث: النتائج المترتبة عن ثبوت الشخصية المعنوية للوقف: يترتب عن ثبوت الشخصية المعنوية للوقف نتائج هامة؛ هي ذاتها التي تترتب على الشخصية المعنوية بوجه عام، وهاته النتائج نصّت عليها المادة: 50 من القانون المدني؛ حيث جاء فيها: [يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق؛ إلا ما كان منها مُلزماً لصفة الإنسان؛ وذلك في الحدود التي يُقرّها القانون، يكون لها خصوصاً: - ذمة مالية - أهلية في الحدود التي يُعيّنها عقدُ إنشائها، أو التي يُقرّها القانون. - موطن؛ وهو المكان الذي يُوجد فيه مركز إدارتها. - نائبٌ يُعبّر عن إرادته. - حقُّ التقاضي].

ولأهمية هذه العناصر في حماية الوقف؛ فإننا نتناولها بشيء من التفصيل:

1- الذمة⁽²⁾ المالية: فالوقف مادام يتمتع بالشخصية المعنوية؛ فإن له ذمة مالية مُستقلة عن ذمة الناظر أو المتولي، وعن ذمة الواقف والموقوف عليهم؛ فمال الوقف وجميع حقوقه والتزاماته خاص

(1) - انظر: ابن تيمية: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، تحقيق: علي بن محمد العمران، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، دط، دت، ج/31، ص/126.

(2) - الذمة في اللغة: هي العهد والأمان والضمان والحرمة والكفالة والحق؛ انظر: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، مادة: ذمة، ص/383؛ واصطلاحاً: "هي صفة اعتبارية، اعتبرها الشارع في الشخص، تجعله أهلاً لثبوت الحقوق له وعليه؛ انظر: محمد مصطفى شلبي: المدخل في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، ط/10، 1405 هـ/1985م، ص/190. وفي الاصطلاح القانوني هي: "مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق مالية في الحال والاستقبال؛ =

به، وأن ذمته لا تنشغل بدمته غيره مهما كان، وتكون هي المالكة اعتبارياً لجميع حقوقه وأمواله، وأن دائي الواقف أو الناظر أو الموقوف عليهم، ليس لهم حق على ذمة الوقف⁽¹⁾.

2- الأهلية⁽²⁾: والمقصود بذلك أن الوقف يتمتع بأهلية الأداء كاملة في حدود عقد إنشائه؛ شأنه في ذلك شأن كل شخص معنوي؛ فيستطيع أن يتملك بعوض أو بغير عوض، وله حق التعاقد والتقاضي، وغير ذلك من السلطات التي تُحوّله إياه القوانين والأنظمة وقانونه الأساسي وسند إنشائه. ولما كان مناط أهلية الأداء هو التمييز والإرادة؛ كان ولا بدّ من تعيين نائب له يُعبّر عن هذه الإرادة، وهو ناظر الوقف أو الشخص الذي يُحدده صك الوقف أو القضاء أو إدارة الوقف، حسب النظام المتبع، وأن هذا الشخص عليه ما على الوكيل للشخص الطبيعي، من الحقوق والواجبات والمسؤوليات⁽³⁾.

3- الموطن: نظراً لأهمية الموطن في تحديد الاختصاص القضائي، لزم أن يكون موطن الشخص المعنوي⁽⁴⁾، وما دام الوقف غالباً ما يكون عقاراً؛ فإن موطنه هو محل العقار؛ وهو ما نصّت عليه المادة: 48 من قانون الأوقاف؛ حيث جاء فيها: [تتولّى المحاكم المختصة التي تقع في دائرة اختصاصها محلّ الوقف؛ النظّر في المنازعات المتعلقة بالأموال الوقفية].

= انظر: رمضان أبو السعود: شرح مقدمة القانون المدني، ص/301.

1- انظر: علي محيي الدين القره الداغي: بحث ديون الوقف، ص/45.

2- الأهلية في اللغة: هي الصّلاحية؛ انظر: ابن منظور: لسان العرب، ج/11، مادة: أهل، ص/30. واصطلاحاً: قسمها الأصوليون إلى قسمين: أهلية الوجوب: "وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه؛ وأهلية الأداء وهي: "صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يُعتدّ به شرعاً؛ انظر: البردوي: كشف الأسرار، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط/1، 1418 هـ/1997م، ص/335. أمير الحاج: الحلبي: التقرير والتحبير، ضبط وتصحيح: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط/1، 1419 هـ/1999م، ج/2، ص/314.

3- انظر: علي محيي الدين القره الداغي: بحث ديون الوقف، ص/46.

4- انظر: محمد صغير بعلي: القانون الإداري، ص/42.

4- حق التقاضي: فللوقف حق التقاضي باعتباره شخصاً معنوياً؛ فيرفع الدعاوى على الغير؛ كما تُرفع عليه الدعاوى من الغير عند لزوم ذلك، ويمثله نائبه، مع احترام قواعد الاختصاص القضائي⁽¹⁾.

الفرع الرابع: أهمية الشخصية المعنوية للوقف: إن إضفاء فكرة الشخصية المعنوية على الوقف، لها أهمية عظيمة؛ وذلك من خلال تجسيد فكرة المؤسسة التي تحدث عنها الفقهاء قديماً وحديثاً؛ باعتبار أن الوقف يتمتع بصفة الأبدية والدوام، وأنه مؤسسة خيرية يمكن الاستفادة منه في شتى الميادين؛ كما تدخل فكرة الشخصية المعنوية في إطار حماية الوقف في حد ذاته، ولهذا تكمن الأهمية فيما يلي:

1- الوقف هو رصد مال معين لغرض من أغراض البر، وهذان العنصران هما ركنا المؤسسة؛ حيث إن المؤسسة يُشترط فيها تخصيص المال لمدة غير معينة، وهو ما يتفق مع الطابع الأبدي للوقف، واعتبار الوقف مؤسسة خيرية، لا يتحقق ذلك إلا عن طريق الشخصية الاعتبارية⁽²⁾.

2- إنه مهما طالت حياة الإنسان؛ فإنها تقصر عن تحقيق غرض دائم مستمر، بينما وجود الشخص المعنوي المستقل عن وجود الأشخاص الطبيعيين، تكون له حياة قانونية مستقلة لا يطرأ عليها الفناء الذي يطرأ على شخص طبيعي؛ فلا يرتبط الشخص المعنوي في وجوده وبقائه بوجود مؤسسيه؛ وهذا ما يتماشى مع طبيعة الوقف⁽³⁾.

3- إن وجود الشخص المعنوي يستتبع وجود الحقوق والواجبات (الذمة المستقلة)، التي تتميز عن حقوق وواجبات الأفراد المكونين له؛ حيث يُصبح له ذمة مالية مستقلة عن ذمة هؤلاء، وتكون أمواله مستقلة ومنفصلة عن أموالهم، وبذلك لا تختلط حقوق الشخص المعنوي والتزاماته، مع حقوق والتزامات الأشخاص المكونين له⁽⁴⁾.

(1)- انظر: عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج/5، ص/292.

(2)- انظر: رمضان أبو السعود: شرح مقدمة القانون المدني، ص/316.

(3)- انظر: رمضان أبو السعود: المرجع نفسه، ص/318.

(4)- انظر: رمضان أبو السعود: المرجع نفسه، ص/319.

4- إنَّ الرّأي الرّاجح في الفقه الإسلاميّ هو لزوم الوقف وخروجه من ملك صاحبه؛ فإذا سلّمنا بذلك؛ فإنّ من ينتقل المال الموقوف؟ هل يُصبح مالا سائباً؟ أو ينتقل إلى شخص آخر؟ ولما كان الحق لا بدّ من أن يكون له صاحبٌ؛ تعين نسبة المال الموقوف إلى الشّخص المعنويّ الذي يكون مالكا لهذا المال، ويخرجه من دائرة المال السائب المنهيّ عنه شرعاً إلى المال المحفوظ الذي له من يمثّله، ويدافع عنه⁽¹⁾.

¹ - انظر: أنور أحمد فزيع: مقال: الحماية المدنيّة للوقف، ص/88.

المطلب الثالث: إثبات⁽¹⁾ الوقف:

الوقف كغيره من الأملاك العامة أو الخاصة؛ قد يتعرّض إلى نزاع من طرف الخصوم، وقد يكون هذا النزاع من حيث وجوده، أو من حيث الاستحقاق في غلته أو شروطه، وما يُهمّنا في هذا المطلب هو إثبات أصل الوقف؛ فإذا حدث نزاع من حيث أصل الوقف؛ فلا بُدّ من بيّنة لإثباته.

والأصل العامّ في إثبات الوقف والذي يكتسي بطابع الحماية؛ هو الحرية في إثبات الأوقاف بكلّ الوسائل الشرعيّة والقانونيّة؛ حيث نصّت المادة: 35 من قانون الأوقاف (91-10) على أنّه: [يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعيّة والقانونيّة]؛ وفيما يأتي بيان لوسائل الإثبات؛ وأهمّيّتها في حماية حماية الأوقاف.

- الفرع الأوّل: وسائل الإثبات: وسائل الإثبات كثيرة ومتعدّدة؛ أهمّها: الكتابة والشهادة والإقرار واليمين والنكول، ونتطرّق إلى مفهومها بشيءٍ من التفصيل، ومدى حُجّية كلّ وسيلة في الإثبات.

1- الكتابة: تعتبر الكتابة من أهمّ وسائل الإثبات جميعاً، لما تُوفّره للخصوم من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة، لذلك فقد جعل المشرّع من الكتابة وسيلة إثبات أساسيّة فيما يتعلّق بالتصرّفات القانونيّة، معترفاً لها في ذات الوقت بقوة إثبات مطلقة؛ حيث يمكن أن تثبت عن طريقها جميع الوقائع القانونيّة، ورغم أهميّة الكتابة؛ إلا أنّها ليست حُجّة مُطلقة في الإثبات، ذلك أنّها على اختلاف أنواعها يمكن إثبات عكسها، وإن تمّ ذلك بطرق مختلفة بحسب نوع الورقة أو المحرّر⁽²⁾.

¹- الإثبات: لغة: الدليل والبيّنة والحجّة؛ انظر: ابن منظور: لسان العرب، ج/2، ص/19. واصطلاحاً: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها الشريعة، على حق أو على واقعة معينة، تترتب عليها آثار شرعية"؛ انظر: سعود العتيبي: الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة بالأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية، ط/2، 1427هـ ج/1، ص/16. أمّا في الاصطلاح القانوني هو: "إقامة الدليل أمام القضاء بطريق من الطرق التي يُحددها القانون، على وجود أو صحّة واقعة قانونية مُتنازع فيها؟ انظر: محمد حسن قاسم: أصول الإثبات في المواد المدنيّة والتجارية، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، دط، 2002م، ص/07.

²- انظر: محمد حسن قاسم: أصول الإثبات في المواد المدنيّة والتجارية، ص/109.

وهناك فرقٌ بين التصرّف والورقة المثبتة له؛ فقد يكون التصرّف صحيحاً والورقة باطلة، وقد يكون التصرّف باطلاً والورقة صحيحة، والأوراق كأداة للإثبات نوعان: أوراق رسمية وأوراق عرفية⁽¹⁾، وعبارة «الأوراق» هي ما يعبر عنها المشرّع الجزائري بلفظة العقد⁽²⁾.

1- المحرّر الرسمي: وهو الذي يثبت فيه الموظف العام ما تمّ على يديه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن، طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه⁽³⁾؛ وهذا المعنى أكدته المادة: 324 من القانون المدني بقولها: [العقد الرسمي: هو عقدٌ يثبت فيه موظف عامّ أو ضابط عموميّ أو شخصٌ مكلف بخدمة عامة، ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن؛ وذلك في حدود سلطته واختصاصه].

وتميّز بين أربعة من المحررات الرسمية التي يعترف لها القانون بحجية الواقعة التي تثبتها؛ وهي كما يأتي:

أ- المحرّر التوثيقي: وهو العقد الذي يُبرمه مُوثقٌ عموميّ مختصّ بموجب الأمر (70-91) المتضمن قانون التوثيق، والمعدّل والمتمّم بقانون رقم: (88-27)⁽⁴⁾؛ حيث نصّت المادة: 12 منه على أنّه: [زيادةً عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي؛ فإنّ العقود التي تتضمن نقل عقار أو حقوق عينية أو محلات تجارية أو صناعية أو كلّ عنصر من هذه العناصر، تقع تحت طائلة البطلان، أن تحرّر هذه العقود في الشكل الرسمي].

1- انظر: عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج/2، ص/106.

2- وجاءت نتيجة لترجمة الكلمة من الفرنسية (acte) إلى العربية، التي تخلط بين التصرّف وأداة إثباته؛ وتسرب هذا اللبس إلى اللغة العربية فأطلق لفظ العقد على التصرّف؛ ثمّ استعمل اللفظ عينه في أداة إثباته؛ فقبل عقد رسمي وعقد عرفي؛ وقصد بذلك الورقة الرسمية أو الورقة العرفية التي تعد لإثبات التصرّف. انظر: السنهوري: المصدر نفسه، ج/2، ص/106.

3- رمضان أبو السعود: الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، ص/643.

4- قانون رقم: 88-27، المؤرخ في: 28 ذي القعدة 1408هـ، الموافق ل 12 يوليو 1988م، المتضمن تنظيم التوثيق، الجريدة الرسمية عدد: 28، الصادرة في: 13 يوليو 1988م.

ثم أكد المشرع على هذه الشكلية بموجب القانون رقم: (88-14)⁽¹⁾، المعدل والمتمم

للقانون المدني 324 مكرر1؛ أما الفترة السابقة على صدور الأمر رقم: (70-91)؛ فلم يكن اللجوء إلى التوثيق أمراً ملزماً؛ بل كانت التصرفات والعقود تثبت بالمحزرات العرفية.

وحتى بعد صدور قانون التوثيق؛ لم توجد مادة صريحة تنص على إخضاع عقد الوقف للرسمية، خاصة بعد صدور قانون الأسرة الذي جعل إثبات الوقف يتم بما تثبت به الوصية، ولم يقل ببطان الوصية عند عدم إفرانها في الشكل الرسمي⁽²⁾، مما جعل الوقف في حكم المسكوت عنه، مع أن الأصل إخضاع الوقف للقواعد العامة التي تنص على الشكلية فيما يتعلق بنقل الملكية العقارية أيا كان نوعها؛ ومما يدل على ذلك قرار المحكمة العليا⁽³⁾، الذي جاء مخالفاً لنص المادة: 12 من قانون التوثيق؛ وبعد صدور قانون الأوقاف جاءت المادة: 41 صريحة في إخضاع الوقف للشكليات المطلوبة.

- **المحرر الإداري:** وهو العقد الصادر عن الهيئات الإدارية العامة مثل: مديرية أملاك الدولة أو الولاية أو البلدية، من أجل تخصيص أملاك وطنية خاصة لصالح المساجد والمشاريع الدينية، وهو المعروف بقرار التخصيص حسب نص المواد: 81.82.84.86، من قانون رقم: (90-30)، والمتضمن قانون الأملاك الوطنية وكذلك المادة: 06 من المرسوم التنفيذي رقم: (91-81)⁽⁴⁾ والمتضمن بناء المسجد وتنظيمه وتسييره.

وهذه العقود الإدارية التي تصدرها الهيئات، تخضع لإجراءات التسجيل والشهر العقاري، وذلك بناءً على التعليمات الوزارية المشتركة المؤرخة في 20 مارس 2006م الموافق 20 صفر 1427هـ.

- **العقد القضائي:** وهو ذلك المحرر الصادر من أعوان القضاء وكتاب الضبط بناءً على

¹ - المؤرخ في: 16 رمضان 1408هـ، الموافق ل 3 ماي 1988م، يعدل ويتمم الأمر رقم: 75-58، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد: 18، الصادرة في: 17 رمضان 1408هـ، الموافق ل 4 ماي 1988م.

² - محمد كنانة: الوقف العام في التشريع الجزائري، ص/98.

³ - مجلة الاجتهاد القضائي، قرار رقم: 234655، عدد خاص، 2001م، ص/314.

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم: 91-81، المؤرخ في: 07 رمضان 1411هـ، الموافق ل 23 مارس 1991م، المتعلق ببناء المسجد وتنظيمه وتسييره وتحديد وظيفته، الجريدة الرسمية عدد: 16، الصادرة في: 25 رمضان 1411هـ، الموافق ل 10 أبريل 1991م.

الأحكام والقرارات القضائية؛ مثل: الحكم الصادر بأحقية الوقف بعقار الموقوف، أو إثبات أو انعدام الخلف في الوقف الخاص⁽¹⁾.

- **المحرر الشرعي**: وهو العقد الشرعي؛ حيث إنّ الأوقاف في العهد العثمانيّ والبدائيات الأولى للاحتلال، كان يتولى توثيقها القضاة الشرعيّون، ولهذا سميت بوقفيات المحاكم الشرعيّة⁽²⁾، وهذه العقود التي أنشأها القضاة الشرعيّون تُعتبر عقوداً رسميّة، لها قوة إثبات العقد الرسميّ، وهو ما أكدته المحكمة العليا بموجب القرار رقم: 40097⁽³⁾.

2- **المحرر العرفي**: وهي الأوراق التي تصدر عن الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظف عام⁽⁴⁾، وقد جعل المشرّع الجزائريّ العقود التي لا تتوافر فيها شروط العقد الرسميّ، مثلها مثل العقد العرفيّ الذي يُحرّر بين الأشخاص؛ وهو ما نصّت عليه المادّة: 326 مكرّر 2 من القانون المدنيّ: [يُعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العموميّ أو انعدام الشكل، كمحرّر عرفيّ؛ إذا كان موقعاً بين الأطراف].

وتُعتبر العقود العرفيّة سنداً كافياً بالنسبة لبعض المنقولات؛ أمّا بالنسبة للعقار؛ فلا بدّ من التمييز بين مرحلتين:

- **المرحلة الأولى**: قبل صدور قانون التوثيق؛ ولا خلاف في كونها عقوداً صحيحةً، متى اكتسبت تاريخاً قبل صدور قانون التوثيق حسب نصّ المادّة: 328 من القانون المدنيّ، ويُمكن إيداعها لدى المحافظة العقاريّة من أجل الشهر، وهو ما أكدته المادّة: 89 فقرة 02 من المرسوم (76-63) المتعلّق بتأسيس السجلّ العقاريّ⁽⁵⁾.

1- محمد كنانة: الوقف العام في التشريع الجزائريّ، ص/97.

2- ناصر دين سعيدوني: دراسات تاريخية في الملكية والوقف والجباية، ص/178.

3- المجلة القضائية، العدد: 01-1992م، ص/119.

4- محمد حسن قاسم: أصول الإثبات في المواد المدنيّة والتجارية، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، دط، 2002م، ص/153.

5- مرسوم رقم: 76-63، المؤرخ في: 24 ربيع الأول 1396هـ، الموافق 25 مارس 1976م، المتعلّق بالسجلّ العقاريّ، المعدّل والمتمّم بموجب المرسوم رقم: 93-132 المؤرخ في 19 ماي 1993م، الجريدة الرسميّة عدد: 30، الصادرة في: 13 ربيع الثاني 1396هـ، الموافق لـ 13 أفريل 1976م.

- المرحلة الثانية: بعد صدور قانون التوثيق؛ حيث نصّت المادة: 12 من قانون التوثيق على إخضاع العقار إلى الشكل الرسمي، وقد تطرقتنا إليه سابقاً⁽¹⁾، والعقد العرقيّ يُعتبر سنداً للإثبات ما لم ينفيه دليل أو إثبات آخر أقوى منه.

2- الشّهادة⁽²⁾: وللشّهادة عدة مراتب أدناها: شهادة امرأة مُنفردة، وأقصاها: أربعة شهود رجال عدول؛ وبين هذا النّصاب وذاك أنصبّة مُتفاوتة هي: شهادة رجل واحد. شهادة امرأتان. شاهدٌ واحدٌ بيمين. شاهدٌ وامرأتان. شاهدان رجلاّن. ثلاثة شهود. على اختلاف المذاهب الفقهيّة⁽³⁾.

والأصل في قبول الشّهادة، أن تكون مُوافقة للدّعوى ومُطابقة لها؛ أمّا في الوقف؛ فلا يُشترط ذلك؛ لأنّ الشّهادة تقوم مقام الدّعوى؛ فكأنّ وجود الدّعوى كعدمها؛ أمّا مُوافقة الشّهادة للشّهادة على الوقف؛ فإنّه يُؤخذ ما اتّفق عليه من قبل الشّاهدين، ويُطرح ما زاد من أحدهما⁽⁴⁾.

وللشّهادة أنواعٌ عدّة في الفقه الإسلاميّ⁽⁵⁾ لم يتطرّق إليها المشرّع الجزائريّ؛ وإنما اعتمد على الشّهادة كطريق من طرق الإثبات دون بيان نوعها، وهو ما نصّت عليه المادة: 08 فقرة 05 من قانون الأوقاف على أنّ: [الأملك التي تظهر تدريجيّاً بناءً على وثائق رسميّة، أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكّان المنطقة التي يقع فيها العقار].

(1)- انظر: (ص/73) من هذه الرّسالة.

(2)- الشّهادة: لغة: هي الإخبار والحضور والأداء والحلف والاطلاع على الشّيء ومُعابنته؛ انظر: ابن منظور، لسان العرب، ج/3، مادة: شهد، ص/239. الزبيدي: تاج: العروس، ج/5، مادة: شهد، ص/45؛ واصطلاحاً: "إخبار عن عيان بلفظ الشّهادة في مجلس القاضي بحق للغير على آخر؟ انظر: الجرجاني: التعريفات، ج/1، ص/170، أمّا في الاصطلاح القانوني: "هي ما يدّعي به الشّخص من غير أطراف الخصومة بعد حلف اليمين، بما شاهده شخصياً أو سمعه عن وقائع أمر إجراء الإثبات باستحلاء الحقيقة". انظر: أحمد أبو الوفا: الإثبات في المواد المدنيّة والتجارية، الدار الجامعيّة، بيروت، لبنان، دط، 1983م، ص/121.

(3)- انظر: عكرمة صبري: الوقف الإسلاميّ، ص/409.

(4)- انظر: عكرمة صبري: المرجع نفسه، ص/411.

(5)- انظر في ذلك: أحمد الحصري: علم القضاء، دار الكتاب العربي، بيروت، ط/1، 1406 هـ/1986م، ج/1، ص/299. عكرمة صبري: الوقف الإسلاميّ، ص/412.

ونظم المشرع الجزائري الشهادة ليعطيها الطابع الرسمي؛ فأصدر المرسوم التنفيذي رقم: 2000-336 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي، وشروط وكيفية إصدارها وتسليمها⁽¹⁾.

وهذه الوثيقة عبارة عن شهادة مكتوبة يُدلى بها الشاهد وفق نموذج حدده القانون، وعند توافر ثلاث شهادات مكتوبة فأكثر، تُصدر مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليمياً شهادةً رسميةً خاصةً بالملك الوقفي، والتي تمّ إحدائها بموجب المادة: 05 من المرسوم التنفيذي رقم: 2000-336، وحدد شكلها ومحتواها القرار الوزاري المؤرخ في: 26 ماي 2001م، ولقد اعتبرت التعليمات الوزارية المشتركة رقم: 09 المؤرخة في: 16 سبتمبر 2002م؛ الصادرة عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف ووزير المالية؛ بمثابة عقد يُبرمه مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية، أخذاً بعين الاعتبار مفهوم العقد الرسمي؛ كما هو مُعرف في المادة: 324 من القانون المدني، وهو ما أكدته المادة: 26 مكرر من قانون الأوقاف على أن: [للسلطة المكلفة بالأوقاف حق إبرام عقود في إطار أحكام المادة 08 أعلاه].

وهذه الشهادة خاضعة لإجراءات التسجيل والشهر العقاري؛ فهي بذلك كرسّت المبدأ المعمول به بالنسبة لمديرية أملاك الدولة للولاية، التي تلعب دور الموثق فيما يخص الأملاك العقارية التابعة للدولة، وهذه الشهادة مرفقة بشرط البطلان عند ظهور أدلة مخالفة لها.

3- الإقرار⁽²⁾: والإقرار يُعتبر طريقاً غير عادي للإثبات، وذلك لأنّ الشخص يعترف بحق الغير عليه؛ فهو تصرّف قانوني ينعقد بالإرادة المنفردة، ولما كان الأمر كذلك؛ كان لزاماً أن تتوافر فيه شروط التصرف القانوني، من أن يكون أهلاً للتصرف، وأن يكون غير مَشُوبٍ بعيب من عيوب

¹ - مرسوم تنفيذي مؤرخ في: 28 رجب 1421هـ، الموافق 26 أكتوبر 2000م، المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب وشروط وكيفية إصدارها وتسليمها، الجريدة الرسمية عدد: 64، الصادرة في 4 شعبان 1421هـ، الموافق ل 31 أكتوبر 2000م.

² - لغة: الاعتراف والثبوت، وهو ضد النكران؛ انظر: ابن منظور: لسان العرب، ج/5، مادة: قرر، ص/87. الزبيدي: تاج: العروس، ج/7، مادة: قرر، ص/381. واصطلاحاً: "إخبار بحق لآخر عليه وإخبار عما سبق"؛ انظر: الجرجاني: التعريفات، ج/1، ص/50. وفي الاصطلاح القانوني هو: "اعتراف يصدر من أحد الخصمين بما يدّعيه خصمه الآخر" وهو تعريف المادة: 341 من القانون المدني.

الرّضا؛ فلا يصحّ الإقرار من عدم الأهلية أو من ناقصها، وإذا صدر الإقرار من وصيّ أو قيّم؛ فلا بُدّ من أن يكون بإذن المحكمة؛ وفي حدود ما يجوز فيه إعطاء الإذن؛ أمّا إقرار الوكيل فلا يصحّ إلا في الحدود المرسومة في الوكالة⁽¹⁾، وأمّا ما يتعلّق بالوقف؛ فينبغي التّمييز بين عدة حالات للإقرار؛ وهي:

أولاً: - إقرار الواقف: إقرار الواقف قد يصدرُ منه حال صحّته أو حال مرضه؛ فإنّ كان في الحال الأولى؛ فلا خلاف بين الفقهاء في اعتباره، ويكونُ لازماً للواقف وورثته؛ وذلك في مجلس القضاء، وفي الحال الثانية؛ فإنّه يأخذ حكم الوصية ويجري مجراها؛ بأن يكون الوقفُ في ثلث ماله فقط⁽²⁾.

ثانياً: - إقرار الغير: وتُميز فيه عدّة حالات؛ وهي⁽³⁾:

أ- إقرار الورثة: إذا أقرّ الورثة بالوقف كان صحيحاً؛ أمّا إذا اختلفوا في إقرارهم بأن أكّده بعضهم ونفاه الآخرون؛ فإنّ الوقف يسري في حصّة المقرّ فقط.

ب- إقرار المتولي: ذكرنا سابقاً أنّ إقرار القيّم أو الوصي لا بدّ فيه من إذن المحكمة، والوكيل لا بُدّ له من وكالة خاصّة في ذلك، والمتوليّ سواءً كان بحكم القيّم أو الوكيل أو الوصي؛ فإنّه لا يملك الإقرار؛ لأنّ الإقرار حُجّة قاصرة على المقرّ؛ أمّا المتوليّ فليس خصماً، بل هو وكيلٌ عن غيره؛ إلا أنّ الفقهاء استثنوا من هذا الأصل حالتين هما: - إذ ادعى على المتوليّ بفعل قام به بنفسه. - وإذا كان إقرار المتولي موافقاً لشرط الواقف⁽⁴⁾؛ وقد نصّت المادّة: 574 من القانون المدني فيما يتعلّق بالوكالة على أنّه: [لا بُدّ من وكالة خاصّة في كلّ عمل ليس من أعمال الإدارة؛ لاسيّما في البيع والرهن والتبرّع والصّحاح والإقرار].

(1) - انظر: توفيق حسن فرج: المرجع نفسه، ص/283، 284.

(2) - انظر: عكرمة صبري: الوقف الإسلاميّ، ص/402.

(3) - انظر: عكرمة صبري: المرجع نفسه، ص/402، 403.

(4) - انظر: عكرمة صبري: المرجع نفسه، ص/403، 404.

إلا أنّ التّفصّيلات الّتي نَجدها في الفقه الإسلاميّ المتعلّقة بالوقف، لا نجد لها ذكراً في الفقه القانونيّ، ممّا يستلزم الرّجوع إلى الشّريعة الإسلاميّة، بحكم المادّة: 02 من قانون الأوقاف؛ والتي تنص على الرّجوع إلى أحكام الشّريعة في كلّ ما لم يُفصّل فيه المشرّع.

4- اليمين⁽¹⁾ والتّكول⁽²⁾: اليمين وسيلةٌ من وسائل الإثبات الشرعيّة، وطريقٌ من طرق القضاء الّتي يستند إليها القاضي في إصدار حكمه؛ يلجأ إليها حين يُنكر المدعى عليه الدّعى، ويعجز المدعى عن إقامة البينة على دعواه.

ولما كانت اليمين عملاً دينياً؛ فقد أعطى القانون المدنيّ لمن يُؤدّيها الحقّ في أن يطلب تأديتها وفقاً للأوضاع المقرّرة في ديانته، واليمين إذا وُجّهت للمدعى عليه وحلف؛ فإنّ القاضي يردّ الدّعى؛ لأنّ المدعى بتوجيه اليمين إلى المدعى عليه؛ فإنّه يكون قد تنازل عمّا سواها من الأدلّة، وهذا رأي المالكية والظاهرية؛ ورأي الجمهور؛ أنّ حقّ المدعى لا يبطل في إقامة دعوى جديدة عند ظهور البينة⁽³⁾، وقد أخذ المشرّع الجزائريّ بالرأي الأوّل حسب نصّ المادّة: 192 من القانون المدنيّ.

ونكول المدعى عليه عند الحنفيّة؛ دليلٌ على إدانته دون ردّ اليمين على المدعى؛ خلافاً لجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الذين قالوا: برّد اليمين على المدعى بعد نكول المدعى عليه؛

1- اليمين:- لغة: الحلف والقسم؛ انظر: ابن منظور: لسان العرب، ج/13، مادة: يمن، ص/459. الزبيدي: تاج: العروس، ج/18، مادة: يمن، ص/597؛ أمّا اصطلاحاً: فهي: "تقوية أحد طرفي الخبر بذكر الله أو صفة من صفاته والتعليق"؛ انظر: المناوي: التعاريف، دار الفكر، بيروت، ط1، 1410هـ ص/332؛ وفي الاصطلاح القانونيّ هي: "الحلف الذي يصدر من أحد الخصمين على صحّة ما يدعيه، أو عدم صحّة ما يدعيه الخصم"؛ انظر: أنور سلطان: قواعد الإثبات في المواد المدنيّة والتجارية، دار الجامعية، دط، 2005م، ص/203.

2- التّكول: لغة: الامتناع؛ انظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة: نكل، ص/1046. أحمد بن محمد المقرئ: المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، ط/1، 1429هـ/2000م، ص/371. أمّا اصطلاحاً فهي: "امتناع من وجبت عليه أو له يمين منها؛ انظر: الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ج/2، ص/449. ولم أجد تعريفاً للتكول في القانون، ولعلّ السبب في ذلك كونه مرتبطاً باليمين؛ فهو الصّورة المباشرة عن الامتناع عن أداء اليمين.

3- انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج/8، ص/443. مالك بن أنس: المدونة الكبرى، ج/4، ص/35. علي الماوردي: الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد عوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 1414هـ/1994م، ج/17، ص/136.

فإنّ أداها اكتملت بيّنته، وإن امتنع بطل حقه في الدّعى⁽¹⁾؛ وهو ما نصّت عليه المادّة: 347 من القانون المدني: [كلّ من وُجّهت إليه اليمين؛ فنكل عنها دون ردّها على خصمه، وكلّ من زُدت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه]، ويترتب على نكول من وُجّهت إليه اليمين، أو من زُدت عليه حسم النزاع.

المجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

⁽¹⁾ - انظر في هذه المسألة: نفس المواضع في المراجع السابقة.

المبحث الثاني:

حماية الوقف في مواجهة الغير في مجال التصرفات القانونية:

ويشمل المطلبين التاليين:

المطلب الأول: صور الحماية العامة.

المطلب الثاني: عقد الإيجار.

جامعة الجزائر
عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول: صور الحماية العامة:

الوقف هو حبس المال الموقوف والتبرع بمنفعته؛ فهو من الصدقات الجارية التي يتصدق بها العبد على نفسه من أجل الأجر والثواب، وهو يقتضي التأييد على رأي جمهور الفقهاء، ومن المقرر عدم جواز التصرف بالمال الموقوف تصرفاً ناقلاً للملكية بغير مسوغ شرعي؛ سواء كان الوقف مؤبداً أو مؤقتاً، وعليه لا يجوز بيع الوقف أو هبته أو رهنه؛ سواء أكان الوقف على ذمة الواقف أو على ملك الله تعالى أو على ذمة الموقوف عليهم، ومما يثبت ذلك حديث المصطفى ﷺ لعمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا»؛ فتصدق بها عُمراً أن لا يُباع أصلها ولا يُورث ولا يُوهب⁽¹⁾؛ فاقتضى لزوم الوقف وتأييده، للحاجة إلى أن يصل ثوابه إلى صاحبه على الدوام.

يقول ابن الهمام الحنفي: «إِذَا صَحَّ الْوَقْفُ خَرَجَ عَنْ مَلِكِ الْوَاقِفِ؛ وَقَوْلُهُ: «لَمْ يَجْزِ بَيْعُهُ وَلَا تَمْلِكُهُ»: هُوَ بِإِجْمَاعِ الْفُقَهَاءِ»⁽²⁾؛ وفي معرض الكلام عن بيع الوقف يقول فقهاء المالكية: «لَا يُبَاعُ الْعَقَارُ الْحُبْسُ وَلَوْ خَرِبَ، وَبِقَاءِ أَحْبَاسِ السَّلْفِ دَاثِرَةً؛ دَلِيلٌ عَلَى مَنَعِ ذَلِكَ»⁽³⁾؛ وذكر الشافعية في معرض حديثهم عن شروط الرهن: «أَنْ يَكُونَ الْمَرْهُونُ قَابِلًا لِلْبَيْعِ عِنْدَ حُلُولِ الْحَقِّ؛ فَلَا يَجُوزُ رَهْنُ الْمَوْقُوفِ»⁽⁴⁾، وكذلك هو رأي الحنابلة وسائر الفقهاء⁽⁵⁾.

وخلاصة القول أنّ التصرف في الوقف تصرفاً ناقلاً للملكية لا يجوز بإجماع الفقهاء، وهذا يُعتبر وجهاً من أوجه حمايته من التعدي على منافعه، أو الاستيلاء على عينه؛ أما المشرع الجزائري؛ فقد جعل القاعدة العامة التي تسري على الوقف؛ هي أنه لا يجوز التصرف في الوقف، بأي نوع من أنواع التصرفات الناقلة للملكية؛ سواء أكان ذلك بالإرث أو الهبة أو البيع؛ وفي تقرير ذلك جاءت المادة:

1- سبق تخريجه؛ انظر: (ص/20).

2- ابن الهمام: شرح الفتح، ج/6، ص/220.

3- الخرشي: حاشية الخرشي، ج/7، ص/393.

4- محمد الغزالي: الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، دار السلام للطباعة والنشر، ط/1، 1417 هـ/1997م، ج/3، ص/462.

5- شمس الدين ابن قدامة: الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، دط، 1403 هـ/1983م، ج/6، ص/242.

23 من قانون الأوقاف صريحة؛ حيث نصت على أنه: [لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأي صفة من صفات التصرف؛ سواءً بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها].

وهو المعنى الذي أكدته الغرفة العقارية للمحكمة العليا في القرار رقم: 297394⁽¹⁾ والقرار رقم: 188432⁽²⁾ والقرار رقم: 157310⁽³⁾؛ إلا في حالات استثنائية جداً، وللضرورة التي نصت عليها المادة: 24 من قانون الأوقاف.

كما لا يمكن الحجز على الوقف؛ لأنّ فيه إخلالاً بالطابع الأبدي له؛ غير أن المشرع الجزائري لم ينص صراحةً على ذلك، وكان ينبغي عليه التصريح به مثله في ذلك مثل سائر الأملاك الوطنية العامة.

ومن صور حماية الوقف المقررة؛ عدم القابلية للتزع أو التخصيص للمنفعة العامة، وقد استثنى قانون الأوقاف حالة واحدة، نصت عليها المادة: 24 من نفس القانون، وهي حالة توسيع الطريق العام؛ إذ تتغير طبيعة الملك الوقفي من طابع الوقف العام إلى طابع الملك العام؛ وجعل المشرع الجزائري في مجال العقود، السلطة للقاضي في تعديل التصرفات الناشئة بين الطرفين المتعاقدين؛ إذا تضمن غيباً فاحشاً يلحق بأحد المتعاقدين، وكانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً، نصت عليه المادة: 90 من القانون المدني⁽⁴⁾.

لكنه لم يجعل نصاً خاصاً للوقف، يُعطيه الصلاحية في تعديل التزامات الطرف الآخر، أو التزام الوقف إذا تضمن غيباً، مثلما نصّ عليه القانون المدني الكويتي في المادة: 163، التي نصت على أنه: [إذا نتج عن العقد غيباً فاحشاً للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية من عديمي الأهلية أو ناقصيها أو لجهة الوقف؛ جاز للمغبون أن يطلب تعديل التزام الطرف الآخر أو التزامه هو بما يرفع عنه الفحش في الغبن].

(1) - المجلة القضائية، العدد 02 - 2003م، ملف رقم: 297394 قرار بتاريخ 2003/03/19م، ص/292.

(2) - حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، دار هومه، دط، 2004م، الجزائر، ص/102.

(3) - المجلة القضائية، العدد 01 - 1997، ملف رقم: 157310، قرار بتاريخ 1997/07/16م، ص/34.

(4) - [إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً... جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد].

المطلب الثاني: عقد الإجارة⁽¹⁾: تُعتبر إجارة الوقف كإجارة أي ملك آخر، من حيث انعقادها وصحتها وشروطها ونفاذها بحق المتعاقدين وما يترتب على ذلك من أحكام؛ غير أن رعاية مصلحة الوقف تقتضي أحكاماً خاصة به، نتطرق إليها في ثلاثة عناصر أساسية هي:

- العنصر الأول: مُؤجّر الوقف: لقد وضع الفقهاء لمتولّي تأجير أعيان الوقف جملة من الشّروط، ومن هذه الشّروط التي لها علاقة بالإجارة؛ الأصناف التي لا يجوز له تأجيرها لهم؛ وهي⁽²⁾:

1- ليس لمتولي الوقف أن يُؤجّر الوقف لنفسه ولا لولده القاصر؛ أي الذي في ولايته؛ كما لا يجوز له أن يُؤجّر لأيّ شخص يكون تحت ولايته، لأنّه إذا أجزر لنفسه أو لمن هو تحت ولايته؛ يكون مؤجراً ومُستأجراً في آن واحد؛ فلا يجوز للشخص أن يتولّى طرفي العقد؛ أمّا إذا استأذن القاضي في ذلك فالإجارة صحيحة.

2- لا يصحّ للمتولّي أن يُؤجّر الوقف لأشخاص لا تُقبل شهادتهم له، وهم الأصول والفروع والزوجة؛ وذلك بعددًا عن التهمة والتحيز والاستغلال، وللإمام أبي حنيفة رأي بجواز ذلك؛ إذا كانت الأجرة أكثر من أجرة المثل، وأمّا الصّاحبان فقد أجازوا ذلك إذا كانت بأجرة المثل؛ فإن كان أقل من أجرة المثل؛ فالعقد باطل، أو يُلزم بدفع المثل، ولا يجوز تأجير أيّ من الأصول والفروع إلا باللّجوء إلى القاضي؛ حيث يتولّى هو التّأجير إذا رأى مصلحة في ذلك، شرط أن لا يقلّ عن أجرة المثل⁽³⁾.

- العنصر الثاني: أجرة الوقف: الأصل أنّ إجارة الوقف تكون بأجرة المثل أو بأكثر منها باتفاق؛ أمّا إذا كانت بأقلّ من أجرة المثل؛ فيُميّز الفقهاء بين أمرين هما: العُبن اليسير، والعُبن الفاحش، وبيان ذلك فيما يأتي:

¹ - الإجارة: لغة: مأخوذة من الأجر وهو الجزء والثواب، ومنه الإجارة والأجرة أي الكراء، تقول آجرته الدار أكريتها، واستأجرت الرجل فهو يأجرني؛ أي يصير أجيري، قال الله تعالى: (عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي تَمَامِي حَجَّجَ) [القصص 27]؛ انظر: ابن منظور: لسان العرب، ج/7، مادة: أجر، ص/10. مرتضى الزبيدي: تاج: العروس: ج/6، مادة: أجر، ص/13. واصطلاحاً: هي: "بذل عوض معلوم في منفعة معلومة من عين مُعيّنة أو موصوفة في الذمة أو في عمل معلوم؛ انظر: المرادوي: الإنصاف، ج/6، ص/3. أمّا في الاصطلاح القانوني: فهي: "عقد يلتزم بمقتضاه، أن يُمكن المستأجر من الانتفاع بشيء مُعيّن مدة مُعيّنة، لقاء أجر معلوم؛ انظر: عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج/6، ص/03.

² - انظر: عبد الرحمن عشوب: كتاب الوقف، ص/94.

³ - الخصاص: كتاب أحكام الوقف، ص/206.

- الغبن اليسير: وهو ما يتساهل فيه الناس عادة⁽¹⁾؛ فإذا كان التّقصان يسيراً في مقدار الأجرة؛ فإنه ممّا يتسامح فيه، ولا فرق بين أن يكون المستأجر مُستحقّاً في الوقف أو يكون غير مُستحقّ.

- الغبن الفاحش: وهو مالا يتساهل فيه الناس عادة⁽²⁾؛ فلا يجوز لمن له حقّ إجارة الوقف أن يُؤجّره بأقلّ من أجرة المثل، حتى ولو كان المؤجّر هو الناظر؛ كونه المستحقّ وحده؛ وذلك لاحتمال موته؛ فيضر بمن بعده من المستحقّين، وربما يتضرّر الوقف أيضاً، وهذا هو الأصل؛ لكن للفقهاء تفصيلاً نورده فيما يلي:

- الحنفيّة: قالوا: لا يجوز أن تُوجّر العين الموقوفة بأقلّ من أجرة المثل؛ سواءً أكان الناظر هو المستحقّ أو غيره؛ واعتبروه خائناً إذا كان عالماً بأجرة المثل، ورثبوا عليه فسخ الإجارة؛ وأمّا إن كان جاهلاً؛ فإنه يُلزم بدفع أجرة المثل؛ فإن امتنع أو تعذّر؛ فُسخ العقد⁽³⁾.

- المالكيّة: قالوا: إنّ الناظر إذا أكرى العين الموقوفة بأقلّ من أجرة المثل؛ فإنه يضمن تمام الأجرة إن كان مليئاً؛ وإلا رجع على المستأجر لأنّه مُباشّر، وكلّ من رُجع عليه لا يرجع على الآخر؛ هذا ما لم يعلم المستأجر بأنّ الأجرة غير أجرة المثل؛ أمّا إن كان المستأجر عالماً بأنّ الأجرة هي أقلّ من أجرة المثل؛ فإنه يضمن تمام أجرة المثل، وتقدير أجرة المثل يُرجع فيه إلى أهل الخبرة والاختصاص⁽⁴⁾.

- الشافعيّة: قالوا: تجوز إجارة الوقف بأقلّ من أجرة المثل إذا كانت في جهات برّ وإحسان؛ وذلك من قبيل التعاون على البرّ؛ مثل: الفقراء والمدرسين ومُعلمي الصّبيان، قياساً على جواز الإعارة لهم، ولا تجوز بأقلّ من المثل في غير هذه الأحوال⁽⁵⁾.

1- انظر: ابن عابدين: الدرّ المختار، ج/6، ص/608. عكرمة صبري: الوقف الإسلاميّ، ص/285.

2- انظر: ابن عابدين: الدرّ المختار، ج/6، ص/608. عكرمة صبري: الوقف الإسلاميّ، ص/285.

3- انظر: الخصاص: كتاب أحكام الوقف، ص/205.

4- انظر: العدوي: حاشية العدوي، ج/7، ص/399.

5- انظر: الخطيب الشّريبي: مغني المحتاج، ج/2، ص/390.

- الحنابلة: قالوا: تصحّ الإجارة بأقلّ من أجره المثل، ويضمن الناظر قيمة النقص الذي لا يُتغابن به عادةً إذا كان غير مُستحقّ؛ أمّا إذا كان الناظر هو المستحقّ الوحيد؛ فإنّه لا يُطالب بضمان النقص؛ والمعنى في ذلك؛ هو أنّه إذا كان غير مُستحقّ في الوقف؛ فإنّه يتصرّف بمال غيره، وليست لديه صلاحية بأن يُوجّر بأقلّ من أجره المثل⁽¹⁾.

وخلاصة القول في ذلك: أنّ الحنفيّة لا يُجيزون الإجارة بعُبن فاحش، ويحكمون بفسخ العقد؛ أمّا المالكيّة فيرون صحّته مع ضمان النقصان، والشافعيّة لا يُجيزونه إلا إذا كان على وجه البرّ والإحسان؛ وأمّا مذهب الحنابلة؛ فهو قريبٌ من مذهب المالكيّة؛ إذ يرون صحّة العقد مع ضمان الناظر قيمة النقص الذي لحق الوقف، مع استثنائهم حالة واحدة وهي إذا كان الناظر هو المستحقّ الوحيد.

- العنصر الثالث: مُدّة الإجارة: يرى مُتقدّموا الحنفيّة جواز إطلاق مُدّة إجارة الوقف دون تحديد، وممن أفتى بذلك من مُتأخريهم: أبو الحسن السّعدي وأبو بكر البلخيّ والقاضي أبو يعلى التّسفي، وهذا الرّأي أدى بهم إلى القول بإجارة الاحتكار⁽²⁾؛ وأمّا جمهور الفقهاء من المالكيّة والشافعيّة والحنابلة وبعض مُتأخري الحنفيّة؛ فقالوا: بالتحديد؛ حماية لعين الوقف من الصّياح ومن طمع المُستأجرين لها؛ فقد يُؤدّي إلى ادّعائهم تملّكها مع تقادم الرّمن⁽³⁾؛ وكذلك هو مُقتضى القياس؛ إذ لا تُشرع إجارة أيّ عين دون أجل معلوم؛ ولهم في ذلك تفصيلٌ نوردّه فيما يأتي:

1- حالة وجود شرط الواقف: جمهور الفقهاء من الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة في الأصحّ والحنابلة، قالوا: يُتبع شرط الواقف في الإجارة؛ فإذا شرط أن لا يُوجّر الموقوف أصلاً، أو لا يُوجّر أكثر من سنة؛ صحّ الوقف وأتبع شرطه؛ لأنّ شرط الواقف كنبصّ الشّارع، واستثنوا من اتّباع شرط الواقف في تحديد مُدّة الإجارة أو عدم التّأجير؛ ما إذا كانت هناك ضرورة؛ كما لو شرط الواقف أن

(1)- انظر: البهوتي: كشاف القناع، ج/4، ص/269.

(2)- عكرمة صبري: المرجع السابق، ص/293.

(3)- عكرمة صبري: الوقف الإسلامي، ص/292.

لا تُؤجّر الدار أكثر من سنة ثمّ أهدمت، ولا يُوجد ما تُعمر به إلا بإجارتها سنين عديدة؛ فإنّه يجوز مخالفة شرط الواقف المفضي إلى تعطيل العين الموقوفة⁽¹⁾.

2- الحالة الثانية: إذا لم يشترط الواقف شيئاً: إذا لم يكن هناك شرط من الواقف؛ فإن الفقهاء مختلفون؛ وفيما يأتي ذكر أقوالهم:

- **الحنفية:** ولهم في ذلك أقوال: فقيل: تُطلق المدّة للقيم؛ وقيل: تُقيّد بسنة واحدة مهما كان نوع الموقوف؛ وقيل: يجوز إجارة الأراضي والضياع لمدة ثلاث سنوات، وما سوى ذلك تكون المدّة فيه سنة واحدة⁽²⁾.

- **المالكية:** فرّقوا بين العين الموقوفة العامرة والخربة، والموقوف عليهم المعيّنين وغير المعيّنين؛ فإن كان الموقوف عليهم معيّنين والمستأجر أجنبيّاً؛ أي ليس من المستحقّين للوقف؛ فالمدّة تتراوح بين السنّتين والأربع سنوات؛ فإن كان المستأجر واحداً من المستحقّين؛ فإنّ المدّة تكون بين خمس سنوات، وخمس وعشرين سنة.

- **وأما إذا كان الموقوف عليهم غير معيّنين؛** فإنّه يجوز للتأخر أن يُؤجّرها أربع سنوات؛ وهذه المدّة التي قرّروها؛ إنما هي في حال السّعة والاختيار؛ وأما في حال الضّيق والحاجة؛ فإنّ

إجارة العين الموقوفة لمدة طويلة تجوز بحسب ما تقتضيه الحاجة⁽³⁾.

- **الشافعية والحنابلة:** أجازوا إجارة العين الموقوفة مدّة تبقى فيها غالباً؛ بحيث لا يلحقها موت أو هدم؛ وذلك لإمكان استيفاء المنفعة؛ والمرجع في تحديد المدّة التي تبقى فيها العين غالباً أهل الخبرة والاختصاص⁽⁴⁾.

(1) - انظر: ابن عابدين: الدرر المختار، ج/6، ص/605. الخرشي: حاشية الخرشي، ج/7، ص/402. الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، ج/2، ص/385. البهوتي: كشاف القناع، ج/4، ص/260.
(2) - انظر: ابن عابدين: رد المحتار، ج/6، ص/605، 606، 607.
(3) - انظر: الخرشي: حاشية الخرشي، ج/7، ص/401، 399، 400.
(4) - انظر: القزويني: العزيز شرح الوجيز، تحقيق: علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، =

- العنصرُ الرَّابِعُ: إيجارُ الوقفِ في التَّشريعِ الجَزائريِّ: جعلُ المشرِّعِ الجَزائريِّ أحكامَ إيجارِ الوقفِ، خاضعةً للأحكامِ التَّشريعيَّةِ والتَّنظيميَّةِ التي تحكمُ الإيجارَ بصفةٍ عامَّة، حسبَ نصِّ المادَّة: 42 من قانونِ الأوقاف⁽¹⁾؛ غيرَ أنَّ هذا لم يمنعَ من أن يخصَّ الوقفَ ببعضِ الأحكامِ؛ وذلكَ من خلالِ المرسومِ التَّنفيديِّ رقم: 98-381، الذي يُحدِّدُ شروطَ إدارةِ الأملاكِ الوقفيَّةِ وتسييرها وحمايتها، وهذه الأحكامُ نتطرَّقُ إليها في المسائلِ التَّالية:

1- طريقةُ إيجارِ الوقفِ: انتهجَ المقتنُّ الجَزائريُّ في إدارةِ وتسييرِ الأوقافِ نفسَ القواعدِ المنتهجةِ في إدارةِ الأملاكِ التَّابعةِ للدَّولة؛ وذلكَ من خلالِ جعلِ المزادِ العلنيِّ طريقاً من طرقِ الإيجارِ كقاعدةٍ عامَّة، ويتمُّ عن طريقِ التَّراضيِ على وجهِ الاستثناء.

فالقاعدةُ العامَّةُ: أن الأملاكِ الوقفيَّةِ خاضعةٌ للإيجارِ عن طريقِ المزادِ العلنيِّ طبقاً لنصِّ المادَّة: 22 من المرسومِ التَّنفيديِّ رقم: 98-381 المتعلِّقُ بشروطِ إدارةِ الأملاكِ الوقفيَّةِ، ويُحدِّدُ السعرَ الأدنى للإيجارِ من طرفِ أهلِ الخبرة، ويتمُّ على أساسِ دفترِ شروطٍ نموذجيٍّ يُحدِّدهُ الوزيرُ؛ كما يُعلنُ عن المزادِ العلنيِّ عن طريقِ وسائلِ الإعلام⁽²⁾؛ ويتمُّ تحتِ إشرافِ مُديرِ الشُّؤونِ الدِّينيَّةِ وبمشاركةِ سبلِ الخيراتِ المنصوصِ عليه في المواد: 08 و 12 من المرسومِ التَّنفيديِّ رقم: 91-82 المتضمَّنِ إحداثِ مُؤسَّسةِ المسجد⁽³⁾.

والذي يمكنُ ملاحظتهُ على طريقةِ المزادِ العلنيِّ؛ أنَّ فيه الكثيرَ من الشَّفافية؛ إذ يتمُّ بمشاركةِ كلِّ مَنْ يرغبُ في استئجارِ الوقفِ؛ ووقوعِ الوقفِ في العُبنِ نادرٌ؛ لأنَّه يتمُّ عن طريقِ تحديدِ السعرِ الأدنى الذي يتولَّاهُ أهلُ الخبرة، ثُمَّ تأتي المزايدةُ على هذا السعرِ، ويُعطى الحظوظُ في أن يُوجَّزَ الوقفَ بأكثرَ من أُجرةِ المثل.

= بيروت، لبنان، ط/1، 1417 هـ/1997م، ج/6، ص/110،111. الزركشي: شرح الزركشي على مختصر الخرقى، تحقيق: عبد الله جبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط/1، 1413 هـ/1993م، ج/4، ص/220.

(1) - [تُوجَّزُ الأملاكِ الوقفيَّةِ وفقاً للأحكامِ التشريعيةِ والتنظيميةِ الساريةِ المفعول، مع مراعاةِ أحكامِ الشريعةِ الإسلاميَّة].

(2) - انظر: محمد كنانة: الوقف العام في التشريع الجَزائريِّ، ص/161.

(3) - المرسومِ التَّنفيديِّ رقم: 91-82، المؤرخ في: 07 رمضان 1411هـ، الموافق ل 23 مارس 1991م، المتضمنِ إحداثِ مُؤسَّسةِ المسجد، الجريدة الرسمية عدد: 16، الصادرة في: 25 رمضان 1411هـ، الموافق ل 10 أبريل 1991م.

ولم يتطرق المشرع عن مسألة جواز تأجير الناظر لأصوله أو فروعه أو زوجته؛ وقد يُفهم من ذلك أنّه يميل إلى رأي الصّاحبين من أئمة الحنفية؛ اللّذان يُجيزان للناظر أن يُوجّر العين الموقوف؛ لأصوله أو فروعه أو زوجته.

ولعل المشرع لم يتطرق إلى هذا الأمر؛ بسبب كون الناظر لا دخل له في تأجير الوقف، وليس من اختصاصاته؛ والسبب في ذلك أنّ الإيجار من أشهر طرق استغلال الوقف ومن أكثرها إيراداً؛ فمن أجل حماية المستحقين خاصة إذا كانوا غير مُعيّنين أو قاصرين؛ سحب هذا التصرف من الناظر⁽¹⁾.

ومع ذلك؛ فإنّ إمكانية التلاعب بأموال إيجار الوقف من قبل الناظر مُتصوّر من الأفراد والهيئات التي يُوكل إليها الإشراف على هذه العملية، ولهذا كان لزاماً على المشرع تحديداً المختصّ بها، حتى يتسنى وضع قواعد وأحكام تخصّ إيجار الوقف، وتحديد المسؤوليات، تحقيقاً للحماية المتبغاة.

أما النوع الثاني من الإيجار: وهو الذي يتم عن طريق التراضي؛ حيث نصّت المادة: 25 من المرسوم التنفيذي رقم: 98-381- استثناءً من القاعدة العامة- على إمكانية تأجير الملك الوقفي بالتراضي، وذلك في حالين هما:

أ- أن تكون الإجارة لفائدة نشر العلم وتشجيع البحث العلمي.

ب- أن تكون الإجارة من أجل سبل الخير، وحدّدت المادة: 05 فقرة «د» من المرسوم التنفيذي رقم: 91-82 بعض مجالات سبل الخيرات؛ وهي: - الحفاظ على حرمة المساجد وحماية أملاكها. - ترشيد أداء الزكاة؛ جمعها وصرفها. - المساهمة في حلّ المشكلات الاجتماعية مثل: تيسير الزواج للشباب، ورعاية الأيتام، ومُساعدة المحتاجين والمنكوبين. - محاربة المحرّمات والانحرافات والآفات الاجتماعية وأسبابها.

وهذه الطّريقة تحتاج إلى تفصيل أدقّ لهذه المجالات والسبل وكذلك لمفاهيمها، حتى لا ندخل في دائرة الاحتمالات والتأويلات، ويسهل التلاعب بأموال الوقف تحت غطاء سبل الخيرات؛ لأنّ

⁽¹⁾- انظر: بن تونس زكريا: المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1427 هـ/2006م، ص/130.

الوقف لم يوضع إلا من أجل سبل الخير وإعانة الفقراء والمساكين وكل محتاج؛ فيتم بذلك محاباة الأقارب والأصهار.

2- مُدَّة وثمن الإيجار: نصّت المادة: 27 من المرسوم التنفيذي رقم: (98-381)، على أنه: [لا يجوز تأجير الملك الوقفي لمدة غير مُحدّدة، وتحدد مُدَّة الإيجار حسب طبيعة الملك الوقفي ونوعه]؛ ولم يُحدّد النصُّ هذه المُدَّة؛ لكن بالرجوع إلى القانون المدنيّ نجد المادة: 468 نصّت على أنه: [لا يجوز لمن لا يملك حقّ الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مُدّته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السّلطة المُختصّة؛ فإذا عقد الإيجار لمُدَّة أطول من ذلك؛ تُردُّ إلى ثلاث سنوات، كلّ هذا ما لم يُوجد نصُّ يقضي بخلاف ذلك].

فقواعد القانون المدنيّ هي التي تسري على إيجار الوقف؛ ما لم يوجد نصُّ يقضي بخلاف ذلك، ونستنتج من ذلك أنّ هذه المُدَّة تسري على جميع الأملاك الوقفيّة بمختلف أنواعها؛ وكان الأولى بالمشرّع أن يُصدر نصّاً خاصّاً بالأملاك الوقفيّة يُحدّد فيها المُدَّة؛ لأنّ الأملاك الوقفيّة كثيرةٌ ومُتنوّعة؛ فهناك المنقولات والعقارات من المباني والأراضي الزراعيّة، وكلّ نوع تصلح له مُدَّة مُعيّنة من الإيجار.

أما ثمن الإيجار: فقد حُدّد بأجر المثل، ولا يمكن إيجاره بأقلّ من ذلك؛ إلا عند الضّرورة بأربعة أخماس إيجار المثل، إذا كان مُثَقَّلاً بدين أو لم تُسجّل رغبةً فيه إلا بقيمة أقلّ من إيجار المثل، وشدّد على الرجوع إلى إيجار المثل متى توافرت الفرصة لذلك؛ كما يمكن مُراجعة قيمة الإيجار عند نهاية كلّ سنة من تاريخ سريان العقد أو من تاريخ تجديده⁽¹⁾، ولقد أحسن المشرّع بجعله إمكانيّة مراجعة ثمن إيجار كلّ سنة.

لكن السّؤال المطروح: ما هي الآلية المعتمدة لمراجعة قيمة الإيجار؟ فمثلاً: إذا تمّ الإيجار لمُدَّة ثلاث سنوات؛ كيف يُمكن مراجعة الإيجار عند نهاية كلّ سنة؟! خاصّة وأنّ العقد هو شريعة المتعاقدين.

¹ - نصّت على ذلك المادة: 24 من المرسوم التنفيذي رقم: 98-381.

المبحثُ الثالثُ:

حماية الوقف في مواجهة الغير في مجال الملكية:

ويشمل المطالبين التاليين:

المطلب الأول: الشفعة.

المطلب الثاني: الحيازة.

المطلب الأول: الشفعة⁽¹⁾:

القصد من تشريع الشفعة هو إزالة الضرر عن الشريك حتى لا يدخل عليه من لا يرضا بشراكته، ودفع ما ينشأ عن ذلك من نزاع وفساد؛ فإذا حصل ما يُجيز بيع العين الموقوفة؛ فهل يحق للشريك طلب الشفعة في الوقف؟ ونفس الأمر بالنسبة للوقف؛ فهل يحق لناظره طلب الشفعة في العقار إذا باعه أحد الشركاء؟

1- أحكام الشفعة في الوقف: إن التطرق لأحكام الشفعة في الوقف يتضمن مسألتين؛ هما: حكم ثبوت الشفعة في الوقف، والمسألة الثانية: حكم الشفعة بالوقف؛ وفيما يأتي بيان ذلك بنوع من الإيجاز:

- المسألة الأولى: حكم الشفعة في الوقف: وصورة ذلك أن يكون بعض العين وقفاً والبعض الآخر ملكاً مطلقاً؛ فإذا بيع الوقف لانقطاع منافعه، أو لاقتضاء المصلحة ذلك؛ فهل يأخذ الشريك الوقف بالشفعة؟

اختلف الفقهاء في ذلك؛ وخلافهم مبني على الخلاف في جواز بيع الوقف وإبداله؛ إذا كانت المصلحة تقتضي ذلك؛ فمن رأى جواز بيع الوقف واستبداله؛ قال بثبوت حق الشريك في الأخذ بالشفعة؛ ومن رأى عدم جواز البيع؛ لم يترتب على قوله ثبوت الأخذ بالشفعة؛ لانتفاء جواز البيع أصلاً.

¹ - الشفعة: لغة: بضم المعجمة وسكون الفاء مأخوذة من الشفع بمعنى الزيادة، وهو أن يُشفعَكَ فيما تطلب، حتى تُضمَّه إلى ما عندك فتزيدَه وتشفعه بها؛ أي أنه كان وتراً واحداً فضمَّ إليه ما زاده وشفعه به؛ انظر: اسماعيل الجوهري: الصحاح في اللغة، تحقيق: شهاب الدين أبو عمرو، دار الفكر، ط/1، 1418 هـ/1998 م، ج/2، مادة: شفع، ص/958. الفيروزآبادي: القاموس المحيط، مادة: شفع، ص/661؛ واصطلاحاً: هي "استحقاق الشريك انتزاع شقص شريكه ممن انتقلت إليه بعوض مالي إن كان مثله أو دونه؟ انظر: مرعي بن يوسف الكرمي: غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى، تحقيق: ياسر إبراهيم المزروعى، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، ط/1، 1428 هـ/2007 م، ج/2، ص/786؛ وفي الاصطلاح القانوني هي: "رخصة تُجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في أحوال مُعيَّنة، إذا توافرت الشروط التي نصَّ عليها القانون؟ انظر: أحمد خالدي: الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط/2، 2008 م، ص/19.

وهذا التعريف نصَّت عليه المادة: 794 من القانون المدني الجزائري على أن: [الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار، ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليه في المواد التالية].

يقول ابنُ عابدين في ذلك: "وحاصله أنّ الوقف منه ما لا يملك بحال؛ فلا شفعة فيه لعدم صحّة بيعه... ومنه ما قد يُملك كما إذا كان غيرَ محكوم به؛ فلا شفعة له لعدم المالك؛ بل فيه الشفعة إذا بيع لجواز البيع"⁽¹⁾.

وأما المالكيّة⁽²⁾ والشافعيّة⁽³⁾ فلا يُجيزون ذلك؛ بناءً على تشدّدهم في بيع الوقف وإبداله؛ وفي توجيه ذلك يقول قليوبي⁽⁴⁾: "لأنّ الوقف لا يُؤخذ له ولا به ولا لشريكه؛ فلو كانت أرضٌ ثلثها وقفٌ لمسجد مثلاً وثلثاها مملوكان لاثنين؛ فباع أحدهما حصّته؛ فلا شفعة للآخر؛ إلا إن كانت القسمة إفراداً على المعتمد؛ فلناظر المسجد الأخذ بالشفعة حينئذ"⁽⁵⁾؛ وللحنابلة في هذه المسألة وجهان؛ أصحّهما؛ يُؤخذ الوقف بالشفعة إذا جاز بيعه⁽⁶⁾.

2- المسألة الثانية: حكم الشفعة بالوقف: اختلف الفقهاء في هذه المسألة، وخلافهم فيها

مبنيٌّ على خلافهم في ملكيّة الواقف والموقوف عليه للوقف؛ ومذهب الحنفيّة والشافعيّة في الصّحيح عندهم: أنّ ملكيّة الواقف تنفكّ بموجب وقفه؛ فلا يملكه الواقف ولا الموقوف عليه؛ ومذهب المالكيّة والحنابلة؛ أنّ الوقف لا يخرج عن ملكيّة واقفه؛ إلا أنّه لا يُباع الوقف ولا يُوهب ولا يورث.

فعلى الرّأي الأوّل: لا شفعة بشركة الوقف، ودليلهم في ذلك: أنّ مُستحقّ الوقف إمّا أن يكون غيرَ مالك له، والشفعة لا تثبت إلا بملك؛ وإمّا أن يكون مالكاً له ملكاً غير تامّ؛ لكونه لا لا يستطيع التصرف في رقبته؛ والشفعة لا تثبت إلا بملك تامّ⁽⁷⁾.

1- انظر: ابن عابدين: رد المحتار، ج/6، ص/525.

2- انظر: ابن موق: التاج والإكليل بمامش مواهب الجليل، ج/6، ص/41.

3- انظر: قليوبي وعميرة: حاشيتا القليوبي وعميرة، تحقيق: عماد زكي البارودي، المكتبة التوفيقية، القاهرة، دط، ج/4، ص/69.

4- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي الشافعي، من أهل قليوبه بمصر، له مصنّفات عديدة منها: حاشيته على كنز الراغبين للجلال المحلي، تحفة الراغب، توفي سنة 1069هـ/1658م. - انظر: الرزكلي: الأعلام، ج/1، ص/92.

5- انظر: قليوبي وعميرة: حاشيتا القليوبي وعميرة، ج/4، ص/69.

6- انظر: ابن الفلح: المبدع شرح المقنع، ج/5، ص/13.

7- انظر: حمدي رجب عبد الغني حسن: الشفعة وآثارها في الفقه الإسلامي، دار التّهضة العربية، دط، 1416هـ/1991م، ص/140.

وعلى الرأى الثاني: يثبت الأخذ بالشفعة في شركة الوقف؛ لأن فيه إزالة الضرر عن الوقف الناتج بسبب سوء المشاركة⁽¹⁾.

والذي يظهر أن الرأى الراجح: هو الرأى القائل بإثبات حق الشفعة للوقف؛ للأسباب الآتي ذكرها⁽²⁾:

- عموم الأحاديث الواردة في مشروعية الشفعة؛ فإنها لم تُفرق بين ملك تام وغير تام مما تجرى فيه الشفعة؛ فالتفريق بين الوقف وغير الوقف تحكّم بلا دليل؛ بل إن حاجة الوقف إليها قد تكون أشد من حاجة غيره؛ لدوامه وعدم التمكن من بيعه.

- إن الكثير من مصالح الضعفاء والمساكين والأعمال الخيرية مُتعلّقة بالأوقاف، وإذا كانت نتيجة تنمية الوقف والنظر في إصلاحه تقتضي إزالة ضرر سوء المشاركة؛ فإن ذلك يجعل الاستفادة منه أعم وأصلح.

أما في القانون الجزائري؛ فلم يتحدّث المشرّع عن الشفعة في الوقف؛ لا من حيث ثبوت الشفعة في الوقف أو الشفعة بالوقف؛ إلا في المادة: 798 فقرة 3 في معرض الحديث عن موانع الشفعة بقوله: [إذا كان العقار قد بيع ليكون محلّ عبادة أو ليلحق بمحلّ العبادة]؛ فمنع الشفعة لاعتبار دينيّ قدّمه على مصلحة الشفيع، والمقصود هنا حماية غرض العبادة المستهدف من وراء شراء العقار؛ فإذا باع المالك أرضه لمُشترٍ بقصد بناء مسجد أو ليلحقها بمسجد قائم لتوسيعه، أو مدرسة قرآنية أو معهد أو مستشفى أو غيرها من الملاحق التي هي عبادة بالمفهوم الشرعي؛ فإن حق الشفيع يسقط في المطالبة بالشفعة.

وهناك من يرى أنّها تنحصر في العقار المقام لشعائر دينية بالمعنى الحرفي للكلمة وما يلتحق بها دون غيرها من الأعمال الخيرية الأخرى؛ ولا مُسوّغ لمنع الشفعة في الأعمال الخيرية الأخرى⁽³⁾.

1- انظر: عبد الله بن عبد العزيز الدرعان: أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، مكتبة التوبة، ط/1، 1415 هـ/1994م، الرياض، ص/189.

2- انظر: عبد الله بن عبد العزيز الدرعان: المرجع نفسه، ص/189، 190.

3- انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج/9، ص/538، 539.

ولهذا يحتاج النصّ إلى تفسير وتوضيح أدقّ، وعلى المشرّع الجزائريّ أن يُوسّع من مفهوم العبادة ويُعطيها المعنى الشرعيّ؛ فيتناول منع الشفّعة أماكن العبادة والأعمال الخيريّة من المدارس والمستشفيات وغيرها.

أمّا ما يتعلّق بثبوت الشفّعة في الوقف أو ثبوتها بالوقف؛ فلم يتطرق إليها القانون الجزائريّ، على غرار المشرّع المصريّ والعراقيّ واللبناني⁽¹⁾؛ وبالرجوع إلى المادّة: 02 من قانون الأوقاف، والتي تُحيلنا على أحكام الشريعة الإسلاميّة فيما لم يرد فيه نصّ؛ يمكن القول: إنّ ما دام المشرّع الجزائريّ أجاز استبدال الوقف حسب نصّ المادّة: 24 من قانون الأوقاف؛ فإنّ الشفّعة تثبت في الوقف إذا جاز بيعه بمسوّغ شرعيّ؛ أمّا ثبوت الشفّعة للوقف؛ فما دام الوقفُ يتمتّع بالشخصيّة المعنويّة التي تجعله مُستقلّاً عن الآخرين، وتُجعل له ذمّة ماليّة وأهليّة؛ فإنّ ذلك يُعطيه صلاحية اكتساب هذا الحق.

وحقّ الشفّعة يثبت للشخص الطبيعيّ والشخص المعنويّ على حدّ السواء؛ حيث إنّ لا يُعتبر من الحقوق الملازمة لصفة الإنسان إلا ما استثناه القانون، ولا نجد في المواد: 410، 402، 403، من القانون المدنيّ، ما ينصّ على منع الوقف من الأخذ بالشفّعة؛ كما نصّت عليها التشريعات العربيّة.

(1) - انظر: عبد الله بن عبد العزيز الدرّمان: أحكام الشفّعة في الفقه الإسلاميّ، ص/190.

- المطلب الثاني: الحيابة⁽¹⁾:

القاعدة العامة في الفقه الإسلامي أنّ الحق لا يسقط بتقادم الزمن؛ فوضع اليد أو الحيابة، تُعتبر سبباً مُنشئاً للملكية، وليست سبباً للملكية، كما لا يُعتبر ترك المطالبة بالحقّ مُدّة طويلة مسقطاً لذلك الحقّ⁽²⁾؛ فإنّ النَّاس قد يُهملون عقاراتهم زمناً طويلاً؛ فيضع الغير يده عليها كذلك زمناً طويلاً؛ وفي هذا تتعرّض الملكيات لعدم الاستقرار.

وقد عالج الفقهاء هذا الأمر عن طريق التّوفيق بين القاعدة التي لا تجعل للتقادم ولا للحيابة أثر في الملكية، وحديث الحيابة الذي رواه سعيد بن المسيّب مرسلاً إلى النبي ﷺ أنّه قال: «مَنْ حاز شيئاً عشر سنين؛ فهو له»⁽³⁾؛ فإنّه يجعل الحائز أحقّ بالعقار المحاز من المالك الأصليّ؛ وذلك عن طريق منع القاضي من سماع دعوى صاحب الحقّ الأصليّ بمرور مُدّة زمنيّة مُعيّنة، وقد اختلفوا في تحديدها⁽⁴⁾.

أما ما يتعلّق بالعقار الوقفيّ؛ فقد أجمعوا على عدم جواز الحيابة أو وضع اليد على العقارات التي تتعلّق بها حقوق الله تعالى؛ وذلك كالمساجد والطّرق والوقف؛ وحقّ الله تعالى هو ما تعلّق به النّفْع العام للعباد من غير اختصاص بأحد؛ ففيه مصلحة عامّة للمجتمع، وأيضاً مصلحة خاصة

1- الحيابة: لغة: الحيابة من الحوز وهو الجمع والضم، وكلُّ مَنْ ضمَّ شيئاً إلى نفسه من مالٍ أو غير ذلك فقد حازه، والحوز من الأرض، أن يتخذها رجلٌ ويبين حدودها فيستحقها؛ فلا يكون لأحد فيها حقّ معه فذلك الحوز؛ انظر: الفيروزآبادي: القاموس المحيط، مادة: حوز، ص/458. ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، مادة: حوز، ص/288. واصطلاحاً: "هي وضع اليد على الشيء، والاستيلاء عليه. أو هي ادعاء تملك شيء بالتصرف فيه مدة بلا معارضة". انظر: سعدي أبو جيب: القاموس الفقهي، دار الفكر، دمشق، ط/2، 1408هـ/1988م، ص/104. وفي الاصطلاح القانوني هي: "سلطة فعلية أو واقعية يباشرها الحائز على شيء؛ بحيث تكون في مظهرها الخارجي، وفي قصد الحائز مزاولة للملكية أو لحق عيني". انظر: عبد المنعم فرج: الصده: الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، دط، ص/498.

2- انظر: أبو زهرة: الملكية في الشريعة الإسلامية، ص/140، 141.

3- وهو حديث ضعيف انظر: الألباني: سلسلة الأحاديث الضعيفة، دار المعارف، السعودية، ط/1، 1412هـ/1992م، ج/10، ص/430.

4- انظر: عدلي أمير خالد: اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية؛ الإسكندرية، دط، 1999م، ص/25.

للعبد، وينسب إلى الله لعظم أجره وشمول نفعه⁽¹⁾؛ وفي ذلك يقول العدوي المالكي⁽²⁾: "وأما حقّ الله فلا يفوت بالحيازة ولو طالت المدة... ومثلها لو حاز مسجداً أو محلاً موقوفاً على غيره؛ فلا يملكه الحائز ولو طال الزمان؛ لأنّ الحيازة لا تنفع في الأوقاف كما لا تنفع في وثائق الحقوق؛ فللمستحقّ ما فيها القيام به؛ ولو طال الزمان"⁽³⁾.

فالوقف عند المالكيّة لا يجري عليه التقادم مطلقاً مهما طال الزمان⁽⁴⁾؛ وأما الحنفيّة؛ فإنّ الوقف يسري عليه التقادم؛ بحيث لا تُسمع دعواه بعد مُرور مُدّة زمنية؛ وتعدّدت أقوالهم في تحديد تلك المُدّة؛ فمنهم من حدّدها بثلاثين سنة، ومنهم من حدّدها بثلاث وثلاثين سنة، ومنهم من حدّدها بست وثلاثين سنة؛ والمختار من أقوالهم: ثلاث وثلاثون سنة⁽⁵⁾، ولو أقرّ الخصم بالحق؛ انهدم مرور الزمن لزوال الشك، وظهور الحقّ بإقراره؛ فتُسمع الدعوى⁽⁶⁾.

فالحيازة في التشريع الإسلامي لا تنبني على التقادم المكتسب، وإنما على نظريّة عدم سماع الدّعى⁽⁷⁾.

وفي القانون الجزائري؛ نظم المشرّع أحكام الحيازة في المواد: 827 وما بعدها من القانون المدني، وقد أصدر المرسوم رقم: (83-352)، المتضمّن إجراءات إثبات التقادم المكتسب، وإعداد عقد الشهرة المتضمّن الاعتراف بالملكيّة⁽⁸⁾؛ غير أنّه استثنى من نطاق التقادم المكتسب الأملاك الوطنيّة،

1- انظر: عدلي أمير خالد: المرجع نفسه، ص/25.

2- هو أبو الحسن علي بن أحمد الصعيدي العدوي، فقيه مالكي، ولد سنة 1112هـ/1700م، له عدة مؤلفات في الفقه المالكي: منها: حاشية على ابن تركي وعلى الزرقاني، وحاشية على شرح الخرشي، وكانت وفاته سنة 1189هـ/1775م. انظر: محمد مخلوف: شجرة النور الزكية ص/341.

3- انظر: العدوي: حاشية العدوي، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1430هـ/2009م، ج/2، ص/371.

4- انظر: حاشية العدوي، ج/2، ص/371.

5- انظر: عبد الرحمن عشوب: كتاب الوقف، ص/145.

6- انظر: مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج/1، ص/336.

7- انظر: جمعة الزريقي، بحث: أحكام وضع اليد على العقار الموقوف في القانون الليبي، مجلة الأوقاف، العدد16، السنة السنّة التاسعة 2009م.

8- مرسوم مؤرخ في: 08 شعبان 1403هـ، الموافق ل 21 ماي 1983م، يسن إجراء لإثبات التقادم المكتسب وإعداد وإعداد عقد الشهرة، المتضمن الاعتراف بالملكيّة، الجريدة الرسميّة عدد: 21، الصادرة في: 11 شعبان 1403هـ، الموافق ل24 ماي 1983م.

وأغفل الأملاك الوقفية، ولم ينصّ على عدم قابليتها للاكتساب بالتقادم صراحةً على غرار بعض القوانين العربية، وفي نفس الأمر لم يقل بجواز حيازتها؛ كما فعل المشرع اللبناني؛ وذلك بمرور ست وثلاثين سنة⁽¹⁾.

غير أننا نجد قرارات للمحكمة العليا، منها القرار رقم: 39360⁽²⁾، والقرار رقم: 157310⁽³⁾؛ قد جاء فيها: أنّ الوقف غير قابل للحيازة ولا لاكتسابه بالتقادم؛ غير أنّ ذلك لا يمنع من أن يُستدرك هذا الفراغ؛ بأن يُنصّ صراحةً على أنّ الوقف غير قابل للحيازة؛ سداً لأيّ باب من أبواب الاستيلاء عليه.

¹ - انظر: محمد كنازة: الوقف العام في التشريع الجزائري، ص/117، 118.

² - قرار غير منشور مؤرخ في: 13/01/1986م.

³ - قرار مؤرخ في: 16/07/97، المجلة القضائية، العدد: 01-1997م، ص/34.

المبحث الرابع:

حماية الوقف في مواجهة الناظر:

ويشمل المطالبين التاليين:

المطلب الأول: مسؤولية الناظر في مواجهة الوقف.

المطلب الثاني: مسؤولية الناظر في مواجهة الغير.

- المطلب الأول: مسؤولية الناظر في مواجهة الوقف:

الناظر هو الذي يملك الولاية على أموال الوقف، وتصرفاته في إدارته قد تنطوي على إهمال أو تقصير يضرُّ به، لذلك فهو مسئول في مواجهة الوقف إذا حصل ضرر له أو لريعه، ويطلب منه جبر الضرر بلا شك.

لكن استقصاء جميع تصرفات ناظر الوقف مستحيل؛ لأن الجزئيات لا تدخل تحت حصر، ولكن يمكن ذكر قاعدة عامة بواسطتها يتم معرفة ما يجوز وما لا يجوز لناظر الوقف، وهي: "يجوز لناظر الوقف أن يعمل كل ما فيه فائدة له ومنفعة للموقوف عليهم، مع ملاحظة شرط الواقف إن كان معتبرا شرعا"⁽¹⁾.

ويقيد الفقهاء تلك التصرفات بالمصلحة؛ حيث يرون أن الموجب للضمان إما مباشرة بأخذ المال المغصوب أو بإتلافه⁽²⁾.

غير أن تحديد نطاق هذه المسؤولية يستلزم تكييف المركز القانوني للناظر، هل هو أجير؟ أم مقاول؟ أم حارس؟ أم وكيل؟ أم هي جميعا؟

ولقد اتفق الفقهاء على أن الناظر هو وكيل؛ إلا أنهم اختلفوا حول هذه الوكالة إلى رأيين: هل هو وكيل عن عينه، أم هو وكيل عن الموقوف عليهم؟

- الرأي الأول: أن الناظر وكيل عن أقامه، وهذا رأي المالكية والشافعية وأبو يوسف من

الحنفية⁽³⁾؛ فهم يرون أن ناظر الواقف وكيل عن الواقف مادام حيا، ويحق للواقف عزله بسبب أو دون سبب، ويترتب على ذلك إذا توفي الواقف؛ فإن الناظر ينعزل تلقائيا بموت الواقف باعتباره وكيلاً عنه؛ إلا إذا اشترط الواقف بأن يكون ناظرا حال حياته وبعد مماته؛ فيكون حكم تصرفات ناظر الوقف حكم تصرف الأوصياء؛ أما إذا توفي القاضي أو عزل؛ فإن ذلك لا يؤثر على الناظر.

⁽¹⁾ - عبد الرحمن عشوب: كتاب الوقف، ص/70، 71.

⁽²⁾ - انظر: نور حسن عبد الحلیم تاروت: بحث: دور القضاء الشرعي في ضبط تصرفات الناظر، المؤتمر الثاني للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، 1427 هـ/2006م، ص/75، 76.

⁽³⁾ - انظر: برهان الدين الطرابلسي: الإسعاف، ص/53. الخطاب: مواهب الجليل، ج/6، ص/39. الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، ج/5، ص/397.

- الرأى الثانى: أنّ ناظر الوقف وكىلا عن الموقوف عليهم؛ لأنه يقام للنظر فى مصالحهم والتحدث فى شئونهم؛ سواءً أكان مولى من قبل الواقف أم كان مولى من قبل القاضى، وسواءً أكان فى حياة الواقف أو بعد وفاته، ويترتب على ذلك أن الواقف لا يستطيع أن يعزل من عينه؛ إلا إذا اشترط ذلك لنفسه، وبذلك يكون له ذلك بمقتضى الشرط؛ لا باعتباره واقفاً، وهذا رأى الحنابلة ومحمد بن الحسن من الحنفية⁽¹⁾.

ورد فى الإسعاف قوله: "ولو جعل الولاية لرجل ثم مات، بطلت ولايته عند أبى يوسف بناء على الوكالة؛ إلا أن يجعلها فى حياته وبعد مماته؛ لأنه يصير وصية بعد موته، ولا يبطل عند محمد بناء على أصله... ولو لم يشترط لنفسه ولاية عزل المتولى، ليس له عزل من بعد ما سلمها إليه عند محمد، لكونه قائماً مقام أهل الوقف..."⁽²⁾.

فالعلاقة التى تحكم الناظر هى علاقة وكالة بغض النظر عن الاختلاف الحاصل، مما يترتب عن ذلك أن يده يد أمانة لا يضمن إلا بالتعدي والتقصير، ومسؤوليته مقيدة بشرط الخطأ، وليست مسئولية مطلقة كما فى حال الغصب؛ فإذا هلك شيء من الوقف بشكل لا دخل للناظر فيه، ولم يكن بمقدوره تجاوزه (آفة سماوية) فلا ضمان عليه؛ أما إذا قصر فى المحافظة عليها وأساء التصرف فاصداً الإساءة وتضييع الحقوق، حقّ عليه الغرم ووجب عليه التعويض، ولا مانع من أن توضع عقوبات تعزيرية فى ذلك⁽³⁾.

أما فى قانون الأوقاف الجزائرى؛ فقد اعتبر المشرع الناظر أميناً على الوقف، بما أنه وكيل على الموقوف عليهم... إلا أن المشرع أخذاً بالرأى الثانى، لم يطلق صفة الأمانة على ناظر الوقف دون قيد، بل نصّ على أنه ضامن لكل تقصير فى مواجهة الموقوف عليهم، والأثر القانونى لذلك، هو معاملة الناظر المبدد لمال الوقف معاملة الوكيل المبدد لمال موكله⁽⁴⁾.

¹ - انظر: الطرابلسي: الإسعاف، ص/53. البهوتي: كشاف القناع، ج/5، ص/268، 269.

² - انظر: الطرابلسي: المرجع نفسه، ص/53.

³ - انظر: نور حسن عبد الحليم تاروت بحث: دور القضاء الشرعى فى ضبط تصرفات الناظر، ص/75، 76.

⁴ - انظر: ميمون جمال: ناظر الوقف فى الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائرى، رسالة ماجستير، جامعة البليدة، ديسمبر 2004م، ص/18.

وبذلك يتعين على الناظر بذل العناية الشخص العادي إذا كانت الوكالة بأجر، وبذل العناية التي يبذلها في أمواله الخاصة إذا كانت الوكالة من دون أجر، وقد نصت على ذلك المادة: 57 من القانون المدني على أنه: [يجب دائما على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي...]⁽¹⁾.

وذكر الفقهاء جملة من التصرفات التي تستوجب الضمان من الناظر، نذكرها على سبيل المثال لا الحصر منها مايلي⁽²⁾:

- إذا هلكت غلة الوقف بعد أن طلبها المستحقون فلم يعطهم دون وجه شرعي.
- إذا استدان دون إذن من القاضي ولا شرط من الواقف؛ فلا يحكم على الوقف، وإنما على الناظر.
- إذا فرط في حفظ عين من أعيان الوقف حتى تلفت؛ كما إذا ترك بساط المسجد دون نفقة حتى تمزق...
- إذا استدان على الوقف بربح؛ كما إذا استقرض دون إذن من القاضي.
- إذا استأجر عاملا بأكثر من أجره المثل بغين فاحش.
- إذا صرف غلة الوقف للمستحقين عند الاحتياج للعمارة الضرورية، أو وجود دين على الوقف لأجل مصالحه الضرورية.

1- هناك من الباحثين من اعتبار الناظر نائبا قانونيا عن الوقف، باعتباره شخصا اعتباريا لا يتضمن آلية معينة أو أجهزة تعبر عن إرادته لتعيين الممثل قانوني عنه، وإن كانت هذه الولاية الخاصة على مال الوقف تتشابه إلى حد كبير مع الوصاية في مال القاصر. انظر: أنور أحمد فزيح، مقال: الحماية المدنية للوقف، ص/110.

2- انظر: عبد الرحمن عشوب، كتاب الوقف، ص/81، 82.

- المطلب الثاني: مسئولية الناظر في مواجهة الغير.

إن حدوث الضرر الناتج عن الإخلال بالمصلحة وفق الضوابط التي تحدث عنها الفقهاء هو وجوب إزالته؛ لأن القاعدة المستقر عليها في مواجهة الأضرار هي إزالتها⁽¹⁾.

ومثلما قد يقع الضرر على الوقف يمكن أن يصدر منه كذلك؛ فيكون الوقف مسئولاً في مواجهة الغير؛ لكن ليس في جميع الحالات يكون هو السبب؛ فقد يكون ناتج عن تقصير وإهمال الناظر؛ فعندها يكون الناظر هو المسئول عن ذلك؛ كما لو أهمل في العناية بأعيان الوقف حتى أصابت أعياناً أخرى مجاورة للغير وألحقت بها الضرر، ومما لا شك فيه؛ أن تقرير مسئولية الناظر عن الأضرار الناتجة عن سوء تصرفه، يشكل حماية للوقف، حتى لا تستنزف أمواله التي يكون سببها إهمال الناظر واستهتاره، ونجد آراء للفقهاء في ذلك نذكر منها:

- جاء في المغني: "إذا جنى الوقف جناية توجب القصاص، وجب سواء كانت الجناية على الموقوف عليه أو على غيره؛ فإن قتل بطل الوقف فيه، وإن قطع كان باقيه وقفاً؛ كما لو تلف بفعل الله تعالى، وإن كانت الجناية موجبة للمال، لم يمكن تعلقها بربقته؛ لأنه لا يمكن بيعها، ويجب أرشها على الموقوف عليه؛ لأنه ملكه تعلق أرش بربقته؛ فكان على مالكة، كأم الولد ولا يلزمه أكثر من قيمته كأم الولد"⁽²⁾.

- جاء في المبدع شرح المقنع: "وإن جنى الوقف جناية موجبة للمال خطأ؛ فالأرش على الموقوف عليه"⁽³⁾؛ فقد تعددت روايات الحنابلة في ذلك، قيل أن أرش الجناية تجب على الموقوف عليهم إن كانوا مُعَيَّنِينَ، وقيل أنها تجب في مداخل الوقف، وقيل تجب في بيت المال، وقيل أنها تجب على الواقف⁽⁴⁾.

وذكر الشافعية ما قوله: "نعم يصح وقف فحل للضراب؛ أي وأرش جنايته على من يكون في يده بعد الوقف حال جنايته إن نسب لتقصير حتى أتلف، والفرق بينه وبين العبد الموقوف؛ إذا جنى؛

(1)- انظر: أحمد المواقي: الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، ط/1، 1418 هـ/1997م، ج/2، ص/935.

(2)- انظر: ابن قدامة: المغني، ج/6، ص/221.

(3)- انظر: برهان الدين ابن المفلح: المبدع شرح المقنع، ج/5، ص/167، 168.

(4)- انظر: ابن المفلح: المصدر نفسه ج/5، ص/167، 168. المرداوي: الإنصاف، ج/7، ص/40، 41.

حيث قالوا أرش جنايته على الواقف، أنه في وقف العبد فوت محل تعلق الأرض وهو الرقبة، ولا كذلك الفحل؛ فإنّ ما أتلفه الفحل بتقدير عدم الوقف لا يباع فيه، بل يضمه من كان الفحل بيده⁽¹⁾.

وللقهاء تفصيل يختلف من مذهب إلى آخر في تحديد المسؤوليات الموجبة للضمان، مثل: جناية الحيوان؛ حيث تناولها الفقهاء في مسألة مشهورة هي إتلاف المواشي والدواب للمزارع والبساتين، كذلك جناية الأبنية والحيطان، وما يكون منها ضرراً موجبا للضمان وما لا يكون⁽²⁾.

وهذه المسائل متصورة في الوقف؛ لأن الوقف قد يكون عبداً أو حيواناً أو عقاراً...

فما كان من تقصير وإهمال الناظر يكون الضمان عليه، وما كان بخلاف ذلك؛ أي دون إهمال وتقصير، يكون الضمان على الوقف على الأقوال التي ذكرناها سابقاً، مثله في ذلك مثل مسؤولياته اتجاه الوقف إذا قصر في حفظ الوقف وغلاته.

أما قانون الأوقاف الجزائري؛ فقد حدد المشرع العلاقة بين الناظر والوقف، واعتبر الناظر أميناً على الوقف وكيلاً عن الموقوف عليهم، ونصّ على أنه ضامن لكل تقصير في مواجهة الموقوف عليهم، والأثر القانوني لذلك هو معاملة الناظر المبدد مال الوقف معاملة الوكيل المبدد مال موكله؛ فصفاة النيابة والوكالة ملازمة لوضعية الناظر أو القائم على الأملاك الوقفية.

والسؤال المطروح: هل يمكن تطبيق أحكام عقد الوكالة على الناظر؛ حيث إذا حدث ضرر للغير لم يكن مسؤولاً عنه، مثله في ذلك مثل الضرر إذا حدث للوقف دون تقصير منه، وإذا حدث ضرر من الوقف، هل يحق للمضرور أن يعود على الدولة أو الوزارة في حال ثبوت الولاية العامة لها على الأملاك الوقفية التي لحق بسببها الضرر؟ وهو الشيء الذي لا نجد له جواباً مباشراً من خلال نصوص قانون الأوقاف.

و يمكن القول أن الوقف ما دام يتمتع بالشخصية المعنوية التي تجعله مستقلاً عن الآخرين، ويتمتع بالذمة المالية المستقلة عن ذمة الناظر وعن ذمة الواقف والموقوف عليهم، ويتمتع بالأهلية المدنية في كسب الحقوق واستعمالها في الحدود التي رسمها القانون، وأهلية التقاضي التي تمنحه حق

(1) - انظر: الرّملي: نهاية المحتاج، ج/5، ص/361.

(2) - انظر: أحمد المواقف: الضرر في الفقه الإسلامي، ج/2، ص/ 355.348.346.

التقاضي ورفع الدعاوى على الغير، وللآخرين الحق في رفع الدعوى عليه باعتباره شخصا معنويا، وهو ما نصت عليه المادة: 05 من قانون الأوقاف؛ فإنّ هذا الأخير يتحمل الأضرار التي قد تصدر عنه، ويلتزم بالتعويضات الناجمة عن هذه الأضرار؛ إلا إذا ثبت تقصير وإهمال الناظر؛ فإنه يكون مسئولا مسؤولية شخصية عن ذلك.

الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الخامس:

حماية الوقف في مجال الاستثمار:

ويشمل المطالبين التاليين:

المطلب الأول: حكم استثمار الوقف.

المطلب الثاني: ضوابط استثمار الوقف.

المطلب الأول: حكم استثمار الوقف⁽¹⁾:

الاستثمار في مجال الوقف؛ يقصد به: "توظيف الأموال الوقفية الفائضة عن الحاجة الضرورية؛ في نشاط اقتصادي مشروع ومنتج، بقصد تنمية هذه الأموال، والحصول على عوائد مجزية تساعد في تحقيق رسالة الوقف ومقاصده السامية"⁽²⁾؛ ولم يتحدث الفقهاء عن الاستثمار بمعناه الشائع اليوم؛ غير أنّ الذي يظهر من النصوص الشرعية ومقاصدها العامة؛ أنّ الاستثمار مباح ومشروع؛ وذلك من أجل المحافظة على الوقف وعلى أهدافه الاجتماعية والاقتصادية والتعليمية والتنموية.

فالوقف من الصدقات الجارية التي تقع على وجه التأييد والدوام، ولا يتحقق ذلك إلا من خلال الاستثمارات الناجحة، التي تسدّ المصاريف والتنفقات التي يحتاج إليها من صيانة وترميم، ثم بعد ذلك تنمية ماله وتوزيعها على أوجه البرّ المستحقة في ذلك؛ وفيما يلي ذكرٌ لجملة من أقوال الفقهاء التي يُستخلص منها ضرورة تنمية الوقف:

1- ذكر الكاساني في سياق الحديث عن بعض أحكام الوقف وما يتعلّق به ما يأتي: "ولو وَقَفَ دَارَهُ عَلَى سُكْنَى وَلَدِهِ؛ فَالْعِمَارَةُ عَلَى مَنْ لَهُ السُّكْنَى... فَإِنْ اِمْتَنَعَ مِنَ الْعِمَارَةِ لَمْ يَقْدِرْ عَلَيْهَا

(1)- الاستثمار: لغة: مصدر استثمر يستثمر؛ أي طلب الاستثمار، وأصله من الثمر، وله عدّة معان: يقال أثمر الشجر أي طلع ثمره، وأثمر الرجل إذا كثُرَ ماله، وثمر الله ماله أي كثُرَ؛ انظر: ابن منظور: لسان العرب، ج/4، مادة: ثمر، ص/107؛ واصطلاحاً: ورد لفظ التّثْمِير في عرف الفقهاء عندما تحدّثوا عن السفية والرّشيد؛ فقالوا: الرّشيد هو: "القادر على التّثْمِير أمواله وإصلاحه، والسفیه هو غير ذلك"؛ انظر: علي محي الدين القرة الداغی: بحث: تنمية موارد الوقف والحفاظ عليها، مجلة الأوقاف، العدد: 07، السنة الرابعة، ص/34؛ كما استعملوا مُصطلحات قريبة من هذا المعنى مثل: الاستنماء؛ حيث ذكر الكاساني: "أنّ المقصود من عقد المضاربة هو استنماء المال"؛ انظر: الكاساني: بدائع الصنائع، ج/13، ص/180.

أما الاستثمار عند الاقتصاديين فيقصد به: "تكوين رأس المال واستخدامه بهدف تحقيق الربح في الأجل القريب أو البعيد، بشكل مباشر أو غير مباشر"؛ انظر: عبد الله عبد الكريم: ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط/1، 1429 هـ/2008م، ص/18.

وفي الاصطلاح القانوني يُعرف الاستثمار على أنّه: "استخدام رأس المال في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق ربح"⁽¹⁾؛ انظر: عبد الله عبد الكريم: المرجع نفسه، ص/19.

فجميع هذه التعريفات جعلت من هدف الاستثمار تعريفا لها؛ فكل ما يؤدي إلى تنمية وتكثير لرؤوس الأموال عن طريق مشاريع اقتصادية وتجارية؛ يعد استثماراً.

(2)- محمود أبو ليل: بحث: استثمار الأوقاف في الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقه الإسلامي، العدد: 13، ص/377.

بأن كان فقيراً، أجزها القاضي وعمرها بالأجرة؛ لأنَّ استيفاء الوقف واجبٌ ولا يَبْقَى إلا بِالْعِمَارَةِ⁽¹⁾.

2- وذكر ابنُ نجيم⁽²⁾ ذلك في كتابه: "ولا يُؤَجَّرُ فرسُ السَّبِيلِ إلا إذا أُحْتِجَّجَ إلى نفقته فيؤَجَّرُ بقدر ما يُنْفَقُ عليه"⁽³⁾.

3- وجاء في المعيار المعرب: "سئل العبدوسي عن دار مُحَبَّسَةٍ على إمام مسجد؛ فاحتاجت إلى إصلاح ضروريٍّ، وليس عليها حبس تصلح منه؛ فأجاب: يُقال للإمام: إمَّا أن تُصلح؛ وإلا فاخْرُج، وتُكرى لِتُصلَحَ من الكراء"⁽⁴⁾.

فهذه الأقوال كلها تدلُّ على ضرورة إصلاح الوقف؛ ولا يتحقَّق ذلك إلا من خلال تنميته واستثماره، وذكر الفقهاء جملة من أدلة المنقول والمعقول على مشروعية استثمار أصول الوقف؛ ومن هذه الأدلة ما يلي⁽⁵⁾:

أ- ما ثبت عن النبي ﷺ والخلفاء من بعده، أنهم كانوا يستثمرون أموال الصدقة، وإذا جاز استثمار أموال الزكاة، وهي أخص من الأوقاف وأضيق منها نطاقاً؛ فإنه يجوز استثمار أموال الوقف، ولا سيَّما على جهات البرِّ المختلفة.

1- الكاساني، بدائع الصنائع، ج/8، ص/403.

2- زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن محمد المشهور بابن نجيم، فقيه حنفي، ولد سنة: 926هـ، كان إماماً عالماً مؤلفاً مُصنفاً مفتياً ومدرسا، وله من التصانيف: البحر الرائق بشرح كنز الدقائق، الأشباه والنظائر، توفي سنة 970هـ. انظر: التقي الغزي: الطبقات السنية في تراجم الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، 1310هـ/1970م، ج/1، ص: 289.

3- ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج/5، ص/399.

4- أحمد بن يحيى الونشريسي: المعيار المعرب، تحقيق: جماعة من الفقهاء تحت إشراف: محمد حجي، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف المغربية، دط، 1401هـ/1981م، ج/7، ص/274.

5- عبد الله بن موسى العمار: بحث: استثمار أموال الوقف، منتدى قضايا الوقف الفقهية الأولى، الكويت، 12، 13 أكتوبر 2003م، ص/ 215، 216.

ب- ما رواه البيهقي عن عُرْوَةَ البارقِي رضي الله عنه، أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشتري له به شاة؛ فاشتري له به شاتين؛ فباع إحداهما بدينار، فجاءه بدينار وشاة؛ فدعا له النبي صلى الله عليه وسلم بالبركة في بيعه⁽¹⁾.
ووجه الدلالة منه: أَنَّ عُرْوَةَ رضي الله عنه اتَّجَرَ في مال لم يكن مُوَكَّلًا بالتَّجَار فيه؛ فإذا جاز الاستثمار في المال الخاص؛ جاز لمن يلي الأوقاف أن يستثمر أمواله بما يعودُ بالمصلحة على الوقف وعلى الموقوف عليهم.

ج- ما رواه الإمام مالك في الموطأ⁽²⁾ عن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهما، أَنَّهُمَا استثمرا مالاً من أموال الله؛ فأقرهما عمر رضي الله عنه وَمَنْ حضر من الصَّحابة؛ وذلك يدل على جواز استثمار أموال الله تعالى؛ والوقف منها.

د- ما فعله عمر رضي الله عنه؛ حيث لم يقسم أرض العراق ومصر والشَّام، وإنما وقفها وتركها بأيدي أهلها يزرعونها، وضرب عليها الخراج بقصد استثمارها لتأمين موارد ثابتة للدولة، وهذا دليل على جواز استثمار أموال الموقوف عليهم⁽³⁾.

- ومن أدلة المعقول التي تدل على مشروعية الاستثمار الرشيد في أموال الوقف⁽⁴⁾ مايلي:

أ- إنَّ الوقف هو تحييس الأصل، وهذا يُفيد أنَّ الموقوف عليهم لا يملكون رقبة الوقف، وإنما لهم منفعتُه وغلَّتُه، ولا يمكن الحصول على الغلَّة إلا باستثماره بأيِّ وسيلة من وسائل الاستثمار المناسبة.

ب- إنَّ استثمار أموال الوقف طريقٌ من طرق المحافظة عليه من الخراب والاضمحلال؛ فكلُّما استثمرت؛ كلُّما بقيت مُدَّة أطول.

(1) - البيهقي: سنن البيهقي، ج/6، كتاب القراض، رقم: 11817، ص/112. وهو حديثٌ مرسل؛ انظر: سراج: الدين الشافعي: البدر المنير في تخريج الأحاديث الواقعة في شرح الكبير، تحقيق: مجدي بن سيد أمين، دار الهجرة للنشر والتوزيع، السعودية، ط/1، 1425 هـ/2004م، ج/6، كتاب البيوع، ص/452.

(2) - مالك: الموطأ، تقديم: قسم الدراسات بدار الكتاب العربي، دار الريان للتراث، القاهرة، ط/1، 1408 هـ، 1988م، ج/2، كتاب القراض، ص/59.

(3) - أبي عبيد القاسم: الأموال، تحقيق: محمد عمارة، دار الشروق، بيروت، ط/1، 1409 هـ/1989م، ص/134، 135.

(4) - عبد الله بن موسى العمار: بحث: استثمار أموال الوقف، ص/215، 216.

ج- تحقيق قصد الشارع من الوقف وغرض الواقف منه، ونفع الموقوف عليهم وما يترتب على ذلك من فائدة للمجتمع.

هـ- قياس استثمار أموال الوقف على أموال اليتامى من قبل الولي؛ وحيث جاز استثمار أموال اليتامى فيما يعود عليهم بالمصلحة وهي مملوكة لهم؛ فإنه يجوز استثمار أموال الوقف فيما يعود على الموقوف عليهم بالمصلحة⁽¹⁾.

⁽¹⁾ - انظر: عبد الله بن موسى العمار: بحث: استثمار أموال الوقف، ص/217.

- المطلب الثاني: ضوابط استثمار الوقف:

استثمار أموال الوقف من التصرفات التي تجرى في مال الله تعالى، وهو مشمولٌ بعموم قاعدة: «تصرف الإمام في الرعيّة منوطاً بالمصلحة»؛ ولتحقيق هذه المصلحة لزم مُراعاة جملة من الضوابط من أجل حماية مال الوقف؛ ومن هذه الضوابط⁽¹⁾:

1- أن يغلب على الظنّ حصول الربح من هذا الاستثمار؛ فلا يجوز استثمار الوقف في مشروعات جانب الخسارة فيها غالباً أو محققاً؛ وقد أشار إلى ذلك المُفقهاء في معرض حديثهم عن مال اليتيم؛ حيث يقول ابنُ قدامة⁽²⁾: «لا يتجرُّ إلا في المواضع الآمنة، ولا يدفعه إلا لأمين ولا يغرر بماله»⁽³⁾؛ ولا فرق بين مال الوقف ومال اليتيم من حيث لزوم رعاية المصلحة عند التصرف فيه، وأخذ كلِّ الاحتياطات اللازمة عند استثمارهما.

2- أن يصدر قرارُ الاستثمار ممّن له النظارة على الوقف؛ إمّا الإمام أو من يُنيبه؛ وذلك مُراعاة لمبدأ التصرف في المال ممّن له التصرف فيه، وهو المالك أو النائب عنه، أو بمقتضى الولاية العامّة أو الخاصّة على الأوقاف (نظارة الوقف).

3- الإشراف على هذا الاستثمار من أهل الخبرة والأمانة والمعرفة؛ حمايةً لمال الوقف من الاختلاس والخيانة.

4- أن يكون استثمار الوقف في المجالات المباحة شرعاً؛ فلا يجوز أن يكون في المحرّمات مثل: المعاملات الربوية كالبنوك والشركات، أو أي نشاط آخر محرّم مثل: التجارة في آلات اللّهو والخمر ونحو ذلك.

(1)- انظر: عبد الله بن موسى العمار: المرجع السابق، ص/222، 223، 224.

(2)- عبد الله بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي دمشقي الحنبلي، أبو محمد موفق الدين، فقيه من أكابر الحنابلة، ولد في جماعيل (من قرى نابلس بفلسطين) سنة: 541هـ، وتعلم في دمشق، ورحل إلى بغداد سنة 561 هـ، فأقام نحو أربع سنين، وعاد إلى دمشق، وتوفي فيها سنة: 620هـ، له تصانيف منها: المغني، بغية الوعاة، روضة الناظر...؛ انظر: ابن الشطي: مختصر طبقات الحنابلة، ص: 52، 53.

(3)- انظر: ابن قدامة: المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط/3، 1417 هـ/1997م، ج/6، ص/339.

5- أن لا يُخالف نصُّ الواقف الصريح في الاستثمار؛ لأنَّ شروط الواقفين مُعتبرةٌ إذا لم تخالف الشرع، ومُنزلةٌ بمنزلة نصّه.

6- ظهور الجدوى الاقتصادية في مجال الاستثمار، ولا يكون ذلك إلا بعد دراسة جيّدة من أهل الخبرة والاختصاص.

7- مُراعاة حال الموقوف عليهم؛ بحيث لا توجد حاجةٌ ملحةٌ تدعو إلى توزيع غلّة الوقف عاجلاً؛ إذ لا بُدَّ من تقديم حاجة الموقوف عليهم؛ والمقصود بالحاجة؛ الظرف الحاصل الذي لا يحتمل التأخير؛ وذلك يعني أنّ أموال الوقف لا تُستثمر كلّها دفعة؛ وإنما يُستثمر جزءٌ منها؛ والجزء الأكبر يُصرف في مواضعه.

8- مُراعاة سلّم الأولويات، ويُقصد به ترتيب المشروعات الاستثمارية المراد تمويلها من أموال الوقف، فتُقدّم الضروريات، ثمّ الحاجيات، ثمّ التحسينيات؛ وذلك حسب احتياجات المجتمع الإسلامي، والمنافع التي سوف تعود على الموقوف عليهم⁽¹⁾.

9- التوثيق: بحيث يعلم كلُّ طرف في العملية الاستثمارية ما له، وما عليه من ربح وخسارة؛ حتى لا تكون هناك جهالةٌ أو غررٌ⁽²⁾.

10- إذا كان الاستثمار في مال البدل؛ فيُشترط فيه أن لا تتوافر عينٌ لشرائها بمال البدل؛ لتكون وفقاً بدلا من العين الموقوفة المبيعة لا في الحال ولا في المال القريب؛ وإلا لم يجز استثمار مال البدل، وإنما يُرصد لشراء العين⁽³⁾.

- استثمار الوقف في التشريع الجزائري:

نصّ قانون الأوقاف (91-10) من خلال المادة:45 على تنمية واستثمار الأوقاف وفق إرادة الواقف، وطبقا لمقاصد الشريعة، وأشارت عينُ المادة إلى أنّ الكيفية ستُحدّد عن طريق التنظيم

(1)- انظر: حسين شحاتة: بحث: استثمار أموال الوقف، مجلة الأوقاف، العدد06، السنة الثالثة، 1425 هـ/2004م، ص/78.

(2)- انظر: حسين شحاتة: المرجع نفسه، ص/160.

(3)- انظر: خالد عبد شعيب: بحث: استثمار أموال الوقف، منتدى قضايا الوقف الفقهية الأولى، الكويت، 12، 13 أكتوبر 2003م، ص/257.

لاحقاً، وهو ما أوضحه القانون (07-01) المعدّل والمتمم لقانون الأوقاف في المواد: 26 مُكرّر إلى 26 مُكرّر 11، حيث نصّت على أنه يمكن أن تُستغلّ وتُستثمر وتُنمى الأملاك الوقفية بتمويل ذاتي أو تمويل وطني أو خارجي؛ مع مُراعاة القوانين والتنظيمات المعمول بها... وذكرت مجموعةً من الطّرق المعتمدة لتنمية الوقف من خلال العقود التالية: عقد المزارعة، وعقد المساقاة، وعقد الحكر، وعقد المرصد، وعقد المقاوله، وعقد المقايضة، وعقد الترميم أو التعمير، والقرض الحسن، والودائع ذات المنافع الوقفية، والمضاربة الوقفية.

ومن خلال التأمل والنظر في هذه الطّرق المقترحة يمكن ملاحظة عدّة أمور هي:

1- إنّ جملة هذه العقود مُتداخلة بين الاستغلال والاستثمار والتنمية⁽¹⁾.

2- إنّ هذه الصيغ والآليات للاستثمار واستغلال الأوقاف العامّة تختلف باختلاف نوع الملك الوقفي؛ حيث تُميّز بين ثلاثة أنواع رئيسية وهي⁽²⁾: الأراضي الفلاحية أو الموجهة للفلاحة. الأراضي العامرة أو القابلة للتعمير. الأموال المجمّعة من الأوقاف.

3- إنّ هذه الصيغ المذكورة لاستثمار الأوقاف يمكن تقسيمها إلى قسمين وهي⁽³⁾:

أ- وسائل الاستثمار الداخلي: ويُقصد بالاستثمار الداخلي: "مجموع العقود والمعاملات والتصرفات الماليّة التي يُنشئها الناظر أو المسؤول عن إدارة الوقف بالإمكانيات الذاتية المتوافرة داخل مؤسسته الوقفية؛ دونما اشتراك من جهة أخرى"⁽⁴⁾؛ ومن أبرز هذه الطّرق: عقد الإيجار وعقد الحكر والمزارعة والمساقاة وعقد المرصد وعقد الترميم والتعمير، وسوف نتطرّق إليها في ثنايا بحثنا.

1- انظر: بن تونس زكريا: المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال قانون الأوقاف الجزائري، ص/140.

2- انظر: محمد كنانة: الوقف العام في التشريع الجزائري، ص/170.

3- انظر: بن تونس زكرياء: المرجع السابق، ص/140.

4- انظر: بن تونس زكرياء: المرجع السابق، ص/142.

وما يمكن ملاحظته عليها: أنّها تتشابه إلى حدّ كبير فيما بينها؛ فهي في مضمونها مُستمدّة من عقد الإيجار الوقفيّ؛ إذ إنّ المستأجر في جميع الصّور يكتسب حقّ التّصرّف نظير ما يُقدّمه من أجر مُقدّم يقارب قيمة الأجرة، وأجرة زهيدة سنويّة⁽¹⁾.

كما أنّ هذه الصّيغ غير موجودة من النّاحية العمليّة؛ إلاّ فيما يتعلّق بصيغة واحدة وهي:

الإيجار فيما يتعلّق بالمباني، أو المزارعة فيما يتعلّق بالأراضي الفلاحيّة.

ب- وسائل الاستثمار الخارجي: ونعني بها: "مجموع العقود والمعاملات الماليّة التي يقوم بها

المسئول الإداريّ عن طريق المشاركة مع جهة استثماريّة أخرى، أو بإمكانات خارجيّة كليّاً

عن أموال وممتلكات الوقف"⁽²⁾.

ومن جملة هذه العقود التي أوردتها المشرّع الجزائريّ:

أ - عقد المقاوله (الاستصناع): ونصّت عليه المادّة: 26 مُكرّر 6 من القانون رقم: (07-

01)؛ إلاّ أنّها لم تُوضّح مدلوله؛ حيث أحوّلت أحكامه إلى المواد: 549-570 من القانون المدنيّ.

ب - عقد المقايضة: ونصّت عليه المادّة: 26 مُكرّر 6 في بندها الثّاني، ونصّها: [يمكن أن

تُستغلّ وتُستثمر وتُنمّى الأملاك الوقفيّة... بعقد المقايضة الذي يتمّ بمقتضاه استبدال جزء من البناء

بجزء من الأرض]، وهذا النوع في حقيقة الأمر يندرج ضمن استبدال الوقف، ولا ندري أين وجه

الاستثمار فيه؟!]

ومن بين الطّرق التي اعتمدها المشرّع الجزائريّ في استثمار الأموال المجمعة من مداخيل

وعائدات الأوقاف ما نصّت عليه المادّة: 26 مُكرّر 10 وهي:

أ- الودائع ذات المنافع الوقفيّة: وصورها أنّ يُودع صاحب المال ماله لدى مُؤسّسة الوقف

كوديعة متى شاء على أن يقوم هذا الأخير بتوظيف هذه الوديعة مع ما لديها من أوقاف في مشاريع

محدّدة⁽³⁾، وهذه الصّورة تجعل من الوديعة قرضاً، ومن مُؤسّسة الوقف مُستقرضاً، وكأنّها مُؤسّسة

⁽¹⁾- انظر: بن تونس زكرياء: المرجع السابق، ص/142.

⁽²⁾- انظر: بن تونس زكرياء: المرجع السابق، ص/142.

⁽³⁾- انظر: بن تونس زكرياء: المرجع السابق، ص/142.

مصرفية تستقرض أموالاً تُوظف مكابستها على أن يستردّها أصحابها عند الطلب؛ مع العلم أنّ المصطلح الفقهي للوديعة، يجعل منها أمانة لا يمكن استعمالها، وفي حال السماح بذلك؛ فإنّ هذه الأموال تُصبح ديناً في ذمّة الوقف، والأصل أنّه لا يُستدان على الوقف إلا عند داعية الضّرورة كما قرره الفقهاء⁽¹⁾.

ب- القرض الحسن: وصوّته حسب نصّ المادّة: 26 مكرر 10 وهو: [إقراض المحتاجين قدر حاجاتهم على أن يُعيدوه في أجل مُتفق عليه].

والملاحظ أنّ النصّ غير واضح في إبراز هذه الصّيغة؛ لاسيّما فيما يتعلّق بفوائد هذا القرض الحسن المتأثّية للوقف، وكذا شروط منح هذه القروض وشروط مُستحقّيتها، والنّشاطات الاستثمارية التي تُمنح لفائدتها، والهيئة والمؤسسة المخوّلة لها منح هذه القروض، ولا بُدّ هنا من الإشارة إلى التوصية التي خرجت بها ندوة تنمية الوقف المنعقدة في الكويت: - وهي السّعي لإنشاء مؤسسات وقيّة مُختصّة بواسطة تبرّعات صغيرة؛ وذلك بأن تُحدّث صناديق يتخصّص كلّ منها برعاية خدمة مجتمعية مُعيّنة، ثمّ يدعو الصندوق المتبرّعين إلى إنشاء أوقاف لخدمة غرضه وما وُضع لأجله⁽²⁾.

مع العلم أنّ الفقه الإسلاميّ: يعتبر القرض الحسن طريقةً من طرق استغلال الأموال الوقفية، ولا ندرى ما وجه الاستثمار في هذه الطريقة؟! إذ لا تُوجد فائدة تعود على الموقوف عليهم، أو الوقف في حدّ ذاته من جراء إقراض أموال الوقف لغير المستحقّين فيها.

د- المضاربة الوقفية: وصورتها من خلال نصّ المادّة: 26 مكرر 10: [أن يتمّ استعمال بعض ريع الوقف في التّعامل المصرفيّ والتّجاريّ من قِبَل السّلطة المكلفّة بالأوقاف]⁽³⁾، وتُسمّى في

¹ - انظر: بن تونس زكرياء: المرجع السابق، ص/143.

² - انظر: محمد كنانة: الوقف العام في التشريع الجزائريّ، ص/176.

³ - حدد المرسوم التنفيذي 2005-427 المتّمّم والمعدّل للمرسوم التنفيذي 2000-146 المتضمن تنظيم الإدارة المركزيّة في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف؛ مسؤولية إعداد الدراسات المتعلّقة باستثمار الأملاك الوقفية وتنميتها ومتابعتها إلى المديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية التابعة لمديرية الأوقاف والزكاة والحج والعمرة.

اصطلاح الفقهاء بالقراض، وهي نوعٌ من أنواع الشركة التي يتم فيها دخول أحد الأطراف بماله، ودخول الآخر بجُهدِه⁽¹⁾.

وما يُمكن ملاحظته على هذه الطّرق ما يلي:

1- إنّ بعض أنواع الاستثمار يكتنفها الكثير من الغموض مثل: المقايضة، الودائع ذات المنافع الوقفية، القرض الحسن، لذلك كان لزاماً على المشرّع توضيحها وتنظيمها بأحكام أدقّ،

بما لا يتسبّب في ضياع أموال الوقف.

2- هناك بعض العقود لم يذكرها المشرّع الجزائري رغم سهولتها، وسهولة توظيفها حتى مع انعدام العائدات الوقفية الكبيرة، كعقد المشاركة المتناقضة المنتهية بالتمليك، والتي تنبئ على أن تقوم المؤسسة الوقفية، بإنشاء شركة بينها وبين غيرها من الجهات الممولة (المصارف الإسلامية) على أن تكون حصّة الأوقاف فيه؛ هي قيمة الأعيان الموقوفة التي يُراد استغلالها لإقامة مشروع عليها، وتكون حصّة الجهة الممولة بالأموال اللازمة لإقامة هذا المشروع، وتوزع الأرباح بينهما وفقاً للحصص المتفق عليها، شريطة أن يتضمّن عقد الشركة وعدلاً مُلزماً من جانب الجهة الممولة، بالتنازل عن حصّتها للأوقاف خلال فترة زمنية، يتمّ تحديدها حسب الدفعات المالية التي تُقدّمها الأوقاف إلى الجهة الممولة⁽²⁾.

ومن ذلك القبيل: سندات المقارضة، وهي عبارة عن: "سندات بقيمة اسمية متساوية، تُمثّل رأس مال مُضاربة مع الوقف، وتُستحقّ أرباح المشروع الوقفي حسب الاتفاق المبرم، ويتحمّل كلّ منهم الخسائر حسب حصصهم في رأس مال المشروع"⁽³⁾.

وقد أقرّ مجمع الفقه الإسلاميّ في دورة مؤتمره الرابع بجُدّة هذه الصّيغة، واعتبرها أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض (المضاربة)، بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس

(1) - انظر: بن تونس زكرياء: المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال قانون الأوقاف الجزائري، ص/144.

(2) - انظر: بن تونس زكرياء، المرجع نفسه، ص/145.

(3) - بن تونس زكرياء، المرجع نفسه، ص/145.

وحدات مُتساوية القيمة، ومُسجَّلة بأسماء أصحابها، باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة، وما يتحوّل إليه بنسبة ملكيّة كلّ منهم⁽¹⁾.

- خلاصة الفصل الأوّل:

وجملة ما تناولناه في هذا الفصل حول الحماية المدنيّة للوقف عند وجوده ما يلي:

تطرّقت حول حماية الوقف عند إنشائه؛ وذلك من خلال التّطرّق إلى طبيعة عقد الوقف من حيث أنه لازم أم غير لازم؟ وكذلك من حيث كونه عقد رضائي أم شكلي؟

فالوقف من عقود التّبرّعات الصّادرة بالإرادة المنفردة مثله مثل الوصية والهبة، ولما كان من

التصرّفات التي قد تلحق أضراراً بذوي الحقوق كالورثة والدائنين، اشترط المشرّع الجزائريّ الرسميّة في مثل هذه الأمور، حتى تكون أداة لتدبير الواقف وتمحيص إرادته وحماية الورثة والمستحقّين في مال الوقف، رغم قرار المحكمة العليا الذي جاء مخالفاً لكل التّوقعات، وهذا من الإشكالات المطروحة في الواقع.

ثم تناولت الشخصية الاعتبارية للوقف، ومدى ثبوتها وأهمّيّتها؛ أمّا ما ينجم من منازعات حول الوقف خاصة من ناحية الإثبات؛ فقد جعل المشرّع الحرية للأفراد في إثبات الوقف بكافة الوسائل، وأصدر مراسيم تتعلّق بذلك منها مرسوم التّنفيذي رقم: 200-336 المتعلّق بالشّهادة الرسميّة.

ثم تناولت حماية الوقف في مواجهة الغير في مجال التّصرّفات، وقسمته إلى قسمين هما:

- صور الحماية العامّة، وهي نفس الحماية التي تتمتع بها الأملاك العامّة.

- عقد الإيجار والأحكام المتعلّقة به، باعتباره أهمّ وسيلة للاستثمار قديماً وحديثاً؛ إذ أن المشرّع الجزائريّ استمد أحكامه من الشريعة الإسلامية؛ غير أن اللافت في الأمر هو طريقة إيجاره؛ حيث يتم عن طريق المزاد العلني مثل الأملاك العامّة؛ كما استثنى حالات يمكن تأجيله عن طريق التّراضي وهي: حالة نشر العلم أو لفائده، أو حالة سبل الخيرات، وهذه الطريقة الثانية للإيجار

(1) - انظر: أحمد محمد السعد، محمد علي العمري؛ الاتجاهات المعاصرة في تطوير الاستثمار الوقفي؛ الأمانة العامّة للأوقاف، دولة الكويت، ط/1، 1421 هـ/2000م، ص/84.

يكتنفها الغموض؛ إذ أن الوقف ما جعل إلا لسبل الخيرات؛ فإفساح المجال لهذا النوع من التأجير، يفتح الباب للتلاعب باستغلال الوقف بأبجس الأثمان بحجة سبل الخيرات.

ثم تطرقت إلى حماية الوقف في مواجهة الغير في مجال الملكية وقسمته إلى قسمين هما:

- الحيازة؛ حيث إن الأوقاف غير قابلة للحيازة بأي شكل من الأشكال؛ لأنها من حقوق الله تعالى التي لا تسقط بالتقادم.

- الشفعة باعتبارها من الحقوق العينية التي تمنح للشخص الشريك في ممارستها؛ فالمشرع الجزائري لم يتطرق إلى الشفعة المتعلقة بالوقف؛ سواء في القانون المدني أو قانون الأوقاف؛ إلا في المادة: 398 فقرة 3 في معرض حديثه عن موانع الشفعة، إذا كان العقار يبع لأن يكون محل عبادة، وقد وقع غموض في مفهوم العبادة، هل يقصد بها محل العبادة المسجد وغيره؟ أو كل عمل خيري الذي يعتبر عبادة بالمفهوم الشرعي؟

أما حماية الوقف في مواجهة الناظر؛ فتطرقت إلى مسؤولية الناظر في مواجهة الوقف؛ حيث يعتبر الناظر وكيلًا عن عينه، واعتبره المشرع الجزائري وكيلًا عن الموقوف عليهم وجعل يده يد أمانة؛ فهو لا يضمن إلا إذا ثبت إهماله أو تقصيره تجاه الوقف.

أما مسؤولية الناظر في مواجهة الغير، وهو ما ينجم من الأضرار التي يحدثها الوقف؛ فلا يعتبر الناظر ضامنًا إلا إذا أهمل في رعاية الوقف؛ بحيث أصابت الغير بالأضرار.

غير أن الإشكال المطروح؛ ما هي الجهة التي تتولى التعويض في حال ثبوت مسؤولية الوقف؟ هل يحق للمضرور أن يعود على الدولة أو الوزارة في حال ثبوت الولاية العامة لها على الأملاك الوقفية التي لحق بسببها الضرر؟

ثم تطرقت إلى استثمار الوقف وطرقه والضوابط التي اعتمدها الفقهاء في ذلك؛ غير أن المشرع الجزائري اكتفى بذكر طرق الاستثمار دون بيان أحكامها، رغم الغموض الذي يعترضها من جهة مثل: القرض الحسن والودائع الوقفية... وخطورتها من جهة أخرى في بعض العقود، كالحكر والمرصد التي ترتب ديونا وحقوق عينية على ذمة الوقف.

الفصل الثاني: الحماية المدنيّة للوقف عند تعطله
وانتهائه.

ويتضمن المباحث التالية:
المبحث الأول: الاستبدال والتغيير.
المبحث الثاني: القسمة.
المبحث الثالث: الحكر والمرصد.
المبحث الرابع: الاستدانة.

المبحث الأول:

الاستبدال والتغيير:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الاستبدال.

المطلب الثاني: التغيير.

المطلب الأوّل: الاستبدال⁽¹⁾:

الاستبدال تصرّفٌ من التصرّفات التي تُجرى على الوقف في حال خرابه أو تعطل منفعه، وقد تباينت آراء الفقهاء حوله بين مُوسّع ومُضيق؛ وذلك خشية أن يُستخدم الاستبدال وسيلةً للتحايل والاستيلاء على الأوقاف ومنفعه؛ وفيما يأتي ذكرٌ موجزٌ لحكم الاستبدال وشروطه، وبيانٌ لحالاته.

- الفرع الأوّل: حكم الاستبدال وشروطه: اختلف الفقهاء في حكم الاستبدال على أقوال يمكن إجمالها فيما يأتي:

1- الحنفية: أجاز فقهاء الحنفية الاستبدال إذا شرطه الواقف لنفسه؛ سواءً أكان عامراً أو خراباً على قول أبي يوسف والخصاف وهلال⁽²⁾، وقال محمد: يصحّ الوقف ويبطل الشرط⁽³⁾؛ أمّا إذا لم يشترطه الواقف بأن سكت أو نهي عنه؛ فلا يصحّ له أن يستبدله ولو خرج عن الانتفاع بالكلية؛ لأنّه لا تثبت له ولاية الاستبدال إلا بشرط، كالبيع الخالي عن شرط الخيار، وإنما الذي يملك الاستبدال حينئذ هو القاضي في حالين هما⁽⁴⁾:

- حال خروج الوقف عن الانتفاع بالكلية؛ فهذا جائز باتّفاق أئمة المذهب.

- حال كون الوقف عامراً وذا ريع ينتفع به؛ لكن يُستبدل بما هو أنفع وأكثر ريعاً، وهذا محلّ خلاف عندهم، والأصحّ في المذهب عدم جوازه.

1- الاستبدال لغةً: طلب البدل؛ وصلاًحاً: "شراء عين البدل التي بيعت لتكون وقفاً بدلها؛ فالعين المدلة هي المبيعة من الوقف، والمستبدلة هي مشترة لتكون وقفاً بدلها؟ انظر: مصطفى شليبي: أحكام الوصايا والأوقاف، ص/388؛ وفي عرف الموتقين: "بيع عين الوقف بالتقّد، وأمّا الإبدال؛ فهو عندهم: شراء عين للوقف بالتقّد؛ والبدل أو التبادل هو المقايضة؛ أي بيع عين الوقف بعين أخرى؟ انظر: مصطفى شليبي: المرجع نفسه، ص/389.

ولم يتطرّق قانون الأوقاف الجزائري إلى مفهوم الاستبدال، ممّا يعني الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نصّ بحكم المادّة: 02 من قانون الأوقاف.

2- هلال بن يحيى بن مسلم البصري: فقيه من أعيان الحنفية من أهل البصرة، لقب بالرأي لسعة علمه وكثرة أخذه بالقياس، له مصنفات عديدة منها: كتاب في الشروط، أحكام الوقف، توفي سنة 245هـ، انظر: ابن قطلوبغا: تاج التراجم في طبقات الحنفية، مطبعة العاني، بغداد، 1383هـ/1962م، ج/1، ص/21.

3- انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ص/228، 229.

4- انظر: عبد الرحمن عشوب: كتاب الوقف، ص/55.

وأجازوا كذلك استبدال الوقف العامر في حال غضبه وعجز المتولي عن استرداده ولم تكن له بيّنة على ذلك؛ فله أن يُصالح الغاصب عنه بشيء؛ وكذلك لو أجرى غاصب الأرض الماء عليها حتى تصير بحراً؛ فيجب على القيم في هذه الحال أن يضمن قيمة الأرض، ثم يشتري بها عقاراً يكون وقفاً بدلها⁽¹⁾.

وبذلك يكون فقهاء الحنفية - كما يقول أبو زهرة مُعلّقاً على رأيهم - : «قد فتحوا باب الاستبدال على مصراعيه، وجرى العمل به ردحاً من الزمن، ولذا ظهر الاستبدال بمساوئه ومحاسنه»⁽²⁾.

2- المالكية: يفرق المالكية بين المنقول والعقار؛ فأجازوا استبدال المنقول إذا دعت لذلك المصلحة؛ لأنّ الأموال المنقولة مُعرضة للتلف والخراب؛ ففي استبدالها إبقاءً للوقف واستمراراً له⁽³⁾؛ أمّا العقار فلا يجوز بيعه واستبداله عندهم وإن خرب وتعطلت منافعه بالكلية؛ وذلك سداً لذريعة الاستيلاء على الأوقاف والتلاعب بها؛ واستثنوا من ذلك: توسيع المسجد أو الطريق أو المقبرة؛ فأجازوا فيها الاستبدال⁽⁴⁾.

3- الشافعية: مذهب الشافعية قريبٌ من مذهب المالكية؛ حيثُ فرّقوا بين العقار والمنقول؛ فأجازوا استبدال المنقول وبيعه حال تعطل منافعه في الصحيح من المذهب، ومنعوا استبدال العقار أبداً مهما بلغ من الخراب⁽⁵⁾.

4- الحنابلة: أجاز الحنابلة بيع واستبدال الوقف إذا تعطلت منافعه ودعت المصلحة لذلك؛ سواءً كان عقاراً أو منقولاً؛ أمّا إذا لم تتعطل؛ فلا يجوز بيعه واستبداله؛ لأنّ الأصل تحريم البيع، ويُباح لأجل الصّورة صيانةً لمقصود الوقف⁽⁶⁾.

1- انظر: ابن عابدين: رد المختار، ج/6، ص/584.

2- انظر: محمد أبو زهرة: محاضرات في الوقف، ص/185.

3- انظر: ابن موق: التاج: والإكليل بمأمش مواهب الجليل، ج/6، ص/41.

4- انظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج/5، ص/480.

5- انظر: الرّملي: نهاية المحتاج، ج/5، ص/394، 395. الخطيب الشّريبي: مغني المحتاج، ج/2، ص/392.

6- انظر: المرادوي: الإنصاف، ج/7، ص/391، 392.

والظاهر أنّ رأي الحنابلة أقوى، وذلك لكونه موقفاً وسطاً؛ حيث لم يُيحوا الاستبدال ولم يمنعوه على وجه الإطلاق؛ وإنما قصره على حال الضرورة والاستثناء وهذا هو الأصل؛ وفي ذلك السياق يقول أبو زهرة: «ونرى من هذا أنهم يفتحون باب الاستبدال، ولكنهم يقصرونه على حال الضرورة، وهي: ألا يكون الموقوف صالحاً للغرض الذي كان منه»⁽¹⁾.

ولما كان الاستبدال من التصرفات التي تجري على الوقف على سبيل الضرورة والاستثناء، كان لازماً وضع شروط وضوابط تحفظه وتحميه من العبث، وهي كالاتي⁽²⁾:

أ- أن لا يكون هناك ريع للوقف يُعمر به: وذلك بتعطّل منافع العين تعطّلاً كلياً أو جزئياً؛ بحيث يُصبح ريعه وخراجه لا يكفي لصيانته وإصلاحه، ولم يُوجد من يرغب في استجاره مدة طويلة بأجرة مُعجّلة تصرف في إصلاحه، وذلك ما عناه ابن قدامة بقوله: "إلا أن يبلغ في قلة النفع إلى حد لا يعد نفعاً؛ فيكون وجود ذلك كالعدم"⁽³⁾.

ب- أن لا يتم البيع بغبن فاحش: ويُقصد بالغبن الفاحش الغبن المؤثّر؛ إذ الأصل في الاستبدال خلوّه من الغبن مُطلقاً، ويعمل الناظر قصارى جهده في ذلك؛ حيث يقول ابن همام في ذلك: "ولو باع الوقف بغبن فاحش لا يجوز البيع"⁽⁴⁾؛ وحُدّد الغبن الفاحش عند بعض الفقهاء بخمس القيمة الحقيقيّة للعقار الموقوف شرط التحري والتقصي؛ أمّا إن قلّ عن خمس القيمة فيدخل ضمن الغبن اليسير المغتفر⁽⁵⁾.

والذي يظهر أنّ بيع الموقوف لا ينبغي أن يكون بغبن مُطلقاً؛ سواءً كان فاحشاً أو غير فاحش؛ ذلك أنّ القيم لا يملك أن يتنازل عن أيّ شيء من الوقف؛ لأنّ ذلك يجري مجرى التبرّع بما لا يملك.

ج- أن لا يكون ثمن البيع مُوجّلاً: حمايةً للوقف من خطر العجز عن السداد.

1- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، ص/176.

2- انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ج/6، ص/586، 587. وهبة الزحيلي: الوصايا والأوقاف، ص/193. بن تونس زكريا: المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأملك الوقفية، ص/152.

3- انظر: موفق الدين ابن قدامة: المغني، ج/6، ص/127.

4- انظر: ابن الهمام: شرح فتح القدير، ص/229.

5- انظر: عبد الرحمن عشوب: كتاب الوقف، ص/96.

د- أن لا يبيع الواقف أو المتولي لمن له دينٌ على المستبدل: وذلك سداً للدائر وزيادة في الاحتياط؛ لأنه قد يعجز عن سداد الدين ويكون الوقف عرضة للضياع، أو يردّ الدائن شراءه في مُقابل دينه؛ إذ لا سبيل إلى ردّ الموقوف بعد تمام البيع.

هـ- خلوّ عمليّة الاستبدال من التهمة: إذ الأصل أن لا يبيع المتولي أو الواقف المال الموقوف لمن لا تُقبل شهادتهم من أصوله وفروعه وأزواجه، ولا يشتري منهم كذلك؛ لأنّ التصرف في الوقف بالبيع أو الشراء في مُسمى الاستبدال لواحد من هؤلاء؛ كافٍ لورود الشبهة والتهمة في ذلك.

هذه جملة الشّروط المتفق عليها، بالإضافة إلى ضوابط أخرى تدرج ضمن الإجراءات الشكلية لاستبدال الوقف؛ وذلك زيادةً في الحفظ، ومن جملة ذلك ما ذكره الطرطوسي: - أن يفحص القاضي بنفسه إن أمكن الوقف والبدل. - أن يُكلّف اثنين من الخبراء العادلين والأمناء بالفحص لتبيّن أنّ الغبطة في جانب الوقف؛ فإنّ ثبت ذلك؛ أُذن في الوقف. - أن يكتب كتاب الاستبدال، بعد أن يدعي الاستبدال وتسمع الشّهادة عليه⁽¹⁾.

أما في قانون الأوقاف الجزائري؛ فقد تحدّث المشرّع عن الاستبدال في المادّة: 24 منه، والتي نصّت على أنه: [لا يجوز أن تُعوّض عينٌ موقوفة أو يُستبدل بها ملك آخر إلا في الحالات الآتية:

- حالة تعرّضه للضياع والاندثار.
- حالة فقدان منفعة الملك الوقفيّ مع عدم إمكانية إصلاحه.
- حالة الضرورة العامّة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عامّ في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية.
- حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف، وانتفاء إتيانه بنفع قطّ، شريطة تعويضه بعقار يكون ممثلاً أو أفضل منه.

ويلاحظ على هذه المادّة ما يلي:

1- انظر: محمد أبو زهرة: محاضرات في الوقف، ص/187.

- أنّ المشرّع جعل الاستبدال على وجه الضّرورة والاستثناء، ولا يُلجأ إليه إلا في الحالات المذكورة في المادّة، وبالتّنظر إليها؛ نجدها ضمن حالة تعطلّ منافع الوقف، أو حالة نزاع المملكيّة للمنفعة العامّة التي تحدّث عنها المملكيّة.

- أنّ مدلول النّصّ القانونيّ يُركّز على الملك الوقفيّ الذي هو من قبيل العقار، ولا يُشير إلى الملك الذي هو من قبيل المنقول، ولعلّ المشرّع ساير الواقع؛ إذ نجد جُلّ الأملاك الوقفيّة عقارات، وكان من الأنسب أن يُشير إلى المنقول، خاصّة بعد جريان العمل به في وقتنا الحاضر؛ ومن جهة أخرى يظهر أنّ المنقول يندرج ضمن نصّ المادّة؛ فما دام المشرّع أجاز استبدال العقار على سبيل الضّرورة؛ فالمنقول أولى في ذلك لتسارع التّلف إليه.

- أنّ المشرّع لم يضع الآليات والإجراءات المتّبعة في عملية الاستبدال؛ كما لم يُوضّح طريقة بيع الوقف أو مُقايضته؛ كما أنّه لم يُحدّد الجهة المختصّة أو المسئولة عن هذه العمليّة؛ فاكتمل بالتّنبه على حالات الاستبدال المذكورة في المادّة: 24، وأشار إلى جهة يكتنفها الكثير من الغموض بقوله: [تثبت بقرار من السّلطة الوصيّة بعد الخبرة والمعاينة]؛ ولفظ السّلطة الوصيّة عامٌّ يحتاج إلى تخصيص وتدقيق؛ لكنّه سمح للجنة الأوقاف من خلال القرار الوزاريّ رقم: 29 المؤرّخ في 21 فيفري 1999، أن تُنشيء لجاناً مؤقتة لدراسة حالات خاصّة، ويمكن أن تُدرج عمليّة الاستبدال ضمن الحالات الخاصّة⁽¹⁾.

⁽¹⁾- انظر: بن تونس زكريا: المسؤولية المدنيّة المترتبة عن إدارة الأملاك الوقفيّة، ص/161.

المطلب الثاني: التغيير والتبديل:

التغيير يكون في مصارف الوقف وطرق الصرف؛ أما التبديل فيكون في الأعيان الموقوفة؛ وإذا ذكر التغيير وحده شمل التغيير في المصارف والأعيان، وكذلك التبديل إذا ذكر منفرداً؛ فإنه يشمل الأمرين معاً⁽¹⁾.

والتغيير الذي نعنيه: هو ما كان مؤثراً على أصل الوقف؛ كإحداث بناء أو غراس مما قد يرتب عليه حقوقاً تجعله محل ملكية أو دعوى تملك؛ أما التغيير الذي هو من قبيل التحسين والصيانة والترميم؛ فهو داخل في التصرفات التي هي في حكم الاستغلال والاستعمال التي لا بأس بها عند الاقتضاء.

والتغيير قد يقع من الواقف، وقد يقع من الموقوف عليه، وقد يقع من المتولي عليه، وقد يكون من الغير؛ سواءً أكانت تربطه بالوقف علاقة قانونية كالمستأجر والمحتكر، أو غير قانونية، كالغاصب والمعتدي⁽²⁾.

واتفق الفقهاء على جواز التغيير، وأنه لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة والمصلحة⁽³⁾؛ ولكنهم اختلفوا في ملكية ما يحدث على الوقف من بناء وغيره؛ هل هو للباقي أو للواقف؟ ويمكننا أن نجمل أقوالهم فيما يأتي:

1- الحنفية: فرقوا بين المستأجر والمتولي والواقف⁽⁴⁾:

- المستأجر: كل تغيير يحدثه بلا إذن الناظر وكان من ماله؛ فهو وقف ما لم ينوي أنه للوقف.
- متولي الوقف: إذا كان بمال الوقف؛ فهو وقف؛ سواءً بناه للوقف أو لنفسه أو اطلق ذلك، وإذا كان البناء من ماله للوقف وأطلق فهو وقف، وإن بناه لنفسه وأشهد أنه له قبل البناء فهو له.
- الواقف: إذا أحدث الواقف بناء وأطلق في ذلك، بأن لم يبين أنه له أو للوقف فهو له.

1- محمد أبو زهرة: محاضرات في الوقف، ص/162.

2- انظر: بن تونس زكريا: المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأملاك الوقفية، ص/146.

3- انظر: القرافي: الذخيرة، ج/6، ص/332. الرملي: نهاية المحتاج، ج/5، ص/366، المرادوي: الإنصاف، ج/7، ص/94.

4- انظر: ابن عابدين: رد المختار، ج/6، ص/678، 679.

2- المالكية: فرّقوا بين المحبس عليه والأجنبي:

- المحبس عليه: إذ أحدث بناء أو غراسا على أرض الوقف ولم يُبيّن؛ فهو وقف، وإن بيّن أنّه له؛ فإنّه له ويستحقّه ورثته.

- الأجنبي: إذا أوضح أنّه وقف؛ فهو وقف، أو جعله ملكاً له فهو له، وإن مات ولم يُبيّن فهو ملك له ولورثته، وله نقضه ما لم يكن الوقف محتاجاً إليه؛ وإلا يُوقّف له جميع ما صرفه في البناء أو الغراس ويُجعل وقفاً بدله⁽¹⁾.

3- الشافعية: قيّدوا ما يُستحدث في الوقف بما اشترط في عقد الإجارة؛ وقيّدوا أن تؤجّر العين بشرط القطع عند انقضاء المدة⁽²⁾، وإن أطلق المتعاقدان ذلك في العقد دون اشتراط قلعه أو تركه؛ فإن كانت قيمة الغرس والبناء مقلوعاً كقيمته قائماً أخذ المستأجر بقلعه؛ وإن كانت قيمته مقلوعاً أقلّ من قيمته قائماً، وبذل ربّ الأرض قيمة الغرس والبناء قائماً، أو ما بين قيمته مقلوعاً، كان للمستأجر تركه، وإن لم يبذل ربّ الأرض قيمة الغرس والبناء، وامتنع المستأجر من بذل أجرة المثل بعد انقضاء المدة فعليه قلعه، وإن بذل أجرة المثل فالغرس والبناء مُقرّان⁽³⁾.

3- الحنابلة: كلّ ما يحدث من بناء وغراس؛ فهو للوقف ابتداءً ما لم تقم البيّنة على خلافه؛ فإنّ غرس أو بني موقوف عليه أو ناظر، وأشهدوا أنّ ذلك لهم؛ فهو لهم، وإن لم يكن فهو للوقف؛ فإنّ كان بمال الوقف أو صرّحوا بأنّه للوقف فهو وقف؛ أمّا الأجنبي فإنّ ما يُحدثه من بناء وغراس موقوف على البيّنة⁽⁴⁾.

وتحدث المشرّع الجزائري في قانون الأوقاف عن التغيير في المادة: 219 من قانون الأسرة رقم: (84-11)؛ حيث نصّ على أنّ: [كلّ ما أحدثه المحبس من بناء أو غرس على المحبس يُعتبر من الشّيء المحبس].

(1) - انظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج/6، ص/488.

(2) - انظر: أبو يحيى زكريا الأنصاري: أسنى المطالب شرح روض، ج/5، ص/406، 407.

(3) - انظر: التّووي: المجموع، ج/15، ص/71.

(4) - انظر: البهوتي: شرح مُنتهى الإرادات، ج/2، ص/506.

أما المادة: 220 من قانون الأسرة؛ فقد أكدت على حرمة العين الوقفية وعدم زوالها حتى ولو تغيرت طبيعة الوقف، حيث نصت المادة: 25 من قانون الأوقاف (91-10) على أن: [كلّ تغيير يحدث بناءً أو غراساً يلحق بالعين الموقوفة، ويبقى الوقف قائماً شرعاً مهما كان نوع ذلك التغيير]، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 1998، ملف رقم: 183643⁽¹⁾.

وأما المادة: 26 مكرّر 4 من نفس القانون؛ فتحدثت عن التغيير المعنوي الذي يختصّ بوجهة الوقف إلى ما هو أصلح له وللمستحقين، ما لم يُقيد ذلك شرطاً من شروط الواقف، ويجوز المصيرُ إلى التغيير عند قيام الضرورة والمصلحة؛ حيث جاء في المادة: [يصحّ تغيير وجهة الملك الوقفي إلى ما هو أصلح له وللمستحقين، ما لم يمنع ذلك شرطاً من شروط الواقف، وفي حالة وجود مانع، يُلجأ إلى القاضي الذي يُصدر حكماً يُراعي مصلحة الوقف والموقوف عليهم، وفقاً للأحكام والإجراءات المنصوص عليها في القانون].

أما القضايا التي وقع فيها التصرف قبل صدور قانون الوقف؛ فقد أشارت المادة: 25 منه على تسويتها بالتراضي بين المعنيين والسلطة المكلفة بالأوقاف طبقاً لأحكام هذا القانون؛ غير أن طريقة التراضي وغياب التنصيص القانوني على آلياتها وكيفيةها، قد تشوّبها شائبة الاستغلال والتواطؤ على مال الوقف من قبل القائمين على إدارة الوقف وشؤونه؛ لذا لزم تحديده الآليات وضبطها بشكل جيد حتى لا تضيع الحقوق؛ خصوصاً وأنّ المشرّع قد حسم الخلاف بجعل التغييرات التي تُحدث مملوكةً للوقف⁽²⁾.

(1) - المجلة القضائية، العدد: 01 - 1999م، ص/89.

(2) - انظر: بن تونس زكريا، المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأملاك الوقفية، ص/148، 149.

المبحث الثاني:

القسمة:

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم القسمة.

المطلب الثاني: أحكام قسمة الوقف.

جامعة
عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول: مفهوم القسمة⁽¹⁾.

القسمة هي "تصيير مُشاع من مملوك مالكين فأكثر، مُعَيِّنا ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض"⁽²⁾؛ وتعيين المشاع؛ يكون بإفراز الحصص بعضها عن بعض بمقياس من المقاييس المعتمدة كالكيل والوزن والذراع⁽³⁾.

أما في الاصطلاح القانوني؛ فلم يضع المشرع الجزائري تعريفاً للقسمة، وإنما ترك ذلك لشراح القانون الذين عرفوا القسمة بأنها: "سبيل إزالة حالة الشيوع، وبمقتضاه يختص كل شريك بجزء يتناسب مع حصته في المال الشائع"⁽⁴⁾.

فالقسمة إذن ترد على الملكية فتزِيل عنها وصف الشيوع، وتُعطيها وصف الاستئثار والإفراز، وبذلك تفترق عن قسمة المهابة التي تستبقي الشيوع في الملكية، ولكن مع تنظيم الانتفاع بالشيء الشائع بين الشركاء على نحو مُفرز⁽⁵⁾.

وإذا أُطلق مُصطلح القسمة؛ قصد به القسمة العينية التي تُحوّل الحصص الرّمزية للشركاء إلى أنصبة مادية، وتُعطي لكل شريك الجزء المُفرز المقابل والمعادل لخصته الرّمزية؛ ليكون محلاً للملكية الخالصة دون مُزاحمة الباقين.

والذي يعنينا من القسمة؛ هو قسمة أعيان الوقف على الموقوف عليهم عند تعطله وخرابه، شرط عدم التمكّن من تعميره أو تأجيده؛ أما القسمة المتعلقة بالغلّات والرّيع؛ فذلك من مُستلزمات الوقف.

1- القسمة لغة: مصدر قَسَمَ الشّيء يُقسِمُه قَسْماً أي جزأه، والقسَم بالكسر النّصيب والحظُّ، يُقال: قَسَمَت الشّيء بين الشّركاء؛ أي أعطيت كلّ شريك مِقْسَمه وقِسْمه وقَسِيمه؛ و من الجّاز قسم الدهر القوم قسماً أي فرّقهم، فالقسمة تعني التّجزئة والتّفرقة والإفراز؛ انظر: ابن منظور: لسان العرب، ج/12، مادة: قسم، ص/484.478.

2- محمد الرّصاع: شرح حدود ابن عرفة، ج/2، ص/220.

3- مجلة الأحكام العدلية، دار صبح للطباعة والنّشر، بيروت، لبنان، دط، 1999م، ص/215.

4- أحمد خالدي: القسمة بين الشّريعة الإسلاميّة والقانون المدنيّ الجزائريّ، دار هوم، الجزائر، دط، ص/21، 22.

5- انظر: أحمد خالدي: القسمة بين الشّريعة الإسلاميّة والقانون المدنيّ الجزائريّ، ص/21.

المطلب الثاني: أحكام قسمة الوقف.

اختلف الفقهاء في قسمة الوقف على مُستحقّيه؛ وأصل ذلك اختلافهم في ملكية الوقف؛ هل هو باقٍ على ذمة الواقف أو ينتقل إلى الموقوف عليهم، أو يكون ملكاً لله عزّ وجلّ؟ وفيما يلي ذكرٌ أقوالهم موجزةً:

- **القول الأوّل:** لا تجوز قسمة الوقف قسمة أعيان؛ لأنّ الموقوف عليه لا ملك له في العين الموقوفة، وإنّما لديهم الحقّ في المنفعة؛ فإذا جازت القسمة؛ فإنما تجوز في المنافع، وهو ما يُسمّى بقسمة المهايأة⁽¹⁾، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة؛ غير أنّهم اختلفوا في شروط قسمة المهايأة على النحو الآتي:

1- الحنفيّة: اشترطوا في ذلك عدم الاستدامة؛ لكي لا يُؤدّي بعد طول الزمن إلى ادّعاء كلّ واحد منهم الملكية؛ أمّا قسمة أعيان الوقف على المستحقّين؛ فلا يجوز؛ لأنّ حقّهم ليس في العين بل في المنفعة⁽²⁾.

2- المالكيّة: اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال: قولٌ بعدم جواز ذلك بحال من الأحوال؛ وهو قول الإمام مالك، وقولٌ بجواز ذلك مُطلقاً، ويُجبر مَنْ أبي منهم على القسمة، وقولٌ بجواز ذلك إذا تراضى عليه المستحقّون؛ وهو مذهب الشافعيّة أيضاً؛ وهذه القسمة عندهم إنّما تكون في حالة ما

1- المهايأة: "بالمزة في الدار ونحوها مقاسمة المنافع؛ وهي: أن يتراضى الشريكان أن ينتفع هذا بهذا التّصف المفرز وذلك بذلك التّصف، أو هذا بكله في كذا من الزمان وذلك بكله في كذا من الزمان بقدر مدة الأوّل"، انظر: نجم الدين التّسفي: طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهيّة، تحقيق: خالد عبد الرّحمن العك، دار النّفائس، ط/2، 1420 هـ/1999م، ص/266.

نقل ابن عابدين عن فتاوى ابن الشّلي فيما يتعلّق بالمهايأة بقوله: "القسمة بطريق التّهايؤ، هو التّناوب في العين الموقوفة؛ كما إذا كان الموقوف أرضاً مثلاً بين جماعة؛ فتراضوا على أن كلّ واحد منهم يأخذ له من الأرض الموقوفة قطعة مُعيّنة، يزرعها لنفسه هذه السنة، ثمّ في السنة الأخرى يأخذ كلّ منهم قطعة مُعيّنة يزرعها لنفسه هذه السنة، ثمّ في السنة الأخرى يأخذ كلّ منهم قطعة غيرها، فذلك سائغ ولكنه ليس بلازم فلهم إبطاله"؛ انظر: ابن عابدين: ردّ المختار، ج/6، ص/541.

2- انظر: ابن عابدين، رد المختار، ج/6، ص/541. الشرواني: حواشي الشرواني، دار إحياء التراث العربي، دط، دت، ج/10، ص/206، 207. يحيى بن محمد الخطاب: أحكام الوقف، إعداد: عبد القادر الباجي، رسالة ماجستير، دار ابن حزم، ط/1، 1430 هـ/2009م، ص/290.

إذا كانت على جماعة مُعيّنة؛ أمّا إذا كان الوقف على مَنْ لا يُحاط بهم كالفقراء؛ فإنّ الناظر يُعطي من الغلّة بالاجتهاد⁽¹⁾.

- **القول الثاني:** تجوز قسمة الوقف قسمة تمليك؛ وهو مذهب الحنابلة؛ غير أنّهم اختلفوا في بعض التفاصيل: فمنهم من قال بجواز قسمة الموقوف ولو كان على جهة واحدة⁽²⁾، ومنهم من قال إنّ الوقف لا تجوز قسمته؛ إلا إذا كان على جهتين؛ أمّا الوقف على جهة واحدة؛ فلا تُقسم عينه قسمةً لازمة، لتعلّق حقّ الطبقة الثانية والثالثة؛ لكن تجوز المهالبة بلا مُناقلة⁽³⁾.

أمّا في قانون الأوقاف الجزائريّ؛ فلم يتطرق المشرّع إلى قسمة أعيان الوقف عند تعطّلها وانعدام المنفعة فيها؛ والظاهر من خلال نصوص موادّ القانون المتعلّقة بالأوقاف عدم جواز قسمة الوقف قسمة أعيان؛ وذلك اعتباراً للشخصيّة المعنويّة التي يتمتّع بها الوقف، وهي شخصيّة تُكسبه ذمّةً مُستقلّة عن ذمّة أصحابه؛ وتجعل منه ملكاً غير قابل للقسمة؛ حيث نصّت المادة: 05 من قانون الأوقاف على أنّ: [الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتّع بالشخصيّة المعنويّة، وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها].

كما جعل قانون الأوقاف حقّ الموقوف عليهم محصوراً في الانتفاع بالموقوف دون ملكيّة عينه، وهذا ما نصّت عليه صراحة المادة: 18 من قانون الأوقاف؛ حيث جاء فيها: [ينحصر حقّ المنتفع بالعين الموقوفة فيما تُنتجه، وعليه استغلاله استغلالاً غير مُتلف للعين، وحقّه حقّ انتفاع لا حقّ ملكيّة].

ويمكّننا القول: بأنّ المشرّع الجزائريّ قد أحسن القرار بعدم إجازة القسمة؛ لما في ذلك من حماية ظاهرة للوقف واحترام لإرادة الواقف؛ فالقسمة تؤول بلا شكّ إلى موت الوقف وتقلل من شأنه.

1- انظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج/5، ص/250. النّوّوي: روضة الطالبين، إشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، دط، 1415 هـ/1995م، ج/9، ص/369.

2- البهوتي: شرح مُنتهى الرّادات، ج/3، ص/513.

3- البهوتي: المصدر نفسه، ج/3، ص/513.

فالأصل عند المشرّع الجزائري؛ أنّه لا تجوز قسمة الوقف قسمة أعيان؛ أمّا ما يتعلّق بقسمة
المهاياة؛ فقد نظّم المشرّع أحكام هذا النوع من القسمة في القانون المدنيّ في المواده: 733 إلى
736.

ومادام قانون الوقف قد أحال على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نصّ خاصّ؛ فإنّه
يمكن تطبيق هذا النوع من القسمة على الوقف إذا جرى الالتزام بشروطها؛ والتي من أهمّها:- عدم
استدامة المهاياة التي قد تُعرض الوقف لدعوى الحيازة والملكية، وقد نصّت المادة: 733 فقرة 2 من
القانون المدنيّ على ذلك بقولها: [إذا دامت قسمة المهاياة خمسة عشر سنة، انقلبت إلى قسمة نهائية
ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، وإذا حاز الشريك على الشئوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مُدّة
خمس عشر سنة؛ افترض أنّ حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة المهاياة].

وهذه المادة تتعارض مع طبيعة الوقف؛ إلا أنّها تركت مجالاً لتغيير ذلك بالشّرط المسبق، وأيّاً
يكن الأمر؛ فإنّ هذه القسمة لا تُتصوّر إلا في الوقف الذريّ، والمشرّع الجزائريّ قد ألغى العمل بهذا
النوع من الأوقاف؛ وأمّا الوقف الخيريّ؛ فلا يُمكن فيه ذلك؛ لأنّ المستحقّين فيه غيرُ محصورين؛ اللهم
إلا إذا وُضعت القسمة على الموجودين دون غيرهم!؟

المبحث الثالث:

الحكر والمرصد:

وفيه المطالب الآتية:

المطلب الأول: الحكر.

المطلب الثاني: المرصد.

المطلب الأول: الحكر⁽¹⁾:

- مفهوم الحكر: الحكر عقدُ إجارة، يُقصد به استبقاء الأرض مُقرّرة للبناء والغرس أو لأحدهما⁽²⁾، أو هو بعبارة أخرى: "أن تُعطى الأرضُ الموقوفة المتعطّلة لمن يعمرها أو يخرسها؛ فتكون بيده مُؤبّدة مادام فيها بناؤه أو غراسه، ويجعل عليها مبلغ معلومٌ للجهة الموقوفة عليها، يُؤديه مُستعير الأرض كلِّ عام ويُسمّى حكراً، ويكون للمُستعير التّصرّف في المباني والأشجار؛ لأنّها ملكه فيتصرّف فيها بالبيع والإجارة وغيرها؛ فإنّ باعها ينتقل الحكرُ معها، ويكون على المُشتري للجهة الموقوفة عليها الأرض"⁽³⁾.

أمّا في الاصطلاح القانونيّ فالحكر: "هو عقد يُكسب المحتكر بمقتضاه حقّاً يُحوّله الانتفاع بأرض مُعيّنة، بإقامة بناء عليها، أو باستعمالها للغرس أو لأيّ غرض آخر؛ وذلك في مقابل أجره مُعيّنة"⁽⁴⁾.

فالحكر إذاً عقدٌ يُصنّف ضمن الإيجارات ذات المدد الطويلة، ويُنشئ حُقوقاً عينيّة على الأرض الموقوفة، وقد ارتبط اسم الحكر بالوقف؛ سواءً كان وقفاً عامّاً أو شائعاً أو خاصّاً، ولا مانع من جريانه في العقارات المملوكة ملكيّة خاصّة، وإن كان أكثر أقوال العلماء منصبّاً على الحكر القائم على الأرض الموقوفة دون غيرها⁽⁵⁾.

وقد نصّ المشرّع الجزائريّ على صورة عقد الحكر بموجب المادّة: 26 مُكرّر 02 من قانون الأوقاف؛ إذ نصّت على أنّه: [يُمكن أن تُستثمر عند الاقتضاء الأرضُ الموقوفة العاطلة بعقد

1- لغة: الحِكر بالكسر: ما يُجعل على العقارات ويُجس، والحاكورة، قطعُ أرضٍ تُحكَر للزّرع؛ انظر: ابن منظور: لسان العرب، ج/4، مادة: حكر، ص/208. ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، مادة: حكر، ص/278.

2- ابن عابدين: رد المحتار، ج/6، ص/592.

3- مجموع الرّسائل في المناقلة والاستبدال بالأوقاف، تحقيق وتعليق: محمد سليمان الأشقر، مؤسّسة الرّسالة، ط/2، 1422 هـ/2001 م، بيروت، لبنان، ص/10،9.

4- سليمان مرقس: شرح القانون المدنيّ، عقد الإيجار، مؤسّسة روز اليوسف، مصر، ط/4، 1985 م، ص/913،914.

5- انظر: علي محيي الدين القره الداغي: تنمية موارد الوقف والحفاظ عليها، مجلة الأوقاف، العدد: 07، ص/46.

الحكر، الذي يُخصّص بموجبه جزءٌ من الأرض العاطلة للبناء أو الغرس لمدة مُعيّنة؛ مُقابل دفع مبلغ يُقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد؛ مع التّزام المستثمر بدفع إيجار سنويّ يُحدّد في العقد، مُقابل حقّه في الانتفاع بالبناء أو الغرس وتوريثه خلال مُدّة العقد، مع مُراعاة أحكام المادّة: 25 من قانون (90-10) المؤرّخ في 1991/04/27⁽¹⁾.

- أحكام عقد الحكر: لم يرد بشأن عقد الحكر نصٌّ خاصٌّ به؛ إلا مندرجٌ تحت العامّ القاضي بإباحة العقود ولزوم الوفاء بها إلا لمانع مُتقرّر؛ فكلّ عقد يجب الوفاء به مادام مُوافقاً لشرع الله تعالى، ؛ يقول السرخسي: "حاجة الناس أصلٌ في شرع العقود؛ فيُشرع على وجهٍ ترتفع به الحاجة ويكون مُوافقاً لأصول الشرع"⁽²⁾؛ والحكر عقدٌ من العقود التي يحتاج الناس إليها بلا شك⁽³⁾.

وإذا كان من المقاصد الأصلية للوقف؛ الإحسان من الواقف للموقوف عليهم؛ ابتغاء لثواب الله بقضاء حاجتهم وسدّ خللتهم بالانتفاع بغلّة العين الموقوفة، ثمّ خربت بمرور الزّمن وتعطلّ انتفاع المستحقّين من الوقف، ولم يُوجد ريعٌ مرصودٌ لعمارة الوقف الحَرَب، ولم يُوجد من يستأجر العين الموقوفة لمُدّة مُحدّدة؛ بحيث يندر وجود مُستأجر يرضى بتحمّل نفقات الإصلاح، أو إقامة بناء أو زرع أو غراس، مع دفع الأجرة لمدة مُحدّدة ثمّ ينتهي عقد الإيجار، ويُؤمر بقلع ما أنشأه؛ فلا مناص من اللّجوء إلى عقد الحكر⁽⁴⁾.

وقد أفتى الإمام الخصّاف في القرن الثالث الهجريّ، بجواز وقف الحانوت الذي يبيّنه المستأجر على الأرض السّلطانية؛ حيث جرى العرف آنذاك ببقاء البناء في أيدي أصحابه يتوارثونه، ولا يتعرّض لهم السّلطان فيه، وإنما له عليهم الغلّة يأخذها منهم، ومضى على العمل بذلك دهورٌ والأبنيّة في أيديهم يتبايعونها ويُجرّونها، وتحوّز فيها وصاياهم ويهدمون بناءها، ويُغيّرونه وينون غيره⁽⁵⁾.

1- نصّت المادّة: 25 على أن: [كلّ تغيير يحدث، بناء أو غرساً يلحق بالعين الموقوفة ويبقى الوقف قائماً شرعاً].

2- السرخسي: المبسوط، ج/8، ص/2577.

3- انظر: صالح بن سليمان بن حمد الحويص: أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلاميّ، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والدراسات الإسلاميّة، قسم الدراسات العليا الشرعيّة، المملكة العربية السعودية، 1427 هـ/1428هـ، ص/90.

4- صالح بن سليمان بن حمد الحويص: أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلاميّ، ص/90.

5- برهان الدين الطرابلسي: الإسعاف ص/26، 25.

وقاس فقهاء الحنفية عقار الوقف على العقارات السلطانية، بجامع عدم جواز التصرف الناقل للملكية الأرض في كلٍّ منهما، مع حاجتهما إلى الاستغلال بالتأجير ليستمر الانتفاع بهما، مع إمكانية رعاية مصلحة المتعاقدين من غير ضرر؛ فالمحكر مصلحته في التأجير بأجرة المثل وألا يترك عقار الوقف بدون استغلال، والمستحكر مصلحته في بقاء ما يُقِيمه على الأرض المحكرة، وهو راض بدفع أجر المثل؛ فيكون أولى بالإيجار من غيره دفعاً للضرر⁽¹⁾.

فالحنفية لم يتطرقوا إلى موضوع الحكر مباشرة، وإنما يمكن استخلاص ذلك من خلال تطرقهم إلى عقد الإجارة الطويلة المدّة، باعتبار الحكر من الإيجارات ذات المدد الطويلة التي قد تقع على الوقف، وقد تطرقنا إلى ذلك في عقد الإجارة⁽²⁾؛ فمنهم من أجازهُ مُطلقاً، وهو رأي الشافعية والحنابلة⁽³⁾، ومنهم من أجازهُ بشروط، وهو رأي الحنفية والمالكية⁽⁴⁾، ومنهم من لم يُجزه مُطلقاً كالأذرعي والزركشي من الشافعية⁽⁵⁾.

وعلى كلِّ حال؛ فالحكر أفضل من بقاء الوقف خرباً مُعطلاً، وإن كان هناك خلافٌ في جوازهِ؛ لكن العمل بقاعدة: "يُفتى بكلِّ ما هو أنفع للوقف ممّا اختلف فيه العلماء"؛ يلجئنا إلى تجويز عقد الحكر؛ ما دام المقصودُ منه تحقيقُ مصلحة الوقف، ومادامت الضّرورة وحاجة الناس إلى العمل به قائمةً.

أما ما يتعلّق بِمدّة عقد الحكر؛ فالأصل أن يكون مُحدّد المدّة، مثله في ذلك مثل سائر العقود؛ لكن من الفقهاء من حَكَم العُرف في ذلك مثل ما ذهب إليه العدوي المالكي بقوله: "جرى العرفُ بمصر أن الأحكار مُستمرّة للأبد، وإن عُيّن فيها وقت الإجارة مُدّة؛ لكنهم لا يقصدون خصوص تلك المدّة، والعرفُ عندنا - أي في مصر - كالشرط؛ فمن احتكر أرضاً مُدّة ومضت؛ فله أن يبقى،

(1) - انظر: صالح بن سليمان بن حمد الحويص: المرجع نفسه، ص/91.

(2) - انظر: ص/94 من هذه الرسالة.

(3) - انظر: الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، ج/9، ص/443. ابن قدامة: المغني، ج/8، ص/10، 11.

(4) - انظر: ابن عابدين: رد المحتار، ج: 6، ص/605، 606، 607. العدوي: حاشية العدوي على شرح الخليل، ج/7، ص/399، 400، 401.

(5) - انظر: علي محيي الدين الداغي القره: تنمية موارد الوقف والحفاظ عليها، مجلة الأوقاف، العدد: 07، ص/47.

وليس للمتولي أمر الوقف إخراجهم⁽¹⁾؛ ومنهم من جعل مدة العقد مُطلقة غير مُقدّرة؛ إذ العقد على المنفعة في مواضع الحاجة من غير تحديد مُدّة معيّنة جائز⁽²⁾؛ غير أنّ ذلك لا يمنع من تحديد المُدّة في عقد الحكر، واشتراط إخراج المحتكر بعد مُضيّ المدة المتفق عليها؛ سداً لباب النزاع، وحمايةً للوقف من الضياع.

- شروط صحّة عقد الحكر: تختلف شروط التّحكير في الملك المطلق والعقارات السلطانية، عن التّحكير في الأوقاف؛ ففي غير الأوقاف، يكتفى بشروط الإجارة العامّة؛ أمّا في الوقف فهناك شروط زائدة عن الشّروط العامّة، وضعها الفقهاء حماية للوقف وصوناً له من الضياع، وإبطال وقفتيه عندما تكون مدة التّأجير طويلة أو مُطلقة، مُفرّقين بين حالين هما: التّحكير للمصلحة، والتّحكير للضرورة⁽³⁾.

- الحال الأولى: التّحكير للمصلحة: وهي إجارة الأرض الموقوفة للبناء أو الغراس مُدّة مُعيّنة، وبعد انقضائها؛ للمستأجر أن يُبقي الأرض في يده بشروط ثلاثة هي: 1- أن يكون التّحكير بأجرة المثل. 2- ألا يكون المستأجر أو وارثه مفلساً أو سيء المعاملة، أو متغلباً يخشى على الوقف. 3- أن يكون بناء المستأجر أو غراسه قائماً بعد انتهاء مدة الإجارة المعيّنة. فإذا توافرت هذه الشّروط؛ أُجبر ناظر الوقف على استبقاء الأرض بيد المستأجر؛ إذا أراد ذلك، وهذا مذهب الحنفيّة والمالكيّة⁽⁴⁾.

ويرى فقهاء الشّافعيّة والحنابلة⁽⁵⁾ أنّ المستأجر محيّزٌ بين الإبقاء والنّقص؛ فإن أراد الإبقاء؛ خيّر خيّر الوقف بين تملكه بقيمته وتركه بأجرة المثل، أو قلعه مع ضمان النّقص الذي يرد عليه؛ وقيد الشّافعيّة تملك الوقف، بما إذا شرط الواقف جواز مثل هذا التّصرف من الرّيع؛ وكان ذلك أصلح

1- العدوي: حاشية العدوي على الخرشبي، ج/7، ص/364.

2- انظر: صالح بن سليمان بن حمد الحويص: أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، ص/92، 93.

3- انظر: صالح بن سليمان بن حمد الحويص: المرجع نفسه، ص/98.

4- انظر: ابن عابدين: رد المحتار، ج/6، ص/678، 679. الدسوقي: حاشية الدسوقي، ج/6، ص/488. وراجع

في ذلك: صالح بن سليمان بن حمد الحويص: المرجع السابق، ص/99.

5- انظر: التّووي: المجموع، ج/15، ص/71. البهوتي: شرح مُنتهى الإيرادات، ج/2، ص/506.

لوقف من التّبقية بالأجرة⁽¹⁾؛ أمّا الحنابلة فقد قيّدوا التّملك؛ بما إذا رأى الناظر مصلحةً في ذلك دون شرط من الواقف أو رضا المستحق⁽²⁾.

- الحال الثّانية: التّحكير للضرورة: وفي هذه الحالة يكون الوقف مجرداً من المنفعة تجرّداً كلياً؛ فيضطرّ إلى التّحكير من باب الاضطرار، ويكون الاتفاق في هذه الحالة ابتداءً على إطلاق مُدّة التّحكير⁽³⁾، واشترط الفقهاء لذلك شروطاً منها⁽⁴⁾:

أ- أن تكون العينُ الموقوفة خربة؛ وذلك بخروجها عن الانتفاع بالكليّة عرفاً.

ب- عدم وجود غلّة تفي بعمارة الوقف؛ فتبرز الحاجة حينئذ إلى طريقة تُمَوّل الإصلاحات اللازمة له.

ج- أن لا يوجد من يستأجر الوقف لمُدّة مُحدّدة بأجرة مُعجّلة تُصرف على تعميره، وهذه الطّريقة من أولى الطرق لتعمير الوقف الخرب؛ حيث لا يترتب على بقاء المستأجر حقّ القرار بعد انتهاء المدة المتّفق عليها؛ فالبناء ملكٌ للوقف؛ خلافاً للحكر، ويُشترط في المدة أن لا تزيد على القدر المحتاج إليه؛ لأنّ طولها مظنّة للاستيلاء عليه.

د- أن لا يمكن استبدال عينِ الوقف⁽⁵⁾، وغاية الاستبدال في الوقف هو تحقيقُ مصلحة الموقوف عليهم باستمرار انتفاعهم بعين البدل، على خلاف بين الفقهاء؛ أيهم أفضل؛ التّحكير أو الاستبدال؟ فمنهم من يرى أن الاستبدال أولى عندما يكون الوقف خرباً؛ لأنّ التّحكير يحوّل الوقف إلى مجرد عين مؤجّرة؛ ومنهم من يرى أن التّحكير أولى من الاستبدال؛ باعتباره أخفّ الضّرين.

هـ- أن يكون التّحكيرُ بأجرة المثل وقت العقد.

و- أن يكون التّحكيرُ بإذن القاضي؛ بحيث إذا وجد ناظر الوقف في التّحكير مصلحة؛ فلا بُدّ من إثبات ذلك عند القاضي، مثله في ذلك مثلُ الوصيِّ والقيّم على مال اليتيم؛ لأنّ الحكر يدخل

1- انظر: التّووي: المصدر نفسه، ج/15، ص/71.

2- انظر: البهوتي: شرح مُنتهى الإرادات، ص/506.

3- انظر: صالح بن سليمان بن حمد الحويص: أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، ص/100،99.

4- انظر: صالح بن سليمان بن حمد الحويص: المرجع نفسه، ص/104،99.

5- انظر: مجموع الرّسائل في المناقلة والاستبدال بالأوقاف، الرّسالة الأولى، لابن قاضي الجبل الحنبلي، ص/107.

في معنى التصرف في أعيان الوقف لخطورته، ومن المقرّر: "أن كلّ تصرف في أعيان الوقف بغير شرط الوافق، لا بدّ فيه من إذن القاضي".

ي- أن لا يمنع وليّ الأمر من إنشاء عقد الحكر؛ وخالف في ذلك بعض الفقهاء؛ فذهبوا إلى عدم اشتراط إذن وليّ الأمر؛ وذلك لأنّ القاضي وكيّله في التصرفات الشرعيّة والنظامية فلا حاجة لإذنه مع إذن القاضي.

أما في قانون الأوقاف الجزائريّ؛ فلم يتحدث المشرّع عن عقد الحكر؛ إلا في المادّة: 26 مكرّر 2⁽¹⁾؛ إذ جعله وسيلةً من وسائل استثمار الوقف؛ أمّا الأحكام المتعلّقة بالحكر فلم يتطرّق إليها لا من قريب ولا من بعيد؛ كما أنّه لم يتحدّث عن هذا النوع في القانون المدنيّ باعتباره من الإيجارات⁽²⁾.

ولعلّ السبب في ذلك: هو أنّ الحكر لا يجوز إنشاؤه إلا على العقارات الموقوفة⁽³⁾، ممّا يستلزم الرجوع إلى المادّة: 02 من قانون الأوقاف التي نُحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا عكس ما فعله المشرّع المصريّ والأردنيّ، الذان تطرّقا إلى عقود الإيجار المتعلّقة بالأوقاف بأنواعها جميعاً ومنها الحكر؛ فجدّهم قد وضعوا أحكاماً متعلّقة به من ناحية إنشائه وأركانه وشروطه، والإجراءات المتبّعة في ذلك، والسلطة التي لها الحقّ في توقيعه وغيرها من الإجراءات، لذلك يكون لزاماً على المشرّع الجزائريّ؛ أن يُفصّل في أحكام عقد الحكر؛ لأنّه من العقود التي تمسّ بأصل العين الموقوفة؛ فلا مناص من إيضاح الآليات المستخدمة، والهياكل المسعولة عن إبرام مثل هذه العقود؛ خاصّة وأنّ القانون المدنيّ الجزائريّ لم يتطرّق إليه، ممّا يجعله غامضاً حتى عند أهل الاختصاص.

1- نصّ المادّة: [يمكن أن تستثمر... الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر، الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة للبناء أو للغرس، بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد، مقابل حقه في الانتفاع بالبناء أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد...].

2- سبق أن استعمل المشرّع مُصطلحاً مشابهاً له في النصوص المتعلّقة بالتسيير الذي يعطي حق الانتفاع غير محدد المدة، ونصّ في قانون الثورة الزراعية (71- 73) على مُصطلح حق الانتفاع المؤبد، في حين نصّ قانون (87- 19) على مُصطلح حق الانتفاع الدائم، وورد في قانون التوجيه العقاري (90- 25) مُصطلح حق التمتع الدائم بالنسبة للأراضي الرعوية والحلفائية.

3- عبد الحميد الشواربي: مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، دط، 2001م، ص/906.

المطلب الثاني: المرصد⁽¹⁾:

- مفهوم المرصد: " المرصد دينٌ على الوقف، يصرفه المستأجر من ماله بإذن الناظر في عمارة الوقف الضرورية⁽²⁾، أو هو بعبارة أخرى: " أن يأذن القاضي أو الناظر لمستأجر الوقف بالبناء في أرض الوقف؛ ليكون ما يُنفقه ديناً على الوقف يستوفيه من أجرة الوقف بالتقسيط⁽³⁾؛ فالمرصد؛ دينٌ يثبت على الوقف لمستأجر العقار؛ فيكون البناء ملكاً للوقف على أن يكون لصاحبه حقُّ القرار والتنازل عنه لآخر؛ وذلك بأخذ دينه عنه ويحلّ محلّه في العقار بإذن القاضي أو مُتوليّ النظر في شأن الوقف⁽⁴⁾.

وصورة ذلك: أن يستأجر الإنسان داراً أو دكاناً موقوفاً محتاجاً إلى التعمير بإذن الناظر؛ فيعمره المستأجر بمال مُعجل يسمّى (خدمة)؛ بنية الرجوع على الوقف عند حصول مال مُعجل فيه، أو اقتطاعه من أجرة الوقف كل سنة⁽⁵⁾.

- حكم المرصد: المرصد من المصطلحات التي درج على استعمالها الحنابلة ومُتأخروا الحنفيّة، إذ لم أجد من تحدّث عن المرصد فيما أعلم غيرهم؛ وهو جائز عندهم تخريجاً على حكم الاستدانة على الوقف⁽⁶⁾.

1- المرصد لغة: من الرصد؛ وهو الترقّب؛ والرّاصدُ بالشّيء التّاقب له، ويَرصُدُه رَصِداً ورَصِداً يرقبه، وأرصدت له شيئاً أرصدته أعددت له، وفي حديث أبي ذر قال له النبي ﷺ: «ما أحبُّ عندي مثلاً أُحَدِّدُ ذهباً فأنفقه في سبيل الله وتُسي ثالثةٌ وعندي منه دينارٌ إلّا دينارٌ أرصدته»؛ أي أعدّه لدين؛ فالإرصاد هو التّرقّب والإعداد؛ انظر: ابن منظور: لسان العرب، ج/3، مادة: رصد، ص/178. الرّازي: مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، ط/1، 1979م، مادة: رصد، ص/244.

2- صالح بن سليمان بن حمد الحويص: أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، ص/60.

3- إدارة وتثمين ممتلكات الأوقاف، وقائع الحلقة الدّراسية لتثمين ممتلكات الأوقاف التي عقدت بجدة سنة 1984م، من طرف البنك الإسلامي للتنمية، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ص/134.

4- انظر: إدارة وتثمين ممتلكات الأوقاف، وقائع الحلقة الدّراسية لتثمين ممتلكات الأوقاف التي عقدت بجدة سنة 1984م، ص/135.

5- انظر: صالح بن سليمان بن حمد الحويص، أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، ص/60.

6- انظر: صالح بن سليمان بن حمد الحويص، المرجع نفسه، ص/60.

وبالنظر في أقوال المذاهب حول وجوب العمارة على الناظر وأنها من الأولويات، يمكننا أن نخلص إلى أنّ المرصد عقدٌ جائز من وجهين:

أولها- أنّ المرصد صورةٌ من صور الإيجارات التي تجري على الوقف، مثله في ذلك مثل: عقد الحكر؛ حيث يقوم المستأجر على إصلاح العين الموقوفة ثمّ استغلالها، وبعد ذلك يسترّد ما دفع من التّفقات.

ثانيها- أنّ الاستدانة على الوقف جائزة عند جمهور الفقهاء إذا دعت إليها الحاجة والمصلحة، والمرصد دينٌ على الوقف لا يلجأ إليه إلا للضرورة؛ جاء في تنقيح الفتاوى الحامدية: "لو كان لشخص دينٌ على الوقف وهو المسمّى بالمرصد؛ فأجره الناظر عقار الوقف بأجرة، أذن له باقتطاع بعضها المعلوم من مرصده، وصار يأخذ منه باقي الأجرة ويدفعها للمستحقين؛ كما هو الشائع في زماننا أنّه لا يجوز له قبضُ شيءٍ من الأجرة لدفعها للمستحقين، وأنّه يضمن ذلك؛ بل عليه أن يقطع جميع الأجرة من المرصد حتى تتخلّص"⁽¹⁾.

ولكون المرصد ديناً على الوقف؛ فإنّ الأجرة تقلّ بسببه لعدم وجود من يستأجرها بأكثر من هذه الأجرة الضئيلة، لذلك كان دفع المرصد مقدّماً على المستحقين، تخليصاً لرقبة الوقف من الدين، ولما كان هذا النوع من الإيجارات لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة؛ فقد وضع له الفقهاء شروطاً لا يصحّ دوّعها⁽²⁾:

أ- أن يكون الوقف خراباً.

ب- أن لا توجد غلّة في الوقف يُعمر بها.

ج- أن لا يوجد من يستأجر الوقف بأجرة مُعجّلة تصلح لعمارتة.

وقد يشتهب المرصد مع الحكر في كثير من الوجوه؛ غير أنّه يختلف عنه في عدّة عناصر من أبرزها ما يأتي⁽³⁾:

(1) - ابن عابدين: تنقيح الفتاوى الحامدية، ج/1، ص/228.

(2) - انظر: صالح بن سليمان بن حمد الحويص: أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، ص/60.

(3) - انظر: صالح بن سليمان بن حمد الحويص: المرجع نفسه، ص/62.

أ- أنّ العمارة في الحكر للمُحتكر؛ بينما تكون ملكاً لصاحب الأرض في المرصد.

ب- أنّ الأجرة تُزاد إلى أجرة المثل إذا زادت أسعار الصّقع، بينما في المرصد تبقى الأجرة على حالها؛ إلا إذا سدّد الوقفُ الدّين الذي عليه للدّائن؛ فيجب حينئذ أن تُزاد إلى أجرة المثل، إذا أراد صاحبُ المرصد استمرار التعاقد معه.

ج- ما يدفعه الوقفُ للمستأجر في الإرصاد هو دينٌ على الوقف؛ أمّا ما يدفعه المستأجر للوقف في الحكر، هو أجرة الأرض التي أقام عليها بناءه.

أمّا في قانون الأوقاف الجزائريّ؛ فقد نصّ المشرّع على هذا النوع من العقود في معرض حديثه عن تنمية واستثمار الوقف، وجعله من طرق تنميته؛ حيث نصّت المادّة: 26 مكرر 05 من قانون الأوقاف على أنّه: [عقدٌ يُسمح بمُوجبه لمستأجر الأرض بالبناء فوقها، مُقابل استغلال إيرادات البناء، وله حقّ التنازل عنه باتّفاق مُسبق طيلة مُدّة استهلاك قيمة الاستثمار].

ولم ينصّ على الأحكام المتعلقة به كالضّوابط والشّروط والآليات، ومَن له الحقّ في إبرامه وإجرائه، وتقدير حاجة الوقف إليه؛ ما يعني الرّجوع إلى أحكام الشريعة الإسلاميّة حسبما نصّت عليه المادّة: 02 من قانون الأوقاف الجزائريّ والتي تحيلُ على أحكام الشريعة في كلّ ما ترك المشرّع التّنصيص عليه.

المبحث الرابع:

الاستدانة:

وفيه مطالبان:

المطلب الأول: حكم الاستدانة على الوقف.

المطلب الثاني: ضوابط الاستدانة وموقف المشرع الجزائري منها.

جامعة الجزائر
عبد القادر للعطوم الإسلامية

المطلب الأول: حكم الاستدانة⁽¹⁾ على الوقف:

الاستدانة على الوقف يقصد به لجوء القائم على شؤون الوقف بتحميل ذمة الوقف ديناً؛ بغية القيام بغرض من الأغراض التي يُفترض أن تعود على الوقف بالفائدة⁽²⁾؛ وثبوت الذمة المالية للوقف ناتج عن تمتعه بالشخصية المعنوية التي تجعله مُستقلاً عن غيره، وذلك من شأنه أن يمنحه الحق في الاستدانة بقصد العمارة والإصلاح والاستثمار بما يُحقق النفع المرجو منه؛ وبما أنّ تلك الديون تقع على عاتق الوقف؛ فما حكم الاستدانة عليه؟ وإذا عجز الوقف عن السداد؛ فما الحكم في ذلك؟

الأصل المتقرر أنّه لا يجوز للنّاظر أن يستدين على الوقف؛ سواءً كان عن طريق الاقتراض أو عن طريق شراء ما يلزم لمصالح الوقف نسيئةً، على أن يدفعه من الغلّة عند حصولها؛ وذلك مخافة الحجر على أعيان الوقف أو غلّته؛ فيؤدّي إلى ضياعه وحرمان المستحقين؛ غير أن الفقهاء استثنوا حال الاضطرار؛ فأجازوا للنّاظر أن يستدين على الوقف إن كانت هناك ضرورة تقتضي ذلك⁽³⁾؛ مثل: أن يحتاج الوقف إلى عمارة ضرورية، ولم يكن في يد النّاظر غلّة تفي بذلك، ولم يكن هناك من يرغب في استئجاره⁽⁴⁾.

والفقهاء متفقون على جواز الاستدانة في حال الاضطرار في الجملة؛ غير أنّهم اختلفوا في شروطها بين مُقيّد ومُطلق، وفيما يلي بيان ذلك:

(1) - الاستدانة لغة: مُستقّة من الدين؛ فالدال والياء والتون أصل واحد، والدين - بفتح الدال - يطلق على ما له أجل، وما لا أجل له فقرض، وجمع: أدْيُنٌ ودْيُونٌ، ودَيْتُهُ بالكسر وأدَيْتُهُ: أعطَيْتُهُ إلى أجلٍ وأقرضتُهُ، وأدانَ وأدَانَ واستدانَ وتدَيّنَ: أخذَ دَيْناً، ورجلٌ مديانٌ: يُقرضُ كثيراً ويستقرضُ، والدَيْنُ بالكسر: الجزء. انظر: ابن منظور: لسان العرب، ج/13، مادة: دين، ص/167-171. مرتضى الزبيدي: تاج: العروس، ج/18، مادة: دين، ص/215-219؛ والدَيْن اصطلاحاً: "ما يثبت في ذمة الإنسان بسبب عقد أو استهلاك أو استقراض أو تحمل التّزام أو قرابة ومصاهرة"؛ انظر: علي محيي الدين القره داغي: بحث: أحكام التصرف في الديون، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد:، السنة العاشرة، ص/78.

(2) - بن تونس زكريا: المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية، ص/150.

(3) - انظر: بن تونس زكريا: المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية، ص/150.

(4) - انظر: ناصر بن عبد الله الميمان: ديون الوقف، مجلة الأوقاف، العدد: 06، السنة الثالثة، 1425 هـ/2004م، ص/46.

- **فالحنفيّة:** أجازوا الاستدانة إن كانت بأمر الواقف قولاً واحداً⁽¹⁾؛ وأما إن لم يكن هناك أمرٌ من الواقف؛ فأجازوها بشرطين⁽²⁾:

أولهما: أن تكون بإذن القاضي، باعتباره صاحب الولاية العامة لمصالح المسلمين.

ثانيهما: أن لا تيسر إجارة العين مُطلقاً؛ سواءً كانت الإجارة قصيرة المدّة أو طويلة؛ فلو تيسر ذلك لا تمتعت الاستدانة، وهذه الاستدانة مُتعلّقة بعمارة وإصلاح الوقف؛ أمّا الصّرف على المستحقّين، كالإمام والمؤدّن فلا يجوز ذلك؛ إلا ما تعلّق منها بمصالح المسجد؛ وهو الرّاجح من المذهب⁽³⁾.

فمجال الاستدانة عند فقهاء الحنفيّة يأتي في حال عدم وجود غلّة للوقف؛ فيضطرّ القيم إلى القرض؛ أمّا إذا كان له غلّة تكفيه؛ فالمطلوب أن لا يستدين؛ بل يصرف ما يحتاج إليه الوقف من الغلّة⁽⁴⁾.

- **ومذهب الشافعيّة:** مُطابق لمذهب الحنفيّة؛ إذ إنهم يُجيزون الاستدانة على الوقف عند الحاجة، إن شرط له الواقف أو أذن له القاضي في ذلك، ولو اقترض من غير إذنهما؛ كان مُتعدياً ولا يرجع بما صرفه على الوقف؛ جاء في نهاية المحتاج: "كذا الإقتراض على الوقف عند الحاجة إن شرطه له الواقف أو أذن فيه الحاكم"⁽⁵⁾.

- **وأما المالكيّة:** فأجازوا الاستدانة على الوقف مُطلقاً دون الرّجوع إلى إذن القاضي أو الحاكم، إذا دعت لذلك الضّرورة. جاء في حاشية الصّاوي قوله: "وله أن يقتصر لمصلحة الوقف من غير إذن الحاكم ويُصدّق في ذلك"⁽⁶⁾.

⁽¹⁾- انظر: صديق الضرير: ديون الوقف، منتدى قضايا الوقف الفقهيّة الأولى، الكويت، 11-13 أكتوبر 2003م، ص/26.

⁽²⁾- انظر: ابن عابدين: رد المختار، ج/6، ص/657.

⁽³⁾- انظر: ابن عابدين: المصدر نفسه، ج/6، ص/657؛ ابن الهمام: الفتاوى الهندية، ج/2، ص/410.

⁽⁴⁾- انظر: ابن عابدين: رد المختار، ج/6، ص/539.

⁽⁵⁾- الرّملي: نهاية المحتاج، ج/5، ص/400.

⁽⁶⁾- أحمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك، ج/2، ص/282.

- ومذهب الحنابلة قريبٌ من مذهب المالكيّة؛ فإنّهم يُجيزون الاستدانة لمصلحة الوقف إذا دعت لذلك المصلحة؛ دون حاجة الرجوع في ذلك إلى إذن القاضي ولا التقييد بشرط الواقف؛ جاء في المبدع: "للناظر الاستدانة عليه - أي الوقف - بلا إذن حاكم، كشرائه الوقف بنسيئة أو بنقد لم يُعيّنه، قال في الفروع: ويتوجّه في قرضه مالاً لولي"⁽¹⁾.

وخلاصة ذلك: أنّ الفقهاء مُتفقون على جواز الاستدانة عند قيام داعي الاحتياج في الجملة؛ غير أنّ الحنفيّة والشافعيّة قيّدوا ذلك بإذن الحاكم أو القاضي؛ وأمّا المالكيّة والحنابلة؛ فأجازوه من غير إذنهما.

أمّا المعاصرون؛ فقد رجّح بعضهم قول المالكيّة والحنابلة؛ مُستندين إلى جملة من أدلّة المعقول؛ منها⁽²⁾:

أ- أن الناظر أمينٌ فيما تحت يده من الوقف، مُصدّقٌ في كلّ ما يُحقّق مصالحه، وما دام كذلك فلا حاجة لتقييد تصرّفاته.

ب- أنّ تصرّفات الناظر مشروطةٌ بما يُحقّق مصلحة الوقف؛ فإذا ثبت أنّه انحرف عما يُحقّق هذه الغاية؛ فهو مسؤولٌ عن كلّ تصرّف ضارٍّ بمصلحة الوقف والموقوف عليهم، ويُحاسب على ذلك.

ورجّح آخرون قول الحنفيّة والشافعيّة مُحتجّين بما يلي⁽³⁾:

أ- أنّ تقدير الضرورة الملحّة إلى الاستدانة مسألةٌ موضوعيّة، يرجع تقديرها إلى القاضي الذي يستعين عادةً بأهل الخبرة في ذلك.

ب- أنّ إعطاء الحرية للناظر في الاستدانة على الوقف؛ قد يُؤدّي بسوء تصرّفه إلى الإضرار بمصالح الوقف والموقوف عليهم.

¹- ابن المفلح: المبدع شرح المنقح، ج/5، ص/172.

²- انظر: ناصر بن عبد الله الميمان: ديون الوقف، ص/82.

³- انظر: ناصر بن عبد الله الميمان: المرجع نفسه، ص/82.

ج- أنّ شراء بعض المواد الضرورية للوقف نسيئةً، يكون في الغالب بأكثر من سعر الشراء نقداً؛ لذا وجب الأخذ بإذن القاضي.

وحاول البعض الجمع بين القولين؛ فذهب إلى أنّه إن كانت الاستدانة بمبالغ كبيرة؛ بحيث تُلحق أضراراً بالوقف من خلال سوء تقديرها والتصرف فيها؛ فينبغي الرجوع في ذلك إلى إذن القاضي أو الحاكم؛ وأمّا إن كانت من قبيل الالتزامات العادية التي يحتاج إليها الناظر؛ بحيث يؤدي استصدار الحكم من القاضي إلى تفويت مصالح الوقف، ولا تُشكّل عبئاً ثقيلاً على ذمة الوقف؛ فلا حاجة إلى إذن القاضي⁽¹⁾.

⁽¹⁾- انظر: عبد الله الميمان، المرجع نفسه، ص/82،83.

- المطلب الثاني: ضوابط الاستدانة وموقف المشرع الجزائري منها:

لما كانت الاستدانة تُرتب حقوقاً مالية على ذمة الوقف قد ينجم عن سوء استخدامها أضراراً تلحق بالعين الموقوفة، ويُعرضها لخطر العجز عن السداد؛ وضع الفقهاء جملةً من الشروط والضوابط التي من شأنها أن تُسهم في حمايته وهي⁽¹⁾:

1- موافقة القاضي أو وجود شرط من الواقف أو صكّ الوقف الذي فيه الموافقة على حقّ الاستدانة على الخلاف الذي سلف ذكره.

2- أن تكون الاستدانة للحاجة والمصلحة.

3- أن يقوم مُتولّي الوقف بترتيب آليّة مناسبة لردّ الديون؛ سواءً أكان هذا الردّ من الغلّة أو عن طريق التّأجير أو أيّ طريق آخر مشروع.

4- أن تكون الاستدانة على ريع الوقف دون أصله.

5- أن يكون سداد الدين من الغلّة قبل توزيعها على المستحقّين.

6- أن لا تتيسّر إجارة العين بأجرة مناسبة يمكن الصّرف منها على عمارته.

7- أن تكون العماره ضروريّة للانتفاع بالوقف؛ أمّا ما يدخل في الكماليّات؛ فلا تجوز الاستدانة فيه.

أما في قانون الأوقاف الجزائري؛ فلم يتحدث المشرع عن الاستدانة في الوقف لا كمادة قانونية ولا ضمن الأحكام الماليّة المتعلّقة بالوقف؛ لكنّ بعض الباحثين اعتبر أنّ المشرع الجزائري قد أجاز ذلك بصيغة التّضمنين؛ وذلك في معرّض حديثه عن عقود المرصد والحكر؛ فكلّ هذه العقود لا تُعبّر إلا عن صورة من صور الاستدانة، وإن بشكل غير مُباشر لغرض الاستغلال والتّنمية؛ كما أشارت إليها موادّ القانون (01-07) المعدّل والمتمّم لقانون الأوقاف (90-10).

⁽¹⁾ - انظر: محيي الدين علي القره الداغي: ديون الوقف، ص/55، 56. بن تونس زكريا: المسؤولية المدنيّة المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلاميّة، ص/150.

والذي يظهر لي أنّ الخلوّص إلى أنّ المشرّع الجزائريّ يُجيز الاستدانة من خلال تجويزه لعقد الحكر والمرصد؛ أمرٌ لا يستقيم لأمرين:

الأول- إنّ الاستدانة من التصرفات التي قد تُلحق أضراراً بالغة بالوقف؛ بل بأصل الوقف إن لم يُحسن الناظر التصرف، ومادام الأمر كذلك؛ فلا بدّ من التنصيص صراحةً عليها، ولا يكفي قياسها على الحكر والمرصد.

الثاني- إنّ عقد الحكر والمرصد يختلف عن الاستدانة المباشرة؛ وذلك أنّ المستفيد في هذه العقود هو الدائن، وعين الوقف تكون تحت تصرفه؛ فهو يجتهد في استيفاء حقّه منها؛ وذلك بتعميرها وتثميرها، وفي نفس الوقت يقتطع حقّه منها؛ فإنّ فشل ردها كما كانت؛ بخلاف الاستدانة المباشرة؛ فقد يعجز الناظر أو المتوليّ عن السداد؛ فما الإجراءات المترتبة عن ذلك حينئذ؟ هل تُباع عين الوقف أو تُرهن أو يحجز عليها؟! أو أنّ هناك قواعد خاصّة بالوقف؟ كلّ هذه التساؤلات لا بدّ من الإجابة عنها؛ ولذلك أرى أنّ المشرّع لا يُجيز الاستدانة على الوقف؛ لأنّها من التصرفات التي تمسّ بأصل الوقف، ولو كان الأمر غير ذلك؛ لكان لزاماً عليه أن ينصّ عليها صراحةً.

خلاصة الفصل الثاني:

تطرّقنا في هذا الفصل إلى الحماية المدنية للوقف عند تعطلّه وانتهائه، والأحكام التي وضعها الفقهاء والقانون الجزائريّ لحماية الوقف في هذه الوضعيّة، وبوجه عامّ فهذه التصرفات لا يلجأ إليها إلا على وجه الاستثناء والضرورة كأصل عامّ.

وتحدّثنا عن الاستبدال، وعن حالاته وضوابطه، حتى لا يكون مدعاة للاستحواذ على العين الموقوفة، ونفس الأمر بالنسبة للتغيير؛ حيث اختلف الفقهاء فيما يؤول إليه البناء وغيره؛ لكن المشرّع الجزائريّ حسم الأمر بأن جعل كلّ ما يُستحدث على أرض الوقف يتبع الوقف مهما كان، وأحسن في ذلك.

ثمّ تطرّقنا إلى القسمة وأحكامها؛ وخلصنا إلى أنّ الوقف لا يمكن قسمته قسمة أعيان؛ لأنّ ذلك يُؤدّي إلى ذهابه واندثاره؛ لكن يمكن قسمته قسمة مُهاياة؛ غير أن المشرّع الجزائريّ لم يشر إلى ذلك لا من قريب ولا من بعيد، ممّا يعني الرجوع إلى أحكام الشريعة فيما لم يرد فيه نصّ خاصّ به.

وبعد ذلك تطرّقنا إلى نوعين من الإيجارات التي تندرج ضمن الإيجارات الطويلة المدّة؛ وهي:
الحكر والمرصد؛ إذ اكتفى المشرّع الجزائري بالإشارة إليهما ضمن طرق الاستثمار دون التطرّق إلى
أحكامهما رغم خطورتهما على الوقف؛ لما يُرتّبان عليه من حقوق عينية؛ لذلك كان لزاماً على
المشرّع أن يُفصّل في ذلك بأحكام واضحة مثلما فعل غيره من المشرعين؛ لأنّها قد تكون مدعاة
للاستيلاء على الأعيان الموقوفة بعد طول مُدّة الاستغلال.

وبعدها تطرّقنا إلى أحكام الاستدانة على الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؛ حيثُ
عرفنا أنّ المشرّع لم يتطرّق إلى ذلك، واستخلصنا أنّه لا يُجيز ذلك؛ لكونه من التصرفات التي تُرتب
حقوقاً للدائنين على الوقف.

الفصل الثالث:

الحماية الجنائية للوقف.

ويتضمن ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ناظر الوقف وطبيعته القانونية.

المبحث الثاني: جرائم العدوان على الأملاك الوقفية.

المبحث الثالث: تعويض الاعتداء عن الأوقاف.

المبحث الأول:

ناظر الوقف وطبيعته القانونية:

ويشمل المطالب التالية:

المطلب الأول: ناظر الوقف وأحكامه.

المطلب الثاني: المركز القانوني للناظر.

جامعة
عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الأول: ناظر الوقف وأحكامه.

إنّ الوقف كغيره من الأملاك الأخرى يحتاج إلى مَنْ يرعاه ويحافظ عليه حتى لا يكون من السّائبة المنهي عنها شرعاً؛ لذلك نجد الفقهاء تحدّثوا عن الولاية (النظارة) حول الوقف، ومَنْ له الحقّ فيها، ومَنْ له الصّلاحية في تعيين مُتولّي الوقف (الناظر)، وغيرها من الأحكام المتعلّقة به، وفي هذا المطلب بيان ذلك بإيجاز.

1- مفهوم النظارة: يُقصد بالنظارة "كلّ ما يدخل من العمل في الوقف بعد قيامه وتمامه وتسلمه من يد الواقف عند مَنْ يشترط القبض والتسليم، ومن تحصيل منافعه وصرّفها إلى مُستحقّيها وعمارته إذا استحقّق العمارة والمحافظة عليه"⁽¹⁾.

وهذا التعريف هو الذي جرى عليه المشرّع الجزائري؛ حيث نصّت المادّة: 07 من المرسوم التنفيذي (98-381) على أنّه: [يُقصد بنظارة الوقف في صلب هذا النّصّ ما يأتي: التسيير المباشر للملك الوقفي، رعايته، عمارته، استغلاله، حفظه]، ويُلاحظ عليه أنّه لم يخرج عن المفهوم الفقهي، باعتبار أنّ الوقف نظامٌ إسلاميٌّ.

كما يُستفاد من خلال تعريف النظارة لدى المشرّع؛ أنّ وزارة الشؤون الدينيّة والأوقاف والأجهزة الإداريّة التي تتبعها، تقوم بدور النظارة والإشراف على الوقف⁽²⁾؛ لكن إلى مَنْ تسند النظارة؟ فهل تسند إلى لجنة الأوقاف أو إلى مُديريّة الأوقاف على مستوى الوزارة، أو إلى مُديريّة الأوقاف على مستوى الولاية، أو إلى وكيل الأوقاف؟ إنّ هذا الاشتراك يُؤدّي حتماً إلى توزّع العمل الواحد والمسؤوليّات على هذه الجهات، وبالتالي إلى ضياعه وضياع حقوق الأوقاف؛ كما يُؤدّي إلى صعوبة تحديد المسؤوليات.

2- تعريف الناظر: من خلال مُطالعتي لكتب الفقهاء؛ لم أجد تعريفاً خاصّاً بالناظر؛ إذ إنّهم أوّلوا اهتمامهم بالأحكام المتعلّقة به، من شروط تعيينه ومهامّه وعزله؛ غير أنّ ذلك لم يمنع بعض

⁽¹⁾ - بن تونس زكريا: المسؤولية المدنيّة المتربّبة عن إدارة الأوقاف الإسلاميّة من خلال قانون الأوقاف الجزائري، ص/95.

⁽²⁾ - انظر: بن تونس زكريا: المرجع نفسه، ص/98.

المعاصرين من وضع تعريف له؛ فعرفه بعضهم بأنه: "هو الذي يلي الوقف وحفظه وحفظ ريعه، وتنفيذ شروط واقفه"⁽¹⁾.

وعرفه البعض بأنه: "هو الذي يتولّى نظارة المال الموقوف حسب شروط العقد؛ وعادةً ما تكون النظارة مُتمثلة في عمارة الوقف أو إجارته، ثمّ تحصيل إيرادات الوقف وتوزيعها على مُستحقّيها"⁽²⁾.

ومما يلاحظ على التعريفين، أنّهما اكتفيا بذكر مهامّ الناظر دون بيان طبيعة ولايته على الوقف؛ كما أنّهما جعلوا من الناظر طرفاً مُتعاقدًا، ومهامّه محدّدة وفق العقد؛ في حين أنّ الناظر قد يكون مُعيّنًا من قبل الولاية العامّة، وإنّ تعيّن بالعقد؛ فلا يُحدّده العقد؛ لأنّها محدّدة سلفاً بالأحكام الشرعيّة⁽³⁾.

أما المُشرّع الجزائري: فلم يخرج عن التعريف الفقهي بشكل عام، وهو ما نستخلصه من خلال المادّة: 07 من المرسوم التنفيذي (98-381)؛ حيث نصّت على أنه: [يقصد بالنظارة... التسيير المباشر للملك الوقفي] وفي المادّة: 12 نصّ على أنه: [تسند رعاية التسيير المباشر للملك الوقفي إلى ناظر الملك الوقفي]؛ فالمُشرّع أعطى تعريفًا للنظارة ثمّ انتهى منه إلى التعريف بالناظر⁽⁴⁾.

3- الطبيعة الخاصّة لناظر الوقف⁽⁵⁾: اتفق الفقهاء على أنّه يُتبع شرط الواقف في النظر على الوقف⁽⁶⁾؛ فإذا جعل النظر لشخص مُعيّن أتبع شرطه؛ لأنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه جعل وقفه إلى ابنته حفصة تليه ما عاشت، ثمّ إلى ذوي الرأى من أهلها⁽⁷⁾؛ أمّا إن لم يشترط الواقف ناظرًا على

¹ - عبد اللطيف محمد عامر: أحكام الوصايا والوقف، مكتبة وهبة، القاهرة، ط/1، 1427 هـ/2006م، ص/305.

² - ميمون جمال الدين: ناظر الوقف في الشريعة الإسلاميّة والتشريع الجزائري، ص/10، 09.

³ - انظر: ميمون جمال الدين: المرجع نفسه، ص/10.

⁴ - انظر: ميمون جمال الدين: المرجع نفسه، ص/10.

⁵ - ونقصد بالطبيعة الخاصّة لناظر الوقف: أنّ الناظر هل هو مُعيّن من قبل الواقف؛ فيكون بذلك مُتعاقدًا، أو أنّه مُعيّن من جهة الولاية العامّة؟

⁶ - انظر: ابن الهمام: شرح الفتح، ج/6، ص/231. الخرشبي: حاشية الخرشبي، ج/7، ص/386. الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، ج/2، ص/393. ابن قدامة: الشرح الكبير، ج/6، ص/213.

⁷ - البيهقي: السنن الكبرى، ج/6، ص/161. وهو حديث صحيح، انظر: ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل، ج/6، رقم: 1596، ص/30.

وقفه بأن أغفل ذلك؛ فقد اختلفت أقوال الفقهاء في ذلك، وأصل الخلاف راجع إلى خروج ملكية الوقف من يد الواقف من عدمه؟ وكذلك إلى اختلافهم في اشتراط التسليم من عدمه؟ وبيان ذلك بإيجاز فيما يأتي:

أولاً - الحنفية: تعددت آراؤهم في المسألة؛ فأبو يوسف وهو ظاهر المذهب قال: إن الولاية تكون للواقف، ثم لو صيحه إن كان، وإلا فهي للحاكم؛ وعند محمد لا تكون الولاية للواقف مادام لم يشترط ذلك؛ لأن التسليم للقيم شرط لصحة الوقف؛ فإذا سلم لم يبق له ذلك؛ أما إن مات الواقف ولم يُعيّن ذلك؛ كان للقاضي الولاية في تعيين الناظر⁽¹⁾.

ثانياً - المالكية والحنابلة: يُميّز المالكية والحنابلة بين الوقف على المعين وغير المعين؛ فإن كان على معين وكان الموقوف عليه رشيداً؛ فهو يتولى أمر الوقف؛ أما إن كان على غير معين؛ فالحاكم يُولي عليه من يشاء؛ لأن له الولاية العامة⁽²⁾.

ثالثاً - الشافعية: قالوا: إن الولاية تكون للقاضي لأن له النظر العام؛ فكان أولى بالنظر فيه⁽³⁾.

وما نستنتجه من ذلك: أنّ الناظر يكون معيناً من قبل الواقف وهو الغالب؛ وذلك بأن يذكر الواقف في حجة وقفه؛ أنّ وقفه يُدار من قبل شخص معين؛ فهو بذلك مُتعاقد، ولا تتعد الولاية له إلا إذا صدر منه القبول، وقد يكون معيناً من جهة الولاية العامة، إذا لم يُحدّد الواقف شخصاً بعينه⁽⁴⁾.

أما قانون الأوقاف الجزائري؛ فقد نصّت المادة: 16 من المرسوم التنفيذي (98-381) على أنه: [يُعيّن الوزير المكلف بالشؤون الدينية بقرار بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف ناظراً لملك وقفى أو لعدّة أملاك وقفية؛ كما يعتمد ناظراً للملك الوقفي الخاص... استناداً إلى عقد الوقف أو إلى اقتراح ناظر الشؤون الدينية]، ويُفهم من نصّ هذه المادة، أنّ تعيين ناظر الملك الوقفي يكون أصالةً

¹ - انظر: هلال البصري: أحكام الوقف، مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر أباد، الهند، ط/1، 1355هـ، ص/101. ابن الهمام: شرح الفتح، ج/6، ص/231.

² - انظر: الخرشي: حاشية الخرشي، ج/7، ص/386، 387، ابن قدامة: الشرح الكبير، ج/6، ص/213.

³ - انظر: الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، ج/2، ص/393.

⁴ - انظر: ميمون جمال الدين: ناظر الوقف في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، ص/14.

من طرف الوزير فيما يتعلّق بالملك الوقفي العام؛ أما فيما يتعلّق بالملك الوقفي الخاص؛ فإنه يُعيّن اعتماداً من طرف الواقف أو عقد الوقف أو من الموقوف عليهم؛ بدليل أن المشرّع اعتمد عبارة التّعيين مع الوقف العام، وعبارة الاعتماد مع الوقف الخاص، وهذا ما دلت عليه عبارات النّص في ظاهرها⁽¹⁾.

لكن السّؤال المطروح: لماذا لم يعتمد المشرّع الجزائريّ في تعيين الناظر ما نصّ عليه الفُقهاء؟ لعلّ السّبب في ذلك راجعٌ إلى أنّ الوقف الذي ينتقل إلى مسؤولية الوزارة يصير عاماً، وبالتالي فإنّ اعتماد النّظار يكون في أغلب الظنّ مُعيّناً من قبلها⁽²⁾؛ وعلى كلّ؛ فإنّ المشرّع تبنى الحاليين في شأن الناظر: حال كونه مُتعاقدًا، وحال كونه مُعيّناً.

4- علاقة الناظر بالوقف: اتّفق الفُقهاء على أنّ العلاقة التي تربط الناظر بالأمالك الوقفيّة هي علاقة الوكالة، مع اختلافهم في تحديد ركنها وهو الموكل؛ هل الناظر وكيلٌ عن الواقف أو عن الموقوف عليهم أو عن القاضي؟ وسبب الخلاف يرجع إلى اختلافهم حول مَنْ له الولاية على الوقف، وقد مضى بيان ذلك.

وقواعد الوكالة العامّة تقتضي؛ أن يكون الناظر وكيلًا عمّن عينه؛ ومن الباحثين مَنْ اعتبر الناظر وكيلًا عن الوقف باعتبار أنّ الوقف يتمتّع بالشخصيّة المعنويّة التي تجعل له ذمّة مُستقلّة عن ذمّة الآخرين؛ فيصبح الناظر هو التائب الذي يُعبّر عن إرادة الوقف، ويعمل وُفق ما تقتضيه مصلحته⁽³⁾.

أما المشرّع الجزائريّ؛ فيعتبر ناظر الوقف أميناً على الوقف، بما أنّه وكيلٌ عن الموقوف عليهم؛ إلا أنّه لم يُطلق صفة الأمانة على ناظر الوقف دون قيد؛ بل نصّ على أنّه ضامنٌ لكلّ تقصير في مواجهة الموقوف عليهم، على اعتبار أنّه وكيل عليهم، والأثر القانوني لذلك؛ هو مُعاملة الناظر المبدّد لمال الوقف مُعاملة الوكيل المبدّد لمال مُوكّله⁽⁴⁾.

¹- انظر: بن تونس زكريا: المسؤولية المدنيّة المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلاميّة من خلال قانون الأوقاف الجزائريّ، ص/99.

²- انظر: بن تونس زكريا: المرجع السابق، ص/125.

³- انظر: أنور أحمد الفزيع: الحماية المدنيّة للوقف، مقال منشور في مجلة الحقوق، ص/110.

⁴- بن تونس زكريا: المسؤولية المدنيّة المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلاميّة من خلال قانون الأوقاف الجزائريّ، ص/100.

المطلب الثاني: المركز القانوني للناظر:

اختلفت أنظار الباحثين في تصنيف المركز القانوني للناظر؛ هل هو موظف عام أو خاص؟ والموظف العام في الفقه الإداري هو: "الشخص الذي يسهم في عمل دائم؛ في مرفق عام تديره الدولة وغيرها من الوحدات الإدارية، بأسلوب الاستغلال المباشر، وتكون مساهمته في ذلك العمل عن طريق إسناد مشروع لوظيفة ينطوي على قرار بالتعيين من جانب الإدارة، وعلى قبول لهذا التعيين من جانب صاحب الشأن"¹.

من خلال الشروط التي تضمنها هذا التعريف؛ يمكننا القول بأن ناظر الوقف ليس موظفاً عاماً بالمفهوم الإداري؛ لأنها لا تنطبق عليه، وحتى وإن تم تعيينه من طرف الوزير؛ فإن تعيينه من طرف الوزارة ليس باعتبارها سلطة عامة، وإنما باعتبارها ناظرة لشؤون الوقف؛ وبالإضافة إلى ذلك؛ فإن القانون الأساسي الخاص بعمال قطاع الشؤون الدينية رقم: (91-114)، لم يتضمن ناظر الملك الوقفي.

أما في الفقه الجنائي؛ فمفهوم الموظف العام يختلف عنه في القانون الإداري؛ إذ عرفه قانون العقوبات الجزائري في المادة: 02 فقرة ب من قانون (06-01)، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته بأنه: "أ- كل شخص يشغل منصباً تشريعياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو قضائياً أو في إحدى المجالس الشعبية المحلية المنتخبة؛ سواء أكان معيناً أو منتخباً، دائماً أو مؤقتاً، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

ب- كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتاً، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية، أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية..."².

¹ - محمد يوسف المعداوي: دراسة في الوظيفة العامة في النظم المقارنة والتشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984م، ص/33،34.

² - قانون رقم: 06-01 المؤرخ في: 27 محرم 1427هـ، الموافق ل 20 فبراير 2006م، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية عدد: 14، الصادرة في 08 صفر 1427هـ، الموافق ل 08 مارس 2006م.

ويتّضح من هذا التعريف: أنّ المشرّع الجنائيّ خرج عن المفهوم المستقرّ عليه في القانون الإداري؛ إذ وسّع من مدلول الموظّف العامّ، ليشمل فئات لا تدخل في زمرة الموظّفين بالمفهوم الإداري؛ لأنّ الأخذ بمفهوم هذا الأخير، يترتّب عليه قصورٌ في التجريم؛ فلا يتعدّى إلى أشخاص يؤدّون أعمالاً ذات أهميّة في المجتمع⁽¹⁾.

ولعلّ اختلاف مدلول الموظّف العامّ في القانون الجنائيّ عنه في القانون الإداري؛ راجعٌ إلى اختلاف طبيعة وأهداف كلّ من القانونين؛ إذ إنّ القانون الإداريّ ذو طبيعة تنظيميّة للمرافق العامّة، ويهدف إلى ربط صحّة العلاقة بين الموظّف والدولة، والارتقاء لمستوى الخدمة الإدارية بها؛ أمّا القانون الجنائيّ؛ فهو ذو طبيعة جزائيّة، ويهدف إلى الوصول للجريمة⁽²⁾، عن طريق تحديد المسؤولية الجنائية لكل شخص.

والتأمّل في الفقرة الثانية من التعريف، يجد أنّها وسعت من مفهوم الموظّف، لتشمل الموظف الذي يعمل بحكم عقد الوكالة؛ سواءً كانت الوكالة بأجر أو بغير أجر، وهو ما نجدّه ينطبق على الناظر؛ إذ إنّ المشرّع الجزائريّ جعل العلاقة التي تحكم الناظر هي علاقة الوكالة، واعتبره وكيلًا عن الموقوف عليهم.

لكنّه اشترط أن يؤدّي عمله في هيئة أو مؤسسة عموميّة، أو مؤسسة تملك جزءاً من رأس مالها، أو مؤسسة تُؤدي خدمة عموميّة؛ فهل يمكن اعتبار الوقف مؤسسة تُؤدي خدمة عموميّة؟ مادام الوقف يتمتّع بالشخصيّة المعنويّة التي تُكسبه طابع المؤسسة، ومن خلال أهدافه ومقاصده الخيريّة؛ فإنه يمكن اعتباره مؤسسة تُؤدي خدمة عموميّة.

لكن السؤال الذي يُطرح: إذا اعتبرنا الناظر موظّفاً عاماً؛ فهل يُتّابع بالجرائم التي ترتكب من طرف الموظّف بصفة عامّة؟ أو أنّه يُتّابع بجريمة خيانة الأمانة على أساس عقد الوكالة؟ إنّ الإشكالات القضائيّة الواقعيّة المتعلّقة بالناظر على مستوى المحاكم مُنعدمة، لسبب واحد وهو: أن

⁽¹⁾ - حططاش عمر: النّظام القانونيّ للأملاك الوطنيّة العامّة في ظل القانون 90-30، مذكرة ماجستير، قسم: القانون العام، كلية الحقوق جامعة فرحات عباس، سطيف، ص/140.

⁽²⁾ - نذير بن محمد طيب أوهاب: حماية المال العام في الفقه الإسلاميّ، أكاديمية نايف العربيّة للعلوم الأمنيّة، مركز الدرسات والبحوث، رياض، ط/1، 1422 هـ/2001م، ص/173.

النّاظر لا وُجود له في الواقع؛ فهو حبيسُ نصوص المرسوم التّفيذيّ (98-381)، وبالتالي فالاتّهادات القضائيّة فيه غيرُ موجودة.

وخلاصة القول: إنّ النّاظر يُعتبر مُوظّفاً بالمفهوم الجنائيّ، ويتحمّل كلّ مسؤولياته المدنيّة والجنائيّة مُجاه الوقف.

المبحث الثاني:

جرائم العدوان على الأملاك الوقفية:

ويشمل المطالب التالية:

المطلب الأول: الجرائم الواقعة من الموظف العام.

المطلب الثاني: الجرائم الواقعة من طرف الناظر.

المطلب الثالث: الجرائم الواقعة من الغير.

المطلب الأول: الجرائم الواقعة من الموظف العام:

تقوم وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والهيئات الإدارية التابعة لها بمهام الإشراف على الوقف؛ فهي مرافق عامة تابعة للدولة، والقائمون عليها من الوزير ومدير الشؤون الدينية إلى غاية وكيل الأوقاف؛ موظفون عامون، خاصة وكيل الأوقاف، الذي يعتبر المباشر الفعلي في تسيير الأوقاف في غياب ناظر الوقف، وقد يقع من هؤلاء تصرفات وجرائم تمسّ بالوقف؛ لذلك نجد المشرع الجزائري قد نصّ على الجرائم التي تقع من الموظف العام في الفصل الرابع من الباب الأول من الكتاب الثالث تحت عنوان: الجنايات والجنح ضدّ السلامة العموميّة، ومن بين هذه الجرائم جريمة الاختلاس والإهمال والتبديد؛ وبيان ذلك فيما يأتي:

- الفرع الأول: جريمة الاختلاس: وهو الفعل المنصوص عليه في المادة: 29 من قانون (06-01)، المتعلّق بالوقاية من الفساد ومكافحته؛ حيثُ جاء فيه: [يُعاقب بالحبس... كلّ موظّف عموميّ، يختلس أو يُتلف أو يُبدّد أو يحتجز عمداً وبدون وجه حقّ، أو يستعمل على نحو غير شرعيّ... ممتلكات أو أموالاً أو أوراقاً ماليّة عموميّة أو خاصّة، أو أشياء أخرى ذات قيمة، عُهد بها إليه بحكم وظائفه أو بسببها].

والملاحظ: أن هذا النصّ جاء لحماية المال سواءً كان عامّاً أو خاصّاً، متى عُهد به إلى الموظّف أو بسببها، ولا يعني ذلك أنّ الأوقاف لا تندرج ضمن نصّ المادة وإن لم يُصرّح بها المشرع، وكان الأولى أن يُعبّر عنها صراحة في المادة، باعتبار الأوقاف أموالاً يُعهد بالإشراف عليها إلى موظّفين عموميين يتبعون هيئة إدارية عامة.

ولجريمة الاختلاس أركانٌ لا بُدّ من توافرها؛ وهي:

1- الركن المفترض (صفة الجاني): يستلزم المشرع بموجب نصّ المادة توافر صفة الموظّف العامّ، والأوقاف يُشرف عليها موظّفون لهم صفة الموظّف العموميّ، منهم وكيل الأوقاف الذي

يخضع للقانون الأساسي الخاص رقم: (91-114)⁽¹⁾، والمتعلق بعمال قطاع الشؤون الدينية والأوقاف؛ كما يشترط توافر صفة الجاني وقت ارتكاب الجريمة.

2- الركن المادي: من خلال نص المادة؛ يتكون الركن المادي من العناصر التالية:

- **العنصر الأول: السلوك الإجرامي:** ويتمثل في صدور سلوك من الجاني يكشف بصورة قاطعة عن نيته في تغيير وتحويل الحيازة الناقصة للمال؛ إلى حيازة كاملة كالاختلاس والإتلاف⁽²⁾ والتبديد⁽³⁾ والاحتجاز بدون وجه حق، وهذا الأخير لا يُفيد معنى الاختلاس؛ لأن مجرد الاحتجاز لا يُفيد نية الجاني التصرف في المال والظهور بمظهر المالك الحقيقي؛ لكن فيه تعطيل للمصلحة التي أُعد لها المال⁽⁴⁾.

- **العنصر الثاني: محل الجريمة:** ينصب فعل الاختلاس على الأملاك العامة والخاصة على حد سواء، من ممتلكات أو أموال أو أوراق مالية أو أشياء أخرى ذات قيمة مالية⁽⁵⁾، وتحدثنا سابقا عن الأوقاف وموقعها من النص.

- **العنصر الثالث: وجود المال بين يدي الموظف:** يُشترط لكي يتحقق الركن المادي لجريمة الاختلاس المنصوص عليه في المادة: 29؛ أن يكون المال في حيازة الموظف، وأن يكون قد سُلم إليه بحكم وظيفته أو بسببها؛ أي لا بُد من قيام علاقة السببية بين حيازة الموظف للمال وبين وظيفته⁽⁶⁾،

¹ - المرسوم التنفيذي رقم: 91-114 المؤرخ في: 12 شوال 1411هـ، الموافق لـ 27 أبريل 1991م، المتضمن القانون الأساسي الخاص بعمال قطاع الشؤون الدينية، الجريدة الرسمية عدد 20، الصادر في: 16 شوال 1411هـ، الموافق لـ 01 ماي 1991م.

² - يتحقق الإتلاف بهلاك الشيء؛ أي بإعدامه والقضاء عليه؛ بحيث يفقد قيمته وصلاحيته نهائيا. انظر: أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هوم، الجزائر، ط/10، ج/2، ص/26.

³ - يقصد به التصرف في المال تصرف المالك ببيعه أو رهنه أو هبته؛ كما يحمل معنى الإسراف والتبذير؛ انظر: أحسن بوسقيعة: المرجع السابق، ج/2، ص/27.

⁴ - انظر: حططاش عمر: النظام القانوني للأملاك الوطنية العامة في ظل قانون 90-30، ص/141.

⁵ - انظر: حططاش عمر: المرجع نفسه، ص/141.

⁶ - انظر: أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج/2، ص/29.

وهو ما أكدته المجلس الأعلى في قراره الصادر في 03 أفريل 1984م، ملف رقم: 33186⁽¹⁾،
وبيان ذلك فيما يلي:

- **وجود المال في حيازة الموظف:** الواقع أنّ حيازة الموظف للمال هي حيازة عَرَضِيَّة (ناقصة)، وذلك لكون الموظف يمارس بعض الأفعال الماديّة عليه؛ لكن باسم وحساب الجهة التي سلّمت له الأموال، أو التي يمارس حيازة المال بين يديها وتحت إشرافها⁽²⁾.

والأصل أن يتمّ التسليم على أساس عقد من عقود الائتمان المنصوص عليه في المادة: 376 من قانون العقوبات المتعلقة بمنحة خيانة الأمانة، ومنها: عقد الوكالة الذي ينطبق على وضعيّة الناظر، والذي اعتبره المشرّع وكياً عن الموقوف عليهم، وبجنا في هذا المطلب متعلّق بالموظفين الذين يعملون في قطاع الشؤون الدينيّة والأوقاف، والذين لهم صلاحية النظارة والإشراف على الأملاك الوقفيّة.

وبالنظر إلى أداء هؤلاء الموظفين؛ نجد أنّ هناك تداخلاً من حيث الأعمال والصّلاحيات بينهما، ممّا يُصعب تحديد المسؤوليات بشكل دقيق؛ وليس بالضرورة أن يتمّ التسليم على إحدى عقود الائتمان؛ فقد يكون تسليم الممتلكات على أساس آخر⁽³⁾.

- **أن تكون الحيازة من طرف الموظف بحكم الوظيفة أو بسببها:** المفترض أن يكون تسليم المال إلى الموظف على أساس وظيفته، ويدخل في اختصاصه بموجب القوانين واللوائح التي تنظمها⁽⁴⁾، والأوقاف لم تُسند إلى موظفي الشؤون الدينيّة اعتبارياً، وإنما أُسندت لهم مهامّ النظارة بموجب القوانين واللوائح.

3- الركن المعنوي: يُشترط لقيام الجريمة؛ توافر القصد الجنائي العامّ، وهو اتجاه إرادة الموظف إلى فعل الاختلاس والتبديد والإتلاف، ويجب أن ينتج عن تصرفه هذا؛ قطع تصرف الإدارة للمال؛

¹ - المجلّة القضائيّة، العدد: 1- 1989م، ص/277.

² - انظر: حططاش عمر: النظام القانونيّ للأملاك الوطنيّة العامّة في ظل قانون 90-30، ص/142.

³ - انظر: أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري الخاصّ، ج/2، ص/29.

⁴ - انظر: أحسن بوسقيعة: المرجع نفسه، ج/2، ص/29.

أما القصد الجنائي الخاص؛ فيتمثل في انصراف نية الموظف الحائز للمال إلى إضافته للملكه وإلى ذمته المالية⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بالعقوبات المقررة؛ فقد نصت المادة: 29 من قانون مكافحة الفساد على أنه: [يعاقب مرتكب جريمة الاختلاس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج].

فالمشرع أعطى الصلاحية للقاضي في تقديره العقوبة من جُنحة إلى جناية أو العكس، وكان في ظل المادة: 119 الملغاة من قانون العقوبات، قد تدرج في تحديد العقوبة حسب القيمة المادية للمال موضوع الجريمة؛ إذ إنَّها تُغيّر في تكييف الجريمة؛ كما تُغيّر في مقدار العقوبة المقررة لها⁽²⁾.

- الفرع الثاني: جريمة الإهمال: نصت المادة: 119 مُكرّر من قانون العقوبات على أنه: [يعاقب بالحبس... كل قاض أو موظف أو ضابط عمومي، أو كل شخص أشارت إليهم المادة: 119 من هذا القانون، بسبب إهماله الواضح؛ في سرقة أو تلف أو ضياع أموال عمومية أو خاصة، أو أشياء تقوم مقامهما، أو وثائق أو سندات أو عقود أو أموال منقولة وضعت تحت يده؛ سواءً بمقتضى وظيفته أو بسببها].

وهذه المادة هي الوحيدة التي لم يشملها التعديل الذي جاء به قانون: 06-01، والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وجاءت صريحة فيما يتعلق بالإهمال بقولها: [الإهمال الواضح في سرقة أو تلف أو ضياع]، حتى لا يترك مجالاً للتأويلات حول مفهوم الإهمال، عكس المادة: 421 الملغاة⁽³⁾ من قانون العقوبات، والتي نصت على جريمة الإهمال في التسيير، فقد جاءت عامة وشاملة. ولجريمة الإهمال أركان لا تتحقق من دونها؛ وهي:

¹ - انظر: ماهر عبد الشويش الدرّة: شرح قانون العقوبات الخاص، المكتبة القانونية، بغداد، ط/2، دت، ص/87، 88.

² - من مميزات قانون مكافحة الفساد، تخليه عن العقوبات الجنائية واستبدالها بعقوبات جنحية.

³ - قانون رقم: 88-26، المتضمن قانون العقوبات، المؤرخ في: 28 ذي القعدة 1408هـ، الموافق ل 12 يوليو 1988م، المعدل والمتمم للأمر 66-156، فضيل العيش: قانون الإجراءات الجزائية، قانون العقوبات، قانون مكافحة الفساد، منشورات بغدادية، دط، 2007م، ص/264.

1- الركن المفترض (صفة الجاني): يجب أن يكون موظفاً أو قاضياً أو ضابطاً عمومياً أو شخصاً ممن أشارت إليهم المادة: 119، والملغاة بموجب قانون مكافحة الفساد؛ لتشمل كل من ينطبق عليه وصف الموظف حسب نص المادة: 02 فقرة «ب»، وقد تحدّثنا عن ذلك سابقاً في جريمة الاختلاس.

2- الركن المادي: ويتمثل الركن المادي في العناصر التالية:

- العنصر الأول: الإهمال: ويُقصد به التّرك واللامبالاة، ويُعتبر من صور جرائم الامتناع، ويتمثل في صورتين: - الامتناع عن الأداء الاختصاص الوظيفي الموكول للجاني بموجب القوانين واللوائح. - الأداء السيء للاختصاص والمخالف للأصول التي يجب أن يكون الأداء موافقاً لها⁽¹⁾.

- العنصر الثاني: محل الجريمة: وهي الأموال المنصوص عليها في المادة؛ سواءً كانت عامّة أو خاصّة، وكان الأحرى بالمشرّع النصُّ صراحة على الأموال الوقفية، باعتبارها قطاعاً مُستقلاً عن الأموال العامّة والخاصّة كما سبق بيانه؛ لكن ذلك لا يعني أنّها غير مُعنيّة بالجريمة، مادام قد عُهد الإشراف عليها إلى موظّفين، وهو ما اشترطته المادة بأن يكون سُلّم للجاني بحكم وظيفته أو بسببها.

- العنصر الثالث: النتيجة: وهي أن يكون الضّرر مُحققاً ومؤكدًا، ويتجسّد في سرقة المال أو اختلاسه أو ضياعه أو تلفه⁽²⁾.

- العنصر الرابع: علاقة السببية: وذلك بأن يكون الضّرر ناتجاً عن إهمال الموظف؛ أمّا إن كان الضّرر ناتجاً عن سبب أجنبي لا دخل لإرادته فيه؛ فلا مسؤوليّة جنائيّة في ذلك⁽³⁾.

3- الركن المعنوي: الإهمال جريمة تقوم على عنصر الخطأ؛ فلا يُشترط لقيامها توافر القصد الجنائي ولا نية الإضرار، وقد كانت المادة: 422 من قانون العقوبات قبل إلغائها بموجب القانون رقم: (09-01) الصادر في 10 جويلية 2004، قد اشترطت القصد الجنائي العام⁽⁴⁾.

أمّا ما يتعلّق بالعقوبات المقرّرة في ذلك؛ فقد نصّت المادة على أنه: [يُعاقب بالحبس من 06

¹ - أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج/2، ص/52.

² - أحسن بوسقيعة: المرجع نفسه، ج/2، ص/53.

³ - أحسن بوسقيعة: المرجع نفسه، ج/2، ص/53.

⁴ - انظر: أحسن بوسقيعة: المرجع نفسه، ج/2، ص/54.

أشهر إلى 3 سنوات وغرامة من 50.000 إلى 200.000 دج].

وقد اقتصر بحثنا على هاتين الجريمتين باعتبارهما من الجرائم المباشرة التي تُلحق الضرر بالوقف؛
أما الجرائم الأخرى كالرشوة واستغلال النفوذ وإساءة استغلال الوظيفة؛ فلم أتطرق إليها لكون صلتها
بحماية المال غير مباشرة.

الأستاذ
عبد القادر للعطوم الإسلامية

المطلب الثاني: الجرائم الواقعة من طرف الناظر:

قد تقع من الناظر على الوقف تصرفات تُلحق أضراراً بليغة بالوقف؛ فهل يُتابع بجرائم الموظف العام أو يُتابع بجرمة خيانة الأمانة؟

إنّ المشرّع الجزائري جعل العلاقة التي تحكم الناظر بالوقف هي علاقة الوكالة؛ فهي مُسندة إليه بعقد من عقود الأمانة المنصوص عليها في المادة: 376 من قانون العقوبات، المتعلّقة بمجنحة خيانة الأمانة، إذن فالجرمة المتابع بها هي خيانة الأمانة بمقتضى هذه المادة؛ وقد أوجد المرسوم التنفيذي رقم: (98-381)، المتعلّق بشروط إدارة الأملاك الوقفية، إجراءات تأديبية إدارية في حق الناظر نتيجةً للتصرفات الصادرة منه، عدّتها المادة: 21 من المرسوم، وهي حالات الإعفاء والإسقاط؛ لذلك سنتناول في هذا المطلب الإجراءات التأديبية الصادرة من الإدارة، والعقوبات الجزائية.

- الفرع الأول: الإجراءات التأديبية: تناولت المادة: 21 من المرسوم حالات الإعفاء

والإسقاط، وبيان ذلك فيما يلي:

أولاً: حالات الإعفاء:

- 1- عند المرض المفقّد للقدرة (العقلية والبدنية) على أداء العمل.
- 2- عند نقص الكفاءة.
- 3- عند التخلي عن المنصب بإرادته.
- 4- عند تعاطي المسكرات أو المخدّرات أو لعب الميسر.
- 5- عند رهن الملك الوقفيّ أو جزء منه.
- 6- عند بيع مُستعجلات الملك الوقفيّ دون إذن من السّلطة المكلفة بالأوقاف أو الموقوف عليهم.

7- إذا ادّعى ملكية خاصّة في جزء من الملك الوقفيّ.

8- إذا خان الثقة الموضوعة فيه أو أهمل شؤون الوقف.

ويلاحظ على هذه الحالات أنّها لم تُفرّق بين الإقالة والاستقالة، وكان الأحرى بالمشرّع التفرقة بينهما؛ لأنّ المرض أو التخلي عن المنصب بمحض الإرادة، لا يُورث التهمة؛ بخلاف العناصر

الأخرى المذكورة⁽¹⁾، مع أنّ هذه الحالات قد تعدّدت حولها الأقوال في الفقه الإسلاميّ، والظاهر أنّ المشرّع أخذ بالرّاجح منها.

ولا يُعزل الناظر إلا بموجب قرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينيّة والأوقاف، بعدما يثبت اتّصافه بأحد أسباب العزل حسب نصّ المادّة: 21 من المرسوم.

2- حالات الإسقاط:

- عند الإضرار بشؤون الملك الوقفيّ أو بمصلحة الموقوف عليهم.
- عند الإضرار بمُستقبل الملك الوقفيّ وموارده.
- عند ارتكاب جناية أو جُنحة.
- عند رهن أو بيع مُستغلات الوقف دون إذن كتابيّ.

ويلاحظ أنّ بعض هذه الحالات هي نفس حالات الإعفاء؛ كما أنّ المشرّع استخدم عبارات عامّة مثل الإضرار دون تحديده؛ مع العلم أنّ الرهن أو بيع العقار أو مُستغلاته هو إضرارٌ بالوقف، وكلّ تصرف صادر عن الناظر على غير وجه المصلحة هو إضرارٌ؛ ويجب على المشرّع إعادة النظر في حالات الإعفاء والإسقاط، وإزالة حالة التشابه والعموم التي يكتنفها؛ من أجل حماية الوقف ومنافعه.

- الفرع الثاني: العقوبات الجزائية:

إن الجريمة التي يمكن أن يُتابع الناظر بها بحكم عقد الوكالة، هي جريمة خيانة الأمانة المنصوص عليها في المادّة: 376 من قانون العقوبات؛ إذ جاء فيها: [كلّ من اختلس أو بدّد بسوء نية إضرار بالمالكين أو الحائزين أو واضعي اليد أوراقاً تجاريّة أو نقوداً أو بضائع أو أوراقاً ماليّة أو مُخلصات أو أية مُحرّرات أخرى تتضمّن أو تُثبت التّزاماً أو إبراء، والتي لم تُسلّم له إلا على سبيل الإيجار أو الوديعة أو الوكالة... يُعدّ مُرتكباً لخيانة الأمانة].

⁽¹⁾ - انظر: بن تونس زكريا: المسؤولية المدنيّة المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلاميّة من خلال قانون الأوقاف الجزائريّ، ص/129.

وتتمثل أركان الجريمة من خلال نصّ المادة؛ من ثلاثة أركان: الركن المادي، والركن المعنوي،
والصّرر.

- **الركن الأول: الركن المادي:** ويتكوّن الركن المادي في جريمة خيانة الأمانة من العناصر
التالية:

- **العنصر الأول: فعل الاختلاس أو التّبديد:** يُقصد بالاختلاس: "تخصيص الشيء المسلم
لغير الاختصاص المتفق عليه أثناء التسليم"⁽¹⁾؛ أمّا التّبديد؛ فهو: "إخفاء الشيء عن الأنظار؛ سواءً
بواسطة عمليّة مادية (الإتلاف)، أو عمليّة قانونيّة (التصرّف فيه بمقابل أو استهلاكه)"⁽²⁾.
فالاختلاس والتّبديد هما إحلالٌ للحيازة التامة محلّ الحيازة التاقصة، ويظهر في شكل عمل أو
تصرّف خارجي.

- **العنصر الثاني: محلّ الجريمة:** جريمة خيانة الأمانة لا تنصّب إلا على الأشياء المنقولة،
وهذا واضح من خلال الأمثلة التي عدّتها المادة؛ فهي لا تنطبق على العقارات، والسبب في ذلك؛
هو كون صاحب المملكيّة باستطاعته استرجاع عقاره عن طريق حقّ التّبّع؛ فيستطيع إبطال التّصرّفات
المصبّبة على عقاره من قبل الحائز؛ فهل يعني ذلك التّكييف؛ أنّ الجريمة لا تنطبق على من يتولّى
نظارة الوقف؟

لو قام الناظر ببيع العقار أو رهنه؛ فإنّه يمكن إبطال هذا التّصرّف واسترجاع العقار، ولا نكون
حينئذ بصدّد جريمة خيانة الأمانة؛ لكن يمكن متابعة الناظر بهذه الجريمة، إذا اختلس أو بدّد الأموال
التّالّجة عن العقار الوقفي؛ فمثلاً: لو قام بتأجير الوقف ثمّ اختلس أو بدّد أموال الإيجار؛ فنكون
حينها بصدّد جريمة خيانة الأمانة.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام: لو قام الناظر ببيع الوقف أو رهنه أو هبته؛ ما
الجريمة التي يُتابع بها؟ فهل يُكتفى بعزله فقط حسب المادة: 21 من المرسوم؟ أو أنّه يُتابع بجرائم
الموظّف العامّ على أساس أنّ الناظر يُعتبر موظّفاً عامّاً بحسب المادة: 02 فقرة ب من قانون 06-
01 من مكافحة الفساد؟

¹- بن شيخ حسين: مذكرات في القانون الجزائري الخاص، دار هوم، الجزائر، دط، دت، ص/219.

²- انظر: بن شيخ حسين: المرجع نفسه، ص/219.

إنّ هذه الإشكاليّات القانونيّة سببها- كما ذكرنا سابقاً- هو أنّ الناظر لا وُجود له في الواقع؛ وبذلك تبقى الاجتهادات القضائيّة بشأنه معدومة.

- العنصر الثالث: تسليم الشيء: يجب أن يتمّ التسليم على سبيل الحيّزة المؤقتة بموجب عقد من عقود الأمانة المنصوص عليه في المادة، ومن بينها عقد الوكالة⁽¹⁾؛ فالموكل له سلطة التصرف بدلاً من الوكيل، بأنّ يحلّ محلّه على أن يقوم بالتصرف باسم الوكيل؛ فإذا قام الموكل بتبديد أو اختلاس الأشياء المسلمة إليه بموجب عقد من عقود الأمانة؛ نكون حينها بصدد جريمة خيانة الأمانة⁽²⁾.

الرّكن الثاني: الرّكن المعنويّ: تتحقّق جريمة خيانة الأمانة عند تصرف الوكيل في الشيء تصرف الملاك، مع علمه بأنّ حيّزته مؤقتة، بالإضافة إلى القصد الجنائيّ الخاصّ، والمتمثّل في نيّة المتهم التملّك وحرمان صاحبه منه، وهو ما عبّر عنه المشرّع بسوء النية⁽³⁾.

الرّكن الثالث: الضّرر: طبقاً للمادة: 376 من قانون العقوبات، التي نصّت على أنّ الجريمة لا تتحقّق إلا إذا ارتكب الجاني: [إضراراً بالمالكين أو الحائزين أو واضعي اليد]؛ يكون حدوث الضّرر للمجنيّ عليه ركناً من أركان الجريمة؛ ومثل ذلك كونه محتمل الوقوع؛ أمّا مجرد الشروع في الجريمة؛ فلا يُعاقب عليه⁽⁴⁾.

وأما العقوبات المقرّرة في ذلك؛ فقد نصّت المادة على أنّه يُعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من 500 إلى 20.000 دج، بالإضافة إلى عقوبات تكميليّة، وهي المنع من الإقامة لمدة سنة إلى خمس سنوات، وكذا المنع من حقّ أو أكثر من الحقوق المذكورة في المادة: 14 من قانون العقوبات.

¹- الوكالة حسب نصّ المادة: 571 من القانون المدني [عقد يفوض بمقتضاه شخص لأخر سلطة القيام بعمل شيء لصالح الموكل وباسمه].

²- انظر: بن شيخ لحسين: مذكرات في القانون الجزائي الخاصّ، ص/235.

³- انظر: أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاصّ، ج/1، ص/369.

⁴- انظر: بن شيخ لحسين: المرجع السابق، ص/242.

- المطلب الثالث: الجرائم الواقعة من الغير:

الجرائم التي تقع من الغير كثيرة ومتعددة، وسوف نحاول في هذا المطلب التطرق إلى كل ما له صلة من هذه الجرائم بالوقف بإيجاز يُناسب المقام.

- **الفرع الأول: الجرائم العامة:** والمراد بالجرائم العامة؛ الجرائم التي قد تقع على الأملاك الوقفية العقارية من المباني والمحلات والمسكن، والعقارات الوقفية الفلاحية على حدّ سواء، وهذه الجرائم هي:

1- جريمة السرقة: وهي من أهمّ الجرائم التي اهتمت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بتنظيمها؛ فقد نظمها المشرّع الجزائري من خلال المواد: 350 إلى 354 من قانون العقوبات، بالإضافة إلى نصوص أخرى؛ وسرقة أموال الوقف تخضع للأحكام العامة لجريمة السرقة؛ أمّا في الشريعة الإسلامية؛ فإنّ حدّ السارق هي القطع؛ واختلف الفقهاء في سارق أموال الوقف؛ هل تُقطع يده؟ على قولين:

- **القول الأول:** إنّ سارق أموال الوقف لا تُقطع يده؛ وعلّلوا ذلك بعدم وجود المالك؛ إذ جعلوا الوقف على العامة كمال بيت المال المسلمين؛ أمّا إن كان على جهة مُعيّنة محصورة؛ فلعدم وجود المالك حقيقةً، وعبر عنه الشافعية بضعف المالك؛ سواءً أكان بيد الواقف أم بيد الموقوف عليهم؛ وهذا رأي الحنفية والشافعية في قول مرجوح عندهم⁽¹⁾.

- **القول الثاني:** إنّ سارق أموال الوقف تُقطع يده كغيره من السارقين؛ وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة؛ وعلّل المالكية ذلك: بأنّ المالك للواقف؛ أمّا الشافعية؛ فعملوه بأنّه مالٌ مُحرزٌ؛ سواءً أكان الملك لله تعالى أو الواقف أو الموقوف عليهم⁽²⁾.

والظاهر: أنّ رأي الجمهور أرجح؛ لأنّ الوقف مالٌ يُشرف عليه ناظرٌ، مهمّته حفظه ورعايته وحمايته؛ فهو مالٌ مُحرزٌ، وإذا وقعت عليه سرقة؛ فيجب على الجاني ما يجب على غيره من سائر المجرمين.

¹ - انظر: ابن عابدين: رد المحتار، ج/15، ص/315. الماوردي: الحاوي الكبير، ج/13، ص/307.

² - انظر: العدوي: حاشية العدوي، ج/7، ص/164. الماوردي: المصدر نفسه، ج/13، ص/307. ابن قدامة: المغني، ج/12، ص/426.

2- جريمة الاعتداء على الملكية العقارية: نصّت على هذه الجريمة المادة: 386 من قانون العقوبات؛ حيثُ ورد فيه: [يُعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 2000 دج إلى 20.000 دج كلّ من انتزع عقاراً مملوكاً للغير وذلك خلسة أو بطرق التّدليس]؛ ومن خلال المادة يمكننا تحديد أركان هذه الجريمة؛ وهي:

- الركن الأوّل: انتزاع عقار مملوك للغير: وهو قيام الجاني بسلوك إيجابيّ، وهو المتمثّل في النزع والأخذ بالقوّة دون علم ورضا المالك، وبالتالي انتقال حيازة العقار المعتدى عليه إلى من قام بفعل الانتزاع⁽¹⁾، وهو ما أكّدته المحكمة العليا في قرارها المؤرّخ في 08 نوفمبر 1988م ملف رقم: 57534⁽²⁾.

ويجب كذلك أن يكون العقار مملوكاً للغير بسند من السّنندات المثبتة للملكيّة؛ خاصّة الأوقاف التي أعطى المشرّع حرّيّة إثباتها بجميع الوسائل الشرعيّة والقانونيّة حسب نصّ المادة: 35 من قانون الأوقاف.

- الركن الثاني: اقتران الانتزاع بصفة الخلسة والتّدليس: لم يُحدّد المشرّع الجزائريّ مفهوم الخلسة والتّدليس؛ ممّا جعل المحكمة العليا تلجأ إلى الاجتهاد؛ حيث حدّدت في القرار المؤرّخ في 17/01/1989م ملفّ رقم: 52971⁽³⁾، مفهوم الخلسة؛ إذ جاء فيه: [حيث كان يتعيّن على قضاة مجلس قضاء المديّة وقبل تطبيق المادة: 386 من قانون العقوبات؛ بيان كيفية نزع العقار المملوك للغير وبطريق التّدليس؛ خاصّة وأنّ المادة تُهدف أساساً إلى مُعاقبة الذين يعتدون على عقار مملوك للغير، أو يرفضون إخلاءه بعد الحكم عليهم بحُكم مدنيّ].

وفي قرار آخر مؤرّخ في 13 ماي 1986م ملف رقم: 279⁽⁴⁾، عرّفت التّدليس بأنّه: "إعادة شغل ملكيّة الغير بعد إخلائها؛ وواضح من خلال قرارات المحكمة العليا؛ أنّ عُنصر

¹- انظر: حمدي باشا عمر: حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الجزائر، ط/6، 2006م، ص/86.

²- المجلّة القضائية، العدد 2-1993م، وزارة العدل، ص/192.

³- المجلّة القضائية، العدد 3-1991م، وزارة العدل، ص/236.

⁴- الفاضل خمار: الجرائم الواقعة على العقار، دار هومه، الجزائر، ط/3، 2008م، ص/27.

التدليس والخلسة يقتضي توافر العناصر الآتية⁽¹⁾:

1- صدور حكم قضائي بطرد من العقار.

2- إتمام إجراءات التبليغ والتنفيذ.

3- عودة المنفذ عليه شغل الأماكن من جديد بعد طرده منها⁽²⁾.

أما العقوبات المقررة في حق من يفعل ذلك؛ فتمثل في السجن من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من 2000 دج إلى 20.000 دج، وقد تُشدد هذه العقوبة إذا اقترنت بظرف من ظروف التشديد المنصوص عليها في المادة.

- الفرع الثاني: الجرائم الواقعة على العقار:

1- جريمة التخريب: والتخريب هو: "كل فعل من شأنه تعطيل الاستفادة من الشيء"⁽³⁾، وقد نصت على هذه الجريمة المادة: 400 والمادة: 406 من قانون العقوبات، وتقع على العقار وعلى المنقول على حد سواء، وتمثل أركان هذه الجريمة فيما يأتي⁽⁴⁾:

- الركن الأول: فعل التخريب: حدّدت المادة الوسيلة المستخدمة في التخريب؛ وهي الألغام والمتفجرات بمختلف أنواعها، وهذه الوسائل خطيرة جداً؛ لما لها من قوة في التخريب والإتلاف والحرق.

- الركن الثاني: محل التخريب: حدّدت المادة: 400 من قانون العقوبات محلّ التخريب على سبيل المثال؛ حيث تشمل المباني والسكنات؛ كما تشمل الأشياء المنقولة أو الثابتة.

¹- انظر: حمدي باشا عمر: حماية الملكية العقارية الخاصة، ص/89.

²- تنعدم جريمة التعدي ما لم تتوفر الشروط والإجراءات السالفة الذكر، وهو ما أكدته المحكمة في قرارها التالي:

- القرار رقم: 70 المؤرخ في: 1988/02/02م، الفاضل خمار: الجرائم الواقعة على العقار، ص/28.

- القرار رقم: 42266 المؤرخ في: 1984/12/02م، المجلة القضائية، العدد 3-1985م، ص/292.

- القرار رقم: 23552 المؤرخ في: 1982/10/12م الإجتهد القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية، د ط، 1986م، ص/107.

³- انظر: الفاضل خمار: الجرائم الواقعة على العقار، ص/72.

⁴- انظر: الفاضل خمار: المرجع نفسه، ص/72.

- الركن الثالث: القصد الجنائي: تتحقق الجريمة بمجرد إلقاء المادة المتفجرة أو زرعها؛ سواء أدى ذلك إلى التخريب أو لا؟ كما تتحقق بمجرد الشروع في الفعل.

وأما العقوبات المقررة في ذلك؛ فقد أحالت المادة على العقوبات المنصوص عليها في المواد من 395 إلى 398؛ حيث تتفاوت درجة العقوبة من الإعدام إلى السجن المؤبد، أو السجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشرين سنة، حسب الظروف والأحوال المنصوص عليها.

2- جريمة التخريب الجزئي للعقار: وهو الفعل المنصوص عليه في المادة: 406 مكرر من قانون العقوبات، والتي نصت على أنه: [يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 5000 دج، كل من خرب عمداً أجزاء من عقار هو ملك الغير]، ولم تُحدد المادة مفهوم هذا الجزء من العقار؛ بحيث لا ينعقد الانتفاع به؛ لأن هدم جدار منزل أو سقفه يعد الانتفاع بالعقار⁽¹⁾؛ فنكون حينئذ بصدد جريمة التخريب المنصوص عليها في المادة: 400 من القانون، وليس المادة: 406 مكرر.

3- جريمة الحرق العمدية: إنّ أفراد جريمة الحرق بنصّ خاصّ، وإن كانت تدخل ضمن جرائم التخريب والجنايات بوجه عام؛ له ما يُسوِّغه عند البعض وذلك للأسباب التالية⁽²⁾:

أ- إنّ استعمال النار عمداً كوسيلة لإهلاك الأموال؛ يكشف عن إرادة الجاني في ارتكاب الجريمة؛ لما لها من القوة المدمرة.

ب- إنّ أضرارها يتعدى غالباً من الأموال إلى الأنفس عند تواجدهم في محلّ الحرق، وإن كان المشرّع الجزائري قد أشار في جريمة التخريب إلى الوسيلة المستخدمة، وهي المتفجرات والألغام، وهذه الأخيرة تدرج ضمن أنواع النار.

ولعل المشرّع إنما أفردّها بنصّ خاصّ؛ لكونها أوسع من التخريب من حيث الوسيلة المستخدمة؛ إذ إنّ جريمة التخريب تتمّ باستخدام الألغام والمتفجرات؛ أمّا في جريمة الحرق؛ فتتمّ بكلّ وسيلة تُؤدّي

¹- الفاضل خمّار: المرجع نفسه، ص/83.

²- انظر: نذير بن محمد الطيب أوهاب: حماية المال العام في الفقه الإسلامي، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ص/256، 257.

إلى الحرق؛ سواءً كانت بالمتفجرات أو بعُود الكبريت أو غيره، وقد نظمت أحكامها المواد: 395 إلى 399 من قانون العقوبات، وتقوم على الأركان التالية⁽¹⁾:

- الركن الأول: فعل وضع النار: لا تُهمّ الوسيلة المستخدمة في وضع النار؛ سواءً كانت بالكبريت أو بشيء آخر، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 07 جانفي 1975م ملف رقم: 12027⁽²⁾.

- الركن الثاني: محل الجريمة: وقد عدّدت المادة: 395 والمادة: 396 محلّ الشيء المحروق على سبيل المثال وليس الحصر.

- الركن الثالث: القصد الجنائي: ويتحقّق القصد الجنائي بالفعل؛ وذلك بوضع النار في البناية أو المحلّ؛ سواءً كانت مسكونة أو غير مسكونة، قاصداً إحداث الحريق وإضراره بالمحلّ المستهدف.

أما العقوبات المقرّرة في هذا الشأن؛ فتأخذ الجريمة وصف جنائية، وتتفاوت الجزاءات المطبّقة حسب الأحوال والظروف المنصوص عليها في المواد؛ ونجملها فيما يلي:

أ- الإعدام: إذا كانت المخالفات المنصوص عليها في المواد: 395، 396 تتعلق بأملك الدولة، أو بإحدى الهيئات المنصوص عليها في المادة: 119 من هذا القانون، أو أدت إلى موت شخص، أو أحدثت جرحاً أو عاهةً مُستديمة.

ب- السّجن المؤبّد: إذا كانت المباني والمسكن وغيرها مسكونة أو مُعدّة للسكن حسب نصّ المادة: 395.

ج- السّجن المؤقت: من عشر إلى عشرين سنة؛ حسب نصّ المادة: 396؛ إذا كانت المباني والمسكن وغيرها غير مسكونة أو غير مُستعملة للسكن، وتُخفّف العقوبة من عشر إلى خمس سنوات حسب نصّ المادة: 397؛ إذا كان الشيء المحروق ملكاً للجاني، أو قام بحرقه بأمر من المالك.

¹ - الفاضل خمّار: المرجع السابق، ص/64، 65، 66، 67.

² - انظر: جيلالي البغدادي؛ الإجتهد القضائي في المواد الجزائية، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، روية، الجزائر، دط، دت، ص/356.

وقد شدّد المشرّع العقوبة إذا تعلّق الأمر بأموال عموميّة هي ملكٌ للدولة، بخلاف الأملاك الوقفية؛ فإنّها تخضع للجريمة بوجه عامّ.

4- جريمة هدم أو تخريب أو تدنيس أماكن العبادة: أماكن العبادة تندرج ضمن العقارات التي يمكن أن تُستهدف بالتخريب والهدم، والتي نصّت عليها المادّة: 160 مكرر 1؛ حيث تعتبر من النصوص الصريحة التي لها علاقة مباشرة بالوقف، ولعلّ المشرّع خصّها بنص، ليس لأنّها من الأوقاف فحسب؛ بل للوظيفة التي تُؤدّيها، وهي العبادة التي تُضفي على المكان قُدسيّة في النفوس، بالرغم من أنّ الأوقاف لها ذات القدسية التي تتمتع بها أماكن العبادة؛ إذ تُعتبر جزءاً لا يتجزأ منها؛ بل لا تنفك عنها.

وأشارت المادّة إلى فعل جديد غير الهدم والتخريب؛ وهو فعل التدنيس الذي من شأنه تسفيه وانتقاص الديانة والتطاول على أهلها، وليست المساجد وحدها المعنيّة بالنص؛ بل يتعدى ذلك لكلّ مكان عبادة خاصّ بديانة من الديانات المرخص لها⁽¹⁾.

وأما العقوبات المقرّرة على هذه الجريمة حسب نصّ المادّة: 160 مُكرّر 1؛ فهي الحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة ماليّة من 1000 إلى 10.000 دج.

- الفرع الثالث: الجرائم الواقعة على العقار الفلاحي:

1- جريمة وضع النار في ملك الغير: وهي الجريمة المنصوص عليها في المادّة: 396 فقرة 3 و4 من قانون العقوبات، وتشمل العقار الفلاحي من الأراضي الزراعيّة وما تُنتجه والأشجار المثمرة.

وأركان هذه الجريمة نفس الأركان التي سبق التطرّق إليها في جريمة الحرق العمدي؛ غير أنّ محلّ الجريمة يجب أن يكون عقاراً فلاحياً، وقد ذكرت هذه المادّة الحقول المزروعة والمحاصيل القائمة والغابات.

2- جريمة تخريب المحاصيل: نصّت عليها المادّة: 413 من قانون العقوبات؛ حيث جاء فيها: [كلّ من خرّب محصولات قائمة أو أغراساً نمت طبيعياً أو بعمل الإنسان؛ يُعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 1000 دج].

⁽¹⁾ - انظر: الفاضل خمّار: المرجع السابق، ص/87.

وتتمثل أركان الجريمة فيما يلي⁽¹⁾:

- **الرّكن الأوّل: فعل التّخريب:** ويكون بقطع الأشجار أو قلعها أو وكسرها أو تقشيرها بقصد إهلاكها، ونفس الأمر بالنّسبة للأرض المزروعة.

- **الرّكن الثاني: محلّ الجريمة:** فيجب أن تقع الجريمة على أغراس أو محاصيل قائمة؛ أي مُتّصلة بالأرض؛ غير أنّ المشرّع لم يُحدّد مقدار التّخريب الذي إن وقع عليها تقوم الجريمة في حقّ الجاني؛ لذلك فهي متروكة لتقدير القاضي، بالإضافة إلى عناصر لا داعي لتكرارها؛ مثل كونها ملكا للغير، بالإضافة إلى القصد الجنائي.

وأما العقوبات المقرّرة في ذلك؛ فنصّت المادة على أنّه يحكم على مُرتكبها بالسّجن من سنتين إلى خمس سنوات، وبغرامة من 500 إلى 1000 دج؛ كما يمكن للقاضي الحكم عليه بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة: 14 من نفس القانون، وبالمنع من الإقامة⁽²⁾.

3- جريمة إغراق ملك الغير: نصّت عليها المادة: 444 من قانون العقوبات؛ حيثُ جاء فيها: [يُعاقب بالحبس من عشرة أيّام على الأقلّ إلى شهرين على الأكثر، وبغرامة من 100 إلى 1000 دج... كلّ من أغرق الطّرق أو أملاك الغير؛ وذلك برفعه مصبّ مياه المطاحن أو المصانع أو المستنقعات عن منسوب الارتفاع الذي تُحدّده السّلطة المختصة].

فأركان هذه الجريمة تتمثّل في فعل الإغراق الذي حدّدته المادة، ويكونُ برفع مصبّ المياه عن المنسوب المحدّد من طرف السّلطات المختصة؛ أمّا محلّ الإغراق فيشملُ أملاك الغير من طرق وحقول ومزارع وغيرها.

¹- انظر: الفاضل خمار: المرجع السابق، ص/113، 114، 115.

²- قرار المحكمة العليا، رقم: 194050، المؤرخ في: 14/07/1999م، والقرار رقم: 1746394، المؤرخ في 11/11/1998م؛ انظر: نبيل صقر: العقار الفلاحي نصا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، دط، دت، ص/167. 169.

غير أنّ الأمر البارز في هذه الجريمة؛ هو أنّ المشرّع أدرجها ضمن المخالفات التي تلحق بالأموال، وسنّ لها عقوبات أقلّ ما يمكن القول فيها؛ إنّها عقوبات رمزية مقارنةً مع الجرم المرتكب؛ وذلك لأنّ إغراق الأرض من شأنه تعطيلها عن المنفعة لمدة زمنية، قد تُفوّت على صاحبها فترة زرعها، وهذه العقوبات لا تتماشى مع حجم الخسائر التي تلحق بالمجني عليه؛ كما أنّ عملية الإغراق لا تكون بالماء فقط؛ فقد يكون الإغراق بموادّ كيميائية تُلوّث التربة؛ فتُعطلها عن المنفعة نهائيًا؛ بدليل استخدام المشرّع مصبّ مياه المطاحن أو المصانع، وهذه من أكبر الجرائم التي تلحق بالأراضي الزراعية.

والخلاصة في ذلك: إنّ الجرائم التي نصّ عليها المشرّع تتعلّق بال عقار بصفة عامّة، والوقف يندرج ضمن هذه العقارات، وقد وضع المشرّع الجزائي لكلّ جريمة عقوبةً تناسبها؛ أمّا في الفقه الإسلامي؛ فلم أجد من أفرد للجرائم التي تقع على الأملاك الوقفية باباً يخصّها؛ إلا في بعض المسائل مثل: السرقة والغصب والإتلاف؛ فليس هناك عقوبات محدّدة عن باقي الجرائم، وإنما هي عقوبات تعزيريّة تخضع في تقديرها لسُلطة القاضي؛ وفي ذلك يقول ابن تيمية: "وأما المعاصي التي ليس فيها حدٌّ مُقدّر ولا كفارة، كالذي يسرق من غير حرز أو شيئاً يسيراً أو يخون أمانته؛ كولاية أموال بيت المال أو الوقوف ومال اليتيم ونحو ذلك؛ إذا خانوا فيها... فهؤلاء يُعاقبون تعزيراً وتنكيلاً وتأديباً بقدر ما يراه الوالي"⁽¹⁾.

¹ - ابن تيمية: السياسة الشرعية في إصلاح الرّاعي والرّعية، تحقيق: علي بن محمد العمران، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، دط، دت، ص/144، 145..

المبحث الثالث:

تعويض الاعتداء على الأوقاف:

ويشمل المطالب التالية:

- المطلب الأول: مفهوم التعويض.
- المطلب الثاني: موجبات التعويض.
- المطلب الثالث: طريقة تقدير التعويض.

المطلب الأول: مفهوم التعويض:

- **التعويض لغة:** هو العوض والبدل، قال ابن فارس: "العين والواو والضاد كلمتان صحيحتان، إحداهما تدلُّ على بدل للشيء، والأخرى على زمان؛ تقول عضت فلانا وأعضته وعوضته؛ إذا أعطيته بدل ما ذهب منه"⁽¹⁾.

- **واصطلاحاً:** التعويض هو الضمان؛ وهو: "الالتزام بتعويض مالي عن ضرر بالغير"⁽²⁾؛ وأما عند فقهاء القانون المدني؛ فهو: "ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه بضرر"⁽³⁾. وكلا التعريفين يدلان على أن الجاني إذا أحدث ضرراً للغير؛ فهو ملزمٌ بجبره، والخلاف في ذلك هو اصطلاحياً فقط؛ فالضرر الذي لا يمكن رفعه، يكون الجاني مسؤولاً تجاه المجني عليه بالضمان؛ وذلك وفق القواعد المحددة لتلك المسؤولية.

ولقد تحدث الفقهاء بالتفصيل عن مسؤولية الناظر تجاه ما يلحق الوقف من ضرر جزاء تصرفاته، إذا ثبت إهماله وتقصيره، وأنه ضامنٌ لكل ذلك؛ كما تطرقنا إليه في المباحث السابقة؛ أما ما يلحق الوقف من تصرفات الغير؛ فلم أجد من فصل ذلك إلا في بعض المسائل، كالسرقة والغصب والإتلاف، وهذه التصرفات تندرج ضمن التعدي على الأوقاف التي تُعتبر من الأسباب الموجبة للضمان في الفقه الإسلامي.

⁽¹⁾ - انظر: ابن منظور: لسان العرب، ج/7، مادة: عوض، ص/192. ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، مادة: عوض، ص/721.

⁽²⁾ - مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج/2، ص/1035.

⁽³⁾ - أسامة السيد: التعويض عن الضرر الأدبي، دار الجامعة الجديدة، دط، مصر، 2007م، ص/218.

المطلب الثاني: مُوجبات التّعويض:

ويُقصد بموجبات التّعويض: "الواقعة المنشئة للحق في التّعويض؛ أي الواقعة التي كانت سبباً لنشوء الحق في التّعويض"⁽¹⁾، وهذه الوقائع تتداخل فيما بينها؛ بحيث لا يمكن حصرها والفصل بينهما، وهو ما عبّر عنه الفقهاء بالتعدّي؛ الذي يُقصد به الفعل الضارّ أو الواقعة الضارة التي تحدث الضرر؛ وسواء أكانت الواقعة الضارة إرادية أو غير إرادية؛ فهي تُوجب الضمان في الفقه الإسلامي؛ لأنّ العبرة بحصول الضرر⁽²⁾؛ أمّا في القانون؛ فإنّ الأساس الموجب للتّعويض؛ هو الخطأ الذي يُعتبر ركناً أساسياً من أركان المسؤولية؛ حيث لا تقوم بغيره⁽³⁾.

فناظر الوقف أمينٌ على أموال الوقف، والأمينُ يُصدّق فيما يدّعيه في الأمانة التي تحت يده من تلف ونحوه، وعليه؛ فلا ضمان من غير تقصير، وإذا تعدّى أو قصر في حفظها؛ فإنّه ضامنٌ لذلك؛ أمّا غيره من الأشخاص؛ فإذا حصل منهم تعدّد؛ فإنّهم مُلزمون بالضمان؛ سواءً كان ذلك على سبيل العمد أو الخطأ⁽⁴⁾.

¹ - محمد فتح الله النّشار: حق التّعويض المدنيّ بين الفقه الإسلاميّ والقانون المدنيّ، دار الجامعة الجديدة للنشر، دط، 2002م، ص/43.

² - انظر: محمد فتح الله النّشار: المرجع نفسه، ص/48، 49.

³ - انظر: محمد فتح الله النّشار: المرجع نفسه، ص/101.

⁴ - انظر: محمد فتح الله النّشار: المرجع نفسه، ص/84.

المطلب الثالث: طريقة التعويض:

إنّ الواجب في تعويض الضّرر المادي الذي يلحق بالأموال؛ هو ردّ العين؛ فإن تعدّد ذلك؛ لزم ردّ المثل إن كان المال مثلياً، أو القيمة إن كان المال قيميّاً.

1- ردّ العين: ولا خلاف بين الفقهاء في ردّ الحقوق العينيّة إلى أصحابها إن بقيت على حالها؛ إذ إن المملك لا ينقطع بالغصب أو حيازة مال الغير بغير حق⁽¹⁾؛ فإذا كان الموجب للتعويض هو الغصب؛ فعليه ردّ العين المغصوبة ردّاً كاملاً إن كانت قائمة، وفي هذه الحال؛ لا نكون بصدد التعويض، وإنما بإعادة الحال إلى ما كان عليه؛ أمّا إن دخل عليها نقصٌ بسبب إتلاف أو غيره؛ فإنه يلتزم بضمان ذلك⁽²⁾.

وأما فقهاء القانون؛ فقد عبّروا عنه بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضّرر، وله صورتان؛ هما: ردّ الشّيء المأخوذ بعينه، وتنفيذ الالتزام عيناً وإزالة الضّرر، ولا يلجأ إلى التعويض التقدي؛ إلا إذا استحال التعويض عيناً، وقد نصّت على ذلك المادّة: 132 فقرة 2 من القانون المدني.

2- ضمان المثل: ويتفق الفقهاء على أنّ الواجب في الضّمان-فيما لو كان الضّرر مادياً مُتعلّقاً بالأموال- هو المثل إن كان المال من المثليّات⁽³⁾؛ والمال المثليّ عندهم هو: "ما تماثلت أجزأؤه في المنفعة والقيمة؛ من حيث الذات لا من حيث المنفعة"⁽⁴⁾.

⁽¹⁾- انظر: محمد أحمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط/1، 1414 هـ/1993م، ص/385.

⁽²⁾- انظر: ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج/4، ص/101، محمد فتح الله النّشار: المرجع السابق، ص/231.

⁽³⁾- انظر: أحمد مواوي: الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، السعودية، ط/1، 1418 هـ/1997م، ج/2، ص/1010.

⁽⁴⁾- أبي حامد الغزالي: الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعيّ، تحقيق: علي معوض، عادل عبد الموجود، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، ط/1، 1418 هـ/1997م، ج/1، ص/381. أحمد مواوي: المرجع السابق، ج/2، ص/1010.

وأما التعويض المثلي في القانون؛ فلا نجد ما يدل على ذلك في المدني منه، ولعلّ التعويض العيني في إحدى صورته، وهو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل غير المشروع، قريب إلى حد ما من التعويض بالمثل.

3- ضمان القيمة: وذلك إذا كان الضرر متعلقاً بالمال القيمي، وهو: "ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد مع التفاوت المعتد به في القيمة كالذئب والأشجار والحيوانات"⁽¹⁾؛ وللفقهاء فيه رأيان؛ هما:

- الأول: وهو رأي جمهور الفقهاء من المذاهب؛ حيث قالوا: إنّ القيمي يُضمن بقيمته؛ فعلى هذا لو أتلف أحدٌ مالا قيميّاً؛ فيجب عليه أن يضمّن بقيمته⁽²⁾.

- الثاني: وهو رأي الظاهرية والإمام أحمد في رواية عنه واختارها ابن تيمية؛ حيث قالوا: إنّ المال القيمي يُضمن بمثله، ولا يُضمن بالقيمة إلا عند عدم المثل⁽³⁾.

أما في القانون المدني؛ فالتعويض نوعان: تعويض عيني، وتعويض بمقابل، وهو ما يسمى بالتعويض التقدي⁽⁴⁾؛ فإذا تعذر الحكم بالتنفيذ العيني؛ فإنّ القاضي يحكم بالتعويض التقدي؛ وذلك لأنّ التقود تقوم مقام الكثير من الأضرار، ولذلك فإنّ الأصل في المسؤولية التقصيرية، أن يكون التعويض نقديّاً، والأصل في التعويض التقدي أن يكون مبلغاً من التقود دفعةً واحدةً، ولكن يصحّ للقاضي في أحوال معينة؛ أن يحكم بالتعويض مُقسّطاً⁽⁵⁾؛ غير أنّ القانون جعل التعويض التقدي هو الأصل عند استحالة التعويض العيني؛ بخلاف الفقه الإسلامي الذي جعل التعويض المثلي هو الأصل عند تلف المال المثلي⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ - المادّة: 146 من مجلة الأحكام العدلية.

⁽²⁾ - أحمد مواني: المرجع السابق، ج/2، ص/1014.

⁽³⁾ - أحمد مواني: المرجع السابق، ج/2، ص/1015.

⁽⁴⁾ - وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، دط، 1402 هـ/1982م، ص/95.

⁽⁵⁾ - محمد فتح الله التّشار: حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ص/291.

⁽⁶⁾ - محمد فتح الله التّشار: المرجع نفسه، ص/268.

هذا عن التعويض بصفة عامة؛ أمّا ما يتعلّق بالأوقاف؛ فلا نجد في قانون العقوبات ما يتضمّن التعويض عن الضّرر الذي يلحق مال الوقف جرّاء الاعتداء عليه⁽¹⁾، وهذا الأمر غير مُستغرب إذا علمنا أنّ قانون الأوقاف في مادّته: 35؛ قد اكتفى بالإحالة على قانون العقوبات، فلا نجد نصّاً خاصّاً تتعلّق بجرائم الأوقاف، وإنّما تخضع لجرائم العقار أو الأموال بصفة عامّة، مثلما تطرّقنا إليه في المبحث السّابق.

وحثّى في قانون الأوقاف؛ فلا نجد ما يُحيلنا على الأقلّ على القانون المدنيّ، وتحديد العمل الغير المشروع في المادّة: 124 منه فيما يتعلّق بالعمل المستحقّ عن التعويض.

ولا يعني ذلك عدم إمكانيّة المطالبة بالتعويض نتيجة الأضرار التي تلحق الوقف، وإنّما القانون المدنيّ هو الشّريعة العامّة للقوانين؛ يُرجع إليه في كلّ ما لم يُوجد فيه نصّ في القوانين الخاصّة به؛ ومن بينها المسؤوليّة المدنيّة والجنائيّة.

. خلاصة الفصل الثالث:

تطرّقنا في هذا الفصل إلى تحديد طبيعة المركز القانونيّ الذي يتمتع به الناظر؛ وذلك لتحديد المسؤوليّة الجنائيّة التي يمكن مُتابعتها بها؛ فهل هو موظّف عامّ يُتابع بجرائم الموظّف العامّ أو هو وكيلٌ يتابع بجريمة خيانة الأمانة؟

وحدّدنا مفهوم النّظارة في الفقه الإسلاميّ والقانون الجزائريّ؛ فالناظر في الفقه الإسلاميّ: هو كلّ من يلي إدارة الوقف والحفاظ عليه وتنميته وتوزيع ريعه على المستحقّين؛ أمّا في القانون الجزائريّ فنجد أنّ النّظارة، تنطبق على كثير من الأفراد، بدءاً بالوزير وانتهاءً بالناظر؛ حيث نجد لكلّ واحد من هؤلاء سلطة الإشراف والتسيير على الأوقاف؛ كما نجد تدخلاً في الصّلاحيات بين هؤلاء، ممّا يُصعّب تحديد المسؤوليّة.

والناظر الذي قصده المشرّع؛ هو الذي له سلطة التسيير المباشر؛ إلا أنّه لا وجود له من الناحية الواقعيّة؛ فهو حبيس القوانين والمراسيم.

⁽¹⁾ - بن تونس زكريا: المسؤوليّة المدنيّة المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلاميّة من خلال قانون الأوقاف الجزائريّ، ص/168.

والناظر لا يعتبر موظفا بالمعيار الإداري؛ بل هو كذلك بالمعيار الجنائي حسب نصّ المادة: 02
فقرة ب من قانون العقوبات الجزائري.

ثم تطرقتنا إلى الجرائم التي تقع على الأوقاف؛ وذلك من خلال استقراء نصوص قانون
العقوبات؛ لأنّ المشرّع اكتفى بالإحالة فقط؛ فالجرائم التي تقع على الوقف، هي الجرائم التي تقع
على العقار بصفة عامّة؛ كما أنّ الجرائم التي يُتابع بها الناظر هي جريمةُ خيانة الأمانة؛ أمّا الموظفون
العامون المشرفون على الأوقاف؛ فيُتابعون بجرائم الموظف العامّ من احتلاس وتبديد ونحو ذلك.

ثمّ تطرقتنا إلى التعويض عن جرائم الاعتداء عن الأوقاف؛ فالفقهاء لم يتحدّثوا عن ذلك على
وجه الخصوص؛ وإنما تحدّثوا عنه ضمن حديثهم عن الضمان بشكل عامّ؛ وكذلك فعل المشرّع
الجزائري؛ حيثُ أوكل ذلك للقواعد العامّة للتعويض وجبر الضرر.

الخاتمة:

وفي ختام بحثي هذا، أصل إلى النتائج التالية:

1- إنَّ المشرِّعَ الجزائريَّ استمدَّ أحكامَ الوقف من الشريعة الإسلامية، باعتبار الوقف نظاماً إسلامياً خالصاً.

2- إنَّ الوقف لا يُعتبر ملكية عامة ولا ملكية خاصة، وإنما هو ملكية مُستقلة في حدِّ ذاته، ويتمتع بالشخصية المعنوية.

3- إنَّ الوقف عقدٌ لازم، وهو ما يُلائم صفة التأييد؛ وقد أحسن المشرِّع الجزائريُّ باشرطه الشكلية لصحة عقد الوقف؛ وذلك حتى تكون فرصة للواقف في التأني والتفكير، وحمايةً للوقف وللمستحقين من الورثة والدائنين.

4- إنَّ إثبات الوقف يتمُّ بكافة الوسائل القانونية والشرعية.

5- إنَّ الوقف يتمتع بما يتمتع به المال العام، من حيث عدم جواز التصرف فيه بأيِّ فعلٍ ناقلٍ للملكية، كالبيع والرهن؛ كما أنه غير قابل للحجز، وغير صالح للتقادم والحيازة.

6- إنَّ إيجار الوقف يخضع لأحكام القانون الخاصِّ وقواعد الإيجار العامة في القانون المدني، ثمَّ لأحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يردَّ فيه نصٌّ يخصُّه؛ وطريقة الإيجار تتمُّ عن طريق المزاد العلني، وذلك حمايةً للوقف من الوقوع في الغبن، واحتمال إيجاره بأقلِّ من المثل؛ غير أنَّ الاستثناءات التي أوردها المشرِّع؛ قد تفتح الباب لاستغلاله بطرق مشبوهة تضرُّ بالوقف والموقوف عليهم.

7- لا يمكن حيازة الوقف مهما طال زمن التقادم؛ لأنَّه من حقوق الله تعالى التي لا تسقط بالتقادم.

8- لم يتطرَّق المشرِّع إلى أحكام الشفعة في الوقف؛ إلا ما تحدّثت عنه المادة: 798 من القانون المدني عن موانع الشفعة واستثناء محلِّ العبادة.

9- الناظر أمينٌ على الوقف، ولا يضمن ما يلحقه من أضرار إلا إذا ثبت إهماله وتقصيره.

10- الناظر مسئولٌ عمَّا يُحدثه الوقف من أضرار بُجاه الغير، إذا ثبت إهماله وتقصيره في العناية بالوقف.

- 11- الناظر وكيلٌ عمّن عينه، واعتبره المشرّع وكيلاً عن المستحقين وأميناً على الوقف.
- 12- اكتفى المشرّع في بيان طرق استثمار الوقف، بالإشارة إلى كلّ نوع دون إحاطته بالأحكام اللازمة له، ممّا يجعله عرضةً للغموض من جهة، وخطورة ذهاب بعضه من جهة أخرى، كالقرض الحسن والودائع الوقفية والحكر والمرصد.
- 13- الاستبدال والتغيير والقسمة وعقود الحكر والمرصد من التصرفات التي تكون على سبيل الاستثناء والضرورة.
- 14- لا يمكن قسمة الوقف قسمة أعيان، وإنما يمكن قسمته قسمة مهايأة؛ ولا يمكن تصوّر ذلك إلا في الوقف الذريّ الذي ألغى المشرّع الجزائريّ العمل به.
- 15- الحكر والمرصد من عقود الأيجارات الطويلة المدة، والتي تُرتب حقوقاً عينية على عين الوقف؛ لذا وجب على المشرّع، تنظيمها بأحكام واضحة، من حيث الهيئة المسئولة في توقيعه، والمدة، وحالات إغائه، مثلما فعل المشرّع المصريّ.
- 16- لا يمكن الاستدانة على الوقف في غياب نصّ صريح من الشرع، وغياب الآليات الواضحة في رد الدين من جهة أخرى.
- 17- الهيئات المشرفة على الوقف، تتداخل الصّلاحيات بين أفرادها، ممّا يجعل مصطلح النظارة ينطبق على كلّ واحد منهم، ويصعب في تحديد المسؤولية من جهة أخرى؛ كما أنّ جميع أفرادها موظّفون عموميّون بالمعيار الإداريّ والجنائيّ، باستثناء الناظر؛ فهو موظف عامّ بالمفهوم الجنائيّ فقط.
- 18- يُتابع الناظر بجرمة خيانة الأمانة على أساس عقد الوكالة التي تُعتبر عقداً من عقود الأمانة.
- 19- ساوى المشرّع الجزائريّ بين الأموال العامة والخاصة من حيث حمايتها من جرائم الاعتداء من قبل الموظّف العامّ، ولم يُدرج الأملاك الوقفية في النصّ بالرغم من أنّها تندرج ضمن نصّ المادة باعتبارها أموالاً أسندت إلى الموظّف العامّ؛ وذلك لأنّه جعل الوقف قطاعاً مستقلاً عن الأملاك العامة والخاصة حسب نصّ المادة: 23 من قانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاريّ؛ فكان لزاماً أن يُدرجها ضمن المادة صراحة، أو يخصّها بمواد.

20- يخضع الوقف في الجرائم التي تقع عليه إلى جرائم الاعتداء على الملكية العقارية وعلى المنقولات بوجه عام.

21- يخضع الوقف لقواعد التعويض المدني بشكل عام؛ سواء في الفقه الإسلامي أو القانون المدني.

22- النتيجة العامة التي يمكن أن نستخلصها هي: أنّ مشكلة الأوقاف في زماننا تكمن في إيجاد إدارة راشدة تسهر على إدارة الوقف ورعايته؛ بحيث يكون لها القدرة على حمايته وتثمينه وتطويره؛ وإدارة الأوقاف في الجزائر عبارة عن مُديرتين فرعيتين من بين المديريات الفرعية الثلاثة التابعة لمديرية الأوقاف، وإذا دققنا في كلٍّ منها نجد أنّ عدد الموظّفين قليل مُقارنة مع حجم المهامّ المؤكّلة لكلٍّ منها، بالإضافة إلى غياب الإطارات والأعوان المؤهّلة للعمل في مُديريّة الأوقاف، وعلى الصّعيد الولائيّ؛ نجد أنّ إدارة الأوقاف عبارة عن مكتب واحد في مُديريّة الشّؤون الدينيّة والأوقاف، وهذا ما يُحقّق العجز في تسيير الكَمّ الهائل للأوقاف.

- التّوصيات:

1- ضرورة استقلال الأوقاف بمنظومة تشريعية متكاملة، خاصة وأنه قطاع مُستقلّ عن الأملاك العامّة والخاصّة.

2- ضرورة استقلال إدارة الأوقاف عن وزارة الشّؤون الدينيّة، وجعلها ديوان مُستقلّ، مثلما فعل بإدارة الحج؛ حيث استحدثت الديوان الوطني للحج، من أجل تجنب الصّعوبات التي تعترضه في التّسيير.

الفهارس

ويحتوي على الفهارس الآتية:

- 1- فهرس الآيات القرآنية.
- 2- فهرس الأحاديث النبوية والآثار.
- 3- فهرس الأعلام.
- 4- فهرس المصادر والمراجع.
- 5- فهرس المحتويات.

1. فهرس الآيات القرآنية

الآية	الرقم	السورة	الصفحة
﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾	92	آل عمران	18
﴿وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَلَنْ نَكْفُرُوهُ﴾	115	آل عمران	18
﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾	77	الحج	18
﴿وَيُؤْتُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ﴾	59	الحشر	23
﴿اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ﴾	1	العلق	24
﴿وَقَالُوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الْأَنْعَامِ﴾	139	الأنعام	28
﴿مَالِكِ الْمَلِكِ﴾	26	آل عمران	57
﴿عَلَى أَنْ تَأْخُذَنِي نَمَائِي حَجَّ﴾	27	القصص	94

2. فهرس الأحاديث النبوية والآثار

الصفحة	الراوي	الحديث والآثر
19	أبوهريرة	«إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة...»
19	أنس بن مالك	«يخ ذلك مال رايح ذلك مال رايح قد سمعت...»
20	ابن عمر	«إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها»
21	ابن مسعود	«لا حبس الا في سلاح أو كراع»
21	علي بن أبي طالب	«لا حبس عن فرائض الله»
22	القاضي شريح	«جاء محمد صلى الله عليه وسلم بمنع الحبس...»
22	ابن عباس	«لا حبس بعد سورة النساء»
28	جابر بن عبد الله	«لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»
28	عمرة بنت عبد الرحمن	عن عائشة <small>رضي الله عنها</small> أنها كانت إذا ذكرت صدقات الناس
39		وقف الزبير بن العوام رضي الله عنه على ولده
47		صفية بنت حبيبي... وقفت على أخ لها يهودي
49	مقدام بن معد يكرب	«ما كسب الرجل كسباً أطيب من عمل...»
49	ابن مسعود	«نفقة الرجل على نفسه واهله وصديقه...»
60	ثور بن يزيد	«المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكأ والتار»
70	عن أبي بكر بن حزم	يا رسول الله، كان قوام عيشنا...
70	ابن شهاب	لولا أنني ذكرت صدقتي لرسول الله <small>صلى الله عليه وسلم</small>
71	عثمان بن عفان	«من يشتري بئر رومة فيكون دلوه فيها...»

72	جابر رضي الله	ما أعلم أحدا من المهاجرين...
106	سعيد بن مسيب	«من حاز شيئا عشر سنين فهو له»
119	عروة البارقي	أعطاه دينارا ليشتري له به شاة...
119	عبد الله وعبيد الله ابني عمر	استثمرا مال من أموال الله...
119		لم يقسم أرض العراق ومصر والشام
167		جعل عمر وقفه إلى ابنته حفصة تليه ما عاشت

عبد القادر للعطوم الإسلامية

3. فهرس الأعلام

الصفحة	تاريخ وفاته	اسم العلم
13	483هـ	شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي
13	1252هـ	محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي
14	1230هـ	أبو عبد الله محمد بن عرفة المالكي
15	1081هـ	خير الدين بن أحمد بن علي الرّملي
15	1051هـ	منصور بن يونس ابن حسن بن إدريس البهوتي
20	261هـ	أبو بكر أحمد بن عمر بن مهير الشيباني الخصاف
20	73هـ	عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي
20	977هـ	شمس الدين محمد بن أحمد الشريبي الخطيب
22	78هـ	القاضي شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي
23	741هـ	محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزبي الكلبي
28	1250هـ	محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني
32	587هـ	علاء الدين أبوبكر بن مسعود بن أحمد الكاساني
33	771هـ	عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي تاج الدين
47	50هـ	صفية بنت حبي بن أخطب
62	62هـ	محمد بن عبد الواحد السيواسي كمال الدين ابن همام

103	1069هـ	شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي
107	1189هـ	علي بن أحمد الصعيدي العدوي
118	970هـ	زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم
121	620هـ	عبد الله بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي موفق الدين
131	245هـ	هلال بن يحيى بن مسلم البصري

جامعة القادريين
 مركز الدراسات والبحوث
 في العلوم الإسلامية

4. فهرس المصادر والمراجع

- القرآن الكريم: برواية ورش عن نافع، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرّغاية، الجزائر، ط 2008م.
- كتب الحديث.
- أبو الوليد سليمان الباجي: المنتقى شرح الموطأ، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1420 هـ/1999م.
- أبو بكر البيهقي: السنن الكبرى، إعداد: يوسف عبد الله المرعشلي، دار المعرفة، بيروت، 1413 هـ/1992م.
- أبو عبيد القاسم: الأموال، تحقيق: محمد عمارة، دار الشّروق، بيروت، ط1، 1409 هـ/1989م.
- أحمد بن الحسين البيهقي: الجامع لشعب الإيمان، تحقيق وتخرّيج: مختار أحمد النّدي، مكتبة الرّشد، الرّياض، السعودية، ط1، 1323 هـ/2003م.
- البخاري: صحيح البخاري، تحقيق: محمود بن الجميل، مكتبة الصّفا، القاهرة، ط1، 1423 هـ/2003م.
- البيهقي: معرفة السنن والآثار: تحقيق: سيد عسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1422 هـ/2001م.
- الدراقطني: سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسّسة الرّسالة، ط1، 1424 هـ/2004م.
- النّووي: صحيح مسلم بشرح النّووي، المطبعة المصرية بالأزهر، مصر، ط1، 1347 هـ/1929م.
- سراج الدين الشّافعي: البدر المنير في تخرّيج الأحاديث الآثار الواقعة في الشّرح الكبير، تحقيق: مجدي بن سيد أمين، دار الهجرة للنشر والتوزيع، ط1، 1425 هـ/2004م.

- عبد الرزاق ابن همام: المصنف، تحقيق وتخرّيج: حبيب الرّحمن الأعظمي، ط1، 1390 هـ/1970م، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1390 هـ/1970م.
- عبد الله بن يوسف الزيلعي: نصب الرّاية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامه، مؤسّسة الرّيان، بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ/1997م.
- مالك بن أنس: الموطأ، تقديم: قسم الدراسات بدار الكتاب العربي، دار الرّيان للتراث، القاهرة، ط1، 1408 هـ/1988م.
- محمد بن علي الشّوكاني: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق: طارق بن عوض الله محمد، دار ابن القيم، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1426 هـ/2005م.
- محمد ناصر الدين الألباني: إرواء الغليل في تخرّيج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، ط1، 1329 هـ/1979م.
- محمد ناصر الدين الألباني: سلسلة الأحاديث الضعيفة، دار المعارف، السعودية، ط1، 1412 هـ/1992م.
- مسلم: صحيح مسلم، دار المغني، دار ابن حزم، السعودية، ط1، 1419 هـ/1998م.
- كتب معاجم اللغة والتراجم.
- ابن حجر العسقلاني: الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: صدقي جميل العطار، دار الفكر، ط1، 1421 هـ/2001م.
- ابن شهبه: طبقات الشافعية، تحقيق: عبد العليم خان، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، ط1، 1399 هـ/1979م.
- ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، تحقيق: شهاب الدين أبو عمرو، دار الفكر، ط1، 1418 هـ/1998م.
- ابن قطبلوغا: تاج التراجم، مطبعة العاني، بغداد، 1383 هـ/1962م.
- أبو فضل ابن منظور: لسان العرب، دار الصّادر، بيروت، لبنان، دط، 1412 هـ/1992م.

- أبو الفضل محمد بن منظور: لسان العرب، تحقيق عامر أحمد حيدر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1426 هـ/2005 م.
- أحمد بن محمد المقرئ: المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، ط 1، 1429 هـ/2000 م.
- إسماعيل الجوهري: الصحاح في اللغة، تحقيق: شهاب الدين أبو عمرو، دار الفكر، ط 1، 1418 هـ/1998 م.
- الرّازي: مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط 1، 1979 م.
- المرتضى الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق علي شبري، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، 1414 هـ/1994 م.
- المناوي: التعاريف: تحقيق: محمد رضوان الداية، دار الفكر، بيروت، ط 1، 1410 هـ.
- تقي الدين الداري: الطبقات السننية في تراجم الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، 1310 هـ/1970 م.
- خير الدين الزركلي: الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط 14، 1999 م.
- سعدي أبو جيب: القاموس الفقهي، دار الفكر، دمشق، ط 2، 1408 هـ/1988 م.
- عبد الحي بن أحمد بن محمد العسكري الحنبلي: شذرات الذهب، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق، دط، 1406 هـ.
- عبد القادر بن نصر الله بن أبي الوفاء: الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة والنشر، ط 2، 1413 هـ/1993 م.
- علي بن محمد الجرجاني: التعريفات، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط 1، 1405 هـ.
- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي الشيرازي: القاموس المحيط، دار الكتاب العربي، دط، دت.
- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي الشيرازي: القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، دط، 1420 هـ/1999 م.

- مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر، اسطنبول، تركيا،
دط، دت.

- محمد بن أبي بكر الرّازي: مختار الصّحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط1،
1979م.

- محمد بن علي الشّوكاني: البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، دار الكتب العلمية،
بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ/1998م.

- محمد بن عمر البغدادي: مختصر طبقات الحنابلة، دراسة: فواز أحمد زمرلي، دار الكتاب
العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1406 هـ/1986م.

- محمد بن محمد بن مخلوف: شجرة التّور الزكية في طبقات المالكيّة، المطبعة السلفية، دط،
دت.

- نجم الدين التّسفي: طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهيّة، تحقيق: خالد عبد الرّحمن العك،
دار التّفائس، ط2، 1420 هـ/1999م.

- ياقوت الحموي: معجم البلدان، دار صادر، بيروت، لبنان، ط2، 1995م.

- كتب أصول الفقه.

- البزدوي: كشف الأسرار عن أصول البزدوي، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب
العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ/1997م.

- أمير الحاج الحلبي: التّقرير والتّحبير، ضبط وتصحيح: محمود محمد عمر، دار الكتب
العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419 هـ/1999م.

- عبد الكريم زيدان: الوجيز في أصول الفقه، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، لبنان، ط7، 1419
هـ/1998م.

- كتب المذهب الحنفي.

- ابن عابدين: تنقيح الفتاوى الحامدية، البولاق، القاهرة، ط2، 1300هـ.

- ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423 هـ / 2003 م،
- ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ / 1998 م.
- ابن همام: شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، دت.
- الخصاص: كتاب أحكام الأوقاف، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، دط، دت.
- السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت لبنان، دط، 1409 هـ / 1989 م.
- الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ / 1997 م.
- الهمام: الفتاوى الهندية: دار الفكر، دط، 1411 هـ / 1991 م.
- برهان الدين الطرابلسي: الإسعاف في أحكام الأوقاف، دار الزائد العربي، بيروت، لبنان، دط، 1401 هـ / 1981 م.
- برهان الدين المرغيناني: الهداية شرح البداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، دت.
- عبد الجليل عبد الرحمن عشوب: كتاب الوقف، دار الأفاق العربية، القاهرة، ط1، 1420 هـ / 2000 م.
- مجلة الأحكام العدلية، دار صبح للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دط، 1999 م.
- هلال البصري: أحكام الوقف، مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الهند، ط1، 1355 هـ.
- كتب المذهب المالكي.
- ابن الجزري الكلبي: القوانين الفقهية، دار الكتاب، الجزائر، دط، دت.
- ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق فريد عبد العزيز الجندي، دار الحديث، القاهرة، دط، دت.

- أحمد الصّاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الفكر، دط، دت.
- أحمد بن أحمد زروق: شرح رسالة أبي زيد القيرواني، مطبعة الجمالية، مصر 1332 هـ/1914م.
- أحمد بن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417 هـ/1996م.
- أحمد بن يحيى الونشريسي: المعيار المعرب، تخريج: جماعة من الفقهاء تحت إشراف: محمد حجي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، دط، 1401 هـ/1981م.
- الخطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، دار الفكر، بيروت لبنان، ط3، 1412 هـ/1992م.
- القرافي: الذخيرة، تحقيق: سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.
- عبد الله محمد بن العبدري (المواق): التاج والإكليل لمختصر الخليل على هامش كتاب مواهب الجليل، دار الفكر ط2، 1412 هـ/1992م.
- علي بن أحمد العدوي: حاشية العدوي على الخرشى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417 هـ/1997م.
- مالك بن أنس: المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415 هـ/1994م.
- محمد الرّصاع: شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبوالأجفان، الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1993م.
- محمد بن عبد الله الخرشى: حاشية الخرشى على مختصر سيدي خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417 هـ/1997م.
- محمد عlish: شرح منح الجليل على مختصر خليل، دار صادر، بيروت، دط، دت.
- يحيى بن محمد الخطاب: أحكام الوقف، إعداد: عبد القادر باجي، رسالة ماجستير، دار ابن حزم، ط1، 1430 هـ/2009م.

- كتب المذهب الشافعي.

- أبي حامد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: علي معوض، عادل عبد الموجود، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ/1997م.
- الشافعي: الأم، تحقيق: رفعت فوزي، عبد المطلب، دار الوفاء، ط1، 1422 هـ/2001م.
- الشرواني: حواشي الشرواني، دار إحياء التراث العربي، دط، دت.
- القزويني: العزيز شرح الوجيز، تحقيق: علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417 هـ/1997م.
- النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، إشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، 1415 هـ/1995م.
- شمس الدين الرملي: نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الأخيرة، 1404 هـ/1984م.
- عبد الله بن الشيخ الكوهجي: زاد المحتاج شرح المنهاج، تحقيق: عبد الله إبراهيم الأنصاري، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، ط1، 1402 هـ/1982م.
- علي الماوردي: الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد عوض، عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1414 هـ/1994م.
- قليوبي وعميرة: حاشيتا القليوبي وعميرة، تحقيق: عماد زكي البارودي، المكتبة التوفيقية، القاهرة، دط، دت.
- محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، دت.
- محمد الغزالي: الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، دار السلام للطباعة والنشر؛ الأزهر، ط1، 1417 هـ/1997م.
- محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر للطباعة والنشر، دط، دت.

- يحيى أبو زكريا الأنصاري: أسنى المطالب شرح روض الطالب، تحقيق: محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422 هـ/2001م.

- كتب المذهب الحنبلي.

- ابن تيمية: السياسة الشرعية في إصلاح الرّاعي والرّعية، تحقيق: علي بن محمد العمران، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، دط، دت.

- ابن تيمية: مجموع الفتاوى، تخرّيج: عامر الجزار، أنور الباز، دار الوفاء، ط2، 1422 هـ/2001م.

- البهوتي: كشف القناع على متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، 1402 هـ/1982م.

- الزركشي: شرح الزركشي على مختصر الخرقى، تحقيق: عبد الله جبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1413 هـ/1993م.

- المرادوي: الإنصاف: تحقيق: محمد إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1418 هـ/1997م.

- برهان الدين ابن المفلح: المبدع شرح المقنع، المكتب الإسلامي، ط3، 1421 هـ/2000م.

- برهان الدين ابن المفلح: المبدع شرح المقنع، تحقيق: محمد حسن اسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ/1997م.

- شمس الدين ابن قدامة: الشّرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، دط، 1403 هـ/1983م.

- مجموع الرّسائل في المناقلة والاستبدال بالأوقاف، تحقيق وتعليق: محمد سليمان الأشقر، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1422 هـ/2001م.

- مرعي بن يوسف الكرمي: غاية المنتهى في جمع الإقناع والمنتهى، تحقيق: ياسر إبراهيم المزروعى، مؤسّسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، ط1، 1428 هـ/2007م.

- موفق الدين ابن قدامة: المغني، تحقيق: علي عبد الله التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1417 هـ/1997م.

- موفق الدين ابن قدامة: المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، دط، 1403 هـ/1983م.

- كتب المذهب الظاهري.

- علي بن أحمد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دط، دت.

- كتب الفقه العام.

- أحمد الحصري: علم القضاء، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1406 هـ/1986م.

- أحمد الموايني: الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، ط1، 1418 هـ/1997م.

- أحمد فراج حسين: أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، دط، 2004م.

- أحمد فراج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، دط، 2005م.

- أحمد فراج حسين: قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 1997م.

- أحمد محمد عبد العظيم الجمل: الوقف الإسلامي في التنمية الاقتصادية المعاصرة، دار السلام للطباعة والنشر، ط1، 1428 هـ/2007م.

- حمدي رجب عبد الغني حسن: الشفعة وآثارها في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، دط، 1416 هـ/1991م.

- زكي الدين شعبان، أحمد الغندور: أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1404 هـ/1984م.

- سليمان بن عبد الله أبا الخيل: الوقف في الشريعة الإسلامية، حكمه وحكمته، وأبعاده الدينية والاجتماعية، جامعة نايف العربية للعلوم، الرياض، دط، 1429 هـ / 2008 م.
- عبد السلام داود العبادي: الملكية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، دار البشير، ط1، 1421 هـ / 2000 م.
- عبد اللطيف محمد عامر: أحكام الوصايا والوقف، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، 1427 هـ / 2006 م.
- عبد الله بن عبد العزيز الدرعان: أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، مكتبة التوبة، الرياض، ط1، 1415 هـ / 1994 م.
- عدلي أمير خالد: اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 1999 م.
- عكرمة سعيد صبري: الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق، دار التفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 1428 هـ / 2008 م.
- فتحي الدريني: بحوث ودراسات في الفكر الإسلامي المعاصر، دار قتيبة، دمشق، ط1، 1408 هـ / 1988 م.
- محمد أبو زهرة: محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، دت.
- محمد أحمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1414 هـ / 1993 م.
- محمد بن علي الشوكاني: الدراري المضيئة شرح الدرر البهية، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، ط4، 1419 هـ / 1998 م.
- محمد مصطفى شلبي: أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط4، 1402 هـ / 1998 م.
- محمد مصطفى شلبي: المدخل في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، ط10، 1405 هـ / 1985 م.

- مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1418 هـ/1998م.
- نذير بن محمد طيب أوهاب: حماية المال العام في الفقه الإسلامي، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث.
- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط3، 1409 هـ/1989م.
- وهبة الزحيلي: الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر دمشق، ط2، 1428 هـ/2007م.
- وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، دط، 1402 هـ/1982م.
- الكتب العامة.
- إدارة وتثمين ممتلكات الأوقاف، حلقة دراسية لتثمين ممتلكات الأوقاف بجدة، المعهد الإسلامي لبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، ط1، 1410 هـ/1989م.
- بن عبد الله محمد عبد العزيز: الوقف في الفكر الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، دط، 1996م.
- مصطفى السباعي: من روائع حضارتنا، دار السلام للطباعة والتشريح، مصر، ط2، 1426 هـ/2005م.
- منذر القحف: الوقف الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2، 1427 هـ/2006م.
- ناصر الدين سعيدوني: دراسات تاريخية في الملكية والوقف والجباية، دار الغرب الإسلامي، ط1، 2001م.
- كتب القانون.
- أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومه، الجزائر، ط10، 2009م.
- أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومه، الجزائر، دط، 2003م.
- أحمد أبو الوفا: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، دط، 1983م.

- أحمد خالدي: الشّفعة بين الشّريعة الإسلامية والقانون المدنيّ الجزائريّ، دار هومه، الجزائر، ط2، 2008م.
- أحمد خالدي: القسمة بين الشّريعة الإسلامية والقانون المدنيّ الجزائريّ، دار هومه، الجزائر، دط، دت.
- أحمد عبد العال أبو قرين: حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، مكتبة الرّسالة، القاهرة، ط1، 1420 هـ/1999م.
- أحمد محمد السعد، محمد علي العمري؛ الإتجاهات المعاصرة في تطوير الاستثمار الوقفي؛ الأمانة العامّة للأوقاف، دولة الكويت، ط1، 1421 هـ/2000م.
- أسامة السيد: التّعويض عن الضرر الأدبي، دار الجامعة الجديدة، مصر، دط، 2007م.
- أعمر يحياوي: نظرية المال العام، دار هومه، الجزائر، دط، 2005م.
- الفاضل خمار: الجرائم الواقعة على العقار، دار هومه، الجزائر، ط3، 2008م.
- أنور سلطان: قواعد الإثبات في المواد المدنيّة والتجارية، دار الجامعة، دط، 2005م.
- بن شيخ حسين: مذكرات في القانون الجزائريّ الخاصّ، دار هومه، الجزائر، دط، دت.
- توفيق حسن فرج، عصام حسن فرج: قواعد الإثبات في المواد المدنيّة والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، دط، 2003م.
- جيلالي البغدادي: الإجتهد القضائي في المواد الجزائية، المؤسّسة الوطنية لاتصال والنّشر والإشهار، روية، 1996م.
- حمدي باشا عمر: حماية الملكية العقاريّة الخاصّة، دار هومه، الجزائر، ط6، 2006م.
- حمدي باشا عمر: عقود التبرّعات، دار هومه، الجزائر، دط، 2004م.
- رامول خالد: الإطار القانونيّ والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومه، الجزائر، ط2، 2006م.
- رمضان أبو السعود: الوسيط في شرح مقدمة القانون المدنيّ، الدار الجامعية، بيروت، دط، 1992م.

- سليمان مرقس: شرح القانون المدني، عقد الإيجار، مؤسسة روز اليوسف، مصر، ط4، 1985م.
- عبد الحميد الشواربي: مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، دط، 2001م.
- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 1418 هـ/1997م.
- عبد الله عبد الكريم عبد الله: ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 1429 هـ/2008م.
- عبد المنعم فرج الصّده: الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، دط، دت.
- فضيل العيش: قانون الإجراءات الجزائية، قانون العقوبات، قانون مكافحة الفساد، منشورات بغدادية، دط، 2007م.
- قدوج البشير: النظام القانوني للملكية العقارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط2، 2004م.
- ليلي زروقي: التقنيات العقارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1، 2000م.
- ماهر عبد الشّويش الدرة: شرح قانون العقوبات الخاص، المكتبة القانونية، بغداد، ط2، دت.
- محمد حسن قاسم: أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، دط، 2002م.
- محمد شكري سرور: موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1420 هـ/1999م.
- محمد صغير بعلي: القانون الإداري، دار العلوم، عنابة، الجزائر، دط، دت.
- محمد فتح الله النّشار: حقّ التعويض المدنيّ بين الفقه الإسلامي والقانون المدنيّ، دار الجامعة الجديدة للنشر، دط، 2002م.

- محمد كنانة: الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، دط، دت.
- محمد يوسف المعداوي: دراسة في الوظيفة العامة في النظم المقارنة والتشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984م.
- نبيل إبراهيم سعد: الشفعة علما وعملا، منشأة المعارف، دط، 1997م.
- نبيل صقر: العقار الفلاحي نصا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، دط، دت.
- نبيل صقر، مكارى نزيهة: الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر، دط، 2009م.
- نوفل علي عبد الله صفوالديمي: الحماية الجزائية للمال العام، ط2، 2006م.
- الرسائل الجامعية.
- بن تونس زكريا: المسؤولية المدنية المترتبة عن إدارة الأوقاف الإسلامية من خلال القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1427 هـ / 2006م.
- حططاش عمر: النظام القانوني للأموال الوطنية العامة في ظل القانون 90-30، مذكرة ماجستير، قسم: القانون العام، كلية الحقوق، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2004م.
- دغوالأخضر: الحماية الجنائية للمال العام، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1999م/2000م.
- صالح بن سليمان بن حمد الحويص: أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الدراسات العليا الشرعية، المملكة العربية السعودية، 1427 هـ / 1428 هـ.
- ميمون جمال: ناظر الوقف في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة البليدة، ديسمبر 2004م.

- البحوث والمجلات.

- أنور أحمد فزيح: الحماية المدنية للوقف، مجلة الحقوق، السنة الثالثة والعشرون، العدد: 02، السنة: 1999م.

- جمعة الزريقي، بحث: أحكام وضع اليد على العقار الموقوف في القانون الليبي، مجلة الأوقاف، العدد 16، السنة التاسعة، 2009م.

- حسين شحاتة: بحث: استثمار أموال الوقف، مجلة الأوقاف، العدد: 06، السنة الثالثة، 1425 هـ/2004م.

- حمزة حمزة: الشخصية الاعتبارية، مجلة جامعة دمشق، المجلد 17، العدد الثاني، 2001م.
- خالد عبد شعيب: بحث: استثمار أموال الوقف، منتدى قضايا الوقف الفقهية الأولى، الكويت، 12، 13 أكتوبر 2003م.

- صديق الضرير: ديون الوقف، منتدى قضايا الوقف الفقهية الأولى، الكويت، 11-13 أكتوبر 2003م.

- عبد الله بن موسى العمار: بحث: استثمار أموال الوقف، منتدى قضايا الوقف الفقهية الأولى، الكويت، 12، 13 أكتوبر 2003م.

- علي محي الدين القره داغي: تنمية موارد الوقف والحفاظ عليها، مجلة الأوقاف، العدد: 07، السنة الرابعة، 1425 هـ/2004م.

- علي محيي الدين القره داغي: بحث ديون الوقف، منتدى قضايا الوقف الفقهية الأولى؛ الأمانة العامة للأوقاف بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، الكويت، 11-13 أكتوبر 2003م.

- علي محيي الدين القره داغي: أحكام التصرف في الديون، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: 12، السنة العاشرة، 1427 هـ/2006م.

- محمود أبو ليل: بحث: استثمار الأوقاف في الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقه الإسلامي، العدد: 13.

- ناصر بن عبد الله الميمان: ديون الوقف، مجلة الأوقاف، العدد: 06، السنة الثالثة، 1425 هـ/2004م.

- نور حسن عبد الحليم تاروت: بحث: دور القضاء الشرعي في ضبط تصرفات التظار، المؤتمر الثاني للأوقاف بالمملكة العربية السعودية، 1427 هـ/2006م.

- المجالات القضائية:

- المجلة القضائية، عدد خاص، 2001م.

- الاجتهاد القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية، دط، 1986م.

- المجلة القضائية، العدد: 03-1985م.

- المجلة القضائية، العدد: 01-1989م.

- المجلة القضائية، العدد: 03-1991م.

- المجلة القضائية، العدد: 01-1992م.

- المجلة القضائية، العدد: 02-1993م.

- المجلة القضائية، العدد: 03-1994م.

- المجلة القضائية، العدد: 01-1997م.

- المجلة القضائية، العدد: 01-1999م.

- المجلة القضائية، العدد: 01-2001م.

- المجلة القضائية، العدد: 02-2003م.

- القوانين.

- قانون رقم: 90-30 المؤرخ في 14 جمادى الأولى 1411هـ، الموافق ل 01 ديسمبر

1990م، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية عدد: 52، الصادرة في 15 جمادى

الأولى 1411هـ، الموافق ل 02 ديسمبر 1990م.

- قانون رقم: 84-11، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404هـ، الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984م، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد: 24، الصادرة في 12 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 12 يونيو 1984م.
- قانون رقم: 90-25، المؤرخ في 01 جمادى الأولى عام 1411هـ، الموافق لـ 18 نوفمبر 1990م، المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية عدد: 49، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 95-26 المؤرخ في 30 ربيع الثاني 1416هـ، الموافق لـ 25 سبتمبر 1995م، الجريدة الرسمية عدد: 55، الصادرة في 02 جمادى الأولى 1416هـ، الموافق لـ 27 سبتمبر 1995م.
- قانون رقم: 88-26، المؤرخ في 28 ذي القعدة 1408هـ، الموافق لـ 12 يوليو 1988م، المعدل والمتمم للأمر رقم: 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966م، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد: 28، الصادرة في 29 ذي القعدة 1408هـ، الموافق لـ 13 يوليو 1988م.
- قانون رقم: 01-07 المؤرخ في 28 صفر 1422هـ، الموافق لـ 22 ماي 2001م، المعدل والمتمم لقانون الأوقاف، الجريدة الرسمية عدد: 29، الصادرة في 29 صفر 1422هـ، الموافق لـ 23 ماي 2001م.
- قانون رقم: 02-10 المؤرخ في 10 شوال 1423هـ الموافق لـ 14 ديسمبر 2002م، المعدل والمتمم لقانون الأوقاف، الجريدة الرسمية عدد: 83، الصادرة في 15 ديسمبر 2002م.
- قانون رقم: 06-01 المؤرخ في 21 محرم 1427هـ، الموافق 20 فبراير 2006م، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية عدد: 14، الصادرة في 08 صفر 1427هـ، الموافق لـ 08 مارس 2006م.
- قانون رقم: 91-10، المؤرخ في 12 شوال 1411هـ، الموافق 27 أبريل 1991م، المتضمن قانون الأوقاف، والمعدل والمتمم بالقانون رقم: 01-07، وقانون رقم: 02-10، الجريدة الرسمية عدد: 21، الصادرة في 23 شوال 1411هـ.

- قانون رقم: 88-27، المؤرخ في 28 ذي القعدة 1408هـ، الموافق ل 12 يوليو 1988م، المتضمن تنظيم التوثيق، الجريدة الرسمية عدد: 28، الصادرة في 13 يوليو 1988م.
- قانون رقم: 88-14، المؤرخ في 16 رمضان 1408هـ، الموافق ل 3 ماي 1988م، يعدل ويتمم الأمر رقم: 75-58، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد: 18، الصادرة في 26 سبتمبر 1975م.
- المراسيم.
- المرسوم التنفيذي رقم: 2000-336، المؤرخ في 28 رجب 1421هـ، الموافق ل 26 أكتوبر 2000م، المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب وشروط وكيفية إصدارها وتسليمها، الجريدة الرسمية عدد: 64، الصادرة في 4 شعبان 1421هـ، الموافق ل 31 أكتوبر 2000م.
- المرسوم التنفيذي رقم: 91-82، المؤرخ في 07 رمضان 1411هـ الموافق ل 23 مارس 1991م، المتضمن إحداث مؤسسة المسجد، الجريدة الرسمية عدد: 16، الصادرة في 25 رمضان 1411هـ، الموافق ل 10 أبريل 1991م.
- المرسوم التنفيذي رقم: 91-114، المؤرخ في 12 شوال 1411هـ، الموافق ل 27 أبريل 1991م، المتضمن القانون الأساسي الخاصّ بعمال قطاع الشؤون الدينية، الجريدة الرسمية عدد: 20، الصادرة في 16 شوال 1411هـ، الموافق ل 01 ماي 1991م.
- المرسوم رقم: 76-63، المؤرخ في 24 ربيع الأول 1396هـ، الموافق ل 25 مارس 1976م، المتعلق بالسجل العقاري، الجريدة الرسمية عدد: 30، الصادرة في 13 ربيع الثاني 1396هـ، الموافق ل 13 أبريل 1976م، المعدّل والمتّم بموجب المرسوم رقم: 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993م.
- المرسوم رقم: 38-352، المؤرخ في 08 شعبان 1403هـ، الموافق ل 21 ماي 1983م، المتعلق بإجراء إثبات التّقادم المكسب وإعداد عقد الشّهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، الجريدة الرسمية عدد: 21، الصّادر في 11 شعبان 1403هـ، الموافق ل 24 ماي 1983م.

- المرسوم التنفيذي رقم: 91-81، المؤرخ في 07 رمضان 1411هـ، الموافق ل 23 مارس 1991م، المتعلق ببناء المسجد وتنظيمه وتسييره وتحديد وظيفته، الجريدة الرسمية عدد: 16، الصادرة في 25 رمضان 1411هـ، الموافق ل 10 أبريل 1991م.

- الأوامر.

- الأمر رقم: 65-156، المؤرخ في 18 صفر 1386هـ، الموافق ل 08 يونيو 1966م، الجريدة الرسمية عدد: 49، الصادر 21 صفر 1386هـ، الموافق ل 11 يونيو 1966م.

- الأمر رقم: 70-91 المؤرخ في 17 شوال 1930هـ، الموافق ل 15 ديسمبر 1970م، المتضمن قانون التوثيق، الجريدة الرسمية عدد: 107، الصادر في 27 شوال 1930هـ، الموافق ل 25 ديسمبر 1970م، المعدل بالقانون رقم: 88-27، المؤرخ في 13 جويلية 1988م.

- الأمر رقم: 75-74 المؤرخ في 8 ذي القعدة 1395هـ، الموافق ل 12 نوفمبر 1974م، المتضمن إعدادا مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية عدد: 92، الصادر في 14 ذوالقعدة 1395هـ، الموافق ل 18 نوفمبر 1975م.

5. فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
1	مقدمة:
10	فصل تمهيدي: مفهوم الوقف وحكمه، أركانه وشروطه، طبيعته
11	المبحث الأول: مفهوم الوقف وحكمه وانواعه
12	المطلب الأول: تعريف الوقف
18	المطلب الثاني: حكم الوقف وحكمته
27	المطلب الثالث: أنواع الوقف
30	المبحث الثاني: أركان الوقف وشروطه
31	المطلب الأول: الصيغة
42	المطلب الثاني: الواقف
46	المطلب الثالث: الموقوف عليهم
53	المطلب الرابع: محل الوقف (العين الموقوفة)
56	المبحث الثالث: طبيعة الملك الوقفي
57	المطلب الأول: تعريف الملكية وخصائصها

60	المطلب الثاني: الملكية العامّة والوقف والفرق بينهما
67	الفصل الأوّل: الحماية المدنيّة للوقف عند وجوده
68	المبحث الأوّل: حماية الوقف عند إنشائه
69	المطلب الأوّل: طبيعة عقد الوقف
76	المطلب الثاني: الشخصيّة الاعتبارية للوقف
82	المطلب الثالث: إثبات الوقف
91	المبحث الثاني: حماية الوقف في مواجهة الغير في مجال التصرفات القانونيّة
92	المطلب الأوّل: صور الحماية العامّة
94	المطلب الثاني: عقد الإيجار
101	المبحث الثالث: حماية الوقف في مواجهة الغير في مجال الملكية
102	المطلب الأوّل: الشفعة
106	المطلب الثاني: الحيّزة
109	المبحث الرابع: حماية الوقف في مواجهة الناظر
110	المطلب الأوّل: مسؤوليّة الناظر في مواجهة الوقف
113	المطلب الثاني: مسؤوليّة الناظر في مواجهة الغير

116	المبحث الخامس: حماية الوقف في مجال الاستثمار
117	المطلب الأول: حكم استثمار الوقف
121	المطلب الثاني: ضوابط استثمار الوقف
129	الفصل الثاني: الحماية المدنية للوقف عند تعطله وانتهائه
130	المبحث الأول: الاستبدال والتغيير
131	المطلب الأول: الاستبدال
136	المطلب الثاني: التغيير و التبديل
139	المبحث الثاني: القسمة
140	المطلب الأول: مفهوم القسمة
141	المطلب الثاني: أحكام قسمة الوقف
144	المبحث الثالث: الحكر والمرصد
145	المطلب الأول: الحكر
152	المطلب الثاني: المرصد
155	المبحث الرابع: الاستدانة
156	المطلب الأول: حكم الاستدانة على الوقف

160	المطلب الثاني: ضوابط الاستدانة وموقف المشرع الجزائري منها
163	الفصل الثالث: الحماية الجنائية للوقف
164	المبحث الأول: ناظر الوقف وطبيعته القانونية
165	المطلب الأول: ناظر الوقف وأحكامه
170	المطلب الثاني: المركز القانوني للناظر
173	المبحث الثاني: جرائم العدوان على الأملاك الوقفية
174	المطلب الأول: الجرائم الواقعة من الموظف العام
180	المطلب الثاني: الجرائم الواقعة من طرف الناظر
185	المطلب الثالث: الجرائم الواقعة من الغير
193	المبحث الثالث: تعويض الاعتداء على الأوقاف
194	المطلب الأول: مفهوم التعويض
195	المطلب الثاني: موجبات التعويض
196	المطلب الثالث: طريقة تقدير التعويض
200	الخاتمة: فيها أهمّ النتائج المتوصل إليها
203	الفهارس العامة:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية